

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

**Cilt XXV, Ekim 2021, Sayı 4
Vol. XXV, October 2021, No. 4**

Ankara 2021

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* : Editor in Chief ** :

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler* : Editors ** :

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN

Arş. Gör. Dr. Fatma Umay GENÇ Res. Assist.Dr. Fatma Umay GENÇ

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Arkadaş Basım San. Ltd. Şti. Macun Mah. Shira Ticaret Merkezi 204. Cadde
No:141/3 Yenimahalle/ANKARA **Tel:** 0312 324 25 54

Basım Tarihi: Kasım 2021

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 13 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

A S O S
indeks



CiteFactor
Academic Scientific Journals



DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kadir ARICI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Makale Yazım Kuralları

• **Yazı karakteri ve boyutu:** Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Makalenin ana metni Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.

Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stil olarak sayfa sonunda verilir.

Paragraflar arasında veya başlıkların öncesinde ya da sonrasında tek satır boşluk bırakılmamalıdır.

Dergimize gönderilen akademik çalışmaların Latin harfleri kullanılarak yazılmış olması gerekmektedir.

• **Sözcük veya Sayfa Sınırlaması:** Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.

• **Türkçe ve İngilizce başlık:** Dergiye gönderilen makalelerde büyük harflerle, kalın (koyu) ve ortaya hizalı şekilde yazılmış Türkçe başlığın yanı sıra aynı şekilde yazılmış İngilizce bir başlık da bulunmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe özetten sonra, İngilizce özetin (Abstract) üzerinde yer almalıdır. Türkçe ve İngilizce dışında bir dilde yazılmış olan makalelerde ayrıca Türkçe ve İngilizce başlığa yer verilmelidir.

• **Türkçe ve İngilizce özet ve anahtar kelimeler:** Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir.

Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz (Abstract) eklenmesi gerekmektedir.

Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.

“ÖZ”, “ABSTRACT”, “Anahtar Kelimeler” ve “Key words” italik ve kalın (koyu) şekilde yazılmalıdır. Türkçe özet metni, İngilizce özet metni, ve anahtar kelimeler ise italik şekilde yazılmalıdır.

Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir.

• Başlıklar

Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.); ikinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.); üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.); dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.); beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır. Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır. “Sonuç” ve “Giriş” isimli başlıklar ise numaralandırılmamalıdır. Bütün başlıklar kalın (koyu) şekilde ve 12 pt büyüklüğünde yazılmalıdır.

• **Atıf kuralları ve Kaynakça:** Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Bunun dışında kısaltmalar cetveline ya da yararlanılan mahkeme kararları listesine gerek yoktur.

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.

• Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

Kitaplar:

Ad Soyad, Kitap Adı, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.

• Tekrar eden atıflar ise şu şekilde gösterilmelidir:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

• Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, Kâr Payı, s. 100.

Kitap Bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı” in Editörün(lerin) Adı (ed./eds.), Kitap Adı, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “Makale Adı”, Yıl, Cilt (Sayı), Dergi Adı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 293.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir:

Örnek: Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İctimar”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 35, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

- Kaynakça şu şekilde düzenlenmelidir:

Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, “ilk satır asılı” şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilir:

Örnek: Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007.

Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, 2015, 64(1), AÜHFD, s. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622594>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

Örnek: Şahin C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 283-294.

- **Dergiye makale gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Etik İlkeler ve Yayın Politikası**

- **Makale Gönderilirken Eklenmesi Gereken Yazar Bilgileri**

Makaleler gönderilirken yazar bilgileri başlığın altında sağa hizalı şekilde yazılmış yazar isminin yanına yıldızlı dipnot konularak aşağıdaki formatta verilmelidir.

Örnek: İlhan ÜZÜLMEZ*

- Yazar akademisyen ise:

Ünvanı, Çalıştığı Üniversite ve Anabilim Dalı / **ŞEHİR e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar akademisyen değilse:

(Varsa) **Akademik ünvanı,** Uzmanlık Alanı, Çalıştığı Kurum **ŞEHİR e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

- Yazar serbest avukatsa:

Avukat, Bağlı olduğu il barosu / **ŞEHİR e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ÖRNEK:

Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı / **İSTANBUL e-posta:** madenmehmet@yahoo.com

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ÖRNEK:

Dr., Anayasa Hukuku, T.C. Sayıştay / **ANKARA e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

ÖRNEK:

Avukat, Ankara Barosu / **ANKARA e-posta:** ...

ORCID: xxx-xxxx-xxxx-xxxx

Article Writing Rules

- **Font and size:** Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style.

There should not be a single line space between paragraphs or before or after headings.

Texts submitted to our journal must be written in Latin letters.

- **Word or page limitation:** Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.

- **Turkish and English titles:** Articles submitted to the Journal should include a Turkish title (written in capital letters and as bold (bold) and center aligned), as well as an English title written in the same way. The English title should be placed after the Turkish abstract, above the English abstract (Abstract). Articles written in a language other than Turkish and English should also include Turkish and English titles.

- **Turkish and English abstracts and keywords:** Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstracts comprised of minimum 100 and maximum 200 words and five keywords. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English.

If the article is not in Turkish; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.

“ÖZET”, “ABSTRACT”, “Anahtar Kelimeler” and “Key words” should be written in italics and bold (bold). Turkish and English abstract texts and key words should be written in italics.

•**Titles:**

Numbering of the titles in the text should be as follows:

First degree chapter title numbers are in capital with Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);

Second-degree chapter title numbers are in capital letters (A, B, C, Ç, D, etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);

Third-degree chapter title numbers are in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);

Fourth-degree chapter title numbers are in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);

Fifth-degree chapter title numbers are in Arabic numerals in parentheses [(1), (2), (3), (4), (5) et al.].

Numbering of the other titles are optional. The headings named “Conclusion” and “Introduction” should not be numbered. All headings should be written in bold (bold) and in 12 pt.

- **Citation rules and Bibliography:** Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. There is no need for a list of abbreviations or a list of court decisions. If there are no rules in the citation style detailed below, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed.

• The resources cited should be indicated in the footnotes as follows:

- **Books:**

Name Surname, Title, Edition, Publisher, Year, Cited Page.

Example: Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, 2007, p. 89.

- Repetitive citations should be shown as follows:

Surname, Cited Page.

Example: Ayhan, p. 89.

- If more than one material of the same author are referred, title of the materials should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: Ayhan, Ticari İşletme, p. 213.

Ayhan, Kâr Payı, p. 100.

- **Contributions to edited books:**

Name Surname, "Title", in Editor's Name (ed./eds.), Book Title, Publisher, Year, Cited Page.

Example: Hayrettin Çağlar, "Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi" in Erol Ulusoy (Ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, p. 143.

- **Articles:**

Name Surname, "Title of the Article", Year, Volume(Number), Title of the Journal, Cited Page.

Example: Cumhuriyet Şahin, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı", 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, p. 293.

- URLs of online resources should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: Neslihan Göktürk, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimalı", 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, p. 35, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Date accessed 15 Aralık 2020.

- **Bibliography**

At the end of the article, there should be a bibliography listing the resources used in the article. The bibliography should be arranged alphabetically considering the surnames of the authors and the first line hanging. Moreover, the page range of the articles should be shown. The bibliography first includes the surname of the author, then the first letter of the name. Moreover, the page range of the articles should be shown. The resources in the bibliography should be indicated as follows:

Example: Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Edition, Turhan Kitabevi, 2007.

Example: Yıldırım A, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi", 2015, 64(1), AÜHF, pp. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622594>> Date accessed 15 December 2020.

Example: Şahin C, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, pp. 283-294.

- For detailed information about submitting articles to the Journal, *see* Ethical Principles and Publication Policy.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXV

Ekim 2021

Sayı 4

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Banka
Lehine İpotek Tescilinin Tüketickiye Etkisi
Ünsal DÖNMEZ / Hale ŞAHİN 3-26
- Türk Hukuk Yargılaması İle Mukayeseli Olarak Amerikan
Hukuk Yargılamasında Gıyapta Hüküm (Default Judgment)
Mustafa GÖKSU 27-60
- Ticaret Şirketleri Bakımından Tâbiyet Planlaması ve
Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Doğurduğu Sonuçlar
Talat KAYA 61-102
- Anonim Şirket Hukukunda Rüçhan Hakkının
Sınırlandırılması ve Kaldırılmasında Haklı Sebep Şartı
Ayhan BAKIR..... 103-124
- Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sözleşmeyle Başka
Bir Mal Rejiminin Kabulü İle Sona Ermesi Hâlinde Artık
Değere Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Geçerliliği
Özgür GÜVENÇ / Ayşe Nur Merve YAZICI..... 125-170
- Borçlar Hukuku Çerçevesinde Akıllı Sözleşmenin İşlevleri
ve İşlevlerin Yerine Getirilmesi Sırasında Karşılaşılan Sorunlar
Fikriye Ceren SADIÖĞLU 171-216
- Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının
Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi
Ahunur AÇIKGÖZ..... 217-270
- Dayanışma Aidatı İle Yararlanmanın Başlangıcına İlişkin
Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Düşündürdükleri
Emre KARABACAK / Muhammed Enes YILDIZ 271-300

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

KAMU HUKUKU

İhmalî Suç Teorisi İzzet ÖZGENÇ	303-378
Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku Şahin Eray KIRDIM/Atahan DEMİRKOL	379-434
Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçimi Yöntemleri Abdurrahman TEKİN	435-476
Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme M. Emre TULAY	477-526
Alman Hukukunda Yağma Benzeri Hırsızlık Suçu Işığında Türk Hukukunda Hırsızlık ve Yağma Suçlarının Tamamlanma ve Sona Erme Zamanlarının Tespiti Ercan YAŞAR	527-572
Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş Şekilleri Ziya KOÇ	573-612
Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmalî Halinde Yükümlünün Ceza Hukuku Sorumluluğu Fatma Umay GENÇ	613-654
Deepfake'in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve De Lege Ferenda Öneriler Beşir BABAYİĞİT	655-704
İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90/1) Oğuz BANDIR / Can Eralp ELİBOL	705-748
Farklı Ülke Uygulamalarında Yargısal Emir Burcu ERDİNÇ	749-776

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXV

October 2021

Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

The Effect Of Mortgage In Favor Of The Bank On The Consumers In The Pre-Paid Housing Sales Contract Ünsal DÖNMEZ / Hale ŞAHİN	3-26
Default Judgment In American Civil Procedure In Comparison With Turkish Civil Procedure Mustafa GÖKSU	27-60
Corporate Nationality Planning And Its Consequences For International Investment Law Talat KAYA	61-102
Fair Cause For Limitation And Abrogation Of Subscription Right In Joint-Stock Company Law Ayhan BAKIR.....	103-124
The Validity Of The Agreements That Change The Principle Of Participation In The Surplus In The Regime Of Participaton In Acquired Property In Case Of The Acceptance Another Property Regime By Contract Özgür GÜVENÇ /Ayşe Nur Merve YAZICI.....	125-170
Functions Of Smart Contract Within The Law Of Obligations And Problems Encountered During The Performance Of Functions Fikriye Ceren SADIOĞLU	171-216
Examination Of The Linking And Author's Right Of Communication To The Public In The Light Of Decisions Of The Court Of Justice Of The European Union Ahunur AÇIKGÖZ.....	217-270

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

Opinion On Constitutional Court's Annulment Decision About Beginning Of Benefitting From Collective Labour Agreement By Paying Solidarity Due Emre KARABACAK / Muhammed Enes YILDIZ	271-300
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------

PUBLIC LAW

Theory Of Criminal Omissions İzzet ÖZGENÇ	303-378
Customary International Law As A Source Of International Human Rights Law Şahin Eray KIRDIM/Atahan DEMİRKOL	379-434
Methods For Election Of Head Of State By Public Abdurrahman TEKİN	435-476
Deferral Of The Announcement Of Verdict: An Assessment On The Appropriateness Of Legal Conditions And The Legal Effects Of The Decision M. Emre TULAY	477-526
Determination Of The Completion And Termination Of Theft And Robbery Under Turkish Law In The Light Of Robbery-Like Theft Under German Law Ercan YAŞAR	527-572
Legal Nature And Appearance Of Conflict Of Duties In Criminal Law Ziya KOÇ	573-612
Criminal Law Responsibility Of The Obligated Party In Case Of Negligence Of The Obligation To Report Suspicious Transaction Fatma Umay GENÇ	613-654
An Evaluation Of Deepfake In The Context Of Criminal Law And De Lege Ferenda Suggestions Beşir BABAYİĞİT	655-704
The Crime Of Experiment On Human Beings Oğuz BANDIR / Can Eralp ELİBOL.....	705-748
Njunction In Different Country Implementations Burcu ERDİNÇ	749-776

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE BANKA LEHİNE İPOTEK TESCİLİNİN TÜKETİCİYE ETKİSİ

Ünsal DÖNMEZ*

Hale ŞAHİN**

ÖZ

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, barınma ihtiyaçlarını karşılamak için konut edinme amacı taşıyan tüketicilerin rağbet gösterdiği bir tüketici işlemidir. Ön ödemeli konut satışı, kendisine finansman sağlamak isteyen yüklenici açısından da avantajlı bir yöntemdir. Ön ödemeli konut satışının tüketici ve yüklenici açısından önemini bilen kanun koyucu 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 40-46'da bu sözleşmeyi özel olarak düzenlemiştir.

Tüketici ile ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapan yüklenici, bu sözleşmede kararlaştırılan bedeli ön ödemeli satışa konu konutların inşasında finansman olarak kullanmaktadır. Bununla birlikte, yüklenici finansman kaynaklarını arttırmak amacıyla bir taraftan da bankadan kredi çekebilir. Böyle bir durumda, kredi alacağını teminat altına almak isteyen banka, ön ödemeli konut satışına konu olan konutların bulunduğu bağımsız bölümler üzerinde, kendi lehine ipotek tescil ettirmektedir. Söz konusu ipotek hakkının tüketicilerin menfaatleri açısından incelenmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: ön ödemeli konut satış sözleşmesi, ipotek, tüketici, yüklenici, banka

THE EFFECT OF MORTGAGE IN FAVOR OF THE BANK ON THE CONSUMERS IN THE PRE-PAID HOUSING SALES CONTRACT

ABSTRACT

A pre-paid housing sales contract is a consumer transaction that consumers seek to provide for their sheltering needs. This contract is advantageous for the contractor to obtain the finances to construct the residential properties promised to consumers. The lawmaker, aware of the importance of the pre-paid housing sales contract for the

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı/Ankara e-posta: udonmez@ybu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7292-442X

** Arş. Gör., Çankırı Karatekin Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı/Çankırı e-posta: halesahin@karatekin.edu.tr

ORCID: 0000-0001-9811-7239

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018645

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/08/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/10/2021

consumers, has regulated this contract with special provisions on the Protection of the Consumer Code No. 6502 Art. 40-46.

Even though expending the advanced payment received from consumers to construct residential properties, the contractor may still need additional financing. For this reason, the contractor may receive a loan from the bank. In this case, to guarantee its claim, the bank will want to mortgage the immovable subject to the pre-paid housing sales contract. In this study, the mortgage right in question is examined in terms of consumers' interests.

Keywords: *pre-paid housing sales contract, mortgage, consumer, contractor, bank*

GİRİŞ

Uygulamada “*maketten satış*”, “*sat-yap*” olarak da nitelendirilen ön ödemeli konut satış sözleşmesi, konut sahibi olmak isteyen tüketiciler açısından önemli bir hukukî kurumdur. Bu sözleşmede, tüketici barınma amaçlı kullanacağı konutun bedelini, henüz konutu teslim almadan, hatta konutun inşaatı başlatılmadan önce kısmen veya tamamen ödemektedir. Böylece, tüketici yükleniciye konutların inşası için finansman sağlamaktadır¹. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde tüketici, taşınmaz kendisine devredilmeden satış bedelini ödemeye, yani kendi borcunu ifa etmeye başladığı anda henüz karşı edimi elde etmediği için özel olarak korunmalıdır². Bu amaçla, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’dan³ farklı olarak, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)⁴ m. 40-46’da özel olarak düzenlenmiştir⁵. Ayrıca,

¹ Mehmet Doğan, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Tipi ve Hukuki Niteliği”, 2017, 5(2), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 102; Tamer İnal, “Ön Ödemeli Konut Satışı” in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (Eds.), Milli Şerh Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Aristo, 2016, s. 624 vd.; M Yeşim Atamer, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, On İki Levha, 2016, s. 18 vd.

² 1/787 Esas Numaraları Tasarının Madde Gereççeleri (Sıra Sayısı 490, 2013) m. 40; Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, 2015, s. 270.

³ Kabul Tarihi: 23.02.1995, RG 8.03.1995/22221.

⁴ Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

⁵ Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “*kampanyalı satışlar*” içerisinde düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Etem Sabâ Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından ön ödemeli konut satışlarına ilişkin uygulama usul ve esaslarını düzenlemek amacıyla Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik⁶ çıkarılmıştır.

Ön ödemeli konut satışında, tüketici genellikle henüz sözleşme konusu taşınmaz meydana getirilmeden bedel ödeme borcunu ifa etmeye başlamaktadır. Özellikle büyük projelerde, yüzlerce tüketiciyle ön ödemeli konut satışı yapıldığında, yüklenici piyasadan yüksek tutarda meblağ toplayarak aslında sadece bankalara verilmiş olan bir yetkiyi kullanmış olmaktadır⁷. Bununla birlikte, örneğin daha büyük ölçekli bir projenin yüklenicisi ön ödemeli konut satış bedeli dışında bir başka finansmana ihtiyaç duyabilir. Uygulamada böyle durumlarda, yüklenici kendisine finansman sağlamak amacıyla kredi çektiğinde banka, teminat olarak ön ödemeli konutun bulunduğu taşınmaza ipotek tescil ettirmektedir⁸. Bu hâllerde, banka lehine ipoteğin üçüncü kişi konumunda olan ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tarafı tüketiciye etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Aşağıda öncelikle ön ödemeli konut satış sözleşmesi hakkında bilgi verilmiştir. Ardından, banka lehine olan ipoteğin tüketiciye etkisi üzerinde durulmuş ve ortaya çıkabilecek çeşitli hukukî durumlara değinilmiştir.

I. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ, BENZER HUKUKÎ KURUMLARDAN AYIRT EDİLMESİ VE UNSURLARI

TKHK m. 40/I'e göre, "*ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi,*

Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, On İki Levha, 2016, s. 3 vd.; Aslı Makaracı, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı" in M Murat İnceoğlu (Ed.), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha, 2015, s. 239; Numan Tekelioğlu, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Zorunluluğu", 2018, 67(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 82; Şebnem Akipek Öcal ve Levent Öcal, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi", 2019, 0(144), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 277.

⁶ RG 27.11.2014/29188.

⁷ Bu sebeple, TKHK m. 42'de tüketicilerin satış bedelini ödedikleri konutları edinmeleri veya ödeme yaptıkları miktarı güvence altına almak için satıcının çeşitli şekillerde teminat getirmesi zorunlu kılınmıştır. 1/787 Esas Numaraları Tasarının Madde Gereklçeleri (Sıra Sayısı 490, 2013) m. 42.

⁸ Bankanın yükleniciden olan alacağını teminat altına almak amacıyla taşınmaza ipotek konulması, TKHK m. 42 uyarınca ön ödemeli konut satış sözleşmesinde satıcının tüketiciye teminat sağlamasından farklıdır.

satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmaz tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklindedir. TKHK m. 41 ve 45’te ön ödemeli konut satışının taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, TKHK m. 40 vd’de ön ödemeli konut satış sözleşmesi başlığı altında hem ön ödemeli konut satış sözleşmesi hem de ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi düzenlenmiştir⁹. Hatta, uygulamada daha çok, tüketici bir maket üzerinden gelecekte meydana getirilecek bağımsız bölümlere ilişkin sözleşme akdetmekte, yani ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapmaktadır¹⁰.

Ön ödemeli konut satışı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹¹ m. 243-246 düzenlenen taşınmaz satışından farklıdır. Zira, taşınmaz satış sözleşmesinde taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece aynı anda ifa ile yükümlüdürler (TBK m. 207/II). Ön ödemeli konut satışında ise tüketicinin satış bedelini ödeme borcunun tamamını veya bir kısmını mutlaka taşınmazın mülkiyetinin kendisine devrinden ve taşınmazın tesliminden önce ödemesi gerekmektedir¹². Bu yönüyle ön ödemeli konut satışı, TBK m. 264’te yer alan ön ödemeli taksitle satışa benzemekle birlikte, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesi sadece taşınır için öngörülmüştür. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin konusunu ise sadece konut amaçlı kullanılan taşınmazlar oluşturmaktadır¹³.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin unsurları; konut amaçlı kullanılacak bir taşınmaz, satış bedeli, satış konusunun tüketiciye devredilmesinden önce

⁹ Mustafa Alper Gümüş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I, Filiz, 2014, s. 250; Makaracı, s. 250; Sezer Çabri, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri” in Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (Eds.), Konut Sektöründe Tüketici Uygulamaları, Cilt II, Aristo, 2016, s. 69 vd.; Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet, 2016, s. 662; Mustafa Doğan, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, On İki Levha, 2018, s. 100.

¹⁰ Gümüş, s. 250. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda IV.

¹¹ Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 4.02.2011/27836.

¹² Ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile taşınmaz satış sözleşmesinin tarafları da birbirinden farklıdır. Bu konuda bkz. aşağıda II. Ön ödemeli konut satışında tüketicinin satış bedelinin tamamını ödedikten sonra kendi alacağına kavuşması ve taşınmazlar için öngörülmüş olması, ön ödemeli konut satışıyla taksitle satış sözleşmesi (TBK m. 253) arasındaki farkı oluşturur. Taksitle satış sözleşmesi sadece taşınır için söz konusu olup satış bedelinin ödenmesinden önce alıcıya teslim edilmektedir. Hasan Seçkin Ozanoğlu, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, s. 155; Gümüş, s. 250.

¹³ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 13.

satış bedelinin ödenmeye başlanması ve tarafların bu hususlarda anlaşmalarıdır (TKHK m. 40/I). Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde tarafların borçları karşılıklıdır. Taraflardan biri, taşınmazın mülkiyetini devretmeyi ve taşınmazın teslimini taahhüt etmektedir¹⁴. Karşı taraf ise bunun karşılığında taşınmazın satış bedelinin tamamını veya bir kısmını ödemeyi üstlenmektedir. Bununla birlikte, Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 4/I.e'ye göre konut, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na (KMK)¹⁵ tâbi mesken amaçlı kullanılan veya mesken niteliği taşımamakla birlikte tüketicilerin kullanımına sunulan her türlü bağımsız bölümdür. Bu hüküm uyarınca, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin konusu, üzerinde konut meydana getirilmiş veya getirilecek yapı bulunan taşınmazlardır. Tüketici, sözleşme konusu konutu, mesken, yani barınma ihtiyacını karşılamak ve özel yaşamını devam ettirmek amacıyla kullanılmalıdır. Bir başka deyişle, konut, ticarî veya meslekî amaçlarla edinilmemiş olmalıdır¹⁶. Tüketicinin konut amaçlı edindiği taşınmaz müstakil bir yapı olabileceği gibi, kat mülkiyeti veya kat irtifakına tâbi bir yapı da olabilir¹⁷. Kat mülkiyeti veya kat irtifakına tâbi bir taşınmazın kullanım amacı belirlenirken KMK m. 12 ve 14'teki düzenlemeler dikkate alınır¹⁸.

KMK m. 12/I.a'ya göre, bir yapının kat mülkiyetine konu olması için aranan belgeler arasında “*Anagayrimenkulde, yapı veya yapıların [...] kat,*

¹⁴ TKHK m. 40/I'de tüketicinin satış bedelini kısmen veya tamamen ödemesinden sonra satıcının taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmesi onun borcunu ifa etmiş olması için yeterli sayılmıştır. Ancak, Türk hukukunda taşınmaz satışında satıcının aslî edim yükümlülüğünü yerine getirmiş olması için taşınmazın mülkiyetinin tapu siciline alıcı adına tescil edilmesi ve alıcıya teslim edilmesi kümülatif olarak aranmaktadır. Dolayısıyla, TKHK m. 40/I'de yer alan “*devir veya teslim*” ifadesini, düzeltici yorum ile “*devir ve teslim*” olarak anlamak gerekir. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu s. 5 vd.; Makaracı, s. 241. Benzer yönde bkz. Gümüş, s. 252 vd.

¹⁵ Kabul Tarihi: 23.06.1965, RG 2.07.1965/12038.

¹⁶ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 18; Akipek Öcal ve Öcal, s. 286.

¹⁷ Çabri, Satış, 72; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu (n 5) 25. “Şekil şartı” kenar başlıklı Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 6/I'e göre, “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur. Aksi hâlde sözleşme geçersizdir. Satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez.*” Bu hüküm uyarınca, ön ödemeli konut satışı sadece kat irtifakına tâbi konutlar için öngörülmüş olup kat mülkiyetine tâbi konutlar için ön ödemeli konut satışı yapılabilmesi mümkün değildir. Ancak, TKHK'de böyle bir sınırlama olmadığı gibi, kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümler de “konut” kavramının kapsamındadır. Bu sebeple, kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümlerin de ön ödemeli konut satışına konu olması mümkündür. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 32 vd.

¹⁸ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 25 vd.; İnal, s. 631; Akipek Öcal ve Öcal, s. 286.

daire, iş bürosu gibi nevi ile [...] açıkça gösterilmek suretiyle [...] onaylanan mimarî proje ile yapı kullanma izin belgesi” bulunmaktadır. Benzer şekilde, KMK m. 14/I uyarınca, henüz yapı yapılmamış veya yapısı tamamlanmamış bir arsa üzerinde kat irtifakının kurulması için KMK m. 12’ye göre, yapının kullanma amacını belirten mimarî projenin tapu müdürlüğüne verilmesi gerekir. Dolayısıyla, örneğin mimarî projede işyeri olarak gösterilen taşınmazın konut amaçlı kullanılmak üzere satın alınması durumunda ön ödemeli konut satışı söz konusu olmaz¹⁹.

TKHK m. 40/III ve Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 6/III’e göre, yapı ruhsatı alınmadan tüketicilerle ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılamaz. Ancak, yapı ruhsatı olmaksızın kurulan sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmek tüketici aleyhine sonuç doğurabilir. Dolayısıyla, böyle bir sözleşmenin geçersizliğini sadece tüketici ileri sürebilmelidir²⁰.

Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 5’e göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin kurulmasından en az bir gün önce²¹ hükümde düzenlenen hususları içeren, en az 12 punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenen ön bilgilendirme formu yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı vasıtasıyla tüketiciye verilmelidir. Yine Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 7 uyarınca, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, en az on iki punto büyüklüğünde anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca, “[...] a) *Satıcının adı*

¹⁹ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 25 vd.; Akipek Öcal ve Öcal, s. 286. Bununla birlikte, bazı durumlarda taşınmazın tahsis şeklinden bağımsız olarak işyeri veya konut amaçlı kullanılması mümkündür. Örneğin kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölüm mesken niteliğinde olmasına rağmen, avukatlık veya mali müşavirlik bürosu olarak kullanılabilir [1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 43 (Kabul Tarihi: 19.03.1969, RG 7.04.1969/13168), 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 45/VI (Kabul Tarihi: 1.06.1989, RG 13.06.1989/20194)]. Böyle hâllerde, taşınmaz satışının yapıldığı sırada kişinin taşınmazı edinmedeki kullanım amacına göre sözleşmenin hukukî niteliği belirlenir. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 26.

²⁰ Bununla birlikte, yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurulması hâlinde satıcıya TKHK m. 77/V uyarınca idarî para cezası uygulanır. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 45; Makaracı, s. 243. *Gümüş*’e göre, TKHK m. 40/III hükmüne göre yapı ruhsatı alınması ön ödemeli konut satış sözleşmesinin geçerlilik şartı olduğu için yapı ruhsatı alınmadan yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmesi mutlak olarak kesin hükümsüzdür. *Gümüş*, s. 254; Karş. Yapı ruhsatı alınmadan ön ödemeli konut satışı yapılmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemediğine ilişkin bkz. Makaracı, s. 242 vd.

²¹ Hükümde yer alan “*en az bir gün önce*” ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. *Gümüş*, s. 253; Makaracı, s. 247.

veya unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası ile diğer iletişim bilgileri, b) Tüketicinin adı, soyadı, açık adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri, c) Sözleşmenin düzenlendiği tarih, ç) Sözleşme konusu konuta ilişkin bağımsız bölümün yer aldığı ada, parsel, blok, konum, kat ve benzeri temel nitelik bilgileri ile Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'ne²² göre belirlenen bağımsız bölüm net ve brüt alanları, d) Konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak satış fiyatı, varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, e) Konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, f) Faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı, g) Tüketicinin temerrüde düşmesinin hukukî sonuçları, ğ) Ön ödeme tutarı, h) Ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgileri, ı) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgileri, i) Sözleşmeden dönme hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü ile tazminata ilişkin bilgiler, j) Cayma ve sözleşmeden dönme bildirimlerinin yapılacağı açık adres bilgileri, k) Verilen teminata ilişkin bilgileri, l) Konutun teslim tarihi ve şekli, m) Yapı ruhsatının alınış tarihi, n) Konutun ortak giderlerine ilişkin bilgilerin, o) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilginin” sözleşmede yer alması ve tüketiciye bir örneğinin verilmesi zorunludur (Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 7). TKHK m. 4/I'e göre, sözleşmede bu unsurlardan birinin veya birkaçının bulunmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilememekle birlikte, eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir.

II. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

TKHK m. 40/I'e göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tarafları, tüketici ve satıcıdır. TKHK m. 3/I.k uyarınca tüketici, ticarî ve meslekî amaçlarla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişidir. Bununla birlikte, tüzel kişilerin konut amaçlı kullanmak için taşınmaz edinmesi mümkün değildir. Bu sebeple, tüzel kişiler TKHK uyarınca ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile taşınmaz elde edemez. Öte yandan, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde tüketici, sözleşme konusu taşınmazı konut amaçlı kullanmak için satın almaktadır. Bu durum, tüketicinin ticarî ve meslekî amaç taşımadığını

²² RG 2.11.1985/18916 (Mükerrer).

göstermektedir²³.

TKHK m. 40/I'e göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin karşı tarafı satıcıdır. TKHK m. 3/I.i uyarınca, satıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye hizmet ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Bu hükme göre, satıcının mutlaka hizmeti veya malı sunan kişi olması gerekmez. Dolayısıyla, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde satıcının sözleşme konusu yapıyı meydana getiren kişi olma zorunluluğu yoktur. Bir başka deyişle, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde yüklenici dışındaki kişilerin de satıcı olarak nitelendirilmesi mümkündür²⁴.

III. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

A. Geçerlilik Şekli

“Şekil şartı” kenar başlıklı TKHK m. 41/I.c.1'e göre, “Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Aksi hâlde, satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez” şeklindedir. Bu hükme göre, ön ödemeli konut satışı, taşınmaz satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılabilir²⁵. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK)²⁶ m. 706 ve TBK m. 237 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmenin geçerli olabilmesi için resmî şekilde yapılması gerekir. Taşınmaz satışlarında resmî şekil şartı, taşınmaz mülkiyetinin devrini içeren sözleşmenin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenlenmesidir (2644 sayılı Tapu Kanunu²⁷ m. 26).

TBK m. 29'a göre, “Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır” şeklindedir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir ön sözleşmedir²⁸. Bu

²³ TKHK m. 3/I.k'ye göre, tüzel kişiler de tüketici olarak nitelendirilebilir. Tüzel kişi tüketicinin hangi şartlarda ön ödemeli konut satış sözleşmesine taraf olabileceğine ilişkin bkz. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s.16.

²⁴ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 8.

²⁵ Gümüş, s. 250; Makaracı, s. 250; Çabri, Satış, s. 69; Çabri, Kanun, s. 662.

²⁶ Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

²⁷ Kabul Tarihi: 22.12.1934, RG 29.12.1934/2892.

²⁸ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Galip Esmer, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbiki, İstanbul Matbaası, 1956, s. 452; Necip Kocayusufoğlu, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 67 vd.; Selâhattin Sulhi Tekinay,

sebeple, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin esas sözleşme olan taşınmaz satış sözleşmesinin geçerlilik şekline tâbi olması gerekir. Ancak, 1512 sayılı Noterlik Kanunu²⁹ m. 60/III ve 89'da taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiğine yer verilmiştir. Bu hükümden yola çıkan öğretilerdeki bir görüşe göre³⁰, Noterlik Kanunu m. 60/III'te taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin sadece noterler tarafından yapılması öngörülmüştür; tapu sicil müdürü ve tapu sicil memurlarının bu sözleşmeyi düzenlemesi mümkün değildir. Bizim de katıldığımız öğretilerdeki hâkim görüşe göre³¹ ise taşınmaz satış sözleşmesini yapan tapu sicil müdürü ve tapu sicil memurları, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini evleviyetle hazırlayabilir. Dolayısıyla, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hem tapu sicil müdürü ve tapu sicil memurları hem de noterler tarafından düzenlenebilir.

TKHK m. 41'de, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin geçerlilik şekli özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükümden önce, uygulamada satıcı tüketicilere satış konusu taşınmaza ilişkin broşür, katalog, proje, resim, maket göstererek kendisi tarafından hazırlanan bazı evrakları imzalatmakta ve tüketici bunlara dayanarak ödeme yapmaya başlamaktaydı. Ancak, satıcı ile tüketici arasındaki sözleşme resmî şekilde yapılmadığı için geçerli olmamakta ve satıcı taşınmazın mülkiyetini tüketiciye devretmediğinde tüketici dava yoluyla hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2/II) dayanarak dahi

Sermet Akman, Halâk Burcuoğlu ve Atillâ Altıp, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 7. Bası, Filiz, 1993, s. 691 vd.; Kemal T Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 490; Mustafa Çenberci, Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. Bası, Olgaç, 1986, s. 6; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 10. Bası, Seçkin, 2020, s. 189 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Yetkin, 2020, s. 584; Hasan Ayrancı, Ön Sözleşme, Yetkin, 2006, s. 53; Mehmet Handan Surlu, Açıklamalı-İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali-Tescil ve Elatmanın Önlenmesi Davaları, 3. Bası, Seçkin, 2014, s. 33 vd.; Hakan Albayrak, "Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar", 2017, 0(10), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi s. 45 vd. Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. HD, 4087/4738, 9.06.2003, Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası (KBİBB), 1086/m. 1; Yargıtay 14. HD, 5221/6071, 29.05.2006, Surlu, s. 42. Karş. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini bağımsız bir sözleşme olarak kabul eden görüş için bkz. İsmet Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, 1963, s. 9 vd.

²⁹ Kabul Tarihi: 18.01.1972, RG 5.02.1972/14090.

³⁰ Çenberci, s. 160; Velidedeoğlu ve Esmer, s. 138; Ayan, s. 191.

³¹ Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 118 vd.; M Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 22. Bası, Filiz, 2020, N. 1470; Gürsoy, Eren ve Cansel, s. 490; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Yetkin, 2020, s. 237; Albayrak, s. 57 vd. Aynı yönde bkz. YHGK, 28.03.1973, 4-31/258, Eren, Mülkiyet, s. 236, dn. 133.

alacağına istisnai durumlarda kavuşmaktaydı³². Bu durumu önlemek isteyen kanun koyucu TKHK m. 41'i öngörmüştür. Ancak, TKHK m. 41'de yer alan "ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği öğretilmektedir. *Aydoğdu*'ya göre³³, bu ifade ile ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu siciline şerhi veya kat irtifakı olarak tüketici lehine tescili düzenlenmiştir. Ön ödemeli satış sözleşmesinde tüketici ödeme yaptıktan sonra sözleşme konusu konutu elde etmektedir. Buna "önce öde sonra teslim al (veya tescil et)" ilkesi denir. Dolayısıyla, ön ödemeli konut satışı aslında taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde gerçekleşir. Noterlik Kanunu m. 60/III gereği, taşınmaz satış vaadi noterde düzenleme şeklinde yapılır. Ayrıca, TMK m. 1009 uyarınca bu sözleşmenin tapu siciline

³² Turgut Öz, "Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Şekil Sorunu ve Ayıplı İfa Eksik İfa Ayrımı" in Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Eds.), 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri "Tüketici Hukuku Açıklamaları", Bilge, 2013, s. 529; Çabri, Satış, s. 79 vd.; Çabri, Kanun, s. 656 vd. 6502 sayılı TKHK'den önce, tüketicilerin resmî şekle uyulmadan yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmelerine dayanarak dava açması sadece istisnai hâllerde mümkün olmaktadır. "Gerçekten de şekil şartına ilişkin yasa hükümlerinin emredici niteliği ve söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları karşısında, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz (batıl) bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının; olayın özelliği gerektirmedikçe, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla dahi olsa, reddi gerekir. Örneğin, üzerinde bina bulunan bir taşınmazı veya Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olarak yapımı tamamlanmış binadan bir bağımsız bölümü, bir tarlayı ya da arsayı geçersiz sözleşmeyle satın alıp ona zilyet olan ve sözleşmeyle kendisine bağlı sayarak tüm vecibelerini yerine getiren kişinin; velev tapuda devir borcunun yerine getirileceği hususunda satıcı tarafından kendisine tam bir güvence verilerek aldatılmış olsa dahi, cebri tescil isteği reddedilir. Çünkü, nitelikleri itibarıyla emredici bulunan ve hakim tarafından re'sen gözetilmesi gereken şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı bir uyumsuzlukta çatıştığına; hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralıyla şekil şartı kuralının aşılabilmesi için olayın özelliği büyük önem taşımaktadır. Bu hal, Medeni Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kuralın talilininin (ikincilliğinin) tabii bir sonucudur ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı ancak fevkalade zaruri hallerde uygulama yeri bulabilir. Aynı ilkeye 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da değinilmiş olup, Ord. Prof. Dr. A. B. SCHWARZ'ın bu konudaki görüşü de (Medeni Hukuka Giriş, Hıfzı Veldet çevirisi, Sh. 201 vd İst. 1946) özetle şöyledir: "-Bu genel hükmün uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak icap eder. Çünkü bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel özel hukukun manası, hukuki meseleleri sarih olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat'î ve açık prensiplerle halletmektir. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar. Bu nedenlerle her meseleye ona taalluk eden özel hükmü tatbik etmek ve MK. un 2. maddesini fevkalade zaruri olan hallerde sırf itimam ve tashih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır..." YİBBGK, 2/2, 30.09.1988, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021. Nitekim, kanun koyucu, tüketiciyi bu durumlardan korumak amacıyla TKHK m. 41'i öngörmüştür. 1/787 Esas Numaraları Tasarının Madde Gerekeçleri (Sıra Sayısı 490, 2013) m. 41.

³³ Aydoğdu, s. 272.

şerh edilmesi mümkündür. TKHK m. 41/I.c.1’de de tüketicinin taraf olduğu taşınmaz satış vaadi teşkil eden ön ödemeli konut satışının noterde düzenleme şeklinde yapılması ve bu sözleşmenin tapu siciline şerh edilmesi özel olarak düzenlenmiştir³⁴.

Gümüş’e göre³⁵, TKHK m. 41/I.c.1’de kanun koyucu ön ödemeli konut satış sözleşmesini real sözleşme olarak öngörmüştür. Zira, ön ödemeli konut satış sözleşmesine dayalı olarak yapılan tasarruf işlemi olan tescil talebi ve tescil, satış sözleşmesinin kurucu şartı hâline getirilmiştir. Bu sebeple, ön ödemeli konut satışının geçerli olması için rızaî sözleşme olan taşınmaz satışından farklı olarak, satıcının tescil talebi üzerine satış konusu konutun mülkiyetinin tüketici adına tescil edilmesi gerekir. TKHK m. 41/I.c.1’de ön ödemeli konut vaadi sözleşmesinin sadece noterde düzenleme şeklinde yapılabileceği öngörülmüştür. Kanun koyucu bu hükmü kaleme alırken esas sözleşmeye resmî şekli veren makamın o sözleşmeye ilişkin ön sözleşmeyi de yapabileceğini dikkate almamıştır³⁶.

Çabri’ye göre³⁷ ise TKHK m. 41/I.c.1’de yer alan ifadeyi kanun koyucu bilinçli olarak tercih etmemiştir. Zira, uygulamada tapuda satış sözleşmesinin yapılması aynı zamanda taşınmazın tüketici lehine tescil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bir başka deyişle, tapuda tüketici lehine taşınmaz tescil edilmeden, yani tescil talebinde bulunulmadan satış sözleşmesinin yapılması mümkün değildir³⁸. *Öz*’e göre³⁹ de hükümde yer verilen sözleşmenin “*tapu siciline tescil edilmesi*” ifadesini “*tapu sicilinde yapılması*” şeklinde anlamak gerekir. Keza, *Özmen/Vardar Hamamcıoğlu*⁴⁰ da TKHK’deki ifade ile sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi öngörüldüğünü kabul etmektedir.

³⁴ Aydoğdu, s. 272.

³⁵ *Gümüş*, s. 255.

³⁶ *Gümüş*, s. 256.

³⁷ *Çabri, Satış*, s. 80 vd.

³⁸ *Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu*, s. 40; *Çabri, Satış*, s. 80 vd. Nitekim, bu sebeple *Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 6/I*’de “*Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı bir sözleşme şeklinde veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur.*” hükmünde tapuda işlem yapılabilmesi için yazılı bir sözleşmenin varlığı aranmıştır. Bu konuda bkz. *Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu*, s. 32 vd.

³⁹ Turgut Öz, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık” in Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Eds.), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015*, Bilge, 2015, s. 143.

⁴⁰ *Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu*, s. 31.

Kanaatimizce de kanun koyucunun tercihi bilinçli olmayıp TKHK m. 41/I.c.1’de ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tapu sicilinde yapılacağına yer verilmiştir. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, Türk hukukunda taşınmazın devri sonucunu doğuran borçlandırıcı işlemler kural olarak tapu müdürlüğünde yapılmaktadır. Kanun koyucu, Noterlik Kanunu m. 60/III ve 89’a uygun olarak, TKHK m. 41/I.c.1’de taşınmaz satış vaadi niteliği taşıyan ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılmasını öngörmüştür. Dolayısıyla, kanun koyucunun taşınmaz satış sözleşmesi bakımından da kurala istisna getirme amacı yoktur. Bu sebeple, TKHK m. 41/I.c.1’de “ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi” ifadesiyle kastedilen, taşınmazın devrinin taahhüt edildiği diğer sözleşmeler gibi, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin de tapu müdürlüğünde yapılmasıdır.

B. Şekle Aykırılığın Yaptırımını

TBK m. 12/II.c.2’ye göre, kanunda öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Bu hükümde yer alan geçersizlik yaptırımının niteliği tartışmalıdır⁴¹. Öğretideki hâkim görüşe göre⁴², kanun koyucu “hüküm doğurmaz” ifadesiyle şekle aykırı sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacağını düzenlemiştir. Bu görüşe göre, hâkim şekle aykırılığı re’sen dikkate alır. Bununla birlikte, şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu hâllerde, taraflar şekle aykırılığa dayanarak sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu iddia edemez.

⁴¹ Bu konuda bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 102; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme (Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I) (7. Bası, Filiz 2017) §29 N. 2 vd.; M Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 18. Bası, Vedat, 2020, N. 544; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin, 2020, N. 925 vd.

⁴² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s. 102; Kocayusufpaşaoğlu, Sözleşme, §29 N. 6; Oğuzman ve Öz, N. 544 vd.; Arif Barış Özbilen, “m 12” in Turgut Öz, Faruk Acar, Hüseyin Murat Develioğlu ve K Emre Gökyayla (Eds.), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt I, 3. Bası, Vedat, 2019, N. 57 vd.; Ingeborg Schwenzer, Schweizerische Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag, 2012, s. 241; Claire Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulltess, 2012, N. 370 vd. Taşınmaz mülkiyeti devri borcu doğuran sözleşmeler bakımından, son yıllarda öğretilde savunulan kendine özgü geçersizlik (esnek geçersizlik, esnek butlan, *sui generis*) görüşü ile kesin hükümsüzlük görüşlerinin gerekçeleri birbirinden farklı olmakla birlikte, sonuçları aynıdır. Kesin hükümsüzlük görüşüne göre, şekle aykırı sözleşmenin ifasından sonra edimin geri istenmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı sebebiyle mümkün değildir. Kendine özgü geçersizlik görüşü taraftarları ise şeklin tarafları koruma amacından hareketle, sözleşmenin geçerlilik kazandığını ve iadenin talep edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu görüş tarafları için bkz. Eren, Borçlar Genel, N. 933, dn. 95.

Aynı şekilde, taraflar borçlarını bilerek ve isteyerek ifa etmişlerse şekle aykırı olsa dahi sözleşme geçerlidir⁴³.

Ön ödemeli konut satışı açısından şekle aykırılığın yaptırımını TKHK’de özel olarak düzenlenmiştir. TKHK m. 41/I.c.2’ye göre, “*Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri sürmez*” şeklindedir. Nitekim, TKHK’nin gerekçesinde de ön ödemeli konut satışının resmî şekilde yapılmaması hâlinde, satıcının daha sonra tüketiciye karşı sözleşmenin resmî şekilde yapılmadığını ileri sürerek geçersizliğini iddia etmesinin hakkaniyete uygun olmadığı belirtilmiştir. Böylece, kanun koyucu ön ödemeli konut satış sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini ileri sürme hakkını sadece tüketiciye tanımıştır⁴⁴. Burada hâkim, şekle aykırılığı re’sen dikkate alamaz⁴⁵. Tüketicinin şekle aykırılığı ileri sürmesinin sınırını ise hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır. Örneğin tüketici, aynı nitelikte veya daha üstün bir konutu daha fazla masraf ve zaman harcamadan satın almak için şekle aykırı olan ön ödemeli konut satışının geçersiz olduğunu iddia edemez⁴⁶.

Türk hukukunda da giderek taraftar bulan⁴⁷ ve kendine özgü geçersizlik

⁴³ Oğuzman ve Öz, N. 546; Eren, Borçlar Genel, N. 930; O Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Bası, Seçkin, 2019, N. 2544 vd.; Özbilen, N. 84; Schwenzer, s. 241; Huguenin, N. 369. “*Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılığın uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse (tapuda tescil işlemi yapılmışsa), bunun iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği Yargıtay uygulamasıyla kabul edilmektedir (HGK.nun 11.3.1953 gün ve 2/9 sayılı; 10.9.1955 gün ve 1/62-63 sayılı Kararları...). Hukuk Genel Kurulunun 21.3.1986 gün ve 14/541-257 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmektedir.*” YİBBGK, 2/2, 30.09.1988, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁴⁴ Aydoğdu, s. 272; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 40 vd.; Öz, Borca Aykırılık, s. 143; Çabri, Satış, s. 87. Karş. *Gümüş*’e göre, TKHK m. 41/I.c.2’de ön ödemeli konut satış sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini satıcının tüketiciye karşı ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu, kanun koyucu tarafından bir varsayım olarak kabul edilmiştir. Burada kanun koyucunun amacı şekle aykırılığın sadece tüketici tarafından ileri sürülmesine izin vermek değildir. *Gümüş*, s. 256. Benzer yönde *Atamer*’e göre, satıcı şekle aykırı ön ödemeli konut satış sözleşmesinin geçersizliğini ancak tüketici aleyhine sonuç doğurmadığı takdirde ileri sürülebilir. *Atamer*, s. 228.

⁴⁵ Makaracı, s. 252.

⁴⁶ Öz, Borca Aykırılık, s. 143.

⁴⁷ Antalya, N. 2542; Eren, Borçlar Genel, N. 933; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin, 1998, s. 143; Pakize Ezgi Akbulut, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha, 2016, s. 310 vd.; Özbilen, N. 62 vd. Nitekim, İsviçre’de şekle aykırılığın yaptırımına ilişkin çoğunluk görüşü, kendine özgü geçersizlik

görüşü olarak adlandırılan bir görüşe göre ise şekle aykırılığın yaptırımını TBK m. 27’de düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımını değildir. Bu görüşe göre, şekle aykırı bir sözleşmede de yine hukukî işlem başlangıçtan itibaren geçersiz olup şekle aykırılık, sadece hukukî işlemin taraflarınca, bilhassa şeklen korunmaya muhtaç olan tarafça ileri sürülebilir. Nitekim, TKHK’de de ön ödemeli konut satışları için kendine özgü geçersizlik yaptırımını benimsenmiş olup, sadece şeklen korunmaya muhtaç olan tüketici tarafından geçersizliğin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir.

IV. YÜKLENİCİNİN ALDIĞI KREDİ SEBEBİYLE ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİ KONUSU TAŞINMAZA İPOTEK TESCİL EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Uygulamada yüklenici ön ödemeli konut satışına konu olan konutları meydana getirmek için kendisine daha fazla finansman sağlamak amacıyla bankadan kredi temin etmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁴⁸ m. 53’e göre, bankalar verdikleri krediler ile ilgili olarak doğmuş veya doğması muhtemel zararların karşılanması için yeterli düzeyde karşılık ayırmakla yükümlüdürler. Yüklenicinin yapıyı meydana getirmesi amacıyla ona kredi sağlayan banka da kendi kredi alacağını teminat altına almak için yüklenicinin inşa edeceği yapının bulunduğu taşınmaza ipotek tescil ettirmektedir⁴⁹.

görüşüdür. Bu konuda bkz. CHK-Kut, OR Art. 11 Rn. 21; Peter Gauch, Walter R Schlupe and Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, s. 10. Auflage, Schultess, 2014, N. 243; Huguenin, N. 375. İsviçre Federal Mahkemesi’nin aynı yöndeki kararı için bkz. BGE 398; 403.

⁴⁸ Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG 1.11.2005/25983 (Mükerrer).

⁴⁹ İpotek kurulabilmesi için kural olarak taşınmaz maliki ile rehinli alacaklı arasında tapu memuru tarafından resmî şekilde düzenlenen taşınmaz rehni sözleşmesi yapılması gerekir (TMK m. 856/II, Tapu Kanunu m. 26/I). Ancak, bankalar için bu kurala istisna getirilmiştir. Tapu Kanunu m. 26/X’a göre, bankalar tarafından açılmış veya açılacak tüm borç ve kredilere karşılık teminat gösterilen taşınmazların ipotek işlemleri, tarafların istemi hâlinde, taraflarca imzalanan kredi veya borç sözleşmesine istinaden tapu müdürlüklerinde tapuya tescil olunur. İstisnalar dar yorumlanır ilkesi gereği, bu hükümde düzenlenen “*tarafların istemi*” ifadesiyle kredi borçlusunu taşınmaz maliki ve bankanın ipotek kurulması konusunda anlaşması kastedilmektedir. Dolayısıyla, kredi veya borç sözleşmesini imzalayan kredi borçlusunu malikse tescile muvafakat beyanının var olduğu kabul edilir. Taşınmaz malikinin kredi borçlusunu dışındaki bir üçüncü kişi olduğu hâller ise hükmün kapsamı dışındadır. Nitekim, söz konusu hükmün düzenlendiği 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un (Kabul Tarihi: 15.02.2018, RG 10.03.2018/30356) madde gerekçesinde yer alan “*Madde ile, borçlu ve kefiller ile alacaklı arasında düzenlenen kredi veya borç sözleşmelerinin, tapu müdürlüklerince resmi senet*

Kabul ettiğimiz görüşe göre, TKHK m. 41/I.c.1 uyarınca ön ödemeli konut satış sözleşmesi tapu müdürlüğünde yapılmalıdır. Ancak, yukarıda yer verildiği üzere, uygulamada tapu müdürlükleri taşınmaz satış sözleşmesinin kurulması için tescil talebinde bulunulmasını aramaktadır. Bu sebeple, pratikte tüketicinin konut bedelini ödedikten sonra tapu müdürlüğünde taşınmazın mülkiyetinin kendisine devrini içeren ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapması mümkün değildir. Dolayısıyla, ön ödemeli konut satışı uygulamada ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁰.

Bununla birlikte, TKHK m. 41 uyarınca tarafların kanunda öngörülen şekle uymaksızın ön ödemeli konut satış sözleşmesi kurması mümkündür. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, şekle aykırı ön ödemeli konut satışının geçersizliği sadece tüketici tarafından ileri sürülebilir. Böyle bir hâlde, banka lehine tescil edilen ipotek, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin yapılmasından sonra kurulmuşsa tüketici aleyhine sonuç doğurabilir. Benzer şekilde, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi kurulduktan sonra, bankanın sözleşme konusu konutun bulunduğu taşınmaza ipotek tescil ettirmesi de tüketici aleyhine sonuçlara yol açar.

B. Ön Ödemeli Konut Satışından Önce Banka Lehine İpotek Tescil Edilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere, ön ödemeli konut satışı, uygulamada sadece ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi olarak kurulabilmektedir. Banka lehine ipotek tescil edildikten sonra ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapılabilir⁵¹. Bu durumda, tüketici ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi uyarınca, mülkiyet kendisine devredildiğinde, konuta ilişkin bağımsız bölümün mülkiyetini üzerindeki ipotekle yükümlü olarak kazanır (TMK m. 888/I)⁵². Zira, taşınmaz rehnine hâkim olan kamuya açıklık ilkesi

düzenlenmeksizin ve ilgililerinin tapu müdürlüklerinde bizzat talepte bulunma zorunluluğu olmaksızın tapuya tescilinin sağlanması amaçlanmaktadır” ifadesi de normun kapsamının kredi borçlusu taşınmaz maliki ile sınırlı olduğunu göstermektedir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, N. 3232 vd.; İlhan Helvacı, Eski Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, On İki Levha, 2008, s. 115; Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/192) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı 518, 2018) 6.

⁵⁰ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 40; Çabri, Satış, s. 80 vd.; Atamer, s. 223.

⁵¹ İpotekli taşınmazlara ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinin mümkün olduğunun 8.01.1965 tarihli ve 1 sayılı Tapu Komisyonu kararında belirtildiğine ilişkin bkz. Surlu, s. 164.

⁵² Gülay Öztürk, “Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkisi (I)”, 1997, 23(4), Yargıtay

gereği, ipotek hakkı tapu siciline tescil edilmekle birlikte herkese karşı ileri sürülebilir. Böyle bir hâlde, tüketici, TMK m. 885'e göre devraldığı konutu ipotekten kurtarabilir veya TMK m. 888/II uyarınca edindiği konuta ilişkin bağımsız bölüm üzerindeki ipotek miktarı kadar yüklenicinin bankaya olan borcunu üstlenebilir⁵³. Ancak, bu durumda tüketici hem satıcıya satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli hem de bankaya ipotek miktarı kadar bedeli ödemiş olmaktadır. Bir başka deyişle, tüketici adeta iki defa satış bedelini ödemek zorunda kalmaktadır. Bununla birlikte, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde taşınmazın her türlü sınırlamadan bağımsız ("*her türlü takyidattan ari*") olarak tüketiciye devredileceği kararlaştırılmış olabilir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile nisbî bir hak doğmaktadır. Dolayısıyla, tüketicinin satıcıyla arasında kararlaştırılan bu kaydı üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi mümkün değildir. Fakat, satıcı ön ödemeli konut satışı konusu taşınmazı, üzerindeki ipotekle tüketiciye devretmek istediğinde, tüketici ön ödemeli konut satış sözleşmesindeki "*her türlü takyidattan ari devir*" kaydına dayanarak alacaklının temerrüdüne düşmekten kurtulur (TBK m. 106/I). Zira, böyle bir durumda, tüketici haklı bir sebeple ifayı reddetmektedir.

C. Ön Ödemeli Konut Satışından Sonra Banka Lehine İpotek Tescil Edilmesi

1. Genel Olarak

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerh edilip edilemeyeceği TKHK'de belirtilmemiştir. Bununla birlikte, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. TMK m. 1009/I ve Tapu Kanunu m. 26/VIII uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, şerh anlaşması yapılması gerekmeksizin tapu siciline şerh edilebilir⁵⁴. Dolayısıyla,

Dergisi s. 533. "[...] Belirtilmelidir ki, satış vaadine konu bir taşınmazın tapu kaydı üzerinde ipotek, haciz veya ihtiyati tedbir kararı gibi şerhlerin bulunması o satış vaadi sözleşmesinin icrasını istemeye engel teşkil etmez. Satış vaadi sözleşmesi taşınmazın tapu kaydı üzerindeki kısıtlamalarla birlikte ifa edilebilir. [...]" Yargıtay 14. HD, 4221/5384, 12.04.2012, Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Seçkin, 2018, s. 906.

⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, N. 3430 vd.; Schmid Jörg and Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Ergänste Auflage, Schultess, 2012, N. 1620-1621; Samuel Z, Basler Kommentar, ZGB 2, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, Art. 828, N. 1; Art. 832, N. 11 vd.

⁵⁴ Karş. Sungurbey, s. 47 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Satış Vaadi, s. 191. Tapu Kanunu m. 26/IX'e göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerh edilmesinden itibaren beş yıl içinde satış gerçekleşmediği takdirde, tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından re'sen terkin edilir. Tapu Sicil Tüzüğü m. 69/III'te ise söz konusu şerhin taşınmaz malikinin talebi üzerine terkin edileceği öngörülmüştür. Yargıtay'ın her iki yöndeki kararları için

ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerhi mümkündür. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi, tapuya şerh edilmişse banka lehine tescil edilen ipoteğin tüketiciye bir etkisi yoktur⁵⁵. Bu durumda, banka kendi lehine ipotek tescil edilirken tüketiciye satış vaadi konusu konutun devredileceğini görmüş ve kabul etmiştir. Böyle bir hâlde, tüketici terkin davası açarak yüklenici ve bankayı hasım göstererek ipoteğin terkinini talep edebilir. Benzer şekilde, tüketici konuta ilişkin bağımsız bölümün mülkiyetinin kendi adına tescilinden sonra açacağı bir davayla ipoteğin terkinini isteyebilir⁵⁶.

bkz. Yargıtay 14. HD, 1193/3454, 30.03.2010, KBİBB, 4721/m. 206; Yargıtay 14. HD, 5272/9324, 14.02.2011, KBİBB, 1086/m. 74. Ayrıca, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin tapu müdürlüğü tarafından re'sen terkin edilmesi gerekirken edilmemesi hâlinde, üçüncü kişilerin TMK m. 1023 ve 1024'e dayanarak iyiniyetli hak iktisap edemeyeceğine ilişkin bkz. "Açıklananlar ışığında somut olaya gelince; davacıların dayandığı 5.8.1991 tarihinde düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi noterde usulüne uygun olarak düzenlenmiş olup geçerlidir. Anılan sözleşme 8.8.1991 tarihinde tapuya şerh edilmiş olup, davalının mülkiyeti edindiği tarih itibariyle tapuda kayıtlıdır. Mahkemece sözleşmenin tapuya şerh edildiği 8.8.1991 tarihi itibariyle 5 yıllık sürenin geçtiği, bu sebeple şerhin bağlayıcılığının bulunmadığı, dolayısıyla sözleşmeden doğan şahsi hakkın davalıya ileri sürülemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, Dairemizin bozma kararında da belirtildiği üzere burada incelenmesi gereken davalının iyiniyetli olup olmadığının saptanmasıdır Tapu Kanununun 26/5. maddesinin son fıkrası gereğince, tapuya şerh edilen satış vaadi sözleşmesi uyarınca şerhten itibaren 5 yıl içinde satış yapılmaz ise şerh, tapu sicil müdürlüğü tarafından re'sen terkin edilir. Şerh, süresi dolduktan sonra terkin edilmez ise, şahsi hakkın bu şerh ile etkisi kuvvetlendirdiğinden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir iken artık bundan sonra satış vaadi alacaklısına sadece kişisel hak sağlayabilir. Satış vaadi sözleşmesi bu sebeple davalıya karşı ileri sürülemez ise de Türk Medeni Kanununun 1023 ve 1024. maddeleri gereğince davalının halen mevcut olan şerh sebebiyle iyiniyetli olduğunun kabulüne olanak yoktur. Belirtilen sebeple mahkemece davalının iyiniyetli olmadığı kabul edilmeli, sözleşme gereğince tescil isteğinin kabulü için diğer şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmadığından karar bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 14. HD, 1193/3454, 30.03.2010, KBİBB, 4721/m. 706.

⁵⁵ "Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, Türk Medeni Kanunu'nun 1009. Maddesi uyarınca tapunun beyanlar hanesine şerhi mümkündür. Böylece, sözleşme alacaklısı sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkını kuvvetlendirmiş olur ve üçüncü kişilere karşı ileri sürme olanağı kazanır. Tapu Kanunu'nun 26/6 maddesi uyarınca bu şerh beş yıl için geçerli olup beş yılın dolmasıyla kayıttan silinir ve anılan gücünü yitirir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra beş yıl içinde kayda işlenen her türlü haciz, ipotek ve benzeri sözleşme alacaklısının haklarını kısıtlayacak nitelikteki şerhler de sözleşme alacaklısını bağlamaz." Yargıtay 14. HD, 8957/639, 20.01.2015, Ruhi ve Ruhi, s. 667.

⁵⁶ Öztürk, s. 533. "Dava satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil ile satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra vaat borçlusunun alacakları tarafından konulan hacizlerin terkinini isteğine ilişkindir [...] Haciz veya ipotek şerhlerinin terkinine ilişkin davalarda lehtarların hakları etkileneceğinden haciz ve ipotek lehtarlarının davalı olarak gösterilmesi gerektiğinden [...]" Yargıtay 14. HD, 15141/2829, 4.03.2014, Ruhi ve Ruhi, s. 753 vd. Tüketicinin satın aldığı veya ana vaad edilen konutun üçüncü bir kişiye, örneğin arsa sahibine ait olmasının konuta ilişkin bağımsız bölümün kendisine devri açısından bir farkı

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin şerh edilmemesi hâlinde ise kural olarak tüketicinin bu sözleşmeden doğan nisbî hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürmesi mümkün değildir⁵⁷. Ancak, bankalar lehine tescil edilen ipotekler bakımından bu durum özel olarak değerlendirilmelidir.

2. Bankanın Ağırlaştırılmış Özen Yükümlülüğü

Bankalar, devletin yoğun denetim ve müdahalesi altında olup kendileri için konulmuş özel ilkelere uymak şartıyla faaliyet gösteren kuruluşlardır. Bu sebeple, geniş halk kitleleri bankalara karşı özel bir güven duymaktadır⁵⁸. Bankalara duyulan bu güven, bankaların “güven kurumu” olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaktadır⁵⁹. Nitekim, Yargıtay kararına göre de “[...] Kuruluşları özel izne tabi olan ve faaliyetlerini Devletin tanıdığı imtiyazla yürüten bankalar da birer “güven kurumu” olmaları nedeniyle dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uymak zorundadırlar. Zira bankaların, müşterilerinde yarattıkları güvene ve bankacılık sektörünün yazılı olan veya olmayan ilke, kural ve teamüllerine uygun hareket etme yükümlülükleri bulunmaktadır [...]”⁶⁰.

Toplumun bankalara duyduğu güven, bu güveni boşa çıkartmamak amacıyla bankaların sorumluluğunun ağırlaştırılmasına sebep olmuştur⁶¹.

yoktur. Önemli olan yüklenicinin bağımsız bölümün mülkiyetini ve konutun zilyetliğini tüketiciye devretmesidir.

⁵⁷ “[...] Türk Medeni Kanunu’nun 1020. Maddesi gereğince tapu sicili herkese açık olup, kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceği gibi, satış vaadi sözleşmeden önce veya sonra konulan haciz şerhleriyle de sorumludur. Kısaca belirtmek gerekirse, bir taşınmaz kaydı üzerinde ipotek, haciz veya tedbir şerhi bulunmakta iken ya da bunlar satış vaadi sözleşmesi tapuya şerh edilmeksizin sonradan koyulmuş olsa bile konulan ipotek, haciz veya ihtiyat tedbir şerhi satışı vaat edilen taşınmazın vaat alacaklısı adına tesciline engel teşkil etmez. Tescil talep eden ferağ alacaklısı, taşınmazı bu yükümlülükleriyle birlikte kazanır [...]” Yargıtay 14. HD, 14622/2813, 28.02.2012, Ruhi ve Ruhi, s. 910.

⁵⁸ Ahmet Battal, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 1.

⁵⁹ Ahmet Battal, “Güven İlkesi Çerçevesinde Proje Kredilerinde Bankaların Hukuki Sorumluluğu” in Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (Eds.), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXI 22 Aralık 2017, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 185 vd.; YHGK, 2425/2022, 30.09.2015, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶⁰ YHGK, 567/1346, 12.12.2019, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶¹ “[...] Başka bir deyişle bankaların birer güven kurumu olmaları ve müşteriler tarafından kendilerine özel bir güven duyulması, onların hukuki sorumluluğunu diğer tacirlere nazaran

Bankaların sorumluluğunun ağırlaştırılmasının kanunî dayanağı olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁶² m. 18/II ile TBK m. 115/III ve 116/III gösterilmektedir. TTK m. 18/II uyarınca her tacir ticaretine ait bütün faaliyetlerde basiretli bir iş adamı gibi davranmakla yükümlüdür. TBK m. 115/III ve 116/III gereği ise uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan ve yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Söz konusu düzenlemeler, sözleşme ilişkisi açısından öngörülmüştür. Bununla birlikte, güven ilkesi gereği, bankalar sadece kendileri ile sözleşme yapan tarafa (müşterilerine) karşı değil, kendilerine güvenen müşterilerinin yakınları olan üçüncü kişilere, bilgi almak veya ilişki kurmak amacıyla kendilerine başvuran kişilere karşı da ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü altındadırlar⁶³.

3. Bankaların Ağırlaştırılmış Özen Yükümlülüğü Çerçevesinde Ön Ödemeli Konut Satışından Sonra Banka Lehine Tescil Edilen İpoteğin Durumu

Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapılmış olup tapu siciline şerh edilmemişse, yüklenici tarafından satış konusu konuta ilişkin bağımsız bölüm üzerinde banka lehine ipotek tescil edilmesi hâlinde, banka ağırlaştırılmış özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olur. Bu durumda, banka tapu sicilinde şerh bulunmaması sebebiyle iyiniyetli olduğuna dayanarak TMK m. 1023 uyarınca ipotek hakkı kazandığını ileri süremez. Nitekim, banka, ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün bir gereği olarak, taşınmaz üzerinde kendi lehine ipotek tescil edilirken de basiretli davranmakla yükümlüdür. Yüklenicinin meydana getireceği yapının bulunduğu taşınmaz üzerinde ipotek kuran banka, ipotek konusu taşınmazın mülkiyetinin kredi borçlusu yükleniciye ait olup olmadığını, herhangi bir satışa konu yapıp yapılmadığını araştırmakla ve şirketin ticarî defter ve belgelerini incelemekle yükümlüdür⁶⁴.

daha da ağırlaştırmaktadır [...]” YHGK, 567/1346, 12.12.2019, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶² Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

⁶³ Battal, Banka, s. 149; YHGK, 2425/2022, 30.09.2015, *Lexpera*, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir güven kurumu olarak bankaların kendi lehlerine konulmuş ipotek bakımından ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünü şu şekilde ifade etmiştir: “Somut olayda taraflardan birisinin banka olması nedeniyle belirtilmelidir ki; bankalar devletin yoğun denetimi ve müdahalesi altında bulunan ve kendileri için belirlenmiş özel ilkelere uymak şartıyla faaliyet gösterebilen kuruluşlardır. Bankacılık sektörüne özgü bu

Benzer şekilde, Yargıtay “[...] Davacı bankanın sadece belgeye itibar edip diğer gerekli araştırmaları yapmayarak basiretli tacir gibi davranmaması müterafık kusurunu oluşturmaktadır. Mahkemece bu husus nazara alınmadan, kusur durumu ve zarar yönünden bilirkişi raporu alınmaksızın eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, hükmün davacı yararına bozulmasına [...]” karar vermiştir⁶⁵. Dolayısıyla, bankanın yüklenici ile tüketici arasındaki sözleşmenin adı yazılı şekilde yapılmasına dayanarak dahi tapu siciline güven ilkesinden yararlanabilmesi (TMK m. 1023) ve iyiniyetli olduğunu ileri sürebilmesi için ipotek tescil edilen bağımsız bölümlerin satışa konu olup olmadığını, bağımsız bölümlerin yüklenicinin mülkiyetinde olup olmadığını araştırmış olması ve bu araştırmalarını da ispat etmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, ön ödemeli konut satışı, kanunda öngörülen şekle aykırı olarak yapılmış olsa dahi, banka sadece bu gerekçeye dayanarak kendi lehine tescil edilen ipotek hakkının geçerli olduğuna dayanamaz. Ayrıca, böyle bir durumda, örneğin tüketici bağımsız bölümü satın alırken yüklenici firmaya vermiş olduğu bono vb senetlerin yüklenici tarafından kredi kullandırılan bankaya verildiğini, kredi kullandıran bankanın yüklenicinin ticarî faaliyetini bildiğini kanıtlayarak banka lehine ipotek tescil edilirken bankanın iyiniyetli olmadığını ispatlayabilir. Dolayısıyla, kredi kullandırdığı yüklenicinin ticarî faaliyetini bilen, hatta söz konusu yükleniciden bu ticarî faaliyet kapsamında bono alan bankaların iyiniyetli olmadıklarının tüketici tarafından ispatlanması hâlinde, banka lehine tescil edilen ipoteklerin terkin edilmesi mümkündür.

SONUÇ

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin barınma amaçlı

durum, bankalarla muhatap olan geniş halk kitlelerinin bankalara karşı özel bir güven duygusu beslemelerine yol açmaktadır. [...] Davaya konu taahhütnamede, davalı banka tarafından davacı M. N. 'a hitaben noterde 19.12.2008 tarihinde düzenlenmiş olup, davacının 38.000,00 TL tutarındaki ödemesi nedeniyle alacağın teminatı olduğu belirtilen 06 YTJ 94 plakalı araç üzerine banka lehine tesis edilen rehin hakkına BK 496. maddesi uyarınca davacının halef olduğu yönünde beyanda bulunulmuştur. Bu taahhüdü veren bir banka olup, bir güven kurumu olarak basiretli tacir gibi davranması gerekir ve objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Verdiği bu taahhüt altındaki imzası kendisi açısından bağlayıcıdır. Bankacılık işlemleri alanında sözleşme özgürlüğü ilkesinin etkili bir şekilde uygulanmaması nedeniyle bankaların sorumluluğu konusunda özel düzenlemelerin ve yorumların yapılması da bir gerekliliktir.” YHGK, 2426/1540, 10.06.2015, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

⁶⁵ Yargıtay 11. HD, 8513/15479, 14.10.2014 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi 27 Nisan 2021.

kullanacağı konutun bedelini, henüz satıcı tarafından konut kendisine teslim edilmeden önce kısmen veya tamamen ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir. TKHK m. 41 ve 45'te ön ödemeli konut satışının taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte, uygulamada ön ödemeli konut satışı, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi tapu siciline şerh edildikten sonra, yüklenici tarafından banka lehine ipotek tescil edilirse tüketici konuta ilişkin bağımsız bölümün mülkiyetini edindiğinde söz konusu ipoteğin kaldırılmasını talep edebilir.

Benzer şekilde, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinin kanunda öngörülen şekle uygun olarak yapılmadığı veya tapu siciline şerh edilmediği durumlarda da tüketici, banka lehine tescil edilen ipoteğin kaldırılmasını isteyebilir. Zira, bankalar ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü altında olup kredi verdikleri tacirlerin ticarî faaliyetlerini, krediye konu taşınmazın satış sözleşmesine konu olup olmadığını, üzerinde ipotek bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, böyle bir hâlde, iyiniyet karinesi ters çevrilerek banka kendisinin iyiniyetli olduğunu ispat etmekle yükümlüdür.

KAYNAKÇA

Akbulut P E, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha, 2016.

Akipek Öcal Ş ve Öcal L, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi”, 2019, 0(144), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 277-298.

Albayrak H, “Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar”, 2017, 0(10), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 43-95.

Altaş H, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin, 1998.

Antalya O G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, 2. Bası, Seçkin, 2019.

Atamer M Y, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin

Korunması On İki Levha, 2016.

Ayan M, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 10. Bası, Seçkin, 2020.

Aydoğdu M, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, 2015.

Ayrancı H, Ön Sözleşme, Yetkin, 2006.

Battal A, Güven Kurumu Niteliğindeki İşğında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.

Battal A, “Güven İlkesi Çerçevesinde Proje Kredilerinde Bankaların Hukuki Sorumluluğu” in Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (Eds.), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXXI 22 Aralık 2017, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 161-216.

Çabri S, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri” in Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (Eds.), Konut Sektöründe Tüketici Uygulamaları, Cilt II, Aristo, 2016, s. 67-133.

Çabri S, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet, 2016.

Çenberci M, Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. Bası, Olgaç, 1986.

Doğar M, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Tipi ve Hukuki Niteliği”, 2017, 5(2), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 101-115.

Doğar M, Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, On İki Levha, 2018.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin, 2020.

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Yetkin, 2020.

Eren F, Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Yetkin, 2020.

Gauch P, Schlupe W R and Schmid J, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Schulthess, 2014.

Gümüş M A, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I Filiz 2014.

Gürsoy K T, Eren F ve Cansel E, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

Helvacı İ, Eski Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, On İki Levha, 2008.

- Huguenin C, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulltess, 2012.
- İnal T, “Ön Ödemeli Konut Satışı” in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (Eds.), Milli Şerh Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Aristo, 2016, s. 624-738.
- Kocayusufpaşaoğlu N, Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, Sulhi Garan Matbaası, 1959.
- Kocayusufpaşaoğlu N, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I), 7. Bası, Filiz, 2017.
- Makaracı A, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı” in M Murat İnceoğlu (Ed.), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha, 2015, s. 239-260.
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku, 22. Bası, Filiz, 2020.
- Oğuzman M K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 18. Bası, Vedat 2020.
- Ozanoğlu H S, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999.
- Öz T, “Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Şekil Sorunu ve Ayıplı İfa Eksik İfa Ayrımı” in Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Eds.), 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri “Tüketici Hukuku Açıklamaları”, Bilge, 2013, s. 526-546.
- Öz T, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık” in Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Eds.), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Bilge, 2015, s. 138-160.
- Özbilen A B, “m. 12” in Turgut Öz, Faruk Acar, Hüseyin Murat Develioğlu ve K Emre Gökyayla (Eds.), İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt I, 3. Bası, Vedat, 2019.
- Özmen E S ve Vardar Hamamcıoğlu G, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, On İki Levha, 2016.

- Öztürk G, “Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkisi (I)”, 1997, 23(4), Yargıtay Dergisi, s. 520-538.
- Ruhi C ve Ruhi A C, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, Seçkin, 2018.
- Samuel Z, Basler Kommentar, ZGB 2, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.
- Schmid J and Hürlimann-Kaup B, Sachenrecht, 4. Ergänzte Auflage, Schultess, 2012.
- Schwenzer I, Schweizerische Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Stämpfli Verlag, 2012.
- Sungurbey İ, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, 1963.
- Surlu M H, Açıklamalı-İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi Satış Vaadine Dayalı Tapu İptali-Tescil ve Elatmanın Önlenmesi Davaları, 3. Bası, Seçkin, 2014.
- Tekelioğlu N, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Satıcının Teminat Sağlama Zorunluluğu”, 2018, 67(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 81-104.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 7. Bası, Filiz, 1993.
- Velidedeoğlu H V ve Esmer G, Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbiki, İstanbul Matbaası, 1956.

TÜRK HUKUK YARGILAMASI İLE MUKAYESELİ OLARAK AMERİKAN HUKUK YARGILAMASINDA GIYAPTA HÜKÜM (DEFAULT JUDGMENT)

Mustafa GÖKSU*

ÖZ

Bir dava açıldığında davalının dava dilekçesine cevap vermesinin ya da bir savunmayapmasının zorunlu olup olmadığı, hukuk yargılamasındaki en kilit konulardan birini oluşturmaktadır. Zira böyle bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı hususu, yargılamanın yürütülmesine ilişkin diğer bazı önemli kuralları da etkilemektedir. Keza taraflardan birisinin duruşmalara katılmamasının sonuçları da benzer şekilde büyük önem taşımaktadır. Amerikan hukuk yargılamasında, davaya cevap vermeyen veya yargılamaya katılmayan ya da duruşmalara hazırlık aşamasında mahkemece verilen talimatlara uymayan taraflar bakımından giyapta hüküm verilmesi usulü bulunmaktadır. Hukukumuzda ise davaya cevap verme zorunluluğu bulunmadığı gibi, duruşmaya katılmayan taraf bakımından giyap gibi bir yaptırım da yer almamaktadır. Oysaki giyapta yargılama kurumu, 1985 yılından önce çok uzunca bir süre Türk hukuk yargılamasında var olmuş, ancak karmaşık yapısı ve yeterince anlaşılammış olması sebebiyle kaldırılmıştır. Bu çalışmada Amerikan hukukundaki giyapta hüküm kurumu, Türk hukukundaki mevcut hükümler ve mülga giyapta yargılama kurumu ile mukayeseli olarak incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Giyapta yargılama, giyapta hüküm, duruşmalara katılmama, savunma hakkı, davalının davaya cevap vermesi.*

DEFAULT JUDGMENT IN AMERICAN CIVIL PROCEDURE IN COMPARISON WITH TURKISH CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT

The question on whether the defendant is required to present an answer or defend their case is one of the most important matters in civil procedure since this matter directly influence other relevant rules. Similarly, the consequences of absence of a party from proceedings also carry a vital importance. Default judgment is an

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA e-posta: mustafa.goksu@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3414-1699

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018654

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21/10/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26/10/2021

institute in American law which is applied to a party who failed to respond to an action, proceedings or a court order regarding pre-trial procedures. In contrast, Turkish law neither compels the defendant for an answer nor provides an institution such as default for the absentee party. Whereas a similar procedure in Turkish law was implemented and utilized for a very long period until 1985; yet it was abolished due to its complex nature and the general misunderstanding regarding the institution. In this article, default judgment in American civil procedure is examined in comparison with the contemporary rules in Turkish civil procedure as well as the now defunct proceedings in default.

Keywords: *Proceedings in default, default judgment, absence in trial, right to defend, defendant's response.*

GİRİŞ

Türk hukuk yargılamasında, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki (HUMK) haliyle, 1985 yılında 3156 sayılı Kanunla ilga edilene kadar yaklaşık altmış yıl boyunca uygulanan gıyapta yargılama kurumu yerini, şu anda büyük ölçüde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) da yer bulan hükümlere bırakmıştır. Bu çerçevede, davalının davaya cevap vermesinin zorunlu olup olmadığı ve taraflardan birisinin davaya devam etmekten kaçınması halinde ne gibi yaptırımlar uygulanabileceği hususları büyük ölçüde değişime uğramıştır. Türk hukukunda, daha sonra anlatacağımız üzere, davalının davaya cevap vermesi veya duruşmalara katılması, özü itibariyle bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 128'inci maddesi hükmü, davaya cevap verilmemiş olması haline, hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde inkâr sonucunu bağlamıştır. Keza, artık gıyap kurumu olmadığı için, duruşmalara katılmama halinde de yargılamanın geri kalanı bakımından herhangi bir yaptırım söz konusu olmamaktadır. Oysaki, Almanya ve İngiltere gibi pek çok ülkede olduğu gibi, Amerika Birleşik Devletleri'nde de hukuk yargılamasında, davalının davaya cevap vermesi bir yükümlülük olarak kabul edilmekte; bu yükümlülüğe uyulmaması halinde ise davacının iddialarının ikrarı sonucu doğmaktadır. Bu sayede, boşu boşuna yargılama yapılarak, gereksiz zaman ve gider harcanması engellenmekte; ayrıca davalının bu ihmalkâr davranışı da bir nevi cezalandırılmış olmaktadır. Benzer bir durum taraflardan birisinin duruşmalara geçerli bir mazeret olmaksızın katılmaması halinde de söz konusu olabilmekte; hatta bazı durumlarda mahkemenin emirlerine uymaktan

haksız şekilde kaçınma da yine aynı yaptırım ile cezalandırılabilir. Çekişmeli yargılamanın özü bakımından çok gerekli ve önemli bulduğumuz bu kurumun, Türk hukuku bakımından da incelenmesi ve ayrıca uzun yıllar uyguladığımız ama bir süredir unuttuğumuz gıyapta yargılama kurumunun da hatırlatılması gerektiği kanaatindeyiz.

I. AMERİKAN HUKUK YARGILAMASINDAKİ DURUM

A. Amerikan Hukuk Yargılamasında Davanın Açılması ve Genel Olarak Dilekçeler Aşaması

Türk hukukunun aksine, Amerikan hukuk yargılaması tek bir kurallar bütününden oluşmamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde elli eyalet ve başkenti içinde barındıran District of Columbia'nın yanı sıra, federal yargılama usullerini düzenleyen sistemin de dâhil olduğu çok sayıda hukuk düzeni bulunmaktadır. 1938 yılında yürürlüğe giren Federal Usul Kanunu (FRCP), bugün eyaletlerin büyük bir kısmı tarafından, bazı değişikliklerle birlikte kendi iç hukuklarına uyarlanmış durumdadır¹. Federal mahkemelerde FRCP uygulanırken, eyalet mahkemelerinde eyaletlerin kendi usul kuralları uygulanmaktadır. Çalışmamızın kapsamının belirlenmesi bakımından, federal usul kuralları esas alınacaktır. Zaten eyaletlerin pek çoğu da aynı usulleri benimsediği için, yaptığımız açıklamaların büyük bir kısmı, eyalet hukuklarının çoğu bakımından da açıklayıcı olacaktır.

Amerikan hukuk yargısında, davanın açılması ve dilekçeler aşaması (*pleading*), eski *common law* uygulamalarından çok farklı bir şekilde bürünmüş ve oldukça basitleştirilmiştir². Federal Usul Kanunu'nun, 2'nci maddesinde tek bir dava türü olduğu belirlenmiş (medeni dava – *civil action*) ve 3'üncü maddede de medeni davanın mahkemeye sunulacak (yazılı) bir dava dilekçesi ile açılacağı düzenlenmiştir. Davacı dava dilekçesinin yanı sıra, davalıya yönelik olarak hazırladığı davetiyeyi (celbi) de mahkeme yazı işlerine (*clerk*) sunar (FRCP m. 4/b). Yazı işleri bu davetiyeyi kontrol ettikten sonra, davetiyeyi imzalayıp mühürler ve tebligatın gerçekleştirilmesi hakkında gerekli işlemleri yapması için davacıya geri verir; her bir davalı için ayrı ayrı davetiye düzenlenmek zorundadır. Davetiye, dava dilekçesi ile birlikte davalıya tebliğ edilmelidir (FRCP m. 4/c/1). Davetiyede bulunması gereken

¹ Charles F. Abernathy, *Law in the United States*, International Law Institute, 1995, s. 659.

² Fleming James/ Geoffrey C. Hazard/ John Leubsdorf, *Civil Procedure*, 5th Edition, Foundation, 2001, s. 187-188.

hususlar Kanunda sayılmıştır; davalının, dava dilekçesini cevapsız bırakması halinde gıyapta hükümle karşılaşabileceği ihtarı da bu hususlardan birisidir (FRCP m. 4/a/1/E). Amerikan hukukunda, Türk hukukunun aksine, dava dilekçesinin tebliği kural olarak resmi organlarca yapılmamaktadır³. Dava dilekçesinin tebliği, 18 yaşından büyük ve davada taraf olmayan herhangi birisi tarafından gerçekleştirilebilir (FRCP m. 4/c/2). Ancak, davacının talebi üzerine, mahkeme, tebligatın resmi bir görevli tarafından yapılmasına da karar verebilir (FRCP m. 4/c/3). Tebligatın masraflı olduğu varsayımından hareketle, yine Türk hukukundan farklı olarak, tebligattan feragat yükü de Kanunda düzenlenmiştir. Kanuna göre ABD’de bulunan bir davalı, davacı tarafından Kanuna uygun şekilde hakkında açılan davadan haberdar edilmesi halinde, tebligattan feragat etme yükünü taşımaktadır (FRCP m. 4/d). Mahkeme, tebligattan haklı bir sebep olmaksızın feragat etmeyen davalıya, tebligatla ilgili masrafları yüklemek zorundadır. Tebligattan feragat aslında davalı bakımından da olumlu bir sonuç doğurmaktadır. Zira davaya cevap verme süresi, bu ihtimalde daha uzundur. Tebligattan feragat ettiğini zamanında bildiren davalı, davaya 60 günden önce (ABD dışındaysa 90 gün) cevap vermek zorunda olmaz. Normalde bu süre 21 gündür (FRCP m. 12/a/1/i).

Yargılamanın basitleştirilmesi için, Federal Usul Kanunu’nda, dilekçeler aşamasında teati edilebilecek olan dilekçeler de sınırlı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre taraflar kural olarak sadece dava ve cevap dilekçelerini teati edebilirler; yine kural olarak replik veya düplik dilekçesine izin verilmez⁴. Davalının karşı talepte bulunması veya üçüncü bir kişinin davaya dahil olması gibi özel durumlarda ise diğer bazı dilekçelere izin verilmiştir (FRCP m. 7/a). Ancak burada kastettiğimiz, dilekçeler aşamasında teati edilen davanın esasına ilişkin dilekçelerdir (*pleading*). Yoksa mahkemeden bazı özel talepleri içeren talep dilekçeleri (*motion*) bu kuraldan ayrıktır.

B. Davalının Dava Dilekçesine Karşı Sahip Olduğu Araçlar

Davaya cevap, kural olarak bir cevap dilekçesi ile olur⁵. Kanunun 8’inci maddesinde, dava dilekçesinin yanı sıra, cevap dilekçesinin nasıl yazılması gerektiği; diğer bir ifadeyle davaya nasıl cevap verilebileceği de düzenlenmiştir. Buna göre davalı, her bir vakıa hakkındaki savunmalarını

³ Dava dilekçesinden sonraki tebligatlar ise mahkeme kontrolünde yapılır (m. 4.1).

⁴ Mary Kay Kane, *Civil Procedure in a Nutshell*, West, 1996, s. 95.

⁵ Geoffrey C. Hazard/ Michelle Taruffo, *American Civil Procedure*, Yale University Press, 1993, s. 106.

belirtmeli ve davacının her bir iddiasını kabul (ikrar) veya reddetmelidir (inkâr). İnkârın görünüşleri de yine aynı maddede düzenlenmiştir. Buna göre inkâr mutlaka iddianın özüne cevap verir nitelikte olmalıdır. Davalı davacının bütün iddialarını birden reddedebilir, ancak bunu kötüniyetle yapmamış olmalıdır⁶. Davalı, davacının iddialarının bir kısmını kabul edip diğerlerini reddedebileceği gibi, iddiaların bir kısmını açıkça inkâr da edebilir. Böyle bir durumda, açıkça inkâr edilmeyen iddialar kabul edilmiş sayılır⁷. Davalı, yine kötüniyetli olmamak şartıyla, iddia hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı savunmasında da bulunabilir; bu da inkâr sonucunu doğurur. Davalı, yine Kanuna göre, cevap dilekçesinde maddi hukuktan doğan zamanaşımı, irade sakatlığı, ödeme vb. gibi tüm savunmalarını (*affirmative defenses*) birlikte ileri sürmelidir. HMK m. 29'da bulunan (tarafaların ve vekillerinin) dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü ilkesi, Amerikan hukukunda da çok büyük önem taşımaktadır. Federal Usul Kanunu'nun 11. maddesinde, taraflarca sunulacak davaya ilişkin tüm dilekçe ve diğer yazıların imzalanması gereği ve bu imzanın, dilekçede bulunan tüm beyanatın doğru olduğu yönünde mahkemeye yönelik bir taahhüt içerdiği düzenlenmiştir. Bu beyanların doğruluğa aykırılığının tespiti halinde, diğer tarafın talebi üzerine mahkeme, mahkemeye veya karşı tarafa para cezası ödenmesi veya yargılama giderlerinin yükletilmesi gibi, duruma uygun olacak şekilde cezalar verebilir⁸.

Yine Türk hukukundan farklı olarak Amerikan hukuk yargılamasında, cevap dilekçesi verilmeden önce mahkemeye bir talep dilekçesi (*motion*) sunulabilir. Bu talep dilekçesi, mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olması, tebligatın usulsüz yapılmış olması veya mecburi dava arkadaşlığına uyuşmamış olması gibi hallerdir (FRCP m. 12/b). Böyle bir talepte bulunulmuş olması halinde mahkeme bunları öncelikli olarak inceleyip karara bağlar⁹. Davalının bu talebinde haksız çıkmış olması veya eksikliğin davacı tarafından giderilmiş olması halinde, davalının cevap dilekçesini sunması gerekir¹⁰.

⁶ Karş. HMK m. 329.

⁷ Larry L. Teply/ Ralph U. Whitten, Civil Procedure, Fourth Edition, Foundation Press, 2009, s. 577

⁸ Murice Rosenberg/ Hans Smit/ Rochelle Cooper Dreyfuss, Elements of Civil Procedure, Fifth Edition, Foundation Press, 1990, s. 563.

⁹ Peggy Kerley/ Joanne Banker Hames/ Paul A. Sukys, Civil Litigation, 6th Edition, Delmar, 2012, s. 194.

¹⁰ Kerley/Banker Hames/Sukys, s. 194.

Amerikan Hukukunda, bazı şartların gerçekleşmiş olması halinde (örneğin aynı hukuki işlemde doğması) davalının karşı taleplerini (karşı dava) aynı davada bir savunma olarak ileri sürmesi, Türk hukukunun aksine, zorunludur (FRCP m. 13/a). Bu şartların bulunmadığı hallerde ise karşı dava açılıp açılmaması davalının takdirindedir (FRCP m. 13/b). Yine bizim hukukumuzdan farklı olarak, bir tarafı oluşturan arkadaşların kendi aralarında bir talep ileri sürmeleri de mümkündür (yan dava¹¹); tüm bu ihtimallerde karmaşık dava usulleri (*complex litigation*¹²) söz konusu olmaktadır.

Duruşmalar aşamasına geçilmeden önce, cevap dilekçesi, bir kereye mahsus olmak üzere ilgili tarafça değiştirilebilir (FRCP m. 15)¹³. Bu hak, davalıya sadece bir kez verilmiş olan bir haktır ve kural olarak, dilekçenin karşı tarafa tebliğinden itibaren 21 gün içinde kullanılmalıdır. Bunun dışındaki değişiklikler (dilekçenin ıslahı), karşı tarafın yazılı rızasına bağlıdır. Ancak, hukukumuzdan farklı olarak, karşı tarafın rızası olmasa dahi, mahkeme adaletin gerektirmesi halinde tarafın, dava veya cevap dilekçesini (ya da davanın esası hakkındaki diğer dilekçeleri) değiştirmesine izin verebilir. Duruşmalara geçilmiş olması halinde ise¹⁴, dilekçelerin ıslahı nispeten daha kolaydır. Örneğin duruşma sırasında, daha önce dilekçelerde ileri sürülmemiş olan bir sorun duruşma sırasında gündeme getirilir ve karşı taraf buna hemen itiraz etmezse, bu sorun dilekçelerde ileri sürülmüş gibi mahkemede incelenir (FRCP m. 15/b/2).

¹¹ İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin, 2014, s. 64 vd.

¹² Richard H. Field/ Benjamin Kaplan/ Kevin M. Clermont, Civil Procedure, Foundation Press, 1997, s. 1246.

¹³ Aynı hak davacı bakımından dava dilekçesi için de vardır.

¹⁴ Amerikan hukukunda, bizdekinin aksine kesintisiz duruşma sistemi uygulanmaktadır. Yani duruşmalar hukukumuzdaki gibi geniş bir zaman aralığına yayılmamakta, duruşmalar öncesi aşamada deliller vs. toplandıktan sonra başlayıp, hemen bitmektedir. Ayrıca ABD’de, *Common Law* kökenli diğer hukuk sistemlerinde de olduğu gibi duruşmalar aşamasına geçilmeden önceki sulh oranı çok yüksektir; farklı istatistikler göz önüne alındığında bu rakamın yüzde doksandan aşağı olmadığı görülmektedir Deborah R. Hensler, “USA National Report”, in C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka (eds.), *The Costs and Funding of Civil Litigation*, Hart/Beck, 2010, s. 535; James Maxeiner, “The American ‘Rule’: Assuring the Lion His Share”, in M. Reimann (ed.) *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, Springer, 2012, s. 295.

C. Genel Olarak Gıyapta Hüküm (*Default Judgment*), Gıyapta Hükümün Şartları ve Türleri

Amerikan hukukunda, davalının davacının iddialarını inkâr etmesi zorunlu olduğu için, açıkça inkâr edilmemiş olan vakıalar çekişmeli olmaktan çıkar¹⁵. Bu da Türk hukuku ile Amerikan hukuku arasındaki, konumuzla bağlantılı en önemli farklardan birisini ortaya koymaktadır: Amerikan hukukunda davalı, davaya mutlaka cevap vermek zorundadır¹⁶. Davalının davaya cevap vermemesi halinde, davacı hemen harekete geçerek gıyapta hüküm kurumunu işletmeye başlayabilir. Zira aşağıda Türk hukuku kısmında daha ayrıntılı şekilde anlatacağımız üzere, Türk hukukunda konumuz hakkındaki en temel düzenleme olan HMK m. 128 hükmünün (“*Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır*”), karşılığı, Amerikan hukukunda bulunmamaktadır. Amerikan hukuku, diğer bütün *Common Law* kaynaklı sistemler gibi gerçek anlamda çekişmeli (*adversarial*) sistemi benimsediği için, aleyhine dava açılan tarafa bir savunma ve inkâr yükü yüklemiştir¹⁷.

Default kelimesinin pek çok anlamı bulunmakla birlikte, konumuz bakımından anlamı, yokluk veya eksiklik; yani taraflardan birisinin yargılama sürecine katılmamasını ifade etmektedir. Bizim hukukumuzda eskiden bulunan gıyapta yargılama kurumu ile paralellik kurulması açısından, *default* ve *default judgment* kavramlarının karşılığı olarak gıyap ve gıyapta hüküm kavramlarını kullanmayı uygun bulduk. Gıyap ve gıyapta hüküm kurumları, tarihsel gelişim ve kökenleri itibariyle aslında davalı bakımından söz konusu olan kurumlardır. Bir davalının davaya cevap vermemesi veya dava ile ilgilenmemesi, davayı görmezden gelmesi hallerinde, davacının talebi üzerine davalı hakkında gıyap kararı verilebilir ve bu kararın sonucu olarak gıyapta hüküm kurulabilir¹⁸. Ancak kurumun bu tarihsel kimliğine ek olarak, aşağıda anlatacağımız istisnai bazı durumlarda davacı bakımından da gıyapta hüküm kurumunun işletilmesi mümkün olmaktadır. Aslında davacının yokluğu (gaipliği) bakımından Federal Usul Kanunu’nda ayrı bir hukuki çare öngörülmüştür. Kanunun m. 41/b hükmü, davalıya, mahkemeye

¹⁵ Tepplly/Whitten, s. 577.

¹⁶ Arthur J. Park, “Fixing Faults in the Current Default Judgment Framework.”, Fall 2011, 34(1), Campbell Law Review, s. 158.

¹⁷ Teply/Whitten, s. 888.

¹⁸ Michael A. Pohl, “Judgments by Default in Texas”, 1983, 37(2), SMU Law Review, s. 422.

başvurarak, davayı takipsiz bırakan veya mahkemece istenilen hususları yerine getirmeyen davacı hakkında, davanın (esastan) reddini talep edebilme hakkını tanımaktadır. Davanın reddedilip edilmeyeceği veya sonuçları hakkında, mahkeme takdir yetkisine sahiptir¹⁹.

Gıyapta hüküm kurumu, Kanunun 55. maddesinde düzenlenmiş ve açıkça davalı kavramı kullanılmamıştır. Hükme göre gıyap, cevap vermesi gereken bir tarafın bu cevabı sunmaması veya başka bir şekilde savunma yükünü yerine getirmemesi halinde söz konusu olur. Dolayısıyla karşı dava gibi bir durumda, davacının da gaip durumuna düşmesi mümkündür. Cevap verilmemesi veya cevap verilmesinden sonra duruşmalara katılmama durumlarının yanı sıra, bir tarafın duruşma öncesi aşamada, özellikle delil toplanması (*discovery* veya *disclosure*) faaliyeti sırasında mahkemece verilen talimatları yerine getirmemiş olması hallerinde de, Kanunun m. 37/b hükmüne göre, gıyapta hüküm verilebilmesi mümkündür. Buna göre, dört halde gıyap söz konusu olabilir:

(1) Davalının (veya karşı talep halinde davacının) davaya cevap vermemiş olması;

(2) Davalının (veya karşı talep halinde davacının) cevap verdikten sonra duruşmalara katılmamış olması;

(3) Taraflardan birisinin, duruşmalar öncesi aşamada mahkemenin talimatlarına aykırı davranmış olması;

(4) Kanuna göre saklanması gereken elektronik verilerin silinme yoluyla yok edilmiş ve bunu silen tarafın kötünietli olduğunun anlaşılması.

Bu sebeplerden ilk ikisi Kanunun 55'inci maddesinde, diğer ikisi ise 37'inci maddesinde düzenlenmiştir. Son iki sebep, aslında, gerçek bir gıyap halinden ziyade bir yaptırım olarak öngörülmüştür²⁰.

Kanunda düzenlenmiş olan son iki sebebin mahkemece uygulanabilecek bir yaptırım olması bir tarafa bırakılacak olursa²¹, gerçek (klasik) anlamda gıyap halinin şartları Kanunun 55'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, cevap vermesi gereken bir tarafın cevap vermemesi veya başka bir şekilde savunma yükünü yerine getirmemiş olması

¹⁹ Kay Kane, s. 169.

²⁰ Kay Kane, s. 164.

²¹ James/Hazard/Leubsdorf, s. 332.

halinde aslında gıyap durumu oluşmuş demektir. Ancak elbette bu duruma bir resmiyet kazandırılması gerekmektedir. Buna göre davacı²², davadaki talep sonucu likit ise mahkeme yazı işlerine, değil ise doğrudan mahkemeye başvurur. Her halükârda önce yazı işleri tarafından gıyap kararı verilir. Gıyap kararı bir hüküm değildir, sadece gıyap durumunu ortaya koyar²³. Birinci ihtimalde, yani talep sonucunun likit olması halinde, prosedür çok daha basit şekilde düzenlenmiştir. Gıyap kararı için davacı yazı işlerine başvurur ve ayrıca talep sonucunda ifade edilen tutarda alacaklı olduğunu içeren bir yazılı yemin beyanını (*affidavit*) talebine ekler. Böyle bir durumda yazı işleri, Kanunda aranan şartlar varsa, davalının ergin veya mümeyyiz olmayan bir kimse olması hali müstesna olmak üzere, talep edilen miktarı ve yargılama giderlerini ihtiva eden hükmü yazar. Yani bu ihtimalde hüküm mahkemece değil, doğrudan yazı işlerince, davacının talebi ve yeminli beyanı uyarınca yazılır.

Bir üst paragrafta anlattığımız özel durum dışındaki diğer bütün ihtimallerde ise mahkemeye başvurulması şarttır. İncelemenin mahkemece yapılacağı durumlarda, yeterli şekilde temsil edilmiş olması halinde, ergin veya mümeyyiz olmayan davalı hakkında da bu karar verilebilir. Davalı daha önce şahsen ya da vekili aracılığıyla yargılamaya iştirak ettiyse, keyfiyet mahkemece davalıya tebliğ edilmelidir; aksi halde ise hakkında gıyap kararı istenilen davalıya bir bildirim yapılmaz. Mahkeme bir duruşma yapar²⁴; hakkında gıyapta hüküm istenen tarafın Anayasa'dan doğan jürili yargılama hakkı da bakidir. Mahkemenin yapacağı incelemede, alacağın tutarını veya tazminatın miktarını hesaplaması ve iddianın doğruluğunu davacının sunmuş olduğu deliller aracılığıyla değerlendirmesi gerekir²⁵. Bu ihtimalde davacının karşı tarafın kusurunu vs. ispat etmesi gerekmez; ayrıca mahkeme davacının talep sonucu ile bağlıdır, daha üstünde bir rakama hükmedemez²⁶. Yani görüldüğü üzere, birinci ihtimalde gıyapta hüküm, şartların objektif olarak

²² Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, her iki taraf hakkında da gıyapta hüküm verilebilmesi mümkün olabilmekle birlikte, anlatım kolaylığı açısından bu kısımda davacı (talepte bulunan) ve davalı (gaip taraf) kavramları kullanılmıştır.

²³ Park, s. 161.

²⁴ Peter H. Bresnan/ James P. Cornelio, "Relief from Default Judgments Under Rule 60(b)--A Study of Federal Case Law", 1981, 49(6), Fordham Law Review, s. 961.

²⁵ Julia F. Pendrey, "Dealing with Default Judgements", 2003, 35(1), St. Mary's Law Journal, s. 7-8.

²⁶ Kay Kane, s. 165.

bulunması halinde yazı işleri tarafından otomatik olarak verilirken²⁷; ikinci ihtimalde mahkemenin bir takdir yetkisi bulunmaktadır²⁸.

D. Gıyapta Hükümün Sonuçları ve Ortadan Kaldırılması

Gıyapta hüküm de, olağan hükümler gibi, gerçek anlamda davayı esastan çözen bir hükmü ifade eder. Gaip olan taraf, davasını savunmamış olması sebebiyle, aleyhe bir hükümle karşılaşmaktadır. Bu anlamda, elde edilen hükmün icra kabiliyeti bakımından olağan bir hükümle (kural olarak) bir farkı bulunmamaktadır²⁹. Bununla birlikte uygulamada, maddi anlamda kesin hüküm etkisi ve diğer hukuk sistemlerinde tenfiz bağlamında gıyapta hükümlere, gerçek anlamda bir yargılama yapılmamış olduğu için, genellikle tereddütle yaklaşıldığı görülmektedir³⁰. Gıyapta hüküm verilmesinin bir diğer sonucu da yukarıda bahsettiğimiz üzere, davalı tarafça karşı dava açılmasının zorunlu olduğu hallerde, davalının bu talepleri ayrı bir davada ileri sürmesi mümkün olmadığı için hak kaybına uğrayabilmesidir³¹.

Gıyapta hükümün, itiraz üzerine mahkemece iptal edilebilmesi mümkündür. Öncelikle mahkeme, yazı işleri tarafından verilmiş olan gıyap kararını, geçerli bir sebebe dayanarak iptal edebilir. Örneğin dava dilekçesi usulsüz tebliğ edilmişse veya aslında bir cevap verilmiş olmasına rağmen cevap verilmemiş gibi gıyap kararı verilmişse, mahkeme bu kararı iptal eder. Mahkemenin gıyapta hükümü iptal etmesi ise daha sınırlı bir yoldur. Kanun, bu çerçevede m. 60/b hükmüne atıf yapmıştır. Kanunun m. 60/b hükmü,

²⁷ Eric B. Levasseur, “Default Judgments: Strategies for Making Them Stick and for Making Them Go Away”, Fall 2015, 42(1), Litigation, s. 48.

²⁸ Teply/Whitten, s. 890, Benjamin Kaplan/ Kevin M. Clermont, “Chapter 6: Ordinary Proceedings in First Instance” in M. Cappalletti (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XVI: Civil Procedure, Mohr Siebeck, 2014, s. 25; John T. Holleman, “Revised Rule 55 Revisited”, Spring 1999, 21(3), University of Arkansas at Little Rock Law Review, s. 444.

²⁹ Jesse N. Panoff, “Debtors, Creditors, Default Judgments, & Discretion: Why Rule 62(b) (4) Will Become One of the Most Important Federal Rules of Civil Procedure”, 2010, Vol. 44(1), Creighton Law Review, s. 228.

³⁰ Bernice B. Donald/ Kenneth J. Cooper, “Collateral Estoppel In Section 523(C) Dischargeability Proceedings: When Is A Default Judgment Actually Litigated?”, 1996, (12), Bankruptcy Developments Journal, s. 332; Panoff, s. 235. Alman hukukunda verilen gıyapta hükümlerin tanınma ve tenfizi ile ilgili olarak bkz. Acun Papakçı, “Alman Mahkemelerince Verilen Gıyabi Kararların Yargılama ve Uluslararası Tebligat Kuralları Açısından Türk Hukukuna Uygunluğu”, 2016, 22(1), Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 457-487.

³¹ Todd David Peterson, “The Misguided Law of Compulsory Counterclaims in Default Cases”, 2008, Vol. 50, no. 4, Arizona Law Review, s. 1108.

mahkemeye, Kanunda yazılı şartların gerçekleşmiş olması halinde hükmün ortadan kaldırılabilmesi yetkisi tanımaktadır. Bu durum ilk bakışta bizim hukukumuzda çok yabancı gibi gözükse de aslında HMK'daki yargılamanın iadesi kurumuna benzetilebilir. Nitekim hukukumuzda yargılamanın iadesi de nihai kararı veren mahkemeden istenir (HMK m. 378). Ayrıca Amerikan hukukunda, Orta Avrupa hukuklarında olduğu şekilde bir şekli anlamda kesinleşme kurumunun bulunmadığı da gözden kaçırılmamalıdır. Federal Usul Kanunu'nun m. 60/b hükmüne göre bir hüküm veya başka bir mahkeme kararı, (1) hata, ihmalkârlık vs. içeriyorsa, (2) yargılama sırasında bulunamamış olan bir delil sonradan ortaya çıkarsa, (3) karşı tarafça hile vs. yapılmışsa, (4) hüküm geçersizse, (5) hükmün gereği itfa edilmişse, hüküm ortadan kaldırılmış başka bir hükme dayanarak verilmişse veya (6) kabul edilebilecek başka bir haklı sebep varsa, bizzat kararı veren mahkemece iptal edilebilir (kaldırılabilir).

Gıyapta hükmün iptalini isteyen taraf, talebini makul bir süre içinde mahkemeye iletmelidir. Kanunda sayılan üç sebep bakımından ayrıca bir yıllık azami bir süre de bulunmaktadır. Dolayısıyla mahkemenin, iptal talebinin niteliğine göre süreyi göz önünde bulundurması gerekmektedir. Mahkeme, hakkında gıyapta hüküm verilen tarafın ileri sürdüğü sebeplere göre iptal incelemesini yapar. Mahkemenin iptal incelemesi sırasında takdir yetkisi bulunmaktadır; mahkemeler bu incelemede genellikle başvuran tarafın, yeterli savunmayı yaptığını³² ortaya koymasını aramaktadırlar³³. Tebligatın usulsüz şekilde yapılmış olması da geçerli bir sebep olabilir³⁴. Mahkeme ayrıca, resmi bir iptal talebi olmaksızın, lehine hüküm verilen tarafın talebi veya açık rızası ile de gıyapta hükmü iptal edebilir³⁵.

II. TÜRK HUKUK YARGILAMASINDAKİ DURUM

A. (Mülga) Gıyapta Yargılama Usulü

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 1927 yılında kabulünden, 1985 yılında kabul edilen 3156 sayılı 1086 Sayılı Hukuk Usulü

³² Hükmün geçersizliği ihtimali hariç olmak üzere (John J. Watkins, "Revised Rule 55, Five Years Later", 1996-1997, 49(1), Arkansas Law Review, s. 60).

³³ Teply/Whitten, s. 890-891; Holleman, s. 449.

³⁴ Erin Louise Palmer, "Service by Certified Mail Insufficient to Preserve Default Judgment", Summer 2015, Vol. 40(4), Litigation News, s. 18; Susan Jane Miller, "Misnomers: Default Judgments and Strict Compliance with Service of Process Rules", Summer 1994, Vol. 46(3), Baylor Law Review, s. 641.

³⁵ Kerley/Banker Hames/Sukys, s. 196.

Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile tamamen yürürlükten kaldırılıncaya kadar neredeyse altmış yıl boyunca uygulanan gıyapta yargılama kurumu, büyük ölçüde, mehzar kanun olan İsviçre Nöşatel Kantonu Medeni Usul Kanunu'ndan alınmıştı³⁶. Zaten en başta çok iyi formüle edilmemiş olan hükümler sebebiyle 1934 yılında kabul edilen 2606 sayılı Kanunla başlayarak birkaç kez değişikliğe uğrayan kurum, daha da karmaşık bir hal almış ve bu husus öğretilerde çok kez eleştirilmiştir³⁷. Bu karmaşıklık uygulamada da kendisini göstermiş ve çok sayıda birbiriyle çelişen Yargıtay içtihatlarının verilmesine de neden olmuştur.

Gıyap veya öğretilerde zaman zaman kullanılan diğer ifade ile yokluk³⁸, en geniş anlamda, davadaki taraflardan birisinin yargılamaya katılmamasını ifade etmektedir. Mevcut HMK uygulamasında da “tarafın yokluğu” ifadesine çeşitli hükümlerde yer verildiği görülmektedir (örn. HMK m. 79, 96, 139, 150). Tarafın yokluğu, yani gaipliği halinde uygulanacak usul ise iki sistem arasındaki farklılığı ortaya koymaktadır. Mevcut HMK uygulamasında, taraf yokluğu halinde, 79, 80, 82 ve 83'üncü maddelerde yer alan “tarafın yokluğu halinde uygulanacak hükümlere göre” ifadesi dışında aslında genel bir uygulama şekli bulunmamaktadır. Belirli bazı hükümler çerçevesinde tarafların yokluğunun ayrı şekilde sonuçlarının düzenlendiği görülmektedir (örn. HMK m. 139, 150). 1985 yılına kadar uygulaması süren gıyapta yargılama usulü ise, söz konusu yokluğa bağlanmış olan genel bir usulü düzenlemekteydi. Bu çerçevede tarafın gaipliğine, duruşmalara kabul edilmemeden başlayarak, hükmün yokluğunda verilmesine kadar çok sayıda sonuç bağlanmıştı.

Gıyapta yargılama hükümleri zaman içerisinde değişmekle birlikte genel yapısının korunduğu görülmektedir. Bu çerçevede, makalemizin konusu ile doğrudan bağlantılı olarak kurumla ilgili en önemli değişikliğin, 1934 yılında, 2606 sayılı Kanunla 398'inci maddede yapıldığı söylenebilir. Maddenin ilk hali “*İki taraftan biri tayin olunan günde tahkikat hâkimi nezdinde*

³⁶ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kabulü öncesinde de hukukumuzda benzer hükümler bulunuyordu. Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Doğan, Hukuk Muhakemeleri Usulünde Gıyapta Yargılama ve Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Yargıciğölu Matbaası, 1979, s. 18-20.

³⁷ Necip Bilge/ Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, 1978, s. 616, Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Yedinci Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960, s. 327.

³⁸ Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, 1979, s. 190; Ömer Ulukapı, “Medeni Usul Hukukunda Davada Bir Tarafın Duruşmaya Gelmemesi”, 1988, (1), SÜHFD, s. 171.

veya mahkemede hazır bulunmadığı veya cevapnamesini göndermediği veyahut bulunubda cevabdan imtina eylediği takdirde gıyab kararı verilir” şeklinde iken, 2606 sayılı Kanunla madde metni “İki taraftan biri tahkikat veya muhakeme için tayin olunan günde gelmediği veya gelib de cevabdan kaçındığı takdirde hakkında gıyab kararı verilir” şeklinde değiştirilmiştir. Görüleceği üzere bu değişiklik ile “cevapname verilmemiş” olması hali sadece yedi yıllık bir uygulama sonrasında, gıyapta yargılama sebebi olmaktan çıkarılmıştır. 2606 sayılı Kanununun Hükümet gerekçesinde bu konuda herhangi bir tartışmaya yer verilmemiş; genel gerekçe olarak “Kanunun, maksadı ifade edecek şekilde kaleme alınmamış ve bu sebeple tatbikatta muhtelif içtihatlarla yol açmış olması” sebebinin ifade edilmesiyle yetinilmiştir³⁹. “Teklifin Adalet Bakanlığından geldiği” ve “cevapname göndermeyenler hakkında 198 ve 214. madde hükümlerinin bulunduğu sebep olarak gösterildiği” ifadeleri de yine gerekçede yer almıştır. Her ne kadar Hükümet gerekçesinde işin teorik temellerine değinilmemiş olsa da öğretilerde bu tartışmanın yapıldığı görülmektedir. Buna göre bir görüş cevapname vermeyen taraf bakımından bu hükmün doğru bir uygulama olduğunu ifade ederken, diğer bir görüş ise maddedeki cevapname kelimesinin bir hata eseri olduğunu ve cevapname verilmemesinin sonucunun 198’inci madde hükmünde zaten düzenlendiğini savunmuştur⁴⁰. Aslında ilginç olan durum, mevcut HMK’da karşılığı bulunmayan HUMK m. 198 hükmünün bizzat kendisidir. Bu hüküm, “Yukarıki maddede gösterilen sebeplere mebni, tayin olunan müddette cevap lâyihasını vermemiş ve yeni mühlet de istememiş olan taraf muhakeme celsesinde de esasa girişmezden evvel bu bapdaki mazeretini bildirerek müddetin temdidini isteyebilir. Talebi kabule şayan görülürse kendisine suret-i katiyede üç günü tecavüz etmemek üzere mühlet verilir. Ancak bu celseye ait muhakeme masrafi her halde kendisine tahmil olunur.” şeklinde idi. Yani cevap dilekçesi vermemiş olan davalıya da duruşmaya çağrılarak kendisini sözlü olarak müdafaa etme imkânı verilmekteydi⁴¹. Bu çerçevede 198’inci madde uyarınca henüz kendisi sözlü olarak savunma imkânı verilmemiş olan davalıya, sırf cevap dilekçesi vermediği için gıyapta yargılama hükümlerinin işletilmesi, yani gıyap kararı verilmesinin sıkıntıya yol açacağı açıktır⁴².

³⁹ 2606 sayılı Kanununun Hükümet Gerekçesi: <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c025/tbmm04025015ss0029.pdf>>, Erişim tarihi: 12.09.2021.

⁴⁰ Bu tartışmalar için bkz. Doğan, s. 48-49.

⁴¹ Mustafa Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler, 3. Bası, Duygu Matbaası, 1948, s. 271.

⁴² Doğan, s. 48.

Cevapname verilmemesi ile ilgili diğer bir husus da, cevapname verilmemesinin kendi başına gıyap hali olmaktan çıkarılmasından sonra, 398'inci madde hükmünün 2606 sayılı Kanunla değişik halinin de yine bizi bu sonuca götürüp götürmeyeceğidir. Kanunda “*veya gelib de cevabdan kaçındığı takdirde hakkında gıyap kararı verilir*” hükmü de kanaatimizce bizi aynı sonuca götürmektedir. Yani hiç cevap dilekçesi vermemişse ve çağırıldığı duruşmaya gelmemişse nasıl gıyap kararı verilecekse, gelip de cevap vermemişse de gıyap kararı verilecektir. Dolayısıyla aslında sonuç aynı olmalıdır. Ancak zaman içerisinde, hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi kavramların daha çok önem kazanması sebebiyle ve “cevap dilekçesi verilmemesinin” yaptırımını da Kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğu için bu durumun davayı inkâr sonucunu doğurması ilkesinin hem uygulama hem de öğretide giderek yerleştiği görülmektedir⁴³. Nitekim bu konudaki tereddüt 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda giderilmiş ve davalının cevap dilekçesi vermemesinin inkâr sonucu doğurduğu hususu Kanunun 128'inci madde hükmü ile açıklığa kavuşturulmuştur.

Gıyapta yargılama, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, iki taraftan birisinin tahkikat veya muhakeme için tayin olunan günde gelmediği veya gelip de cevaptan kaçındığı takdirde uygulama bulan bir usuldür. Medeni usul hukuku her ne kadar tasarruf ilkesine dayanıyor olsa da yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürüyüp gerçeğe uygun karar verilebilmesi için taraflara bir katılma ödevi düştüğü de aşikârdır. Bu ödev, tarafların (ve vekillerinin) dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü ilkesi ile de doğrudan bağlantılıdır. Bu çerçevede modern bir usul hukukunda tarafların birbirlerinin iddialarını cevapsız bırakmalarının veya duruşmalara katılmayarak adaletin tecellisine katkıda bulunmamalarının bir yaptırımını da olması gerekmektedir⁴⁴. Bu zorunluluk, mülga 1086 sayılı HUMK'ta da gıyap hükümlerinin yanı sıra, tarafların her ne kadar duruşmaya zorla getirilemeseler de duruşmalara katılmamaları halinde taraflara para cezası öngörülmüş olması hallerinde görülmekteydi (HUMK m. 412). Ancak bu para cezasının hiç arttırılmamış olması sebebiyle zaman içerisinde uygulanamaz hale geldiği de kabul

⁴³ Leyla Akyol Aslan, Medeni Usul Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları, Yetkin, 2019, s. 278; Doğan, s. 48; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 125-126; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6. Bası, Alfa, 1997, s. 343; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Adalet, 2020, s. 194.

⁴⁴ Belgesay, s. 271; Orhan Yılmaz, “Adi ve Muameleli Gıyap Hakkında Bir İnceleme”, Aralık 1972, (12), Adalet Dergisi, s. 907.

edilmektedir⁴⁵. Nitekim bu hüküm de 3156 sayılı Kanunla, gıyap hükümleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Bu yönde bir hüküm HMK'da da bulunmamaktadır.

Gıyapta yargılama hükümleri hem davalı hem de davacı bakımından işletilebilmekteydi⁴⁶. Gıyap kararı verilebilmesi için taraflardan birisinin duruşmaya gelmemesi veya duruşmada sorulan sorulara cevap vermemesi gerekiyordu. Diğer tarafın ise gelmiş olması şarttı; aksi halde şimdi olduğu gibi dosya işleminden kaldırılıyordu. Kanunda her ne kadar bir hüküm bulunmasa da öğreti ve Yargıtay'a göre hâkim resen gıyap kararı veremiyordu, gelen tarafın bu yönde bir talebi olması gerekiyordu⁴⁷. HUMK'un 195'inci maddesinin 2494 sayılı Kanunla (1981) değişmeden önceki haline göre, ilk itiraz ileri süren davalının esasa cevap vermek zorunluluğu olmadığı ve ilk itirazların incelenmesinde taraf teşkiline gerek olmadığı için bunların incelendiği duruşmaya gelmeyen taraf hakkında gıyap kararı verilemiyordu⁴⁸. Keza, taraflardan birisinin sadece hükmün tefhim edileceği duruşmaya gelmemesi halinde de gıyap kararı verilebilmesi mümkün değildi (m. 410).

Gıyap, uygulamada ve öğretide âdi (muamelesiz-işlemsiz) gıyap ve muameleli (işlemlili) gıyap olarak ikiye ayrılmaktaydı. Kanunda aslında böyle bir ayırım bulunmamakla birlikte, 401 ve 402'nci madde hükümlerindeki farklılıklar sebebiyle bu ayırım yapılmaktaydı. Âdi gıyapta (HUMK m. 401), mahkeme duruşmada hiçbir işlem yapmadan duruşmayı erteler ve gelmeyen tarafa meşruhatlı bir davetiye gönderir; tayin olunan günde duruşmaya gelmesi konusunu ona ihtar ederdi. Taraf bir sonraki duruşmaya gelirse veya cevap vermemiş olan taraf cevap verirse gıyap kararı kaldırılırdı. Aslında bunun gerçekte bir gıyap kararı olmadığı, henüz ortada bir gıyap kararının bulunmadığı, bir sonraki duruşmaya gelmemesi halinde sonucun doğacağı; dolayısıyla aslında Kanunda meselenin yanlış ifade edildiği yönünde bir görüş de mevcuttu⁴⁹. 402'nci maddede düzenlenmiş olan muameleli gıyap ise daha karmaşık bir ihtimali ifade ediyordu. Buna göre, “*gıyap kararı verilen celsede muayyen muamelât kısmen veya tamamen ifa olunmuş ise tebliğ*

⁴⁵ Doğan, s. 154.

⁴⁶ Müdahil bakımından gıyap kurumu mümkün değildi (Bilge/Önen, s. 616.)

⁴⁷ Bilge/Önen, s. 617; İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 506-507.

⁴⁸ Ünal, s. 570; Belgesay, s. 273.

⁴⁹ Yılmaz, s. 911; Aksi görüş, Doğan, s. 69.

varakasında yapılan muamelât yazılıp gaibe beş gün içinde itiraz edebileceği” bildiriliyordu. Gaip bu müddet içinde muameleye devam için mahkemeye müracaatla diğer bir gün tayin ve hasma tebliğ ettirebiliyordu. Yargıtay’ın zaman içerisinde verdiği farklı yöndeki içtihatları sebebiyle bu hükmün uygulanması da tartışmalı olmuştur. Kanun açıkça beş günlük sürenin yeni duruşma günü tayini için olduğunu ifade etse de uygulamada mahkemeler bir sonraki duruşma gününü de tayin ediyorlar; bu sebeple de Yargıtay bu beş günlük süreyi, yapılan işlemlere itiraz süresi olarak addediyordu; yani taraf sırf gaip duruma düşmemek için, belki de aslında herhangi bir itirazı olmadığı işlemlere itiraz etmek zorunda kalıyordu⁵⁰.

Uygulamada Yargıtay’ın, özellikle 1954 yılından itibaren⁵¹ vermeye başladığı farklı içtihatları sebebiyle âdi ve muameleli gıyap arasında büyük farklar yaratıldığı görülmüş, ancak bu farklar 1976 tarihli İBK ile ortadan kaldırılmış ve bu konudaki tereddüt giderilmiştir⁵². Her iki gıyap türü bakımından da tarafın usulüne uygun şekilde duruşmaya çağırılmış olması ve gıyap hakkında uyarılmış olması şartı⁵³. Tarafın önceden mazeret göndermiş olması ve gelen tarafın bu mazereti kabul etmemiş olması halinde, uygulamada hâkim mazeretin kabul edilip edilmeyeceğini değerlendirmekteydi; sonradan mazeret bildirilmesi halinde ise eski hale getirme hükümleri uygulanıyordu⁵⁴. Örneğin tebligatın usulsüz yapılmış olması, uygulamada haklı bir sebep olarak kabul ediliyordu⁵⁵.

Gıyap kararı yukarıdaki usullere göre verildikten sonra, bu kararın gelen tarafın talebi (ve masrafları yatırması) ile gaip tarafa tebliği ve gaip tarafın da kendisine yapılan uyarıya uymaması halinde gaiplik kararı kesinleşiyordu. Eğer gelen taraf beş gün içinde bu yönde bir talepte bulunmazsa gaiplik kararı kendiliğinden ortadan kalkıyor (Kanundaki eski ifade ile keenlemeyekün oluyor- HUMK m. 400); gaip tarafın bir sonraki duruşmaya gelmesi ve beş

⁵⁰ Bilge/Önen, s. 621; Ünal, s. 571; Doğan, s. 91. BELGESAY, “o gün yapılması gereken işlerin hepsi yapılmayıp bir kısmının tayin edilen bir sonraki duruşmaya bırakılmış olması halinde hakkında gaiplik kararı verilen tarafın itiraz etmesine gerek olmadığını, duruşmaya gelerek itirazını bildirebileceğini” ifade etmiştir (Belgesay, s. 274).

⁵¹ Yılmaz, s. 909.

⁵² Karar ve açıklama için bkz. Bilge/Önen, s. 620.

⁵³ Doğan, s. 86.

⁵⁴ Ünal, s. 570.

⁵⁵ Ünal, s. 570.

gün içinde yapılan işlemlere itiraz etmesi halinde ise karar kaldırılıyordu⁵⁶. Buna karşılık duruşmaya gelip de cevap vermeyen ve bu sebeple hakkında gaiplik kararı verilmesine neden olan tarafa tebligat yapılmayacağı Kanunda açıkça düzenlenmişti (HUMK m. 400/II). İhtiyari dava arkadaşlığında davacı veya davalı tarafı oluşturan her bir kişi bakımından ayrı ayrı gaiplik kararı verilebiliyordu⁵⁷. Mecburi dava arkadaşlığında ise tarafı oluşturanlardan birisi bile gelse gaiplik kararı verilmeyip yargılamaya devam edilmesi gerektiği öğretisi ve uygulamada kabul görmüştür⁵⁸.

Gıyap kararının kesinleşmesinin ilk sonucu, gaibin yargılamanın geri kalanına kabul edilmemesiydi. Gaibin yargılamaya kabul edilmemesi ile kastedilen, onun bir taraf sıfatı ile duruşmalara katılamaması⁵⁹ ve yargılama ile ilgili olarak bir taraf usul işlemi yapamamasıydı; yoksa izleyici olarak duruşmalara katılmasına bir engel yoktu⁶⁰. Ancak bu durumun çok önemli bazı istisnaları bulunmaktaydı: Gaip taraf duruşmaya katılmışsa ve karşı taraf da buna itiraz etmemişse; dava diğer tarafın da katılmaması sebebiyle işlemden kaldırıldıktan sonra yenilenirse ve mahkemenin nihai kararı Yargıtay'ca bozulup geri gönderilirse gaip taraf yargılamaya katılabiliyordu⁶¹. Ayrıca görevsiz veya yetkisiz mahkemece verilmiş olan gıyap kararı da dosyanın görevli ve yetkili mahkemeye aktarılmasından sonra bir sonuç doğurmuyordu⁶². Bunlar dışında, isticvap ve yemin için taraf, sadece bu işlemlerle sınırlı olmak kaydıyla, duruşmaya çağırılabilirdi⁶³. Aksine işlem yapılabilmesi için karşı tarafın rızasının gerektiği iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yasağı ve senetle ispat mecburiyeti gibi durumlarda ise bunları gerçekleştirmek isteyen tarafın, karşı tarafa bunların sorulmasını mahkemeden isteme hakkı bulunduğu kabul ediliyordu⁶⁴.

Gaip taraf, duruşmaya katılmadığı ve/veya herhangi bir usul işlemi yapamadığı için iddia veya savunmasını değiştirip, genişletemiyordu⁶⁵. Ayrıca

⁵⁶ Postacıoğlu, s. 508.

⁵⁷ Ansay, s. 329; Doğan, s. 37-38.

⁵⁸ Ansay, s. 329; Doğan, s. 37-38.

⁵⁹ Tayin edilen sonraki duruşma günleri de bildirilmiyordu.

⁶⁰ Postacıoğlu, s. 518.

⁶¹ Postacıoğlu, s. 512, Ünal, s. 572.

⁶² Doğan, s. 108.

⁶³ Postacıoğlu, s. 518, Ünal, s. 572.

⁶⁴ Doğan, s. 111.

⁶⁵ Doğan, s. 129.

hüküm de gaip tarafın yokluğunda veriliyordu. Bu durumun en önemli sonucu, hükmün kendisinin değil, sadece hüküm sonucunun (özetin) gaip tarafa tebliğ edilmesi idi. Hüküm tebliğ edilmemesine rağmen, hükmün tebliğine bağlanan süreler hüküm sonucunun tebliği ile başlıyordu (HUMK m. 407/I). Gaip taraf, ilamı ancak gıyap masraflarını ödeyerek elde edebiliyordu (HUMK m. 407/II).

Yukarıda saydığımız sonuçlar da çok önemli olmakla birlikte, gıyap kararının hiç kuşkusuz en önemli sonucu veya etkisi, iddia ve savunma hakkının kısıtlanması bakımındandı. Öncelikle şunu söylemek gerekir ki, konu ile ilgili olarak incelediğimiz eserler ve Yargıtay içtihatlarında, bu bağlamda bir uzlaşma sağlanamamış olduğu görülmektedir. Bilhassa Kanundaki muğlak ifadeler, durumun farklı şekillerde yorumlanmasına yol açmıştır.

Mülga Kanunda bu konudaki temel düzenleme, 408'inci madde hükmünde bulunan “*Muhakemeye kabul olunmayan taraf hasmının dermeyan ettiği vakıaları ikrar etmiş adolunabilir*” hükmü idi. Meha Kanundan farklı şekilde alınan bu hüküm⁶⁶, hem davacının hem de davalının gaip olması ihtimalleri bakımından tartışmalara yol açmıştır. Öğretide pek ifade edilmemiş olsa da buradaki tartışmanın özünde, gaip kararının bir ceza olarak kabul edilip edilmemesi meselesinin yattığı söylenebilir. Nitekim BELGESAY da bu durumu, “*gaip bir ceza olsun diye değil, iradesine uygun farz edildiği için vakıaları ikrar etmiş sayılabilir*” şeklinde ifade etmiştir⁶⁷. Tartışmayı bu özele çekmemizin temelinde, bazı yazarların sanki ilgili taraf hiç iddia veya savunmada bulunmamış gibi gaipliğin sonucunun uygulanması gerektiği, diğer bazı yazarların ise daha önceden iddia veya inkâr edilen vakıalar hakkında “ikrar” sonucunun uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde görüş bildirmiş olmaları yatmaktadır. Örneğin ÖNEN, davacının gaip olması halinde mahkemenin davayı doğrudan (esastan) reddedebileceğini ileri sürmüştü⁶⁸; POSTACIOĞLU da “*davalının defî olarak serdettiği vakıalar hakkında bir inkârda bulunmadan davacı hakkında gıyabi usulü muhakemenin tatbiki lazım gelmişse, bu vakıaların ikrar edilmiş sayılması yerinde olur*” demiştir⁶⁹.

⁶⁶ Meha Kanun: “*diğer tarafça ileri sürülen vakıalar hakkında izah ve beyanda bulunmadan mahkemece celselerden hariç bırakılan taraf mezkur vakıaları ikrar etmiş sayılır*” (Postacıoğlu, s. 517, dn. 15.)

⁶⁷ Belgesay, s. 275.

⁶⁸ Önen, s. 195-196; ayrıca bkz. Doğan, s. 140 ve orada zikredilen müellifler.

⁶⁹ Postacıoğlu, s. 517.

Yargıtay ise bu ihtimali (aksine kararları da olmakla birlikte) reddetmiştir⁷⁰. Davalının usulüne uygun şekilde sonradan ileri sürdüğü savunmalar hakkında ise gaip davacının durumu elbette farklıdır. Bu ihtimalde HUMK 408’inci madde hükmü daha kolay uygulanabilecektir.

Davalı bakımından durum ise daha da karmaşıktır. Zira davalının gaip olma ihtimali daha yüksek olduğu için, davalı bakımından ortaya çıkabilecek ihtimaller de çeşitlidir. Davalı örneğin, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hiç cevap dilekçesi vermemiş olabilir; bazı savunmaları ileri sürmüş, diğerlerini henüz ileri sürmemiş olabilir ya da davalının gaip olduğu durumda davacı taraf usulüne uygun şekilde davaya yeni vakıalar getirmiş olabilir. Bütün bu hallere, 408’inci madde hükmündeki muğlak ifadenin cevap verebilmesi mümkün olamamıştır. Bu çerçevede öğreti ve uygulamada mahkemeye verilmiş olan takdir yetkisi de tartışılmıştır. Hükümde bulunan “*adolunabilir*” ifadesinin, gerçek bir takdir yetkisini mi yoksa daha objektif bazı ihtimalleri mi ifade etmekte olduğu sorusunun cevaplanması gerekmektedir. BELGESAY konuyla ilgili olarak “*Mahkemeye geldiği takdirde davayı ikrar etmesi oldukça kuvvetli bir olasılık içinde bulunan gaip mukir addolunmalıdır*” şeklinde bir açıklamada bulunurken⁷¹, bunun gerçek bir takdir yetkisi olması halinde temyizde denetlenmesi de ayrı bir tartışma konusu olmuştur⁷². Bazı yazarlar ise Kanundaki ifadenin mehaz kanundaki gibi anlaşılması gerektiğini, yani sadece daha önce açıkça inkâr edilmemiş, hakkında bir cevapta veya beyanda bulunulmamış vakıaların ikrar edilmiş sayılması gerektiğini beyan etmişlerdir⁷³. Ayrıca delil gösterilmesi bakımından da yukarıdakine benzer bir tereddüt bulunmaktaydı. Savunma yapamayan gaip tarafın kural olarak delil de gösterememesi gerekir⁷⁴. Ancak daha önce gösterilmiş (ve giderleri de yatırılmış) olan delillerin incelenmesi gerektiği kabul edilmekteydi⁷⁵.

Yukarıdaki tüm açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, Kanundaki birbiriyle çelişen ve bir bütünlük arz etmeyen, muğlak ifadeler içeren hükümler sebebiyle doğru ve tartışma doğurmayacak bir yorum yapılması,

⁷⁰ Doğan, s. 140, dn 73-74.

⁷¹ Mustafa Reşit Belgesay, “Gıyap Kararları”, 1938, (102), Hukuki Bilgiler Mecmuası, s. 5669 (Doğan, s. 144’dan naklen).

⁷² Doğan, s. 144-145.

⁷³ Bilge/Önen, s. 627-628; Postacıoğlu, s. 517.

⁷⁴ Ünal, s. 572.

⁷⁵ Doğan, s. 118-119; Postacıoğlu, s. 516-517.

bugünkü gözle bakıldığında da pek mümkün görünmemektedir. Bu sebeple özünde kanaatimizce çok mantıklı ve faydalı bir kurum olan gıyapta yargılama usulünün, HUMK'taki haliyle neredeyse altmış yıl uygulanmış olmasına rağmen, tartışmalı ve sıkıntılı uygulaması sebebiyle 1985 yılında kaldırılmasından sonra pek de özlenen bir kurum olmadığı kolaylıkla söylenebilir. Çok ciddi bir kurumu ilga eden 3156 sayılı Kanunun Hükümet gerekçesinde de ne hukuki dinlenilme hakkına ne de başka bir modern ilkeye atıf yapılmış, sadece yargının hızlandırılması gereğinden bahsedilerek ve o zaman yürürlükteki basit yargılama usulü kurallarına atıf yapılarak gıyapta yargılama kurumu ve duruşmaya gelmemenin cezalandırılması hususu, Türk medeni usul hukukundan bir daha geri dönmek üzere (en azından bu makalenin yazıldığı zamana kadar) çıkarılmıştır⁷⁶.

Gıyapta yargılama kurumunun hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğu ifade edilmiş olmakla birlikte⁷⁷, biz bu görüşe tam olarak katılmıyoruz. Hukuki dinlenilme hakkının koruduğu şey, tarafın kendisini ifade etmesine uygun imkân sağlanmasıdır⁷⁸. Tarafın kendi elinde olmayan bir nedenle duruşmayı takip edememesi veya cevap dilekçesi verememesi halinde zaten, eski hale getirme kurumu (HMK m. 95-101) gibi etkin araçlar bulunmaktadır. Hâkimin (ve hatta kanun yollarında üst mahkemelerin) bu durumda dikkatli bir şekilde inceleme yapması ve hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmediğinden emin olmaları gerekir. Ancak hukuki dinlenilme hakkı, tarafın zorla dinlenilmesini içermez. Eğer bir taraf usul kanunlarının kendisine sağladığı cevap imkânlarını kullanmıyor ve meselenin açıklığa kavuşturulmasında (uyuşmazlığın çözülmesinde) üzerine düşen ödevi yerine getirmiyorsa, bazı yaptırımlarla karşı karşıya bırakılması, elbette ki aşırıya kaçılmaması kaydıyla, kanaatimizce hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmez. Bu noktada önemli olan, bu yaptırımların şartlarının, sınırlarının ve sonuçlarının dikkatli ve tereddüde yol açmayacak; ayrıca tarafların haklarını da gereksiz şekilde sınırlamayacak şekilde düzenlenmiş ve tarafların yeterli şekilde ihtar edilmiş olmasıdır. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere mülga gıyapta yargılama kurumuna benzer kurumlar, Almanya, İngiltere ve elbette ABD gibi ülkelerin hukuk sistemlerinde de halen yer almakta ve uygulanmaktadır.

⁷⁶ 3156 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesi: <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c012/tbmm17012054ss0235.pdf>>, Erişim tarihi: 09.09.2021.

⁷⁷ Rüzgaresen, Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Yetkin, 2021, s. 79.

⁷⁸ Özkes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin, 2003, s. 105-106, 149; Emel Hanağası, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin, 2016, s. 110.

B. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sisteminde Davalının Davaya Cevap Vermemesi ve Taraflardan Birisinin Duruşmaya Katılmaması

2011 yılında yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, diğer pek çok konuda olduğu gibi, davalının cevap vermemesi ve tarafların duruşmaya katılmaması halleri bakımından da bir devrimsel nitelikte bir değişiklik getirmemiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, mülga HUMK uygulamasında da, Kanunda her ne kadar bu yönde bir hüküm bulunmasa da, günümüze yaklaştıkça davalının cevap vermemesi halinin davacının iddialarının inkârı anlamına geldiği yönündeki görüş baskın hale gelmiştir. 1934 yılında kabul edilen 2606 sayılı Kanunla cevapname verilmemesinin gıyap hallerinden çıkarılması da bu görüşün kabulünün önündeki engeli kaldırmıştır. Mülga HUMK uygulamasının özellikle son dönemlerinde yazılan eserler ve Yargıtay içtihatlarında bu konuda bir uzlaşma olduğu görülmektedir⁷⁹. HMK'nın kabulü ile bu uzlaşma 128. madde hükmü olarak Kanuna da girmiştir⁸⁰. Buna göre, süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır. Bu çerçevede davalı savunmalarında yalnız inkâr çerçevesinde delil gösterebilir⁸¹. Maddenin bu denli açık kabulü karşısında Türk Kanun koyucusunun, cevap dilekçesi verilmemesi hususunda gıyap müessesesinden tamamen uzaklaştığı ve ispat yükü kurumunun daha da önem kazandığı görülmektedir. Kendisine karşı açılan bir davaya cevap vermeyen ve duruşmalara dahi katılmayan, yani hiçbir savunma yapmayan bir davalı dahi, ispat yükünün davacıya düşüyor olması halinde, davayı kazanabilmektedir. Ancak hiç kuşkusuz yine bu durumun da isticvap ve yemin gibi bazı istisnaları bulunmaktadır.

Kanunun 128'inci maddesindeki bu açık düzenleme, savunma yükünün bir alt unsuru olan inkâr yükünün Türk hukukunda bulunup bulunmadığı sorusunu da net bir şekilde cevaplamaktadır. Kanun, davaya cevap verilmemesini bir inkâr faraziyesine bağladığı için bu yükün, pek çok hukuk

⁷⁹ Akyol Aslan, s. 278.

⁸⁰ Maddenin Hükümet gerekçesinde ise konunun tartışılmadığı görülmektedir, <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf>> Erişim tarihi: 12.09.2021.

⁸¹ Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Cilt, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, s. 2905.

sisteminin aksine Türk hukukunda bulunmadığı kolaylıkla söylenebilecektir⁸². Yani Türk hukuku bakımından savunmanın yük boyutundan ziyade, hak boyutu önem kazanmaktadır. Bu çerçevede aslında Kanunun 29'uncu maddesinde düzenlenmiş olan (tarafaların ve vekillerinin) dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü ilkesinin sınırları da belirlenmiş olmaktadır; yani ispat yükü kuralları ve savunma hakkına dâhil olan susma hakkı, Türk Kanun koyucusu bakımından daha önemli görülmüştür. Zira susma hakkını kullanmış olan (inkâr yükünü yerine getirmeyen) davalı (kural olarak) cezalandırılmamakta, savunma hakkı yalnızca 141'inci madde kapsamında, yani savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı boyutunda sınırlandırılmaktadır. Böylece davalıya getirilmiş olan yasağın kamu düzeni ile ilgili olmadığı, tamamen tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi bağlamında tarafların tasarrufuna bırakılan bir alanda bulunduğu görülmektedir. Zira davacının açık rızası veya ıslah kurumları ile savunmanın genişletilebilmesi mümkün hale gelebilmektedir.

Davalının savunmasını genişletmemesi ve sadece inkâr çerçevesinde delil gösterebilmesi durumunun da yine Türk hukuk yargılaması bakımından sıkıntılı bir şekle büründüğü görülmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, davaya cevap vermeyen davalı yalnızca inkâr çerçevesinde delil gösterebilir. Ancak delil gösterme konusundaki temel hüküm olan 145'inci madde, bu konuda bazı tereddütler içerdiği için, uygulamada farklı içtihatlarla yol açmıştır. Kanun koyucu aslında kanaatimizce çok doğru bir yaklaşım sergileyerek 145'inci maddenin lafzını muğlak olarak kaleme almıştır. Zira hükümde “*Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler*” ifadesi yer almakta, bu “zaman”ın ne olduğu ise hükümde yazmamaktadır. Bu “zaman”, hiç kuşkusuz farklı ihtimallere göre mahkeme tarafından belirlenecektir. Kural olarak davacı dava dilekçesinde (HMK m. 119), davalı ise cevap dilekçesinde (HMK m. 129) delillerini sunarlar. Ancak delil gösterme zamanı bunlarla sınırlı değildir. Taraflar vakıalarını ikinci dilekçelerle de sunmuş olabilirler; o zaman deliller de ikinci dilekçeler ile gösterilir. Taraflar iddia veya savunmalarını hukuka uygun şekilde değiştirir veya genişletirlerse, örneğin ıslah yaparlarsa, yeni getirdikleri vakıaları ispat edecekleri delilleri de bu ıslah işlemiyle birlikte göstermelidirler⁸³. İstisnai

⁸² Akyol Aslan, s. 294, 301; Levent Börü, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Yetkin, 2016, s.149 vd.

⁸³ Hatta 7251 sayılı Kanunla değişmeden önce, taraflardan birisinin ön inceleme duruşmasına gelmemesi halinde diğer tarafın iddiasını veya savunmasını genişletmesi halinde de durum böyleydi.

bir durum olan 128'inci madde hükmü çerçevesindeki savunma halinin de bu şekilde düşünülüp davalı tarafa inkâr faraziyesiyle sınırlı olacak şekilde delillerini sunması için uygun bir (kesin) süre verilmelidir⁸⁴. Ancak HGK, verdiği çok sayıda kararda, bunun aksini düşünmekte ve 145'inci maddeyi gerekçe göstererek davalının delil sunmasına izin vermemektedir⁸⁵. Oysaki yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 145'inci madde hükmünün lafzı ve ruhu kesinlikle bu denli kısıtlayıcı değildir. Kanaatimizce 145'inci maddenin bu kadar katı uygulanması 128'inci madde hükmünün ruhuna da aykırıdır; madde hükmündeki inkâr faraziyesini sadece ispat yükü bağlamına hapsedmektedir. Yani davalının cevap vermemiş olması vakianın inkârı anlamına geleceği için (ispat yükünü taşıyan) davacı yine davasını ispatla mükellef olacak; ancak davacının bu ispat yükünü karşılamış olması halinde davalıya herhangi bir savunma hakkı tanınmamış olacaktır. Böyle bir sonuca varımın, savunma hakkının Kanundaki düzenlenişi bakımından ciddi bir problem yaratacağı kanaatindeyiz. Zira, kanun lafzı ve ruhuyla bir bütün olarak ele alınmalı ve hükümleri buna göre yorumlanmalıdır. Ya davalıya savunma ve inkâr yükü açık şekilde getirilip sessizliğine gerçek anlamda bir yaptırım bağlanmalı ya da 128'inci maddedeki inkâr faraziyesi gerçek anlamda uygulanıp, davalıya genel hükümler çerçevesinde bir savunma imkânı tanınmalıdır.

Cevap dilekçesi vermeme durumu sadece davalıyla ilgili olmakla birlikte, duruşmaya (mazeretsiz şekilde) katılmamaya bağlanan sonuçlar, elbette ki her iki tarafı da ilgilendirmektedir. Kanun koyucunun, 6100 sayılı HMK'nın bu konudaki hükümlerinin kaleme alınmasında büyük ölçüde mülga 1086 sayılı HUMK'un son halinden yararlandığı görülmektedir. Eski kanuna benzer şekilde, usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilir (m. 150/1). Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflardan biri duruşmaya gelir, diğeri gelmezse, gelen tarafın talebi üzerine, yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir veya dosya işlem den kaldırılır. Geçerli bir özürlü olmaksızın duruşmaya gelmeyen taraf, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemez (m. 150/2). Yani Kanun, duruşmaların yapılabilmesi bakımından taraf teşkilini aramamakta, bir tarafın gelmesini (ve davaya devam edeceğini bildirmesini) yeterli görmektedir. Duruşmaya mazeretsiz şekilde gelememe halinin yaptırımını ise

⁸⁴ Benzer yönde: E. Yılmaz, s. 2907; Akyol Aslan, s. 503; aksi yönde: Pekcanitez, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On iki levha, 2017, s. 1206.

⁸⁵ Bu kararlar için bkz. E. Yılmaz, s. 2905 vd; Pekcanitez, s. 1203 vd; Akyol Aslan, s. 492 vd.

yok olunan duruşmada yapılan işlemlere itiraz edilememesidir. Bu hüküm, Hükümet gerekçesinde de ifade edildiği üzere, büyük ölçüde, 1985 yılında 3156 sayılı Kanunla gıyap kurumunun kaldırılması ile getirilen HUMK yeni 409'uncu madde hükmünün karşılığıdır⁸⁶. Ancak gıyap kurumuna göre çok daha basit olan bu düzenleme çerçevesinde getirilen yaptırımın, dikkatli incelendiğinde gıyap kurumundan aslında daha ağır şekilde düzenlendiği görülmektedir:

Yukarıda da anlattığımız üzere, “*gıyap kararı verilen celsede muayyen muamelât kısmen veya tamamen ifa olunmuş ise tebliğ varakasında yapılan muamelât yazılıp gaibe beş gün içinde itiraz edebileceği*” bildiriliyordu (mülga HUMK m. 402). Öğreti ve uygulamada muameleli gıyap olarak isimlendirilen bu gıyap türünde, hakkında gıyap kararı verilen tarafa bir itiraz hakkı tanınıyordu. Bu itiraz sonunda, tayin olunan günde mahkemede hazır bulunup da gıyaben cereyan eden muamelelerin tadil ve cerh ve iptalini mucip bir itiraz dermeyeran ettiği takdirde tetkik olunarak varit görülürse kabul ve aksi halde gıyaben cereyan eden muameleler muteber addolunuyordu. Oysaki yeni sistemde duruşmalara katılmayan tarafa bir itiraz hakkı tanınmamaktadır. Duruşmada yok olan taraf ancak eski hale getirme hükümlerinde (HMK m. 95 vd.) olduğu gibi katılmamasını haklı gösterecek bir mazerete dayanarak bu işlemlerin ortadan kaldırılmasını sağlayabilir⁸⁷. Yani hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüş olan gıyapta yargılama sisteminde, aslında mevcut sisteme göre daha kuvvetli bir hukuki koruma sağlanmış olduğu söylenebilir.

Her iki tarafın da duruşmaya gelmemiş olması halinde ise dosya işlemiden kaldırılır (HMK m. 150). Dosyanın işlemiden kaldırılması usulü gıyapta yargılama hükümlerinin uygulandığı zamanlarda da, yani HUMK’ün orijinal halinde de bulunmaktaydı. Zira bir üst başlıkta da açıkladığımız üzere, gıyap yalnızca taraflardan birisinin gelmemesi halinde uygulanabiliyordu. Tarafların her ikisinin de gelmemiş olması halinde yargılamanın devamı, en azından genel kural olarak, tasarruf ilkesine aykırı olacağı için, dosyanın işlemiden kaldırılması kuralı Türk hukuk yargılamasında hep var olan bir kural olmuştur. Dosyanın işlemiden kaldırılması meselesi bu makalenin kapsamını

⁸⁶ 3156 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesi: <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf>>, Erişim tarihi: 09.09.2021.

⁸⁷ Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, Yetkin, 2020, s. 561.

aştığı için, bu konunun ayrıntılarına girmiyoruz⁸⁸.

C. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Konumuz ile Bağlantılı Diğer Hükümler

Taraflardan birisinin duruşmaya gelmemesi bağlamında 6100 sayılı HMK'da bulunan en ilginç hüküm, hiç kuşkusuz 7251 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki 139 ve 141'inci maddelerde ön inceleme duruşması bağlamında getirilmiş olan düzenleme idi. 141'inci maddenin orijinal halinde, “... *Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir...*” hükmü yer almaktaydı. Maddenin Hükümet gerekçesi de bu hükmün gerekliliğini açıklıyordu: “*Ön inceleme oturumunun yargılama bakımından önemi sebebiyle, tarafların bu oturuma mümkün olduğunca katılmasını sağlamak gereklidir. Bunun için de, gelen tarafı ödüllendirecek, mazereti olmadan gelmeyen tarafı cezalandıracak bir yol izlenmesi zorunludur. Yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve amacı, tarafların keyfi ve kötüniyetli davranışlarına feda edilmemelidir. Dürüstlük ilkesi de bunu gerektirir. Bu sebeple, her iki taraf da ön inceleme oturumuna gelirse, ancak karşı tarafın muvafakati ile genişletme söz konusu iken; taraflardan biri mazeretsiz gelmez, diğeri gelirse, gelen taraf, karşı tarafın muvafakatine gerek olmadan iddia ve savunmasını genişletip değiştirebilecektir. Bunun en önemli sonucu, uyumsuzluk noktalarının tespit edildiği ön inceleme oturumunda, gelen tarafın daha avantajlı bir konuma sahip olmasıdır. Bundan sonra yürütülecek tartışmada, gelen taraf kendini daha sağlam bir noktaya yerleştirerek hakkını ararken, karşı taraf daha zayıf konuma gelebilecektir.*” Ancak bu hükmün, ön inceleme duruşmasının varlık amacına aykırı olduğu yönünde de pek çok eleştiri bulunmaktaydı⁸⁹. Kanun koyucu 2020 yılında 7251 sayılı Kanunla HMK'da yapılan değişikliklerle, bu yaptırımdan vazgeçmiş ve yazılı yargılama usulü için, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağını, olması gerektiği gibi ikinci dilekçeler aşamasına çekmiştir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kanunun bazı maddelerinde, “tarafın yokluğu hakkındaki hükümler”e atıf yapıldığı görülmektedir. 79'uncu maddede, davasını kendisi takip eden kimsenin, duruşmada uygun olmayan

⁸⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhuriyet Hükümeti, Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Yetkin, 2021.

⁸⁹ Bu eleştiriler hakkında bkz. Mustafa Göksu, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, Ekim 2017, (32), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 78.

tutum ve davranışta bulunması üzerine mahkemenin kendisini vekil ile temsil ettirmesine karar vermesi ancak tarafın bunu yapmaması halinde; 80'inci maddede, taraflardan birisinin, davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görürse, hâkimin ona uygun bir süre tanıyarak, davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar vermesi ancak tarafın buna uymaması halinde; 82'nci maddede vekilin istifa etmiş olması ve vekâlet verenin davayı takip etmemesi veya başka bir vekil de görevlendirmemesi halinde ve nihayet 83'üncü maddede vekil ile takip edilen davada, vekilin azli hâlinde vekâlet verenin davayı takip etmemesi ve iki hafta içinde bir başka vekil de görevlendirmesi halinde, tarafın yokluğu hâlinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılacağı Kanunda düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Kanunda, bir tarafın yokluğunda uygulanacak olan hükümler, gıyapta yargılama hükümlerinde olduğu gibi sistematik şekilde düzenlenmemiştir. Bu sebeple, bu hükümlerden anlaşılması gereken, m. 150/2 hükmü, yani tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edememesi sonucudur⁹⁰. Buna göre, yukarıda bahsettiğimiz hükümlerdeki durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde, taraf duruşmaya gelmiş olsa dahi herhangi bir usul işlemi veya açıklama yapmasına izin verilmez ve yapılan işlemlere itiraz edemez. Ancak bu durum, yukarıda gıyapta yargılama usulünde anlattığımız üzere, isticvap veya yemin gibi özel durumlara engel olmamalıdır. Yani hakkında tarafın yokluğundaki hükümlere göre işlem yapılan bir taraf, isticvap veya yemin gibi özel prosedürlere tabi tutulabilir. Ayrıca tarafın yokluğundaki hükümlere tabi olma hali gıyap gibi kurumsal bir usul olmadığı için, taraf mahkemenin isteğini yerine getirip örneğin vekil tayin etmişse, vekil derhal yargılamaya dâhil edilmeli ve tarafın yokluğundaki hükümlerin uygulanmasına son verilmelidir.

Yukarıda ayrıntılı olarak değindiğimiz 128'inci madde hükmü ile davalının sessiz kalmasının inkâr sonucunu doğuracağı Türk hukuku bakımından açıktır. Ancak sessiz kalmanın ikrar olacağı istisnai haller de yine mülga 1086 sayılı HUMK'ta olduğu gibi HMK'da da düzenlenmiştir. Bunlar isticvap ve yemine davet halleridir. Kanunun 171'inci maddesine göre, "*isticvabına karar verilen kimseye bizzat davetiye gönderilir ve belirlenen gün ve saatte isticvap olunmak üzere hazır bulunması gerektiği belirtilir. Davetiyede, ayrıca, isticvap konusu vakıalar gösterilir; ilgili tarafın geçerli bir özrü olmaksızın gelmediği veya gelip de sorulara cevap vermediği takdirde, isticvap konusu vakıaları ikrar*

⁹⁰ Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin, 2021, s. 252.

etmiş sayılacağı ihtarı da yapılır. Çağrılan taraf özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkemece sorulan vakıalar ikrar edilmiş sayılır". Kanununun 229'uncu maddesine göre de "yemin için davet edilen kimse, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özrü olmaksızın bizzat hazır bulunmaz yahut hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır." Ayrıca kendisine yemin iade olunan kimse, yemin etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıa ispat edilememiş sayılır. Bu iki hüküm de hiç kuşkusuz hem davacı hem de davalı bakımından uygulanabilir. Bu iki halden birisinin varlığı halinde, ilgili taraf duruşmaya gelmez veya gelip de sorulan soruları cevaplamaz ya da kendisine teklif edilen yemini eda etmezse aleyhine ileri sürülmüş olan ve isticvabın veya yeminin konusunu oluşturan vakıa ya da vakıaları ikrar etmiş sayılır.

Kanunun bölge adliye mahkemelerinde tahkikatı düzenleyen maddelerinden olan (7251 sayılı Kanunla değişik) 358'inci madde ile ilk derece mahkemelerindeki konumuzla ilgili olarak genel kuraldan (HMK m. 150) sapıldığı görülmektedir. Buna göre, "*duruşmalı olarak incelenen işlerde taraflara çıkartılan davetiyelerde, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği hususu ile başvuran tarafa çıkartılacak davetiyede, ayrıca, yapılacak tahkikatla ilgili olarak bölge adliye mahkemesince belirlenen gideri, iki haftadan az olmamak üzere verilecek kesin süre içinde avans olarak yatırması gerektiği" açıkça belirtilir. Başvuran, kabul edilebilir bir mazerete dayanarak duruşmaya gelemediğini bildirdiği takdirde, yeni bir duruşma günü tayin edilerek taraflara bildirilir."* Bu hakkın, eşitlik ilkesi gereği, başvurunun karşı tarafı için de geçerli olduğu kabul edilmelidir⁹¹. Belirlenen giderin, verilen kesin süre içinde yatırılmış olması kaydıyla, taraflar mazeretsiz olarak duruşmaya katılmadıkları takdirde tahkikat yokluklarında yapılarak karar verilir. Belirlenen gider, süresi içinde yatırılmadığı takdirde, dosyanın mevcut durumuna göre karar verilir. Bununla birlikte, öngörülen tahkikat yapılmaksızın karar verilmesine olanak bulunmayan hâllerde başvuru reddedileceği düzenlenmiştir. Yani bölge adliye mahkemesinde genel kural, istisnaları bulunmakla birlikte, tarafların yokluğunda tahkikatın yürütülmesinin esas olmasıdır.

İstinaftaki duruşmalara ek olarak, Kanunda ayrıca diğer bazı hallerde de taraflar gelmese dahi işlemlerin yapılacağı minvalinde hükümler de

⁹¹ Selçuk Öztekin, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Yetkin, 2021, s. 428, §276, dn. 3.

bulunmaktadır. Örneğin ihtiyati tedbir talebinin incelenmesinde (HMK m. 390), feri müdahale talebinde (HMK m. 67/2); Temyiz incelemesinde (HMK m. 369/5) benzer hükümler yer almaktadır⁹². 7251 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, sözlü yargılama ve hüküm aşamasına ilişkin olarak da özel bir hüküm bulunmaktaydı. 186'ncı maddenin eski hali, "*mahkeme, tahkikatın bitiminden sonra, sözlü yargılama ve hüküm için tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder. Taraflara çıkartılacak olan davetiyede, belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında hüküm verileceği hususu bildirilir.*" şeklinde idi. Bu durumda iki tarafın gelmemesi halinde dosya işlemiden kaldırılamıyordu⁹³. Ancak 7251 sayılı Kanunla maddenin ikinci fıkrasının sonuna "*Şu kadar ki, 150 nci madde hükmü saklıdır.*" cümlesi eklenmiştir. Bu sebeple dosyanın işlemiden kaldırılması bağlamında, sözlü yargılama duruşması, artık tahkikat duruşması gibi değerlendirilecek ve 150'nci madde hükmü uygulanacak; yani her iki tarafın yokluğunda hüküm verilmesi mümkün olmayacaktır.

Bir üst başlıkta ifade ettiğimiz üzere, Amerikan hukukundaki gıyapta hüküm sisteminde, duruşma öncesi usullerde, delillerin toplanması bağlamında mahkemenin verdiği talimatların gereğini yerine getirmeyen taraflar ile ilgili olarak da gıyapta hüküm kurumunun işletilebilmesi mümkündür. Bununla bağlantılı olarak hukukumuzda da benzer bir usul bulunmaktadır. Usul kanunumuzun 219'uncu maddesi ile tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmeleri zorunlu kılınmıştır. 220'nci maddeye göre de mahkeme bir belgenin ibrazı istendiğinde, bu belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olup olmadığını inceler. Karşı taraf bu belgenin elinde olduğunu ikrar eder veya ileri sürülen talep üzerine sessiz kalır yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşılır veya başka bir belgede ikrar edilirse, mahkeme ilgili tarafa bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir. Mahkeme ayrıca, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif eder. Belgenin sunulmamasının yaptırımını da yine 220'nci maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre,

⁹² Rüzgaresen, s. 223 vd.

⁹³ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar-Ayvaz/ Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin, 2020, s. 473; Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Yetkin, 2016, s. 701-702.

“Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir.” Benzer bir hüküm, ticari defterlerle ilgili olarak 222. maddede de bulunmaktadır⁹⁴. Görüldüğü üzere bizim sistemimizde de Amerikan hukukundakine benzer bir yaptırım bulunmaktadır. Ancak aradaki temel fark, bizim hukukumuzda yargılamaya devam edilip, bahsi geçen hükmî “ikrar” sonucu, hüküm faaliyeti sırasında değerlendirilmekte, Amerikan hukukunda ise duruşmalar aşaması hiç gerçekleştirilmeyip doğrudan hüküm kurulmaktadır.

Yine bazı özel kanunlarda da duruşmaya katılmamanın yaptırımları düzenlenmiş olabilir. Örneğin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 68/a maddesinin ikinci fıkrasına göre, “senet altındaki imzayı reddeden borçlu takibi yapan icra dairesinin yetki çevresi içinde ise, itirazın kaldırılması için icra mahkemesi önünde yapılacak duruşmada, mazeretini daha önce bildirip tevsik etmediği takdirde, bizzat bulunmaya mecburdur. İcra dairesinin yetki çevresi dışında ödeme emri tebliğ edilen borçlu, istinabe yolu ile isticabına karar verilmesi halinde, aynı mecburiyete tabidir.”; yine aynı Kanunun 68’inci maddesinin altıncı fıkrasına göre, “alacaklı duruşmada bizzat bulunmayıp da imza vekili tarafından reddolunduğu takdirde vekil mütaakıp oturumda müvekkilini imza tatbikatı için hazır bulundurmaya veya masraflarını vererek davetiye tebliğ ettirmeye mecburdur. Kabule değer mazereti olmadan gelmiyen alacaklı borçlunun dayandığı belgede yazılı miktar hakkındaki itirazın kaldırılması talebinden vazgeçmiş sayılır.” Diğer bir örnek olarak 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 29’uncu maddesi gösterilebilir. Maddeye göre, “Kadastro mahkemesinde gelmeyen tarafın yokluğunda duruşma yapılır. Taraflardan hiç biri gelmez ise dosya işlemde kaldırılmaz. Hakim, toplanması mümkün olan delilleri inceler ve 30 uncu madde hükmünce işi karara bağlar.” Görüldüğü üzere Kanun koyucu bazı yargılama türleri bakımından, yapılan incelemenin niteliğine göre, tarafların birisinin veya her ikisinin gelmemesine HMK m. 150’deki genel hükümden ayrılarak farklı sonuçlar bağlamıştır.

⁹⁴ Belgenin karşı tarafça ibrazı konusu ile ilgili olarak bkz. Güray Erdönmez, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Baskı, On iki levha, 2014; Mustafa Göksu, “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, 2009/2, Sayı 13, Legal Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi, s. 251-282.

SONUÇ

Her hukuk sistemi tüm kurumlarıyla birlikte bir bütün olarak düşünölmeli ve bu hukuk sistemindeki kanunlar bu şekilde hazırlanmalıdır. Bir hukuk sisteminin içinde veya bir hukuk sistemindeki bir hukuk dalının içinde birbiriyle çelişen kurumlar olması, bu kurumların düzgün şekilde işleyememesinin yanı sıra toplumda hukuka olan güvenin sarsılmasına da neden olur. Meseleye bu çerçeveden bakıldığında, eskiden hukukumuzda uygulanan gıyapta yargılama kurumunun da özünde faydalı bir kurum olmakla birlikte, Kanununun geri kalanıyla çok uyumlu olmadığı için başarıya ulaşamamış olduğu görölmektedir. Özellikle başka ölkelerin hukuk sistemlerinden alınan kurumların, ölkelerimize entegre edilmesi çok zor olduğu için, bu kurumların Kanunun bütünü gözetilerek kaleme alınması çok büyük önem taşımaktadır. Gıyapta yargılama usulünün kendisi, adil yargılanma veya hukuki dinlenilme hakkı gibi temel Anayasal haklarla doğrudan bağlantılı değildir. Bu ilkelerle bağlantılı olan, usulün düzenlenme şeklidir. Nitekim buna benzer kurumlar, Almanya, İngiltere ve ABD gibi ölkelerde başarılı şekilde uygulanmaktadır. Özellikle tarafların ve vekillerin dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlölüğü ve usul ekonomisi gibi ilkeler gözetildiğinde, gıyapta yargılama benzeri kurumların çok faydalı olduğu da görölmektedir. Haklı bir mazereti olmaksızın davaya hiç cevap vermeyen veya davayı takip etmeyen bir davalının, davaya cevap veren ve davayı takip eden davalı ile aynı hükümlere tabi kılınması, hukuki dinlenilme hakkının değil, bu yöndeki hukuk politikası kararının bir sonucudur. Nitekim Türk Kanun koyucusu da bu bağlamda davalıya bu şekilde bir yük yüklememiş ve her iki taraf bakımından da gıyapta yargılama kuruma ihtiyaç duymamıştır.

Buna karşılık Amerikan hukuk yargılamasında haklı bir mazereti olmaksızın davaya cevap vermeyen veya davayı takip etmeyen davalı ya da mahkemece verilen talimatları yerine getirmeyen taraflar hakkında, bazı yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu yaptırımların uygulanması ise bazı şartlara bağlanmış ve bunların olası zararlarını ortadan kaldıracak çeşitli hukuki çareler de öngörölmüştür. Kanaatimizce gıyapta hüküm kurumu, tıpkı eskiden hukukumuzda olan gıyapta yargılama kurumu gibi son derece faydalı ve tarafları iş birliğine sevk eden, onların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlölüklerini pekiştiren ve bu çerçevede usul ekonomisi ilkesine katkı sağlayan bir kurumdur. Türk mahkemelerinin daha sağlıklı ve etkin işleyebilmesi için, tarafları mahkeme ile iş birliği yapmaya teşvik eden benzer bir kurumun Türk hukuk yargısına daha etkin bir şekilde yeniden kazandırılması kanaatimizce son derece faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Abernathy C F, Law in the United States, International Law Institute, 1995.
- Akyol Aslan L, Medeni Usul Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları, Yetkin, 2019.
- Alangoya Y, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, 1979.
- Ansay S Ş, Hukuk Yargılama Usulleri, Yedinci Baskı, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960.
- Arslan R / Yılmaz E / Taşpınar- Ayvaz S / Hanağası E, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin, 2020.
- Arslan R, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, 1989.
- Atalı M / Ermenek İ / Erdoğan E, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Yetkin, 2021.
- Belgesay M R, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler, 3. Bası, Duygu Matbaası, 1948.
- Bilge N / Önen E, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Sevinç Matbaası, 1978.
- Börü L, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Yetkin, 2016.
- Bresnan PH / Cornelio JP, “Relief from Default Judgments Under Rule 60(b)-A Study of Federal Case Law”, 1981, 49(6), Fordham Law Review, s. 956-1011.
- Budak A C / Karaaslan V, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Adalet, 2020.
- Doğan M, Hukuk Muhakemeleri Usulünde Gıyapta Yargılama ve Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Yargıçoğlu Matbaası, 1979.
- Donald B B / Cooper K J, “Collateral Estoppel In Section 523(C) Dischargeability Proceedings: When Is A Default Judgment Actually Litigated?”, 1996, (12), Bankruptcy Developments Journal, s. 321-353.
- Erdönmez G, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Baskı, On iki levha, 2014.
- Ermenek İ, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması,

Yetkin, 2014.

Field R H / Kaplan B / Clermont K M, Civil Procedure, Foundation Press, 1997.

Göksu M, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, Ekim 2017, (32), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 61-93.

Göksu M, “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, 2009/2, (13), Legal Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi, s. 251-282.

Hanağası E, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun Tarihsel Gelişimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001.

Hanağası E, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Yetkin, 2016.

Hazard JR G C / Taruffo M, American Civil Procedure, Yale University Press, 1993.

Hensler D R, “USA National Report”, in C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka (eds.), The Costs and Funding of Civil Litigation, Hart/Beck, 2010, s. 535-544.

Holleman J T IV, “Revised Rule 55 Revisited.” Spring 1999, 21(3), University of Arkansas at Little Rock Law Review, s. 443-454.

James F / Hazard G C / Leubsdorf J, Civil Procedure, 5th Edition, Foundation Press, 2001.

Kaplan B / Clermont M, “Chapter 6: Ordinary Proceedings in First Instance”, M. Cappalletti (ed), International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XVI: Civil Procedure, Mohr Siebeck, 2014, s. 1-82.

Kay Kane M, Civil Procedure in a Nutshell, West, 1996.

Kerley P / Banker Hames J / Sukys P A, Civil Litigation, 6th Edition, Delmar, 2012.

Kuru B / Yılmaz E, “1711 Sayılı Kanuna Göre Gıyap ve Dosyanın İşlemden Kaldırılması Rejimi”, Makaleler (1973-2013), 1. Cilt, Yetkin, 2014, s. 147-176.

Kuru B, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I, Yetkin, 2020.

- Levasseur E B, “Default Judgments: Strategies for Making Them Stick and for Making Them Go Away”, Fall 2015, 42(1) , *Litigation*, s. 45-52.
- Maxeiner J, “The American ‘Rule’: Assuring the Lion His Share”, in M. Reimann (ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, Springer, 2012, s. 287-303.
- Miller S J, “Misnomers: Default Judgments and Strict Compliance with Service of Process Rules.” 46(3), Summer 1994, *Baylor Law Review*, s. 633-652.
- Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1979.
- Özekes M, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin, 2003.
- Öztek S, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, Yetkin, 2021.
- Palmer E L, “Service by Certified Mail Insufficient to Preserve Default Judgment”, 40(4) *Litigation News*, s. 18.
- Panoff J N, “Debtors, Creditors, Default Judgments, & Discretion: Why Rule 62(b)(4) Will Become One of the Most Important Federal Rules of Civil Procedure”, Summer 2015, 44(1), 2010, *Creighton Law Review*, s. 227-260.
- Papakçı A, “Alman Mahkemelerince Verilen Gıyabi Kararların Yargılama ve Uluslararası Tebligat Kuralları Açısından Türk Hukukuna Uygunluğu”, 2016, 22(1), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, s. 457-487.
- Park A J, “Fixing Faults in the Current Default Judgment Framework”, Fall 2011, 34(1), *Campbell Law Review*, s. 155-180.
- Pekcanitez H, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Makaleler*, C. 1, On iki levha, 2016, s. 509-559.
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası, On iki levha, 2017.
- Pendrey J F, “Dealing with Default Judgements”, 2003, 35(1), *St. Mary’s Law Journal*, s. 1-92.
- Peterson T D, “The Misguided Law of Compulsory Counterclaims in Default Cases”, 2008, 50(4), *Arizona Law Review*, s. 1107-1146.
- Pohl M A, “Judgments by Default in Texas”, 1983, 37(2), *SMU Law Review*,

s. 421-460.

Postacıoğlu İ E, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, Sulhi Garan Matbaası, 1975.

Rogers H L, “Process Sufficient to Require a Defense or Default Judgment”, August 1959, 30(4), Mississippi Law Journal, s. 388-412.

Rosenberg M / Smit H / Cooper Dreyfuss R, Elements of Civil Procedure, Fifth Edition, Foundation Press, 1990.

Rüzgaresen C, Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Yetkin, 2021.

Tanrıver S, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Yetkin, 2016.

Teply L L / Whitten R U, Civil Procedure, Fourth Edition, Foundation Press, 2009.

Ulukapı Ö, “Medeni Usul Hukukunda Davada Bir Tarafın Duruşmaya Gelmemesi”, 1988, (1), SÜHFD, s. 171-188.

Umar B, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına Katkı”, 2006, (57), TBB Dergisi, s. 121-162.

Ünal S M, “Hukuk Muhakemeleri Usulünde Gıyap”, 1965, (5), Ankara Barosu Dergisi, s. 569-573.

Üstündağ S, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6. Bası, Alfa, 1997.

Wagstaff J S, “California’s Default and Default Judgment: A Procedural and Substantive Review”, 1988, (15), Western State University Law Review, s. 679-757.

Watkins J J, “Revised Rule 55, Five Years Later”, 1996-1997, 49(1), Arkansas Law Review, s. 23-82.

Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Cilt, 4. Baskı, Yetkin, 2021.

Yılmaz O, “Adi ve Muameleli Gıyap Hakkında Bir İnceleme”, Aralık 1972, (12), Adalet Dergisi, s. 907-919.

TİCARET ŞİRKETLERİ BAKIMINDAN TÂBİİYET PLANLAMASI VE ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

Talat KAYA*

ÖZ

Ulusal ve uluslararası hukukta ticaret şirketlerinin tâbiyetini tayin açısından çoğunlukla kuruluş yeri ve merkez yeri esasları kullanılmaktadır. Uluslararası yatırım anlaşmaları da yatırımcı şirketleri bu esaslar temelinde tanımlamaktadır. Hakem heyetlerinin ise kuruluş yeri esası ile herhangi bir nitelemeden yoksun merkez yeri esasını biçimsel olarak yorumlaması tâbiyet planlamasına olanak sağlamıştır. Tâbiyet planlaması, şirketlerin yatırımın başlangıcı veya sonrasındaki bir dönemde elverişli yatırım iklimi ve/veya hukuki alt yapı sunan bir devletin tâbiyetini edinimi olarak tanımlanabilir. Şirketler uluslararası yatırım hukuku bağlamında genellikle yatırım tahkimine başvurma hakkına kavuşmak amacıyla tâbiyet planlamasına girişmektedir. Ancak kaynak ülke ile gerçek bir bağı bulunmayan tabela şirketler tarafından başlatılan tahkim davaları tâbiyet planlaması uygulamasına karşı bir tepkiyi de beraberinde getirmiştir. Bu tepki iki şekilde ortaya çıkmıştır. İlk olarak yatırım tahkimi davalarında ev sahibi devletlerin itirazları üzerine bazı hakem heyetleri tâbiyet planlamasının amacı ve/veya gerçekleştirime zamanını dikkate alarak bu uygulamayı hakkın kötüye kullanılması yasağı içerisinde değerlendirmiştir. İkinci olarak ise devletler son dönemde yapmış oldukları ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcı tanımını daraltmış ve/veya tâbiyet planlamasına karşı faydaların reddi hükümlerine yer vermişlerdir.

***Anahtar Kelimeler:** Şirket tâbiyeti, tâbiyet planlaması, yatırım tahkimi, hakkın kötüye kullanılması, faydaların reddi*

CORPORATE NATIONALITY PLANNING AND ITS CONSEQUENCES FOR INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

ABSTRACT

In national and international law, place of incorporation and seat are mostly used criteria in determining corporate nationality. International investment agreements

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı/ ANKARA e-posta: talat.kaya@asbu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-5535-6819

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018657

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 05/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/10/2021

also define corporate investors based on these criteria. Besides, formal interpretation of place of incorporation criterion and the seat criterion without any qualification by the arbitral tribunals has allowed nationality planning. Nationality planning can be defined as the acquisition of the nationality of a state that provides a favorable investment climate and/or legal infrastructure for corporates at the beginning of the investment or at a later period. In the context of international investment law, companies usually engage in nationality planning to obtain the right to apply for investment arbitration. However, arbitration proceedings initiated by shell companies that have no genuine link to the home state have brought a reaction against the practice of nationality planning. This reaction occurred in two ways. First, on the objections of the host states, some arbitral tribunals, considering the purpose and/or the time of realization of the nationality planning, have deemed this practice as abuse of rights. Secondly, states have narrowed the definition of investor and/or put denial of benefits provisions against nationality planning in their recent bilateral and multilateral investment agreements.

Keywords: *Corporate nationality, nationality planning, investment arbitration, abuse of rights, denial of benefits*

GİRİŞ

Yatırımcı tanımı, uluslararası yatırım hukukunun temel meselelerinden bir tanesidir. Zira yatırım anlaşmalarında yer verilen esasa dair standartlardan ancak anlaşma tarafı devletlerin tâbiyetinde bulunan yatırımcılar yararlanabilmektedir¹. Yine yatırımcılar tarafından başlatılan uluslararası tahkim davalarında hakem heyetlerinin kişi bakımından yargı yetkisi davacının tâbiyeti ile yakından ilgilidir². Bu anlamda, yatırım tahkimine başvurabilmek için kural olarak yatırımcının kaynak devletin (*home state*) tâbiyetinde olduğunu göstermesi gerekir³. Uluslararası yatırım anlaşmalarında yatırımcı

¹ Campbell McLachlan/ Laurence Shore/ Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2nd Edition, 2017, s. 156; Christoph Schreuer, "Nationality Planning" in Arthur W. Rovine (Ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2012, s. 17.

² McLachlan/ Shore/ Weiniger, s. 156; Schreuer s. 17.

³ Philipp Janig, "Cynicism and Nationality Planning in International Investment Law", in Björnstjern Baade Dana Burchardt/ Prisca Feihle/ Alicia Köppen/ Linus Mührel/ Lena Riemer/ Raphael Schäfer (Eds.), *Cynical International Law? Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), vol 296, Springer, 2021, s. 310.

kavramı geleneksel olarak, anlaşmaya taraf âkit devletlerin vatandaşı olan gerçek kişileri, yine âkit taraf tâbiyetinde bulunan şirketler gibi tüzel kişileri ve iş ortaklıkları gibi tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri kapsayacak şekilde geniş olarak tanımlanmaktadır⁴. Bununla birlikte uluslararası yatırımlar çoğunlukla ticaret şirketleri tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla uluslararası yatırım anlaşmaları ile tanınan haklardan yararlananlar da esas itibarıyla ticaret şirketleridir. Bu durum göz önüne alındığında, uluslararası yatırım hukuku açısından şirketlerin tâbiyetinin tayini hayati önemi haizdir⁵.

Uluslararası yatırım anlaşmalarında şirketlerin tâbiyetinin tayini açısından çoğunlukla kuruluş ve merkez yerleri esasları kullanılmakta, bazı anlaşmalarda ise bu esasların yanında sınırlı olarak kontrol esasına yer verilmektedir⁶. Kuruluş yeri esası, bir devletin kanunlarına uygun olarak kurulmuş olan şirketlerin o ülkenin tâbiyetinde olduğunu kabul etmektedir. Bu manada şirket, esas faaliyetlerini kurulduğu ülkede yürütüp yürütmemesine bakılmaksızın, o ülkenin imzalamış olduğu yatırım anlaşmalarının sağladığı haklardan yararlanma imkânına kavuşmaktadır. Merkez yeri esası ise yatırım anlaşmaları ile tanınan haklardan yararlanmak bakımından, şirket merkezinin âkit taraf ülkesinde olmasını aramaktadır. Daha sınırlı bir uygulamaya sahip kontrol esası ise ev sahibi devlet (*host state*) veya üçüncü ülke tâbiyetinde olmakla birlikte, kaynak devletin tâbiyetinde bulunan kişiler tarafından kontrol edilen şirketlerin yatırım anlaşmaları kapsamına alınmasını sağlayan bir mekanizmadır⁷.

⁴ Bu şekilde bir tanımlama örneği için bkz. Türkiye-Azerbaycan Yatırımların Karşılıklı ve Teşviki Anlaşması m. 1/2: “Yatırımcı” terimi: *diğer Akit Tarafın ülkesinde bu Akit Tarafın mevzuatına uygun olarak yatırım yapmış, (a) bir Akit Tarafın kanunlarına göre vatandaşlığını haiz olan gerçek kişileri, (b) Akit Taraflardan birinin yürürlükteki hukuku çerçevesinde kurulmuş veya teşekkül etmiş ve kayıtlı yönetim merkezleri ile birlikte yeterli seviyedeki faaliyetleri söz konusu Akit Tarafın ülkesinde bulunan ve diğer Akit Tarafın ülkesinde, o ülkenin mevzuatı ile uyumlu olarak yatırım yapan şirketleri, firmaları veya iş ortaklıklarını ifade eder. Eğer yatırımcı yatırımın yapıldığı ülke ile diplomatik ilişkisi bulunmayan üçüncü bir ülkenin vatandaşlığını haiz kişilere ait ise veya bu kişilerce kontrol edilmekte ise bu yatırımcı işbu Anlaşmadan faydalanamaz.*”

⁵ Simon Foote QC, *The Bona Fide Investor: Corporate Nationality and Treaty Shopping in Investment Treaty Law*, PhD Thesis, Victoria University of Wellington, Faculty of Law, 2020, s. 7.

⁶ McLachlan/ Shore/ Weiniger, s. 157.

⁷ Kontrol esasının yatırım tahkimi açısından sınırlı bir uygulamaya sahip olması, tâbiyet planlaması kapsamında ise tatbikinin olmaması nedeniyle, bu esas inceleme kapsamı dışında tutulmuştur. Yine de incelemede tâbiyet konusunun anlaşılması bakımından yeri geldiğinde bu amaca matuf olarak kontrol esasına da temas edilmiştir.

Uygulamada ise şirketlerin tâbiyetinin tayini açısından hakemlerce yapılan araştırma çoğunlukla biçimsel bir incelemenin ötesine geçmemekte, şirketin kurulduğu veya merkez yerinin bulunduğu ülke ile gerçek bağının (*genuine link*) olup olmadığı üzerinde durulmamaktadır. Yatırımcı tâbiyetinin biçimsel olarak ele alınması yatırım tahkimine başvurma hakkı başta olmak üzere, uluslararası yatırım anlaşmalarının tanımış olduğu olanaklardan yararlanacak yatırımcı şirketlerin tespiti konusunda uygulayıcılara kesinlik ve öngörülebilirlik sağlamaktadır. Bununla birlikte şirket tâbiyetinin bu şekilde ele alınması; ev sahibi veya üçüncü bir devlet tâbiyetinde bulunmaları nedeniyle uluslararası yatırım anlaşmasının sağlamış olduğu imkânlardan yararlanamayan ticaret şirketlerinin, yatırımın başlangıcında veya sonrasında yatırım sayılan varlıklarını diğer âkit taraf ülkesinde var olan veya yeni kurulan kabuk veya tabela şirket (*shell company*) altında yapılandırmak/yeniden yapılandırmak suretiyle anlaşma kapsamına girmesine olanak sağlamaktadır⁸. Uygun tâbiyet (*nationality of convenience*) veya tâbiyet planlaması (*nationality planning*) olarak anılan bu uygulamaya özellikle yatırım tahkimine başvurma hakkına kavuşmak amacıyla girilmektedir⁹. Şirketlerin vergisel avantajlar ve yatırım anlaşmalarının sağladığı hak ve imkânlardan yararlanmak gibi çeşitli nedenlerle tâbiyetlerini değiştirmeleri veya yatırımlarını yapılandırmaları kural olarak meşrudur¹⁰. Ancak tâbiyet planlamasının amacı ve gerçekleştirilme zamanı başta olmak üzere kullanılma şekli bazı durumlarda suistimalleri beraberinde getirmektedir. Bu manada tâbiyet planlaması anlaşma ile sağlanan kolaylıkları elde etmeyi amaçlayan anlaşma seçme (*treaty shopping*) ayarlamasına dönüşebilmektedir¹¹.

Son 20 yılda şirketler tarafından tâbiyet planlamasına dayalı olarak yatırım tahkimine sıklıkla başvurulması, uygulamaya karşı bir tepkiyi de beraberinde getirmiştir. Bu tepki iki şekilde ortaya çıkmıştır. İlk olarak yatırım tahkimi davalarında ev sahibi devletlerin itirazları üzerine bazı hakem heyetleri tâbiyet planlamasının amacı ve/veya gerçekleştirilme zamanını dikkate alarak bu uygulamayı hakkın kötüye kullanılması yasağı içerisinde değerlendirmiştir. İkinci olarak ise devletler son dönemde yapmış oldukları ikili ve çok taraflı

⁸ Janig, s. 311.

⁹ Foote, s. 8.

¹⁰ Schreuer, s. 19.

¹¹ Manuel Casas, “Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and Access to Investor-State Dispute Settlement”, 2016, 49(1), New York University Journal of International Law and Politics, s. 67.

yatırım anlaşmalarına tâbiyet planlamasına karşı hükümler koymuşlardır. Bu bağlamda devletler, bazı anlaşmalarda yatırımcı tanımını daraltırken, diğer bazı anlaşmalarda yatırımcı tanımının daraltılmasına ilave olarak veya bundan bağımsız olarak faydaların reddi (*denial of benefits*) hükümlerine yer vermektedir. Bununla birlikte gerek hakkın kötüye kullanılması yasağının hakemlerce yeknesak bir şekilde uygulanmaması, gerek yatırımcı tanımı ve faydaların reddi hükümlerinin hakem kararlarında tam bir tutarlılık içerisinde ele alınmaması tâbiyet planlamasını uluslararası yatırım hukukunun önemli bir sorunu haline getirmiştir.

Bu çalışma tâbiyet planlamasının uluslararası yatırım hukuku bakımından doğurduğu sonuçları incelemeyi amaçlamaktadır. İnceleme dört bölüme ayrılacaktır. İlk bölümde tâbiyetin esas itibarıyla şirket ile bir devlet arasındaki hukuki bağı ifade etmesi nedeniyle; ulusal hukuk düzenlerinde ticaret şirketleri ile devlet arasındaki bağ nasıl kurulduğu, bunun için hangi esasların kullanıldığı konusu üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde uluslararası hukuk ve özellikle uluslararası yatırım anlaşmalarında ticaret şirketlerinin tâbiyetinin ele alınış biçimi açıklanacaktır. Üçüncü bölüm tâbiyet planlaması kavramı ile bu kavram ekseninde şirket tâbiyetinin hakem kararlarında ele alınış biçimine ayrılacaktır. Dördüncü bölümde ise tâbiyet planlamasına karşı içtihat ve uluslararası yatırım anlaşmaları yoluyla geliştirilen tepkiler incelenecektir. Sonuç bölümünde ise tâbiyet planlamasına karşı kullanılacak en doğru yöntem konusunda kanaatimiz açıklanacaktır.

I. ULUSAL HUKUK DÜZENLERİNDE TİCARET ŞİRKETLERİNİN TÂBİİYETİNİN TAYİNİ İÇİN KULLANILAN ESASLAR

Tâbiyet en genel anlamı ile kişi ve şeyleri devlete bağlayan hukuki ve siyasi bağıdır¹². Tanımda yer verilen kişi kavramı gerçek ve tüzel kişileri, şeyler ise hava ve gemi araçlarını kapsamaktadır¹³. Pek çok ülkede gerçek kişilerin tâbiyeti vatandaşlık kanunları ile düzenlenmekle birlikte, tüzel kişi ve şeylerin tâbiyeti konusunu düzenleyen milli hukuk düzenlemelerine genellikle rastlanılmamaktadır¹⁴. Bu nedenle geçmişte tüzel kişi ve şeylerin

¹² Tuğrul Arat, Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Sevinç Matbaası, 1970, s.1; Osman Fazıl Berki, Devletler Hususi Hukuku, Cilt I, Yedinci Baskı; Güzel Sanatlar Matbaası, 1970, s. 15.

¹³ Berki, s. 15.

¹⁴ James Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, Ninth Edition, Oxford Publishing, 2019, s. 513.

tâbiyetinin olup olmayacağı doktrinde tartışmalı bir konu olmuştur¹⁵. Günümüzde ise yabancı şirketlerin yurt içinde sahip olacağı haklar ve tâbi olacağı yükümlülükler gibi ulusal meseleler ile diplomatik koruma gibi uluslararası hukuktan doğan pratik gereksinimler nedeniyle başta ticaret şirketleri olmak üzere tüzel kişi ve şeylerin tâbiyetinin olduğu baskın görüş olarak kabul edilmektedir¹⁶. Niteliği gereği, tüzel kişi ve şeylerin devlet ile olan bağı, gerçek kişilere kıyasla farklı bir anlamı ifade etmektedir. Gerçek kişilere mahsus duygusal bağlılık ve sadakat ilişkisi, tüzel kişi ve şeyler bakımından aranmamakta, tüzel kişi ve şeylerin tâbiyeti hukuki bir statü olarak tecelli etmektedir¹⁷. Esasen gerçek kişilerin devlet ile olan hukuki ve siyasi bağına ifade etmek için vatandaşlık kavramı, gerçek kişilere ilave olarak tüzel kişi ve şeylerin devlet ile olan bağına tanımlamak için bir üst kavram olan tâbiyet kavramı kullanılmaktadır¹⁸. Kanaatimizce de tüzel kişilerin devlet ile olan bağına ifade etmek için vatandaşlık ifadesi yerine üst kavram olan tâbiyet ifadesinin kullanılması daha doğrudur. Ticaret şirketlerinin tâbiyetine dair bu incelemede de tâbiyet kavramı tercih edilecektir.

Şirketlerin tâbiyetinin tayini konusunda doktrinde kurucuların vatandaşlığı, sermayenin bulunduğu yer, kuruluş yeri, merkez yeri ve kontrol sistemi gibi esaslardan yararlanılabileceği veyahut şirket tâbiyetinin somut olayın şartları çerçevesinde hâkim tarafından tayin edilebileceği (eklektik sistem) öne sürülmüştür¹⁹. Hiç şüphesiz, söz konusu esaslardan hangisi veya hangileri kullanılarak şirketlerin tâbiyetinin belirleneceği konusunda devletlerin mahfuz yetkileri bulunmaktadır²⁰. Bununla birlikte uygulamada şirketlerin tâbiyetinin tayini açısından ekseriyetle kuruluş ve merkez

¹⁵ Gülören Tekinalp, Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, Fakülteler Mahallesi, 1973, s. 554; Erdoğan Göger, Türk Tâbiyet Hukuku, Dördüncü Bası, Sevinç Matbaası 1979, s. 203 ve 208; Jean-Paulin Niboyet, “Şirketlerin Hakikaten Bir Tâbiyeti Mevcut Mudur?”, (Çev: Hicri Fişek), 1952, 9 (3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s. 97-113.

¹⁶ Engin Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, 27. Baskı, Filiz Kitapevi, 2020, s. 45; Gülin Güngör, Tâbiyet Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınları, 2020, s. 245-246; Tekinalp, s. 553; Musa Aygül, Uluslararası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayınları, 2007, s. 20; Rona Aybay/Nimet Özbek / Gizem Ersen Perçin, Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitapevi, 2019, s. 281; Vahit Doğan, Türk Vatandaşlık Hukuku, 16 (Tıpkı) Baskı, Savaş Yayınevi, 2020, s. 218-219.

¹⁷ Doğan, s. 218.

¹⁸ Berki, s. 15-16; Doğan, s. 5; Güngör, s. 1;

¹⁹ Arat, s. 64; Güngör, s. 247.

²⁰ Berki, s. 129; Güngör, s. 247.

yeri esasları dikkate alınmakta, istisnai durumlarda ise kontrol sistemine başvurulmaktadır²¹. Kuruluş yeri ve merkez yeri esasları aşağıda daha detaylı olarak ele alınacak olmakla birlikte, konunun tekemmülü açısından diğer esaslara da özet olarak değinilmesinde fayda görülmektedir.

Kurucuların vatandaşlığının esas alınmasını savunan görüş, şirketlerin tâbiyetinin tespitinde şirketin kurucuları olan gerçek kişilerin vatandaşlığının ölçüt olması gerektiğini ileri sürmüştür. Şirketlerin tâbiyetini kurucuları olan gerçek kişilerin vatandaşlığına bağlayan bu görüş, gerçekte şirketlerin tâbiyetini reddetmektedir. Diğer bir anlatımla, şirket tâbiyetini kurucuları olan gerçek kişilerin tâbiyetinden ayrı mütalaa etmeyen bu görüş, örtülü olarak şirketlerin bağımsız bir tâbiyetinin olmayacağını savunmaktadır. Öte yandan, kurucuların vatandaşlığının esas alınmasını savunan görüş birden fazla ülkenin vatandaşlarının bir araya gelerek kurdukları şirketlerin tâbiyetini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Şirketlerin tâbiyetini sermayenin bulunduğu yere bağlayan görüş ise tâbiyetin tespitinde sermayenin konulduğu ülkenin dikkate alınmasını önermektedir. Sermayenin bulunduğu yer görüşü, günümüzde sıklıkla karşılaşıldığı üzere hisseleri birden fazla ülkede dolaşımda olan şirketlerin tâbiyetini belirlemede eksik kalmaktadır. Kontrol esası görüşü ise özellikle I. ve II. Dünya Savaşları sırasında tüzel kişilik perdesinin²² kaldırılarak düşman devlet veya düşman devlet vatandaşları tarafından kontrol edilen şirketlerin ekonomik faaliyetlerinin önlenmesi ve bu şirketlere yaptırım uygulanması amacıyla ortaya atılmıştır²³. Bu bağlamda kontrol esası temelde

²¹ Aygül, s. 21; Arat, s. 64-67; Doğan, s. 219-220; Güngör, s. 247. Söz konusu esaslara getirilen eleştiriler konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Arat, s. 64-67.

²² Tüzel kişiler, kendilerini oluşturan kişi veya mal topluluklarından ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahiptir. Bu bağlamda tüzel kişilerin borç ve yükümlülüklerinden dolayı kural olarak tüzel kişiyi oluşturan kişi veya mal topluluklarının sorumluluğuna gidilemez. Ancak bazı durumlarda gerçek kişiler, kanun, sözleşme ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerden kurtulmak için tüzel kişiler bir araç olarak kullanılmaktadır. İşte bu durumun engellenmesi amacıyla bir yöntem olarak “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” teorisi geliştirilmiştir. Böylelikle perde kaldırılarak tüzel kişiyi oluşturan kişi veya mal topluluğuna erişim sağlanmakta ve kanun, sözleşme ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler bunlara uygulanabilir hale getirilmektedir. Milletlerarası özel hukukta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda geniş bilgi için bkz. Emre Esen, Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2012.

²³ Aygül, s. 29-30; Arghyrios Fatouros, “National Legal Persons In International Law” in Rudolf L. Bindschedler, Thomas Buergenthal, Karl Doehring, Jochen Abr. Frowein, Günther Jaenicke, Herbert Miehsler, Hermann Mosler, Fritz Münch, Daniel P. O’connell, Karl Josef Partsch, Pierre Pescatore, Henry G. Schermers, Ulrich Scheuner, Hans-Jürgen Schlochauer, Max Sørensen, Helmut Strebler (Eds.), Encyclopedia Of Disputes Installment, Elsevier, 1987, s. 300.

savaş dönemlerinin ortaya çıkarmış olduğu zaruret nedeniyle, ülke aleyhine faaliyet gösteren şirketlerin düşman karakterlerini ortaya çıkarmak için başvurulmuş bir sistem olmuştur. Söz konusu sistem savaş sonrası dönemde ise belli bir endüstride yabancı hâkimiyetini önlemek bakımından başta Fransa olmak üzere bazı ülkelerde sınırlı da olsa uygulama alanı bulmuştur²⁴. Diğer yandan bu esas, aşağıda inceleneceği üzere uluslararası yatırım anlaşmalarında da kendisine yer bulmuştur. Şirketlerin tabiiyetinin tayini açısından ortaya atılan eklektik sistem ise tabiiyetin tayini için ortaya atılan sistemler ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak şirketlerin tabiiyetinin hâkim tarafından tespit edilmesi gerektiğini ileri sürer. Eklektik sistem bu yönüyle tüm sistemlere getirilen eleştirileri bünyesinde toplar. Sistem ayrıca hangi hâkimin hangi olayda, hangi unsura, ne oranda önem atfedeceği konusunda belirsizlikler içermektedir. Bu durum eklektik sistemi şirketlerin tabiiyetinin belirlenmesi açısından güvensiz ve istikrarsız kılmaktadır²⁵.

Şirketlerin tabiiyetinin tespiti bakımından uygulamada başvurulmuş sistemler konusunda ise ilk olarak kuruluş yeri (*incorporation*) esasına değinilmelidir. Kuruluş yeri esasının şirketin kuruluş işlemlerinin gerçekleştirildiği ve şirketin tüzel kişilik kazandığı yerin aynı zamanda şirketin tabiiyetini de belirlemesi gerektiğini savunmaktadır²⁶. Bu esasın düşünsel temelini; şirketin hukuk dünyasında hayat bulması için belli bir hukuk düzeninin öngördüğü kurallara uygun olarak kurulması gerektiği görüşü oluşturmaktadır²⁷. Diğer bir anlatımla, şirket kişiliğini kuruluğu devletin hukukundan almaktadır²⁸. Kuruluş yeri esasının kurucuların iradesine önem vermesi yanında açık ve basit olması nedeniyle doktrinde destek bulmuştur²⁹. Buna mukabil sistem, fazlaca şekilci (biçimsel) olması, şirketin esas faaliyetlerine uzak bir ülkede vergisel avantajlar, minimum sermaye şartı ve belli bir anlaşmanın sağlamış olduğu haklardan yararlanma gibi sırf belli menfaatlerin temini için kurulmasına imkân tanınması nedeniyle de eleştirilmektedir³⁰. Daha açık bir ifade ile kuruluş yeri esasının şirketin gerçek bağının (*genuine link*) bulunmadığı bir devletin

²⁴ Arat, s. 95-96.

²⁵ Arat, s. 92.

²⁶ Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, 2011, 22(2), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 414; Güngör, s. 247.

²⁷ Arat, s. 71.

²⁸ Arat, s. 68; Tekinalp, s.559.

²⁹ Arat, s. 68; Doğan s, 220; Moroğlu, s. 416.

³⁰ Aygül, s. 22; Arat, s. 73-74; Doğan, s. 220.

tâbiyetini kazanmasına olanak sağlamaktadır. Tüm eleştirilere rağmen kuruluş yeri sistemi günümüzde Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kullanılmaktadır³¹. Bu bağlamda tarihsel süreç içerisinde ABD ve İngiltere'ye ilave olarak Arjantin, Japonya ve Mısır gibi ülkeler kuruluş yeri sistemi çerçevesinde şirket tâbiyetini tayin etmişlerdir³². Öte yandan Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer almakla birlikte Hollanda ve İsviçre gibi ülkeler zaman içerisinde idare merkezi esasından kuruluş yeri sistemine geçmişlerdir.

Uygulamada şirketlerin tâbiyetini tayin açısından kullanılan ikinci sistem merkez yeri (*seat*) esasıdır. Merkez yeri esasına göre şirketin tâbiyet kazanması için şirketin hem ilgili devletin kanunlarına uygun olarak kurulması, diğer bir anlatımla tüzel kişilik kazanması, hem de şirket merkezinin aynı devlette olması gereklidir³³. Merkez yerinin tespitinin kolay olması yanında devamlılık arz etmesi nedeniyle, şirket tâbiyetinin tayinini kolaylaştıracağı öne sürülmüştür³⁴. Bununla birlikte merkez yeri konusunda doktrin ve içtihat farklı görüşlerin ortaya çıkması merkez yeri tayininin sanıldığı kadar kolay olmadığını ortaya çıkarmıştır. Nitekim şirketler bakımından idare merkezi ve işletme merkezi şeklinde iki merkezden söz edilebilir. Bunlardan idare merkezi şirketin idare edildiği, organlarının toplandığı, şirketin faaliyetlerine ilişkin sözleşmelerin yapıldığı ve kararlarının alındığı yeri ifade eder³⁵. İşletme merkezi ise şirketin işletme veya işletmelerinin bulunduğu yer veya yerleri belirtmek için kullanılır. Geçmişte şirketlerin tâbiyetinin tayini açısından işletme merkezinin esas alınması gerektiği ileri sürülmüş olsa da bir şirketin birden fazla işletme merkezinin olabilmesi ve dolayısıyla birden fazla tâbiyetin ortaya çıkaracağı sakıncalar nedeniyle günümüzde şirketin merkez yeri olarak idare merkezinin alınması gerektiği konusunda fikir birliğinin olduğu ifade edilebilir³⁶. Şirketin idare merkezi konusunda da şirket ana statüsünde (esas sözleşmesinde) gösterilen merkez (*statutory seat*) ve fiili idare merkezi (*real seat, siege social reel*) şeklinde ikili bir ayrıma gidilebilir. Kural olarak şirket ana statüsünde gösterilen merkez, fiili idare merkezine karine teşkil eder. Ancak şirket fiilen ana statüde gösterilen, yani tescil edildiği ülkeden başka bir ülkeden de yönetilebilir. Şirketin fiilen idare edildiği merkezin, ana statüde

³¹ Arat, s. 67-68; Doğan s. 220.

³² Berki, s. 130.

³³ Aygül, s. 24-25; Arat, s. 78.

³⁴ Arat, s. 79.

³⁵ Güngör, s. 248.

³⁶ Arat, s. 80; Doğan, s. 221; Güngör, s. 248.

idare merkezi olarak gösterilen ülkeden farklı bir ülkede olması durumunda ise, şirketin tâbiyeti açısından fiili idare merkezinin bulunduğu ülkenin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir³⁷. Merkez yeri sistemi daha çok Kıta-Avrupası hukuk sistemleri tarafından benimsenmiştir. Nitekim Fransız ve Alman mahkemelerin oldukça eski içtihatlarında şirketlerin tâbiyetini merkez yeri esasına uygun olarak tespit ettikleri görülmektedir³⁸. Bu ülkelere ilave olarak Avusturya, Belçika, İtalya ve Yunanistan gibi Kıta-Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkeler geleneksel olarak şirketlerin tâbiyeti konusunda idare merkezini esas almışlardır³⁹.

Türk hukukunda ise tüzel kişilerin tâbiyetini konu edinen genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile çeşitli özel kanunlardan hareketle Türk hukukunda ticaret şirketlerinin

³⁷ Aygül, s. 26; Doğan, s. 221; Tekinalp, s. 560.

³⁸ Söz konusu karar örnekleri için bkz. Arat, s. 78, dipnot 56.

³⁹ Berki, s. 130; Öte yandan belirtmek gerekir ki; Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) 1999 yılında karara bağladığı *Centros* davası ile müteakip yıllarda ele aldığı *Überseering* ve *Inspire Art* davalarında vermiş olduğu kararlar şirketlerin tâbiyetinin tayininde esas alınacak sistem konusunda Kıta-Avrupası hukuku üzerinde önemli etkiler doğurmuştur. Söz konusu kararlar esas itibarıyla yerleşme serbestisi, şirketlerin tanınması ve şirket statüsüne ilişkindir. Ancak şirketlerin tanınması ve statüsü ile şirketlerin tâbiyetlerinin tayini açısından aynı esasların (kuruluş yeri ve merkez yeri esasları) kullanılması, kararların şirketlerin tâbiyetinin tayini açısından sonuç doğurmasına neden olmuştur. ABAD bahse konu kararlar ile AB'ye üye ülkelerde kurulmuş olan şirketlerin yerleşme serbestisi kapsamında esas faaliyetlerini başka bir AB üyesi ülkede yürütebileceğine karar vermiştir. Başka bir anlatımla, ABAD anılan kararlar ile AB üyesi bir ülkede kurulmuş olan bir şirketin tabi olduğu hukuku değiştirmeden idare merkezini ve faaliyetlerini başka bir AB üyesi ülkeye taşıyabilmesinin önünü açmıştır. Bu durum şirket kurumu ve şirket statüsünün belirlenmesi konusunda ABAD'ın kuruluş yeri esasına öncelik verdiğini göstermektedir. Bahse konu kararlar sonrasında ise şirket kurulumu ve faaliyetlerin devamı konusunda çeşitli avantajlar tanıyan ülkelere bir tür şirket göçü başlamıştır. Nitekim merkez yerleri Almanya, Fransa, Hollanda ve Norveç olmakla birlikte, yeni kurulan şirketler kuruluş yeri olarak o dönem AB üyesi olan Birleşik Krallık'ı tercih etmişlerdir (Bu durumu gösteren ampirik bir çalışma için bkz. Marco Becht/ Colin Mayer/ Hannes F. Wagner Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry, European Corporate Governance Institute, Working Paper 70/2006, 2007). Şirket göçünün önlenmesi ve yeni şirket kurulumu konusunda rekabetçiliğinin sağlanması amaçları çerçevesinde İrlanda ve Belçika'nın yanı sıra 2008 yılına kadar merkez yeri esasını istikrarlı bir şekilde uygulayan Almanya'da dahi limited (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung "GmbH"*) ve anonim (*Aktiengesellschaft "AG"*) şirketlerin tâbiyeti bakımından kuruluş yerini benimseyen bir takım değişikliklerin (*Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen "MoMiG"*) yapılması zorunluluğu doğmuştur. (Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. Marie Louise Seelig/ Anke Sessler/ Hartmut Paulsen, Impact of MoMiG on "Sitztheorie"/"Gründungstheorie" – Consequences for German BITs, in The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, Institute of Economic Law (Transnational Economic Law Research Center), 2011, s. 25-36).

tâbiyeti bakımından benimsenen sistem konusunda bir sonuca varmak mümkündür. Bu bağlamda Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nda “*yerli ve yabancı şirket*” ifadesine yer verilmiştir⁴⁰. Türk şirketlerini tanımlamak bakımından Maden Kanunu ile Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Kaynaklar Kanunu'nda “*Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş*”⁴¹, Sigortacılık Kanunu'nda “*Türkiye’de kurulmuş*”⁴², Bankacılık Kanunu'nda ise “*Türkiye’de kurulu*”⁴³ ifadeleri kullanılmıştır. Özel kanunlarda geçen bu ifadeler kanun koyucunun bahse konu kanunlara konu iş ve işlemler açısından tâbiyet fikrinden hareket ettiğini göstermektedir. Bununla birlikte söz konusu hükümlerin lafızlarına bakıldığında kanun koyucunun Türk tâbiyetinde bulunan şirketleri tayin açısından kuruluş yeri esasını benimsendiği izlenimi doğabilir. Oysa, TTK hükümleri yakından incelendiğinde Türk hukukunda ticaret şirketlerinin tâbiyeti bakımından kabul edilen sistemin gerçekte merkez yeri esası olduğu anlaşılmaktadır⁴⁴. Bu konuda öncelikle TTK m.232, 355 ve 588’de uyarınca ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanmaları için bunların tescil edilmelerinin şart koşulduğu vurgulanmalıdır. Diğer bir deyişle tescil şirketin kuruluşu, dolayısıyla da tâbiyet kazanmasının ön koşuludur. Ancak Türk hukukunda şirketlerin tâbiyetini tayin bakımından tescil yanında tescilin yapıldığı yerinde dikkate alınması icap eder. Tescilin nereye yapılacağı konusunda ise TTK m.213, 339 ve 576 hükümleri merkez yerinin şirket sözleşmesi/ şirket esas sözleşmesine yazılmasını, TTK m.215, 354 ve 587 ise sözleşmenin şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescilinin yapılmasını öngörmektedir⁴⁵. Yukarıda açıklandığı üzere, merkez konusunda şirketin fiili/gerçek idare merkezinin esas alınması gereklidir⁴⁶. Daha açık bir ifade

⁴⁰ Doğal Gaz Piyasası Kanunu ((Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun) (RG: 5.02.1985 - 18785), m. 4.

⁴¹ Maden Kanunu (RG: 15.06.1985 - 18785), m. 6; Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Kaynaklar Kanunu (RG: 13.6./2007 - 26551), m.4.

⁴² Sigortacılık Kanunu (RG: 14.6.2007 - 26552), m. 2.

⁴³ Bankacılık Kanunu (RG: 1.11.2005 - 25983 (Mük.)), m. 2.

⁴⁴ Arat, s. 106-107; Doğan, s. 223; Güngör, s. 257; Kırca İ./ Şehirli Çelik F./ Manavgat Ç., Anonim Şirketler Hukuku, C.1, 2013, s. 80.

⁴⁵ Güngör, s. 257

⁴⁶ Yukarıda yer verilen açıklamalara ilave olarak merkezin ticaret şirketlerinin tabiiyetini tayin bakımından kilit bir role haiz olduğunu TTK'nın diğer hükümlerinden de çıkarmak mümkündür. Nitekim anonim şirketlere ilişkin TTK m.421/2(b) hükmü şirket merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararların oybirliği ile alınmasını öngörmektedir. Yine TTK'nın çeşitli hükümlerinde genel kurulun toplantıya çağırılması, borca batık şirketin iflasını talep etme ve denetim gibi şirketi ilgilendiren önemli hususlar hakkında şirket

ile ancak filli idare merkezi Türkiye’de olan şirketler ticaret siciline tescil edilebilecektir. TTK m.32/2 gereğince bu husus sicil müdürü tarafından re’sen nazara alınacak ve yurt dışında merkez tesis etmekle birlikte Türkiye’de farazi (*fiktif*) bir merkez tesis edilerek yapılacak başvurular sicil müdürünce reddedilecektir⁴⁷. Hülasa bir şirketin Türk hukuku bakımından Türk şirketi olarak kabul edilmesi için şirket merkezinin Türkiye’de tesis edilmesi ve bu merkezin bulunduğu yer siciline tescil edilmesi gerekmektedir⁴⁸.

II. ULUSLARARASI HUKUK ve ÖZELLİKLE ULUSLARARASI YATIRIM ANLAŞMALARINDA TİCARET ŞİRKETLERİNİN TÂBİİYETİNİN ELE ALINIŞ BİÇİMİ

Uluslararası hukuk gerçek kişiler gibi tüzel kişiler bakımından da tâbiyet bağının nasıl kurulacağını ilke olarak ulusal hukuk düzenlerine bırakmıştır⁴⁹. Bu manada şirketler de dâhil olmak üzere tüzel kişiler ile devlet arasındaki tâbiyet bağının nasıl kurulacağı ulusal hukuka ait bir konudur ve kural olarak ulusal hukuk düzenleri tarafından tayin edilen tâbiyet bağı uluslararası hukuk tarafından tanınır⁵⁰. Buna mukabil, ulusal hukuk tarafından kurulan tâbiyet bağına dayalı olarak uluslararası hukukun tüzel kişilere sağladığı korumadan yararlanmanın koşullarını belirlemek uluslararası hukuka ait bir meseledir⁵¹. Genel uluslararası hukuk bakımından bu mesele devletler tarafından şirketlere sağlanan diplomatik koruma konusu ile yakından ilgilidir. Zira yirminci yüzyılın ikinci yarısına kadar, gerçek kişiler ve şirketler de dâhil tüzel kişilere verilen zararı içeren her türlü uluslararası anlaşmazlığın

merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurulmasının öngörülmesi de; merkez yerinin önemini bir kez daha ortaya koymaktadır. Şirket açısından hayati önemi haiz söz meseleler hakkında gerçek/fili idare merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin karar alması için niteliği gereğidir.

⁴⁷ Arat, s. 107-108; aynı yönde görüş için bkz. Aygül, s. 35; Doğan, s. 223; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 80.

⁴⁸ Arat, s. 106-107; Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 80-81.

⁴⁹ Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (New Application: 1962) (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3, para 38; *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, Int’l Law Comm’n, U.N. Doc. A/61/10, 2006, s. 37; Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, (*French Zone*), Advisory Opinion, PCIJ Reports, Series B, No. 4, s. 24.

⁵⁰ Berk Demirkol, “Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları”, 2012, 28 (3), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 308.

⁵¹ Demirkol, s. 309.

çözümünün diplomatik koruma yoluyla sağlandığını hatırlamak gerekir⁵². Devletler tarafından tâbiyetinde bulunan kişiler adına uluslararası uyuşmazlık başlatmak da diplomatik korumanın kapsamına giren bir konu olarak kabul edilmektedir⁵³. Yirminci yüzyılın ikinci yarısından sonra uluslararası yatırım hukuku da dâhil olmak üzere pek çok alanda gerçek ve tüzel kişiler, uluslararası bir sÛje olarak tâbiyetinde oldukları devletten bağımsız olarak uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvuru imkânına kavuşmuş olsalar ve bu manada diplomatik korumanın önemi görece azalmış olsa da; etkisi tümüyle kaybolmamıştır⁵⁴. Bu nedenle öncelikle diplomatik koruma kapsamında devlet ile ticaret şirketleri arasındaki tâbiyet ilişkisi genel hatları ile ele alınmalıdır.

Devletler tarafından şirketlere sağlanacak diplomatik koruma konusunda genel uluslararası hukuk, şirket ile devlet arasındaki şekli tâbiyet ilişkisini yeterli saymaktadır. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından 2006 yılında oluşturulan Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Maddeler Çalışması m.9 şu şekildedir: “*Bir şirket üzerinde diplomatik korunma sağlanmasına ilişkin olarak, vatandaşlık devleti şirketin onun hukukuna göre kurulduğu devlet anlamına gelir. Fakat şirket diğer devlet veya devletlerin vatandaşları tarafından kontrol ediliyorsa ve kuruluş devletinde esaslı bir iş faaliyeti yoksa ve yönetim merkezi ve şirketin finansal kontrolünün her ikisi de bu diğer devlette yer alıyorsa, bu devlet vatandaşlık devleti olarak kabul edilir.*”⁵⁵ Söz konusu hüküm devletlerin ticaret şirketlerine sağladığı diplomatik koruma mevzusunda öncelikli olarak kuruluş yeri esasının kullanılacağını öngörmektedir⁵⁶. Bunun ötesinde kuruluş yeri devleti dışında

⁵² Anthony C. Sinclair, “*ICSID’s Nationality Requirements*”, 2008, 23(1), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, s. 58; Casas, s. 91.

⁵³ Casas, s. 91.

⁵⁴ Sinclair, s. 58; Yasin Söyler, “Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi”, 2015, 19(3), *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 212.

⁵⁵ Bu metin Gökhan Albayrak tarafından yapılan “Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler (*Draft Articles On Diplomatic Protection*)” çevirisinden aynen alınmıştır. Çevirinin tümü için bkz. Gökhan Albayrak, “Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler (*Draft Articles on Diplomatic Protection*)”, Yıl 4, 2019/2, *YBHD*, s. 501–507.

⁵⁶ UHK’nın Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Maddeler Çalışması m.9’un dayanağını büyük ölçüde Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) *Barcelona Traction* davasında verdiği karar oluşturur. Davaya konu olan olayda İspanya, Kanada kanunlarına göre kurulmuş, İspanya’da faaliyet gösteren ve hissedarlarının büyük bir kısmının Belçika vatandaşı olan *Barcelona Traction* şirketine el koymuştur. Bunun üzerine, Belçika devleti hissedarlar adına diplomatik koruma hakkını kullanarak konuyu UAD’ye taşımıştır. İspanya *Barcelona*

başka bir devletin diplomatik koruma sağlaması istisnai nitelikte ve belli şartlar dâhilinde mümkün olacaktır. Bu açıdan şirketin başka devlet vatandaşları tarafından kontrol edilmesi yeterli olmayacak, ilave olarak kuruluş devletinde esaslı bir iş faaliyetinin olmaması ve yönetim merkezi ile şirketin finansal kontrolünün her ikisinin de diğer devlette yer alması gerekecektir⁵⁷.

Genel uluslararası hukukun ötesinde devletlerin aralarında yapacakları anlaşmalarla şirketlerin tâbiyetinin belirlenmesi konusunda özel kural (*lex specialis*) ihdas edebilecekleri şüphesizdir⁵⁸. Uluslararası yatırım hukuku bu alanların başında gelmektedir. Uluslararası yatırım hukuku bağlamında şirketlerin tâbiyetinin tayini açısından evvela Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon'a (ICSID Konvansiyonu) bakmak yerinde olacaktır. Zira anılan Konvansiyon 1 Haziran 2021 tarihi itibarıyla 155 devletin taraf olduğu çok taraflı bir anlaşma niteliğindedir⁵⁹. Ayrıca uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının büyük kısmı Konvansiyon ile kurulan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi'ne (Merkez) bağlı olarak görev yapan

Traction şirketinin kuruluş yeri olan Kanada'nın tâbiyetinde olduğunu öne sürerek Belçika'nın yapmış olduğu başvuruya itiraz etmiştir. UAD ise kuruluş yeri ülkesi olarak diplomatik koruma hakkının Kanada'ya ait olduğuna karar vermiştir. Divan *Barcelona Traction* şirketinin Kanada tâbiyetinde bulunduğu göstermek bakımından; şirketin bu ülkede kurulmasına ilave olarak bir takım başka hususlara da vurgu yapmıştır. Divan bu bağlamda şirketin hesaplarının tutulduğu, toplantılarının yapıldığı ve vergi listelerinde bulunduğu yerin Kanada olduğuna ve bu irtibatların istikrarlı bir şekilde devam etmiş olmasına dikkat çekmiştir. Doktrinde bazı yazarlarca, bu vurgular nedeniyle Divan'ın tâbiyet açısından aslında tüzel kişi ile devlet arasına gerçek bağı (*genuine link*) arandığı ifade edilmiştir. Kanaatimizce Divan tüzel kişi tâbiyetinin tayininde esas itibarıyla kuruluş yeri esasını kullanmıştır. Divanın ilave olarak yaptığı vurgular ise, esas itibarıyla *Barcelona Traction*'ın Kanada tâbiyetinde olduğunu güçlendirmek için kullandığı ilave argümanlardır. Nitekim Divan'ın kendisi, Nottebohm davasına atıf yaparak gerçek bağı kriterinin şirketlerin tâbiyetinin tayini açısından kullanılmayacağını açıklamıştır. Bkz. *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (New Application: 1962) (Belg. v. Spain)*, Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3, para 70-71; Ayrıca *Barcelona Traction* davasının uluslararası hukuk bakımından doğurduğu sonuçları ele alan ayrıntılı bir çalışma için bkz. Söyler, s. 207-247.

⁵⁷ *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, s. 38.

⁵⁸ Casas, s. 90.

⁵⁹ ICSID Convention, <<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021; Türkiye ICSID Sözleşmesini 1988 yılında onaylayarak (RG: 6.12.1988 - 19830) iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir. ICSID tahkim mekanizmasını Türkiye açısından değerlendiren çalışmalar için bkz. Bilgin Tiryakioğlu, "Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki", 2007, 1(2), Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları, s. 169-184. Rifat Erten, "ICSID Tahkimi", 1998, 19(4), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 207-230.

hakemler eliyle çözümlenmektedir⁶⁰.

Merkezin kişi bakımından yargılama yetkisini (*personal jurisdiction*, *jurisdiction ratiõne personae*) belirleyen ICSID Konvansiyonu m. 25 (2) (b) uyarınca, anlaşmazlığa taraf devlet dışında bir âkit devletin tâbiyetinde bulunan tüzel kişiler ve tarafların anlaşması koşuluyla anlaşmazlığa taraf devlet tâbiyetinde olmakla birlikte yabancı kontrolü nedeniyle diğeri bir âkit devlet tâbiyetinde bulunan tüzel kişiler ICSID tahkimine başvurabileceklerdir⁶¹. Söz konusu hüküm iki kategori altında sınıflanabilecek yatırımcılar bakımından Merkez'in yargı yetkisine sahip olduğunu öngörmektedir. Bunlardan ilki anlaşmazlığa taraf devlet dışında bir âkit devletin tâbiyetinde olan yatırımcılardır. Bu bağlamda yatırımcının, yatırım tahkimine başvurması için anlaşmazlığa taraf devlet dışındaki başka bir âkit devlet tâbiyetinde olduğunu şeklen göstermesi yeterli olacaktır. İkinci kategoride yer alan yatırımcılar ise şekli olarak anlaşmazlık yaşayan devletin tâbiyetinde olmakla birlikte, yabancı kontrolü nedeniyle diğeri bir devlet tâbiyetindeymiş gibi muamele gören tüzel kişilerdir⁶². Örneğin X şirketi, A devletin kanunlarına uygun olarak kurulmuş ve şekli olarak A devletin tâbiyetinde gözükmele birlikte, B devletin tâbiyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin kontrolü altında olabilir. A devleti yabancı kontrolü nedeniyle X şirketinin B devletin tâbiyetindeymiş gibi muamele edeceğini (iç hukuk düzenlemesiyle veya uluslararası yatırım anlaşmasıyla) kabul etmiş ise, ICSID Konvansiyonu bakımından X şirketi A devleti aleyhine tahkim sürecini başlatabilecektir. Bu anlamda ikinci kategoride yer alan şirketlerin tâbiyetinin belirlenmesi, şekli değerlendirmenin ötesinde kontrolün var olup olmadığının tespitine yönelik esasa dair bir incelemeyi de gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte belirtmek

⁶⁰ Nitekim Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) verilerine göre 30 Haziran 2021 tarihi itibarıyla ortaya çıkan 1104 yatırımcı- ev sahibi devlet uyuşmazlığının 685'i ICSID'de görülmüştür. Konuyla ilgili olarak bkz. Investment Dispute Settlement Navigator, <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2021.

⁶¹ ICSID Konvansiyonu m. 25(2)(b) hükmünün İngilizce orijinal ifadesi şu şekildedir: “(2) *“National of another Contracting State” means: ... (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.*”

⁶² İlyas Gölcüklü, “ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, 2018, 38(2), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 298; Erten, s. 217; Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 59.

gerekir ki; Merkez'in m.25 (2)(b) kapsamında yabancı kontrolünde olan iç şirketler açısından da yargılama yetkisine sahip olması istisnai niteliktedir ve ancak bu istisnai koşullar altında kontrol testi uygulama alanı bulacaktır⁶³. Daha açık bir ifade ile Merkez'in yargı yetkisine sahip olduğu ilk kategoride yer alan yatırımcılar bakımından kontrol şartı aranmayacaktır⁶⁴. Merkez'in yargı yetkisi bakımından asıl olan ilk kategoride yer alan yatırımcılardır ve bu yatırımcıların anlaşmazlık tarafı olan devletin dışındaki bir âkit devletin tâbiyetinde olması yeterlidir.

Öte yandan, ICSID Konvansiyonu m.25 (2)(b) Merkez'in kişi bakımından yargı yetkisinin âkit devlet tâbiyetine bulunan tüzel kişiler bakımından geçerli olacağını belirtmekle birlikte, tüzel kişi tâbiyetinin nasıl tayin edileceğini açıklamamıştır⁶⁵. Esasen ICSID Konvansiyonu m.25 (2)(b) ICSID tahkimi açısından tüzel kişilerin tâbiyeti kavramının dış sınırını çizmektedir⁶⁶. Bu sınır ise ICSID Konvansiyonu m.25 (2)(b)'de yer verilen istisna (yabancı kontrolü altında bulunan iç şirketler) dışında, şekli bir sınırlama (anlaşmazlık tarafı devlet dışındaki âkit devlet tâbiyetinde olma) olarak kabul edilmiştir. Bu şekli sınır içerisinde⁶⁷ yatırım tahkimine başvurabilecek yatırımcılar ikili yatırım anlaşmaları ile tanımlanmaktadır⁶⁸. Bu halde ICSID tahkimine başvurabilmek için yatırımcının hem ICSID Konvansiyonu m.25 (2)(b)'de öngörülen koşulları hem de ikili yatırım anlaşmasında yer verilen yatırımcı tanımını karşılaması gerekir⁶⁹.

İkili yatırım anlaşmaları ise çoğu kez kuruluş yeri, merkez yeri ve kontrol

⁶³ Akıncı, s. 59; Casas, s. 83; *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, para 58.

⁶⁴ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para 46.

⁶⁵ Gölçüklü, s. 302; Sinclair, s. 64; *Tokios Tokelès v. Ukraine*, para 24.

⁶⁶ Sinclair, s. 87; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on the Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, para. 80.

⁶⁷ Burada bahse konu şekli sınırlama ICSID Konvansiyonu bakımından geçerli olup, devlet mahkemeleri veya başka tahkim merkezlerinin yargılama yetkisi bakımından uygulanabilir değildir.

⁶⁸ Sinclair, s. 64; Christoph H. Schreuer/ Loretta Malintoppi/ August Reinisch/ Anthony Sinclair, A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Second Edition, 2009, s. 286.

⁶⁹ Casas, s. 85-86; *KT Asia Investment Group BV v Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/09/8, IIC 615, Award, 2013, para 96; *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/12/35, Final Award, 2017, para 257.

esasları temelinde yatırımcıları tanımlamaktadır⁷⁰. İç hukuk düzenlemelerine paralel olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yer alan ülkelerin taraf oldukları anlaşmalarda daha çok kuruluş yeri esasına yer verildiği, Almanya, Fransa, İspanya ve İtalya gibi Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan ülkelerin taraf oldukları anlaşmalarda ise merkez yeri esasının kullanıldığı görülmektedir⁷¹. Bu bağlamda örneğin yatırım konularını da içine alan ve 1 Temmuz 2020 tarihinde yürürlüğe konulan Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Meksika ve Kanada Anlaşması'nda (USMCA) şirketleri de kapsayacak şekilde “teşebbüs” kavramı kuruluş yeri esası temelinde tanımlanmıştır⁷². Buna karşılık Almanya ile Libya arasında 2010 yılında yürürlüğe konulan yatırım anlaşmasında şirketleri de kapsayacak şekilde tüzel kişi kavramı, merkez yeri esası dikkate alınarak tanımlanmıştır⁷³.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bu esaslardan kuruluş yeri esası daha yaygın olarak kullanılmakta iken, merkez yeri esası daha az sayıda anlaşmada yer bulmaktadır. Kontrol esası ise çoğunlukla diğer iki esasa ilave olarak yatırım anlaşmasından yararlanacak yatırımcı tanımını genişletmek üzere istisnai olarak kullanılmaktadır⁷⁴. Yine belirtmek gerekir ki; uygulamada yatırım anlaşmalarının bir kısmı tek bir esası, bazıları bu esasları birbirine alternatif olarak, diğer bir kısmı ise üç esasın farklı kombinasyonlarını kullanmaktadır⁷⁵. Bu bağlamda örneğin Hollanda ve Çin Halk Cumhuriyeti (ÇHC) arasında akdedilen yatırım anlaşmasında; şirketlerin tâbiyeti konusunda âkit tarafların iç hukuklarına atıf yapıldığı ve şirketler de dahil olmak üzere anlaşma tarafı ülkelerin yasalarına göre kurulan ve merkezleri bu

⁷⁰ Fatouros, s. 300;

⁷¹ Markus Perkams, “The Definition of Nationality of Investors in. International Investment Agreement (IIAs) – Taking Stock of the. Criteria Used in Modern Investment Law” in The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, Institute of Economic Law (Transnational Economic Law Research Center), 2011, s. 14-15.

⁷² Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Article 1.5; <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/01-Initial-Provisions-and-General-Definitions.pdf>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2021.

⁷³ Agreement between the Federal Republic of Germany and the Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3126/download>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2021.

⁷⁴ UNCTAD, World Investment Report Investor Nationality: Policy Challenges, 2016, s. 173-174.

⁷⁵ Fatouros, s. 300; Perkams, s. 13.

ülkelerde olan tüzel kişilerin yatırımcı olarak tanımlandığı görülmektedir⁷⁶. Türkiye ile Fransa arasında akdedilen Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşması'nda ise merkez yeri esasına ilave olarak kontrol esasının uygulama alanı bulacağı benimsenmiştir. Nitekim Anlaşmanın tanımlar başlıklı birinci maddesinde “*bir Akit Tarafın ülkesinde bu Akit Tarafın mevzuatına uygun olarak kurulmuş bulunan ve yönetim merkezi veya etkin iktisadi faaliyetleri o Akit Tarafın ülkesinde bulunan şirketleri*”n yanı sıra “*Merkezi üçüncü bir ülkede bulunan ve bir Akit Taraf yatırımcıları tarafından doğrudan veya dolaylı olarak yönetilen bir şirket*”in de Anlaşma ile sağlanan korumadan yararlanacağı açıklanmıştır⁷⁷. Öte yandan; devletler imzaladıkları her anlaşmada aynı esası kullanmamaktadır. Diğer bir anlatımla bir devlet bir anlaşmada bir esası temel alırken, başka bir anlaşmada diğer bir esası veya bu esasların bir kombinasyonu kullanabilmektedir. Örneğin Türkiye ABD ile akdettiği yatırım anlaşmasında⁷⁸ kuruluş yeri esasını kullanmışken, İspanya ile yaptığı yatırım anlaşmasında⁷⁹ merkez yeri esasını benimsemiştir. Bu durum yalnızca Türkiye'ye özgü olmayıp Almanya ve İtalya gibi pek çok ülke bakımından da geçerlidir⁸⁰.

Ticaret şirketlerinin tâbiyetinin tayini açısından uygulamaya bakıldığında ise, hakem kararlarında bu konunun daha çok tâbiyet planlaması uygulaması etrafında tartışıldığı görülmektedir. Bu tartışma özellikle, ev sahibi devlet (*host state*) veya üçüncü bir devletin tâbiyetinde olan gerçek veya tüzel kişilerin, ev sahibi devletin uluslararası yatırım anlaşması imzaladığı bir devlette kurdukları şirketler yoluyla, yine ev sahibi devlete karşı başlattıkları tahkim davalarında gündeme gelmiştir. Bu bakımdan şirket tâbiyetinin hakem kararlarında ele alınışı aşağıda tâbiyet planlaması kavramı ekseninde ele alınacaktır.

III. TÂBİİYET PLANLAMASI VE YATIRIM TAHKİMİ

Uluslararası yatırım hukuku bakımından tâbiyet planlaması şirketlerin

⁷⁶ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of the Netherlands, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/763/download>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021.

⁷⁷ RG: 29.06.2009 - 27270.

⁷⁸ RG: 13.08.1989 - 20251.

⁷⁹ RG: 01.12.1997 - 23187.

⁸⁰ Perkams, s. 14.

yatırım başlangıcı veya sonrasında bir dönemde kendisi için elverişli bir yatırım iklimi ve/veya hukuki alt yapı sunan bir devletin tâbiyetini edinimidir. Örneğin Avrupa Birliği (AB) ülkeleri içerisinde bankacılık yapmak isteyen Japon yatırımcı ilk aşamada kendisine uygun yatırım iklimi sunan Hollanda'da bir şirket kurup, diğer ülkelerdeki yatırımlarını Hollanda tâbiyetinde bulunan bu şirket üzerinden gerçekleştirebilir. Keza ABD tâbiyetinde olan bir şirket, kurmuş olduğu bir yavru şirket yoluyla Venezuela'da yatırım yaptıktan bir süre sonra, Venezuela ABD ilişkilerinin gerildiği bir dönemde şirket hisselerini Kanada'da kurulu olan veya bu amaçla kurmuş olduğu bir şirkete devredebilir ve bu yolla yatırımcının tâbiyetini değiştirebilir.

Tâbiyet planlaması, uygun tâbiyet (*nationality of convenience*) olarak da adlandırılmaktadır. Uygun tâbiyet kavramı esas itibarıyla deniz hukukunda geliştirilen elverişli bayrak (*flag of convenience*) kavramından türetilmiştir⁸¹. Bu kavram; geminin (ve mürettebatının) gerçek bağına sahip olmadığı elverişli bir devletin bayrağını çekme hakkına kavuşmasını tanımlamak için kullanılmaktadır⁸². Bayrak devletin ise sicil kayıt parası gibi maddi birtakım menfaatler karşılığında gemi üzerindeki düzenleme ve denetim işlevini oldukça gevşek tuttuğu bilinmektedir⁸³. Bu durum gemi sahipleri ve gemi işleticileri açısından düşük vergi, düşük tescil harcı gibi mali menfaatlerin yanı sıra denetime tabi olmayacak şekilde düşük ücretle işçi çalıştırma gibi birtakım kolaylıklar sağlamaktadır⁸⁴.

Uygun bayrak uygulamasına benzer şekilde, şirketler tâbiyet planlaması yoluyla daha az vergi verme, minimum sermaye şartını daha kolay bir şekilde yerine getirme veya ilgili devletin imzalamış olduğu ikili yatırım anlaşmaları ile sağlanan güvenceden yararlanma gibi kendisine uygun imkânlar sunan devletin tâbiyetini edinebilir. Uluslararası yatırım hukuku bakımından diğer amaçlar da önemli olmakla birlikte tâbiyet planlamasının asıl gayesinin bir yatırım anlaşmasının şemsiyesi altına girmek olduğu ifade edilebilir. Özellikle ikili yatırım anlaşmaları yoluyla uluslararası yatırım tahkimine başvurma imkânını elde etmek tâbiyet planlamasının temel motivasyonunu

⁸¹ Casas, s. 65.

⁸² Sang Man Kim/ Jongho Kim, "Flags of Convenience in the Context of the OECD BEPS Package", 2018, 49(2),
Journal of Maritime Law & Commerce, s. 221-222; Adam Boczek, Flags Of Convenience: An International Legal Study, Harward University Press, 1962, s. 2.

⁸³ Boczek, s. 3; Kim/Kim; s. 222.

⁸⁴ Boczek, s. 3-5; Aybay/Özbek/ Ersen Perçin, s. 301.

oluşturmaktadır. Fiili olarak ise dünyanın farklı coğrafyalarında kurulmuş şirketlerin tâbiyet planlaması yoluyla, yatırımların korunması konusunda yüksek standartlara sahip pek çok anlaşmaya taraf olan Hollanda gibi ülkelerin tâbiyetine geçtikleri görülmektedir⁸⁵.

Tâbiyet planlaması ekseninde uygulamaya bakıldığında ise, hakemlerin çoğunlukla şekli tâbiyet şartlarını yerine getiren yatırımcılar tarafından başlatılan uyuşmazlıklarda yargı yetkilerinin olduğuna karar verdikleri görülmektedir⁸⁶. Diğer bir anlatımla yatırımcı şirketin ikili yatırım anlaşmasına taraf devlet kanunlarına uygun olarak kurulması yeterli sayılmakta, bunun ötesinde şirketin esaslı ekonomik faaliyetlerini o devlette yürütmesi, gerçek idare merkezinin o ülkede olması veya şirketin kurucuları olan gerçek kişilerinin vatandaşlığın kuruluş yeri devleti olması aranmamaktadır. Bu durum özellikle ikili yatırım anlaşmalarında kuruluş yeri esasının tek başına veya diğer esaslarla birlikte alternatif bir ölçüt olarak yer aldığı anlaşmalar bakımından geçerlidir. Yatırım anlaşmalarının büyük bir kısmının kuruluş yeri esasına yer vermesi karşısında, hakem kararlarının bu yönde oluşmasını doğal karşılamak gerekir. Nitekim, ICSID altında yürütülen *Champion Trading and Ameritrade v. Egypt* davasında hakem heyeti *Champion Trading ve Ameritrade* şirketlerinin sermayesinin tamamının ABD ve Mısır çifte vatandaşlığına sahip *Wahba* ailesi bireylerine ait olmasına rağmen, şirketlerin ABD’de kurulmuş olmasını ve ABD ile Mısır ikili yatırım anlaşmasında başkaca bir kısıtlayıcı hüküm olmamasını gözeterek, yargılama yetkisini haiz olduğuna karar vermiştir⁸⁷.

Yine ICSID kapsamında görülen *Tokios Tokelés v. Ukraine* davasında da hakem heyeti, yatırım tahkiminin dayanağını oluşturan Litvanya-Ukrayna ikili yatırım anlaşmasında, Litvanya açısından yatırımcının “*Litvanya Cumhuriyeti kanunlarında uygun olarak kurulmuş herhangi bir kuruluş*” şeklinde tanımlandığını, bunun ötesinde yatırımcı olarak kabul edilme açısından anlaşmada başkaca bir şartın bulunmadığını belirterek yargı yetkisini haiz olduğuna işaret etmiştir⁸⁸. Davada Ukrayna tarafından, davacı

⁸⁵ Muthucumaraswamy Sornarajah, Good Faith, Corporate Nationality, and Denial of Benefits, in Andrew D Mitchell/ M Sornarajah/ Tania Voon (eds), Good Faith and International Economic Law, Oxford University Press, 2015, s. 121-122; Schreurer, s. 18.

⁸⁶ Janig, s. 311.

⁸⁷ *Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/02/9), Decision on Jurisdiction, 21 October 2013, s. 18.

⁸⁸ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, para 28

şirket *Tokios Tokelés* hisselerinin % 99'unun Ukrayna vatandaşlarına ait olduğu, şirketin Litvanya'da esaslı bir ekonomik faaliyetinin bulunmadığı ve idare merkezinin (*siège social*) Ukrayna'da bulunduğu iddia edilmiş ve bu açıdan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talep edilmişse de; hakem heyeti (2/3 çoğunluk kararıyla) anlaşmada tarafların açık iradeleri ile yer verdikleri kuruluş esaslı karşısında bu iddiaların geçerli kabul edilmeyeceğine karar vermiştir⁸⁹. *Tokios Tokelés v. Ukraine* davasından sonra da kuruluş yeri esasına yer veren yatırım anlaşmalarına dayanılarak ICSID kapsamında başlatılan yatırım tahkimi davalarında şirket tâbiyeti konusunda istisnai bir karar⁹⁰ dışında hakem heyetleri benzer şekilde hüküm kurmuşlardır⁹¹. Bu kapsamda *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*⁹², *Gold Reserve v. Venezuela*⁹³, *Burimi v. Albania*⁹⁴ davalarında hakemler şirket tâbiyetlerine dayalı olarak yapılan yetki itirazlarını kuruluş yeri esasını uygulayarak reddetmişlerdir.

ICSID dışında yürütülen tahkim davalarında da yatırım tahkimine dayanak olan ikili yatırım anlaşmasında kuruluş yeri esasının benimsenmesi halinde, hakem heyetleri biçimsel incelemenin ötesine geçmemişlerdir. Bu kapsamda örneğin UNCITRAL tahkim kuralları altında cereyan eden *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* davasında hakem heyeti şirket tâbiyetini, Hollanda ve Çek Cumhuriyeti arasındaki ikili yatırım anlaşmasında yer verilen “*Hollanda kanunlarına uygun olarak kurulma*” ifadesini temel alarak tespit etmiştir⁹⁵. Davaya konu olan olayda bankacılık ve finansal hizmetler alanında pek çok ülkede kurmuş olduğu yavru şirketler (*subsidiary*) yoluyla faaliyet gösteren Japon *Nomura* Grubu, Birleşik Krallıkta *Nomura*

⁸⁹ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, para 28-71.

⁹⁰ *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22, Award, 3 April 2015; Bahse konu davada hakem heyeti 2/3 çoğunlukla Hollanda kanunlarına göre kurulmuş olan *Venoklim* şirketinin Venezuela tâbiyetinde olan şirketler tarafından kontrol edildiği gerekçesi ile Hollanda tâbiyetinde sayılmayacağına karar vermiştir. Öte yandan bahse konu hakem kararı İspanyolca olup söz konusu kararı inceleyen yazarlardan davanın içeriği hakkında bilgi edinilmiştir. Kararın bu yönüyle tetik eden bir çalışma için bkz. Foote, s. 53-55.

⁹¹ McLachlan/ Shore/ Weiniger, s. 194-196.

⁹² *KT Asia Investment Group BV v Kazakhstan*, para 111-139.

⁹³ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014, para 248-255,

⁹⁴ *Burimi SRL v Albania*, ICSID Case No ARB/11/18, IIC 593, Award, 29 May 2013, para 130.

⁹⁵ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, (UNCITRAL) PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, para 229.

Europe isimli bir şirket kurmuştur. *Nomura Europe* Çek Cumhuriyeti'ndeki bankacılık özelleştirmesi sırasında *IPB* bankası hisselerini satın almıştır. *Nomura Europe* daha sonra satın almış olduğu bu hisseleri yine *Nomura Grup* tarafından Hollanda'da kurulan *Saluka* şirketine devretmiştir. Çek Cumhuriyeti ile çıkan anlaşmazlık üzerine *Saluka* tarafından başlatılan tahkim davasında, Çek Cumhuriyeti uyuşmazlığın gerçek tarafının *Nomura* olduğunu öne sürerek yetki itirazında bulunmuştur⁹⁶. Hakem heyeti ise yatırım anlaşmasında yer verilen kuruluş esasından ayrılmasının ancak anlaşmada aksi yönde bir hükmün varlığı halinde mümkün olacağını, böylesi bir hükmün yokluğunda ise gerçek bağ (*genuie link*) gibi anlaşmada yer almayan bir tanımı anlaşmaya dâhil etme konusunda yetkili olmadığını beyan ederek *Saluka* şirketi açısından yargı yetkisini haiz olduğuna karar vermiştir⁹⁷. Aynı görüş Enerji Şartı Anlaşmasına dayalı olarak başlatılan *Hutley Enterprises Ltd v Russia* davasında tekrar edilmiştir⁹⁸.

Şirket tâbiyeti konusunda merkez yeri esasına yer veren yatırım anlaşmalarına dayanan tahkim davalarında ise, hakem kararları merkez yeri kavramı olarak ana statüde gösterilen yerin (*statutory seat*) mi yoksa fiili/gerçek idare merkezinin (*real seat, siege social reel*) mi esas alınacağı noktasında tutarlı değildir⁹⁹. Kanaatimizce bu durum yatırım anlaşmalarında herhangi bir nitelemede bulunmadan merkez yeri (*seat- İngilizce*), (*siege social- Fransızca*), (*Sitz- Almanca*) ve (*sede- İspanyolca*) ifadesinin kullanılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim aşağıda daha detaylı olarak ele alınacağı üzere, kuruluş ve merkez yeri ifadelerine ilave olarak, şirketin gerçek ekonomik faaliyetlerinin kaynak ülkede yer almasını öngören anlaşmalar bakımından şirket tâbiyetini belirleme konusunda hakem heyetleri bir sıkıntıyla karşılaşmamaktadır. Bu kapsamda örneğin, UNCITRAL tahkim kurallarına göre yürütülen *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, davasında hakem heyeti; İsviçre ve Slovak Cumhuriyeti arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında tüzel kişi yatırımcı tanımında geçen taraf ülke kanunlarına uygun olarak kurulma veya diğer şekilde teşekkül ettirilme (*constituted or otherwise duly organized under the law of that Contracting*

⁹⁶ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, para 199.

⁹⁷ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, para 227-229.

⁹⁸ *Hutley Enterprises Ltd v Russia* PCA Case No AA 226, IIC 415 UNCITRAL, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para 411-417.

⁹⁹ Yannick Radi, *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration (Law in Context)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 413.

party), merkez yerine sahip olma (*have their seat*) ve aynı taraf ülkede gerçek ekonomik faaliyetlere sahip olma (*together with real economic activities, in the territory of that same Contracting Party*) ifadelerinin tâbiyetin tayini bakımından ayrı şartlar olduğunu tespit etmiş ve bir ülke kanunlarına uygun olarak kurulma ifadesinin aynı zamanda merkez yerine sahip olma anlamına gelmediğine karar vermiştir¹⁰⁰. Hakem heyeti bu bağlamda bir şirketin merkezinden söz edebilmek için, ilgili ülkede yönetim kurulunun veya genel kurulun toplanması, belli sayıda çalışanın olması, telefon ve faks numaralarının bulunması veya üçüncü taraflarla sözleşmelerin burada yapılması gibi ilave birtakım öğelerin bulunması gerektiğine işaret etmiştir¹⁰¹. Hakem heyetinin merkez yerini, idare merkezi şekilde yorumlarken anlaşmada yer verilen “*aynı taraf ülkede gerçek ekonomik faaliyetlere sahip olma*” ifadesini dayanak olarak kabul ettiği konusunda şüphe yoktur.

Buna karşılık böyle bir dayanaktan yoksun olarak yalnızca merkez yeri (*seat, siege social, sede, sitz*) kavramının kullanıldığı anlaşmalar bakımından hakem heyetleri farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Nitekim ICSID kapsamında yürütülen *Tenaris and Talta v. Venezuela* davasında hakem heyeti *Tenaris* için Lüksemburg-Venezuela yatırım anlaşmasında geçen “*siège social*”, *Talta* için ise Portekiz-Venezuela yatırım anlaşmasında yer verilen “*sede*” ifadesinin, “tescil yeri” veya “statüde gösterilen yer” ifadelerinin ötesinde bir anlamı içerdiği sonucuna ulaşmıştır¹⁰². Hakem heyeti bahse konu ifadelerin belli ölçüde şirket ile kurulduğu ülke arasında gerçek bağlantıyı gerektirdiği sonucuna ulaşmış ve bu ifadelerin davaya konu anlaşmalar temelinde gerçek ve efektif yönetim yeri (*place of actual or effective management*) anlamına geldiğini belirtmiştir¹⁰³. Buna karşılık yine ICSID kapsamında yürütülen ve daha sonraki bir zamanda karara bağlanan *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. Algeria*, davasında hakem heyeti tam tersi bir sonuca ulaşmıştır. Davaya konu olan olayda Cezayir, *Orascom* şirketi Lüksemburg’da tescil edilmiş olsa da yatırım ve günlük işlemler de dahil olmak üzere şirkete ilişkin kararların Kahire’den alındığını, bu anlamda idare edildiği yerin Kahire olduğunu

¹⁰⁰ *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Award, 5 March 2011, para 216.

¹⁰¹ *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, para, 217.

¹⁰² *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, para 153.

¹⁰³ *Tenaris and Talta v. Venezuela*, para 153-154.

öne sürmüştür¹⁰⁴. Hakem heyeti ise sözlük anlamından yola çıkarak “*siège social*” ifadesini statüde gösterilen yer (*siège social statutaire*) veya tescil yeri (*registered office*) şeklinde yorumlamıştır¹⁰⁵. Hakem heyeti, ulaştığı bu sonuca dayanak olarak ikili yatırım anlaşması taraflarının kendi iç hukuklarına atıf yaparak “gerçek ekonomik faaliyet” veya “gerçek yönetim yeri” gibi bir durumu arzu etmiş olsalardı buna yönelik bir ifade kullanabileceklerini belirtmiştir¹⁰⁶. Hakem heyeti ayrıca ulaştığı bu sonuca dayanak olarak UAD’ın *Barcelona Traction* davasında yer verdiği ve UHK’nın Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Maddelerinde ifadesini bulan teamül hukukunu da gerekçe göstermiştir¹⁰⁷. Bu bağlamda, hakem heyeti “merkez yeri” kavramını “ana statüde gösterilen yer” veya “tescil yeri” şeklinde ele alarak şirketlerin tâbiyetinin tayini meselesi konusunda kuruluş yeri esasına yaklaşmıştır.

Kanaatimizce yatırım tahkimi davalarında şirket tâbiyetinin şekli olarak ele alınmasının iki önemli sebebi bulunmaktadır. İlk olarak, başta gelişme yolundaki ülkeler olmak üzere, devletler 1995 yılına kadar yaptıkları yatırım anlaşmalarında yatırımcı tanımına çok fazla önem atfetmemişlerdir¹⁰⁸. Bu dönem içerisinde uluslararası yatırım çekmek isteyen gelişme yolundaki devletler, gelişmiş ülkeler tarafından önlerine getirilen anlaşmaları içeriğine çok fazla vâkıf olmadan imzalamışlardır. Hatta yatırım anlaşmaları devlet başkanları veya yatırımlardan sorumlu bakanların üst düzey ziyaretleri sırasında imzalanan rutin anlaşmalar olmuştur. Yatırım anlaşmalarının ekseriyetinde ise yalnızca kuruluş esasının veya diğer esaslarla birlikte kuruluş esasına yer verilmesi tâbiyet planlamasını kolaylaştırmıştır. Merkez yeri esasının yer verildiği anlaşmalar bakımından ise bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin anlaşma içerisinde yer verilmemesi merkez yeri kavramının hakemler tarafından statüde gösterilen yer şeklinde ele alınmasına neden olmuştur. Şirket tâbiyetinin şekli olarak ele alınmasının diğer nedeninin ise hakemlerin yargı yetkisini belirleme konusundaki tutumlarından kaynaklandığı değerlendirilmektedir. Bu bağlamda hakemlerin yargı yetkilerini tespit ederken yatırımcı tanımını genişletici bir şekilde yorumlamaları tâbiyet planlamasını kolaylaştırmıştır.

¹⁰⁴ *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People’s Democratic Republic of Algeria*, para. 194-208

¹⁰⁵ *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. Algeria*, para. 282-298.

¹⁰⁶ *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. Algeria*, para. 279.

¹⁰⁷ *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. Algeria*, para. 290-296

¹⁰⁸ Foote, s. 24.

Öte yandan, hakem heyetlerinin kuruluş yeri esasının benimsendiği anlaşmalara dayalı olarak başlatılan uyuşmazlıklarda şirket tâbiyetini biçimsel olarak ele alması, merkez yeri esasına yer veren anlaşmalarda ise bu esası tescil yeri veya statüde gösterilen yer şeklinde yorumlaması kabuk veya paravan şirketlerin (*shell company*) yatırım anlaşmaları ile getirilen korumadan yararlanmalarının önünü açmıştır. Bu duruma tepki olarak bazı hakem kararları kabuk veya paravan şirketler tarafından başlatılan tahkim süreçlerini hakkın kötüye kullanılması (*abuse of rights*) veya sürecin kötüye kullanılması (*abuse of process*) olarak değerlendirmiştir¹⁰⁹. Ayrıca devletler de son dönemde imzaladıkları bazı yatırım anlaşmalarında “kuruluş yeri” ve “merkez yeri” esaslarına ilave olarak, yatırımcının, tâbiyetinde bulunduğu ülkede esaslı (*substantial*) veya gerçek (*real*) ekonomik faaliyetinin bulunması koşuluna yer vermektedir. Diğer bazı anlaşmalarda ise, tâbiyetinde olduğu ülkede gerçek ekonomik faaliyeti bulunmayan tüzel kişilerin anlaşma ile sağlanan faydalardan yararlandırılmayacağına (*denial of benefits*) yönelik hükümler konulmaktadır. Aşağıda bu konular üzerinde durulacaktır.

IV. TÂBİİYET PLANLAMASINA KARŞI GELİŞTİRİLEN TEPKİLER

A. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Normal olarak yatırım tahkimine başvurma imkânı olmayan gerçek veya tüzel kişilerin, ev sahibi devlet ile yatırım anlaşması bulunan bir ülkede kabuk veya tabela şirketler kurup, bu şirketler yoluyla yatırım tahkimine başvurmaları bazı hakemlerin itirazı ile karşılaşmıştır. Bunun en önemli örneği yukarıda içeriği açıklanan *Tokios Tokelés v. Ukraine* davasında yaşanmıştır. Anılan davada Ukrayna vatandaşları tarafından Litvanya’da kurulan ancak

¹⁰⁹ Hakkın kötüye kullanılması (*abuse of rights*) yasağı, bir kişinin bir hakkı, diğer kişilerin kendi haklarından yararlanmasını engelleyecek şekilde veya hakkın yaratıldığı amaçtan farklı bir amaçla diğer kişilerin zararına olarak kullanmasını ifade eder. Sürecin veya usulün kötüye kullanılması (*abuse of process*) ise usule ilişkin bir hakkın amacının ötesinde diğer tarafı zarara uğratmak amacıyla kullanılmasını ifade eder. Bu anlamda sürecin kötüye kullanılmasının hakkın kötüye kullanılmasının özel bir hali olduğu söylenebilir. Uluslararası yatırım hukuku bakımından bazı yazarlarca bu iki kavram birbiri yerine kullanılmakta olup, genellikle yatırımcının yatırım tahkimi sürecine amacının ötesinde başvurusunu belirtmek bakımından kullanılmaktadır. Bu çalışmada daha genel bir kavram hakkın kötüye kullanılması kavramı tercih edilecektir. Uluslararası yatırım hukuku bakımından bu kavramların kullanılışı ve birbirleri arasındaki farkları açıklayan bir çalışma için bkz. Tania Voon/ Andrew Mitchell/ James Munro, “Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration”, 2014, 5(1), *Journal of International Dispute Settlement*, s. 60-61.

gerçek faaliyetlerini Ukrayna’da yürüten *Tokios Tokelés* şirketinin Ukrayna aleyhine açtığı tahkim davasında, hakem heyeti çoğunluk kararı ile yargı yetkisini haiz olduğuna karar vermişse de; bu karara aynı zamanda hakem heyetinin başkanlığını yapan Prosper Weil tarafından güçlü bir muhalefet serhi düşülmüştür. Weil’e göre “*ICSID mekanizması ev sahibi devletin tâbiyetinde bulunan kişilerin, yabancı bir ülkede daha önceden veya sırf bu amaç için kurulmuş bir şirket üzerinden, yerel mahkemeler ve yerel hukuku atlayarak uyuşmazlığı uluslararası tahkime taşımalarına izin veren, hatta bunu teşvik eden bir mekanizma değildir. ICSID mekanizmasının yegâne amacı uluslararası yatırımları teşvik etmektir*¹¹⁰.” Weil uluslararası yatırımcı şirketten bahsedebilmek için şirketin kaynak ülke kanunlarına uygun olarak kurulması yanında bu şirkete ait yatırımın gerçek bir uluslararası yatırım olup olmadığının araştırılması gerektiğini öne sürmüştür¹¹¹. Diğer bir anlatımla Weil’e göre şirket kaynak devlette kurulmakla birlikte, şirketin dolayısıyla yatırımın gerçek anlamda başka bir devlet tâbiyetinde bulunan kişiler tarafından kontrol edilmesi durumda ICSID kapsamında yatırım tahkimine başvurma hakkı bulunan bir yatırımcıdan söz edilemeyecektir.

Bununla birlikte yukarıda ifade edildiği üzere yatırım anlaşmasında “gerçek ekonomik faaliyet” veya “gerçek yönetim yeri” gibi yatırımcı ile kaynak ülke arasında gerçek bağı arayan bir tanımlama yapılmadığı müddetçe Weil tarafından öne sürülen bu görüş uygulamada kabul görmemiştir¹¹². Bununla birlikte Weil’in görüşü içerisinde dile getirilen endişenin haklı bir gerçeklik payı içerdiği de kuşkusuzdur. Zira bu görüşün tümüyle reddedilmesi, ev sahibi devlette yatırımı bulunan ancak uluslararası yatırım tahkimine gitme hakkı bulunmayan şirketlerin, uyuşmazlığın çıkacağını hissettiklerinde veya uyuşmazlık çıktıktan sonra; yatırımlarını ev sahibi devletle yatırım anlaşması bulunan bir devlette halihazırda kurulu olan veya bu amaçla kurulacak bir şirket altında yapılandırarak, yatırım tahkimine başvurmalarının önünü açmaktadır. Teorik olarak bu durum yatırım uyuşmazlıkları bakımından ev sahibi devletin mahkemeleri ve hukukunun tümüyle atlanması (bypass) sonucunu doğurabilecektir¹¹³.

¹¹⁰ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil), 29 April 2014, para 30; Çeviri yazar tarafından yapılmıştır.

¹¹¹ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil), para 20.

¹¹² McLachlan/ Shore/ Weiniger, s. 194-196; Schreuer/ Malintoppi/ August Reinisch/ Anthony Sinclair Schreuer, Commentary, s. 290.

¹¹³ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil), para 23.

Son dönemde uygulamaya da yansıyan bu durum bazı hakem heyetlerince hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında ele alınmıştır¹¹⁴. Bazı hakem heyetleri tâbiiyet planlamasının amacını diğer bazıları ise tâbiiyet planlamasının amacı yanında zamanını dikkate alarak, tâbiiyet ediniminin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir¹¹⁵. Tâbiiyet ediniminin amacı yönünden hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği bir durum *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic* davasında yaşanmıştır¹¹⁶. Davaya konu olan olayda Çek Cumhuriyeti vatandaşı olan *Vladimir Beno* Çek Cumhuriyeti’nde kendisine karşı yürütülen soruşturmalar neticesinde İsrail’e yerleşmiş ve 2001 yılı Kasım ayında *Phoenix* şirketini kurmuştur. 2002 yılı Aralık ayında ise *Phoenix, Beno* ailesine ait olan ve Çek Cumhuriyeti’nde özel kişiler ve devletle davaları süren *Benet Praha* ve *Benet Group* şirketlerinin hisselerini nominal değer üzerinden satın almıştır. *Phoenix* Şubat 2004’te ise Çek Cumhuriyeti’ne karşı İsrail-Çek Cumhuriyeti yatırım anlaşmasına dayanarak ICSID tahkimini başlatmıştır. Çek Cumhuriyeti söz konusu davada yeki itirazında bulunarak *Phoenix*’in yatırım tahkimine başvurmak için kurulmuş sahte (*sham*) bir şirketten başka bir şey olmadığını iddia etmiştir¹¹⁷. Söz konusu davada hakem heyeti, İsrail kanunlarına uygun olarak kurulmuş olan *Phoenix*’in anlaşma kapsamında yatırımcı olduğunu belirlemiş, ancak somut vakıalar temelinde şirketin ekonomik faaliyette bulunmak amacıyla değil, yalnızca Çek Cumhuriyeti’ne karşı uluslararası dava açmak amacıyla bir “yatırım” yaptığını tespit etmiştir¹¹⁸. Hakem heyetine göre bu tür bir işlem, ICSID Konvansiyonu ile koruma altına alınan bir yatırım olmayıp, işlemin tek amacı önceden var olan bir iç anlaşmazlığı, ikili yatırım anlaşması kapsamında ICSID tahkimine tabi uluslararası bir anlaşmazlığa dönüştürmektir¹¹⁹. Hakem heyeti netice olarak bu işlemi, iyi niyetli saymayarak hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirmiştir¹²⁰.

Tâbiiyet planlamasının amacı yanında zamanını dikkate alan

¹¹⁴ Mark Feldman, “Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration”, 2012, 27(2) ICSID Review, s. 282.

¹¹⁵ Feldman, s. 282.

¹¹⁶ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

¹¹⁷ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, para, 34.

¹¹⁸ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, para, 142.

¹¹⁹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, para, 142.

¹²⁰ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, para, 143-144.

hakem kararları ise yatırım tahkimine erişim hakkına kavuşma amacıyla gerçekleştirilenler de dahil olmak üzere tâbiyet edinimini kural olarak meşru kabul etmektedir¹²¹. Buna mukabil tâbiyet ediniminin, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki problemin uyuşmazlığa dönüşmesinin yüksek bir ihtimal olarak değerlendirildiği bir zamanda gerçekleştirilmesi halinde, tâbiyet planlaması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir¹²². Bu bağlamda hakemlerce yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında henüz bir uyuşmazlık ihtimalinin olmadığı bir dönemde, yatırımcının kendisini gelecekte ortaya çıkması muhtemel genel risklere karşı güvence altına almak için yapmış olduğu tâbiyet edinimi kendiliğinden (*per se*) gayrimeşru kabul edilmemiştir¹²³. Bu husus *Tidewater v. Venezuela* davasında hakem heyetince şu şekilde açıklanmıştır: “*Bir yatırımcının, ev sahibi ülke ile gelecekteki anlaşmazlıkların genel riskinden bu şekilde [tâbiyet planlaması yoluyla]¹²⁴ kendisini korumaya çalışması, tamamen meşru bir hedeftir ve bir yatırım koruma anlaşması rejiminin kötüye kullanılması değildir.¹²⁵” Bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması sayılan tâbiyet planlaması uyuşmazlık çıktıktan veya spesifik uyuşmazlığın sadece bir ihtimal değil, çok yüksek bir olasılık olduğu zamanda gerçekleştirilen tâbiyet edinimidir. Bu halde tâbiyet ediniminin zamanlaması kritik önemi haizdir¹²⁶. Tâbiyet edinimi veya tâbiyet değişikliği uyuşmazlık çıkmazdan evvel yeterli bir öngörüyle gerçekleştirildiğinde meşru kabul edilecek, tersi durumda yani ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında yaşanan problemin uyuşmazlığa dönüşme ihtimalinin yüksek olduğu bir dönemde gerçekleştirildiğinde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilecektir¹²⁷.*

Uyuşmazlık çıktıktan sonra yatırım tahkimine gitme amacıyla yapılan

¹²¹ Demirkol, s. 324.

¹²² Casas, s. 116.

¹²³ *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para 204; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015; para 540; *Tidewater v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013, para 184.

¹²⁴ Konunun anlaşılması açısından “bu şekilde” ifadesinin anlamını açıklamak bakımından yazar tarafından eklenmiştir.

¹²⁵ *Tidewater v. Venezuela*, para 184.

¹²⁶ Voon/ Mitchell/ Munro, s. 46-47.

¹²⁷ Casas, s. 116; *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para 2.99.

tâbiyet değişikliğinin hakemler tarafından tespiti nispeten kolaydır. Buna mukabil uyuşmazlık çıkmadan önce gerçekleştirilen tâbiyet değişikliğinin yatırım tahkimine gitme amacıyla mı yoksa vergi kolaylıkları veya yatırım anlaşmasının koruması altına girme konusundaki genel bir öngörü mü olduğunun tespiti kolay olmayacaktır. Hiç şüphesiz böylesi bir tespit vakıalara dayanmak durumundadır. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia* davasında hakem heyeti davacı yatırım şirketi ile ev sahibi devlet arasında uyuşmazlık çıkmadan önceki iki yılda yapılan yazışmalar yanında yine davacının sahip olduğu şirketler grubu ile hukuk danışmanları arasındaki yazışmalara bakarak tâbiyet değişikliğinin amacının yatırım tahkimine gitmek olduğunu belirlemiş ve bu durumu hakkın kötüye kullanılması yasağı içerisinde değerlendirmiştir¹²⁸. Söz konusu davaya konu olan olayda Avusturalya'nın tütün ürünlerinin düz paketlenmesine¹²⁹ yönelik yasa hazırlıklarının devam ettiği süreçte, çok uluslu bir şirket olan *Philip Morris* bu konuda düzenleme yapılmasına şiddetli bir şekilde karşı çıkmış, uygulamanın yasalaşması halinde yatırım tahkimi dahil ulusal ve uluslararası tüm yargı süreçlerine başvuracağını Avusturalya'ya bildirmiştir¹³⁰. Düz paketlenme düzenlemesinin yasalaşacağını anlaşıldığı bir dönemde ise *Philip Morris* Avustralya tâbiyetinde bulunan *Philip Morris Australia*'a ait varlıkları yeniden yapılandırılarak Hong Kong tâbiyetinde bulunan *Philip Morris Asia*'nın altına almıştır. Yeniden yapılandırma düz paketlenme yasasının yürürlüğe girmesi öncesinde tamamlanmış ve düzenlemenin yürürlüğe girdiği günün ertesinde *Philip Morris Asia* Avusturalya'ya karşı yatırım tahkimi davası açmıştır. Hakem heyeti bu davada kişi bakımından yargı yetkisini haiz olduğunu belirlemiş, ancak tâbiyet planlamasının uyuşmazlığın çıkmasının yüksek bir şekilde beklendiği dönemde gerçekleştirildiğini belirterek, *Philip Morris Asia* tarafından yapılan başvuruyu hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir¹³¹.

¹²⁸ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, para 555-569.

¹²⁹ Düz paketlenme ifadesi tütün mamullerinin standart bir renkte (genellikle koyu kahverengi) paketlenmesini ve paket üzerinde marka ve ürün adının belli bir yazı tipi stili ve boyutunda yer alması dışında logo ve marka tasvirine yönelik işaretlerin konulmasını yasaklayan düzenlemeleri tanımlamak için kullanılmaktadır.

¹³⁰ Tütün ürünlerinin düz paketlenmesinin uluslararası ticaret ve yatırım hukuku bakımından doğurduğu sonuçları inceleyen bir çalışma için bkz. Talat Kaya, "Uluslararası Ticaret ve Yatırım Hukuku Bakımından Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Meselesi", 2018, 24(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 1045-1085.

¹³¹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, para 585-588.

Kanaatimizce hakem heyetlerinin yalnızca amacına bakarak tâbiyet planlamasını hakkın kötüye kullanılması yasağı içerisinde değerlendirmeleri hatalı olacaktır. Zira uluslararası yatırım yapan şirketler açısından başka bir ülkede yatırım yapmak her zaman riskli bir durumdur. Uyuşmazlık çıkması halinde ise özellikle hukuki gelişmişlik açısından daha geride olan ülkelerde iç hukuk yollarına başvurularak adil bir karar almak güç olabilmektedir. Bu anlamda yatırımın genel anlamda doğurduğu riskten kaçınmak amacıyla uluslararası yatırımcıların, ev sahibi devletin yatırım anlaşması bulunan bir ülkede kurulacak şirket yoluyla yatırımını gerçekleştirmesi meşru kabul edilmelidir. Buna mukabil başlangıçta böyle bir öngörü ile hareket etmeyen ancak uyuşmazlık çıktıktan sonra sırf uyuşmazlığın görüleceği yerin değiştirilmesi amacıyla, tâbiyet planlaması yoluyla yapılan hukuki manipülasyonların ise hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmesini doğru bulduğumuzu vurgulamak isteriz. Hülasa kanaatimizce tâbiyet planlaması kendiliğinden (*per se*) hakkın kötüye kullanılması yasağı içerisinde değerlendirilmemeli buna mukabil, ev sahibi devlet ile uyuşmazlığın çıktığı veya çıkmasının çok yüksek bir ihtimal olduğu dönemde sırf yatırım tahkimine gitmek için gerçekleştirilen tâbiyet edinimleri bu yasak kapsamında ele alınmalıdır.

B. YATIRIM ANLAŞMALARINDA YATIRIMCI TANIMININ DARALTILMASI ve FAYDALARIN REDDİ (DENIAL OF BENEFITS) HÜKÜMLERİNE YER VERİLMESİ

Kabuk veya tabela şirketlerin yatırım tahkimine sıkça başvurmaları karşısında devletler son dönemde imzaladıkları yatırım anlaşmalarında “kuruluş yeri” ve “merkez yeri” esaslarına ilave olarak, yatırımcının, tâbiyetinde bulunduğu ülkede esaslı (*substantial*) veya gerçek (*real*) ekonomik faaliyetinin bulunması koşuluna yer vermektedir. Bu kapsamda örneğin yakın dönemde Türkiye ile Bangladeş arasında imzalanan YKTK Anlaşmasında¹³² tüzel kişiler bakımından yatırımcı “...faaliyetlerinin önemli bir bölümü bir Akit Taraf ülkesinde bulunan ve o Akit Tarafın yürürlükteki mevzuatı çerçevesinde kurulmuş veya teşekkül etmiş şirketleri, firmaları veya iş ortaklıklarını ifade eder” şeklinde tanımlanarak, anlaşma ile sağlanan haklardan yararlanmak için kuruluş yeri esasına ilave olarak şirket faaliyetlerinin önemli bir bölümünün şirketin kurulduğu ülkede bulunması aranmıştır. Keza Türkiye ile

¹³² RG: 10.05.2019 - 30770.

ÇHC arasında imzalanan YKTK Anlaşmasında¹³³ ise tüzel kişiler açısından yatırımcı “*Akit Taraflardan birinin hukuku çerçevesinde kurulmuş veya teşekkül etmiş ve kayıtlı yönetim merkezleri ile birlikte yeterli seviyedeki iş faaliyetleri söz konusu Akit Taraf ülkesinde bulunan şirketleri, firmaları veya iş ortaklıklarını ifade eder*” şeklinde tanımlanarak idare merkezi esasına ilave olarak, şirketin kurulduğu âkit tarafta yeterli seviyede iş faaliyetinin bulunması şart koşulmuştur.

Önemli veya yeterli ekonomik faaliyette bulunma şartı, yatırım anlaşması ile tanınan haklardan yalnızca diğer taraf yatırımcılarının yararlanmasını amaçlamaktadır. Diğer bir anlatımla, yatırımcı tanımının bu şekilde daraltılması genel olarak ev sahibi devlet veya üçüncü bir devlet yatırımcılarına ait tabela şirketlerini yatırım anlaşması koruması dışında bırakmayı hedefler. Daraltıcı tanımlama özel olarak ise tabela şirketlerinin âkit taraflara karşı yatırım tahkimi davası açmalarını önleme amacını taşır. Esasen daraltıcı bu tanımlama yatırımcı tanımını geniş bir şekilde yorumlayan hakem kararlarına devletler tarafından verilen bir cevap niteliği de taşır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere pek çok hakem heyeti, yatırım tahkimine dayanak olan ikili yatırım anlaşmalarında yatırımcı için “gerçek ekonomik faaliyet” veya “gerçek yönetim yeri” kriterlerin olmadığından bahisle; kişi bakımından yetkisini tayin ederken biçimsel incelemenin ötesine geçmemiştir. Diğer bir anlatımla hakem heyetleri, yatırım anlaşmasına taraf olan devletlerin iradeleri hilafına yatırım anlaşmasında olmayan bir kriteri kendileri ekleyerek yatırımcı tanımını daraltmayı uygun görmemişlerdir¹³⁴. İşte bu noktada devletlerin yatırım anlaşması ile yatırımcı tanımını sınırlandırmaları hakemlerin bu sınırlamayı göz önüne almalarını sağlayan bir mekanizma olmuştur. Nitekim, yukarıda ele alındığı üzere *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, davasında hakem heyeti; İsviçre ve Slovak Cumhuriyeti arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasında yatırımcı tanımı içerisinde geçen “*aynı taraf ülke de gerçek ekonomik faaliyetlere sahip olma*” ifadesini dikkate alarak, kavramı dar yorumlamış ve yargı yetkisini haiz olmadığına karar vermiştir¹³⁵.

Tabela şirketlerinin yatırım tahkimine başvurularının önlenmesi bakımından devletlerin kullandıkları diğer bir yöntem yatırım anlaşmalarına

¹³³ RG: 01/10/2020 - 31261 (Mükerrer)

¹³⁴ Sornarajah, s. 118.

¹³⁵ *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, para. 219-227.

faydaların veya menfaatlerin reddi (*denial of benefits*) hükmü koymaktır¹³⁶. Faydaların reddi hükmü yatırım anlaşmalarına görece yeni girmiş olmakla birlikte, bu hükümlerin uluslararası anlaşmalarda kullanılması yeni değildir. Faydaların reddi hükümlerinin kaynağı II. Dünya Savaşı sonrasında ABD ile Japonya arasında imzalanan Dostluk Ticaret Seyrüsefer Anlaşması'na dayanır¹³⁷. Söz konusu hüküm üçüncü devletlerin anlaşma ile sağlanan faydalardan yararlanmasını engellemek amacıyla anlaşmaya derç edilmiştir¹³⁸. Faydaların reddi hükmü sonraki zaman dilimi içerisinde çeşitli anlaşmalarda kullanılmış, 1990'lı yılların ortalarında ise ABD, Kanada, Meksika, Japonya, Kore, ÇHC, Avusturalya, Yeni Zelanda ve Peru gibi pek çok ülke tarafından imzalanan yatırım anlaşmaları içerisinde yerini almıştır¹³⁹. Yine USMCA¹⁴⁰ ve Enerji Şartı Anlaşması¹⁴¹ faydaların reddi hükümlerine yer veren önemli anlaşmalar arasında sayılabilir. Türkiye de yakın dönemde imzaladığı bazı yatırım anlaşmalarına faydaların reddi hükmünü koymuştur. Bu kapsamda örneğin Türkiye ile Güney Kore arasında imzalanan yatırım anlaşması m.1.15 hükmü şu şekildedir: “ 1. Bir Akit Taraf, işbu Anlaşma'dan kaynaklanan faydaların, diğer Akit Taraf'ın bir işletmesi olan bu Akit Taraf'ın bir yatırımcısına ve bu gibi bir yatırımcının yatırımlarına uygulanmasını, söz konusu şirketin kanunları çerçevesinde teşekkül etmiş olduğu Akit Taraf'ın ülkesinde önemli faaliyetlerinin olmaması veya Anlaşma'ya taraf olmayan bir ülkenin yatırımcısının veya Anlaşma'nın faydalarının uygulanmasını reddeden Akit Taraf'ın yatırımcılarının bu işletmeye sahip olması veya idare etmesi halinde reddedebilir.

2. Reddeden Akit Taraf, menfaatleri reddetmeden önce, mümkün olduğu ölçüde, diğer Akit Taraf'a bildirimde bulunacaktır. Reddeden Akit Taraf'ın böyle bir bildirimde bulunması halinde, diğer Akit Taraf'ın talebi üzerine o

¹³⁶ Sornarajah, s. 120.

¹³⁷ Richard Happ, “Denial of Benefits Clauses and any other Mechanisms that Limit the Scope of BITs for Investors” in The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, Institute of Economic Law (Transnational Economic Law Research Center), 2011, s. 61; Xiao-Jing Zhang, “Proper Interpretation of Corporate Nationality under International Investment Law to Prevent Treaty Shopping” 2013, 6(1), Contemporary Asia Arbitration Journal, s. 57.

¹³⁸ Happ, s. 61-62.

¹³⁹ Casas, s. 88.

¹⁴⁰ USMCA, Madde 14.14;

¹⁴¹ Enerji Şartı Anlaşması, Madde 17.

Akit Taraf'la istişarede bulunacaktır.¹⁴²

Yukarıda yer verilen örnek ifadeden hareketle faydaların reddi hükmünün uygulanması için üç unsurun tespiti gereklidir. İlk olarak şirketin diğer kaynak ülke tâbiyetinde olmakla birlikte, gerçekte üçüncü bir ülkenin veya ev sahibi devletin yatırımcılarına ait olduğu tespit edilmelidir¹⁴³. Şirketin sahibinin kim olduğu veya kimin tarafından idare edildiği tescil yeri ülkesindeki kayıtlara, şirketin gerçekleştirdiği işlemler ile somut olayın şartlarına bakılarak tespit edilecek hususlardır. Faydaların reddi hükmü kapsamında ikinci olarak şirketin kurulduğu (teşekkül ettirildiği) ülkede önemli faaliyetinin olmaması icap eder¹⁴⁴. Önemli ticari faaliyet kriteri konusunda genel olarak yatırım anlaşmalarında açıklık bulunmamaktadır¹⁴⁵. Bu kriterin karşılanıp karşılanmadığı hakem heyetlerince olay bazında değerlendirilmektedir¹⁴⁶. Ancak hakem kararlarında “önemli faaliyet” eşiğinin yüksek tutulmadığı, kaynak ülkedeki faaliyetlerin büyük ölçekli veya kapsamlı olmasının aranmadığı görülmektedir¹⁴⁷. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması’na dayanılarak başlatılan ve Stockholm Ticaret Odası tahkim kurallarına göre yürütülen *Limited Liability Company Amto v. Ukraine* davasında hakem heyeti şirketin kaynak ülkede ofisinin olması, bu ülkede vergi vermesi ve yerel istihdam oluşturmasını önemli faaliyet olarak yeterli saymıştır¹⁴⁸.

Faydaların reddi hükmünün uygulanması için son şart olarak, ev sahibi devletin bunu yatırımcıya bildirmesi zarureti bulunmaktadır¹⁴⁹. Bu noktada bildirim yapılma zamanı faydaların reddi hükmünün spesifik olay bakımından uygulanması açısından hayati önemi haizdir. Bildirim zamanı konusunda ise farklı görüşler ortaya atılmıştır. İlk görüş ev sahibi devlet tarafından faydaların reddi hükmünün uygulanmasının bildiri konusunda herhangi bir zaman kısıtlamasının olmaması gerektiğini öne sürmektedir. Bu bağlamda ev sahibi devlet uyuşmazlık çıktıktan, hatta tahkim süreci başladıktan

¹⁴² RG: 05.06.2018 - 30422 (Mük.)

¹⁴³ Voon/ Mitchell/ Munro, s. 54.

¹⁴⁴ Voon/ Mitchell/ Munro, s. 54.

¹⁴⁵ Happ, s. 64; Zhang, s. 58.

¹⁴⁶ Happ, s. 64-65.

¹⁴⁷ Zhang, s. 58.

¹⁴⁸ *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, para 68.

¹⁴⁹ Sornarajah, s. 137.

sonra dahi bu hükme dayanarak yargı yetkisi itirazında bulunabilecektir¹⁵⁰. Buna mukabil hakem heyetlerinin ekseriyeti tarafından benimsenen ikinci görüş ise, faydaların reddi hükmüne dayalı olarak yargı yetkisi itirazının kabul edilmesi için; ev sahibi devletin bildirimini spesifik uyuşmazlıkla ilgili tahkim süreci başlamadan hatta yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında problem ortaya çıkmazdan önce yapması gerektiğini savunmaktadır¹⁵¹. Diğer bir anlatımla faydaların reddi hükmü ancak bildirim yapılmasından sonraki zaman dilimi için ileriye dönük olarak uygulama alanı bulacaktır. Ev sahibi devletin her bir yatırımcının kimliğine bakarak faydaların reddi hükmünün kime karşı uygulanacağını tespitinin zorluğu bir yana yatırım sahipliğin yatırım yapılmasından sonraki zamanda değişebilmesi, hükmün ev sahibi devlet açısından kullanımını hayli zorlaştırmaktadır¹⁵². Ev sahibi devlet açısından ortaya çıkardığı tüm zorluğa rağmen kanaatimizce de faydaların reddi hükmünün uygulanması bakımından ev sahibi devlet tarafından yapılacak bildirim uyuşmazlık öncesinde yapılmalıdır. Aksine bir durum yatırım yapıldığı anda uluslararası yatırım tahkimi başvuru imkânının olduğunu düşünen yatırımcıları güçlü taraf olan devlet karşısında korumasız bırakacaktır.

Bu bağlamda uygulamada da faydaların reddi hükmünün hakem heyetlerince kısıtlayıcı şekilde yorumlanması, tâbiyet planlamasına karşı bu hükmün kullanılmasını sınırlandırmaktadır. Bu durum bir yönüyle başa dönmek ve yatırımcı tâbiyeti konusunda anlaşmada yer verilen tanımın ön plana çıkması anlamına gelmektedir. Diğer bir anlatımla ikili yatırım anlaşmasında yatırımcının yalnızca kuruluş yeri veya herhangi bir niteleme veya bağlamdan yoksun olarak merkez yeri esası temelinde tanımlanması durumunda faydaların reddi hükmü yoluyla tâbiyet planlamasının engellenmesi güçleşecek, buna mukabil yatırımcı konusunda daraltıcı bir tanıma başvurulması durumunda tâbiyet planlamasına başvurulması önenebilecektir.

SONUÇ

Ticaret şirketlerinin başka bir devlet tâbiyetini edinmeleri kural

¹⁵⁰ Sornarajah, s. 137.

¹⁵¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para 157-165; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para 458.

¹⁵² Voon/ Mitchell/ Munro, s. 55.

olarak meşru olmakla birlikte, sırf yatırım tahkimine başvurmak amacıyla gerçekleştirilen tâbiyet planlaması devletler nezdinde ciddi rahatsızlıklara neden olmuştur. Bu durumun engellenmesi bakımından en uygun çözümün yatırım anlaşmalarında yatırımcı tanımının gözden geçirilmesi olduğunu mütalaa etmekteyiz. Devletler yatırım tahkimine başvurma imkânını yalnızca kaynak ülkede gerçek yönetim merkezi veya esaslı ekonomik faaliyeti bulunan şirketlere tanımak istiyorlar ise, bu hususu herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşmaya yansıtmayı değerlendirmelidirler. Böylelikle bir yandan hakemlerin yatırım anlaşmalarına taraf âkit devletlerin iradelerine uygun olarak karar vermeleri, diğer yandan ise hakemlerin anlaşmada olmayan kavramları anlaşma içerisine dâhil etme konusunda yaşadıkları tereddütlerin giderilmesi sağlanacaktır. Devletler ilave olarak yatırım anlaşmaları ile tanınan faydaların bazı şirketlere tanınmayacağı konusunda faydaların reddi hükümlerini de anlaşmalara koymayı düşünebilirler. Buna mukabil kanaatimizce yatırım anlaşmalarında yatırımcı tanımı daraltılmadan kuruluş veya merkez yeri esasları yanında faydaların reddi hükmüne yer verilmesi, tereddütleri gidermeyeceği gibi tâbiyet planlamasına başvurmayı kısıtlama konusunda da sınırlı bir etki doğuracaktır. Özellikle faydaların reddi konusunda ev sahibi devletin uyuşmazlık çıkmazdan evvel bildirim yükümlülüğü altında bulunması, bu hüküm kullanımını kısıtlayacaktır.

Hiç şüphesiz yatırım anlaşmalarında yatırımcı tanımının gerçek yönetim merkezi veya esaslı ekonomik faaliyet kriterini içerecek şekilde değiştirilmesi zaman alacaktır. Bu dönem zarfında ise sırf yatırım tahkimine başvurulması amacıyla başvuru tâbiyet planlaması hakemler tarafından hakkın kötüye kullanılması yasağı içerisinde değerlendirilebilecektir. Buna mukabil kanaatimizce bu noktada yatırımcı şirket tarafından yatırımın başlangıcında veya uyuşmazlık çıkmazdan evvel genel bir riskin bertaraf edilmesi amacıyla gerçekleştirilen tâbiyet edinimi ile sırf yatırım tahkimine gitmek amacıyla gerçekleştirilen tâbiyet planlamasını ayırt etmek gerekir. Meşru kabul edilen tâbiyet edinimi ile meşru kabul edilmeyen tâbiyet planlaması arasındaki sınır ise tâbiyet planlamasının amacı ve zamanlaması dikkate alınarak çizilebilecektir.

KAYNAKÇA

I. Makale, Kitap ve Dokümanlar

- Albayrak G, “Diplomatik Koruma Hakkında Taslak Maddeler (Draft Articles On Diplomatic Protection)”, Yıl 4, 2019/2, YBHD, s. 501–507.
- Akıncı Z, Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Arat T, Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Sevinç Matbaası, 1970.
- Aybay R/ Özbek N/ Ersen Perçin G, Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitapevi, 2019.
- Aygül M, Uluslararası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Seçkin Yayınları, 2007.
- Becht M/Mayer C/ Wagner H.F, Where Do firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry, European Corporate Governance Institute, Working Paper 70/2006, 2007.
- Berki O.F, Devletler Hususi Hukuku, Cilt I, Yedinci Baskı; Güzel Sanatlar Matbaası, 1970.
- Adam Boczek, Flags of Convenience: An International Legal Study, Harward University Press, 1962.
- Casas M, “Nationalities of Convenience, Personal Jurisdiction, and Access to Investor-State Dispute Settlement”, 2016, 49 (1), New York University Journal Of International Law And Politics, s. 63-127.
- Crawford J, Brownlie’s Principles of Public International Law, Ninth Edition, Oxford Publishing, 2019.
- Demirkol B, “Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları”, 2012, 28 (3), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 301-357.
- Doğan V, Türk Vatandaşlık Hukuku, 16. (Tıpkı) Baskı, Savaş Yayınevi, 2020.
- Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, Int’l Law Comm’n, U.N. Doc. A/61/10, 2006.
- Esen E, Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2012.
- Erten R, “ICSID Tahkimi”, 1998, 19(4), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, s. 207-230.
- Feldman M, “Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment

- Treaty Arbitration”, 2012, 27(2) ICSID Review, s. 281-302.
- Footnote S.Q.C, The Bona Fide Investor: Corporate Nationality and Treaty Shopping in Investment Treaty Law, PhD Thesis, Victoria University of Wellington, Faculty of Law, 2020.
- Fatouros A, “National Legal Persons In International Law” in Rudolf L. Bindschedler, Thomas Buergenthal, Karl Doehring, Jochen Abr. Frowein, Günther Jaenicke, Herbert Mihsler, Hermann Mosler, Fritz Münch, Daniel P. O’connell, Karl Josef Partsch, Pierre Pescatore, Henry G. Schermers, Ulrich Scheuner, Hans-Jürgen Schlochauer, Max Sørensen, Helmut Strebel (Eds.), Encyclopedia Of Disputes Installment, Elsevier, 1987, s. 299-306.
- Göger E, Türk Tâbiyet Hukuku, Dördüncü Bası, Sevinç Matbaası 1979.
- Gölcüklü İ, “ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, 2018, 38(2), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 285-309.
- Güngör G, Tâbiyet Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Happ R, “Denial of Benefits Clauses and any other Mechanisms that Limit the Scope of BITs for Investors” in The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, Institute of Economic Law (Transnational Economic Law Research Center), 2011, s. 61-68.
- Janig P, “Cynicism and Nationality Planning in International Investment Law”, in Björnstjern Baade · Dana Burchardt/ Prisca Feihle/ Alicia Köppen/ Linus Mührel/ Lena Riemer/ Raphael Schäfer (Eds.), Cynical International Law?. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), vol 296, Springer, 2021, s. 309-326.
- Kaya T, “Uluslararası Ticaret ve Yatırım Hukuku Bakımından Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Meselesi”, 2018, 24(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 1045-1085.
- Kim S.M/ Kim J, “Flags of Convenience in the Context of the OECD BEPS Package”, 2018, 49(2), Journal of Maritime Law & Commerce, s. 221-238.

- McLachlan C/ Shore L/ Weiniger M, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2nd Edition, 2017.
- Niboyet J.P, “Şirketlerin Hakikaten Bir Tâbiyeti Mevcut Mudur?”, (Çev: Hicri Fişek), 1952, 9(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 97-113.
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 27. Baskı, Filiz Kitapevi, 2020.
- Perkams M, “The Definition of Nationality of Investors in. International Investment Agreement (IIAs) – Taking Stock of the. Criteria Used in Modern Investment Law” in *The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*, Institute of Economic Law (Transnational Economic Law Research Center), 2011, s. 13-24.
- Radi Y, *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration (Law in Context)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Seelig M.L/ Sessler A/ Paulsen H, “Impact of MoMiG on “Sitztheorie”/”Gründungstheorie” – Consequences for German BITs” in *The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*, Institute of Economic Law (Transnational Economic Law Research Center), 2011, s. 25-36.
- Sinclair A.C., “ICSID’s Nationality Requirements”, 2018, 23(1), *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, s. 57-118.
- Schreuer C, “Nationality Planning” in Arthur W. Rovine (Ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2012, s. 15-27.
- Schreuer C/ Malintoppi L/ Reinisch A/ Sinclair A, *A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Second Edition, 2009.
- Sornarajah S, “Good Faith, Corporate Nationality, and Denial of Benefits”, in Andrew D Mitchell/ M Sornarajah/ Tania Voon (eds), *Good Faith and International Economic Law*, Oxford University Press, 2015, s. 117-142.
- Söyler Y, “Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi”, 2015, 19(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 207-247.

Tekinalp G, Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, Fakülteler Mahallesi, 1973.

Tiryakioğlu B, “Yatırımlar ve Uluslararası Tahkim Arasındaki İlişki”, 2007, 1(2), Uluslararası Ekonomi ve Dış Ticaret Politikaları, s. 169-184.

UNCTAD, World Investment Report Investor Nationality: Policy Challenges, 2016.

Voon T/ Mitchell A/ Munro J, “Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration”, 2014, 5(1), Journal of International Dispute Settlement, s. 41-68.

Zhang X.J, “Proper Interpretation of Corporate Nationality under International Investment Law to Prevent Treaty Shopping”, 2013, 6(1), Contemporary Asia Arbitration Journal, s. 49-74.

II. Mahkeme ve Hakem Kararları

Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Award, 5 March 2011.

Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (New Application: 1962) (Belg. v. Spain), Judgment, 1970 I.C.J. Rep. 3.

Burimi SRL v Albania, ICSID Case No ARB/11/18, IIC 593, Award, 29 May 2013.

Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/02/9), Decision on Jurisdiction, 21 October 2013

CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003.

Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014.

Hutley Enterprises Ltd v Russia PCA Case No AA 226, IIC 415 UNCITRAL, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

KT Asia Investment Group BV v Kazakhstan, ICSID Case No ARB/09/8, IIC 615, Award, 2013.

Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010.

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, (French Zone), Advisory Opinion, PCIJ Reports, Series B, No. 4.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/12/35, Final Award, 2017.

Saluka Investments BV v. The Czech Republic, (UNCITRAL) PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006.

Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016.

Tidewater v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013.

The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on the Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion

(Chairman Prosper Weil), 29 April 2014.

Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/22, Award, 3 April 2015.

III. Anlaşma, Protokol ve İnternet Kaynakları

Agreement Between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/01-Initial-Provisions-and-General-Definitions.pdf> > Erişim Tarihi 28 Mayıs 2021.

Agreement between the Federal Republic of Germany and the Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3126/download> > Erişim Tarihi 30 Haziran 2021. Erişim Tarihi 30 Haziran 2021

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of the Netherlands, <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/763/download>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021.

ICSID Convention, <<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021.

Investment Dispute Settlement Navigator, <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2021.

ANONİM ŞİRKET HUKUKUNDA RÜÇHAN HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE KALDIRILMASINDA HAKLI SEBEP ŞARTI

Ayhan BAKIR*

ÖZ

Anonim şirkette sermaye arturumu ile mevcut pay sahiplerinin şirketteki durumunun korunması amacıyla rüçhan hakkı tanınmıştır. Ancak haklı sebeplerin varlığı halinde pay sahiplerine tanınan rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması söz konusu olabilir.

Haklı sebep, somut olaya göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle öğretide üzerinde uzlaşmış bir haklı sebebin tanımı bulunmamaktadır. Haklı sebep konusunda gösterilen sebeplerin haklı olup olmaması ile ilgili bazı kriterler ise öğretide kabul edilmektedir. Bahsedilen kriterler; anonim şirketin menfaati, sosyal gerekçeler ve ekonomik stratejisidir.

Haklı sebep konusunda Türk mevzuatında bir tanım yapılmamış olmakla birlikte birtakım örnekler verilmiştir. Bunlardan bazıları; halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmalarıdır.

Anonim şirkette rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için şart olan haklı sebebin dürüstlük kuralı haricinde üç önemli sınırı bulunmaktadır. Bu sınırlar; eşitlik ilkesi, alınan kararın gerekli ve orantılı olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: *Anonim şirket, rüçhan hakkı, haklı sebep, sınırlandırma, kaldırma.*

FAIR CAUSE FOR LIMITATION AND ABROGATION OF SUBSCRIPTION RIGHT IN JOINT-STOCK COMPANY LAW

ABSTRACT

With the capital increase in the joint stock company, the subscription right has been granted to protect the status of the current shareholders in the company. However, in the presence of just cause, the subscription right granted to the shareholders may be limitation or abrogation.

* **Arş. Gör. Dr.**, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / SAMSUN e-posta: aayhnbkr@gmail.com
ORCID: 0000-0001-5755-3333

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018664

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/11/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15/09/2021

The just cause varies according to the concrete event. Therefore, there is no definition of a justified reason agreed upon in the doctrine. Some criteria about whether the reasons given for the just cause are just or not are accepted in the doctrine. The mentioned criteria; The interest of the joint stock company is social reasons and economic strategy.

Although there is no definition of just cause in Turkish legislation, some examples are given. Some of those; public offering is the takeover of businesses, business parts, subsidiaries and the participation of workers in the company.

There are three important limits to the rightful reason, which is a prerequisite for the limitation and abrogation of the subscription right in a joint stock company, except for the integrity rule. These limits are; The principle of equality is that the decision taken is necessary and proportionate.

Keywords: Joint-stock company, subscription right, fair cause, limitation, abrogation.

I. Genel Olarak

Anonim şirketlerde rüçhan (yeni pay alma) hakkı¹ (*Bezugsrecht*), dış kaynaklardan yapılan sermayenin artırımı neticesinde ortaya çıkan yeni payların² mevcut pay sahipleri³ tarafından öncelikle alınması hakkıdır⁴. Payın

¹ Rüçhan hakkı terimi yerine Yargıtay'ın "artırılan sermayeye katılmada öncelik hakkı" ifadesi için bkz. Y. 11.HD., T. 28.10.2004, E. 2003/13782, K. 2004/10454.

² *Akunal*, rüçhan hakkının söz konusu olması için sermaye artırımı neticesinde ortaya yeni pay senetlerinin çıkmasının şart olduğunu ileri sürmektedir (Teoman Akunal, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı", 1969, 3(5), *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, s. 268). Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira sermaye artırımı neticesinde ortaya pay çıkması yeterli olup bunun ayrıca bir pay senedine bağlanması şart değildir. Nitekim çıplak payların aslen ve payların serbestçe devredilebilirliği ilkesi gereği devren iktisabı mümkündür. Ayrıca eğer sermaye artırımı kararıyla ortaya çıkan paylar, bir senede bağlanmışsa rüçhan hakkının kullanımı neticesinde bunun iktisabı söz konusu olacaktır. Aynı görüşte bkz. Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 585 vd.

³ Şirketin kendi payını doğrudan iktisabı halinde bunun rüçhan hakkına sahip olmayacağı, ancak bu iktisabın dolaylı (başka bir kişi aracılığıyla) olarak yapılması halinde bahsedilen hakkın kullanılabilmesi yönünde bkz. Jens Koch/ Uwe Huffer, *Aktiengesetz*, 14. Auflage, CH Beck Verlag, 2020, AktG § 186, Rn. 9.

⁴ Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*, Beta Basım, 1996, s. 158; Şener, s. 585; Esra Cenkci, "Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Sınırlandırılması Bağlamında Genel Kurulun Yetkileri -Alman

aslen kazanımı imkânı veren bu hak, pay sahiplerinin paylarının nispeti ile orantılıdır⁵.

Anonim şirket hukukunda rüçhan hakkının doğumu için genel kurulun sermaye artırımı kararı alması gerekir⁶. Ancak genel kurulun bu yönde bir karar alması rüçhan hakkının mutlaka uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Zira haklı sebeplerin varlığı halinde söz konusu hakkın sınırlandırılması veya

ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı”, 2016, 122, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 316; Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Dora, 2013, s. 525. Doktrindeki rüçhan hakkı tanımları için ayrıca bkz. Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, Beta Basım, 1996, s. 77 vd.

⁵ Edward E. Ott, Das Bezugsrecht der Aktionäre, Diss., 1962, s. 12; Akünel, s. 257; Philipp Schaller /Martin A. Kessler, Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR (Hrsg. Jeannette K. Wimbmer)- Zürich, 2016, OR Art. 652b, Nr. 1; Can Yaşar Göksoy, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması”, 2003, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, s. 363; Zühtü Aytaç, “Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, 1985, s. 297; Conradin Cramer, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR Die Aktiengesellschaft (Hrsg. Lukas Handschin), 2. Auflage, Schulthess, 2016, OR Art. 652b, NR. 1; Yusuf Murat Akın, “Kayıtlı Sermayede Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması veya İlgilinin Bu Hakkı Kullanımdan Yoksun Bırakılmasındaki Kistaslar”, 1995, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İÜHF, s. 13; Necat, Azarkan, Die Kapitalerhöhung in der AG nach deutschem und türkischem Recht, Dis., Peter Lang, 2008, s. 92; Claude Lambert/ Gericke Dieter, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg. Kostkiewicz Jolanta Kren / Stephan Wolf / Marc Amstutz/ Roland Fankhauser), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016, OR Art. 652b, Nr. 2; Wolfgang Müller, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR (Hrsg. Vito Roberto/ Hans Rudolf Trueb), 2. Auflage, Schulthess, 2012, OR Art. 652b, Nr. 1; Ramon Bühler, Kapitalerhöhung aus Eigenkapital nach Art. 652d OR, Dis., Universität St. Gallen, 2019, s. 117; Wolfgang Servatius, Kommentar zum Aktiengesetz (Hrsg. Gerald Spindler/ Eberhard Stilz), Bd. 2, 4. Auflage, 2019, AktG § 186, Rn. 11; Marc Hermanns, Gesellschaftsrecht (Hrsg. Martin Henssler/ Lutz Strohn), 4. Auflage, 2019, AktG § 186, Rn. 1; Cenkcı, s. 316; Şener, s. 585; Mirko Sickinger/ Thorsten Kütthe, Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht (Hrsg. Matthias Schuppen/ Bernhard Schaub), 3. Auflage, CH Beck Verlag, 2018, Mah AktR § 33, Rn. 39; 11. HD., T. 22.9.2016, E. 2015/15396, K. 2016/7426 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2015-15396.htm>, Erişim Tarihi: 9.11.2020).

⁶ Göksoy, s. 363. İç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında da pay sahiplerinin rüçhan hakkına sahip olduğu hakkında bkz. Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 156 vd. (anılış: Yıldız, Eşit İşlem); Akın, s. 17. Aytaç ise haklı olarak iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında rüçhan hakkının söz konusu olmadığı fikrindedir. Aytaç’a göre, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında bedelsiz pay edinme hakkı, müktesep hak niteliğinde olduğundan esas sözleşme hükmüyle ya da genel kurul kararıyla bunun sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün değildir (Aytaç, s. 331, dip.74). Şartlı sermaye artırımında rüçhan hakkının söz konusu olmadığı yönünde bkz. Gabriele Apfelbacher/ Gerold Niggemann, Aktiengesetz Kommentar (Hrsg. Wolfgang Holters), 3. Auflage, CH Beck Verlag, 2017, AktG § 186, Rn. 73.

kaldırılması mümkündür⁷. Bunun için usul ve esasa dair birtakım şartların mevcudiyeti şarttır⁸.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması, pay sahiplerinin sermaye artırımı kararı neticesinde ortaya çıkan paylardan öncelikle alma haklarının kısmen kullanılmamasıdır⁹. Bu sınırlandırma, pay sahiplerinin alabileceği tüm paylardan bir kısmının veya birden çok kategoride çıkarılan paylardan sadece bazılarının alınmaması şeklinde de tesis edilebilir. Ayrıca pay sahiplerinin rüçhan hakkını devredememesi şeklinde de bunun sınırlandırılması da söz konusu olabilir. Rüçhan hakkının kaldırılması ise mevcut pay sahiplerinin sermaye artırımı neticesinde ortaya çıkan payları öncelikle almalarının tamamen yasaklanmasıdır¹⁰.

Anonim şirket hukukunda rüçhan hakkının kabul edilmesinin önemli gerekçeleri vardır¹¹. Bunlardan en önemlisi; rüçhan hakkının kabulü ile mevcut pay sahiplerinin sermaye artırımı sonrasında anonim şirketteki pay oranının korunması amacıdır¹². Zira çoğunluk veya yönetim kurulunun gereksiz sermaye artırımına gitmesi halinde diğer pay sahiplerinin menfaatinin tehlikeye uğramaması adına bir tedbir olarak rüçhan hakkının kullanılması mümkündür. Bu durum, aynı zamanda şirket menfaatinin korunmasına da hizmet etmektedir¹³.

⁷ Schaller/ Kessler, OR Art. 652b, Nr. 2.

⁸ Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 39.

⁹ Göksoy, s. 367; Jan Schurnbrand, Münchener Kommentar zum AktG (Hrsg. Wulf Goette/ Mathias Habersack/ Susanne Kalss), Bd. 4, 4. Auflage, CH Beck Verlag, 2018, AktG § 186, Rn. 141.

¹⁰ Burak Adıgüzel, “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, 2014, 18(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3.

¹¹ Bu konu hakkında bkz. Kristoffel Grechenig, Bezugsrechtsausschluss und Ausgabepreis nach Art. 652b OR, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW, Schulthess, 2008, s. 490 vd.; Yıldız, s. 111 vd.; Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 2.

¹² Schaller/ Kessler, OR Art. 652b, Nr. 2; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, § 25 Nr. 35; Lambert/ Dieter, OR Art. 652b, Nr. 1; Cramer, OR Art. 652b, Nr. 3; Şükrü Yıldız, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler”, 2012, 18(2), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, s. 809 (anılış: Yıldız, Değişiklikler); Azarkan, s. 92; Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 2; Şener, s. 586. Bu konu hakkında bkz. TTK m. 461 gerekçe; Akünel, s. 266 vd.; Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 2; Göksoy, s. 364 vd.; Bühler, s. 115.

¹³ Grechenig, s. 490; Yıldız, s. 84; Markus S. Rieder/ Daniel Holzmann, Aktiengesetz Kommentar (Hrsg. Hans Christoph Grigoleit), CH Beck Verlag, 2013, AktG § 186, Rn. 1.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için “haklı sebebin” şart olması 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 461/2’de açıkça belirtilmiştir¹⁴. Dolayısıyla pay sahipliği konumunun korunması adına hayati öneme sahip rüçhan hakkı konusunda haklı sebep şartı da en az bu kadar önemlidir. Bu nedenle söz edilen şartın incelenmesi gerekir¹⁵.

II. Haklı Sebep Terimi

Rüçhan hakkı için oldukça önemli olan haklı sebep (*wichtige Gründe*) kavramı, alışıldığı üzere TTK’da tanımlanmamıştır. Keza ilgili maddenin gerekçesinde de haklı sebep kavramı açıklanmamıştır. Bu konuda sadece TTK m. 461/2’de hangi hallerin haklı sebep sayılabileceği örnek kabilinden belirtilmiştir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse; TTK m. 461/2’de haklı sebep için gösterilen haller tahdidi (*numerus clausus*) değil, tadadi niteliktedir¹⁶.

Anonim şirket menfaati, sosyal ya da ekonomik gerekçelerle; dürüstlük kuralına, gereklilik, orantılılık ve eşit işlem ilkesine uygun olarak rüçhan hakkının sınırlandırılmasını ya da kaldırılmasını haklı kılan objektif nedenlere kanaatimizce haklı sebep denir.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması için gösterilen sebebin haklı olup olmadığı hâkimin takdirindedir. Hâkim, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 4 gereğince hukuka ve hakkaniyete göre karar verir¹⁷.

Haklı sebebin olup olmadığı, somut olaya göre özellikle incelenmelidir¹⁸. Başka bir ifadeyle rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için elzem olan haklı sebep somut olayın niteliklerine göre belirlenmelidir¹⁹. Ancak haklı sebebin vaka bazında “objektif olarak gerekçelendirilmesi”

¹⁴ RG, T. 14.02.2011, S. 27846.

¹⁵ Önemle belirtmek gerekirse; esas sözleşme ile rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması mümkün değildir. Bu işlem, yalnızca genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla yapılabilir (Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 19; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 45).

¹⁶ TTK m. 461/2 gerekçe.

¹⁷ RG, T. 8.12.2001, S. 24607.

¹⁸ Wolfgang Müller, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR (Hrsg. Vito Roberto/ Hans Rudolf Trueb), 2. Auflage, Schulthess, 2012, OR Art. 652b, Nr. 13; Grechenig, s. 491.

¹⁹ TTK m. 461/2 gerekçe.

gerekir²⁰. Aksi takdirde gösterilen sebep, “haklı” sayılmayacaktır. Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için gösterilen sebebin haklı olması için bu, şirket ve/veya pay sahipleri açısından korunmaya değer olmalıdır. Bu bağlamda özellikle şirketin amacı ve orta ya da uzun vadeli sürdürülebilir gelişimine yönelik sebepler korunmaya değerdir. Dolayısıyla haklı sebep, şirket ve pay sahipleri için objektif açıdan korunmaya değer menfaatlerdir²¹.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için gösterilen sebebin sadece şirket içindeki ya da dışındaki belirli kişi ya da grupların menfaatine hizmet etmesi, “haklı” görülmemektedir²². Dolayısıyla rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması kararı için yeterli olan güç, her sebebi “haklılık” kisvesi altında sunamayacaktır²³. Örneğin pay sahiplerinin rüçhan hakkını kullanıp kullanmayacağı konusundaki belirsizlik, bunun sınırlandırılması ya da kaldırılması için haklı sebep teşkil etmeyecektir²⁴. Benzer şekilde rüçhan hakkı kaldırılan pay sahibinin genel kurulda olmaması, sermaye artırımı kararında olumlu yönde oy kullanmamış olması de haklı sebep sayılmamaktadır²⁵.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için haklı sebep şartının öngörülmesinin iki önemli kuşatıcı etkisi olduğu düşünülmektedir. Bunlardan birincisi, ayrımcılığın açıkça yasaklanmasıdır. İkincisi ise şirketler hukukunun temel ilkelerine uyumdur. Bunlardan dolayı rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için (örneğin eşit işlem konusunda) haklı sebebin “objektif olarak açıklanması” zorunluluğu doğmuştur²⁶.

²⁰ Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 25; Sickinger/ Kütthe/ Schuppen/ Schaub, Mah AktR § 33 Rn. 99; Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 103; Cramer, OR Art. 652b, Nr. 21; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 52. Alman ve Avusturya hukukuna göre tüm pay sahiplerinin rızası varsa rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması gerekçelerinin açıklanması gerekmez (Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 60; Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 207; Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 25; Sickinger/ Kütthe/ Schuppen/ Schaub, Mah AktR § 33 Rn. 99).

²¹ Cramer, OR Art. 652b, Nr. 24.

²² Güzin Üçışık/ Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Adalet Yayınevi, 2013, s. 428.

²³ Cramer, OR Art. 652b, Nr. 25.

²⁴ Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 45.

²⁵ 11 HD., T. 22.9.2016, E. 2015/15396, K. 2016/7426 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2015-15396.htm>, Erişim Tarihi: 9.11.2020).

²⁶ Bühler, s. 117.

III. Gösterilen Sebeplerin Haklı Olması

A. Anonim Şirketin Menfaati

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasında anonim şirket menfaatleri gerekçe olarak gösterilebilir²⁷. Bu anlamda şirketin pay sahiplerinden bağımsız ayrı bir varlığı olması ve bunun menfaatinin daha üstün görülmesi nedeniyle rüçhan hakkı sınırlandırılıp kaldırılabilir. Dolayısıyla rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması konusunda “anonim şirket menfaatinin pay sahiplerinin şahsi menfaatinden daha üstün ve ayrıcalıklı olması” kabul görmektedir²⁸. Bu husus, şirket menfaatinin önceliği ilkesinden çıkarılabilmektedir. Bu ilke gereğince pay sahiplerinin menfaatine nazaran, şirketin menfaati önceliklidir²⁹. Keza aynı husus, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünden de anlaşılmaktadır. Zira yönetim kurulu üyeleri, şirket ile pay sahiplerinin (veya diğer kimselerin) menfaatlerinin çatışması halinde şirketi tercih etmek zorundadır³⁰.

Anonim şirketin menfaati gerekçesiyle rüçhan hakkının sınırlandırılabilmesi veya kaldırılabilmesi için bu seçeneğin tek veya en iyi seçenek olması şarttır³¹. Söz konusu menfaat, başka seçeneklerle de elde edilebilecekse ya da bundan daha iyi bir yol mevcutsa öncelikle bunlara başvurulmalıdır. Zira rüçhan hakkı, anonim şirket hukukunda sermaye artırımında pay sahiplerini koruyan temel haklardan biri olduğundan mümkün olduğunca bunun kısıtlanmaması gerekir³².

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasında yapılan değerlendirmede şirket menfaati son derece önemlidir. Öyle ki rüçhan hakkına

²⁷ Böckli, Nr. 254; Hermanns/ Henssler/ Strohn, AktG § 186, Rn. 12; Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 62; Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 98; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 53; Göksoy, s. 397; Cramer, OR Art. 652b, Nr. 21; Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 43-44; Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 26; Sickinger/ Kütthe/ Schuppen/ Schaub, Mah AktR § 33 Rn. 101.

²⁸ Krämer, s. 33; Yıldız, s. 287; Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 64; Adıgüzel, s. 6.

²⁹ Bu ilkenin doktrinde “*Unternehmen an sich*” teorisi olarak da adlandırıldığı hakkında bkz. Krämer, s. 33 vd.; Ömer Korkut, “Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması”, 2007, 11(2), Çukurova Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, s. 3.

³⁰ Korkut, s. 3; Yıldız, s. 287.

³¹ Hermanns/ Henssler/ Strohn, AktG § 186, Rn. 12.

³² Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 60.

yapılacak kısıtlama ne kadar ciddi olursa, bu konudaki şirket menfaati de o derece önemli olmalıdır³³. Dolayısıyla rüçhan hakkının kaldırılması için gösterilen şirket menfaatinin, bunun sınırlandırılması konusundaki şirket menfaatinden daha önemli olması gerekir.

Anonim şirketin menfaatinin pay sahiplerinin menfaatlerinden üstün görülmesi; pay sahiplerinin korunması, şirket malvarlığının korunması ile ilgili kurallar çerçevesinde titizlikle incelenmesi gereken bir konudur. Aksi takdirde genel kurul kararının kısmen ya da tamamen iptal edilip rüçhan hakkı konusundaki kısıtlamaların uygulanmaması söz konusu olabilir³⁴. Sonuç olarak, somut olayda şirket menfaatinin gerekçe gösterilip rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması kolay değildir. Dolayısıyla şirketin menfaati olarak gösterilen gerekçelerin haklı olup olmadığı her bir somut olay bakımından dikkatlice değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu anlamda anonim şirket menfaatinin somutlaştırmak için birtakım kriterler olduğu doktrinde düşünülmektedir. Bu kriterler; anonim şirketin amacı ve konusu, değerinin artırılması, pay sahiplerinin menfaati, farklı çıkar gruplarının değerlendirilmesidir³⁵.

Anonim şirket menfaatinin belirlenmesinde ilk kriter, şirketin amacı ve konusudur. Anonim şirketler, iktisadi bir amaç için kurulmaktadır. Bunu gerçekleştirmek için ise hukuka uygun olan her alanda faaliyet gösterebilir. Bu faaliyet konularının TTK m. 339/2-b gereğince esas sözleşmede belirtilmesi şarttır. Dolayısıyla rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması incelenirken esas sözleşmedeki şirketin amaç ve konusundan yararlanılabilir³⁶. Ancak böyle bir incelemede şirketin amaç ve konu kriteri tek başına yetersiz kalabilir³⁷. Bu anlamda diğer kriterlerden faydalanılabilir³⁸.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasında anonim şirket menfaatinin olup olmadığı yönündeki incelemede, şirket değerinin artırılması

³³ Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 28; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 54.

³⁴ Nitekim TTK m. 357'nin gerekçesinde hukuka aykırı olan rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasının iptal edileceği belirtilmiştir. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Y. 11.HD., T. 28.10.2004, E. 2003/13782, K. 2004/10454.

³⁵ Bu konular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Korkut, s. 4 vd.

³⁶ Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 98.

³⁷ Anonim şirket menfaatinin şirket amacıyla desteklenmesi halinde rüçhan hakkı konusundaki kısıtlamaların hukuka uygun sayılacağı hakkında bkz. Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 62.

³⁸ Korkut, s. 5.

ikinci kriterdir. Özellikle yönetim kurulu üyeleri için şirket kazancını en üst seviyeye çıkarma (*Gewinnmaximierung*) yükümlülüğü söz konusudur. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin yaptığı işlemler, şirketin kazanç sağlaması veya kazancın artmasına hizmet etmelidir. Yapılan her işlemin kısa ve uzun vadedeki etkileri dikkate alınmalıdır. Zira bu işlemlerin sadece kısa veya uzun vadedeki etkileri ele alındığında hata yapıp şirket menfaatinin ihlali sonucuna varılabilir³⁹. Örneğin banka yönetim kurulu üyesinin büyük bir spor kulübüne sponsor olup stadyum yapılmasına dair borç altına girdiği hukuki işlem, kısa vadede şirketin zararınadır. Ancak bu anlaşma uzun vadede bankanın menfaatine olabilir. Öte yandan bu işlem, mevcut pay sahiplerinin menfaatini ciddi anlamda tehdit edebilir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri tarafından yapılan kısa ve uzun vadedeki işlemler, bir yandan şirketin yararına iken diğer yandan mevcut pay sahiplerinin zararına olabilir. Bunun için yapılan iş ve işlemlerin pay sahipleri değerine (*shareholders value*) uygun olması gerekir. Aksi takdirde şirket piyasa değerinin artması zordur. Özellikle halka açık anonim şirketler, bu ihlal sebebi ile büyük zarar görebilir. Sonuç olarak şirket değerini kısa ve uzun vadede artıran, spekülasyon amaçlı veya niteliği taşımayan iş ve işlemlerin yapılması şirketin menfaatindedir⁴⁰. Kanaatimizce yönetim kurulu üyeleri tarafından yapılan işlemler söz konusu olduğundan bu kriter, rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması açısından sabit sermaye sistemine nazaran kayıtlı sermaye sisteminde daha çok öne çıkmaktadır⁴¹.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasında anonim şirket menfaatinin olup olmadığı yönündeki incelemede üçüncü kriter, pay sahiplerinin menfaatidir⁴². Yönetim kurulu üyelerince yapılan işlemlerde esas olarak şirket menfaati güdülse de bu, pay sahipleri menfaatinin tamamen göz ardı edileceği ya da yok sayılacağı anlamına gelmemektedir. Ancak şu da var ki şirket menfaatine olan işlemler mantiken pay sahiplerinin de lehinedir. Dolayısıyla her iki menfaatin birbirine paralel olduğu yönünde bir karine çıkarılabilmektedir. Ayrıca bazı durumlarda pay sahipleri menfaatinin gözetilmesi şirketin de lehine olabilmektedir. Örneğin tek pay sahibinin olduğu anonim şirketlerde veya şirketler topluluğunda özellikle tam hakimiyet halinde, pay sahiplerinin menfaatinin üstün tutulması ilgili

³⁹ Korkut, s. 6.

⁴⁰ Korkut, s. 6.

⁴¹ Kayıtlı sermaye sisteminde rüçhan hakkı konusunda bkz. Cenkci, s. 318 vd.

⁴² Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 102; Göksoy, s. 401.

şirketin de menfaatindedir⁴³. Şunu da eklemek gerekirse; rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasının çoğunluk pay sahipleri lehine olması şüphe uyandırmaktadır⁴⁴. Bu anlamda yapılan incelemede haklı sebep sınırları üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce yönetim kurulu üyeleri tarafından yapılan işlemler söz konusu olduğundan ikinci kriter gibi üçüncüsü de rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması açısından sabit sermaye sistemine nazaran kayıtlı sermaye sisteminde öne çıkmaktadır.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasında anonim şirket menfaatinin olup olmadığı yönündeki incelemede sonuncu kriter, farklı çıkar gruplarının değerlendirilmesidir. Bunun için menfaat analizi yapıp her bir grubun “müşterek menfaatler” ya da “asgari müşterekleri” (*Minimalkonsens*) tespit edilmelidir. Buna uygun iş ve işlemler yapılması anonim şirketin menfaatine olacaktır⁴⁵. Eksik bir değerlendirme ile sadece çoğunluk grubun menfaatlerinin dikkate alınıp asgari müşterekler aranmazsa rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması kararı iptal edilebilir⁴⁶.

B. Sosyal Gereçekler

Doktrinde anonim şirketin sosyal gerekçelerle rüçhan hakkını sınırlayıp kaldıracabileceği ileri sürülmüştür⁴⁷. Gerçekten de bazı kişilerin pay sahibi olması için sosyal gerekçeler ileri sürülüp rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması mümkündür. Örneğin şehit yakınlarının pay sahibi olması gerekçesiyle rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması mümkündür. Benzer şekilde anonim şirket, bağış yapmak yerine lösemi hastalarının menfaatlerini gözeten bir derneğin pay sahibi sıfatını kazanması için rüçhan hakkını sınırlandırabilir ya da kaldırabilir.

C. Anonim Şirketin Ekonomik Stratejisi

Anonim şirketin ekonomik stratejisi ileri sürülerek rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması mümkündür⁴⁸. Gerçekten de liberal ve küresel ekonomide şirketlerin varlığını idame ettirmeleri veya büyüme stratejileri

⁴³ Korkut, s. 7.

⁴⁴ Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 62.

⁴⁵ Korkut, s. 7.

⁴⁶ Schürbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 99.

⁴⁷ Adıgüzel, s. 9.

⁴⁸ Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 45.

gereği bazı özel taktiklere başvurusu kaçınılmazdır. Bu anlamda stratejik öneme sahip bazı özel kişilerin pay sahibi olması gerekebilir. İşte bu kimselerin pay sahibi sıfatını elde edebilmesi için rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması haklı görülebilir.

Anonim şirketin ekonomik stratejisi için en uygun ya da tek araç rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması olursa bu haklı sebep sayılacaktır⁴⁹. Doktrinde anonim şirketin ekonomik stratejisi gereği payların sermaye piyasasında yüksek talep görebileceği gerekçesiyle rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasının haklı sebebe dayanmayacağı ileri sürülmüştür⁵⁰.

Anonim şirketin ekonomik stratejilerinden biri de devralma suretiyle birleşmedir. Şirket, bunu haklı sebep olarak gösterip rüçhan hakkını sınırlandırıp kaldırabilir. Nitekim TTK m. 142/1'den zımnen bu sonuç çıkarılabilmektedir. Buna göre; devrolunan şirketteki ortak veya pay sahipleri, devralan şirketten hakları nispetinde pay alacaktır. Bunun için de devralan şirketteki mevcut pay sahiplerinin rüçhan hakkının kaldırılması gerekir. Kanun koyucu böyle bir kısıtlamanın haklı sebeplerle yapıldığını örtülü olarak kabul etmektedir.

IV. Mevzuatımızda Gösterilen Haklı Sebep Örnekleri

Anonim şirket hukukunda rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için haklı sebep halleri, başta TTK olmak üzere muhtelif kanunlarda düzenlenmiştir. Keza doktrinde ve içtihatlarda da haklı sebep örnekleri verilmiştir. Bunlara geçmeden evvel önemle belirtmek gerekirse; mevzuattaki hallerin varlığı, her zaman rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasını gerektirmemektedir. Bunların olması rüçhan hakkının sınırlandırılmasını ve kaldırılmasını zorunlu kılmamaktadır. Ayrıca rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için her ne kadar, mevzuatta birer haklı sebep örneği olarak belirtilmişse de bunun daima hukuka uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Özellikle aşağıda ele alınacak “haklı sebebin sınırlarına” ve TMK m. 2/1'deki dürüstlük kuralına aykırı olarak mevzuattaki haklı sebep hallerini kullanıp rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması hukuka aykırıdır. Başka bir ifadeyle haklı sebep sınırları ve TMK m. 2/1'e aykırı olarak rüçhan hakkının sınırlandırılmasına ve kaldırılmasına gerekçe olarak mevzuatımızdaki haklı sebep hallerinin gösterilmesi bu işlemi “haklı”

⁴⁹ Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 47.

⁵⁰ Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 45.

kılmaya yetmeyecektir. Örneğin TTK m. 461/2'deki haklı sebep hallerinden biri olan halka arz için rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması, eşit işlem ilkesine aykırı olarak sadece bazı pay sahipleri için kabul edilmişse bu hukuka aykırı olacaktır.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması hakkında TTK m. 461/2'de yer alan haklı sebep örnekleri; “halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları”dır⁵¹. *Adıgüzel*, halka arzda rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasının mecburi olduğunu ileri sürmektedir⁵². Eğer tüm pay sahipleri rüçhan hakkını kullanırsa halka arzdan bahsedilemeyecektir⁵³. Ancak rüçhan hakkı nitelik olarak bir “hak” olduğundan bunun kullanılması zorunlu değildir⁵⁴. Bu nedenle pay sahiplerinin kullanmadığı rüçhan hakkı kapsamındaki payların halka arz edilmesi mümkündür. Bunun haricinde rüçhan hakkının tamamının kullanılması fiilen mümkün olmadığı bir miktarda sermaye artırımını yapılabilir. Şirket bununla hem mevcut hem de halka arz sonucunda müstakbel pay sahiplerinden finansal kaynak sağlamayı hedefleyebilir. Yapılan bu açıklamalar ışığında kanaatimizce halka arz için rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması şart değildir.

Şarta bağlı sermaye artırımını (*Bedingte Kapitalerhöhung*) ile pay sahibi sıfatı verilmesi, rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması “haklı sebep” olarak sayılmaktadır. Hatta kanun koyucu, TTK m. 465/1-d uyarınca esas sözleşmede “Mevcut pay sahiplerinin rüçhan haklarının kaldırılmış bulunduğunu ve bunun miktarını” hükme bağlanabileceğini dahi öngörmüştür.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun hazırladığı Borçlanma Araçları Tebliği (VII-128.8) (BAT) m. 17/6'da belirtildiği üzere paya dönüştürülebilir tahviller aracılığıyla pay sahibi sıfatının kazanılması hakkının kazanılması

⁵¹ İşçilerin şirkette pay sahibi olması mevzuunda, doktrinde haklı olarak ilgili anonim şirket ve bunun dahil olduğu şirketler topluluğundan (ana veya yavru şirketten) birinden pay iktisabının da aynı kapsamda olduğu savunulmaktadır (*Adıgüzel*, s. 16).

⁵² *Adıgüzel*, s. 15.

⁵³ Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıya ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışa “halka arz” denir [6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) m. 3/1-g (RG, T. 06.12.2012, S. 28513)].

⁵⁴ Bu konu hakkında bkz. Aytaç, s. 307; Şener, s. 587; Sevgi Epçeli, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Yeni Pay Alma Hakkı ile İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler”, 2010, 84(6), İstanbul Barosu Dergisi, s. 3596 vd.

için rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması söz konusu olabilir⁵⁵. Başka bir ifadeyle paya dönüştürülebilir tahvil sayesinde pay sahibi sıfatının kazanılması, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması için “haklı sebep” sayılabilir. Halka açık anonim şirketlerin paya dönüştürülebilir tahvil ile dönüştürülmek üzere ihraç ettikleri ve artırılabilecek sermayelerini temsil eden payları, TTK m. 461 ile ortaklara tanınan yeni pay alma hakkı da dahil olmak üzere, her türlü önceliklerden öne alınarak paya dönüştürülebilir tahvil sahiplerine tahsis olunur (BAT m. VII-128.8).

Sermaye Piyasası Kurulu’nun hazırladığı Varantlar ve Yatırım Kuruluşu Sertifikaları Tebliği (VII-128.3) (VYKST) yer alan ortaklık varantlarının⁵⁶ kullanımı suretiyle pay ile uzlaşa sağlanırsa ilgililere pay sahibi sıfatı verilecektir⁵⁷ (VYKST m. 17/1-b). Ortaklık varantlarının kullanımı ile pay sahipliği kazanımı, rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için “haklı sebep” niteliğindedir. Nitekim VYKST m. 22/1’de bu husus açıkça belirtilmiştir. İhraççının kendi payları üzerine yazılı olan ortaklık varantlarının kullanım hakkı kapsamında ihraç edilecek ve ihraççının artırılabilecek sermayesini temsil eden payları TTK m. 461 ortaklara tanınan yeni pay alma hakkı da dahil olmak üzere, her türlü önceliklerden öne alınarak ortaklık varantı sahiplerine tahsis olunur (VYKST m. 22/1).

V. Haklı Sebep Sınırları

Anonim şirkette rüçhan hakkını sınırlandıran ve kaldıran sebepler için önemli sınırlar çizilmiştir. Bunlara uyulmak suretiyle bahsedilen sınırlandırma veya kaldırma kararı alınabilir. Bu sınırların temeli, TMK m. 2/1’de yer alan dürüstlük kuralıdır. Aşağıda bunlardan en önemlileri incelenmeye çalışılacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki incelenecek olan sınırlar haricinde bir durum söz konusu olursa TMK m. 2/1’e başvurulabilir⁵⁸.

⁵⁵ RG, T. 07.06.2013, S. 28670.

⁵⁶ Ortaklık varantı; sahibine, vade tarihine kadar ya da vade tarihinde payları borsada işlem gören veya görecek olan kayıtlı sermaye sistemine tabi ihraççı paylarına veyahut payları borsada işlem gören herhangi bir ortaklığın paylarına ilişkin olarak bu 17 nci maddede belirlenen uzlaşa yöntemlerinden birini talep etme hakkı veren ve ihraççılarca ilgili sermaye piyasası aracının halka arzı sırasında ihraç edilen sermaye piyasası aracını ifade eder (VYKST m. 3/1-1).

⁵⁷ RG, T. 10.09.2013, S. 28761.

⁵⁸ *Göksoy*, objektif bir neden olmaksızın rüçhan hakkının kaldırılması ve sermaye artırımından pay alamayan pay sahiplerinin önemli bir zarara uğraması neticesinde TMK m. 2/2’de yer alan “hakkın kötüye kullanılması”nın gündeme geleceği fikrindedir (*Göksoy*, s. 398). Kanaatimizce yazarın belirttiği durumda, bir hakkın ihlali söz konusu olmakla birlikte,

Geçerli ekonomik kaygılara dayanarak şirket menfaatini veya tüm pay sahiplerinin haklarıyla gerekçelendirilemeyen ya da makul bir amaca hizmet etmeyen rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması kararları haklı sebep sayılmamaktadır⁵⁹.

A. Eşitlik İlkesi

Anonim şirkette pay sahiplerinin rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasında eşitlik ilkesine uyulması zorunludur. Böylece aynı şartlarda olan pay sahiplerinin rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması konusunda eşit işleme tâbi tutulması sağlanacaktır⁶⁰.

Anonim şirketler hukukunda eşit işlem ilkesi (*Gleichbehandlungsgrundsatz*), tüm pay sahiplerinin aynı muameleye tabi tutulması, başka bir ifadeyle bunlar arasında hiçbir hal ve şartta ayrımcılık yapılmaması anlamına gelmemektedir⁶¹. Zira bahsedilen konuda mutlak değil, nispi eşitlik⁶² kabul edilmiştir⁶³. Bu durum, TTK m. 357'deki "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur." hükümde açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla pay sahipleri arasındaki fark, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması konusunda yapılacak ayırmada başlıca ilişki ölçütleri uygunsa eşit işlem ilkesine aykırılıktan bahsedilemeyecektir⁶⁴. Nitekim Yargıtay, bir

TMK m. 2/2'nin gündeme gelmemektedir. Zira hakkın kötüye kullanımı için evvela ortada hukuk düzenince verilen bir hakkın olması ve bunun dürüstlük kuralına aykırı kullanılması, neticede de zarar veya zarar görme tehlikesinin ortaya çıkması gerekir. Dolayısıyla burada TMK m. 2/2'den bahsedebilmek için pay sahibinin rüçhan hakkını, TMK m. 2/1'ye aykırı kullanması şarttır. Yazarın belirttiği durumda rüçhan hakkı kaldırıldığından bunun kötüye kullanımı söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle de kanaatimizce, rüçhan hakkının kaldırılmasında TMK m. 2/2'den bahsedilmesine imkân yoktur.

⁵⁹ Lambert/ Dieter, OR Art. 652b, Nr. 9.

⁶⁰ 11 HD., T. 6.10.1997, E. 1997/5583, K. 1997/6609 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1997-5583.htm>, Erişim Tarihi: 9.11.2020).

⁶¹ Eşit işlem ilkesi, TTK m. 357'de ilk kez kanunda düzenlenmiştir. Bu ilke, TTK'dan önceki dönemde Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla kabul edilmişti. Bu ilke ayrıca Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ticaret şirketlerine ilişkin, sermayeyi konu alan, 77/91 sayılı İkinci Yönergesinin 42'nci maddesinde öngörülmüştür (TTK m. 357 gerekeçe).

⁶² Eşitlik ilkesinin derece olarak anlamları (biçimsel, sayısal-mutlak ve nispi eşitlik) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, Eşit İşlem, s. 31-38.

⁶³ Lambert/ Dieter, OR Art. 652b, Nr. 6; Cafer Eminoğlu, "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından Eşit Şartlarda Eşit İşlem İlkesi", 2015, 1(1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, s. 80; Sickinger/ Kütke/ Schuppen/ Schaub, Mah AktR § 33 Rn. 98.

⁶⁴ Sickinger/ Kütke/ Schuppen/ Schaub, Mah AktR § 33 Rn. 98; Yıldız, Eşit İşlem, s. 75; Göksoy, s. 402-403; Eminoğlu, s. 83.

uyuşmazlıkta haklı sebep yokken pay sahiplerinden sadece birinin rüçhan hakkının kaldırılmasını eşitlik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yüksek mahkemenin ifadesiyle; “*diğer tüm ortaklara eşit oranda sermaye arttırımına iştirak hakkı tanınırken haklı bir gerekçe sunulmaksızın davacı ortağın sermaye arttırımına iştirakının sağlanmamış olduğu, rüçhan hakkının kullandırılmadığı, bu haliyle alınan kararın herşeyden önce dürüstlük ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu anlaşılmıştır.*”⁶⁵.

TTK m. 461/2 gereğince rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için nispi eşitliğe uyulması gerekir. Zira rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz⁶⁶ (TTK m. 461/2-c. 2). Eğer pay sahiplerinden bazılarının rüçhan hakkı konusundaki kısıtlamalara tabi olmayacağı kabul edilmişse bunun “haklı görülmesi” şarttır. Bununla birlikte TTK m. 461/2-c. 2 hükmü bazı pay sahiplerinin aleyhine yapılan grup içi yapısal değişikliklerin ve pay oranlarının sulandırılmasını önleyici niteliktedir. Böylece çoğunluk pay sahiplerinin gücü “haklılık” ile sınırlandırılmıştır⁶⁷. Örneğin azınlığın kanunda yer alan “azınlık hakları” korumasından mahrum bırakılması için çoğunluk, rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasını sadece bu pay grubu için genel kurulda kabul ederse eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır⁶⁸. Dolayısıyla bu genel kurul kararının iptal edilmesi mümkündür.

Anonim şirketlerde rüçhan hakkı sınırlandırılması veya kaldırılmasında haklı sebebin sınırı olan eşitlik ilkesinde pay sahipleri arasındaki durum incelenmelidir. Bu incelemede odaklanan nokta ise pay miktarlarıdır. Sonuç olarak bahsedilen kısıtlamanın tüm pay sahipleri açısından adil olup olmadığı ile ilgili yapılan denetim, eşitlik ilkesiyle alakalıdır⁶⁹. Eğer eşit işlem ilkesine uygunsuz pay sahiplerinden sadece bazılarının rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması dahi mümkün olacaktır⁷⁰.

Sermaye arttırımında rüçhan hakkı sınırlandırılması veya kaldırılması

⁶⁵ 11 HD., T. 7.5.2019, E. 2017/4590, K. 2019/3495 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2017-4590.htm>, Erişim Tarihi: 9.11.2020).

⁶⁶ Bu konuda ayrıca bkz. Lambert/ Dieter, OR Art. 652b, Nr. 6 vd.

⁶⁷ TTK m. 461/2 gerekçe; Cramer, OR Art. 652b, Nr. 25.

⁶⁸ Bühler, s. 117-118.

⁶⁹ Cramer, OR Art. 652b, Nr. 52.

⁷⁰ Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 141.

gerekli ve orantılı olsa bile eşit işlem ilkesine aykırı nitelikte olmamalıdır⁷¹. Aksi halde bahsedilen nitelikteki bir (genel kurul veya yönetim kurulunun aldığı) kararın iptali mümkündür. Ayrıca bunun yönetim kurulu kararı olması halinde, yönetim kurulu üyelerin sorumluluğu da söz konusu olabilir⁷².

B. Gerekli Olması

Anonim şirketlerde rüçhan hakkı sınırlandırılacak ya da kaldırılacaksa bunun gerçekten de gerekli olması şarttır⁷³. Bu anlamda gereklilik ilkesine uygun bir işlem tesis edilmesi zorunludur⁷⁴. Aksi takdirde organların tarafı veya keyfi karar ve uygulamaları sonucu rüçhan hakkının kısmen ya da tamamen kullandırılmaması söz konusu olur ki bu tamamen hukuka aykırıdır. Örneğin sermaye artırımıyla hedeflenen husus, rüçhan hakkının sınırlandırılmadan veya kaldırılmadan da elde edilebilecekse rüçhan hakkının kısıtlanması işleminde gereklilik şartının sağlanmadığı kabul edilmelidir⁷⁵.

Anonim şirketlerde gereklilik ilkesi uyarınca, gösterilen haklı sebebin şirketin menfaati, varlığı ve devamı için elzem ve objektif olarak geçerli olması şarttır⁷⁶. Bu gereklilik, amaç⁷⁷ yönünden yapılan bir denetimle anlaşılabilir⁷⁸. Bu anlamda şirket için tek veya en iyi ihtimal rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması ise bunun gerekli olduğu kabul edilecektir. Başka bir ifadeyle anonim şirketin menfaati gereği, pay sahiplerinin rüçhan hakkını sınırlandırmak ya da kaldırmaktan başka çare yoksa yahut da imkân dahilindeki en iyi seçenekse buna başvurulabilir⁷⁹. Netice olarak rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması her zaman “*ultima ratio*”

⁷¹ Cramer, OR Art. 652b, Nr. 52; Sickinger/ Kütke/ Schuppen/ Schaub, Mah AktR § 33 Rn. 98.

⁷² Yıldız, s. 291-292.

⁷³ Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 27; Bühler, s. 117; Akın, s. 30; Göksoy, s. 401; Yıldız, s. 287.

⁷⁴ Cramer, rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için gereklilik incelemesini, “orantılılık” başlığı altında yapılması kanaatindedir (Cramer, OR Art. 652b, Nr. 36-40).

⁷⁵ Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 63.

⁷⁶ Yıldız, Eşit İşlem, s. 155; Hermanns/ Henssler/ Strohn, AktG § 186, Rn. 12; Adıgüzel, s. 10.

⁷⁷ Belirtmek gerekirse; rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması ile güdülen amaca ulaşılabilmesi daha sonradan alınan kısıtlama kararının geçersizliğine sebep olmayacaktır (Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 146).

⁷⁸ Y. 11.HD., T. 28.10.2004, E. 2003/13782, K. 2004/10454.

⁷⁹ Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 102; Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 48; Bühler, s. 118; Adıgüzel, s. 10; Cramer, OR Art. 652b, Nr. 39; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 54; Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 63.

sayılmamaktadır⁸⁰.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması için gösterilen haklı sebebin gereklilik sınırına göre; bu kısıtlama, hedefe ulaşmak için en hafif⁸¹ ve en uygun araç olmalıdır⁸². Bu anlamda gereklilik ile orantılılık ilkelerinin haklı sebep yönünden yapılan değerlendirmede çok sıkı ilişkiye sahip olduğu söylenebilir⁸³.

C. Orantılı Olması

Anonim şirketlerde rüçhan hakkı sınırlandırılması ve kaldırılmasının orantılı yapılması şarttır⁸⁴. Bu şart, orantılılık ilkesinin (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) gereğidir. Dolayısıyla söz edilen kararın alınması, şirketin menfaatine ve gereklilik ilkesine uygun olsa bile orantılı olmak zorundadır⁸⁵. Amaç ve araç orantısının sağlanması halinde rüçhan hakkının sınırlandırılmasına ve kaldırılmasına karar verilebilir⁸⁶.

Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasında çoğunluğun suiistimalinin önüne geçilmesi açısından orantılılık şartı, merkezi öneme sahiptir. Bu anlamda rüçhan hakkı konusunda yapılacak kısıtlama için şu soruya olumlu cevap verilmesi şarttır; “Şirketin çıkarlarına uygun olan rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının mevcut pay sahiplerinin haklarının sınırlandırılması ile orantılı mıdır?”⁸⁷.

Yukarıda “anonim şirketin menfaati” konusunda bahsedildiği üzere; rüçhan hakkına yapılacak kısıtlama ne kadar ciddi olursa, bu konudaki şirket menfaati de o derece önemli olmalıdır. Görüldüğü üzere; bu değerlendirme,

⁸⁰ Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 102; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 54.

⁸¹ BGer, 4C.242/2001, Urteil vom 5. März 2003, E. 4.2 (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F05-03-2003-4C-242-2001&lang=de&type=show_document&zoom=YES&, Erişim Tarihi: 7.11.2020).

⁸² Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 27.

⁸³ Cramer, OR Art. 652b, Nr. 38.

⁸⁴ Hermanns/ Henssler/ Strohn, AktG § 186, Rn. 12; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 52; Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 28.

⁸⁵ Lambert/ Dieter, OR Art. 652b, Nr. 10; Cramer, OR Art. 652b, Nr. 1; Adıgüzel, s. 13.

⁸⁶ Schürnbrand/ Goette/ Habersack/ Kalss, AktG § 186, Rn. 103; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 54.

⁸⁷ Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 49; Apfelbacher/ Niggemann/ Holters, AktG § 186, Rn. 64.

bir yönüyle de haklı sebebin orantılı olması ile ilgilidir⁸⁸.

Cramer'e göre rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasının haklı sebebi incelenirken orantılılık konusunda, üç kriter yönünden değerlendirme yapılmalıdır. Bu kriterler; uygunluk, gereklilik ve rasyonelliktir⁸⁹. Ancak kanaatimizce gereklilik ilkesinin önemi ve bunun orantılılık ile arasındaki farklarından dolayı söz edilen ilkenin ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi gerekir. *Cramer*'in uygunluk kriterine göre, gösterilen sebebin genel kurul veya yönetim kurulunun amacı arasında bir uygunluğun olması gerekir. Örneğin şirketin birleşmesi haklı sebep olarak gösterilip rüçhan hakkı sınırlandırılmış veya kaldırılmışsa birleşme amacının devamlılığı şarttır⁹⁰.

Orantılılık ilkesi gereği olarak, rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması kararı şirket menfaatine olmakla birlikte pay sahiplerinden birine veya bazılarına zarar verecekse arzu edilen amaç için diğer ihtimaller değerlendirilmelidir. Bu ihtimaller, eğer daha az zararlı veyahut tamamen zararsızsa orantılılık ilkesine uygun olan, ikinci seçenektir⁹¹. Örneğin rüçhan hakkının sadece %10'luk kısmı sınırlandırılmış olmasına rağmen somut olayda öne sürülen sebep için sadece %5'lik oran yeterliyse buna uyulması zorunludur. Zira rüçhan hakkının sadece %5'lik sınırlandırılması yeteriyken bundan daha fazla bir orana karar verilmesi orantılılık ilkesine aykırıdır. Benzer şekilde, rüçhan hakkının sınırlandırılması ile karar için belirtilen sebebe ulaşmak mümkünken bunun kaldırılması orantılılık ilkesine aykırıdır. Yahut da borç alma imkânı varken bunun yerine sermaye artırımını ile istenilen finansal desteğe kavuşulacaksa burada rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması orantılılık ilkesine uygun değildir⁹².

Yukarıda belirtildiği üzere rüçhan hakkının kısıtlanması ile şirket menfaatinin derecesi doğru orantıdadır. Bu durumda çıkar çatışmaları, oy ve güç kaybı gibi hususlar birbiriyle orantılanıp rüçhan hakkı konusunda karar verilir. Bu durumda başka çözümler daha uygunsa rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasına karar verilemez⁹³.

⁸⁸ Hermanns/ Henssler/ Strohn, AktG § 186, Rn. 12; Koch/ Hüffer, AktG § 186, Rn. 28; Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 54; Sickinger/ Kühle/ Schuppen/ Schaub, Mah AktR § 33 Rn. 100.

⁸⁹ Cramer, OR Art. 652b, Nr. 36.

⁹⁰ Cramer, OR Art. 652b, Nr. 37.

⁹¹ Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 54; Yıldız, s. 293; Böckli, Nr. 256.

⁹² Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 48; Göksoy, s. 408; Adıgüzel, s. 14.

⁹³ Rieder/ Holzmann/ Grigoleit, AktG § 186, Rn. 54; Servatius/ Spindler/ Stilz, AktG § 186, Rn. 49.

SONUÇ

1. Anonim şirket menfaati, sosyal ya da ekonomik gerekçelerle; dürüstlük kuralına, gerekli, orantılı ve eşit işlem ilkesine uygun olarak rüçhan hakkının sınırlandırılmasını ya da kaldırılmasını haklı kılan objektif nedenlere kanaatimizce haklı sebep denir.

2. Anonim şirkette tüm pay sahipleri, rüçhan hakkını kullanırsa halka arzdan bahsedilemeyecektir. Ancak rüçhan hakkı nitelik olarak bir “hak” olduğundan bunun kullanılması zorunlu değildir. Bu nedenle pay sahiplerinin kullanmadığı rüçhan hakkı kapsamındaki payların halka arz edilmesi mümkündür. Bunun haricinde rüçhan hakkının tamamının kullanılması fiilen mümkün olmadığı bir miktarda sermaye artırımı yapılabilir. Şirket bununla hem mevcut hem de halka arz sonucunda müstakbel pay sahiplerinden finansal kaynak sağlamayı hedefleyebilir. Yapılan bu açıklamalar ışığında kanaatimizce halka arz için rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması şart değildir.

3. Hakkın kötüye kullanımı için evvela ortada hukuk düzenince verilen bir hakkın olması ve bunun dürüstlük kuralına aykırı kullanılması, neticede de zarar veya zarar görme tehlikesinin ortaya çıkması gerekir. Dolayısıyla rüçhan hakkının kötüye kullanımından bahsedebilmek için pay sahibinin rüçhan hakkını, TMK m. 2/1’ye aykırı kullanması şarttır. Ancak rüçhan hakkının kaldırılmasında, rüçhan hakkının kötüye kullanılmasından kanaatimizce mümkün değildir. Zira rüçhan hakkı kaldırıldığından bunun kötüye kullanımı söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle de kanaatimizce, rüçhan hakkının kaldırılmasında TMK m. 2/2’den bahsedilmesine imkân yoktur.

KAYNAKÇA

Adıgüzel B, “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, 2014, 18(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-48.

Akın Y M, “Kayıtlı Sermayede Rüçhan Hakkının Sınırlandırılması veya İlgilinin Bu Hakkı Kullanımdan Yoksun Bırakılmasındaki Kısıtlar”, 1995, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İÜHF s. 7-37.

- Akünel T, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı”, 1969, 3(5), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 257-278.
- Apfelbacher G/ Niggemann G, Aktiengesetz Kommentar (Hrsg. Holters W), 3. Auflage, CH Beck Verlag, 2017.
- Aytaç Z, “Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı”, 1985, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, s. 297-340.
- Azarkan N, Die Kapitalerhöhung in der AG nach deutschem und türkischem Recht, Dis., Peter Lang, 2008.
- Bahtiyar M, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, Beta Basım, 1996.
- Bilgili F/ Demirkapı E, Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Dora, 2013.
- Böckli P, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien - und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Schulthess, 2009.
- Bühler R, Kapitalerhöhung aus Eigenkapital nach Art. 652d OR, Dis., Universität St. Gallen, 2019.
- Cenkci E, “Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Sınırlandırılması Bağlamında Genel Kurulun Yetkileri -Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı”, 2016, 122, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 315-336.
- Cramer C, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR Die Aktiengesellschaft (Hrsg. Handschin L), 2. Auflage, Schulthess, 2016.
- Eminoğlu C, “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından Eşit Şartlarda Eşit İşlem İlkesi”, 2015, 1(1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, s. 79-88.
- Epçeli S, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’ nın Yeni Pay Alma Hakkı ile İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler”, 2010, 84(6), İstanbul Barosu Dergisi, s. 3589-3625.
- Göksoy C Y, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması”, 2003, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, s. 363-440.

- Grechenig K, Bezugsrechtsausschluss und Ausgabepreis nach Art. 652b OR, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW, Schulthess, 2008.
- Hermanns M, Gesellschaftsrecht (Hrsg. Henssler M/ Strohn L), 4. Auflage, 2019.
- Koch J/ Hüffer U, Aktiengesetz, 14. Auflage, CH Beck Verlag, 2020.
- Korkut Ö, “Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması”, 2007, 11(2), Çukurova Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, s. 1-9.
- Krämer, H J, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Organhaftung- in Abgrenzung zum Gesellschaftsinteresse und unter Berücksichtigung US- amerikanischer Rechtsprechung und Literatur, Tenea, Bayreuth, 2002.
- Müller W, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR (Hrsg. Roberto V/ Trueb H R), 2. Auflage, Schulthess, 2012.
- Lambert C/ Dieter G, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Hrsg. Kostkiewicz J K/ Wolf S/ Amstutz M/ Fankhauser R), 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016.
- Ott E, Das Bezugsrecht der Aktionäre, Diss., 1962.
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- Rieder M S/ Holzmann D, Aktiengesetz Kommentar (Hrsg. Grigoleit H C), CH Beck Verlag, 2013.
- Schaller P/ Kessler M A, Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR (Hrsg. Wimbmer J K) - Zürich, 2016.
- Schürnbrand J, Münchener Kommentar zum AktG (Hrsg. Göette W/ Habersack M/ Kalss S), Bd. 4, 4. Auflage, CH Beck Verlag, 2018.
- Servatius W, Kommentar zum Aktiengesetz (Hrsg. Spindler G/ Stilz E), Bd. 2, 4. Auflage, 2019.
- Sickingher M/ Kütke T, Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht (Hrsg.

Schüppen M/ Schaüb B), 3. Auflage, CH Beck Verlag, 2018.

Şener O H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Üçışık G/ Çelik A, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Adalet Yayınevi, 2013.

Yıldız Ş, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler”, 2012, 18(2), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 809-818 (anılış: Yıldız, Değişiklikler).

Yıldız Ş, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, Beta Basım, 1996.

Yıldız Ş, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, 2004 (anılış: Yıldız, Eşit İşlem).

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN SÖZLEŞMEYLE BAŞKA BİR MAL REJİMİNİN KABULÜ İLE SONA ERMESİ HÂLİNDE ARTIK DEĞERE KATILMA ESASINI DEĞİŞTİREN ANLAŞMALARIN GEÇERLİLİĞİ

Özgür GÜVENÇ*

Ayşe Nur Merve YAZICI**

ÖZ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler, TMK m. 237/I uyarınca, bir mal rejimi sözleşmesi akdederek artık değere katılma esasını değiştirebilirler. Fakat TMK m. 238'de, mal rejiminin boşanma, evliliğin iptali veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş yoluyla sona ermesi hâlinde, eşler tarafından açıkça aksi kararlaştırılmadığı sürece, anlaşmanın uygulanmayacağı düzenlenmiştir. TMK m. 238'in amacı, katılma esasını değiştiren anlaşmayla diğer eşe kazandırmada bulunan eşin farazî iradesinden doğan menfaatinin korunmasıdır. Bu farazî irade, mal rejiminin arzulanmayan, olağandışı sebeplerle sona ermesi hâlinde, anlaşmanın geçersiz olması yönündedir. Sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü ise, olağandışı ya da arzulanmayan bir sona erme sebebi teşkil etmediğinden, anılan ihtimalde TMK m. 238'in kıyasen uygulanmasını gerektiren bir farazî iradenin mevcudiyetinden söz edilemez. Dolayısıyla, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde artık değere katılma oranını değiştiren anlaşmalar kural olarak geçerliliğini korur.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejimi sözleşmesi, artık değer, katılma esas, katılma alacağı

THE VALIDITY OF THE AGREEMENTS THAT CHANGE THE PRINCIPLE OF PARTICIPATION IN THE SURPLUS IN THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY IN CASE OF THE ACCEPTANCE ANOTHER PROPERTY REGIME BY CONTRACT

ABSTRACT

According to the TMK Art. 237 Abs. 1, spouses in the regime of participation in acquired property can change the principle of participation in the surplus by

* **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı / ANKARA e-posta: ozgur.guvenc@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8684-5415

** **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı / ANKARA e-posta: ayse.yazici@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6758-5144

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018670

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/04/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14/09/2021

concluding a marital agreement. However, in TMK Art. 238, it is provided that in case the property regime ends through divorce, annulment of marriage or separation of property by court order, the agreement shall not be applied unless otherwise agreed between spouses. The purpose of TMK Art 238 is to protect the interest of the spouse arising from her/his hypothetical will, who provides a benefit for the other spouse by means of the agreement for changing the principle of participation. This hypothetical will arises in the direction of the invalidation of the agreement, in case the property regime ends due to undesirable, extraordinary reasons. Since the acceptance of another property regime by contract does not constitute an extraordinary or undesirable reason for termination, it cannot be claimed that there exists a hypothetical will that requires the application of TMK Art. 238 by analogy in this case. Accordingly, in case of transition to another property regime by contract, agreements that change the principle of participation in the surplus remain valid as a rule.

Keywords: *The regime of participation in acquired property, marital agreement, surplus, principle of participation, participation claim*

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu, evlilik birliği süresince uygulanacak mal rejimleri bakımından eşlerin sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandırmıştır. Gerçekten TMK m. 203 c. 2'ye göre, “*Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler*”. Bu çerçevede eşler, tipe bağlılık ilkesi uyarınca ancak edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı, paylaşımlı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinden birisini seçme imkânına sahiptirler. Yine eşlerin her bir mal rejimi için Kanun'da öngörülmüş olan esaslardan ayrılmaları, ancak Kanun buna izin verdiği sürece mümkün olur.

Kanunî mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde kanun koyucunun eşlere sözleşmeyle değiştirme imkânı tanıdığı esaslardan biri, artık değere katılma esasıdır. TMK m. 236/I'de eşlerin birbirlerinin artık değerlerine 1/2 oranında katılacakları öngörülmekle birlikte, TMK m. 237/I'de eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir esas kararlaştırmalarına izin verilmiştir. Fakat kanun koyucu bu anlaşmaların her durumda geçerli olmayacağını öngörmüştür. TMK m. 238'e göre mal rejiminin evliliğin iptali, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş yoluyla sona ermesi hâlinde, eşler mal rejimi sözleşmesinde açıkça aksini kararlaştırmadıkları sürece anlaşma geçersizlik yaptırımıyla karşılaşır. Evliliğin ve dolayısıyla mal rejiminin

arzulanan sona erme nedeni olan eşlerden birisinin ölümü ihtimalinde ise, TMK m. 237/I çerçevesinde yapılan katılma esasının değişikliğine yönelik anlaşmanın geçerli olacağına tereddüt yoktur. Fakat Kanun, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerin sözleşmeyle başka bir mal rejimini kabul etmeleri suretiyle sona ermesi hâlinde anlaşmanın geçerliliğine ilişkin açık bir düzenleme içermemektedir. Bu çalışmada, anılan ihtimalde katılma esasını değiştiren mal rejimi sözleşmesinin akıbeti incelenecektir.

I. ARTIK DEĞERE KATILMA ESASININ DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN ANLAŞMALAR

A. Genel Olarak

Mal rejiminin sona erme halleri TMK m. 225'te iki ayrı fıkra ile düzenlenmiştir. Birinci fıkrada olağan sona erme sebepleri olan ölüm ve başka bir mal rejiminin kabulü yer almaktadır. İkinci fıkrada ise, dava yoluyla sona erme sebepleri olan, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesi ile mahkemece mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâlleri düzenlenmiştir¹. Mal rejiminin bu sona erme sebeplerinden birisi ile sona

¹ Sona erme sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Turgut Akıntürk / Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017, s. 161-163; Mustafa Dural / Tufan Öğüz / Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018, N. 1110-1118; Ömer Uğur Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 420-439; Mustafa Alper Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, 2008, s. 283-287; Ahmet M. Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Turhan Kitabevi, 2002, s. 18-20; Ahmet M. Kılıçoğlu, Katkı - Katılma Alacağı, 7. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s. 91 vd.; Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)”, 2016, 11(1), ERÜHFD, s. 231 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/425096>> Erişim Tarihi 15.02.2021; H. Tolunay Ozanemre Yayla / Gamze Turan: “Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 1091; Demet Özdamar / Ferhat Kayış / Burcu Yağcıoğlu / Aliye Akgün, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 63-65; Miray Özer Deniz, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 25-33; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 519-523; Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007, s. 83 vd.; Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 141 vd.; Şükran Şıpka / Ayça Özdoğan, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2-11; Zafer Zeytin / Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 186. Her bir sona erme sebebi bakımından sona erme anına ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bkz. Metin Pehlivan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Erme Sebepleri ve Sona Erme Anının Önemi”, 2017, 6(2), Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 73-80, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/344262>> Erişim Tarihi 15.02.2021. Sona erme sebeplerinin, “ tarafların iradelerine bağlı olan sebepler” ve “irade dışı sebepler”

ermesinin ön sonucu mal rejiminin tasfiye edilmesi gerekliliğinin doğmasıdır².

Tasfiye aşamasında katılma alacağı miktarının tespiti için artık değer hesaplamasının yapılması gerekmektedir. Artık değer hesaplamasına ilişkin temel kurallar TMK m. 231’de ifade edilmiştir. TMK m. 231/I uyarınca, eşlerin, gerektiğinde eklenecek değerlerin eklenmesi ve denkleştirmenin gerçekleştirilmesi neticesinde bulunan edinilmiş mallarından, edinilmiş mallara ilişkin borçlarının çıkarılması sonucu artakalan miktar artık değeri oluşturur. Artık değer hesabı her eş için ayrı ayrı yapılır.

Rejimin tasfiyesi sonunda eşlerden her birinin (veya eşlerden birisi ölmüşse mirasçılarının) artık değerden alacağı paya, artık değere katılma oranı; her bir eşin (veya mirasçılarının) diğer eşin artık değeri üzerinde katılma oranında sahip olduğu alacak hakkına ise -artık değere- katılma alacağı adı verilir³. Katılma alacağı kural olarak mal rejiminin sona ermesi anında doğar; tasfiye sözleşmesinin kurulmasıyla veya mahkemece yapılacak tasfiyenin tamamlanmasıyla muaccel olur⁴.

şeklinde sınıflandırılışı için bkz. Ziya Gökçe, “Edinilmiş Mallara Katılma”, 2016, 65(4), AÜHFD, s. 3469-3490, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621838>>, Erişim Tarihi 15.02.2021.

² Akıntürk/Ateş, s. 152; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1119; Gümüş, s. 287, 288; Heinz Hausheer / Ruth Reusser / Thomas Geiser, Berner Kommentar, Bd. II/1/3/1, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Kommentar zu Art. 196-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 1992, Art. 204, N. 12.

³ Bkz. ve karşı. Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri - Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 342; Akıntürk/Ateş, s. 172; Gençcan, s. 879; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 266.

⁴ Bkz. ve karşı. Mehmet Beşir Acabay: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, 2007, 9(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, s. 493, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/756831>> Erişim Tarihi 15.02.2021; Acar, s. 339, 354, 355; Hüseyin Hatemi / Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, § 9, N. 43; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 204, N. 11, Art. 215, N. 20; Marlies Näf-Hofmann / Heinz Näf-Hofmann, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, N. 718,720; Sarı, s. 102, 103, 247; Zarife Şenocak, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, 2009, 58(2), AÜHFD, s. 387, <<https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0006596&lng=0>> Erişim Tarihi 15.02.2021; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 161, 290-292; Şükran Şıpka, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 842-844. Tasfiyenin dava yoluyla gerçekleştirildiği ihtimalde, katılma alacağının tasfiye davası sonucunda verilen kararın kesinleşmesiyle doğacağı ve muaccel olacağı yönünde ise bkz. Murat Doğan / Emre Köroğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının Niteliği”, 2019, 1(1 - Özel Hukukun Güncel

Artık değere katılma esasını belirlerken kanun koyucu “*Kanuna göre*” ve “*Sözleşmeye göre*” şeklinde ikili bir ayırım yapmıştır. “*Kanuna göre*” başlıklı TMK m. 236/I uyarınca, her eş veya mirasçısı, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olur. Böylece kanunî katılma oranı 1/2 olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, katılma oranına ilişkin bu düzenleme emredici değil, tamamlayıcı niteliktedir⁵. Anılan düzenleme, eşler bir mal rejimi sözleşmesiyle başka bir katılma esasını veya oranını kararlaştırmamışlarsa uygulama alanı bulur⁶. Nitekim “*Sözleşmeye göre*” başlıklı TMK m. 237/I’de bu hususa yer verilmiş ve eşlerin artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesi ile başka bir esas kabul edebilecekleri öngörülmüştür⁷. Böylece, Kanun’da tayin edilen katılma oranının somut olayda tarafların menfaat durumuna uygun düşmemesi ihtimalinde, eşlerin bu orandan ayrılarak kendi menfaat dengelerini tesis etmelerine izin verilmiştir⁸. Bu doğrultuda mal rejimi

Meseleleri Sempozyumu I - Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 283 vd.; Gümüş, s. 288 (özellikle dn. 274), 380, 381, 388. Doktrinde katılma alacağının tasfiyenin tamamlanmasıyla muacceliyet kazanmasına dayanak olarak, aksine anlaşma bulunmadıkça katılma alacağına ve değer artış payına tasfiyenin sona ermesinden başlayarak faiz yürütüleceğini öngören ZGB Art. 218 Abs. 2 (TMK m. 239/III) hükmüne işaret edilmektedir. Bkz. Acar, s. 354, 355; Gümüş, s. 388; Heinz Hausheer / Regina E. Aebi-Müller, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Kommentar zu Art. 181-251 ZGB, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, Art. 215, N. 12; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 215, N. 20; Cyril Hegnauer / Peter Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2000, N. 26.83. Alacağın mal rejimi sona erdiği anda muaccel olacağı ve belirsiz olacak davasına konu edilebileceği yönünde ise bkz. Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, N. 579-589; ayrıca karşı. Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 160 vd..

⁵ Regina E. Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2007, N. 06.04; Akıntürk/Ateş, s. 172; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 215, N. 2; Alexandra Jungo, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 216, 217, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 216, 217, N. 1; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2019, s. 349; Öztan, s. 537; Sarı, s. 229; Muzaffer Şeker, Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Verlag H. J. Maurer, 2006, s. 265; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 266; Zeytin, N. 705.

⁶ Akıntürk/Ateş, s. 172; Zeytin/Ergün, s. 189, 190.

⁷ Artık değere katılma esasını değiştirme amacıyla yapılan anlaşmalar mal rejimi hukuku içerisinde sözleşme özgürlüğünün uzantılarından birini oluşturur. Bkz. Şenocak, s. 390.

⁸ Edinilmiş mallara katılma rejiminin ve dolayısıyla ZGB Art. 216 ve Art. 217 düzenlemelerinin İsviçre Medenî Kanunu’na dâhil olmasının dayanağını oluşturan 05.01.1984 tarihli Federal Kanun’a ilişkin tasarıdaki madde gerekçesinde, eşlere tanınan bu imkâna açıkça vurgu yapılmıştır. Bkz. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1321, 1322. Ayrıca bkz. ve karşı. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 1; Hausheer/

sözleşmesiyle, sadece bir eşin değerinin artık değerine veya eşlerin her ikisinin de birbirlerinin artık değerine 1/2 dışında bir oran üzerinden katılması kararlaştırılabilir⁹. Yine, eşlerin katılma alacaklarının oran yerine sabit bir meblağ olarak belirlenmesi de, TMK m. 237/I çerçevesinde geçerli kabul edilmelidir¹⁰.

B. Artık Değere Katılma Esasının Değiştirilmesine İlişkin Anlaşmaların Geçerliliğinin Kanunî Sınırları

Eşler arasında TMK m. 237/I çerçevesinde yapılan artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçerliliği, kanun koyucu tarafından bazı hâllerde sınırlandırılmıştır¹¹. İlk sınır, TMK m. 238 hükmüyle düzenlenmiştir¹². Hükme göre, evliliğin iptali, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş gibi, mal rejiminin dava yoluyla sona erdiği hâllerde¹³, Kanun'daki artık

Reusser/Geiser, Art. 216, N. 8; Náf-Hofmann/Náf-Hofmann, N. 1806; Öztan, s. 538; Şenocak, s. 389.

⁹ Aebi-Müller, N. 06.05, 06.06; İpek Betül Aldemir, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 74, 75; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1232; Gümüş, s. 383; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 17; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 14; Jungo, Art. 216, 217, N. 4; Isabelle Nuspliger, Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 216, 217, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 216, N. 1; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 115; Alexandra Rumo-Jungo, "Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen", 2007, successio, s. 158; Daniel Steck / Roland Fankhauser, FamKommentar, Scheidung, Bd. I: ZGB, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 196-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2017, Art. 216, N. 10; Şeker, s. 266; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 280; Zeytin, N. 712.

¹⁰ Aynı yönde bkz. Aebi-Müller, N. 06.07; Aldemir, s. 75, 76; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1232; Gümüş, s. 383; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 18; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 15; Jungo, Art. 216, 217, N. 4; Nuspliger, Art. 216, N. 1; Sarı, s. 235, 236; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 10; Şeker, s. 266; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 280; Zeytin, N. 712. Ayrıca eşlerden birisi ya da her iki eş birden, bu anlaşmayla gelecekte doğacak katılma alacağından önceden vazgeçebilir. Eşlerin belirledikleri esasları şarta bağlamaları da mümkündür. Mal rejimi sözleşmesiyle yapılabilecek farklı düzenlemelere ilişkin bkz. Aebi-Müller, N. 06.05 vd.; Aldemir, s. 74-80; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1232, 1245; Gençcan, s. 1211; Gümüş, s. 383; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 16-23; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 14-19; Hegnauer/Breitschmid, N. 26.76, 26.78; Jungo, Art. 216, 217, N. 4; Nuspliger, Art. 216, N. 1; Öztan, s. 538-540; Sarı, s. 234 vd.; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 10; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 280; Şeker, s. 266; Şenocak, s. 392-395; Zeytin, N. 712.

¹¹ Bkz. ve karşı. Náf-Hofmann/Náf-Hofmann, N. 1807 vd.; Şenocak, s. 390-392; Zeytin, N. 710.

¹² Bu yönüyle TMK m. 238, eşlere TMK m. 237/I'de tanınan sözleşme özgürlüğünün bir sınırını oluşturmaktadır. Bkz. Akıntürk/Ateş, s. 173; Özer Deniz, s. 96, 97.

¹³ Mal rejiminin gaiplik nedeniyle mahkeme kararıyla sona ermesi hâlinde TMK m. 238

değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı bir esas öngören anlaşmalar, eşler sözleşmede bunun aksini açıkça¹⁴ kararlaştırmış olmadıkça geçersizlik yaptırımıyla karşılaşır.

Eşlerin artık değere katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmalarının geçerliliğine getirilen bir başka sınır ise, TMK m. 237/II’de yer almaktadır. Hükümde, anılan anlaşmaların eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği öngörülmüştür. Burada kanun koyucu tarafından, eşlerin sadece ortak olmayan çocuklarına ve onların altsoyuna sağlanan bir koruma söz konusudur. Bu doğrultuda, katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmalarla yapılan kazandırma, anılan kişilerin saklı paylarını ihlâl ettiği ölçüde tenkise tâbi olur¹⁵. Eşlerin ortak olmayan çocukları

uygulanmaz ve katılma oranını değiştiren anlaşma geçerliliğini korur. Bkz. Gümüş, s. 387; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 5; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 204, N. 15, Art. 217, N. 10; Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Nuspliger, Art. 217, N. 2; Steck/Fankhauser, Art. 217, N. 1; Zeytin, N. 731.

¹⁴ Katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmanın TMK m. 238’de düzenlenen hâllerde de uygulanabilmesi için, TMK m. 238’de de net biçimde ifade edildiği üzere, eşlerin bu yöndeki iradesinin açık olması şarttır. Bu çerçevede, mal rejimi sözleşmesinden, anlaşmanın hangi sona erme hâllerinde uygulanacağı tereddüde yer bırakmayacak biçimde anlaşılmalıdır. Bkz. Acar, s. 121; Gümüş, s. 387; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 12; Nuspliger, Art. 217, N. 1; Sarı, s. 233; Steck/Fankhauser, Art. 217, N. 4; Şenocak, s. 389. Bununla birlikte doktrinde, eşlerin anlaşmanın uygulanacağı hâl olarak TMK m. 238’deki hâllerden birini, örneğin sadece boşanmayı zikrettikleri ihtimalde, anlaşmanın hükümde sayılan diğer hâllerde de uygulanacağını karineten kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 12; Näf-Hofmann/Näf-Hofmann, N. 1913. Aksi görüşte bkz. Gümüş, s. 387; Sarı, s. 233.

¹⁵ Aynı yönde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1233; Mustafa Dural / Turgut Öz, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, 2015, N. 1092; Gümüş, s. 386; Hausheer/Aebi-Müller Art. 216, N. 32; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 43 vd.; Öztan, s. 540-542; Özer Deniz, s. 97; Paul Piotet, Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, s. 167; Wolfgang Portmann, “Pflichtteilsschutz bei Errungenschaftsbeteiligung - Schnittstelle zwischen Erbrecht und Eheerbrecht”, 1997, recht, s. 11; Sarı, s. 239 vd.; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 18; Şenocak, s. 396 vd.; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 277, 283; Şükran Şıpka / Hasan Ali Kaplan, “4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy’a Etkisi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 272; Daniel Trachsel, “Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a”, 2013, AJP, s. 172; Peter Tuor / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid / Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2009, § 32, N. 25; Mustafa Fadıl Yıldırım, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki”, 2019, 1(1 - Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I - Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 247, 248; Zeytin, N. 723. Acar da, burada kanuna karşı

ve onların altsoyları, bahsi geçen anlaşmalar yüzünden saklı paylarının zedelenmesi ihtimalinde tenkis davası açarak, anlaşmayı saklı payları ölçüsünde etkisiz kılabilirler.

II. İSVİÇRE VE TÜRK DOKTRİNLERİNİN SÖZLEŞMEYLE BAŞKA BİR MAL REJİMİNİN KABULÜ HÂLİNDE KATILMA ESASINI DEĞİŞTİREN ANLAŞMALARIN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMI

A. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 238. maddesinde (ZGB Art. 217), evliliğin iptali, boşanma ve mahkeme kararıyla mal ayrılığı rejimine geçilmesi hâlleri bakımından artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların akıbeti açıkça tayin edilmiştir. TMK m. 237/II'de (ZGB Art. 216 Abs. 2) anılan anlaşmaların eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve bunların altsoylarının "saklı paylarına" etkisinden söz edilmesi, aynı maddenin birinci fıkrası doğrultusunda yapılan bu anlaşmaların evliliğin ölümle sona ermesi hâlinde geçerli olacağının açık göstergesidir¹⁶. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere, mal rejimlerinin sona erme sebepleri bu dört hâlle sınırlı değildir. Bir başka sona erme sebebi teşkil eden, eşlerin sözleşmeyle başka bir mal rejimini seçmeleri ihtimalinde, katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların nasıl etkileneceği hakkında açık bir kanunî düzenleme sevk edilmemiştir. Kanun koyucunun bu konudaki yargısını açıkça ortaya koymamış olması, konuyu doktrinde tartışmalı hâle getirmiştir. İsviçre ve Türk doktrinlerinde, konuya ilişkin iki farklı görüşün ileri sürüldüğü göze çarpmaktadır. Bu noktada, İsviçre ve Türk doktrinlerindeki mevcut durum inceleme konusu yapılacaktır.

C. İsviçre Doktrininin Konuya Yaklaşımı

TMK m. 237 ve 238 düzenlemelerinin mehzaz kanundaki karşılığını, ZGB Art. 216 ve 217 oluşturmaktadır. ZGB Art. 216'nın kenar başlığı, TMK m. 237 ile aynıdır ve "Genel Olarak (*Im Allgemeinen*)" biçimindedir. TMK m. 238'e karşılık gelen ZGB Art. 217'nin kenar başlığında ise, TMK m. 238'in başlığında bulunan boşanma, iptal ve mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş ek olarak "ayrılık (*Trennung*)" kavramına da yer verilmiştir. Ancak mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimine geçiş hâli ZGB Art. 217'de de açıkça düzenlenmemiştir. Bu açıdan, Türk hukukundaki sorun İsviçre hukuku bakımından da gündeme gelmektedir.

hilenin söz konusu olduğu ve bu nedenle dolanılan hükümler olan TMK m. 505 ve m. 506'nın yaptırımının uygulanacağı gerekçesiyle aynı görüştedir. Bkz. Acar, s. 124, 125.

¹⁶ Karş. Acar, s. 121.

1. Hâkim Görüş: Anlaşmaların Kural Olarak Geçersiz Olması

İsviçre doktrininde hâkim durumda bulunan görüş¹⁷, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimine geçişin kararlaştırılması ihtimalinde ZGB Art. 217'nin kıyasen uygulanması gerektiğini öne sürmektedir. Bu çerçevede, edinilmiş mallara katılma rejimi sözleşmeyle başka bir mal rejiminin seçilmesi suretiyle sona erdiğinde, eşler aksini kararlaştırmadığı sürece katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçersiz olacağı kabul edilmektedir.

İsviçre doktrinindeki hâkim görüşü savunan yazarların, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimine geçilmesi hâlinde ZGB Art. 217 Abs. 1'in kıyasen uygulanmasını çeşitli gerekçelere dayandırdıkları görülmektedir. Bu yargının temelinde her şeyden önce, ZGB Art. 216'nın mal rejiminin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi ihtimali dikkate alınarak yapılan bir düzenleme olduğu düşüncesi yatmaktadır¹⁸. Buna göre, ZGB Art. 216 uyarınca yapılan katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşmalar, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, sadece eşlerden birinin ölümü hâlinde geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurabilir. Zira böyle bir anlaşma, nihayetinde eşlerden birisinin diğeri lehine yaptığı karşılıksız bir kazandırmadan ibarettir¹⁹. Mal rejiminin ölümle değil de, evliliğe ilişkin ortaya çıkan fiilî ya da hukukî sorunlar nedeniyle mahkeme kararıyla sona ermesi durumunda, aksine açık bir irade ortaya koyulmadığı sürece, eşlerin farazî iradesi anılan anlaşmanın geçersiz kılınması şeklinde tezahür eder²⁰. Ölüm dışındaki tüm hâllerde, anılan farazî irade doğrultusunda bu esas geçerli olmalı ve katılma alacağının belirlenmesinde ZGB Art. 215 Abs. 1 uyarınca kanunî katılma oranı olan 1/2 uygulanmalıdır.

İsviçre doktrinindeki genel eğilime göre, eşlerin bir mal rejimi sözleşmesi akdederek başka bir mal rejimine geçmesi hâlinin ZGB Art. 217'nin uygulama

¹⁷ Bu yönde bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 6; Hegnauer/Breitschmid, N. 26.77; Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Nuspliger, Art. 217, N. 1; Roland Pfäffli, "Die Meistbegünstigung des Ehegatten nach Güterrecht und Erbrecht", 1996, 92, SJZ, s. 6; Steck/Fankhauser, Art. 217, N. 3; Şeker, s. 268.

¹⁸ Bu yönde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 1; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 8, 16; Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Nuspliger, Art. 217, N. 1.

¹⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 8. Piotet de, hâkim görüşe taraftar olmamakla birlikte, bahis konusu anlaşmaların bir eş tarafından diğer eşe yapılmış karşılıksız bir kazandırma içerdiğini belirtmektedir. Bkz. Piotet, s. 166, 167. Türk hukuku bakımından aynı doğrultuda bkz. Sarı, s. 232, 240; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 286; Zeytin, N. 720.

²⁰ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 8.

alanına dâhil edilmemesi, bu durumda ZGB Art. 217'nin öngördüğü sonuçtan ayrılmayı gerektirmez. Zira düzenlemede anılan ihtimale yer verilmemesi, kanun koyucunun bu durumda katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçerli olmasını arzulamasından kaynaklanmamaktadır. Daha ziyade söz konusu durumun sebebi, burada kanun koyucu tarafından, eşlerin başka bir mal rejimini seçmek amacıyla akdettikleri sözleşmede edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin ne şekilde yapılacağı üzerinde anlaşacaklarının varsayılmasıdır²¹. Eşlerin tasfiyeye ilişkin böyle bir anlaşması öncelikle uygulanacağından, anılan ihtimalde daha önce yapılan katılma esasının değiştirilmesine yönelik anlaşmanın geçerli olup olmayacağı sorunu kendiliğinden ortadan kalkar. Diğer yandan, çoğu zaman, ya seçilen yeni mal rejiminin geçmişe etkili olarak, yani evliliğin başından itibaren geçerli olacağı kararlaştırılmakta ya da katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşma doğrudan “sağ kalan eş” lehine yapılmaktadır. İlk durumda edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi hiç gerçekleşmeyeceğinden²², ikinci durumda ise anlaşmanın sadece ölüm hâline özgü niteliği açıkça görüldüğünden, bahis konusu sorun gündeme gelmemektedir²³. Uygulamada sorunun ortaya çıkma ihtimalinin azlığı, ZGB Art. 217'de sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin açıkça zikredilmemesinin bir diğer sebebi olarak değerlendirilmektedir. Hâkim görüşe göre, anılan gerekçelerle, kanun koyucunun ZGB Art. 217'de sözleşmeyle başka bir mal rejiminin seçilmesi hâlini açıkça zikretmemiş olması, ZGB Art. 217'nin bu hâlde kıyasen uygulanmasının önünde engel teşkil etmemektedir.

Diğer yandan İsviçre doktrininde, hâkim fikre gerekçe olarak ZGB Art. 216 ve Art. 217'nin kanunlaşması²⁴ sürecindeki gelişmelere de işaret edilmektedir²⁵. Bu hususta bilhassa, İsviçre Medenî Kanunu'nda yapılacak değişiklik için 1973-1976 yılları arasında faaliyet gösteren Uzmanlar Komisyonu'nun (*Expertenkommission*) çalışmalarından çıkarım yapılmaktadır. Şöyle ki,

²¹ Bkz. ve karşı. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 6; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11. Ayrıca karşı. Şeker, s. 268.

²² Karşı. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 6.

²³ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

²⁴ Edinilmiş mallara katılma rejimi, İsviçre Medenî Kanunu'na, 05.10.1984 tarihli Federal Kanun'la yapılan değişiklikler neticesinde, bu değişikliklerin yürürlük tarihi olan 01.01.1988'de dâhil olmuştur. İsviçre Medenî Kanunu'nu değişikliğe uğratan 05.10.1984 tarihli Federal Kanun (Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht], Änderung vom 5. Oktober 1984) için bkz. BBl 1984 III 19 vd.. Anılan değişikliklere ilişkin madde gerekçeleri için bkz. BBl 1979 II 1191 vd..

²⁵ Bu yönde gerekçelendirme için bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

Komisyon'un ilk ön tasarılarında katılma esasını değiştiren anlaşmaların "mal rejiminin ölüm dışındaki hâllerle sona ermesi" ihtimalinde uygulanmayacağı öngörülmüşken, sonraları anlaşmanın uygulanmayacağı hâllerin tek tek sayılması yoluna gidilmiştir²⁶. Hâkim fikirdeki yazarların bir kısmı, bu değişikliğin hükümde açıklığın sağlanması adına yapıldığı ve esasa etkili bir değişiklik içermediği iddiasındadır²⁷. Bu iddia doğrultusunda hükmün nihâî hâli, anılan yazarlarca ilk ön tasarılarında öngörülen düzenlemeye uygun olarak yorumlanmakta ve ölüm dışındaki tüm sona erme ihtimalleri ZGB Art. 217'nin uygulama alanına dâhil edilmektedir²⁸.

Son olarak İsviçre doktrinindeki bir grup yazar, yukarıda anılan hâkim fikre dayanak olarak, şüphe hâlinde daima kanunî orana bağlı kalınması gerekliliğini göstermektedirler²⁹. Buna göre, eşler yeni mal rejimini seçmek amacıyla akdettikleri mal rejimi sözleşmesinde edinilmiş mallara katılma rejiminin hangi katılma esasına göre tasfiye edileceğini kararlaştırmamışlarsa, burada uygulanacak oran bakımından bir şüphe söz konusu olmaktadır. Şüphenin varlığı Kanun'un öngördüğü kurala bağlı kalınmasını gerektirir. Bu doğrultuda tasfiye, TMK m. 215/I'deki 1/2'lik katılma oranı uygulanarak gerçekleştirilir.

2. Azınlık Görüşü: Anlaşmaların Kural Olarak Geçerliliğini Koruması

İsviçre'de savunulan azınlık görüşüne³⁰ göre ise, artık değere katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların eşler tarafından aksi kararlaştırılmadıkça geçersiz olması, ZGB Art. 217'de açıkça zikredilen boşanma, ayrılık, evliliğin iptali veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş hâllerine özgü bir durumdur. Bu nedenle anılan anlaşmalar, mal rejiminin eşlerden birinin ölümü veya sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş suretiyle sona ermesi hâlinde kural olarak geçerli olur. Görüldüğü üzere azınlık görüşü, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimaline mal rejiminin ölümle sona ermesiyle aynı sonucu bağlamakta, söz konusu ihtimali ZGB Art. 217'nin uygulama alanı dışında tutmaktadır.

²⁶ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 4. Hükmün İsviçre hukukundaki kanunlaşma sürecine ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. aşa. IV, A, 2.

²⁷ Bu yönde bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 4.

²⁸ Bu yönde değerlendirme için bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

²⁹ Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

³⁰ Piotet, s. 166, 167.

D. Türk Doktrininin Konuya Yaklaşımı

Türk doktrininin artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalara olan yaklaşımı da, büyük oranda İsviçre doktriniyle paralellik göstermektedir. İsviçre doktrinindeki baskın görüş, Türk doktrinindeki yazarların çoğunluğu tarafından da, benzer gerekçelerle benimsenmiştir. Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde katılma esasını değiştiren anlaşmaların kural olarak geçerli olacağı ise, yine azınlık görüşü olarak savunulmaktadır.

1. Hâkim Görüş: Anlaşmaların Kural Olarak Geçersiz Olması

Türk doktrinindeki yazarların önemli bir kısmı³¹, TMK m. 237/1 hükmü çerçevesinde yapılan anlaşmaların eşler aksini kararlaştırmasalar dahi geçerli kabul edilmesinin, yalnızca mal rejiminin ölümle sona ermesi hâline özgü bir durum olduğu görüşündedirler. Aralarında sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin de bulunduğu, ölüm dışındaki tüm sona erme sebepleri, bu çerçevede TMK m. 238'deki esasa tâbi tutulmaktadır. Böylece, edinilmiş mallara katılma rejiminin sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçme suretiyle sona ermesi ihtimalinde, katılma esasını değiştiren anlaşmanın geçerli olabilmesi için, eşlerin bunu mal rejimi sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış olmaları şart koşulmaktadır.

Anılan görüşteki yazarların bir kısmı³², görüşlerini gerekçelendirmek amacıyla, İsviçre doktrinindeki argümanlardan yararlanmaktadırlar. Buna göre, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin TMK m. 238'de zikredilmemesinin sebebini, eşlerin sözleşmeyle seçimlik mal rejimlerinden birini seçmeleri hâlinde tasfiyenin nasıl yapılacağı hususunda anlaşacaklarının varsayılmasında aramak gerekir. Diğer yandan artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalar, genellikle sağ kalan eş lehine yapılmaktadır ve bu nedenle mal rejiminin ölümle sona ermesine ilişkindir. Bu nedenle,

³¹ Bu yönde bkz. Acar, s. 121; Aldemir, s. 73; Şamil Demir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması", 2014, 1, Ankara Barosu Dergisi, s. 266, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398147>> Erişim Tarihi 01.04.2021; Tuba Birinci Uzun, "Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi", 2018, 9(1), İnÜHFD, s. 111, 112, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/455796>> Erişim Tarihi 01.04.2021; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1234-1235; Gümüş, s. 382; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 116; Özer Deniz, s. 96; Öztan, s. 538; Şeker, s. 268; Şenocak, s. 389; Zeytin, N. 732, 733. Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde kanunî paylaşım oranının uygulanacağını Kanun'da açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı yönünde ayrıca bkz. Aldemir, s. 74.

³² Bu yönde bkz. Zeytin, N. 732.

ölüm dışındaki tüm sona erme sebepleri yönünden TMK m. 238'deki esas uygulanmalıdır.

Diğer bir kısım yazar³³ ise, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm dışındaki tüm sona erme sebepleri yönünden TMK m. 238'in uygulanacağı sonucuna, TMK m. 237/II'den hareketle varmaktadır. Bu düşünceye göre, TMK m. 237/II'de saklı payın zedelenmesinden söz edilmesi, TMK m. 237/I'de düzenlenen sözleşme özgürlüğünün mal rejiminin ölümle sona ermesi ihtimaline ilişkin olduğunun dolaylı bir göstergesini teşkil etmektedir³⁴. Ölüm dışındaki sona erme sebepleri yönünden de eşlerin artık değere katılma esasını değiştirme özgürlüğü bulunmakla birlikte, TMK m. 238 uyarınca eşlerin sözleşmede bunu açıkça kararlaştırmaları şarttır³⁵.

3. Azınlık Görüşü: Anlaşmaların Kural Olarak Geçerliliğini Koruması

Türk doktrininde savunulan azınlık görüşü³⁶ de, İsviçre doktrinindeki azınlık görüşüne paralel olarak, sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü ihtimalinde artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların -eşlerin bu anlaşmaların geçerli olacağını açıkça kararlaştırmaları gerekmeksizin- geçerli olacağı yönündedir. Görüşe göre, eşler anlaşmanın TMK m. 238'de zikredilen hâllerde de geçerliliğini koruyacağını açıkça kararlaştırmadıkları sürece söz konusu anlaşmalar, sadece mal rejiminin eşlerden birinin ölümü veya sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçilmesi yoluyla sona ermesi hâllerinde uygulanır. Bu görüşe gerekçe olarak, TMK m. 237/I'in kural, TMK m. 238'in ise istisna niteliğinde olmasına ve istisnaların dar yorumlanması gerekliliğine işaret edilmektedir³⁷. Böylece ölüm ve sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş TMK m. 238'in uygulama alanı dışında tutulmaktadır. Katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmalara, TMK m. 237/I kapsamında geçerlilik tanınmaktadır.

³³ Bu yönde özellikle bkz. Acar, s. 121.

³⁴ Acar, s. 121.

³⁵ Acar, s. 121; Şenocak, s. 389; Zeytin, N. 733.

³⁶ Bu yönde bkz. Sarı, s. 233, 234; Yıldırım, s. 245, dn. 23.

³⁷ Yıldırım, s. 245, dn. 23.

III. TÜRK VE İSVİÇRE DOKTRİNLERİNİN KONUYA YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

A. Türk ve İsviçre Doktrinlerinin Konuya Yaklaşımının Değerlendirilmesi

1. Doktrinde Savunulan Görüşlerin Pozitif Hukuktaki Dayanaklarının Tespiti

Gerek Türk gerekse İsviçre doktrininde genel eğilim, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimine geçmeleri ihtimalinde, artık değere katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların aksi kararlaştırılmadıkça geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacağı yönündedir. Bu görüşün pozitif hukuktaki dayanağını, TMK m. 238 (ZGB Art. 217) oluşturmaktadır. Nitekim İsviçre doktrininde, söz konusu ihtimalde ZGB Art. 217'nin kıyasen uygulanacağı açıkça ifade edilmektedir³⁸. Esasında hâkim görüş, bu ihtimal bakımından bir hukuk boşluğunun varlığından yola çıkmaktadır. Zira teknik anlamıyla kıyas, hâkimin TMK m. 1/II çerçevesinde hukuk yaratırken başvuracağı yöntemlerden birisidir³⁹. Gerçekten kıyas, kanunda bir olay için öngörülmüş olan hükmün, menfaatler durumu bakımından bu olayla benzerlik arz eden, ancak hakkında kanunda hüküm bulunmayan bir başka olaya uygulanmasıdır⁴⁰. Dolayısıyla kıyasın ön şartı, somut hukukî uyumsuzluğa olumlu ya da olumsuz bir çözüm sunan yazılı ya da sözlü bir hukuk kuralının mevcut olmaması, yani hukuk boşluğunun bulunmasıdır⁴¹.

Türk ve İsviçre doktrinlerinde savunulan azınlık görüşü ise, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde, katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların esas itibarıyla geçerliliğini koruyacağını vurgulamaktadır. Bu görüşün pozitif hukuktaki dayanağını TMK m. 238 (ZGB Art. 217)'in karşıt anlamında (mefhumu muhalifinde) aramak gerekir. Gerçekten, TMK m. 238

³⁸ Bu yönde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 217, N. 6; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11; Jungo, Art. 216, 217, N. 2; Steck/Fankhauser, Art. 217, N. 3.

³⁹ Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Yayınları, 2014, s. 231 vd.; Gökhan Antalya / Murat Topuz, Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk, C. I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, N. 1244, 1489; Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, 2014, N. 887-889; Rona Serozan, Hukukta Yöntem - Mantık, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, N. 256 vd..

⁴⁰ Altaş, s. 231; Antalya/Topuz, N. 1243, 1248.

⁴¹ Antalya/Topuz, N. 1489; Serozan, N. 258. Ayrıca karşıt. M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medeni Hukuk, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, N. 383, dn. 197.

(ZGB Art. 217)'de öngörülen geçersizlik yaptırımının, yine aynı düzenlemede açıkça zikredilen boşanma, iptal ve mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş hâlleriyle sınırlı olduğu kabul edilirse, bunlar dışında kalan sona erme hâlleri yönünden anılan düzenlemenin uygulanmayacağı sonucuna varılır⁴². Hükümün karşıt anlamından çıkarılan bu olumsuz sonuç doğrultusunda, ölüm ve sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlleri bakımından, katılma esasını değiştiren anlaşmaların kural olarak geçerliliğini koruyacağına hükmedilir. Karşıt anlamdan sonuç çıkarma, kanun koyucunun ilgili uyumsuzluk için kasıtlı susma suretiyle olumsuz bir çözüm öngörmesi anlamına geleceğinden, bir kanun boşluğunun varlığına engel olur ve kıyas yolunu da kapatır⁴³.

Yukarıdaki değerlendirmeler neticesinde, görüşlerin temel ayrılık noktası, TMK m. 238 (ZGB Art. 217)'in sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların akıbetine ilişkin olumsuz bir çözüm öngörüp öngörmediği olarak belirlenir. Dolayısıyla görüşlerin isabetliliği noktasında yapılacak bir değerlendirme, bu soruya cevap aramaya yönelmelidir. Söz konusu cevap, TMK m. 238 (ZGB Art. 217)'in yorumuyla açığa çıkarılır. Hükümde sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü durumu açıkça zikredilmediğinden, hükümün lafzının bu cevaba ulaşmada tek başına yetersiz kaldığı açıktır. Bu çerçevede, yapılacak değerlendirmede dayanak noktasını hükümün özü oluşturacaktır. Hükümün özünü açığa çıkarmak da, tarihsel, amaçsal ve sistematik unsurlara başvurulmasıyla mümkün olur⁴⁴.

4. ZGB Art. 217'ye ve TMK m. 238'e İlişkin Hazırlık Çalışmaları Çerçevesinde Değerlendirme

Kanun hükümlerinin yorumunda başvurulacak olan, ilgili kanunun hazırlık çalışmalarının kapsamında, genel gerekçe ve madde gerekçeleri, tasarıların kanunlaşma sürecinde uğradığı değişiklikler ve tasarılarla ilişkin

⁴² Karş. Yıldırım, s. 245, dn. 23.

⁴³ Karşıt anlamdan olumsuz sonuç çıkarma (mefhumi muhaliften istidlal, *argumentum e contrario*) hakkında detaylı bilgi için bkz. Altaş, s. 208, 209; Antalya/Topuz, N. 1075, 1076; Dural/Sarı, N. 782-784; Serozan, N. 22b, 258.

⁴⁴ Bugün bilhassa İsviçre doktrininde hâkim durumunda bulunan yöntem plüralizmi (çoğulculuğu) anlayışı, kanunî düzenlemelerin anlamları araştırılırken salt lafza bağlı kalınmasını reddetmektedir. Kanaatimizce de isabetli olan bu anlayışa göre bir anlam araştırması, lafzın yanı sıra tarihsel, amaçsal ve sistematik unsurlara da başvurularak, bu yorum araçları arasında bir eşgüdüm sağlanarak gerçekleştirilmelidir. Yöntem plüralizmine ilişkin bkz. Antalya/Topuz, N. 1483 vd.; Serozan, N. 245, 246.

komisyon ve meclis görüşmeleri yer alır⁴⁵. Elbette TMK m. 238'in büyük oranda ZGB Art. 217'nin çevirisi niteliğinde olması karşısında, yapılacak inceleme, daha ziyade hükmün dayanağını oluşturan ZGB Art. 217'nin hazırlık çalışmalarına odaklanmadır. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre doktrinindeki hâkim fikrin savunucuları, görüşlerini gerekçelendirmek amacıyla ZGB Art. 217'nin hazırlık çalışmalarından türetilen argümanlara da başvurmuşlardır⁴⁶.

a. ZGB Art. 217'ye İlişkin Hazırlık Çalışmaları Çerçevesinde

Edinilmiş mallara katılma rejimi ve bu kapsamda ZGB Art. 217, İsviçre Medenî Kanunu'na, 05.10.1984 tarihli Federal Kanun'la yapılan değişiklikler neticesinde, bu değişikliklerin yürürlük tarihi olan 01.01.1988'de dâhil olmuştur⁴⁷. Bugün yürürlükte bulunan ZGB Art. 217'nin içeriği de, anılan Federal Kanun'un hazırlık çalışmaları çerçevesinde 1973-1976 yılları arasında faal bulunan Uzmanlar Komisyonu'ndaki (*Expertenkommission*) tartışmalı konulardan birini oluşturmuştur. İlk ön tasarılar, mal rejiminin ölüm dışındaki sebeplerden biriyle sona ermesi hâlinde, aksine anlaşma bulunmadıkça, katılma esasını değiştiren anlaşmaların uygulanamayacağı öngörülmüştür. Fakat komisyondaki görüşmeler neticesinde, ilk ön tasarılar, öngörülen bu düzenleme, Uzmanlar Komisyonu'nun 1976 tarihli nihaî ön tasarısına, esas itibarıyla iki değişiklikle dâhil olmuştur. İlk olarak, anlaşmayı geçersiz kılan sebepler olarak boşanma, ayrılık ve iptal hâllerinin tek tek sayılması yoluna gidilmiştir. İkinci olarak ise, anılan sebeplerin varlığında, katılma esasını değiştiren anlaşmaların, eşlerin aksi yönde anlaşması olup olmadığına bakılmaksızın, yani her durumda geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacağı esas benimsenmiştir. 1979 tarihli Federal Konsey tasarısında (*der bundesrätliche Entwurf*)⁴⁸, geçersizlik sebeplerinin yanına mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş de eklenmiştir. Nihayet Ulusal Konsey'de (*Nationalrat*), geçersizlik sebepleri aynen korunmuş; ancak geçersizlik yaptırımının uygulanması, tekrar

⁴⁵ Altaş, s. 210; Antalya/Topuz, N. 1536-1538; Dural/Sarı, N. 817; İhsan Erdoğan / A. Dilşad Keskin, Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020, s. 111; Oğuzman/Barlas, N. 254.

⁴⁶ Bu yönde bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 11.

⁴⁷ İsviçre Medenî Kanunu'nu değişikliğe uğratan 05.10.1984 tarihli Federal Kanun (Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht], Änderung vom 5. Oktober 1984) için bkz. BBl 1984 III 19 vd.. Anılan değişikliklere ilişkin madde gerekçeleri için bkz. BBl 1979 II 1191 vd..

⁴⁸ BBl 1979 II 1404 vd..

eşlerin aksi yönde bir düzenleme yapmamış olmaları şartına bağlanmıştır⁴⁹. Hüküm bu hâliyle kanunlaşmıştır⁵⁰.

Kanaatimizce ZGB Art. 217'ye ilişkin olarak yukarıda aktarılan kanunlaşma süreci, hâkim görüşteki yazarların buradan yaptıkları çıkarımların aksine, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde ZGB Art. 217'nin uygulama alanı bulmayacağı şeklinde yorumlanmaya daha elverişlidir. Zira her şeyden önce, “ölüm dışındaki tüm sona erme hâlleri” yerine boşanma, ayrılık ve iptalin tek tek zikredilmesinde “açıklığın sağlanması” amacı güdüldüğü iddia ediliyorsa, kanun koyucunun bu açıklığı temin etmek amacıyla düzenlemede “sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş”e de yer vermesi beklenir. Gerçekten, “ölüm dışındaki hâller” ibaresi yeterince açık bulunmayarak hükmün uygulanacağı sona erme sebeplerinin tek tek sayılması, bu sayımın sınırlayıcı olduğu ve hükmün burada sayılmayan hâllerde uygulanmayacağı yönündeki iradenin bir tezahürüdür. Nitekim boşanma, ayrılık ve iptalin yanına Ulusal Konsey'de mahkeme kararıyla mal ayrılığına (olağanüstü mal rejimine) geçişin de eklenmesiyle, geride ölüm dışında zikredilmeyen tek hâl olarak sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü kalmıştır. Diğer bir ifadeyle düzenlemenin ilk ön tasarılarıdaki şekliyle bugünkü şekli arasındaki tek fark, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinin hükmün lafzı dışında bırakılması olmuştur. Gerek Uzmanlar Komisyonu'nun gerekse Ulusal Konsey'in yaptıkları çeşitli değişiklik ve eklemelere rağmen bu hâli hükme dâhil etmemesi, fikrimizce anılan sona erme hâlini hükmün uygulama alanı dışında bırakmaya yönelik bilinçli bir iradenin sergilendiği yönünde yorumlanmalıdır.

Ayrıca, hâkim fikrin savunucuları tarafından ileri sürülen, kanun koyucunun burada sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde eşlerin anlaşacaklarını varsaydığı iddiası da ikna edici değildir. Zira ZGB Art. 217'nin kanunlaşma sürecine ilişkin materyallerde bu iddiaya bir dayanak bulmak mümkün görünmemektedir.

Diğer yandan, İsviçre Medenî Kanunu'nda değişiklik yapan 05.10.1984 tarihli Federal Kanun'un ZGB Art. 216 ve 217'ye ilişkin madde gerekçeleri de, hükmün uygulama alanına ilişkin çıkarımlarımızı destekler niteliktedir. Zira söz konusu madde gerekçeleri incelendiğinde, kanun koyucunun ZGB

⁴⁹ Amtl. Bull. NR 1983 III 678.

⁵⁰ ZGB Art. 217'nin kanunlaşma sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 4-6.

Art. 217'deki değerlendirmesini, evliliği sona erdiren hâlleri ve özellikle boşanma ihtimalini düşünerek yaptığı anlaşılmaktadır. Gerçekten ZGB Art. 216'nın gerekçesinde⁵¹, katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların esas itibarıyla iki sorunu gündeme getirdiğinden bahsedilmiştir. Bu sorunlar, ZGB Art. 216 Abs. 2'ye atıfla saklı paylı mirasçıların bu anlaşmalara karşı korunması ve ZGB Art. 217'ye atıfla “evliliğin” ölüm dışında bir sebeple sona ermesi olarak ifade edilmiştir. Burada mal rejiminin değil, evliliğin ölüm dışında bir sebeple sona ermesinin bahis konusu yapılması, kanun koyucunun ZGB Art. 217'de çözüme kavuşturmak istediği soruna dair algısını ortaya koyması bakımından önemlidir. Ardından ZGB Art. 217'nin gerekçesinde⁵², hükümde sayılan hâllerde anlaşmanın geçersizliğine sebep olarak, çoğu zaman eşlerin, yaptıkları anlaşmanın boşanma hâlinde uygulanacağını hesaba katmamalarına işaret edilmiştir. Ayrıca “boşanma” durumunda eşlerin birbirleri lehine yaptıkları ölüme bağlı tasarrufların geçersiz olacağına ilişkin, o tarihte yürürlükte bulunan ZGB Art. 154 Abs. 3 hükmüne atıfta bulunulmuş ve boşanmanın etkisi bakımından katılma esasını değiştiren anlaşmaların ölüme bağlı tasarruflar gibi⁵³ ele alınması gerekliliğinden söz edilmiştir. Akabinde, Kanun'da olağanüstü mal rejimine geçiş için öngörülen şartların varlığında kanunî katılma oranının uygulanmasının daha uygun olduğu vurgulanmıştır⁵⁴. Tüm bunlar, kanun koyucunun ZGB Art. 217'yi sevk ederken, anlaşma yapıldığı sırada öngörülemeyen ve/veya arzulanmayan, olağandışı koşulların varlığından yola çıktığını⁵⁵ ortaya koymaktadır. Bu gibi hâllerde, eşlerin katılma esasını değiştiren anlaşmayı akdettikleri sırada sahip oldukları, birbirlerine kazandırmada bulunma iradelerinin ortadan kalktığı

⁵¹ 1979 tarihli Federal Konsey tasarısında hüküm, Art. 213'te yer almaktadır. Madde gerekçesi için bkz. BBl 1979 II 1321, 1322.

⁵² 1979 tarihli Federal Konsey tasarısında hüküm, Art. 214'te yer almaktadır. Madde gerekçesi için bkz. BBl 1979 II 1324.

⁵³ Kanun koyucunun gerekçede katılma esasını değiştiren anlaşmalarla ölüme bağlı tasarruflar arasında bir benzerlik kurması, ilk bakışta anılan anlaşmaları birer ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirdiği izlenimini yaratabilir. Fakat burada söz konusu benzerliğin, boşanma ihtimalinde hukukî işlemin akıbetiyle sınırlı olarak kurulduğu göz ardı edilmemelidir. Kaldı ki ZGB Art. 216'nın gerekçesinde, katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların, içeriğinde bir ölüme bağlı tasarrufu barındırıyor olsa dahi mal rejimi sözleşmesinin şekline tâbi olacağı şeklinde bir ifadeye (bkz. BBl 1979 II 1322) yer verilmiştir. Bu ifade, kanun koyucunun katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaları ölüme bağlı tasarruflarla bir tutmak ya da doğrudan ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirmek istemediğini açığa vurmaktadır.

⁵⁴ BBl 1979 II 1324.

⁵⁵ Karş. Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 116.

varsayımı, kanun koyucuyu geçersizlik yaptırımını öngörmeye itmiştir. Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinin ise, evliliğin sona ermesi sonucunu doğurmadığı gibi, eşler yönünden olağandışı bir durum teşkil etmediği de açıktır. Dolayısıyla anılan ihtimal, kanun koyucunun ZGB Art. 217 ile çözmeyi arzuladığı uyumsuzluk grubunun dışında kalmaktadır.

b. TMK m. 238'e İlişkin Hazırlık Çalışmaları Çerçevesinde

TMK m. 238'e ilişkin madde gerekçesi⁵⁶ incelendiğinde, Türk kanun koyucusunun da esas itibarıyla İsviçre kanun koyucusuyla aynı bakış açısını paylaştığı rahatlıkla görülebilmektedir. Nitekim TMK m. 238'in gerekçesinde de, evliliği sürdürmenin asıl olduğu ve eşlerin genellikle boşanmayı düşünerek hareket etmedikleri belirtilmiştir. Ardından, mal rejimi sözleşmesinde öngörülen farklı paylaşım şekillerinin “özünde bundan yararlanan eşe bir atıfet, mükâfat niteliğinde” olduğu vurgulanmıştır. Nihayet gerekçenin son kısmında, ZGB Art. 217'de ayrılık sebebine de yer verilmiş olmasına rağmen TMK m. 238'de bu sebebin öngörülmemesi, ayrılık ihtimalinde “evliliğin sona ermediği” şeklinde gerekçelendirilmiştir. Tüm bu açıklamalar, Türk kanun koyucusunun da, başta boşanma olmak üzere, öngörülemeyen ve/veya arzulanmayan, olağandışı sebeplerden hareketle TMK m. 238'deki geçersizlik yaptırımını sevk ettiğini gözler önüne sermektedir. Burada da, ZGB Art. 217'de olduğu gibi, eşlerin birbirlerine yönelik kazandırmada bulunma iradesinin ortadan kalktığı kabulünden yola çıkılmıştır. Eşlerin sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçmeleri hâli, bu kabulde bağdaşmadığından, TMK m. 238'in uygulama alanı dışında tutulmalıdır.

⁵⁶ TMK m. 238'e ilişkin madde gerekçesinin tam metni şu şekildedir: “Madde İsviçre Medenî Kanununun 217 nci maddesini karşılamaktadır. Evlenmeyi sürdürmek asıl olduğundan eşler genelde boşanmayı düşünmezler. Mal rejimi sözleşmesinde öngörülen farklı paylaşım şekilleri, özünde bundan yararlanan eşe bir atıfet, mükâfat niteliğindedir. Dolayısıyla buna ilişkin sözleşme hükümlerinin boşanma veya evliliğin iptali sebebiyle son bulması veya mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş hâllerinde uygulanabilmesi için, bunun sözleşmede açıkça öngörülmüş olması gerekir. Bu nedenle maddede eşler arasındaki evliliğin iptali veya boşanma sebepleriyle veya edinilmiş mallara katılma rejimi yerine mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçiş durumunda artık değere katılmanın farklı oranlarda olacağına ilişkin bir anlaşmanın geçerli olabilmesi, mal rejimi sözleşmesinde bu hususun açık bir şekilde belirtilmiş olması koşuluna bağlanmıştır. İsviçre Medenî Kanununun 217 nci maddesinde boşanma ve evliliğin iptali yanında ayrılık hâli de sayılmıştır. Fakat ayrılık ile evlilik sona ermediğinden bu konuda düzenleme yapılmamıştır.”.

5. TMK m. 238 ve ZGB Art. 217'nin Amacı Çerçevesinde Değerlendirme

Hükmün özünün açığa çıkarılmasında yararlanılması gereken bir araç, hükmün amacıdır. Gerçekten, bugün hukuk uygulamasında genel olarak kabul gören menfaat hukukçuluğu ve bunun bir modifikasyonu olan değerlendirme hukukçuluğu (değer hukukçuluğu, *Wertungsjurisprudenz*), yorumda hükmün amacına öncelik tanır⁵⁷. Anılan metodoloji akımına göre, kanun hükümlerinin temelinde, çatışan menfaatler yatar. Her bir kanunî düzenleme, kanun koyucunun, bu menfaatler arasında, belirli değer ve ilkeleri gözeterek yaptığı sosyal ve politik tercihlerden, yani değer yargılarından ibarettir⁵⁸. Bu nedenle kanun hükümlerinin uygulanmasında, hükmün temelinde yatan menfaatlerin ve bunlar arasında hangi amaçla, nasıl bir denge kurulduğunun açığa çıkarılması ve gözetilmesi önem arz etmektedir⁵⁹.

Türk kanun koyucusu, evlilik birliğinde mal rejimlerini esas itibarıyla emredici hükümlerle düzenleme yoluna gitmiştir. Sözleşme özgürlüğünün mal rejimleri alanındaki görünümünü oluşturan mal rejimi sözleşmesi akdetme özgürlüğü, TMK m. 203 c. 2'de, "*Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler.*" şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla mal rejimleri yönünden eşlerin sözleşme özgürlüğü, sadece kanun koyucunun izin verdiği sınırlar içinde kabul edilmiştir⁶⁰. Bu tercihin temel sebebini, eşler dışındaki menfaat grupları (bilhassa eşlerin alacaklıları ve mirasçıları) yönünden işlem güvenliğinin korunması arzusunda aramak gerekir⁶¹. Gerçekten kanun koyucu, işlem

⁵⁷ Antalya/Topuz, N. 1471; Serozan, N. 248.

⁵⁸ Serozan, N. 209.

⁵⁹ Antalya/Topuz, N. 1471; Serozan, N. 209, 248. Ayrıca bkz. Erdoğan/Keskin, s. 111, 112.

⁶⁰ Acar, s. 99-101; Aldemir, s. 10; Yaşar Şahin Anıl / Yonca Taner, Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, Legal Yayıncılık, 2011, s. 65; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 181, N. 3; Heinz Hausheer / Thomas Geiser / Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2014, N. 11.33; Hegnauer/Breitschmid, N. 23.07; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 237; Náf-Hofmann/Náf-Hofmann, N. 1807; Öztan, s. 405; Şeker, s. 87; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 20; Stephan Wolf, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Stämpfli Verlag AG, 1996, s. 12, 13. Mal rejimleri alanındaki sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 31, N. 4 vd..

⁶¹ Hausheer/Aebi-Müller, Art. 181, N. 3, Art. 182, N. 12; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 181, N. 18; Öztan, s. 397; Sarı, s. 12; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 20; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 31, N. 7.

güvenliği menfaatini daha üstün gördüğü noktalarda emredici düzenlemeler sevk ederken; bazı konularda ise tamamlayıcı hükümlerle eşlere hareket alanı bırakmış ve böylece eşlerin irade özerkliğine üstünlük tanınmıştır.

Eşlerin artık değere katılmaya ilişkin farklı bir esas belirleme imkânının öngörüldüğü TMK m. 237/I, eşlere edinilmiş mallara katılma rejimi içinde değişiklik yapma yetkisi tanıyan düzenlemeler arasında yer almaktadır. Nitekim kanun koyucu, eşlerin birbirlerinin artık değerlerine katılma oranını TMK m. 236/I'de 1/2 olarak belirlemiş; ancak TMK m. 237/I'de eşlerin bu konuda farklı bir esas belirleyebileceklerini ifade etmiştir. Böyle bir tercih, 1/2'lik kanunî katılma oranının uygulanmasının eşler arasındaki somut menfaatler durumuna uygun düşmediği noktada, eşlerin bu orandan ayrılmasına ve aralarındaki hukukî ilişkiyi kendi ortak iradelerine göre şekillendirmelerine olanak sağlamaktadır⁶². Bu şekilde, eşlerin ortak iradelerine öncelik tanıyan bir düzenleme olarak TMK m. 237/I'in temel amacının eşlerin irade özerkliğine ilişkin menfaatlerini korumak olduğunda şüphe yoktur.

TMK m. 238'de ise, TMK m. 237/I'e dayanarak yapılan anlaşmalar, bazı hâllerde, eşler aksini açıkça kararlaştırmadığı sürece geçersiz kılınmıştır. Bu, esasında taraflarınca ortadan kaldırılmamış olan bir sözleşmenin kanunen geçersiz kılınması anlamına geldiğinden, TMK m. 237/I'de temin edilmiş olan irade özerkliğine bir müdahale teşkil etmektedir. Fakat dikkatli bir inceleme, bu müdahalenin de esasında irade özerkliği ilkesini gerçekleştirilmeye yönelik olduğunu ortaya koyar. Bu sefer koruma altına alınan, eşlerin bu ilkedan ileri gelen ortak menfaatleri değil, katılma esasını değiştiren anlaşmayla diğer eşe kazandırmada bulunan eşin irade özerkliğinden doğan bireysel menfaattir. Gerçekten TMK m. 238'de belirli hâller için öngörülen geçersizlik yaptırımının temelinde, doktrinde de isabetle belirtildiği gibi, bu hâllerde kazandırmada bulunan eşin farazî iradesinin anlaşmanın uygulanmaması yönünde olacağı kabulü yatmaktadır⁶³. Zira bahis konusu kazandırma, TMK m. 238'ye ve ZGB Art. 217'ye ilişkin madde gerekçelerinde de vurgulandığı üzere, boşanma ihtimali göz önünde bulundurulmaksızın, evlilik ilişkisinin -taraflardan birinin ölümüne kadar- varlığını koruyacağı saikiyle yapılmaktadır. Buna karşın TMK

⁶² Bu doğrultuda bkz. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1321, 1322. Ayrıca bkz. ve karşı. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 1; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 8; Näf-Hofmann/Näf-Hofmann, N. 1806; Öztan, s. 538; Şenocak, s. 389.

⁶³ Bkz. ve karşı. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 8.

m. 238’de zikredilen boşanma, evliliğin iptali ve mahkeme kararıyla olağanüstü mal rejimine geçiş hâllerinin tamamı, evlenme sırasında öngörülme ve/veya arzulanmayan, olağandışı sebeplerin ortaya çıkması sonucunda vuku bulur. Bu tür sebeplerin gerçekleşmesi, katılma esasını değiştirmek suretiyle diğer eşe kazandırma yapan eşi bu kazandırmayı yapmaya iten saiki ortadan kaldırır. TMK m. 238’in amacı, böyle bir durumda kazandırmada bulunan eşin artık anlaşmayla bağlı olmama yönündeki farazî iradesini geçerli kılmak ve böylece bu eşin menfaatini korumaktır.

Kazandırmada bulunan eşin anlaşmanın artık uygulanmamasına yönelik farazî iradesine geçerlilik tanıma hususunda kanun koyucunun devreye girme gereği duymasının sebebini, hükümde zikredilen olağandışı hâllerin, çoğu zaman eşler arasında yeni bir anlaşma zeminini ortadan kaldırmasında aramak gerekir. Zira eşler, daha önce akdetmiş oldukları mal rejimi sözleşmesinden tek taraflı bir hukukî işlemle dönme olanağına kural olarak sahip değildirlen⁶⁴. Bir

⁶⁴ Bir görüşe göre, artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalar sona erme sebebine göre bazı hâllerde bir sağlararası karşılıksız kazandırma içerdiğinden, bağışlananın geri alınması hükümleri (TBK m. 295, 296; ZGB Art. 249, 250) bu anlaşmalar yönünden de uygulama alanı bulur. Bu yönde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 9; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 31; Gümüş, s. 383, 384; Sarı, s. 232; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 281; Zeytin, N. 736. Kanaatimizce bu görüşte isabet bulunmamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu çalışmada savunulan görüş uyarınca katılma esasını değiştiren anlaşmalar, kural olarak ölüm ve başka bir mal rejiminin kabulü hâlinde uygulanır. Bu açıdan anılan anlaşmaların esas itibarıyla bir sağlararası kazandırma içerdiği hususunda tereddüt yoktur (karş. Aebi-Müller, N. 06.22; Gümüş, s. 383-385; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 28, 29; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 39; Piotet, s. 167; Sarı, s. 240; Şenocak, s. 402, 403; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 280, 281; Zeytin, N. 720). Fakat bu sağlararası kazandırma, bir bağışlama sözleşmesiyle değil, mal rejimi sözleşmesiyle yapılmaktadır. Mal rejimi sözleşmesi, TMK m. 202 vd.’da düzenlenen isimli (tipik) bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu sözleşme yönünden TMK m. 202 vd. hükümleri uygulanır. Bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurulması ise, TMK m. 202 vd. hükümlerinde düzenlenmeyen hususlarda, yani bir kanun boşluğunun varlığında, kıyas yoluyla gündeme gelir. Mal rejimi sözleşmesiyle yapılan sağlararası kazandırmaların geçerliliğine ilişkin olarak, bağışlamadan dönme hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir boşluk bulunduğu ise söylenemez. Zira bağışlamadan dönmeye ilişkin TBK m. 295 ve 296 hükümleri, bağışlananın bağışlama nedeniyle altına girdiği “minnet yükümünü (*die Verpflichtung zur Dankbarkeit*)” ihlâl etmesi hâlinde, bağışlayanı bağışlamayla bağlılıktan kurtarmayı amaçlamaktadır. Bkz. Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Kommentar zu Art. 239-252, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, Art. 249, N. 3. Mal rejimi sözleşmeleri bakımından TMK m. 238, mal rejiminin arzulanmayan ve öngörülemeyen sebeplerle sona ermesi hâlinde katılma oranını değiştiren anlaşmaları kural olarak geçersiz addetmek suretiyle, benzer bir amaca hizmet etmektedir. Anılan düzenlemeyle, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle yapmış oldukları karşılıksız kazandırmayla bağlılıktan hangi durumlarda kurtulabilecekleri açıkça ve sınırlı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce bağışlananın tek taraflı olarak geri alınması olanağını tanıyan TBK m. 295 ve 296, katılma oranını değiştiren anlaşmalar yönünden uygulanmaz. Bununla

mal rejimi sözleşmesi, kural olarak, ancak yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle ortadan kaldırılabılır ya da değiştirilebilir⁶⁵. Boşanma, iptal ya da olağanüstü mal rejimine geçiş sebeplerinin ise, esas itibarıyla eşler arasında “sorun” teşkil eden hususlar olduğu açıktır. Bu sebepler ortaya çıktıktan ya da öğrenildikten sonra eşlerin bir araya gelip anlaşarak yeni bir mal rejimi sözleşmesi akdetmesi çoğu zaman oldukça güçtür. Bu durum bilhassa olağanüstü mal rejimine geçiş bakımından oldukça belirgindir. Zira olağanüstü mal rejimine geçiş imkânı, birtakım haklı sebeplerin (TMK m. 206/II) varlığında eşlerden birinin tek tarafı olarak, mahkemeye başvurmak suretiyle mal rejimini değiştirmesini sağlamak için öngörülmüştür (TMK m. 206/I). Yeni bir anlaşma yapmanın önemli ölçüde güçleşmesi, anılan olağandışı hâlleri öngörmeksizin diğer eşe kazandırmada bulunan eş, artık kazandırma yapma iradesine sahip olmamasına rağmen anlaşmayla bağlı olma zorunluluğu altında bırakır. Bu zorunluluk, TMK m. 238’in kazandırmada bulunan eşe sunduğu koruma ile bertaraf edilebilmektedir.

TMK m. 238’in, daha önce akdedilmiş olan katılma esasını değiştiren anlaşmayla diğer eşe kazandırmada bulunan eşin irade özerkliğinden doğan menfaatini koruma amacı, hükümde eşlere aksi yönde bir düzenleme yapma olanağı sunulmasından da açıkça anlaşılmalıdır. Gerçekten eşler, katılma esasını değiştiren anlaşmanın boşanma, iptal ya da olağanüstü mal rejimine geçiş ihtimallerinde dahi geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda kazandırmada bulunan eşin farazî iradesinin ayakta tutulması için çaba sarf edilmesine gerek kalmadığı kuşkusuzdur. Zira o, yaptığı anlaşmada gerçek iradesini açık biçimde ortaya koymuştur. Burada gerçek irade zaten bilindiğinden, farazî iradeye başvurmaya gerek yoktur. Böyle bir durumda irade özerkliği her iki eş için de temin edilmiş olduğundan, kazandırmada bulunan eşin menfaatinin geçersizlik yaptırımıyla korunmasına da gerek kalmamaktadır.

Sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü ihtimali bakımından ise, kanaatimizce kazandırmada bulunan eşin, anlaşmanın geçersiz kılınması yönünde bir farazî iradeye sahip olduğundan bahsetmek güçtür. Zira her şeyden önce bu ihtimalde, eşin kazandırmada bulunurken taşıdığı saik ortadan kalkmış değildir. Evlilik hâlen varlığını korumaktadır; taraflar sadece

birlikte, yanılma, aldatma ve korkutma ihtimallerinde TBK m. 39/I uygulama alanı bulur. Aynı yönde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 9; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 29; Zeytin, N. 736.

⁶⁵ Bkz. ve karşı. Öztan, s. 408; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 33.

evliliğe uygulanacak mal rejimine ilişkin tercihlerini değiştirmektedirler. Benzer şekilde, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş, evliliğe ilişkin öngörülemeyen veya arzulanmayan olağandışı bir gelişme olarak da nitelendirilemez. Bilakis bu, nihayetinde eşlere TMK m. 203'te tanınan, istedikleri mal rejimini seçme, değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğünden doğan yetkinin kullanılmasından ibarettir ve son derece "olağan" bir durumdur. Diğer yandan, böyle bir ihtimalde eşler arasında anlaşma zemininin ortadan kalkmadığı da şüphesizdir. Zira mal rejiminin değiştirilmesine ilişkin sözleşme de eşlerin iradesinin ortak bir noktada buluşmasıyla, yani "anlaşmalarıyla" akdedilmektedir. Onlar arzu etmeleri hâlinde, pekâlâ yeni mal rejimini seçerken, eski mal rejiminin nasıl tasfiye edileceği hususunda da düzenlemeler yapabilecek durumdadırlar. Eşler, daha önce TMK m. 237/I'in onlara verdiği yetkiye dayanarak belirledikleri katılma esasını da, bu çerçevede isterlerse yeniden düzenleyebilirler. Tüm bunlar, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde, katılma esasını değiştiren anlaşmayla kazandırmada bulunan eşin, farazî iradesinden ileri gelen korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı sonucunu beraberinde getirmektedir.

Kaldı ki, mutlaka bir farazî iradeden söz edilecekse, sözleşmeyle başka bir mal rejiminin seçilmesi ihtimalinde bu farazî irade, daha önce yapılan anlaşmanın geçersiz kılınması değil, ayakta kalması yönünde tezahür eder. Zira eşler, akdettikleri yeni sözleşmede edinilmiş mallara katılma rejiminin nasıl tasfiye edileceğini düzenleme imkânına sahipken, bu hususta sessiz kalmaktadırlar. Bu durum, eşlerin tasfiyede, hâlen ayakta olduğunu bildikleri katılma esasını değiştiren sözleşmedeki esasın uygulanmasını arzuladıklarını gösterir. Aksi yönde bir kabul, eşlerin daha önce karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle belirledikleri esası uygulatabilmek için, yaptıkları yeni sözleşmeye bunun geçerli olacağı yönünde bir hüküm koymak zorunda bırakılmaları anlamına gelir. Böyle bir sonucun irade özerkliği ilkesiyle bağdaşmayacağı şüphesizdir. Yukarıda da ifade edildiği üzere kanun koyucuyu TMK m. 238 çerçevesinde eşlerin akdettikleri bir sözleşmeyi geçersiz kılmaya iten gerekçeler burada mevcut olmadığından, geçersizlik yaptırımını uygulamak meşru zeminini kaybeder ve eşlerin sözleşme özgürlüğüne haksız bir müdahale oluşturur. Netice olarak TMK m. 238'in amacından hareketle yapılan değerlendirmeler de, tarihsel değerlendirmeleri teyit etmektedir.

6. Kanunun Sistematiği Çerçevesinde Değerlendirme

Kanunî düzenlemelerin özünün araştırılmasında yol gösterici olan bir başka unsur, kanunun sistematiğidir. Düzenlemelerin kanuna gelişigüzel bir

biçimde dağıtılmadığı, bilakis mantikî bir düzen, bir sistem içinde sıralandığı kabul edilir⁶⁶. Bu çerçevede, düzenlemenin kanunda bulunduğu yerin ve diğer düzenlemelerle ilişkisinin gözetilmesi, düzenlemenin içeriğinin aydınlatılmasında yardımcı olur⁶⁷.

Türk Medenî Kanunu'nda TMK m. 238'le yakından ilişkili sayılabilecek düzenlemeler olarak bilhassa, mal ortaklığı rejiminde paylaşım oranının değiştirilmesini konu edinen TMK m. 276 ve 277'ye (ZGB Art. 241 ve 242'ye) işaret etmek gerekir. “Ölüm veya diğer bir mal rejiminin kabulü hâlinde” başlıklı TMK m. 276'nın ilk fıkrasında, mal ortaklığı rejiminin eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulüyle sona ermesi hâlinde, ortaklık mallarının eşler (veya mirasçıları) arasında 1/2 oranında paylaşılacağı belirtilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşım oranı kararlaştırabilecekleri öngörülmüş; üçüncü fıkrada ise bu tür anlaşmaların altsoyun saklı payını zedeleyemeyeceği ifade edilmiştir. Ardından, “Diğer hâllerde” başlıklı TMK m. 277'in ilk fıkrasında boşanma, evliliğin iptali ya da kanun veya mahkeme kararı gereğince mal ayrılığına geçiş hâllerinde her eşin edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümlere göre kendi kişisel malı olarak nitelendirilecek mallarını ortaklık mallarından geri alacağı öngörülmüştür. TMK m. 277/II'de geri kalan ortaklık mallarının eşler arasında eşit olarak paylaşılacağı; TMK m. 277/III'te ise bu “diğer hâller”de kanunî paylaşım oranını değiştiren anlaşmaların ancak mal rejimi sözleşmesinde açıkça öngörülmüşse geçerli olacağı yönünde düzenlemelere yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere TMK m. 277'de paylaşım oranını değiştiren anlaşmaların kural olarak geçersizliğine yol açan sebepler, mal ortaklığına özgü bir sona erme sebebi olan kanun gereği olağanüstü mal rejimine geçiş bir kenara bırakılırsa, TMK m. 238'deki sebeplerle aynıdır. TMK m. 237 ve m. 238'de zikredilmemiş olan sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü, mal ortaklığı rejimi yönünden TMK m. 276'da açıkça anılmış ve geçersizlik sebeplerinin dışında bırakılmıştır. Kanaatimizce TMK m. 238'in sistematik yorumu, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından da aynı sonuca varılmasını gerektirir. Zira her şeyden önce, paylaşım veya katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşmaların akıbeti bakımından, mal ortaklığı rejimi ile edinilmiş mallara katılma rejimi arasında farklı değerlendirmelerin

⁶⁶ Altaş, s. 208; Dural/Sarı, N. 814; Oğuzman/Barlas, N. 250.

⁶⁷ Altaş, s. 208; Dural/Sarı, N. 814; Erdoğan/Keskin, s. 110; Oğuzman/Barlas, N. 250; Serozan, N. 247.

yapılmasına ikna edici bir gerekçe üretmek güçtür. Gerçekten katılma esasını değiştiren anlaşmalarda olduğu gibi, paylaşma oranını değişikliğe uğratan anlaşmalar da nihayetinde eşlerden biri tarafından diğeri lehine yapılmış bir karşılıksız kazandırma içermektedir. Her iki rejimde de bu kazandırma, evlilik bağı sebebiyle ve bu bağın süreceği saikiyle gerçekleştirilmektedir. Eşlerin menfaat durumlarının aynı olması karşısında, sona erme sebeplerinin paylaşma veya katılma esasını değiştiren anlaşmalar üzerindeki etkisi, her iki rejim bakımından aynı şekilde tayin edilmelidir. Aksi yönde bir tutum, kanunun mantıken tutarlı bir bütün teşkil ettiği kabulüyle bağdaşmaz.

Öte yandan mal rejiminin sona erme sebepleri bakımından TMK m. 276 ve m. 277’de yapılan gruplandırma, TMK m. 238’e ilişkin tarihsel ve amaçsal değerlendirme ve çıkarımlarımızı destekler niteliktedir. Zira TMK m. 277’de anlaşmanın kural olarak uygulanmayacağı hâller, iptal, boşanma ve kanun veya mahkeme kararı gereğince olağanüstü mal rejimine geçiş olarak sayılmıştır. Bunların tamamı arzulanmayan ve/veya öngörülemeyen, “sorun” teşkil eden, olağandışı sona erme sebeplerinden ibarettir. Anlaşmanın geçerliliğini koruyacağı hâller ise, TMK m. 276 uyarınca ölüm ve sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulüdür. Bu ikinci grup sebeplerin ise mal rejiminin arzulan, “sorun” teşkil etmeyen, olağan sona erme sebepleri olduğu dikkat çekmektedir. Bilhassa TMK m. 237 ve m. 238 düzenlemelerinde zikredilmemiş olan iki sona erme sebebi arasından, olağandışı bir durum teşkil eden ve eşin iflâsı hâlinde gerçekleşen kanun gereği olağanüstü mal rejimine geçişin TMK m. 277’nin; olağan bir durum teşkil eden sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin ise TMK m. 276’nın kapsamına alınması, ayırımında olağanlık - olağandışılık ölçütünün kullanıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Esasen mal ortaklığı rejimi bakımından da, anlaşmanın uygulanıp uygulanmayacağı, kazandırmada bulunan eşin farazî iradesi ölçüt alınarak belirlenmiştir⁶⁸. Kanun koyucu TMK m. 276 hükmüyle, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde bu farazî iradenin anlaşmanın uygulanması yönünde olacağı yargısında bulunmuştur. Bu esas edinilmiş mallara katılma rejiminde de aynen benimsenmeli ve sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulü TMK m. 238’in uygulama alanı dışında bırakılmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki TMK m. 237 ve m. 238’in başlıklarından hareketle de, yukarıdaki değerlendirmelerimizi doğrulayan sonuçlara ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, eşlere kanunî katılma esasını değiştirme yetkisi tanıyan

⁶⁸ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 242, N. 28.

TMK m. 237'nin başlığı “*a. Genel olarak*”; bu esasın değiştirilmesine yönelik anlaşmaların kural olarak geçersizliğini düzenleyen TMK m. 238'in başlığı ise “*b. İptal, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığında*” şeklindedir. Kanun koyucunun TMK m. 276 ve m. 277'de sergilediği, tüm sona erme sebeplerini tek tek sayma ve bu hususta bir boşluk bırakmama eğilimi de dikkate alındığında, esasında TMK m. 237 ile m. 238 arasında bir kural - istisna ilişkisinin kurulduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu çerçevede, TMK m. 238'deki geçersizlik sebeplerinin sayma yoluyla, sınırlayıcı olarak belirlendiği sonucuna varılır. İstisna hükmünün kapsamına alınmayan sebepler bakımından, kural niteliği taşıyan ve anlaşmanın -geçerli bir şekilde yapılmasına olanak tanıyan TMK m. 237, anlaşmanın ayakta tutulmasını destekler⁶⁹.

E. Görüşümüz

1. Kural: Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejimine Geçiş Hâlinde Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Geçerli Olması

TMK m. 238'e ilişkin tarihsel, amaçsal ve sistematik değerlendirmeler, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişin bilinçli olarak anılan düzenlemenin uygulama alanı dışında bırakıldığını göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, bahis konusu sona erme hâlinin katılma esasını değiştiren anlaşmalara etkisi yönünden bir kanun boşluğu bulunmamaktadır. Bu hususta, TMK m. 238'in karşıt anlamından -ve hatta TMK m. 237'den- yapılan çıkarımdan hareket edilir. Böylece, ölüm hâlinde olduğu gibi, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde de, daha önce akdedilmiş olan katılma esasının değiştirilmesine ilişkin anlaşma geçerliliğini korur. Dolayısıyla kural, anılan sona erme hâlinde, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin eşlerin mal rejimi sözleşmesinde belirledikleri esas doğrultusunda yapılmasıdır.

7. İstisnalar: Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejimine Geçiş Hâlinde Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmaların Uygulanmayacağı İhtimaller

Kural sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçerli bir biçimde uygulanacağı yönünde olmakla birlikte, eşlerin yapacakları birtakım düzenlemelerle anılan anlaşmaları uygulanamaz hâle getirmeleri mümkündür. Öncelikle eşler, artık değere katılma esasını değişikliğe uğrattıkları sözleşmede, bu değişikliğin sadece belirli sona erme sebepleri bakımından uygulanacağını düzenleyebilir ve

⁶⁹ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Yıldırım, s. 245, dn. 23.

sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişi bu sebeplerin dışında bırakabilirler. Bu hususta bilhassa, anlaşmanın açıkça “sağ kalan eş” lehine yapıldığı ihtimaller akla gelmektedir. Bunun yanı sıra, eşler daha sonra yapacakları bir anlaşmayla, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesini farklı şekilde düzenleyebilirler. Nihayet eşler, seçtikleri yeni mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulanmasını kararlaştırmak suretiyle edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin hiçbir zaman gerçekleşmemesini sağlayabilirler. Aşağıda, katılma esasını değiştiren anlaşmaların uygulanmasına engel olan bu üç hâl inceleme konusu yapılacaktır.

a. Katılma Esasını Değiştiren Anlaşmanın Sözleşmeyle Başka Bir Mal Rejimine Geçişte Uygulanmayacağına Mal Rejimi Sözleşmesinde Açık ya da Örtülü Biçimde Kararlaştırılması

TMK m. 237/I'de tanınan sözleşme özgürlüğü, eşlere anlaşmanın uygulanacağı ve uygulanmayacağı durumları belirleme imkânı da sunar. Bu çerçevede eşler, katılma esasının sadece bazı sona erme hâllerinde ya da bazı sona erme hâlleri dışında uygulanacağını kararlaştırabilirler⁷⁰. Örneğin sözleşmede, anlaşmanın sadece mal rejiminin ölüm yoluyla sona ermesi ihtimalinde uygulanacağı ya da boşanma dışındaki hâllerde geçerli olacağı yönünde düzenlemeler yapılabilir. Benzer şekilde, ölüm için farklı, boşanma ve evliliğin iptali için ise farklı bir katılma esasını öngörülebilir⁷¹. Bu tür düzenlemeler, esasında anlaşmanın geciktirici koşula bağlanması anlamına gelir⁷². Mal rejimi, katılma esasının uygulanacağını öngörülmediği hâl veya hâller dışında bir sebeple sona ererse, geciktirici koşul gerçekleşmemiş olacağı için anlaşma hüküm ve sonuç doğurmaz. İşte sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş, bahsedilen şekilde, anlaşmanın uygulanmasının öngörüldüğü sona erme hâllerinin kapsamı dışında bırakılmışsa, bu hâlde anlaşma uygulanmaz. Tasfiye, kanunî katılma oranı olan 1/2 (TMK m. 236/I) esas alınarak gerçekleştirilir.

⁷⁰ Aebi-Müller, N. 06.06; Gümüş, s. 383, 387; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 14; Hegnauer/Breitschmid, N. 26.77, 26.80; Jungo, Art. 216, 217, N. 3; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 350; Özer Deniz, s. 96; Sarı, s. 233; Şenocak, s. 392.

⁷¹ Gümüş, s. 387; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 14; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 12.188; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 217, N. 13; Jungo, Art. 216, 217, N. 3; Nuspliger, Art. 216, N. 1; Özer Deniz, s. 96; Rumo-Jungo, s. 158; Zeytin, N. 734; Sarı, s. 234, 235; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 8; Şenocak, s. 392.

⁷² Bkz. ve karşı. Aldemir, s. 74; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 14; Hegnauer/Breitschmid, N. 26.80; Wolf, s. 38 vd.. Mal rejimi sözleşmelerindeki koşul ve yüklemeler hakkında ayrıca bkz. Aebi-Müller, N. 06.117 vd..

Katılma esasını değiştiren anlaşma çerçevesinde kazandırmanın “sağ kalan eş” lehine yapılması, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişte anlaşmanın uygulanmamasına yol açan en tipik ihtimali teşkil eder. Doktrinde sağ kalan eş şartı (*Überlebensklausel*) olarak nitelendirilen⁷³ bu tür sözleşme hükümleri, farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Kazandırma, eşlerden hangisi daha sonra ölürse onun lehine yapılabileceği gibi, sadece belirli bir eşin sağ kalması, yani diğer eşten sonra ölmesi hâlinde, o eş lehine de yapılabilir⁷⁴. Hatta kazandırmanın önce ölen eş -daha doğru bir ifadeyle onun mirasçıları- lehine yapılması da mümkündür⁷⁵. Her üç durumda da kazandırma, evliliğin ölümle sona ermesi ihtimaline özgü olarak gerçekleştirilmektedir. Diğer bir ifadeyle eşler, kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, katılma esasını sadece evliliğin ölümle sona ermesine özgü olarak değiştirmektedirler. Bu tür durumlarda, eşlerin mal rejimi sözleşmesine yansıyan iradesi doğrultusunda, katılma esasını değiştiren anlaşmalar sadece mal rejiminin ölümle sona ermesi hâlinde uygulanır. Tüm diğer ihtimallerde ve bu arada sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişte, anılan anlaşmalar uygulanma kabiliyetini yitirir.

c. Sonradan Yapılan Bir Anlaşmayla Katılma Esasının Değiştirilmesi

Eşlerin daha sonraki bir tarihte yapacakları anlaşmayla artık değere katılmada ilk anlaşmadan farklı bir esas belirlemeleri, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişte anlaşmanın uygulanacağı kuralının bir diğer istisnasını oluşturur. Bu, her şeyden önce, eşlerin edinilmiş mallara katılma rejiminin henüz sona ermediği dönemde TMK m. 237/I çerçevesinde yeni bir mal rejimi sözleşmesi yaparak, daha önce yaptıkları anlaşmayı geçersiz kılmaları şeklinde gerçekleşebilir. Hatta eşler, başka bir mal rejimine geçmek için akdettikleri mal rejimi sözleşmesinde de, tasfiyeye ilişkin, daha önceki anlaşmalarından

⁷³ Bu şekilde nitelendirme için bkz. Aebi-Müller, N. 06.06, 06.23, 06.134; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 26a; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 12.183; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 34; Jungo, Art. 216, 217, N. 5; Nuspliger, Art. 216, N. 1, 5; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 15; Wolf, s. 35.

⁷⁴ Anlaşmanın sağ kalan eş lehine yapıldığı ihtimallere ilişkin açıklamalar için bkz. Aebi-Müller, N. 06.23-06.28, 06.134; Gümüş, s. 385; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 26a-29; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 21, 34 vd.; Jungo, Art. 216, 217, N. 5; Zeytin, N. 718-720.

⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bu tür bir olayda (BGE 128 III 314 vd.) eşler mal rejimi sözleşmesiyle, karının kocadan önce ölmesi hâlinde, kocanın artık değere ilişkin hiçbir talepte bulunamayacağını kararlaştırmışlardır. Diğer bir ifadeyle karı, kocadan önce ölürse, artık değerinin tamamı karıya -yani onun mirasçılarına- kalmaktadır. Katılma esasını sadece bu ihtimalle sınırlı olarak değiştirildiğinden, burada da ölümle sona erme hâline özgü bir kazandırmanın mevcut olduğunda tereddüt duyulmamalıdır.

farklı düzenlemeler yapabilirler. Katılma esasını değiştiren anlaşmalar ilk olarak rejimin tasfiyesinde uygulanacağı için, böyle durumlarda eşler arasında yapılan ilk anlaşma hiç uygulanmaz. Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş ihtimalinde tasfiye, sonradan yapılan mal rejimi sözleşmesinde farklı bir esas belirlenmişse buna göre, belirlenmemişse kanunî katılma oranı uyarınca gerçekleştirilir.

Eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra da, daha önce yaptıkları katılma esasını değiştiren anlaşmayla bağdaşmayan tasfiye düzenlemeleri yapmaları mümkündür. Her ne kadar Türk Medenî Kanunu'nun edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümlerinde rejim sona erdikten sonra tasfiye anlaşmasının yapılabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmasa da, fikrimizce eşlere bu imkânın tanınması isabetli olur⁷⁶. Zira kanun koyucu, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin mahkeme kanalıyla gerçekleştirilmesini zorunlu tutmamıştır⁷⁷. TMK m. 237/I çerçevesinde rejim sona ermeden önce katılma esasını ve bu doğrultuda tasfiyenin akıbetini sözleşmeyle belirleyebilen eşlerin, rejim sona erdikten sonra bu imkâna evleviyetle sahip olmaları gerekir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra yapılan tasfiye sözleşmesi Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmediğinden, TMK m. 5 uyarınca, sözleşmenin şekli yönünden Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır⁷⁸. TBK m. 12/I uyarınca anılan sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Bu çerçevede eşler, mal rejiminin sona ermesinden sonra yapacakları yazılı veya sözlü bir anlaşmayla ya da fiilî paylaşma

⁷⁶ Bkz. ve karşı. Gençcan, s. 449 vd.; Öztan, s. 538; Sarı, s. 231, 232; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 281.

⁷⁷ Anıl/Taner, s. 126. Bilakis asıl olan, eşlerin anlaşarak tasfiyeyi gerçekleştirmeleridir. Bkz. Gümüş, s. 288.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. Aldemir, s. 136, 137; Zeytin, N. 709. İsviçre doktrininde ise bir görüş, mal ortaklığı rejiminde, Kanun'da özel olarak düzenlenmeyen paylaşma kurallarına ilişkin olarak paylı mülkiyetin ve mirasın paylaşılması düzenlemelerine atf yapan ZGB Art. 246'nın (TMK m. 281'in) edinilmiş mallara katılma rejiminde kıyasen uygulanacağını öne sürerek, benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Bu doğrultuda, edinilmiş mallara katılma rejimi sona erdikten sonra eşlerin yazılı şekilde yapacakları bir tasfiye sözleşmesiyle (paylaşma sözleşmesi, *Teilungsvertrag*) ya da elden paylaşma (*Realteilung*) suretiyle artık değeri aralarında paylaşabilecekleri ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 215, N. 21. Mal rejimi sona erdikten sonra tasfiyenin yazılı bir tasfiye anlaşmasıyla ya da elden paylaşma suretiyle gerçekleştirilebileceği yönünde ayrıca bkz. Gümüş, s. 288, 382; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 11; Jungo, Art. 216, 217, N. 1; Öztan, s. 538; Sarı, s. 231, 232; Steck/Fankhauser, Art. 216, N. 6; Şeker, s. 266; Şenocak, s. 390; Yusuf Uluç, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, 2014, s. 1405.

(*Realteilung*) yoluyla artık değeri aralarında paylaşabilirler⁷⁹. Bu paylaşım, daha önce mal rejimi sözleşmesiyle belirlenen katılma esasından farklıysa, söz konusu katılma esasını öngören anlaşmanın uygulanmasına engel olur.

d. Sözleşmeyle Kabul Edilen Mal Rejiminin Geçmişe Etkili Olarak Uygulanacağını Kararlaştırılması

Sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların uygulanmayacağı son ihtimal, eşlerin yeni mal rejiminin geçmişe etkili olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren uygulanacağını kararlaştırmalarıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar İsviçre doktrininde eşlerin bu yöndeki düzenlemeleri geçerli addedilse de⁸⁰, Türk doktrininde konu oldukça tartışmalıdır. Türk doktrini yönünden tartışmaların asıl sebebini, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁸¹ m. 10 düzenlemesi oluşturmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında seçimlik mal rejimlerinden birisini 01.01.2002 tarihinden itibaren uygulatabilmeleri için, üçüncü fıkrasında ise 01.01.2002'den önce yapılmış olan evliliklerde edinilmiş mallara katılma rejimini evliliğin başlangıcından itibaren uygulatabilmeleri için eşlere, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıllık süre tanınmıştır. Bu hükmün emredici nitelik taşıdığı düşüncesinden hareket eden bir grup yazar, öncelikle, bu bir yıllık süre geçtikten sonra edinilmiş mallara katılma rejiminin sözleşmeyle 01.01.2002 tarihi öncesine etkili olarak kabul edilemeyeceğini öne sürmektedirler⁸². Ayrıca, yasal mal rejimi dışındaki mal rejimlerinin sözleşmeyle 01.01.2002 öncesine etkili kılınması hiçbir şekilde mümkün kabul edilmezken; bu rejimlerin 01.01.2002'den itibaren geçerli olacak biçimde kabulüne yönelik düzenlemeye ise, ancak 4722 sayılı Kanun m. 10/I'de öngörülen bir yıllık süre içinde yapılmışsa geçerlilik tanınmaktadır⁸³. Yazarlar bu iddialarını

⁷⁹ Aldemir, s. 137; Zeytin, N. 709.

⁸⁰ Bkz. Aebi-Müller, N. 06.116; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 182, N. 19, Art. 217, N. 6; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 182, N. 52, Art. 204, N. 19, Art. 217, N. 11; Hegnauer/Breitschmid, N. 23.06. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir. Bkz. BGE 110 II 270, 276. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. Şeker, s. 126, 127.

⁸¹ RG, T. 8.12.2001, S. 24607.

⁸² Bu yönde görüş için bkz. Acar, s. 103, 104; Aldemir, s. 22, 79; Anıl/Taner, s. 32; Gençcan, s. 411; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 240; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 192, 193; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 76; Sarı, s. 39, 40; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 22, 23; Zeytin, N. 36.

⁸³ Bu yönde bkz. ve karşı. Ahmet M. Kılıçoğlu, "Eşlerin Birbirinden Alacakları", Prof. Dr.

bilhassa, 4722 sayılı Kanun m. 10'un işlem güvenliğini korumak için sevk edilen bir düzenleme olduğu şeklinde gerekçelendirmektedirler⁸⁴. Öte yandan bu görüşteki yazarların önemli bir kısmı⁸⁵, değerlendirmelerini eski Kanun döneminde yapılan evliliklerle sınırlı tutmamakta, 01.01.2002 ve sonrasında akdedilen evlilikler bakımından da geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi yapma imkânını reddetmektedirler. Aksi görüşteki yazarlar⁸⁶ ise, 4722 sayılı Kanun

Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 408; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 195, 196; Sarı, s. 39, 40; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 77; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 22, 23; Zeytin, N. 73, 193, 194. Yargıtay da bu görüştedir. Bkz. Yarg. 8. HD., E. 2010/6262, K. 2011/3497, T. 16.06.2011: “*Bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde yukarıda öngörülen bir yıllık süre içerisinde eşlerin geçmişe etkili olmak üzere sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilecekleri açıktır. Diğer bir ifade ile eşler kanunun tanıdığı bir yıl içinde geçmişe etkili bir biçimde edinilmiş mallara katılma rejimi dışında gene kanunun tanıdığı başka bir mal rejimini (mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerinden birini) evlenme tarihinden itibaren geçerli olmak üzere seçemez ve belirleyemezler. Dolayısı ile varsa bile; böyle bir belirleme de yok hükmündedir ve kamu düzenine ilişkin bu sınırlama sözleşme serbestisi kurallarına dayanılarak aşılamaz.*” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 01.04.2021). Aynı yönde ayrıca bkz. Yarg. 8. HD, E. 2012/11466, K. 2013/8552, T. 06.06.2013; Yarg. 8. HD, E. 2014/9332, K. 2015/17436, T. 05.10.2015 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 01.04.2021). Bununla birlikte anılan görüşteki yazarlardan Şıpka, eşlerin TMK m. 257 uyarınca genel mal ortaklığını seçmeleri suretiyle, 4722 sayılı Kanun m. 10/III'te düzenlenen geçmişe etkili olmama kuralını aşabileceklerini belirtmektedir. Bkz. Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 23. Bu kuralın farklı şekillerde aşılmasına ilişkin örnekler için bkz. Sarı, s. 40, 41.

⁸⁴ Bu doğrultuda bkz. Aldemir, s. 22; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 23. Düzenlemenin amacına ilişkin ayrıca bkz. ve karşı. Acar, s. 103, dn. 25; Özcan Günergök, “Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Mal Rejimleri Bakımından Değerlendirilmesi”, 2002, 6(1-4), AÜEHFD, s. 340, 341, <<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=1498>> Erişim Tarihi 10.04.2021; Sarı, s. 38-40.

⁸⁵ Bu yönde bkz. Sarı, s. 38-40; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 22, 23, 152. Bununla birlikte ilk görüşün savunucuları arasında, geçmişe etkili olmama kuralına istisnalar öngören yazarlar da mevcuttur. 01.01.2002 ve sonrasında yapılan evliliklerde geçmişe etkili mal rejimi seçimi yapılabileceği yönünde bkz. Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 194; Zeytin, 73. 01.01.2002 ve sonrasında akdedilen evlilikler bakımından, edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmaktayken, eşlerin evliliklerinin başından itibaren etkili olacak şekilde mal ayrılığı rejimine geçebilecekleri yönünde bkz. Acar, s. 104, 105. Edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 tarihine kadar geçmişe etkili kabul edilebileceği yönünde ise bkz. Aldemir, s. 79.

⁸⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1027; Gümüş, s. 226; ayrıca karşı. Mustafa Kırmızı, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, 3. Baskı, Yargın Hukuk Yayınları, 2014, s. 70, 71. Gümüş, görüşünü şu şekilde gerekçelendirmektedir: “... *Yürürlük Kanunu m. 10/III'ün amacı TMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki mal rejimini 'bir menfi çözüm ile' dokunulmaz kılmak değil, eşlere yeni TMK yürürlüğe girerken yeni yasal mal rejimini geçmişe etkili olarak da uygulayabilme olanağının varlığını açıklamaktır. Yürürlük Kanunu 10/III düzenlemesi bakımından kanunların geriye yürümezliği ilkesi üzerinde, dolayısıyla hükmün emredici niteliği üzerinde dayatmayı gerektiren bir kamusal menfaat de söz konusu*

m. 10'un emredici nitelik taşımadığını, bu nedenle anılan bir yıllık süreler geçse dahi, eşlerin her zaman geçmişe etkili mal rejimi seçimi yapabileceğini savunmaktadırlar.

Türk doktrinde yürütülen tartışmaya ilişkin değerlendirmelerde bulunmadan önce, “geçmişe etkililik” kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce, İsviçre doktrinde de isabetle vurgulandığı üzere⁸⁷ geçmişe etkililik, eşlerin daha önce uygulanan rejim çerçevesinde, yönetim ve tasarruf yetkilerini kullanarak yaptıkları işlemlerin geçersiz kılınması sonucunu doğurmaz. Aksı bir düşüncenin, işlem güvenliğine ciddi biçimde zarar vereceği şüphesizdir. Benzer şekilde, eşlerin daha önceki mal rejimi dönemindeki mülkiyet durumlarında da herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Mal rejiminin geçmişe etkili uygulanmasıyla kastedilen, aslında, seçilen yeni mal rejiminin tasfiyesinde, bu rejim sanki daha önceki bir tarihte geçerliymiş gibi hareket edilmesidir⁸⁸. Bu bağlamda

değildir.” (s. 226). Doktrinde, 4722 sayılı Kanun m. 10/III’te öngörülen bir yıllık süre geçtikten sonra akdedilen, edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002’den öncesine etkili kılmaya yönelik sözleşmelerin eşler arasında geçerli olacağı, ancak üçüncü kişilere, bilhassa alacaklılara karşı geçersiz olacağı yönünde bir görüş de savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Günergök, s. 340, 341; ayrıca karşı. Köroğlu, s. 239, dn. 52. 4722 sayılı Kanun m. 10’da öngörülen süre sınırlamalarının eşlerin mal rejimini seçme özgürlüğüyle bağdaşmadığı ve bu nedenle isabetsiz olduğu yönünde bkz. Şeref Ertaş, “Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar”, 2013, 15(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, s. 915-918, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756551>> Erişim Tarihi 10.04.2021. Aydos ise 4722 sayılı Kanun m. 10/III’ün açık bir kanunî düzenlemeyle ortadan kaldırılması veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi suretiyle geçmişe etkili mal rejimi seçiminin mümkün kılınması gerektiği görüşündedir. Bkz. Oğuz Sadık Aydos, “Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, 2016, 22(3 - Özel Sayı), MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. I, s. 387-388, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333508>> Erişim Tarihi 10.04.2021. Bir hukukî düzenleme yapılarak eşlere, mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejimini evlilik tarihinden itibaren geçerli kılma olanağı tanınması gerektiği, böyle bir imkânın tanınmasının kanunun amacına uygun olacağı ve hukukî istikrara da zarar vermeyeceği yönünde görüş ve değerlendirme için bkz. Zeytin, N. 36, 73, 194, 879. Edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 tarihinden önce akdedilen evliliklere uygulanmasının hem iç hukuk hem de taraf olunan uluslararası sözleşmeler doğrultusunda isabetli olacağı yönünde ise bkz. Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 79.

⁸⁷ Bu yönde bkz. Aebi-Müller, N. 06.116; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 182, N. 52, Art. 204, N. 19. Aynı yönde ayrıca bkz. Şeker, s. 127.

⁸⁸ İsviçre doktrinde bu durum, birden çok mal rejimi arasında, mal rejimi sözleşmesiyle kararlaştırılan bir geçiş hükmü gibi değerlendirilmektedir. Bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 181, N. 52. Nitekim ZGB SchlT Art. 9d Abs. 1, eşler yeni düzenlemelerin yürürlüğe girdiği tarihten önce mal rejiminin tasfiyesini mal birliği hükümlerine göre gerçekleştirmemişlerse, tasfiyenin, hem yeni kanunî düzenlemelerden önceki hem de sonraki dönemde edinilmiş

“geçmişe etkililik”, sonuçlarını yeni rejimin tasfiyesinde doğurur. Yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkileri ile mallar üzerindeki mülkiyet durumuna ilişkin değişiklikler ise geçmişe etkili değil, yeni mal rejiminin kabulü anından itibaren, yani ileriye etkili olarak gerçekleşir.

Geçmişe etkililiğin salt tasfiyeye ilişkin olması, edinilmiş mallara katılma, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ayrılığı rejimleri arasındaki geçişlerde son derece belirgindir. Zira anılan rejimler, geçerli oldukları süre boyunca, eşlerin yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkileri bağlamında büyük ölçüde aynı hükümleri doğurmaktadır (TMK m. 223/I, m. 242, m. 244)⁸⁹. Bununla birlikte, bu rejimlerden birinden mal ortaklığına ya da mal ortaklığından bu rejimlere geçiş ihtimalinde de, geçmişe etkililiğe bağlanacak sonuç farklı olmamalıdır. Her iki durumda da, yeni mal rejimine geçiş tarihinden önceki dönemde, önceki mal rejimi yönünden geçerli kurallar çerçevesinde yapılmış olan yönetim ve tasarruf işlemleri geçerliliğini korur. Bu doğrultuda, edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanmaktayken eşler bir mal rejimi sözleşmesi yaparak geçmişe etkili biçimde mal ortaklığı rejimine geçtiklerinde, eşlerin her birinin edinilmiş mallara katılma rejimi döneminde maliki oldukları mallara ilişkin yönetim ve tasarruf işlemleri geçerli olmaya devam eder. Mallar üzerinde ferdî mülkiyetten elbirliği mülkiyetine ya da elbirliği mülkiyetinden ferdî mülkiyete -veya paylı mülkiyete (TMK m. 222/II)- geçiş de, yine akdedilen mal rejimi sözleşmesinin tarihi itibarıyla, yani ileriye etkili olarak gerçekleşir. Ancak tasfiye aşamasına gelindiğinde, yeni mal rejiminin tasfiyeye ilişkin düzenlemeleri geçmişe etkili olarak uygulanır⁹⁰. Görüldüğü

mallara katılma rejiminin geçerli olduğu kabul edilerek gerçekleştirileceğini öngörmektedir. İsviçre kanun koyucusunun bu tercihi, yukarıda zikredilen geçmişe etkililik anlayışıyla paralellik arz eder. Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 182, N. 52. İsviçre hukukunda mal rejimlerine ilişkin geçiş düzenlemelerine ilişkin geniş bilgi için ayrıca bkz. Piotet, s. 174-183.

⁸⁹ Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 50; Öztan, s. 457, 458; Piotet, s. 24; Sarı, s. 52; Şeker, s. 218; Şükran Şıpka / Pınar Özlem Demir, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ‘Edinilmiş Malların Tasfiyesi’ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)” Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 261; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 32, N. 9. Bununla birlikte mal ayrılığı rejiminden farklı olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminde, TMK m. 223/II uyarınca eşlerin paylı mülkiyet payları üzerindeki tasarruf yetkisi, tasarrufların diğer eşin rızasına bağlı tutulması suretiyle sınırlandırılmıştır. Bkz. Şenocak, s. 381, dn. 7.

⁹⁰ Hemen belirtelim ki mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde yapılacak olan paylaşım, eşlerin TMK m. 257-259 hükümleri uyarınca hangi malları ortaklık malı olarak belirledikleriyle doğrudan ilgilidir. Bu açıdan mal ortaklığı rejiminin geçmişe etkili uygulanması ile ileriye etkili uygulanması arasında esas itibarıyla bir fark bulunmamaktadır. Nitekim doktrinde, eşlerin, mal ortaklığı rejimine geçmeleri ve TMK m. 257 uyarınca genel mal ortaklığını

üzere, geçmişe etkililik kavramı bu şekilde anlamlandırıldığında, işlem güvenliğine yönelik bir tehdit olmaktan çıkmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, eşlerin geçmişe etkili akdettiği bir mal rejimi sözleşmesi karşısında, eşlerin alacaklıları yönünden bir koruma boşluğunun ortaya çıkmadığı açıktır⁹¹. Nitekim alacaklıların menfaati, bütün mal rejimleri bakımından geçerli olan TMK m. 213 düzenlemesiyle⁹² koruma altına alınmıştır. TMK m. 213/I'e göre, "*Mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakamaz.*". TMK m. 213/II'ye göre ise, "*Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur; ancak, söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği takdirde, bu ölçüde kendisini sorumluluktan kurtarabilir.*". Düzenleme, bir mal rejiminin geçmişe etkili olarak kabulü veya geçilen mal rejiminin ileride gerçekleştirilecek tasfiyesi sonucunda, alacaklıların el atabilecekleri mallar üzerindeki mülkiyet durumunda bir değişiklik olması ihtimalinde⁹³ şüphesiz uygulama alanı bulur. Bu sayede

seçmeleri suretiyle, 4722 sayılı Kanun m. 10/III'te düzenlenen geçmişe etkili olmama kuralını aşabilecekleri, haklı olarak ifade edilmektedir. Zira böyle bir seçim, eşlerin hem eski mal rejimi hem de yeni mal rejimi döneminde elde ettikleri mallardan, kanun gereğince kişisel mal sayılanlar dışında kalan tüm mallara ortaklık malı niteliği kazandırmaları anlamına gelmektedir. Bkz. ve karşı. Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 204, N. 20; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 23.

⁹¹ Aynı doğrultuda bkz. Aldemir, s. 21, 22; Gümüş, s. 220; Zeytin, N. 194, 879. Aksi görüşte bkz. Günergök, s. 340, 341.

⁹² Alacaklıların menfaatine sağlanan koruma, bugünkü TMK m. 213'ün eski Kanun dönemindeki karşılığını oluşturan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 180/I ve 180/II çerçevesinde, eski Kanun döneminde de mevcuttur.

⁹³ Mal rejiminin değiştirilmesi durumunda TMK m. 213 (ZGB Art. 193) uyarınca alacaklıların korunması, ancak mal ortaklığı rejiminden başka bir rejime veya başka bir rejimden mal ortaklığı rejimine geçiş ihtimallerinde gündeme gelir. Zira mal ortaklığı dışındaki mal rejimlerinde rejim devam ettiği sürece her bir eş kendi malları üzerindeki hak sahipliğini koruduğundan, tasfiyenin henüz gerçekleştirilmediği aşamada, salt mal rejiminin değiştirilmesi nedeniyle eşler arasında mal geçişi söz konusu olmaz. Mal rejiminin tasfiyesi aşamasında ise, TMK m. 213'ün (ZGB Art. 193'ün) uygulanması, tüm mal rejimleri bakımından mümkündür. Bkz. ve karşı. Acar, s. 141, 142; Gümüş, s. 241 - 244; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 193, N. 10-14; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 11.52-11.55; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 193, N. 9 vd.; Şeker, s. 128, 129; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 50, 51; Öztan, s. 420, 421. TMK m. 213 (ZGB Art. 193) uyarınca mal rejiminin tasfiyesindeki mal devirlerine karşı alacaklıların korunması için, bir eşin aktiflerinden diğerine bir intikalin söz konusu olması şarttır. Bkz. Acar, s. 142; Gümüş, s. 240, 241; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 193, N. 13; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N. 11.57, 11.58; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 193, N. 16; Şeker, s. 129. Alacaklıların mal rejiminin gelecekteki tasfiyesinde borçluları olan eşe ait olacak müstakbel alacak hakkına (katılma

alacaklılar, diğer eşin sorumluluğuna başvurma imkânına kavuşur.

Saklı paylı mirasçılar ise, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle yapacakları düzenlemelere karşı sınırlı biçimde koruma altına alınmıştır. Öncelikle anılan mirasçıların saklı paylarına yönelik koruma, sadece edinilmiş mallara katılma ve mal ortaklığı rejimlerinde mevcuttur. Öte yandan anılan koruma, saklı paylı mirasçıların tamamına değil, bir kısmına sağlanmıştır. Gerçekten kanun koyucu, edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma esasını değiştiren anlaşmalara karşı sadece eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve bunların altsoyunun saklı paylarını muhafaza altına almıştır (TMK m. 237/II). Mal ortaklığı rejiminde ise paylaşma oranını değiştiren anlaşmaların, sadece eşlerin -ortak olan ve olmayan- altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği öngörülmüştür (TMK m. 276/III). Geçmişe etkili mal rejimi değişikliği katılma veya paylaşım oranını değiştiren anlaşmalarla benzer sonuçlar doğurduğu için, saklı paylı mirasçıların saklı paylarını kısmen ya da tamamen elde edememeleri rizikosunu beraberinde getirebilir. Örneğin edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken geçmişe etkili olarak mal ayrılığı rejimine geçilmesi, eşlerin tasfiye sonucunda elde edecekleri katılma ya da değer artış payı alacağından vazgeçmesi anlamına gelir. Böyle bir vazgeçmenin TMK m. 237/I çerçevesinde katılma esasını değiştiren bir anlaşmayla yapılması hâlinde TMK m. 237/II'nin eşlerin ortak olmayan altsoyuna sağladığı koruma, aynı sonucu doğuran geçmişe etkili mal rejimi değişikliği hâlinde de sağlanmalıdır. Bu çerçevede, edinilmiş mallara katılma rejiminden ya da mal ortaklığı rejiminden geçmişe etkili olarak başka bir mal rejimine geçiş hâlinde, TMK m. 237/II ve TMK m. 276/III kıyasen uygulanmalıdır. Böylece, geçmişe etkili mal rejimine geçiş nedeniyle tasfiye edilmeyen rejim tasfiye edilseydi eşlerden birine düşecek olan, ancak geçmişe etkililik nedeniyle eşin elde etmediği miktar, o eş tarafından diğeri lehine yapılmış bir sağlararası kazandırma olarak değerlendirilmelidir. TMK m. 565'te düzenlenen tenkise tâbi sağlararası kazandırmaların kapsamına girmesi⁹⁴ hâlinde⁹⁵, TMK m.

alacağına) olan güvenleri, TMK m. 213'te korunmamıştır.

⁹⁴ Burada TMK m. 565 b. 3 açısından kazandırmanın yapıldığı tarih olarak, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesinin akdedildiği tarih esas alınmalıdır. Zira yeni rejimin geçmişe etkili kabulü anında, eşlerden birinin malvarlığında, önceki rejimin tasfiye edilmemesinden kaynaklanan bir artış meydana gelir.

⁹⁵ Katılma oranını değiştiren anlaşmaların ölüm dışındaki sona erme hâllerinde de uygulanacağı ihtimalde, rejim ölüm dışında bir sebeple sona erer ve daha sonra katılma oranını değiştiren anlaşmayla kazandırmada bulunan eş ölürse, kazandırmanın ancak TMK m. 565'in (ZGB Art. 527'nin) kapsamına girmesi hâlinde TMK m. 237/II uyarınca tenkise tâbi olacağı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. ve karşı. Aebi-Müller,

237/II ve TMK m. 276/III’te saklı payları koruma altına alınan mirasçılar bu kazandırmanın tenkisini talep edebilmelidirler⁹⁶. Diğer mal rejimlerinde ise, kanun koyucu tarafından herhangi bir biçimde koruma altına alınmayan saklı payların, geçmişe etkili mal rejimi değişikliği ihtimalinde de korunmasına lüzum bulunmadığı açıktır.

Yukarıdaki tespit ve değerlendirmeler sonucunda açıkça görülmektedir ki, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi akdedilmesi işlem güvenliğine zarar vermemektedir. Böyle bir mal rejimi sözleşmesinin akdedilmesi ihtimaline karşı alacaklıların menfaati TMK m. 213 sayesinde, saklı paylı mirasçıların menfaati ise TMK m. 237/II ve m. 276/III’ün kıyasen uygulanmasıyla yeterince korunabilmektedir. Bu nedenle işlem güvenliğinin ve anılan menfaat gruplarının korunması, geçmişe etkili mal rejimi sözleşmesi akdedilmesinin yasaklanması için haklı bir gerekçe teşkil etmez⁹⁷. Öte yandan, böyle bir sözleşme akdetme imkânının doğması için, bu imkânın Kanun’da açıkça öngörülmesine de gerek yoktur. Zira her ne kadar mal rejimleri esas itibarıyla emredici hükümleriyle düzenlenmişse de, TMK m. 202/II hükmüyle eşler, Kanun’da öngörülen mal rejimleri arasından dilediklerini seçme hususunda özgür bırakılmışlardır. Bu seçimin ileriye ya da geriye etkili olması tercihi de, bu konuda açıkça emir veren ya da yasak koyan bir düzenleme bulunmadığı sürece, eşlerin özgürlük alanında kalmaktadır⁹⁸.

N. 06.30; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 216, N. 29; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 216, N. 39; Nuspliger, Art. 216, N. 5; Piotet, s. 167; Portmann, s. 12; Sarı, s. 243; Zeytin, N. 720. ZGB Art. 216’nın gerekçesinde TMK m. 565’in karşılığı olan ZGB Art. 527 hükmü, sağlararası kazandırmaların tenkisinin dayanağı olarak açıkça zikredilmektedir. Bkz. BBl 1979 II 1323. TMK m. 237/II uyarınca, yapılan kazandırmaların TMK m. 565’in kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın tenkise tâbi tutulması yönünde aksi görüş için bkz. Şenocak, s. 403, 404. Mal rejiminin ölüm dışındaki bir sebeple sona ermesi hâlinde yapılan kazandırma yönünden TMK m. 237/II’nin uygulanmayacağı ve dolayısıyla tenkis yoluna gidilemeyeceği yönünde görüş için bkz. Gümüş, s. 387, 388. Kazandırmanın TMK m. 565’in kapsamına girmesi hâlinde, TMK m. 237/II’den bağımsız olarak tüm saklı paylı mirasçıların tenkis talep edebileceği yönünde görüş için ise bkz. Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 287, dn. 340.

⁹⁶ Edinilmiş mallara katılma rejiminin geçmişe etkili olarak kabulü bakımından aynı yönde görüş için bkz. Aldemir, s. 80.

⁹⁷ Mal rejimi sözleşmelerinde esas olanın eşlerin menfaati olduğu, sözleşmenin akdedilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece üçüncü kişilerin menfaatlerinin gözetilmeyeceği yönünde değerlendirme için bkz. Gümüş, s. 220.

⁹⁸ “Her ne kadar aile hukukunda sözleşme serbestisi özel hukukun diğer alanlarına göre sınırlı ise de, emredici açık bir hükümle düzenlenmemiş veya amaçsal yorumun böyle bir sınırlamayı gerektirmediği alanlarda da sözleşme serbestisinin kabulü gerekir.” (Zeytin, N. 73). Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 194.

Hemen belirtelim ki, kanaatimizce isabetsiz düzenlemeler olmakla birlikte⁹⁹, 4722 sayılı Kanun m. 10/I ve m. 10/III karşısında, eski Kanun döneminde kurulan evlilikler bakımından bu düzenlemelerle bağdaşmayan bir geçmişe etkili mal rejimi seçimine cevaz vermek oldukça güçtür. Gerek hükmün süre sınırı getiren açık lafzı gerekse ana kuralın kanunların geçmişe yürümemesi yönünde olması, bu imkânın önüne set çekmektedir¹⁰⁰. Bu doğrultuda, eski Kanun döneminde yapılan evliliklerde, düzenlemelerdeki bir yıllık süreler geçtikten sonra edinilmiş mallara katılma rejimi 01.01.2002 tarihinden öncesine, diğer mal rejimleri ise 01.01.2002 tarihine geçmişe etkili kılınmaz. Fakat 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu döneminde kurulan evlilikler bakımından durum farklıdır. Zira 4722 sayılı Kanun m. 10, nihayetinde bir geçiş hükmü niteliğindedir. Anılan hüküm, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun mal rejimlerine ilişkin düzenlemelerinin, Kanun'un yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan evliliklere uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Dolayısıyla bu hüküm, 01.01.2002 tarihinden sonra yapılmış evlilikler bakımından hiçbir şekilde uygulama alanı bulmaz. Diğer bir ifadeyle yeni Kanun döneminde yapılmış evlilikler yönünden, anılan düzenlemeden ne bir emir ne de bir yasak türetilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere Türk Medenî Kanunu'nda da konuya ilişkin bir yasak bulunmamaktadır. Buradan ve bilhassa TMK m. 202/II'den hareketle, Türk Medenî Kanunu yürürlükteyken kurulan evlilikler bakımından, mal rejiminin geçmişe etkili uygulanacağına dair sözleşme hükümleri geçerli addedilmelidir¹⁰¹. Eski Kanun döneminde yapılan evlilikler bakımından ise, 4722 sayılı Kanun'un lafzının dar yorumlanmasıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminin 01.01.2002 veya sonrasındaki bir tarihten itibaren geçmişe etkili kabulü mümkün addedilebilir¹⁰². Benzer şekilde, diğer mal rejimlerinin ise 01.01.2002 tarihinden sonraki bir tarihe etkili olacak biçimde geçmişe yürütülmesi söz konusu olabilir. Zira bu içerikteki akdî düzenlemeler 4722 sayılı Kanun m. 10/I ve m. 10/III'ün lafzıyla çatışmamaktadır. Diğer yandan söz konusu iki hâlde kanunların geçmişe etkili uygulanmaması

⁹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Aydos, s. 387, 388; Ertaş, s. 915-918; Zeytin, N. 36, 73, 194, 879.

¹⁰⁰ Karş. Zeytin, N. 197, 198.

¹⁰¹ Aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 226; Kılıçoğlu, Katılma Alacağı, s. 194; Zeytin, N. 73. Acar da, mal ayrılığı rejiminin geçmişe etkili uygulanması bakımından aynı görüştedir. Nitekim yazar, 01.01.2002 tarihinden sonra evlenen eşlerin, daha sonra yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle mal ayrılığı rejimini evliliklerinin başından itibaren uygulatabileceklerini kabul etmektedir. Fakat yazar, bu durumda da üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacağını belirtmektedir. Bu yönde bkz. Acar, s. 103, 104, dn. 26.

¹⁰² Aynı doğrultuda bkz. ve karşı. Aldemir, s. 79.

kuralının da ihlal edilmediği açıktır.

Sözleşmeyle kabul edilen mal rejiminin geçmişe etkili olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren uygulanacağını kararlaştırılması, sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların geçerliliği yönündeki kuralın bir başka istisnasını oluşturmaktadır. Eşler seçtikleri yeni mal rejimini edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihe kadar geçmişe etkili kıldıklarında, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi hiçbir zaman gündeme gelmez. Böylece, tasfiyeye yönelik bir anlaşma niteliği taşıyan katılma esasını değiştiren anlaşmalar da uygulanma kabiliyetini kaybeder.

Fakat yeni rejimin edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten daha sonraki bir tarihten itibaren uygulanacağını kararlaştırdığı ihtimalde, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye edilmesi gerekliliği ortadan kalkmaz. Bu durumda edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin yeni mal rejiminin kabulüne yönelik sözleşmenin akdedildiği tarihteki değil, yeni mal rejiminin uygulanmaya başlayacağını kararlaştırıldığı tarihteki malvarlığı durumu gözetilerek tasfiye edilir. Bu tasfiye de, kural olarak, hâlen yürürlükte bulunan artık değere katılma esasını değiştiren anlaşma doğrultusunda yapılır. Bu nedenle geçmişe etkili mal rejimi seçiminin katılma esasını değiştiren anlaşmaları etkisizleştirilmesi, seçilen rejimin edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren geçerli kılındığı ihtimallerle sınırlı olarak gündeme gelir.

SONUÇ

TMK m. 238'e ilişkin tarihsel, amaçsal ve sistematik incelemeler, eşler tarafından aksi kararlaştırılmadığı sürece artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmaların geçersizliğine yol açan sebeplerin hükümde sınırlı olarak sayıldığını ortaya koymaktadır. Zira hükümde öngörülen geçersizlik yaptırımının dayanağını, söz konusu anlaşmayı yapmak suretiyle diğer eşe kazandırmada bulunan eşin farazî iradesi teşkil eder. Kanun koyucu hükmü sevk ederken, evliliğin arzulanmayan ve öngörülemeyen, olağandışı sebeplerle sona ermesi hâlinde, bu farazî iradenin anlaşmanın geçersizliği yönünde olacağından hareket etmiştir. Düzenlemede öngörülen boşanma, iptal ve mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçişte çoğu zaman eşler arasında yeni bir anlaşma zemini ortadan kalkacağı için, kazandırmada bulunan eşin farazî iradesine kanun koyucu eliyle geçerlilik tanınmıştır. Sözleşmeyle

başka bir mal rejimine geçiş ise, evliliği sona erdiren bir sebep olmadığı gibi, olağandışı ya da arzulanmayan bir durum da değildir. Bu hâlde, eşler arasında anlaşma zemininin hâlen mevcut olduğu da açıktır. Dolayısıyla katılma esasını değişikliğe uğratan anlaşmaların akıbeti bakımından, sözleşmeyle başka bir mal rejiminin kabulünde, mal rejiminin ölümle sona erdiği ihtimalle aynı esas benimsenmelidir. Bu doğrultuda sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçiş hâlinde TMK m. 238 uygulanmaz ve artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalar geçerliliğini korur. Fakat bu kuralın birtakım istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalar şunlardır: Katılma esasını değiştiren anlaşmanın sözleşmeyle başka bir mal rejimine geçişte uygulanmayacağı mal rejimi sözleşmesinde açık ya da örtülü biçimde kararlaştırılması; sonradan yapılan bir anlaşmayla katılma esasının değiştirilmesi; sözleşmeyle kabul edilen mal rejiminin geçmişe etkili olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başladığı tarihten itibaren uygulanmasının kararlaştırılması. Bu üç durumda, artık değere katılma esasını değiştiren anlaşmalar uygulanma kabiliyetini yitirir.

KAYNAKÇA

- Acabey M B, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, 2007, 9(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, s. 491-534, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/756831>> Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Acar F, Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri - Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aebi-Müller R E, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2007.
- Akıntürk T / Ateş D, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017.
- Aldemir İ B, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Altaş H, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Yayınları, 2014.

- Anıl Y Ş / Taner Y, Eşler Arasındaki Mal Rejimleri, Legal Yayıncılık, 2011.
- Antalya G / Topuz M, Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk, C. I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aydos O S, “Eşlerin Geçmiş Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, 2016, 22(3 - Özel Sayı), MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. I, s. 379-389, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333508>> Erişim Tarihi 10.04.2021.
- Birinci Uzun T, “Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuk Anomalisi”, 2018, 9(1), İnÜHFD, s. 105-132, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/455796>> Erişim Tarihi 01.04.2021.
- Demir Ş, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması”, 2014, 1, Ankara Barosu Dergisi, s. 246-269, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398147>> Erişim Tarihi 01.04.2021.
- Doğan M / Köroğlu E, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağıının Niteliği”, 2019, 1(1 - Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I - Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 281-298.
- Dural M / Ögüz T / Gümüş M A, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018.
- Dural M / Öz T, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 8. Bası, Filiz Kitabevi, 2015.
- Dural M / Sarı S, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, 2014.
- Erdoğan İ / Keskin A D, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.
- Ertay Ş, “Eski Medeni Kanun Zamanında Evlenen Kişilerin Mal Rejimi Tasfiyesinde Bazı Hukuki Sorunlar”, 2013, 15(Özel Sayı), DEÜHFD, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, s. 915-932, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756551>> Erişim Tarihi 10.04.2021.

- Gençcan Ö U, Mal Rejimleri Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.
- Gökçe Z, “Edinilmiş Mallara Katılma”, 2016, 65(4), AÜHFD, s. 3457-3492, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621838>>, Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Gümüş M A, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, 2008.
- Günergök Ö, “Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Mal Rejimleri Bakımından Değerlendirilmesi”, 2002, 6(1-4), AÜEHFD, s. 333-342, <<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=1498>> Erişim Tarihi 10.04.2021.
- Hatemi H / Kalkan Oğuztürk B, Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Hausheer H / Aebi-Müller R E, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Kommentar zu Art. 181-251 ZGB, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- Hausheer H / Geiser T / Aebi-Müller R E, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2014.
- Hausheer H / Reusser R / Geiser T, Berner Kommentar, Bd. II/1/3/1, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Kommentar zu Art. 196-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 1992.
- Hegnauer C / Breitschmid P, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2000.
- Jungo A, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 216, 217, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Kılıçoğlu A M, Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2019 (Kılıçoğlu, Aile Hukuku).
- Kılıçoğlu A M, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Turhan Kitabevi, 2002 (Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi).
- Kılıçoğlu A M, “Eşlerin Birbirinden Alacakları”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 395-414 (Kılıçoğlu, Eşlerin Birbirinden Alacakları).

- Kılıçoğlu A M, Katkı - Katılma Alacağı, 7. Bası, Turhan Kitabevi, 2020 (Kılıçoğlu, Katılma Alacağı).
- Kırmızı M, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, 3. Baskı, Yargın Hukuk Yayınları, 2014.
- Köroğlu, E, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)”, 2016, 11(1), ERÜHFD, s. 229-251, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/425096>> Erişim Tarihi 15.02.2021
- Näf-Hofmann M / Näf-Hofmann H, Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998.
- Nuspliger I, Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 216, 217, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Oğuzman M K / Barlas N, Medenî Hukuk, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Ozanemre Yayla H T / Turan G, “Türk Medeni Kanunu’nda Mal Rejimi Sözleşmesi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 1079-1092.
- Özdamar D / Kayış F / Yağcıoğlu B / Akgün A, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özer Deniz M, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Öztan B, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015.
- Pehlivan M, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Erme Sebepleri ve Sona Erme Anının Önemi”, 2017, 6(2), Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 67-83, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/344262>> Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Pfäffli R, “Die Meistbegünstigung des Ehegatten nach Güterrecht und Erbrecht”, 1996, 92, SJZ, s. 5-8.
- Piotet P, Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987.
- Portmann W, “Pflichtteilsschutz bei Errungenschaftsbeteiligung - Schnittstelle zwischen Erbrecht und Eherecht”, 1997, recht, s. 9-15.

- Rumo-Jungo A, “Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen”, 2007, successio, s. 158-167.
- Sarı S, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007.
- Serozan R, Hukukta Yöntem - Mantık, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Steck D / Fankhauser R, FamKommentar, Scheidung, Bd. I: ZGB, 3. Aufl., Kommentar zu Art. 196-220 ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2017.
- Şeker M, Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Verlag H. J. Maurer, 2006.
- Şenocak Z, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, 2009, 58(2), AÜHFD, s. 377-411, <<https://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0006596&lng=0>> Erişim Tarihi 15.02.2021.
- Şıpka Ş, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s. 839-849 (Şıpka, Zamanaşımı Süreleri).
- Şıpka Ş, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, 2011 (Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi).
- Şıpka Ş / Demir P Ö, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ‘Edinilmiş Malların Tasfiyesi’ne İlişkin Bir Kararının İncelenmesi (BGE 118 II 27-31)”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 254-262.
- Şıpka Ş / Kaplan H A, “4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’na Göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoy’a Etkisi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 263-274.
- Şıpka Ş / Özdoğan A, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Trchsel D, “Schnittstellen zwischen Güter- und Erbrecht, mit einem

Seitenblick auf die Behandlung von Guthaben in der Zweiten und in der gebundenen Dritten Säule a", 2013, AJP, s. 169-181.

Tuor P / Schnyder B / Schmid J / Rumo-Jungo A, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2009.

Uluç Y, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, 2014.

Vogt N P, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Kommentar zu Art. 239-252, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

Wolf S, Vorschlags- und Gesamtgutszuweisung an den überlebenden Ehegatten mit Berücksichtigung der grundbuchrechtlichen Auswirkungen, Stämpfli Verlag AG, 1996.

Yıldırım MF, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki", 2019, 1(1 - Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu I - Türk Medenî Hukukunda Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 237-261.

Zeytin Z, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Zeytin Z / Ergün Ö, Türk Medeni Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Elektronik Kaynaklar

Fedlex - Die Publikationsplattform des Bundesrechts, <https://www.fedlex.admin.ch/>.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <https://legalbank.net/>.

Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>.

BORÇLAR HUKUKU ÇERÇEVESİNDE AKILLI SÖZLEŞMENİN İŞLEVLERİ VE İŞLEVLERİN YERİNE GETİRİLMESİ SIRASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Fikriye Ceren SADIOĞLU*

ÖZ

Hızla gelişmekte olan blok zinciri teknolojisi, önceleri sadece kripto varlıkların alışveriş aracı olarak kullanılmaktayken, günümüzde akıllı sözleşmelerin işlevine dayanıklılık etmektedir. Blok zinciri teknolojisinin avantajları, akıllı sözleşmelerin blok zinciri altyapısı üzerinde kullanılmasını cazip kılmaktadır. Aslında program kodu niteliğinde olan akıllı sözleşmeler; tarafların bu kodlar vasıtasıyla sözleşme kurmalarına veya geleneksel olarak kurdukları sözleşmeyi yürütmelerine imkân sağlamaktadır. Sözleşme görüşmelerinden sözleşmenin ifasına kadar olan sürece aracılık edebilen akıllı sözleşmeler; bu süreçte çeşitli irade ve bilgi açıklaması oluşturup muhabata iletmektedir. Elektronik temsilci niteliğindeki akıllı sözleşmeler; işlevlerini yerine getirirken borçlar hukuku çerçevesinde bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun mevcut hükümleri, akıllı sözleşmelerin aracılık ettiği sözleşme ilişkilerine bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak akıllı sözleşmeler aracılığıyla kurulan veya yürütülen sözleşmelerin kanunî çerçevesinin kanun koyucu tarafından çizilmesi, hukukî güvenliğin sağlanması bakımından büyük bir gerekliliktir. Dolayısıyla, gerek akıllı sözleşmelere ilişkin kanunî düzenlemelerin yapılması, gerekse akıllı sözleşmelerin hazırlanması ve akıllı sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların çözümü için bilişim teknolojileri alanında uzman hukukçulara olan ihtiyaç her geçen gün artmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Akıllı sözleşme, Nick Szabo, Blok zinciri teknolojisi, Kripto varlık, Otomatikleştirilmiş irade açıklaması

FUNCTIONS OF SMART CONTRACT WITHIN THE LAW OF OBLIGATIONS AND PROBLEMS ENCOUNTERED DURING THE PERFORMANCE OF FUNCTIONS

ABSTRACT

While the rapidly developing blockchain technology was previously only used as a crypto assets exchange tool, today it is based on the functioning of smart contracts.

* **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** ceren.sadioglu@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-5751-8973

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018674

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 31/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 04/10/2021

The advantages of blockchain technology make it attractive to use smart contracts on blockchain infrastructure. In fact, smart contracts, which are program code, allow parties to establish contracts through these codes or execute contracts they traditionally established. Smart contracts, which can mediate the process from the contract negotiations to the execution of the contract, create various declarations of will and information and transmit them to the addressee in this process. While the electronic agent smart contracts perform their functions, some problems may arise within the law of obligations. The current provisions of the Turkish Code of Obligations can be applied to contractual relations mediated by smart contracts to the extent that they are suitable for their structure. However, drawing the legal framework of the contracts established or executed through smart contracts by the legislator is a great requirement in terms of ensuring legal security. Therefore, the need for expert lawyers in the field of information technologies to make legal regulations related to smart contracts and to prepare smart contracts and to resolve disputes arising from smart contracts is increasing every day.

Keywords: Smart contract, Nick Szabo, Blockchain technology, Crypto asset, Automated declaration of will

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi ile birçok alanda işlem süreçleri otomatik olarak yürütülmektedir. Teknolojik gelişmeler sözleşme hukuku alanında, sözleşmelerin otomatik olarak kurulması ve yürütülmesi şeklinde kendisini göstermektedir. Finans, ulaşım, sigorta gibi birçok sektörde kullanılan akıllı sözleşmeler sayesinde, pahalı ve süreci yavaşlatan merkezi bir otoriteye ihtiyaç duyulmaksızın sözleşmelerin etkin ve güvenli bir şekilde kurulması ve yürütülmesi sağlanabilmektedir. Akıllı sözleşmelerle ilgili olarak medenî hukuk, borçlar hukuku, ceza hukuku, vergi hukuku, medenî usûl ve icra iflas hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku gibi hukukun çeşitli alanlarında sorunlar ortaya çıkabilir. Bu çalışmada, akıllı sözleşme kavramı ve blok zinciri teknolojisinden kısaca bahsedilerek akıllı sözleşmelerin borçlar hukuku çerçevesindeki işlevleri ve bu işlevlerin yerine gitilmesi sırasında karşılaşılabilecek muhtemel sorunlar ele alınacaktır.

I. AKILLI SÖZLEŞME KAVRAMI VE BLOK ZİNCİRİ TEKNOLOJİSİ

A. Akıllı Sözleşmenin Tanımı ve Uygulama Alanları

Günümüzde birçok akıllı nesne, hayatımızın parçası hâline gelmiştir. Akıllı saatler, akıllı sayaçlar, akıllı kilitler, akıllı ev robotları, akıllı mutfak

aletleri gündelik hayatta sıklıkla karşılaştığımız akıllı cihazlardandır. Artık hukukî ilişkiler bakımından da akıllı olarak nitelendirilen işlemlerle karşı karşıyayız. İşte akıllı sözleşmeler, günümüz teknolojisinin klasik anlamdaki sözleşmelere yansımalarının bir sonucudur¹.

Akıllı sözleşme kavramı, ilk defa 1994'te Amerikalı bilgisayar bilimcisi, hukukçu ve kriptograf *Nick Szabo* tarafından kullanılmıştır². *Szabo* sözleşmelerin, bir bilgisayar protokolünde önceden belirlenmiş koşullar çerçevesinde kendi kendine işlemesinden bahsetmektedir. *Szabo*, akıllı sözleşmelerin en basit örneğinin ürün otomatları olduğundan söz etmiştir³. Ürün otomatlarına para girişinin yapılmasıyla ürün, otomatik olarak alıcıya teslim edilmektedir. Ürün otomatları, herhangi bir kişi ile satış sözleşmesinin otomatik olarak kurulmasına ve ifa edilmesine izin vermektedir. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise akıllı sözleşmeler, ürün otomatlarına benzememektedir⁴. Ürün otomatlarında malın fiyatının gösterilerek sergilenmesi hukuken öneri niteliğindedir⁵. Çünkü TBK m. 8/f. 3'e göre fiyatını göstererek mal sergilenmesi aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır. Ürün otomatında malların satışa sunulması, TBK m. 5 anlamında hazır olmayanlar arasında yapılan bir öneridir⁶. Alıcı, burada sadece irade faaliyetinde (*Willensbetaetigung*) bulunarak, yani malın satış bedelini otomata sokarak ve satın almak istediği ürünü seçerek kabul açıklamasında bulunmuş olmaktadır. İradelerin karşılıklı değiş-tokuşu bu

¹ David Paulus, "Was ist eigentlich...ein Smart Contract?", 2020, (2), JuS, s. 107; Martin Heckelmann, "Zulaessigkeit und Handhabung von Smart Contracts", 2018, (8), NJW, s. 504.

² Nick Szabo, "Smart Contracts", <<https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>> Erişim Tarihi: 24.12.2020.

³ Bkz. Nick Szabo, "Formalizing and Securing Relationships on Public Networks", 1997, <<https://archive.is/i65kY>> Erişim Tarihi: 24.12.2020. Benzer yönde bkz. Nadine Schawe, "Blockchain und Smart Contracts in der Kreativwirtschaft - mehr Probleme als Lösungen? Einsatz von Blockchain-Anwendungen im Immaterialgüterrecht", 2019, (4), MMR, s. 218; Nikolas Guggenberger, "Teil 13.7 Smart Contracts, ICOs und Datenschutz", in Thomas Hoeren/Ulrich Sieber/Bernd Holznel (eds), Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Verlag C. H. Beck, 2020, Rn. 5.

⁴ Christoph Müller, "Die Smart Contracts aus Sicht des Schweizerischen Obligationenrechts", 2019, 155(5), ZBJV, s. 334-335.

⁵ Christoph Müller, BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Staempfli Verlag AG, 2018, Art. 7 OR N 69.

⁶ Müller, BK. Art. 7 OR N 69.

şekilde gerçekleşmektedir⁷. Akıllı sözleşmenin aksine satış otomatları aslında yarı otomatiktir. Diğer bir ifadeyle, sadece kurulan satış sözleşmesinin makine tarafından ifası bakımından otomatiklik söz konusudur. Alıcının parayı otomata sokması ve ürünü seçmesi için insan müdahalesi gereklidir. Bu sebeple akıllı sözleşmeyi satış otomatları ile karşılaştırmak doğru değildir⁸.

“Akıllı sözleşme” kavramının tanımı, uluslararası literatürde halen tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüşe göre akıllı sözleşme, bir hukukî ilişkinin adı değil; hukukî ilişkinin önceden belirlenmiş çerçeve içerisinde işleyişini ifade eden bir platformdur⁹. Diğer bir ifadeyle akıllı sözleşme, sadece otomatikleştirilmiş bir hukukî süreç (*Rechtsvorgaenge*) ve işlem sürecidir (*Geschaeftsablaeufe*)¹⁰. Kanaatimize göre akıllı sözleşmeyi, “program kodunda önceden belirlenmiş koşullar çerçevesinde bir hukukî ilişkinin otomatik olarak kurulmasını veya işlemlerini/yürütülmesini sağlayan ve bunları gerçekleştirirken genellikle blok zinciri teknolojilerinden yararlanan bir bilgisayar programı” olarak tanımlamak mümkündür¹¹. Akıllı sözleşmenin temeli olan program kodunda “eğer ... o hâlde” (“*wenn ... dann*”/“*if ... then*”) olarak formüle edilmiş şarta bağlı hükümler yer almaktadır¹².

⁷ Müller, BK. Art. 7 OR N 70.

⁸ Müller, s. 334-335; Pınar Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 76.

⁹ Akıllı sözleşmenin (*smart contract*), blok zinciri ağı üzerinde yer alan veriler üzerinde sınırları önceden belirlenen bir akış içerisinde işlem yapılmasını sağlayan ve güvenli bir bilgisayar ağı tarafından doğrulanan merkezî olmayan platformu ifade ettiği yönünde bkz. Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması-Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu, Türkiye Bilişim Vakfı, Haziran 2019, s. 21, <https://bctr.org/dokumanlar/Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf> Erişim Tarihi: 27.12.2020.

¹⁰ Paulus, s. 107.

¹¹ Benzer tanımlar için bkz. Lukas Müller/Reto Seiler, “Smart Contracts aus Sicht des Vertragsrechts”, 2019, 27(3), AJP/PJA, s. 317-318; Andreas Glarner/Stephan D. Meyer, “Smart Contracts in Escrow-Verhältnissen”, Jusletter 4.12.2017, s. 7, <<https://jusletter.weblaw.ch>> Erişim Tarihi: 27.12.2020; Stephan D. Meyer/Benedikt Schuppli, “«Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht”, 2017, (3), Recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, s. 208; Hajo Schulz, “Vertrag denkt mit”, 2017, (23), Magazin für Computer und Technik (c’t), s. 108; Christoph Simmchen, “Blockchain (R)evolution: Verwendungsmöglichkeiten und Risiken”, 2017, (3), MMR, s. 164; Florian Möslin, “Smart Contracts im Zivil- und Handelsrecht”, 2019, 183(2-3), ZHR, s. 264; Shermin Voshmgir, Blockchains, Smart Contracts und das Dezentrale Web, Eine Publikation der Technologiestiftung, 2016, s. 14; Guggenberger, Rn. 1; Schawe, s. 218, Paulus, s. 107; Müller, s. 331.

¹² Çağlayan Aksoy, s. 90; Müller, s. 337; Kadir Berk Kapancı, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, in Eylem E. Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk (eds), Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I:

Aslında kavramsal olarak “akıllı sözleşme” terimi tam anlamıyla doğru bir nitelendirme değildir. Zira akıllı sözleşme olarak ifade edilen bilgisayar programı, hem hukukî anlamda bir sözleşme değildir¹³ hem de akıllı değildir¹⁴. Akıllı sözleşmenin akıllı olmamasının sebebi, akıllı sözleşmelerde mutlaka yapay zeka teknolojisinin kullanılmasının zorunlu olmamasıdır¹⁵. Yapay zekada, makinenin öğrenmesi sonucunda kendisi karar alabilen bir mekanizma söz konusudur. Makine, çevreden topladığı verilerle öğrenme faaliyetini gerçekleştirmektedir ve hafızasındaki veriler arttıkça performansı da artmaktadır¹⁶. Algoritma gibi bilişsel unsurların yanısıra duygusal unsurları da içeren yapay zeka, tespit ettiği haricî duygusal verileri de kullanarak otonom olarak karar vermektedir¹⁷. Akıllı sözleşmede ise sadece kişilerin program kodu şeklinde oluşturduğu verilerin otomatik olarak işletilmesi söz konusudur¹⁸.

Taraflar arasında kurulmuş bir hukukî ilişkinin tamamı veya bir kısmı akıllı sözleşmenin otomasyonu sayesinde etkin bir şekilde yürütülebilir¹⁹. Önceden program kodunda belirlenmiş koşullar gerçekleşmişse hukukî sonuçlar kendiliğinden meydana gelmektedir²⁰. Örneğin koşullar gerçekleştiğinde akıllı sözleşme, para veya kripto varlıklar²¹ aracılığıyla ödeme yapılmasına ya da

Blokszincir, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 115.

¹³ Guggenberger, Rn. 1; Meyer/Schuppli, s. 208; Müller, s. 332; Paulus, 107; Andreas Furrer, “Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht”, in Schweizerischer Anwaltsverband (ed), Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, Staempfli Verlag AG, 2018, s. 109.

¹⁴ Meyer/Schuppli, s. 208; Müller, s. 332; Paulus, 107.

¹⁵ Möslin, s. 271; Guggenberger, Rn. 12; Paulus, s. 107; Çağlayan Aksoy, s. 93; Kapancı, s. 138.

¹⁶ Sinan Sami Akkurt, “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Haziran 2019, Yıl 7, (13), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 42.

¹⁷ Akkurt, s. 42.

¹⁸ Müller, s. 332; Paulus, s. 107; Çağlayan Aksoy, s. 93; Ece Su Üstün, TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler-Blokszincir Teknolojisi, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 31-32.

¹⁹ Paulus, s. 107; Heckelmann, s. 504.

²⁰ Paulus, s. 107.

²¹ Kripto varlık (*crypto assets*), dağıtık defter teknolojisinin bir uygulaması olarak ortaya çıkan ve elektronik ortamda aktarım, saklama ve takas faaliyetlerine konu edilebilen bir değerini veya sözleşmeden doğan bir hakkın güvenli dijital ortamda kriptografik olarak temsilini ifade eder. Bkz. Blokszinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması-Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu, Türkiye Bilişim Vakfı, Haziran 2019, s. 21, <https://bctr.org/dokumanlar/Blokszinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf> Erişim Tarihi: 30.12.2020. Kripto

bir malın gönderilmesine kendiliğinden aracılık eder²². Konaklama ücretinin ödenmesinden sonra otel odasının kapısının açılması da hukukî ilişkinin akıllı sözleşme sayesinde yürütülmesine örnek olarak verilebilir²³.

Akıllı sözleşme, tarafların bir hukukî ilişkiden doğan edim fiillerinin yerine getirilmesini sağlamanın yanında, edimin gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek taleplerin karşılanmasını da sağlayabilir²⁴. Mesela bir uçağın veya trenin seferinde açık bir şekilde gecikmesi hâlinde akıllı sözleşme, ilgili kişiye otomatik olarak tazminat ödenmesine aracılık edebilir. Ayrıca akıllı sözleşmenin, sözleşme konusu mala otomatik olarak erişmesi de mümkündür. Örneğin akıllı sözleşme, kira konusu aracı veya evi kullanıma açabilir veya sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi (bedelin ödenmemesi) durumunda ya da sözleşmenin süresinin sona ermesi durumunda bu malları kilitleyerek erişimi engelleyebilir²⁵.

Akıllı sözleşme, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin uyarlanmasına yönelik işlemler gerçekleştirebilir. Örneğin kira bedeli emsallerinin artması üzerine veya belirli bir sürenin geçmesinden sonra akıllı sözleşme kira artırımına yönelik açıklamada bulunabilir²⁶.

Önceden var olan bir hukukî ilişkinin yürütülmesi dışında akıllı sözleşme, otomatik olarak irade açıklaması oluşturarak bir sözleşmenin kurulmasına aracılık edebilir²⁷. Akıllı sözleşmelerin hukukî işlem benzeri fiilleri yerine getirmesi de mümkündür. Örneğin akıllı sözleşme, taraflardan birinin ödemede temerrüde düşmesi durumunda ihtar göndermek üzere

varlıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Albert Schlund/Hans Pongratz, "Distributed-ledger-technologie und Kryptowährungen-eine rechtliche Betrachtung", 2018, (12), DStR, s. 599 vd.

²² Paulus, s. 107; Kaulartz, Rn. 18.

²³ Heckelmann, s. 504.

²⁴ Paulus, s. 107.

²⁵ Paulus, s. 107; Heckelmann, s. 504. Akıllı sözleşmenin sözleşme konusu mala erişmesi, nesnelerin interneti teknolojisi (*IoT*) sayesinde gerçekleşmektedir. Nesnelerin interneti, internet üzerinden birbirine fiziksel veya sanal olarak bağlı olan akıllı cihazların birbiriyle iletişime geçmesi, haberleşmesidir. Nesnelerin interneti teknolojisinin diğer bir örneği; içindeki malzemeler azaldığı zaman otomatik olarak sipariş veren buzdolabı olup aslında bu da bir tür akıllı sözleşme uygulamasıdır. Bkz. Paulus, s. 107; Heckelmann, s. 504.

²⁶ Heckelmann, s. 505.

²⁷ Paulus, s. 107.

programlanmış olabilir²⁸.

Akıllı sözleşme, bir hukukî ilişkinin kurulması veya yürütülmesi sırasında güvenilir üçüncü kişi (*Treuhand*) işlevini yerine getirebilir²⁹. Akıllı sözleşmenin, uluslararası taşınmaz satışına ilişkin işlemlerde sıklıkla kullanılan *Escrow* aracısı gibi faaliyet göstermesi mümkündür³⁰. *Escrow* aracısı, satıcı ve alıcı dışında tarafsız üçüncü kişi olup ücret karşılığında sözleşmeden doğan borçların ifasını teminat altına almaktadır³¹. Örneğin akıllı sözleşme, bir satış ilişkisinin kurulması sırasında satış bedelini para veya kripto varlık olarak alıp, mal ancak sözleşmeye uygun bir şekilde alıcıya teslim edildikten veya cayma süresi dolduktan sonra satıcıya transfer edebilir³².

Akıllı sözleşme, bankacılık ve sigortacılık hizmetlerinde kullanılmaktadır. Banka ücreti ödenmeksizin akreditif işlemi gerçekleştirilmesi veya oldukça ayrıntılı bir sigorta poliçesinin akıllı sözleşme olarak programlanması mümkündür³³. Akıllı sözleşme, yüksek uygulama hızı sebebiyle borsada hız gerektiren alım satım işlemlerinin yapılması için de caziptir³⁴.

Akıllı sözleşme, bir ağda örgütlenmiş belirsiz sayıda kişi arasında hukukî ilişkilerin kurulmasına imkân verebilir. Birden çok ve farklı akıllı sözleşmeyi birbirine bağlayarak kompleks bir akıllı sözleşmenin oluşturulması söz konusu olabilir³⁵. Merkezî olmayan özerk kuruluş (*decentralized autonomous organization - DAO*) olarak adlandırılan bu kuruluş, ortak bir proje veya amaç etrafında birleşen çok sayıda kişiyi bir araya toplayabilir³⁶. Bu kuruluş, tıpkı adı ortaklık veya tüzel kişiliğe sahip ortaklıklar gibi ortaklık unsurlarını

²⁸ Paulus, s. 107.

²⁹ Heckelmann, s. 504; Paulus, s. 107.

³⁰ Müller/Seiler, s. 320. *Escrow* sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Dilşad Keskin, “Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi”, Temmuz 2012, Yıl 3, (10), TAAD, s. 95-128. *Escrow* ilişkisinde akıllı sözleşmenin fonksiyonları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Glarner/Meyer, s. 10 vd.

³¹ Keskin, s. 96.

³² Heckelmann, s. 504; Paulus, s. 107.

³³ Heckelmann, s. 504.

³⁴ Heckelmann, s. 504.

³⁵ Çağlayan Aksoy, s. 70; Müller/Seiler, s. 320.

³⁶ Çağlayan Aksoy, s. 68; Mesut Serdar Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, 2019, 77(1), İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 323.

bünyesinde barındırmaktadır³⁷.

B. Blok Zinciri Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmenin Blok Zinciri Teknolojisi ile İlişkisi

Akıllı sözleşmeler, blok zinciri teknolojisi ile yakından ilgilidir³⁸. Öncelikle belirtmek gerekir ki akıllı sözleşmelerin, blok zincirinin üzerinde uygulanması zorunlu değildir³⁹. Ancak akıllı sözleşmenin yürütülmesi için bağımsız bir yapıya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yapı, hem tarafların güvenini kazanmalı hem de akıllı sözleşmenin zamanında ve uygun maliyetle, yani etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamalıdır⁴⁰. İşte blok zinciri teknolojisinin sahip olduğu özellikler ve bu özelliklerin sağladığı bazı avantajlar sayesinde, akıllı sözleşmelerin blok zincirinin üzerinde uygulanması onu daha etkin ve güvenli hale getirmektedir⁴¹.

Blok zinciri, merkezî bir otorite tarafından yönetilmeyen ve dağıtılmış kayıt yapısına sahip olan bir veritabanıdır⁴². Bu veritabanında bilgilerin depolanması, işlemlerin gerçekleştirilmesi ve kuruluşların organize edilmesi

³⁷ Furrer, s. 115.

³⁸ Müller/Seiler, s. 319; Guggenberger, Rn. 2.

³⁹ Guggenberger, Rn. 2; Heckelmann, s. 505; Müller, s. 332; Schawe, s. 218; Müller/Seiler, s. 322; Çağlayan Aksoy, s. 38.

⁴⁰ Heckelmann, s. 505; Voshmgir, s. 14; Çekin, s. 323; Jörn Heckmann/Markus Kaulartz, "Selbsterfüllende Verträge-Smart Contracts: Quellcode als Vertragstext", 2016, (24), Magazin für Computer und Technik (c't), s. 138. Blok zinciri teknolojisine dayalı akıllı sözleşmelerin, sözleşme müzakereleri, sözleşmenin ifası için ortaya çıkan masraflar ile işlem ve mahkeme masraflarını azalttığı yönünde bkz. Kapancı, s. 148; Çağlayan Aksoy, s. 49.

⁴¹ Blok zinciri teknolojisi, güvenli olması sebebiyle ilk başlarda kendisine özgü ödeme araçları olan kripto varlıklarla ödeme yapılan bir platform olarak kullanılmaya başlanmıştır. *Bitcoin* bunlardan birisidir ve 2009 yılından beri kullanılmaktadır. Daha sonra ise sözleşmelerin bu platform üzerinde yürütülmesi fikri ortaya çıkmıştır. *Ethereum* adlı blok zinciri bu anlamda sektördeki en başarılı ilk platform olarak kabul edilmektedir. Bu platformun kendisine özgü dijital para birimi *Ether* 'dir. Bu platform üzerinde her katılımcı herhangi bir sözleşme tasarlayabilir ve bunu *Solidity* adı verilen programlama dilinde saklayabilir. İlişkisel veritabanlarının aksine bu sözleşmeler yürütülebilir; yani durumları zaman içerisinde ve koşullara bağlı olarak değişebilir. Bkz. Heckelmann, s. 505; Kapancı, s. 132; Üstün, s. 48. Blok zinciri teknolojisinin özelliklerinin sağladığı avantajlar sayesinde akıllı sözleşmelerin sahip olduğu özellikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 43 vd. Blok zinciri teknolojisinin dezavantajları için bkz. Üstün, s. 34-35.

⁴² Schawe, s. 218; Üstün, s. 21. Blok zinciri teknolojisinin işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hajo Schulz, "Das macht Blockchain, Die Technik hinter Bitcoin & Co.", 2017, (23), Magazin für Computer und Technik (c't), s. 102 vd.; Üstün, s. 21 vd.

söz konusudur.

Blok zincirinde veriler, çok sayıda bilgisayara dağıtılmış bir şekilde kaydedilmektedir⁴³. Bilgisayarların hepsi birlikte bir ağ oluşturmaktadır⁴⁴. Bu ağa katılan tüm bilgisayarlar, ağda gerçekleşen veri aktarımlarını ve işlemleri gösterir. Böylece işlemlerin güvenliği ve eksiksiz bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği şeffaf bir şekilde kanıtlanmış olur⁴⁵. Yapılan her bir işlem, zaman damgası taşıdığı için öncelikle kronolojik bir sırada birleştirilir⁴⁶. Daha sonra kriptografik (şifreli) algoritma kullanılarak dijital bir kopyaya (izlenime) dönüştürülür ve bu kopya her zaman tekrar izlenebilir şekilde güvenli olarak saklanabilir⁴⁷. Her blok, zincirde kendisinden önceki blok hakkında bilgi içerdiği için blok zinciri değiştirilemez⁴⁸.

Bu şekilde oluşturulan veri blokları, bir zincir oluşturduğundan, oluşan yapıya blok zinciri adı verilmektedir. Ağın herhangi bir üyesi, blok zincirine yeni işlemler ekleyebilir⁴⁹. Blok zincirinin üzerinde yürütülen akıllı sözleşmeler, *Oracle* adı verilen bağımsız arayüzler (haricî veri sağlayıcıları) aracılığıyla gerçeklerle bağlantı kurabilir ve işlevlerini yerine getirebilir⁵⁰. Diğer bir ifadeyle bu arayüzler, blok zincirindeki akıllı sözleşmenin haricî sistemlere bağlanmasına imkân sağlar⁵¹. Böylece gerçek dünyadaki veriler

⁴³ Dağıtık defter teknolojisi (*distributed ledger technologie-DLT*), işlemlerin yürütülmesi, onaylanması veya yetkilendirilmesi gibi faaliyetlerin merkezi bir otoriteye ihtiyaç duyulmaksızın tüm katılımcıların bağımsız bir ağda onaylaması ile düğümlerde tutulduğu teknolojiyi ifade eder. Bkz. Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması-Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu, Türkiye Bilişim Vakfı, Haziran 2019, s. 15, <https://bctr.org/dokumanlar/Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf> Erişim Tarihi: 05.01.2021. Dağıtık defter teknolojisi sisteminin, kripto varlıkların işletilebildiği bir tür işletim sistemi olduğu yönünde bkz. Schlund/Pongratz, s. 598.

⁴⁴ Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, s. 3, <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/annual-national-training-seminar/2018/Emerging_Tech_Bitcoin_Crypto.pdf> Erişim Tarihi: 05.01.2021; Voshmgir, s. 8.

⁴⁵ Schulz, Blockchain, s. 102; Schawe, s. 218; Üstün, s. 28.

⁴⁶ Schulz, Blockchain, s. 103; Schawe, s. 218; Nakamoto, s. 2; Üstün, s. 22.

⁴⁷ Furrer, s. 103; Schawe, s. 218; Üstün, s. 22.

⁴⁸ Schulz, Blockchain, s. 103; Müller, s. 333; Heckelmann, s. 505; Müller/Seiler, s. 319; Üstün, s. 29-30.

⁴⁹ Müller, s. 333.

⁵⁰ Heckelmann, s. 505; Furrer, s. 103; Müller/Seiler, s. 322; Schulz, s. 111; Kaulartz, Rn. 19; Üstün, s. 55; Çekin, s. 323; Heckmann/Kaulartz, s. 139.

⁵¹ Heckmann/Kaulartz, s. 139; Kapanacı, s. 140.

blok zincirine aktarılır⁵². Örneğin bir taşıma şirketinin bilgisayarı, satış konusu malın alıcıya teslim edildiği bilgisini blok zincirine bildirir. Blok zinciri, bu bilgiye dayanarak satıcıya satış bedeli olarak kripto varlıkların ödenmesini sağlar⁵³. Burada dijital para transferi, akıllı sözleşme tarafından yapılmaktadır⁵⁴. Bunun dışında; taraflardan birinin “tamam” sinyali, ödeme yapıldığı bilgisi, sıcaklık bilgisi, ödeme adresinin belirtilmesi, konum bilgisi, döviz kuru verileri, bir oylamada gerekli çoğunluğun sağlanması, diğer akıllı sözleşmelerin verileri gibi bilgiler de *Oracle*’lar tarafından blok zincirine aktarılan bilgiler olabilir⁵⁵. Programda önceden tanımlanmış bu verilerin aktarılmasıyla program, fonksiyonlarını yerine getirmiş olmaktadır⁵⁶. Akıllı sözleşme, dağıtılmış bir şekilde depolanmış bir program olduğundan fonksiyonlarını da dağıtılmış bir şekilde yerine getirmektedir⁵⁷.

Programın fonksiyonları, ilgili madenci (*miner*)⁵⁸ tarafından hem verileri giren kişinin kimliği hem de verilerin geçerliliği onaylandığında tamamlanmış olmaktadır⁵⁹. Örneğin araba kiralama işleminin yapıldığı bir uygulama, blok zinciri platformunda işletilmek üzere programlanmıştır. Bu uygulamada her kullanıcının kira bedelini ödemesi anında arabanın kilidinin açılacağı; iki uyarıdan sonra ödeme yapılmazsa arabanın etkinliğinin sona ereceği kabul edilmiştir. Kira bedeli ödenene kadar kullanıcı artık arabayı çalıştıramayacaktır. Kullanıcıya bu durum otomatik olarak bildirilir. Aynı anda platform işleticisi de arabanın konumu hakkında bilgilendirilir ve ona bir harita sunulur. Çünkü kira konusu araba, park ücreti ödenmesi gereken bir yerde veya park yasağı olan bir yerde kalmış olabilir. Platform işleticisine bu

⁵² Müller/Seiler, s. 322; Schulz, s. 111; Heckmann/Kaulartz, s. 139.

⁵³ Müller, s. 333-334; Heckelmann, s. 505.

⁵⁴ Heckelmann, s. 505.

⁵⁵ Furrer, s. 103.

⁵⁶ Furrer, s. 103; Heckelmann, s. 505.

⁵⁷ Furrer, s. 103. Bu sebeple akıllı sözleşmeler için “dağıtılmış uygulama” (*distributed applikation-Dapp*.) ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Schulz, s. 108.

⁵⁸ Kripto varlık transfer işlemlerini doğrulayan, doğrulama işlemi karşılığında ödül olarak kripto varlık alan ve kripto varlık üreten cihazlar (ve bu cihazları yöneten kişiler) madenci olarak adlandırılır. Bkz. Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması-Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu, Türkiye Bilişim Vakfı, Haziran 2019, s. 21, <https://bctr.org/dokumanlar/Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf> Erişim Tarihi: 25.01.2021.

⁵⁹ Furrer, s. 103. Madencilik yöntemi, taraflar arasında yapılan her işlemin, diğer bir ifadeyle verinin, şifrelenmiş olarak bloğa kaydedilirken sistemdeki kullanıcıların %51’i tarafından doğrulanması gerekliliği anlamına gelmektedir. Böylece merkezî bir otoriteye ihtiyaç duyulmadan güvenli ve şeffaf işlemler yapılabilmektedir. Bkz. Nakamoto, s. 4; Üstün, s. 23.

bildirim yapılarak gerekli önlemleri alması sağlanır⁶⁰.

Yukarıda bahsi geçen örnekteki araç kiralama işleminin blok zinciri teknolojisine dayalı olarak yapılmasında şu gibi avantajlar söz konusu olmaktadır⁶¹: Araç kiralamak isteyen kullanıcıların kimlik bilgileri, özel bir anahtar ile güvenli olarak kaydedildiğinden, belli bir kullanıcının sistemdeki davranışları (örneğin araç kiralama sıklığı, kira bedelini ödeme veya ödememe durumu) açıkça görülebilir. Kullanıcının kira bedeli olarak banka hesabı üzerinden veya kripto varlıklar yoluyla yaptığı ödemeler de, tıpkı aracın bulunduğu yerin konum bilgisi gibi *Oracle*'lar aracılığıyla akıllı sözleşmeye aktarılır. Madenciler, bütün eylemlerde kişilerin kimliği ve aktarılan bilgilerin gerçekliği ile *Oracle* kaynağının gerçekliği ve *Oracle* tarafından aktarılan bilgilerin geçerliliğini kontrol edebilir. Tüm bu bilgiler, blok zincirinin içerisine gömülmüştür. Program kodlarının geçerli bir şekilde sonuç doğurması, ancak programın işleyişinin doğruluğunun madenciler tarafından onaylanmasına bağlıdır. Madenciler, sadece bilgilerin doğru kaynaktan gelip gelmediğini (doğru özel anahtarla imzalanıp imzalanmadığını) ve sözdizimsel düzeyde doğru formatı içerip içermediğini kontrol edebilir. Madenciler, içeriğin anlamı bakımından denetim yapamaz. Bu sebeplerden dolayı, blok zincirinin çok daha güvenli olarak işleyebilmesi için dışarıdan aktarılması gereken bilgilerin gerekliliğinin en aza indirilmesi gerekmektedir⁶².

Görüldüğü üzere, blok zincirinin üzerinde işlemler herhangi bir aracı (üçüncü kişi) olmaksızın gerçekleştirilmektedir⁶³. İşlemlerin doğrudan gerçekleştirilebilmesi imkânı sayesinde akıllı sözleşmenin blok zincirinin üzerinde uygulanması, onun daha etkin kullanılmasını sağlamaktadır. Ayrıca blok zinciri teknolojisi, merkezî bir otorite tarafından yönetilmediğinden, akıllı sözleşme kodunun ve verilerinin manipülasyonlara karşı korunması bakımından güvenlidir⁶⁴. Kod, önceden tanımlanmış adımların yerine

⁶⁰ Furrer, s. 103-104.

⁶¹ Furrer, s. 104.

⁶² Furrer, s. 104.

⁶³ Nakamoto, s. 1; Üstün, s. 30.

⁶⁴ Guggenberger, Rn. 2; Paulus, s. 108; Üstün, s. 27. Manipülasyon, ancak blok zincirindeki makinelerin (bilgisayarların) yarısından fazlasının işbirliği yapması hâlinde söz konusu olabilir. Ancak bu işbirliğinin yapılması teknik olarak çok zordur ve yapılsa bile büyük ihtimâle hızlı bir şekilde ağda bulunan herkese görünür hâle gelir. Çünkü her blok, kendi bilgilerinin yanısıra bir zaman damgası altında veritabanına son eklenen bloğun doğrulama toplamını da içermektedir. Bkz. Schulz, Blockchain, s. 103.

getirilmesi için teknik ve sistematik bir garanti niteliğindedir. Merkezî yapıların (sunucuların) aksine, güven duyulması gereken üçüncü kişi bulunmadığından, her bir taraf, karşı tarafın ödeme güçsüzlüğü ile karşı karşıya kalma riskinden kurtulmaktadır⁶⁵.

Akıllı sözleşme ile blok zinciri teknolojisinin ilişkisi bakımından ayırt edilmesi gereken durum, sözleşmenin zaman bakımından zincirin dışında mı yoksa zincirin üzerinde mi kurulduğudur. Blok zincirinin dışında sözleşme, taraflarca ilk olarak zincirden bağımsız bir şekilde geleneksel yollarla kurulmaktadır. Bu sözleşme, zincir dışı (*off-chain contract*) sözleşme olarak adlandırılır. Bu aşamadan sonra tarafların akdetmiş oldukları sözleşmeyi otomatik olarak yürütecek olan akıllı sözleşmeye ihtiyaçları vardır. Blok zincirinin üzerinde sözleşmenin kurulması durumunda (*on-chain contract*) ise taraflar, ilk olarak akıllı sözleşmeye ihtiyaç duyarlar. Sözleşme, akıllı sözleşme kullanılarak kurulmaktadır. Bu durumda akıllı sözleşme sadece sözleşmenin yürütülmesi amacıyla değil; kurulması amacıyla da kullanılmış olmaktadır⁶⁶.

II. BORÇLAR HUKUKU ÇERÇEVESİNDE AKILLI SÖZLEŞMENİN İŞLEVLERİ

A. Akıllı Sözleşmeye Hukukî Yaklaşım

Adındaki “sözleşme” terimine rağmen akıllı sözleşme, bugün için borçlar hukuku anlamında bir sözleşme değildir⁶⁷. Teknik olarak bir bilgisayar programı olan akıllı sözleşme, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin kurulmasına, yürütülmesine veya bu hukukî ilişkiden doğan yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesi durumunda tarafların tatmin edilmesine imkân sağlayan bir araçtır. Akıllı sözleşme, tüm bu işlevlerini yerine getirirken bağımsız ve otomatik olarak hareket etmesine rağmen, kendisine ait bir iradeyi oluşturup ifade etmediği için hukukî kişiliğe sahip değildir⁶⁸.

Akıllı sözleşmenin borçlar hukuku bağlamında işlevlerini belirleyebilmek için, ne amaçla kullanıldığına dikkat etmek gerekmektedir. Akıllı sözleşmeler asıl olarak bir hukukî ilişkinin yürütülmesi amacıyla kullanılmakla birlikte;

⁶⁵ Guggenberger, Rn. 3; Schawe, s. 218.

⁶⁶ Müller, s. 335.

⁶⁷ Guggenberger, Rn. 1; Meyer/Schuppli, s. 208; Müller, s. 332; Paulus, 107; Müller/Seiler, s. 322; Çağlayan Aksoy, s. 91.

⁶⁸ Müller/Seiler, s. 323.

sözleşmelerin kurulmasına aracılık etmesi amacıyla da kullanılmaktadır⁶⁹. İlk durumda akıllı sözleşmenin, geleneksel yollarla kurulmuş bir sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edilmesi amacıyla kullanılması söz konusudur ve sözleşmenin kurulması aşamasıyla ilgisi bulunmaz⁷⁰. İkinci durumda ise akıllı sözleşme, taraf iradelerinin açıklanmasını sağlayan bir işleve sahiptir⁷¹. Belirtmek gerekir ki, her iki durumda da akıllı sözleşme ile kurulmaya veya yürütülmeye uygun bir sözleşme tipi söz konusu olmalıdır. Zira bazı sözleşme tiplerine ait edim yükümlülükleri (örneğin vekalet, eser) akıllı sözleşmenin program kodları aracılığıyla ifa edilmeye uygun değildir⁷².

Akıllı sözleşmenin, kurulmasına veya yürütülmesine aracılık ettiği hukukî ilişkiye olan etkileri, Türk Borçlar Kanunu'nun mevcut hükümlerine göre kolaylıkla tespit edilebilir. Akıllı sözleşme, somut olayda sadece bir hukukî ilişkinin kurulması için kullanılıyorsa otomatikleştirilmiş bir irade açıklamasının varlığından söz edilebilir. Akıllı sözleşme, hukukî ilişkinin yürütülmesi amacıyla da kullanılıyorsa, borçlar hukuku tarafından geleneksel sözleşmeler için kabul edilen hukukî süreç ve işlem sürecinin otomatikleştirilmiş olarak gerçekleştirilmesi söz konusudur. Dolayısıyla kural olarak akıllı sözleşmenin, kurulması veya yürütülmesi amacıyla kullanıldığı sözleşme tipi ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır⁷³.

Bir hukukî ilişkinin kurulması veya yürütülmesi amacıyla akıllı sözleşme kullanılacaksa, o ilişkinin tarafları arasında akıllı sözleşmenin somut olayda kullanımını konusunda anlaşma olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, konusu sadece akıllı sözleşmenin kullanılması olan bir sözleşme mevcut olmalıdır⁷⁴.

Akıllı sözleşmenin, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında bir elektronik sözleşme olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesine de değinmek gerekmektedir. Söz konusu Kanun'da, elektronik sözleşmenin tanımı yapılmamış; elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelerin bu Kanun kapsamında yer aldığı belirtilmiştir. Kanun'a göre elektronik ileti; telefon, çağrı merkezi, faks, otomatik arama makinesi, akıllı ses kaydedici sistem, elektronik mesaj ve kısa mesaj gibi vasıtalar

⁶⁹ Kaulartz, Rn. 17; Müller/Seiler, s. 323.

⁷⁰ Kaulartz, Rn. 18.

⁷¹ Kaulartz, Rn. 21 vd.

⁷² Üstün, s. 99.

⁷³ Paulus, s. 108.

⁷⁴ Furrer, s. 106.

aracılığıyla yapılan iletiler olarak tanımlanmıştır (6553 Sayılı Kanun m. 2/c). Elektronik sözleşmeleri, tarafların elektronik iletişim araçları kullanarak açık veya kapalı ağlar üzerinden genellikle internet aracılığıyla kurdukları sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür⁷⁵. Elektronik sözleşmeler; web siteleri aracılığıyla, elektronik posta yoluyla veya elektronik veri değişimi (EDI-electronic data interchange) yoluyla kurulabilir⁷⁶. Akıllı sözleşme aracılığıyla sözleşme kurulması, elektronik sözleşmelerin elektronik veri değişimi yoluyla kurulması yöntemini çağrıştırmaktadır⁷⁷. Ancak elektronik veri değişimi işlemlerinin, akıllı sözleşmenin aksine, daha dar çaplı işlemlerin yapılmasına imkân tanıyabilmesi, insan araçların devreye girmesini gerektirmesi, kapalı kullanıcı grupları içerisinde kimliği belirli kişiler arasında gerçekleştirilebilmesi, otonom olmaması ve gerektiğinde sistem üzerinde kolaylıkla değişiklik yapılabilmesi sebepleriyle akıllı sözleşmeden ayrıldığını söylemek mümkündür⁷⁸.

B. Akıllı Sözleşme Aracılığıyla Sözleşmenin Yürütülmesi

Akıllı sözleşmenin, sözleşmenin yürütülmesi işlevini yerine getirmesinde taraflar, öncelikle blok zincirinin dışında geleneksel yollarla bir sözleşme kurmaktadır. Daha sonra bu sözleşme, makine tarafından okunabilen bir koda çevrilerek akıllı sözleşme yardımıyla yürütülmektedir⁷⁹.

Bir sözleşme kısmen veya tamamen akıllı sözleşme aracılığıyla yürütülebilmektedir. Örneğin, bir sivil havayolu taşıyıcısı, yolcu ile yazılı

⁷⁵ Alper Uyumaz, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, 2007, 9(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 908; Abdulkarim Yıldırım, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 105.

⁷⁶ Uyumaz, s. 910; Mehmet Demir, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Turhan Kitabevi, 2004, s. 159.

⁷⁷ Sözleşmelerin elektronik veri değişimi yoluyla kurulması, yıllardır başvurulan bir sözleşme kurma yolu olup daha çok şirketler arası pazarlama işlemlerinde kullanılmaktadır. Elektronik veri değişimi yolunda bilgisayar sistemleri arasında sürekli bir işlem kontağı bulunmakta ve sistemler arasındaki iletişim sonucu yapılan açıklamalar hukukî olarak tarafları bağlamaktadır. Taraflar, işleme başlamadan önce aralarında yaptıkları çerçeve sözleşme ile kimliklerini ve sözleşmenin şartlarını açıkça belirlemektedir. Bu çerçeve sözleşmeye bağlı olarak elektronik veri işleme aygıtı aracılığıyla meydana gelen sözleşme, elektronik veri işleme sözleşmesidir. Bkz. Demir, s. 160.

⁷⁸ Çağlayan Aksoy, s. 89.

⁷⁹ Heckelmann, s. 507; Guggenberger, Rn. 5; Kaulartz, Rn. 18. *Möslein* bu tür akıllı sözleşmeleri, “program kodunda değiş tokuş edilecek edimler ve bu edimlerin koşullarının belirlendiği, fonksiyon odaklı sözleşme benzeri yapılar” olarak tanımlamaktadır. Bkz. *Möslein*, s. 264.

şekilde yolcu taşıma sözleşmesi akdetmiş ve taraflar bu sözleşmenin otomatik olarak yürütülmesi için akıllı sözleşmeden yararlanmayı kabul etmiş olsun. Yolcu, uçak bileti bedelini blok zincirinin üzerinde çalışan akıllı sözleşme aracılığıyla kripto varlıklarla ödemiş; havayolu şirketi uçak biletini yolcuya elektronik posta veya normal posta yoluyla göndermişse sözleşmenin akıllı sözleşme aracılığıyla kısmen yürütülmesi söz konusudur. Şayet havayolu şirketi, uçak bileti bedelinin kripto varlıklarla ödenmesinden sonra yolcuya blok zincirinin üzerinden bir hizmet jetonu⁸⁰ (*utility token*) sağlamış, yolcu da bu hizmet jetonu ile uçuş için *check-in* yapma hakkı elde etmişse, sözleşmenin tamamen akıllı sözleşme aracılığıyla yürütülmesi söz konusudur⁸¹.

Sözleşmenin akıllı sözleşme yoluyla yürütülmesi, bazı hukukî zorlukları bünyesinde barındırmaktadır⁸². Bunlardan ilki, sözleşme metninin bilgisayar koduna doğru olarak çevrilmesidir⁸³. Taraflar arasında geleneksel olarak kurulmuş sözleşmenin, akıllı sözleşmenin koduyla uyumlu olması gerekmektedir⁸⁴. Ancak koşullu cümlelerden oluşan en net sözleşme metnini bile program koduna çevirmek oldukça güçtür. Bu güçlük özellikle “haklı sebepler”, “iyiniyet”, “makul süre” gibi anlamı somut olaya göre değişebilecek hukukî kavramlarda daha fazladır⁸⁵. Yine sözleşmenin taraflarına takdir hakkının verildiği durumlar bakımından da aynı zorluk söz konusudur⁸⁶. Bazen *Oracle*’lar aracılığıyla dışarıdan gelen bilgilerin hatalı olması da, sözleşmenin akıllı sözleşme aracılığıyla doğru bir şekilde yürütülmesine engel olabilir⁸⁷.

⁸⁰ Jeton (*token*), dağıtık defter teknolojisinin kripto paralar haricinde bir diğer uygulama örneği olarak ortaya çıkmıştır. Mevcut bir blok zincirinin üzerinde bir proje ekosistemi içerisinde belli bir değer veya faydayı temsil eden dijital kripto varlıkları ifade eder. Bkz. Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması-Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu, Türkiye Bilişim Vakfı, Haziran 2019, s. 19, <https://bctr.org/dokumanlar/Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf> Erişim Tarihi: 15.02.2021.

⁸¹ Müller, s. 336.

⁸² Müller, s. 336.

⁸³ Müller, s. 336; Kaulartz, Rn. 19.

⁸⁴ Kaulartz, Rn. 19.

⁸⁵ Müller, s. 337; Kaulartz, Rn. 20.

⁸⁶ Örneğin bir havayolu şirketinin yolcu taşıma kurallarında “Eğer planlanan uçuş makul süre sınırı içerisinde gerçekleştirilemezse, yolcu aşağıdaki seçeneklerden birini seçmekte serbesttir” şeklinde bir hüküm bulunmaktaysa, yolcuya ait olan bu takdir hakkının program koduna çevrilmesi oldukça zordur. Bkz. Müller, s. 337, dn. 18.

⁸⁷ Kaulartz, Rn. 19.

Günümüzde, normal konuşma dilini otomatik olarak program koduna çevirebilen bir program henüz bulunmamaktadır. Sözleşme metinleri hâlâ manuel olarak programlama diline çevrilmektedir⁸⁸. Bu yöntemin oldukça zaman alan ve masraflı bir yöntem olması sebebiyle, sözleşmelerin akıllı sözleşme aracılığıyla yürütülmesi pek tercih edilmemektedir⁸⁹. Program kodunun sözleşme metnini doğru şekilde yansıtmayı yansıtmadığı sorusu, genellikle sözleşmenin yorumlanması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Sözleşme yorumlanırken, sözleşme metninin dışındaki durumlar da dikkate alınmalıdır⁹⁰. Dolayısıyla sözleşme metninin dışındaki durumlar da, sözleşmenin program diline doğru çevrilip çevrilmediğine karar vermek için etkilidir. Bu durum ise, sözleşmenin blok zincirinin üzerinde akıllı sözleşme aracılığıyla, blok zincirinin dışındaki koşullardan bağımsız olarak otomatik bir şekilde yürütülmesi özelliğiyle çelişmektedir⁹¹.

Sözleşme metninin program koduna çevrilmesinde taraflar, bilgisayar programının gerçek iradelerini yansıtmayı yansıtmadığını kontrol etmelidir. Bu kontrolün, akıllı sözleşme işlemeye başlamadan önce yapılması çok önemlidir. Çünkü akıllı sözleşme, blok zincirinin üzerinde bir kere çalışmaya başladıktan sonra artık değiştirilemez ve düzeltilemez⁹². Herhangi bir çeviri hatası, ancak blok zincirinin dışından ve kural olarak akıllı sözleşme işlevlerini tamamen yerine getirdikten sonra düzeltilir⁹³.

Sözleşme metnini program koduna çevirme ve yorumlama zorluklarından başka, program kodunun hatalı ya da eksik olması veya zaman içerisinde eksik kalması da söz konusu olabilir⁹⁴. Akıllı sözleşmelerin kodları teorik olarak, mümkün olabilecek tüm ifa ihlallerini (ifa etmeme, kötü ifa, temerrüt ve objektif imkânsızlık gibi) öngörebilmelidir. Yukarıdaki örneğe dönersek, akıllı sözleşme, “uçuş iptal edilirse bilet bedeli iade edilir” şeklinde program kodu içerebilir ve böylece her ifa ihlâlinin tâbi olduğu yaptırımını öngörebilir. Ancak program kodu, hatalı bir sözleşme metnine dayanıyorsa veya hatalı olmayan

⁸⁸ Geleneksel sözleşmeleri, bilgisayar koduna çevirebilen ve kod okuyabilen hukukçulara olan ihtiyacın artacağı yönünde bkz. Kaulartz, Rn. 19.

⁸⁹ Müller, s. 337.

⁹⁰ Müller, BK. Art. 18 OR N 139 vd.

⁹¹ Müller, s. 337.

⁹² Kaulartz, Rn. 19.

⁹³ Müller, s. 337-338.

⁹⁴ Müller, s. 338; Kaulartz, Rn. 19.

sözleşme metni program koduna çevrilirken hata yapılmışsa bir programlama hatası söz konusu olur. Örneğin uçuş iptal edilse bile bilet bedeli yolcuya iade edilmeyebilir. Veya akıllı sözleşmede, tıpkı geleneksel sözleşmelerde olduğu gibi, başlangıçtan itibaren boşluklar bulunabilir. Uçuş iptal edildiğinde bilet bedeli otomatik olarak iade edilmiş olabilir. Ancak uçuş iptali, havayolu şirketinin sorumlu olmayacağı bir sebepten dolayı havaalanının kapanmasına dayalı olarak gerçekleşmişse akıllı sözleşmenin otomatik olarak uyguladığı bu yaptırım yerinde olmayacaktır⁹⁵.

Tüm bu durumlarda, akıllı sözleşmenin kod satırlarını daha sonra düzeltmek, tamamlamak veya uyarlamak teknik olarak imkânsızdır⁹⁶. Akıllı sözleşmenin işleyişi, bu gibi durumlarda kaçınılmaz bir şekilde sözleşmeye aykırı olarak sona ermektedir⁹⁷.

Bir sözleşmenin akıllı sözleşme yoluyla yürütülmesinde diğer bir zorluk, para borcunun ifasının, blok zincirinin üzerinden kripto varlıklarla yapılması noktasındadır⁹⁸. Bir satış sözleşmesinde satıcının satış konusu malın mülkiyetini nakletme borcu karşılığında alıcının; kira sözleşmesinde kiralayanın kira konusu malı kullandırma borcu karşılığında kiracının; eser sözleşmesinde ise müteahhidin bir eser meydana getirme borcu karşısında iş sahibinin borcu, para borcudur. Para borcunun kripto varlıklarla ödenmesinin, TBK anlamında satış bedeli (TBK m. 207/f. 1), kira bedeli (TBK m. 313) ve eser bedeli (TBK m. 470) yerine geçip geçmeyeceği sorusu akla gelebilir. Söz konusu sözleşmelerdeki para borcuna ilişkin TBK hükümleri, satış bedeli, kira bedeli ve eser bedeli kavramlarını tanımlamamaktadır.

Para borcunun ödenmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında 99 ilâ 105. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK m. 99/f. 1'e göre konusu para olan borç, ülke parasıyla ödenir. Ancak Borçlar Kanunu'nun satış, kira ve eser bedeline ilişkin hükümleri tamamlayıcı mahiyette hükümler olduğu için, taraflar sözleşmede başka bir ödeme aracı ile ödemenin yapılacağını kararlaştırmakta serbesttir⁹⁹. Para borcu kavramı, işlevsel

⁹⁵ Müller, s. 338.

⁹⁶ Kaulartz, Rn. 19.

⁹⁷ Müller, s. 339; Kaulartz, Rn. 38.

⁹⁸ Müller, s. 339.

⁹⁹ Mirjam Eggen, "Vertraege über digitale Wahrungen", Jusletter 4.12.2017, N 23, <<https://jusletter.weblaw.ch>> Erişim Tarihi: 15.02.2021.

olarak anlaşılmalıdır¹⁰⁰. Para borcunun alacaklısı, para alacağına kavuşmakla fiziksel varlığı olmayan, soyut bir malvarlığı değeri elde etmiş olmaktadır¹⁰¹. Günümüzde paranın somut ve fiziksel bir varlığı olması gerektiği anlayışından ayrılmış; paranın kolay kullanılabilen bir ödeme aracı ve değer ölçü birimi olma özelliği ön plana çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle para, artık ideal değişim değeriyle karakterize edilmektedir¹⁰². Bu anlayış, mal ve hizmet piyasalarındaki işlem maliyetlerini azaltmaya hizmet eder¹⁰³. Bu sebeple kaydı para (çek, posta çeki, banka havalesi veya kredi kartı) şeklinde yapılan ödemeler ve yabancı para birimi üzerinden yapılan ödemeler, para borcunun ödenmesi olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴. İşlevsel olarak düşünüldüğünde, kripto varlıkların da para borcunun ödenmesi amacıyla kullanılabileceği söylenebilir¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Eggen, N 23.

¹⁰¹ Rolf H. Weber, BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligationen, Band/Nr. VI.1.4, Art. 68–96 OR, 2. Auflage, Staempfli Verlag AG, 2005, Art. 84 OR N 13; Benjamin Beck, “Bitcoins als Geld im Rechtssinne”, 2015, 68(9), NJW, s. 581.

¹⁰² Weber, Art. 84 N 13.

¹⁰³ Eggen, N 23; Beck, s. 582.

¹⁰⁴ Adem Yelmen, “Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi”, 2020, 28(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 271-272; Müller, s. 340. Satış sözleşmesinde bedelin nakit para yerine kaydı (elektronik) para olarak ödenmesinin kararlaştırılmasının, sözleşmenin niteliğini değiştirmeyeceği; çünkü kaydı (elektronik) paranın gerçek bir para karşılığı bulunduğu yönünde bkz. Yelmen, s. 272.

¹⁰⁵ Benzer yönde bkz. Yelmen, s. 267; Beck, s. 585; Müller, s. 340-341. İsviçre Para Birimleri ve Ödeme Araçları Hakkındaki Federal Kanun'un 2. maddesine göre ödeme araçları; federal devlet tarafından çıkarılan madeni paralar, İsviçre Ulusal Bankası tarafından çıkarılan banknotlar, İsviçre Ulusal Bankası'ndan Frank para birimi üzerinden alınan kredilerdir. Her ne kadar bu listede ödeme araçları arasında kripto varlıklar sayılmamış olsa da, İsviçre'de 14 Aralık 2018 tarihli Blok Zincirinin Hukuki Dayanağı Hakkındaki Federal Konsey Raporu'nda kripto varlıkların, işlevsel olarak düşünüldüğünde geniş anlamda para kavramının içinde kabul edilebileceği belirtilmiştir. Bkz. Bericht des Bundesrates “Rechtliche Grundlagen für Distributed-Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz – Eine Auslegeordnung mit Fokus auf dem Finanzsektor” vom 14.12.2018, s. 55, <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55150.pdf>> Erişim Tarihi: 27.02.2021. İsviçre doktrinindeki bir görüşe göre, devletin kripto varlıkları bir ödeme aracı olarak saymaması ve bu varlıkların devlet tarafından tanınan ödeme aracı ile değiş-tokuş edilememesi önemli değildir. Para borcunun kripto varlıklarla ödenebilmesi için kripto varlıkların, toplumda geniş bir kitle tarafından değiş-tokuş aracı olarak kabul edilmesi yeterlidir. Ayrıca sözleşmenin tarafları, para borcunun alacaklısına, soyut bir malvarlığı değeri kazandırmak konusunda anlaşmış olmalıdır. Aksi takdirde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 237. maddesi (TBK m. 282) uyarınca mal değişim sözleşmesi meydana gelir. Bkz. Müller, s. 340; Eggen, N 24. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Beck, s. 582; Heckelmann, s. 508.

6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun'a göre ödeme işlemlerinde kullanılacak fonlar; banknot, madenî para, kaydı para veya elektronik para olarak belirlenmiştir. 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ile 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun'da yer alan yetkiler çerçevesinde "Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik" düzenlenmiş ve 16.04.2021 tarihli 31456 sayılı Resmî Gazete'de 30.04.2021 tarihinden itibaren yürürlükte olmak üzere yayımlanmıştır. Görüldüğü üzere, 6493 sayılı Kanun'a göre ödeme işlemlerinde kullanılacak araçlardan biri olarak sayılmamış olan kripto varlıkların kullanımı, bu Yönetmelik ile açıkça yasaklanmıştır.

Söz konusu Yönetmelik, Türk hukukunda kripto varlıklara ilişkin ilk düzenlemedir¹⁰⁶. Yönetmelik'te kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılmayacağı (m. 2), ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılmasına yönelik hizmet sağlanamayacağı düzenlenmiştir (m. 3). Aynı zamanda ödeme hizmeti sağlayıcıları, ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kullanılacağı bir şekilde iş modelleri geliştiremeyecek, bu tür iş modellerine ilişkin herhangi bir hizmet sunamayacak (m. 4/f.1), bununla birlikte ödeme ve elektronik para kuruluşları, kripto varlıklara ilişkin alım satım, saklama, transfer veya ihraç hizmeti sunan platformlara veya bu platformlardan yapılacak fon aktarımlarına aracılık edemeyecektir (m. 4/f.2).

Dolayısıyla, her ne kadar kripto varlıklarla yapılan ödemenin, işlevsel olarak para borcunun ödenmesi yerine geçebileceği doktrinde kabul edilse de; Türk hukuku bakımından bahsi geçen Yönetmelik sebebiyle, 6493 sayılı Kanun'un 12. maddesi kapsamında tanımlanan ödeme hizmetlerinde kripto varlıkların kullanılması yasaktır.

C. Akıllı Sözleşme Aracılığıyla Sözleşmenin Kurulması

Akıllı sözleşmenin diğer bir işlevi, tarafların iradelerinin açıklanmasına imkân sağlayarak sözleşme kurmaktır¹⁰⁷. Bu ihtimâlde sözleşme, blok

¹⁰⁶ Bu yönetmelikte kripto varlığın hukukî tanımlaması da ilk defa yapılmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesinde yapılan tanımlamaya göre kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibarî para, kaydı para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddî varlıkları ifade etmektedir.

¹⁰⁷ Kaulartz, Rn. 21.

zincirinin üzerinde akıllı sözleşme aracılığıyla kurulmaktadır¹⁰⁸. Sözleşmenin akıllı sözleşme aracılığıyla kurulması konusunda taraflar arasında önce akıllı sözleşmeyi kullanmak konusunda bir anlaşma bulunmalıdır. Daha sonra akıllı sözleşme aracılığıyla asıl kurulmak istenen sözleşme kurulmaktadır¹⁰⁹.

Akıllı sözleşmede taraflar, akıllı sözleşmeyi kullanmak suretiyle TBK m. 1 uyarınca bir sözleşme kurar. Hükme göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Akıllı sözleşme aracılığıyla kurulan sözleşmede, sözleşmenin içeriğinin tamamını veya en azından bir kısmını akıllı sözleşmenin kodu belirlemektedir¹¹⁰. Akıllı sözleşme kodunun, sözleşmenin taraflarının gerçek iradelerini yansıtmıyorsa, asıl sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin bir meseledir¹¹¹.

Akıllı sözleşme aracılığıyla sözleşme kurmak için öneri ve kabul anlamına gelen iki irade açıklaması gerekmektedir¹¹². Bir bilgisayar programı olan akıllı sözleşmenin de, sözleşme kurmak amacıyla bağlayıcı irade açıklamasının yapılmasına aracılık edebileceği kabul edilir. Zira Anayasa tarafından da garanti altına alınan sözleşme hürriyeti, sözleşmenin dilini seçmek bakımından serbesti içermektedir. Kaldı ki herhangi bir söz ya da yazı kullanılmaksızın, hareketle bile irade açıklamasında bulunmak mümkün olduğuna göre¹¹³, bir bilgisayar programı kodu aracılığıyla da irade açıklamasında bulunulabileceği kabul edilmelidir¹¹⁴.

Taraflardan biri, kurulması muhtemel sözleşmenin şartlarını herkese açık bir akıllı sözleşme içerisinde tespit etmiş olabilir. Bu şartların herkese açık bir şekilde sunulmuş olmasını, TBK m. 8/f. 2'deki tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesine benzeterek aksi açıkça ve kolaylıkla

¹⁰⁸ Müller, s. 341.

¹⁰⁹ Müller, s. 341.

¹¹⁰ Furrer, s. 107.

¹¹¹ Furrer, s. 107.

¹¹² Kaulartz, Rn. 22; Çekin, s. 325.

¹¹³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.01.1988 - 5 Ss 446/87 - 1/88 I, NJW 1988, s. 1335-1336, <<https://beck-online.beck.de>> Erişim Tarihi: 01.03.2021.

¹¹⁴ Kaulartz, Rn. 22; Çekin, s. 328. Akıllı sözleşmede normal dilde yazılmış sözleşme hükümleri, program koduna çevrilmektedir. Örneğin "satış bedelinin tamamen ödenmesiyle mülkiyet alıcıya geçer" şeklindeki sözleşme hükmü, "eğer transfer edilen para, satış bedeline eşit veya satış bedelinden fazla ise, malın mülkiyeti alıcıya aittir" olarak kodlanır. Bkz. Kaulartz, Rn. 22.

anlaşılmadıkça öneri olarak kabul etmek mümkündür¹¹⁵. Buna karşılık, blok zincirinin üzerinde sözleşme kurulması, fiyatını göstererek malın sergilenmesi anlamına gelmemektedir. Fiyatının gösterilerek malın sergilenmesi için malın doğrudan mağaza içerisinde veya çevresinde sergilenmesi ve muhtemel alıcı tarafından denetlenebilmesi gerekmektedir. Akıllı sözleşme ise bu koşulu taşımamaktadır. Akıllı sözleşmelerin satış otomatlarına benzememesi de bundan kaynaklanmaktadır. Çünkü satış otomatlarında muhtemel alıcı, satışa sunulan ürünleri otomatın penceresinden görebilmektedir¹¹⁶.

Ancak karşı taraf, akıllı sözleşmede belirlenmiş olan şartları yerine getirirse, örneğin akıllı sözleşmede öngörülen kripto varlık miktarını verilen adrese gönderirse akıllı sözleşmenin öneri niteliği taşıdığı söylenebilir. Akıllı sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmede yazan kripto varlık miktarını göndermekle kabul açıklamasında bulunmuş olmaktadır¹¹⁷. Böylece akıllı sözleşmede belirtilen koşullar, kurulan sözleşmenin içeriği hâline gelmektedir¹¹⁸.

Uçak bileti satış sözleşmesi örneğine dönersek; havayolu şirketi bir blok zincirinin üzerinde akıllı sözleşme kurmuş olabilir. Böylece bu akıllı sözleşme, havayolu şirketinin otomatik bilet satış noktası işlevi taşımaktadır. Bu akıllı sözleşme aracılığıyla, belirli bir tarih ve saatteki uçuş için belirsiz sayıda kişiye uçak bileti sunuluyorsa, hukukî niteliği bakımından öneriye davet söz konusudur¹¹⁹. Potansiyel yolculardan birinin, akıllı sözleşmede istenen kripto varlık miktarını karşı tarafa göndermesi, öneri anlamına gelmektedir. Daha sonra havayolu şirketi, bu yolcuya hizmet jetonu olarak nitelendirilen bilet veya benzeri bir belgeyi transfer ederek öneriyi kabul etmiş olmaktadır. Kabul etmekle birlikte eşzamanlı olarak sözleşmeyi kısmen ifa etmiş olur. Akıllı

¹¹⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun aksine, İsviçre Medeni Kanunu m. 7/f. 2 uyarınca tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi öneri sayılmaz. Tarife, fiyat listesi ve benzerlerinin gönderilmesi ancak istisnaî durumlarda öneri sayılabilir. Tarife, fiyat listesi ve benzerini gönderen taraf, sözleşme kurma konusunda niyetini önceden ifade etmişse ve karşı taraf, somut olayın şartlarına göre dürüstlük kuralı gereği bu iradenin sözleşme kurma amacıyla açıklandığı anlamını çıkarıyorsa, öneri sayılır. Akıllı sözleşmede de, akıllı sözleşmeyi hazırlayan taraf, karşı tarafla sözleşme yapma konusunda iradesini açıkça ifade etmişse öneri olarak kabul edilmelidir. Bkz. Müller, s. 342.

¹¹⁶ Müller, s. 342.

¹¹⁷ Müller, s. 342. Varlıkların, sözleşmenin karşı tarafına bir karşılıklılık beklentisiyle devredildiği durumlarda, bu irade faaliyetinin hukukî olarak bağlayıcı bir öneri veya kabul olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. Kaulartz, Rn. 26.

¹¹⁸ Müller, s. 342-343.

¹¹⁹ Müller, BK. Art. 3 OR N 76 vd.

sözleşme zaten bu havayolu şirketinin, muhtemel yolcularla sözleşme kurma niyetinde olduğunu ifade etmektedir¹²⁰. Ayrıca uçaktaki mevcut koltukların tamamı rezerve edilmesine rağmen daha fazla ilgili, akıllı sözleşmede belirtilen kripto varlığı karşı tarafa göndermişse, akıllı sözleşme bunları derhal reddetmek ve kripto varlığı iade etmek üzere programlanmış olabilir. Bununla birlikte eğer havayolu şirketi belirli bir uçuş için sınırsız sayıda yolcuya bilet satışı yapmaya hazırsa akıllı sözleşme hukuken öneri olarak nitelendirilebilir. Uçaktaki mevcut koltuk sayısının belirtilmesi ve işleyişin “ilk gelen alır” prensibine göre gerçekleşmesi ihtimâlinde, akıllı sözleşmenin yine benzer şekilde hukuken öneri olarak nitelendirilmesi söz konusudur¹²¹.

Yukarıdaki örneklerden anlaşıldığı üzere, akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulan irade açıklamalarının sözleşme kurmaya yönelik bağlayıcı irade açıklamaları olup olmadığı, somut olayın koşullarına göre belirlenmelidir¹²². Somut olayda akıllı sözleşme kodunun, tarafları bağlayıcı irade beyanı olduğu sonucuna varılırsa, blok zincirinin üzerindeki sözleşmenin karşı tarafının kim olduğunun henüz bilinmemesinin ve anonim olmasının geçersizlik sebebi oluşturmayacağı kabul edilmektedir. Sözleşme serbestisi, sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisini de içerdiğinden, birbirlerini hiç tanımayan kişilerin birbirleriyle sözleşme kurmasına izin verilmelidir¹²³. Teknolojik gelişmeler neticesinde, artık sözleşme taraflarının gerçek dünyadaki kimliklerinin belirlenmediği işlemlerin gerçekleştirilmesi mümkündür¹²⁴. Bu anonimliğin en önemli sakıncası ise, akıllı sözleşmenin genel işlem koşulu niteliği taşıdığı durumlarda karşı tarafın tüketici olması ve bunun tespit edilememesi ihtimâlidir. Şüphe hâlinde, genel işlem koşulunu kullananın aleyhine bir yorum yapılarak karşı tarafın tüketici olduğu kabul edilmelidir¹²⁵.

Akıllı sözleşme aracılığıyla kurulan sözleşmelerle ilgili olarak karşılaşılan temel sorunlardan biri de sözleşmenin geçersiz olması veya yanılmaya

¹²⁰ Müller, BK. Art. 6 OR N 38.

¹²¹ Müller, s. 343.

¹²² Kaulartz, Rn. 26.

¹²³ Çağlayan Aksoy, s. 110. Bu serbestinin, kullanılmış ürünlerin satışına ilişkin sözleşmelerde olduğu gibi, kitlelere yönelik sözleşmelerde kesinlikle engellenemeyeceği yönünde bkz. Kaulartz, Rn. 30.

¹²⁴ Geleneksel sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafının kimliğine duyulan güvenin yerini, sözleşmenin blok zincirine dayalı olarak yürütülmesinin aldığı yönünde bkz. Çağlayan Aksoy, s. 110.

¹²⁵ Kaulartz, Rn. 30.

dayanarak iptal edilebilir olmasıdır. Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 27/f. 1). Örneğin taraflar, akıllı sözleşmeyi hukuka aykırı amaçlar için kullandıklarında sözleşme kesin hükümsüz olur. Taraflardan biri, akıllı sözleşme aracılığıyla kurulan sözleşmenin hukuka aykırılığını sözleşme kurulduktan sonra farketmiş olsa da sonuç değişmez. Bu durumda da sözleşme her ne kadar otomatik olarak akıllı sözleşme aracılığıyla kurulmuş olsa da başlangıçtan itibaren geçersiz olur. Çünkü bu geçersizlik ihtimâli akıllı sözleşmede önceden programlanmamıştır¹²⁶.

Akıllı sözleşme aracılığıyla kurulan sözleşmenin irade bozukluğu hâllerine dayanılarak iptal edilmesi söz konusu olabilir. Uygulamada en sık karşılaşılan irade bozukluğu hâli yanılmadır¹²⁷. Yanılma, irade ile beyan arasında istenmeden meydana gelmiş uygunsuzluk hâlidir¹²⁸. Yanılma, farkında olmadan, gerçek hakkında doğru bir tasavvur sahibi olmamaktır¹²⁹. Akıllı sözleşme aracılığıyla otomatik olarak oluşturulan irade beyanına ilişkin yanılmaya pek rastlanmaz. Akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulan irade beyanı, akıllı sözleşme kodunu esas aldığı için, yanılan taraf herhangi bir davranışıyla bu beyanın içeriğini doğrudan etkilemiş olmadıkça, beyanın yanılmaya dayanılarak iptali söz konusu olamaz¹³⁰. Çünkü akıllı sözleşmenin kodu, sözleşmenin taraflarınca bilenemez niteliktedir ve yanılma çoktan kodlanmıştır. Akıllı sözleşmeyi programlayan kişinin tüm muhtemel yanılma hâllerini önceden öngörmesi mümkün değildir. Aynı şekilde akıllı sözleşme kodunun, esaslı yanılma hâli ile esaslı olmayan yanılma hâllerini ayırt etmesi de imkânsızdır. Dolayısıyla akıllı sözleşme, taraflardan birinin yanılmasını tespit edemez ve düzeltmez¹³¹. Akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulan

¹²⁶ Müller, s. 346.

¹²⁷ Çağlayan Aksoy, s. 246.

¹²⁸ Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmidördüncü Bası, Beta Yayıncılık, 2013, s. 118.

¹²⁹ Oğuz Sadık Aydos, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 60.

¹³⁰ Çağlayan Aksoy, s. 252.

¹³¹ Müller, s. 348. Örneğin akıllı sözleşme aracılığıyla Bern'den Londra'ya gidiş dönüş için uçak bileti almak isteyen bir müşterinin, esaslı yanılmaya düşerek sadece Londra'ya gitmek için rezervasyon yapması durumunda akıllı sözleşme bu esaslı yanılmayı tespit edemediği için müşteriye sadece tek yönlü bir bilet sunmuştur. Müşterinin sözleşmeyi iptal edebilmesi ve ödediği bedelin kendisine iadesi için yasal yollara başvurması gerekmiştir. Bunun karşılığında müşteri, blok zinciri aracılığıyla elde etmiş olduğu hizmet jetonunu havayolu şirketine iade etmek zorunda kalmıştır. Örnek için bkz. Müller, s. 348-349.

otomatik irade beyanında genellikle hatalı veri girişi veya yazılım hatası nedeniyle beyan yanılmasına rastlanmaktadır¹³². Bunun dışındaki durumlarda eğer koşulları oluşmuşsa esaslı saik yanılması söz konusu olabilir. Örneğin kullanıcının temel sözleşme, uygulama sözleşmesi ve platform sözleşmesine onay verirken esaslı saik yanılmasına düşmesi mümkündür¹³³.

D. Akıllı Sözleşme Aracılığıyla İrade ve Bilgi Açıklaması Oluşturulması

1. Genel Olarak İrade ve Bilgi Açıklaması

Akıllı sözleşme aracılığıyla sözleşmenin gerek yürütülmesinde, gerekse kurulmasında bu süreçlerin doğal bir sonucu olarak akıllı sözleşmenin fiilleri gerekmektedir¹³⁴. Bu fiiller, akıllı sözleşmelerin irade ve bilgi açıklamaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının, geleneksel sözleşmelerdeki irade ve bilgi açıklamalarından bazı farklılıkları sebebiyle, bu açıklamaların atfedilmesi, yorumlanması ve şekli konularının özel olarak incelenmesi ihtiyacı doğmuştur. Akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarına geçmeden önce, borçlar hukuku bakımından irade ve bilgi açıklamalarına kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

Borçlar hukuku bakımından irade ve bilgi açıklamalarının önemi büyüktür. İrade ve bilgi açıklamaları, hukukî fiil olarak nitelendirilen fiillerdendir. Hukukî fiiller, hukuk düzeni tarafından reddedilen, yasaklanan fiiller (haksız fiiller) ve hukuka uygun fiiller olarak ikiye ayrılır. Hukukî sonuç doğuran irade ve bilgi açıklamaları, hukuka uygun fiiller kapsamındadır¹³⁵. Örneğin bir malın zilyetliğinin devri¹³⁶, paranın havalesi, ayıp ihbarında

¹³² Akıllı sözleşmelerde beyan yanılmalarına ilişkin olarak ortaya çıkan özel durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 253 vd.

¹³³ Furrer, s. 113.

¹³⁴ Furrer, s. 107.

¹³⁵ İhsan Erdoğan/Ayşe Dilşad Keskin, Türk Medeni Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020, s. 149; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, Medeni Hukuka Giriş, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 130.

¹³⁶ Bir malın zilyetliği, mülkiyetin nakli amacıyla devredilebileceği gibi dolaylı zilyetlik korunarak da devredilebilir. Bu mal, eğer bir satış sözleşmesinin konusu ise malın zilyetliği mülkiyetin nakli amacıyla devredilirken; kira sözleşmesinin konusu ise dolaylı zilyetlik korunarak devredilir. Burada fiili gerçekleştiren tarafın irade açıklamasını, güven ilkesine göre yorumlamak gerekmektedir. Bkz. BGE 138 III 659 E. 4.2.1. <<http://relevancy.bger.ch>> Erişim Tarihi: 07.03.2021.

bulunulması hukukî sonuç doğuran irade ve bilgi açıklamalarındandır.

İrade açıklaması, bir hakkın veya hukukî ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi amacıyla iradenin dış dünyaya bildirilmesi ya da bunun doğrudan doğruya yerine getirilmesidir¹³⁷. İrade açıklaması, “irade beyanı” ve “irade faaliyeti” olmak üzere ikiye ayrılır. İrade beyanında irade; söz, yazı, belirli bir işaret ya da hareket ile açığa vurulurken; irade faaliyetinde irade, karşı tarafa bildirilmeksizin maddî hareketlerle doğrudan yerine getirilir¹³⁸. İrade beyanının unsurları; fiil iradesi, işlem iradesi ve beyan iradesidir¹³⁹. İrade açıklaması, irade faaliyeti yoluyla gerçekleştiriliyorsa beyan iradesi bulunmaz¹⁴⁰.

Bir sözleşmenin kurulması için gereken irade açıklamaları, öneri ve kabul olarak adlandırılmaktadır. Bir sözleşmenin kurulmasında zaman olarak önce yapılması gereken, varması gerekli ve tek taraflı irade açıklamasına öneri; öneriye uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesine kesin olarak imkân sağlayan, varması gerekli ve tek taraflı irade açıklamasına kabul denir¹⁴¹. Önerinin en önemli özelliği, iradesini açıklayan kişinin yükümlülüklerinin kapsam ve içeriğini önerisinde kendisinin belirleyebilmesidir. Öneri, ciddi ve kesin olmalı, sözleşmenin esaslı noktalarını içermelidir¹⁴². Örneğin bir satış sözleşmesi kurmak isteyen önerenin önerisi, kendisinin belirlediği satış konusu mal ve satış bedelini içermelidir. Muhatabın sadece “evet” veya “tamam” ifadesi ile sözleşme kurulmuş olmalıdır. Muhatap başka şartlar ekliyorsa veya değiştiriyorsa bu irade açıklaması yeni bir öneri olur¹⁴³.

Bilgi açıklaması, bilinen bir hususun ifade edilmesidir. Hukuk düzeni bazı bilgi açıklamalarına hukukî sonuç bağlamış olabilir¹⁴⁴. İrade açıklaması ile bilgi açıklaması arasındaki fark, irade açıklamasında hukukî sonuç, irade açıklamasında bulunanın kendi iradesine dayalı olarak ortaya çıkmaktayken; bilgi açıklamasının hukukî sonucunun kanunda belirlenmiş olmasıdır.

¹³⁷ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2017, s. 127.

¹³⁸ Eren, s. 127-128; Erol Cansel/Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 98.

¹³⁹ Eren, s. 128 vd.

¹⁴⁰ Eren, s. 132.

¹⁴¹ Cansel/Özel, s. 105.

¹⁴² Eren, s. 262; Cansel/Özel, s. 105.

¹⁴³ Furrer, s. 107.

¹⁴⁴ Erdoğan/Keskin, s. 150; Ayan/Ayan, s. 130.

Örneğin, TBK'nın 117. maddesinin birinci fıkrasına göre, muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. TBK m. 42/f. 3'e göre, temsil olunan, verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Her iki örnekte de, bilgi açıklaması söz konusu olup hukukî sonuç kanunda belirlenmiştir¹⁴⁵. Keza satın alınan bir malın ayıplı olduğunun öğrenilmesi bir bilgidir. Bu bilginin satıcıya ihbar edilmesi ise (TBK m. 223) bilginin açıklanmasıdır. Bu bilgi açıklamasında bulunan kişi, TBK m. 227 uyarınca birtakım haklar kazanmaktadır¹⁴⁶. Bunlar dışında, kabul haberinin geç ulaştığının bildirilmesi (TBK m. 5/f. 3), alacağın temlik edildiğinin ihbarı (TBK m. 186), satın alınan malda zaptın ihbarı (TBK m. 215) ve zilyetliğin havalesinin bildirilmesi (TMK m. 979/f. 2) bilgi açıklamalarına örnektir¹⁴⁷.

2. Akıllı Sözleşme Aracılığıyla Oluşturulan İrade ve Bilgi Açıklamasının Atfedilmesi

a. Genel Olarak Bilgisayar Programı Aracılığıyla Oluşturulan İrade ve Bilgi Açıklamasının Atfedilmesi

Akıllı sözleşme bir bilgisayar programı¹⁴⁸ olduğu için, akıllı sözleşme tarafından oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarını değerlendirmeden önce, genel olarak bilgisayar programları tarafından oluşturulan ve iletilen irade açıklamalarının (*Computererklärung*) özelliklerini incelemek gerekmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Furrer, s. 107.

¹⁴⁶ Erdoğan/Keskin, s. 150; Ayan/Ayan, s. 130.

¹⁴⁷ Ayan/Ayan, s. 130.

¹⁴⁸ Bilgisayar programı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Fadıl Yıldırım, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, 1999, s. 7 vd.

¹⁴⁹ Gerald Spindler, "BGB Vorbemerkung zu §§ 116 ff.," in Gerald Spindler/Fabian Schuster (eds), *Recht der elektronischen Medien*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2019, Rn. 10. Elektronik irade açıklaması (*elektronische Willenserklärung*); elektronik olarak iletilen irade açıklamaları, otomatik irade açıklamaları ve bilgisayar açıklamaları olarak üç grupta incelenmektedir. Elektronik olarak iletilen irade açıklamaları, elektronik posta veya eş zamanlı sohbet gibi iletişim araçlarının kullanılması yoluyla iletilen irade açıklamalarıdır. Bu irade açıklamalarında fiil iradesi, işlem iradesi ve açıklama iradesinin tespit edilmesi zor değildir. Çünkü burada fiil iradesinin olduğu an ile açıklama fiilinin gerçekleştiği an çakışmaktadır. Bkz. Spindler, Rn. 6; Furrer, s. 108; Volker Kitz, "Teil 13.1 Vertragsschluss im Internet", in Thomas Hoeren/Ulrich Sieber/Bernd Holznel (eds), *Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, Verlag C. H. Beck, 2021, Rn.

Bilgisayar programı tarafından oluşturulan irade açıklaması, gerçek kişinin katılımı olmaksızın bir yazılım tarafından otomatik olarak oluşturulmakta ve muhataba otomatik olarak iletilmektedir¹⁵⁰. Bu irade açıklamalarına otomatikleştirilmiş irade açıklaması (*automatisierte Willenserklärung*) denilmektedir¹⁵¹. Otomatikleştirilmiş irade açıklaması, bilgisayar programı tarafından, daha önceki manuel veri girişlerine dayanarak otomatik olarak oluşturulmaktadır¹⁵². Örneğin bir sigorta şirketi yazılımının, yazılıma önceden girilen verilere dayanarak daha sonra topladığı veriler neticesinde otomatik olarak bir sigorta poliçesi oluşturması¹⁵³; seyahat acentasına ait yazılımın, rezervasyon yapılacak kişi sayısı ve seyahat süresinin girilmesiyle birlikte seyahat ücretini otomatik olarak hesaplaması¹⁵⁴ otomatik irade açıklamalarındandır. Otomatikleştirilmiş irade açıklaması, klasik anlamdaki irade açıklaması olarak kabul edilir¹⁵⁵. Dolayısıyla otomatikleştirilmiş irade açıklamaları, gerçek veya tüzel kişiler için hakların ve yükümlülüklerin ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir¹⁵⁶.

Geleneksel anlayışa göre, bilgisayar açıklamalarında irade açıklamasının subjektif unsurları için her zaman sistemin arkasındaki gerçek kişiye odaklanılmaktadır. Bu sebeple bilgisayar tarafından oluşturulan irade açıklamaları, bu sistemin kullanıcılarına atfedilmektedir¹⁵⁷. Her ne kadar

53; Niko Haerting, *Internetrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008, Rn. 124.

¹⁵⁰ Kitz, Rn. 48; Spindler, Rn. 6; Josef Mehrings, “Vertragsabschluss im Internet-Eine neue Herausforderung für das “alte” BGB”, 1998, (1), MMR, s. 31; David Paulus, “Die automatisierte Willenserklärung”, 2019, (10), JuS, s. 963; Kai Cornelius, “Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten”, 2002, (6), MMR, s. 354.

¹⁵¹ Spindler, Rn. 6; Paulus, *Willenserklärung*, s. 963. Otomatik irade açıklaması ile bilgisayar açıklaması, doktrinde elektronik irade açıklamasının iki farklı çeşidi olarak kabul edilse de, bu iki açıklama çeşidi arasındaki sınırı çizmek her zaman kolay olmaz. İkisinin arasındaki sınır, otomasyon derecesine göre belirlenmektedir. Bkz. Spindler, Rn. 1.

¹⁵² Kitz, Rn. 37; Spindler, Rn. 5; Çağlayan Aksoy, s. 116.

¹⁵³ OLG Köln, Urt. v. 20.2.2001-9 U 173/99, NVersR 2001, s. 351-352; OLG Hamm, Urt. v. 8.1.1993-20 U 249/92, NJW 1993, s. 2321-2322, <<https://beck-online.beck.de>> Erişim Tarihi: 24.03.2021.

¹⁵⁴ AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.6.1989-30 C 1270/89-45, NJW-RR 1990, s. 116-117, <<https://beck-online.beck.de>> Erişim Tarihi: 24.03.2021.

¹⁵⁵ Spindler, Rn. 5; Çağlayan Aksoy, s. 116. Aynı yönde bkz. BGH, Urt. v. 26.1.2005-VIII ZR 79/04, NJW 2005, s. 976-977; BGH, Urt. v. 3.11.2004-VIII ZR 375/03, NJW 2005, s. 53-56, <<https://beck-online.beck.de>> Erişim Tarihi: 24.03.2021.

¹⁵⁶ Çağlayan Aksoy, s. 116.

¹⁵⁷ Spindler, Rn. 6; Haerting, Rn. 125.

bilgisayar tarafından irade açıklaması oluşturulduğu anda gerçek kişinin fiil iradesi görülmesi de, irade açıklama sürecinin bir bilgisayar programı kullanmak suretiyle iş bölümü içerisinde gerçekleştirilmesi sebebiyle, kullanıcı tarafından sistemin etkinleştirilmesi anında bu fiil iradesinin varlığı söz konusudur¹⁵⁸. Gerçek kişi olan kullanıcının somut işlemi gerçekleştirmek için işlem iradesi ve açıklama iradesi, otomasyon nedeniyle, irade açıklaması oluşturulduğu anda bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle gerçek kişi, irade açıklamasının zamanını ve tam olarak içeriğini önceden bilmez¹⁵⁹. Bununla birlikte kullanılan programlar, her zaman zorunlu olarak gerçek bir kişinin iradesine dayanmalıdır¹⁶⁰. Bu nedenle kişinin genel olarak var olan işlem iradesi ve genel açıklama iradesi, program tarafından oluşturulan irade açıklamasını ona atfetmek bakımından yeterli kabul edilmektedir¹⁶¹. Alman yargı içtihatları ve doktrinindeki hâkim görüşe göre, bilgisayar tarafından oluşturulan irade açıklamaları, bu programı işleten gerçek kişiye atfedilerek geçerli ve tam etkili bir irade açıklaması olarak kabul edilmektedir¹⁶². Örneğin online satış yapılan siteler bakımından da bu kabul geçerlidir. Çünkü bu sitelerde program, hukukî işlemlerin tamamlanmasını hızlandırmak için tasarlanmıştır ve bu nedenle işletenin ilgili iradesi varsayılmalıdır¹⁶³. Bir malın siparişinden sonra otomatik olarak gönderilen onay elektronik postası (otomatik cevaplayıcı tarafından gönderilen cevaplar), bir irade açıklaması olarak görülmelidir. İnternette artırma yoluyla satışlarda artırmaya katılan isteklilerin kullandıkları elektronik teklif temsilcisi (*Bietagent*) tarafından otomatik olarak gönderilen fiyat tekliflerine ilişkin irade açıklamaları da, bu temsilcileri kullanan isteklilere atfedilir¹⁶⁴. Buna ek olarak, telefon bankacılığında sistem tarafından işlem sıra

¹⁵⁸ Spindler, Rn. 6; Cornelius, s. 355. İrade açıklaması oluşturmak amacıyla elektronik bir temsilci kullanıldığında bunun doğal olarak iradenin açıklanma sürecini uzatacağı yönünde bkz. Kitz, Rn. 55.

¹⁵⁹ Kitz, Rn. 54.

¹⁶⁰ Kitz, Rn. 54.

¹⁶¹ Spindler, Rn. 6. Aksi yönde bkz. Michael Martin Kianicka, Die Agentenerklärung: elektronische Willenserklärung und künstliche Intelligenz als Anwendungsfall der Rechtsscheinhaltung, Schulthess Verlag, 2012, s. 148.

¹⁶² Mehrings, s. 30 vd.; BGH, Urt. v. 7.11.2001-VIII ZR 13/01, NJW 2002, s. 363-365; BGH, Urt. v. 26.1.2005-VIII ZR 79/04, NJW 2005, s. 976-977; OLG Hamm, Urt. v. 12.1.2004-13 U 165/03, NJW 2004, s. 2601-2602; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 20.11.2002-9 U 94/02, MMR 2003, s. 405-407; AG Westerburg, Urt. v. 14.3.2003-21 C 26/03, MMR 2003, s. 609-610, <<https://beck-online.beck.de>> Erişim Tarihi: 27.03.2021.

¹⁶³ Mehrings, s. 31.

¹⁶⁴ AG Hannover, Urt. v. 7.9.2001 – 501 C 1510/01, MMR 2002, s. 262, <<https://beck-online.beck.de>>

numarasının otomatik olarak verilmesi de bilgisayar açıklaması olarak kabul edilebilir. Bu irade açıklaması, aracı (komisyoncu) şirkete atfedilir¹⁶⁵. Aynısı, bir süpermarket yazılımının stok durumuna bakıp yeniden sipariş vermenin gerekip gerekmediğini kontrol ederek, stok azaldığında toptancıya otomatik olarak sipariş göndermesi durumunda geçerlidir¹⁶⁶. Online bilet satışı yapılan bir sistemden uçuş rezervasyonu yapılması durumunda da böyle bir irade açıklaması söz konusudur¹⁶⁷.

b. Bir Elektronik Temsilci Olan Akıllı Sözleşme Aracılığıyla Oluşturulan İrade ve Bilgi Açıklamasının Atfedilmesi

Bilgisayar programı tarafından oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının bir türü, elektronik temsilciler (*Elektronische Agenten*) tarafından oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarıdır¹⁶⁸. Elektronik temsilciler, yüksek derecede otomasyona sahip olan, dışarıdan gelen bilgi ve bulgulara cevap verebilen ve otomatik olarak karar alabilen akıllı programlardır¹⁶⁹. Elektronik temsilciler, günümüzde özellikle internet üzerinden sözleşme kurmak amacıyla kullanılmaktadır¹⁷⁰.

Elektronik temsilciler, karmaşık yapıya sahip olup kendi kendilerine fiilde bulunabilme yeteneğine sahiptir. Ancak elektronik temsilcilerin hukukî olarak bir kişiliği, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti yoktur¹⁷¹. Elektronik temsilcilerin

beck.de> Erişim Tarihi: 27.03.2021. İnternette artırma yoluyla satışta sözleşmenin kurulma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. F. Ceren Sadioğlu, Artırma Yoluyla Satış (Geleneksel Artırma Yoluyla Satış (TBK. m. 274-281) - İnternette Artırma Yoluyla Satış), On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 375 vd.

¹⁶⁵ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 19.5.1999 – 14 O 9971/98, NJW-RR 2000, s. 1650-1651, <<https://beck-online.beck.de>> Erişim Tarihi: 01.04.2021.

¹⁶⁶ Kitz, Rn. 51.

¹⁶⁷ Kitz, Rn. 51. Bu yönde bkz. BGH, Urt. v. 16.10.2012, X ZR 37/12, NJW 2013, s. 598-601, <<https://beck-online.beck.de>> Erişim Tarihi: 01.04.2021.

¹⁶⁸ Spindler, Rn. 10; Cornelius, s. 355. Elektronik temsilci tarafından oluşturulan irade açıklamalarının, bilgisayar programı tarafından oluşturulan irade açıklamalarından ayrılan yönleri için bkz. Cornelius, s. 355.

¹⁶⁹ Spindler, Rn. 10; Çağlayan Aksoy, s. 188. Elektronik temsilcilerin karakteristik özellikleri için bkz. Cornelius, s. 353 vd.; Tanja Nitschke/Peter Sester, “Software-Agent mit Lizenz zum...?”, 2004, 20(7), CR, s. 548 vd.

¹⁷⁰ Spindler, Rn. 10. İnternette B2C ve C2C alanda artırma yoluyla satış yapan müzayede evleri elektronik temsilciye örnektir. İnternette artırma yoluyla satışta otomatik teklif asistanlığı yapan temsilcilerin (*Bietagent*) verdiği teklifler, kullanıcıya atfedilebilecek geçerli bir irade açıklaması olarak kabul edilir. Bkz. Kitz, Rn. 49; Sadioğlu, s. 313-314.

¹⁷¹ Cornelius, s. 354; Nitschke/Sester, s. 549; Claus D. Müller-Hengstenberg/Stefan Kirn,

otomatik olarak karar alma özelliği de insanlar tarafından geliştirilmiştir. Bu nedenle elektronik temsilcinin fiilleri, nihayetinde bir insana atfedilmelidir¹⁷².

Bilgisayarın irade açıklamaları hakkında tespit edilen genel ilkeler¹⁷³, akıllı elektronik temsilcilerin irade açıklamaları için de geçerlidir¹⁷⁴. Fiil iradesi, elektronik temsilcinin bilinçli olarak etkinleştirilmesi ile ifade edilir¹⁷⁵. Bilgisayar açıklamalarında olduğu gibi, işlem iradesi ve açıklama iradesi, elektronik temsilci tarafından açıklama oluşturulduğu anda (elektronik temsilci aracılığıyla irade açıklamasının objektif unsuru olan ‘beyan’ gerçekleştirildiği anda) bulunmamaktadır. Ancak kullanıcı tarafından bilinçli olarak etkinleştirilmesi ve temsilciye vermiş olduğu yönergeleri sebebiyle genel ve toptan bir işlem iradesi ve açıklama iradesi olduğu kabul edilir¹⁷⁶. Ancak elektronik temsilcinin otonomluğu arttıkça, hem kullanıcının genel ve toptan bir işlem iradesi ve açıklama iradesi olduğunun kabul edilmesi hem de irade ve bilgi açıklamasının kullanıcıya atfedilmesi zorlaşacaktır¹⁷⁷. Bu durumda irade ve bilgi açıklamasının akıllı sözleşmenin yaratıcısına atfedilmesi düşünülebilir¹⁷⁸.

Elektronik temsilci niteliğinde olan akıllı sözleşme aracılığıyla bir sözleşmenin kurulması ve/veya kurulmuş bir sözleşmenin yürütülmesi için akıllı sözleşmenin fiilleri gerekmektedir¹⁷⁹. Akıllı sözleşme, bir bilgisayar programı olduğu için hukukî kişiliğe sahip olmamakla birlikte bilinç ve

“Intelligente (Software-) Agenten: Eine neue Herausforderung unseres Rechtssystems – Rechtliche Konsequenzen der “Verselbststaendigung” technischer Systeme”, 2014, (5), MMR, s. 307.

¹⁷² Spindler, Rn. 10.

¹⁷³ Spindler, Rn. 6.

¹⁷⁴ Spindler, Rn. 10; Kitz, Rn. 54; Cornelius, s. 355; Nitschke/Sester, s. 551.

¹⁷⁵ Cornelius, s. 355.

¹⁷⁶ Müller-Hengstenberg/Kirn, s. 308 vd.; Kitz, Rn. 55. Aksi yöndeki görüşe göre ise elektronik temsilci tarafından oluşturulan irade açıklamalarında bulunması gereken unsurlar (fiil iradesi, açıklama iradesi ve işlem iradesi) eksik olduğundan böyle bir açıklama hukukî bir etkiye sahip değildir. Bu şekilde oluşturulmuş irade açıklamaları, karşılıklı iradelerin uyuşmasına ve sözleşmenin kurulmasına yol açmamaktadır. Bununla birlikte bazı hâllerde güven ilkesi veya hukukî görünüş teorisi uyarınca sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna ulaşmak mümkün olabilir. Bu yönde bkz. Kianicka, s. 148, 167-201. Elektronik temsilcinin otonomluğu arttıkça, kullanıcının genel ve toptan bir işlem iradesi ve açıklama iradesine sahip olduğu yönünde kabulün gerçekçi olmayacağı yönünde bkz. Spindler, Rn. 7, 10.

¹⁷⁷ Spindler, Rn. 7, 10.

¹⁷⁸ Heckelmann, s. 510.

¹⁷⁹ Furrer, s. 107.

irade sahibi de değildir¹⁸⁰. Akıllı sözleşme bilinç ve irade sahibi olmamasına rağmen irade ve bilgi açıklaması oluşturabilmektedir¹⁸¹. Dolayısıyla akıllı sözleşmenin açıkladığı irade kendisine ait değildir. Akıllı sözleşme, tarafların program kodundaki ortak iradelerini somut durumda oluşturup dışarıya yansıtmaktadır¹⁸². Akıllı sözleşmenin her bir irade ve bilgi açıklaması, akıllı sözleşme tarafından otomatik olarak oluşturulmaktadır. Otomatik olarak oluşturulan bu irade ve bilgi açıklamalarının dayanağı ise akıllı sözleşmenin kodudur. Bu kodda, sözleşmenin kurulmasına ve/veya yürütülmesine ilişkin koşullar programlanmıştır¹⁸³. Program kodunda tarafların iradeleri, programlanan koşulların gerçekleşmesi hâlinde akıllı sözleşmenin buna uygun fiili gerçekleştireceği konusunda birbirleriyle uyumaktadır¹⁸⁴. Akıllı sözleşme, önceden programlanmış bilgileri ve sonradan *Oracle*'lar aracılığıyla gelen bilgileri kullanarak somut olayda bir irade veya bilgi açıklamasının oluşturulmasına aracılık eder. Örneğin akıllı sözleşme, stoklar azaldığında, tedarikçilerin fiyatlarını ve teslimat sürelerini de dikkate alarak, programda önceden (fiyat kriteri veya stokların tükenme riski bakımından) en uygun teklif olarak öngörülen teklifi veren sağlayıcıya karşı irade açıklamasını yansıtip otomatik olarak bir sözleşme kurulmasını sağlayabilir¹⁸⁵. Bir satış sözleşmesinde satış bedeli akıllı sözleşme aracılığıyla ödenirken, bu bedelin yanında ödenmesi gereken cezaî şart ödenmemişse veya bir kira sözleşmesinde iade edilmesi gereken depozito bedeli iade edilmemişse, akıllı sözleşme karşı tarafa ihtar gönderebilir ve karşı tarafı temerrüde düşürebilir. Veya araba kiralamada para girişinin gerçekleşmemesi durumunda, önceden programlanmış koşullara göre akıllı sözleşme kiracıya ihtar gönderebilir veya

¹⁸⁰ Furrer, s. 109.

¹⁸¹ Furrer, s. 108.

¹⁸² Furrer, s. 109. Program kodunun, tarafların iradelerinin uyuşması konusunda bir ispat aracı olarak kullanılabileceği yönünde bkz. Furrer, s. 109.

¹⁸³ Kullanılan programlama dili (sözdizimi) çoğunlukla *Java*, *C++* ve *Python* gibi günümüzün en yaygın programlama dilleridir. Ayrıca sadece *Ethereum* adlı blok zincirinin üzerinde kullanılan *Solidity* adlı programlama dili de yaygındır. *Ethereum* blok zinciri ile sınırlı olarak kullanılmayan *Truffle* ve *Embark* gibi programlama dilleri de bulunmaktadır. Bu alandaki gelişmeler çok dinamik olduğundan, her an yeni bir sözdizimi ortaya çıkabilir veya var olanlar ortadan kaybolabilir. Akıllı sözleşmelerde, genellikle yaygın olan programlama dillerinin kullanıldığı görülmektedir. Buna rağmen uzman olmayan kişilerin akıllı sözleşmenin içeriğini anlaması mümkün değildir. Bkz. Furrer, s. 107.

¹⁸⁴ Furrer, s. 109.

¹⁸⁵ Furrer, s. 108; Müller, s. 345.

kiralanan arabayı kullanılmaması amacıyla kilitleyebilir¹⁸⁶. Akıllı sözleşmenin tüm bu fiillerinin arkasında bir irade bulunmalıdır¹⁸⁷.

Akıllı sözleşmede, irade açıklamasının irade unsuru bakımından var olması gereken işlem iradesi ve açıklama iradesi, arkadaki gerçek kişiye aittir. Akıllı sözleşme aslında, gerçek kişiye ait bir iradeyi yansıtmak bakımından köprü işlevi görmektedir ve bağlayıcı nitelik taşımaktadır¹⁸⁸. Bu anlamda akıllı sözleşmenin işlevi temsilciye benzer. Burada hukuken önemli olan, sözleşme kurmak veya yürütmek amacıyla akıllı sözleşme kullanan tarafların, akıllı sözleşmenin süreç içerisindeki somut fiillerine yönelik iradelerinin önceden bulunmamasıdır¹⁸⁹.

Akıllı sözleşme tarafından oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının kime ait olduğunun belirlenmesi, yani gerçek bir kişiye atfedilmesi gerekmektedir¹⁹⁰. Örneğin öneri ve kabul açıklamaları, satış sözleşmesinin kurulmasına yol açmaktadır. Satış sözleşmesinin kurulmasıyla satıcı, satış konusu malın mülkiyetini nakletme borcu altına girerken; alıcı, satış bedelini ödeme borcu altına girer. TBK. m. 117'ye göre ihtar, borçlunun temerrüde düşmesine ve temerrüdün sonuçlarını doğurmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla akıllı sözleşmenin kodları aracılığıyla oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının ilgili kişilere atfedilmesi, sorumluluğun belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir¹⁹¹.

3. Akıllı Sözleşme Aracılığıyla Oluşturulan İrade ve Bilgi Açıklamasının Yorumlanması

İrade beyanları çeşitli sebeplerle, özellikle beyan sahibi veya muhatabın bu beyana farklı anlamlar vermeleri yüzünden yorumlanmaya ihtiyaç

¹⁸⁶ Furrer, s. 109.

¹⁸⁷ Furrer, s. 107.

¹⁸⁸ Kaulartz, Rn. 23. Zürih Ticaret Mahkemesi (ZR 116/2017 S. 132-16.12.2017), “önceden programlanmış bilgisayar tarafından otomatik olarak oluşturulan ve iletilen irade beyanlarının kullanıcıyı bağlayıcı nitelikte olduğu” yönünde karar vermiştir. Bkz. Furrer, s. 108-109; Müller/Seiler, s. 323.

¹⁸⁹ Furrer, s. 108. Akıllı sözleşmenin, program kodunda önceden tanımlanmış algoritmaya göre önceden tanımlanmış ve girilen parametrelere dayanarak irade ve bilgi açıklaması oluşturduğu ve bu nedenle zaten var olan bir iradeyi taşıyan ve ifade eden haberciye benzemediği yönünde bkz. Furrer, s. 108.

¹⁹⁰ Furrer, s. 108.

¹⁹¹ Furrer, s. 108.

gösterebilir¹⁹². Bir irade beyanının anlamının hâkim tarafından araştırılarak tespit edilmesi, irade beyanının yorumlanmasıdır¹⁹³. Tarafların iradeyi açıklamak için kullandıkları söz, deyim ve işaretler açık olmadığı, birden çok anlama geldiği, taraflar arasında şüphe ve tereddüt uyandırıp uyuşmazlığa yol açtığı zaman hâkim, bunların gerçek anlamlarını bulmak ve tarafların zıt menfaatleri arasında adil bir denge kurmak amacıyla yorum faaliyeti yapar¹⁹⁴.

İrade beyanlarının yorumlanmasında asıl olan, tarafların gerçek ve ortak iradelerini ortaya çıkarmaktır¹⁹⁵. Nitekim TBK m. 19'a göre bir sözleşmenin türünün veya içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

İrade beyanının yorumlanmasında çeşitli teoriler¹⁹⁶ söz konusu olmakla birlikte Türk ve İsviçre hukukunda hâkim teori, tarafların farazî (varsayımsal) ortak arzularını tespit etmeyi amaçlayan güven teorisidir¹⁹⁷. Buna göre bir irade beyanı, somut olaydaki mevcut koşullar çerçevesinde dürüstlük kurallarına uygun olarak nasıl anlaşılması gerekiyorsa öyle yorumlanmalıdır¹⁹⁸.

Güven teorisi, taraflar somut olayda birbirlerini fiilen doğru olarak anlamadıkları takdirde uygulama alanı bulmaktadır. Tarafların somut olayda birbirlerini fiilen doğru olarak anlamaları hâlinde beyan, bu gerçek iradeye göre anlaşılmalı, yanlış beyan ve sözlere itibar edilmemelidir¹⁹⁹.

¹⁹² Eren, s. 147.

¹⁹³ Eren, s. 147.

¹⁹⁴ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 70; Eren, s. 147.

¹⁹⁵ Abdülkerim Yıldırım, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 12. Baskı, Monopol Yayınları, 2021, s. 88.

¹⁹⁶ Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 149 vd.

¹⁹⁷ Oğuzman/Öz, s. 198; Eren, s. 152 vd.; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 183.

¹⁹⁸ Yıldırım, Borçlar, s. 88; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 301. Güven teorisinin ilk şekli olan klasik güven teorisinde makul ve dürüst farazî bir muhatap esas alınmış; irade beyanının anlamının makul ve dürüst üçüncü kişinin her türlü özeni göstererek dürüstlük kuralları doğrultusunda beyana verdiği veya vermesi gerektiği anlam esas alınmıştır. Klasik güven teorisinin doktrin ve uygulamada eleştirilere maruz kalması sonucunda yeni güven teorisi geliştirilmiş; makul ve dürüst üçüncü kişi yerine makul ve dürüst muhatap tipinin esas alınması kabul edilmiştir. Günümüzde hâkim olan yorum teorisi, yeni güven teorisidir. Bkz. Eren, s. 153-154.

¹⁹⁹ Eren, s. 157; Cansel/Özel, s. 100.

İrade beyanları yorumlanırken ilk olarak tarafların kullandıkları deyimlere başvurulur. Kural olarak deyimlerin genel anlamda kullanıldığı kabul edilir. Ancak kullanılan deyimlerin tarafların mensup olduğu çevrede özel bir anlamı varsa bu özel anlamda kullanılmış sayılır²⁰⁰. Kullanılan deyimleri yorumlarken, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasındaki yazışmaları, sözleşmenin yapıldığı yer ve tarih, o yerdeki âdetler, tarafların sözleşmenin hem kurulmasından önceki hem de kurulmasından sonraki davranışları dikkate alınmalıdır²⁰¹. Yorum faaliyetiyle, tarafların menfaatleri ve saikleri dikkate alınarak söz konusu sözleşmeyle ulaşmak istedikleri amaç tespit edilmelidir²⁰².

Hâkim, yorumlama faaliyetini gerçekleştirirken ilk olarak kanunî yorum kurallarına başvurmalı, bunun yanında bazı genel yorum kurallarından da faydalanmalıdır. Hâkim, dürüstlük kuralına uygun yorum yapma, lafzî yorum yasağına uygun yorum yapma, bütünsel yorum yapma, geriye dönük (*ex tunc*) yorum yapma, borçlu lehine yorum yapma kurallarına uygun şekilde yorum faaliyetini gerçekleştirmelidir²⁰³. Bunların yanında sözleşmenin birden fazla şekilde yorumlanması mümkünse sözleşmeyi ayakta tutacak yorumu tercih etmeli; düzenleyici hükümlerden farklılaşan sözleşme hükümlerini dar yorumlamalıdır²⁰⁴. Son olarak, genel işlem koşulları söz konusu ise bu koşulların, düzenleyenin aleyhine karşı tarafın lehine yorumlanması kuralına uyulmalıdır²⁰⁵.

Akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulmuş irade ve bilgi açıklamalarının yorumu bakımından, geleneksel sözleşmeler için geçerli olan yorum

²⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 198-199; Reisoğlu, s. 102; Cansel/Özel, s. 123.

²⁰¹ Oğuzman/Öz, s. 199; Çağlayan Aksoy, s. 274; Cansel/Özel, s. 124.

²⁰² Çağlayan Aksoy, s. 274-275.

²⁰³ Çağlayan Aksoy, s. 275-276; Oğuzman/Öz, s. 198-199; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 301; Cansel/Özel, s. 124; Yıldırım, Borçlar, s. 88.

²⁰⁴ Çağlayan Aksoy, s. 277; Oğuzman/Öz, s. 199-200; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 302; Cansel/Özel, s. 124.

²⁰⁵ Çağlayan Aksoy, s. 276; Reisoğlu, s. 77; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 301-302; Mehmet Akçaal, "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", 2014, XVIII(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 59-60; Fahri Erdem Kaşak, "Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)", 2019, XXIII(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 208 vd. Genel işlem koşullarındaki bir hüküm, birden çok anlama geliyorsa bu kurala göre yorumlanması gerektiği, ancak hükmün açık ve anlaşılır olmaması hâlinde bu kuralın uygulanmaması ve hükmün geçersiz olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Kaşak, s. 217. Genel işlem koşullarındaki bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi hâllerinde bu kurala göre yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Akçaal, s. 60.

kuralları geçerlidir²⁰⁶. Bu genel yorum kuralları, akıllı sözleşme aracılığıyla gerçekleştirilen irade faaliyetleri için de geçerlidir²⁰⁷. Akıllı sözleşmelerde programlama dili olarak kodların kullanılması, geleneksel sözleşmeler için geçerli olan yorum kurallarının uygulanmasına engel teşkil etmemektedir²⁰⁸. Otomatikleştirilmiş irade açıklaması yorumlanırken irade açıklamasına ek olarak, tarafların davranışları da yorumlamaya dâhil edilmelidir²⁰⁹. Dolayısıyla sözleşme metninin dışındaki durumlar da, sözleşmenin program diline doğru çevrilip çevrilmediğine karar vermek için etkilidir²¹⁰. Taraflar arasındaki anlaşma ile program kodu arasında çelişki olması durumunda, uyumsuzluk yine genel yorum kurallarına göre çözüme kavuşturulmalıdır²¹¹.

Akıllı sözleşme yazılı bir metin oluşturuyorsa bu metindeki ifadelerin lafzına bakılarak yorumlama yapılabilir. Buna karşılık akıllı sözleşme bir metin oluşturmaksızın irade faaliyeti yoluyla irade açıklamasını yansıttığı takdirde, bu faaliyet dikkate alınarak yorumlama yapılmalıdır. Örneğin satış bedelinin transfer edilmesi ile kabul açıklamasının gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir²¹².

Otomatikleştirilmiş irade ve bilgi açıklamalarının içeriği yorumlanırken, bu açıklamaların ilgili kişilere atfedilip atfedilemeyeceği tespit edilmelidir. Söz konusu tespitin yapılabilmesi için öncelikle tarafların akıllı sözleşmeyi kullanma konusundaki gerçek ve ortak iradelerinin belirlenmesi gerekmektedir. Akıllı sözleşmenin hangi koşullar altında tarafların adına ve hesabına hareket edebileceğine yönelik parametreler içeren temel sözleşme (*Grundvertrag*), taraf iradelerinin ilk kaynağıdır. Bu temel sözleşmeden, akıllı sözleşmenin hangi koşullar gerçekleştiğinde irade ve bilgi açıklamalarında

²⁰⁶ Furrer, s. 113. Doktrindeki bir görüşe göre otomatikleştirilmiş irade ve bilgi açıklamalarında, ilgili kişilerin subjektif iradeleriyle şekillendirilmiş bir yorum yapılamaz. Otomatikleştirilmiş irade ve bilgi açıklamalarının içeriği, tıpkı tapu siciline kayıtlı sınırlı aynı haklar gibi sadece açıklamanın kendisine bakılarak yorumlanır. İlgili kişiler, irade açıklamalarının otomatik olarak oluşturulmasına rıza göstermekle bu objektif yorumlamayı zorunlu olarak kabul etmiş olurlar. Bu yönde bkz. Furrer, s. 110.

²⁰⁷ Guggenberger, Rn. 11.

²⁰⁸ Guggenberger, Rn. 9; Çağlayan Aksoy, s. 277.

²⁰⁹ Guggenberger, Rn. 11.

²¹⁰ Bu yorum kuralının, sözleşmenin blok zincirinin dışındaki durumlardan bağımsız olarak otomatik bir şekilde yürütülmesi özelliği ile çeliştiği yönünde bkz. Müller, s. 337.

²¹¹ Möslein, s. 277; Müller, s. 337; Guggenberger, Rn. 11.

²¹² Furrer, s. 110.

bulunacağı çıkarılmaktadır²¹³. Akıllı sözleşme aracılığıyla açıklanan irade ve bilgi açıklamalarının içeriği ve kapsamı, uygulama sözleşmesinden (*Applikationsvertrag*) de anlaşılabilir²¹⁴. Uygulama sözleşmesi, uygulamanın yaratıcısı ile akıllı sözleşmenin tarafları arasında kurulmaktadır²¹⁵. Akıllı sözleşmenin irade ve bilgi açıklamasını yansıtma imkânını ve bu açıklamaların sınırlarını uygulama sözleşmesi şekillendirmektedir²¹⁶. Şayet platform işleticisi ile bir sözleşme ilişkisi (*Plattformvertrag*) söz konusuysa bu sözleşme ilişkisi de dikkate alınmalıdır²¹⁷. Platform sözleşmesi, kullanıcı ile uygulamanın üzerinde çalıştığı ve tarafların kaydolmak zorunda olduğu platform sağlayıcısı ile kurulan sözleşmedir²¹⁸. Sözleşme taraflarının iradelerinin analizi için, onların uygulama ve platform sözleşmesindeki iradelerinin de analiz edilmesi gerekmektedir²¹⁹. Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin, blok zincirinin üzerinde akıllı sözleşme aracılığıyla kurulması (*on-chain*) durumunda, yorum bakımından esas alınacak temel bir sözleşme bulunmadığından, tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespiti için sadece uygulama ve platform sözleşmelerine başvurulabilir²²⁰.

Bahsi geçen sözleşmelerdeki irade açıklamalarının özeti, tarafların nihâî rızalarını vermektedir. Yorumlama faaliyeti sonucunda, akıllı sözleşme aracılığıyla otomatikleştirilmiş irade ve bilgi açıklaması oluşturulması konusunda tarafların genel ve toptan rızasının mevcudiyeti ve gerçekten bağlı olmak istedikleri irade beyanlarının içerik ve kapsamı tespit edilmiş olur²²¹.

²¹³ Furrer, s. 111; Çağlayan Aksoy, s. 196.

²¹⁴ Furrer, s. 111.

²¹⁵ Uygulamanın sahibi, temel sözleşmenin taraflarından biri olabileceği gibi platform sağlayıcısı da olabilir. Bkz. Çağlayan Aksoy, s. 197.

²¹⁶ Furrer, s. 111.

²¹⁷ Furrer, s. 111.

²¹⁸ Çağlayan Aksoy, s. 197.

²¹⁹ Furrer, s. 111.

²²⁰ Çağlayan Aksoy, s. 197.

²²¹ Furrer, s. 111; Çağlayan Aksoy, s. 200. Bu sözleşmelerdeki irade açıklamaları yorumlanırken; “Temel sözleşme ve uygulama sözleşmesi (varsa platform sözleşmesi ile birlikte) değerlendirildiğinde, akıllı sözleşme tarafından oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının içerik aralığı hakkında yeterince net bilgi veriyor mu? Akıllı sözleşmenin irade ve bilgi açıklaması oluşturması ve iletmesi için ilgili kişilerin hangi müdahaleleri gerekmektedir? Sözleşmenin yürütülmesi esnasında ilgili kişilerin, irade ve bilgi açıklamalarının oluşturulmasını önlemek için ne gibi müdahale imkânları vardır? Akıllı sözleşme, irade ve bilgi açıklamalarını oluştururken başka hangi bilgileri kullanır? Kullanıma sunulan bilgilerden yararlanarak irade ve bilgi açıklaması oluşturmak ve iletmek hangi ilkelere göre

Blok zincirinin dışında kurulan bir hukukî ilişkinin yürütülmesi amacıyla akıllı sözleşmenin kullanılması durumunda (*off-chain*), taraflar arasındaki temel sözleşme hükümlerinin yorumlanması için, tıpkı akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulan irade açıklamasının yorumlanmasında olduğu gibi, genel yorumlama araçları ve kuralları kullanılabilir²²². Bunun yanında tarafların subjektif iradeleri de dikkate alınmalıdır. Kural olarak bir kullanıcının uygulamayı kullanmaya başlaması, akıllı sözleşmenin kullanımı konusunda örtülü bir kabul açıklamasında bulunduğu anlamına gelir. Ancak bu durumda kullanıcıya, akıllı sözleşmenin kendisini bağlayıcı olarak oluşturabileceği irade açıklamalarının çerçeve koşulları açıkça bildirilmelidir²²³.

Akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulan bir irade veya bilgi açıklamasının kullanıcı bakımından bağlayıcılığını tespit etmek için, öncelikle kullanıcının akıllı sözleşmenin fiillerini gerçekleştirmesi konusunda rızasının bulunup bulunmadığı ve fiillerin olması gereken hukukî çerçeve içerisinde kalıp kalmadığı incelenmelidir²²⁴. Akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulan irade ve bilgi açıklaması, kullanıcının rıza verdiği alanın dışında kalıyorsa kullanıcıyı bağlamaz²²⁵. Zira bu açıklama hukuken yok hükmündedir. Örneğin bu bir ihtar ise yapılmamış sayılır; bir itiraz ise ileri sürülmemiş sayılır. Veya bir para transferi yapılmışsa bu faaliyet; kabul beyanı, yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal hakkından feragat beyanı ya da bir talebin yerine getirilmesi olarak yorumlanamaz. Bu sebeple verilenlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak (TBK m. 77 vd.) iadesi talep edilebilir²²⁶.

Akıllı sözleşme kodunda yer alan şartların genel işlem koşulu niteliği taşıdığıının tespit edilmesi durumunda, genel işlem koşullarına özgü yorum kurallarına dikkat edilmelidir²²⁷.

gerçekleştirilir?” gibi soruların da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bkz. Furrer, s. 111.

²²² Çağlayan Aksoy, s. 199-200.

²²³ Furrer, s. 111.

²²⁴ Furrer, s. 111.

²²⁵ Çağlayan Aksoy, s. 199; Müller, s. 346.

²²⁶ Meyer/Schuppli, s. 207, 210, 221.

²²⁷ Furrer, s. 111. Akıllı sözleşme koşullarının genel işlem koşulu niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 200 vd. Genel işlem koşullarının yorumlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaşak, s. 195 vd.; Akçaal, s. 59-60.

4. Akıllı Sözleşme Aracılığıyla Oluşturulan İrade ve Bilgi Açıklamasının Şekli

Türk ve İsviçre borçlar hukukunda, gerek irade ve bilgi açıklamalarının yapılmasında, gerekse sözleşmenin kurulmasında şekil serbestisi ilkesi hâkimdir²²⁸. TBK m. 12/f. 1 gereğince sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasına göre sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun açıklamalarıyla kurulur. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde iki tarafın borç altına girebilmesi için, karşılıklı iradelerin uyuşması gerekmektedir. Taraflar, hukukî işlemin geçerliliği için belli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlarsa veya kanun tarafından öngörülen bir geçerlilik şekli söz konusuysa hukukî işlemin geçerliliği, şekle uygun olarak yapılmasına bağlıdır²²⁹.

Geçerlilik şartına tâbi olan irade ve bilgi açıklamalarının akıllı sözleşme aracılığıyla oluşturulması durumunda, bu açıklamanın hukukî kaderinin ne olacağı konusu önem arz etmektedir. Bu konuyu, blok zincirinin üzerinde akıllı sözleşme aracılığıyla kurulan hukukî işlemler ile blok zincirinin dışında kurulduktan sonra akıllı sözleşme aracılığıyla yürütülen hukukî işlemler bakımından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Geçerliliği adı yazılı şekle²³⁰ veya resmî şekle²³¹ tâbi olan hukukî işlemlerin blok zincirinin üzerinde akıllı sözleşme aracılığıyla kurulması imkânsızdır²³². Bununla birlikte, geçerlilik

²²⁸ Oğuzman/Öz, s. 141; Reisoğlu, s. 81.

²²⁹ Oğuzman/Öz, s. 142.

²³⁰ Adı yazılı şekil, sözleşmeyi meydana getiren irade beyanlarının veya beyanlardan birinin yazılı bir metinde açıklanarak beyanda bulunan kişiler tarafından imzalanmasıdır. Alacağın devri, önalım sözleşmesi, taşınır ve alacaklara ilişkin bağışlama vaadi, kefalet sözleşmesi, devletçe tanınan kurumlarla yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesi ve mirasçılar arasında yapılan miras payının devri sözleşmesi adı yazılı şekle tâbi hukukî işlemlerdir. Bkz. Aydos, s. 48; Oğuzman/Öz, s. 144-145; Reisoğlu, s. 89; Cansel/Özel, s. 203-204. Ayrıca emtia senetleri ve kıymetli evraklar için de geçerlilik şartı olarak özellikli şekil şartları söz konusudur. Bunun dışında, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ve bilgilendirmeler bulunmaktadır.

²³¹ Resmî şekil, sözleşmeyi meydana getiren irade beyanlarının kanunda belirtilen usule göre resmî memur tarafından düzenlenen belgede açıklanmasıyla gerçekleştirilmektedir. Bir hukukî işleme resmîyet kazandıran makamlar farklılık arz edebilir. Bkz. Aydos, s. 48; Oğuzman/Öz, s. 153; Reisoğlu, s. 95; Cansel/Özel, s. 209.

²³² Guggenberger, Rn. 13; Heckelmann, s. 506-507; Kaulartz, Rn. 32; Üstün, s. 103. Adı yazılı ve resmî şekle tâbi işlemlerin akıllı sözleşme aracılığıyla kurulması imkânsız olduğu için şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğin söz konusu olamayacağı yönünde bkz. Kaulartz, Rn.

şekline tâbi olan bir hukukî işlemin akıllı sözleşme aracılığıyla yürütülmesi kural olarak mümkündür. Hukukî işlemin, blok zincirinin dışında geçerlilik şekline uygun olarak kurulmuş olması yeterlidir²³³. Ancak hukukî işlemin yürütülmesi sırasında, örneğin taşınmaz mülkiyetinin devri gibi geçerlilik şekline bağlı bir işlem yapılması gerekiyorsa bu durumda, hukukî işlemin akıllı sözleşme aracılığıyla yürütülmesi imkânsızdır.

Tarafların, iradelerini açıklarken belli bir kalıba sokmak zorunda kalmadıkları, yalnız sözlü beyanın yeterli olduğu şekle sözlü şekil denir²³⁴. Şekil serbestisi gereği, sözleşmelerin sözlü olarak kurulması mümkündür. Ancak sözlü şekilde kurulan bir sözleşmenin ispatlanması için bazı delillere ihtiyaç duyulmaktadır. Bir sözleşmenin kurulması ve içeriği; tarafların el yazısıyla yazılmış müsveddeler, sözleşme taslağı, broşür, diğer reklam belgeleri, navlun belgeleri veya tanık vb. deliller ile ispatlanabilir. Akıllı sözleşmenin program kodu, gerek yazılı, gerekse sözlü olarak kurulmuş bir sözleşmenin ispatlanması için kullanılacak araçlardan biri olarak kabul edilebilir²³⁵.

SONUÇ

Bilim ve teknolojideki gelişmelerin sözleşmelere yansımalarının sonucu olarak ortaya çıkan akıllı sözleşmeler, geleneksel sözleşme ilişkilerinin dijitalleşmesine yol açmıştır. Akıllı sözleşme, adındaki “sözleşme” ifadesine rağmen hukukî anlamda bir sözleşme olmayıp bilgisayar programıdır. Ayrıca “akıllı” ifadesi de gerçeği tam olarak yansıtmamaktadır. Zira akıllı sözleşmede her zaman yapay zeka teknolojisinin kullanılması zorunlu değildir.

32; Müller, s. 347. TBK m. 15/f. 1'e göre imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunlu olmakla birlikte, güvenli elektronik imza da el yazısı ile atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurmaktadır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 3. maddesinin b bendine göre elektronik imza, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi ifade etmektedir. Akıllı sözleşme aracılığıyla güvenli elektronik imza kullanılarak sözleşme imzalanması için güvenli elektronik imza ile imzalanmış sözleşmenin, merkezî olmayan bir kayıt şeklinde saklanması teknik olarak mümkün olmalıdır. Ayrıca saklanan verilerden sözleşmenin içeriği anlaşılabilir ve okunabilir olmalıdır. Bkz. Müller, s. 347. Akıllı sözleşme aracılığıyla sözleşme kurulmasının güvenli elektronik imza olarak kabul edilip edilmeyeceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s. 175 vd.

²³³ Heckelmann, s. 507.

²³⁴ Aydos, s. 48.

²³⁵ Furrer, s. 113.

Akıllı sözleşme, borçlar hukuku çerçevesindeki işlevlerini yerine getirirken çoğunlukla blok zinciri teknolojisinden yararlanmaktadır. Blok zinciri, merkezi bir otorite tarafından yönetilmeyen ve bu nedenle sahteciliğe karşı güvenli olan bir veritabanı sistemidir. Blok zinciri, çeşitli avantajları sebebiyle son zamanlarda önem kazanmış; akıllı sözleşmeler blok zincirinin üzerinde uygulanmaya başlanmıştır. Bu sayede akıllı sözleşmeler işlevlerini daha hızlı, güvenli ve az maliyetli olarak yerine getirmektedir.

Akıllı sözleşmelerin borçlar hukuku çerçevesinde işlevleri; geleneksel olarak kurulmuş bir sözleşmenin akıllı sözleşme aracılığıyla yürütülmesi veya bir sözleşmenin en başından itibaren akıllı sözleşme aracılığıyla kurulması ve daha sonra yürütülmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Akıllı sözleşme, gerek sözleşmenin kurulması, gerekse yürütülmesi aşamasında bu aşamaların doğal bir sonucu olarak irade ve bilgi açıklamalarında bulunmaktadır. Dolayısıyla akıllı sözleşmenin borçlar hukuku bakımından irade ve bilgi açıklaması oluşturma ve iletme işlevi de olduğu söylenebilir.

Geleneksel olarak kurulmuş bir sözleşmenin akıllı sözleşme aracılığıyla yürütülmesi bakımından karşılaşılan temel zorluk, sözleşme metninin program koduna çevrilmesidir. Ayrıca program kodundaki bir hatanın sonradan düzeltilmesi, tamamlanması veya uyarlanması imkânsızdır. Akıllı sözleşme aracılığıyla sözleşmenin yürütülmesindeki diğer bir zorluk ise Türk hukuku bakımından para borcunun kripto varlıklarla ödenmesi hususunda söz konusudur. Zira 16.04.2021 tarihli 31456 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik’e göre ödemelerde kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılmayacağı kabul edilmiştir.

Akıllı sözleşme aracılığıyla sözleşme kurulması durumunda bu sözleşme, TBK m. 1 uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulmaktadır. Akıllı sözleşmenin bu işlevinde, sözleşmenin kurulması için gerekli olan öneri ve kabul açıklamaları, bizzat akıllı sözleşme tarafından otomatik olarak oluşturulmaktadır. Akıllı sözleşme tarafından sözleşme kurmaya yönelik olarak oluşturulan irade açıklamasının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğu ise somut olayın koşullarına göre incelenerek tespit edilmelidir. Bir sözleşme akıllı sözleşme aracılığıyla kurulsu da, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ise veya konusu imkânsızsa kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca akıllı sözleşme aracılığıyla kurulan sözleşme, irade bozukluğu hâlleri sebebiyle iptal edilebilir.

Akıllı sözleşmelerin irade ve bilgi açıklaması oluşturma ve iletme işlevi, özel olarak incelenmesi gereken bir konudur. Bir akıllı sözleşmenin bütün fiilleri, otomatik şekilde oluşturulmuş iradeye dayanmaktadır. Bu işlevi bakımından akıllı sözleşme, otomatikleştirilmiş irade ve bilgi açıklaması üreten elektronik temsilcidir. Burada, kullanıcıların ve *Oracle*'ların işlediği somut bilgilerin, akıllı sözleşme tarafından irade ve bilgi açıklamasına dönüştürülmesi söz konusudur. Açıklanan irade, akıllı sözleşmenin kendi iradesi değildir. Dolayısıyla, oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının, temel sözleşmenin taraflarına atfedilmesi ve tarafları bağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir. Bu da ancak, otomatik olarak oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının, tarafların temel sözleşmede, uygulama sözleşmesinde ve varsa platform sözleşmesinde yer alan rıza beyanının kapsamı içerisinde kalması hâlinde mümkündür.

Geçerliliği adı yazılı şekil şartına ve resmî şekil şartına tâbi olan irade ve bilgi açıklamaları, blok zincirinin üzerinde oluşturulamayacağından, geçerlilik şekline tâbi işlemler TBK m. 12 uyarınca kesin hükümsüz olur. Bu sebeple geçerliliği herhangi bir şekle bağlı olan işlemler, blok zincirinin dışında şekle uygun olarak kurulduktan sonra blok zincirine aktarılarak yürütülebilir. Akıllı sözleşme tarafından oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının yorumlanması ihtiyacı doğduğunda yorumlama faaliyeti, geleneksel sözleşmelerin yorumlanmasında geçerli olan yorum kuralları ve yöntemlerine göre yapılmalıdır.

Akıllı sözleşme, kendisi bir sözleşme olmamakla birlikte sözleşmelerin kurulmasına, ifasına ve icrasına aracılık edebilen elektronik bir temsilcidir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun mevcut hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, akıllı sözleşmeler aracılığıyla kurulan veya yürütülen sözleşmelere uygulanabilir. Akıllı sözleşme aracılığıyla kurulan veya yürütülen sözleşmeler bakımından herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda çözüme ulaşmak için yine yargı mercilerine başvurmak gerekecektir. Yargı merci, gerekirse sözleşmeyi yorumlayacak, otomatik olarak oluşturulan irade ve bilgi açıklamalarının, ilgili kişilerin rızası kapsamında kalıp kalmadığını ve geçersizlik ya da iptal edilebilirlik sebeplerinin bulunup bulunmadığını inceleyecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun mevcut hükümleri, her ne kadar akıllı sözleşmeler aracılığıyla kurulan veya yürütülen sözleşmelere uygulanma bakımından yeterli olsa da, akıllı sözleşme teknolojisinin daha da geliştirilebilmesi ve güvenilirliğinin sağlanabilmesi için hukukî bir zemine

oturtulması gerekliliği inkâr edilemez. Bu noktada öncelikli ihtiyaç ise, söz konusu teknolojiye uzman olan hukukçuların varlığıdır.

KAYNAKÇA

- Akçaal M, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, 2014, XVIII(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 49-69.
- Akkurt S. S, “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Haziran 2019, Yıl 7, (13), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 39-59.
- Ayan M/Ayan N, Medeni Hukuka Giriş, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aydos O. S, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Beck B, “Bitcoins als Geld im Rechtssinne”, 2015, 68(9), NJW, s. 580-586.
- Cansel E/Özel Ç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Cornelius K, “Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten”, 2002, (6), MMR, s. 353-358.
- Çağlayan Aksoy P, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Çekin, M. S, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?”, 2019, 77(1), İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 315-341.
- Demir M, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Turhan Kitabevi, 2004.
- Eggen M, “Vertraege über digitale Waehrungen”, Jusletter 4.12.2017, <<https://jusletter.weblaw.ch>> Erişim tarihi: 15.02.2021.
- Erdoğan İ/Keskin A. D, Türk Medeni Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2017.

Furrer A, “Die Einbettung von Smart Contracts in das schweizerische Privatrecht”, in Schweizerischer Anwaltsverband (ed), Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, Staempfli Verlag AG, 2018, s. 103-115.

Glarner A/Meyer S. D, “Smart Contracts in Escrow-Verhaeltnissen”, Jusletter 4.12.2017, <<https://jusletter.weblaw.ch>> Erişim tarihi: 27.12.2020.

Guggenberger N, “Teil 13.7 Smart Contracts, ICOs und Datenschutz”, in Thomas Hoeren/Ulrich Sieber/Bernd Holznagel (eds), Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschaeftsverkehrs, Verlag C. H. Beck, 2020.

Haerting N, Internetrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008.

Heckelmann M, “Zulaessigkeit und Handhabung von Smart Contracts”, 2018, (8), NJW, s. 504-510.

Heckmann J/Kaulartz M, “Selbsterfüllende Vertraege-Smart Contracts: Quellcode als Vertragstext”, 2016, (24), Magazin für Computer und Technik (c’t), s. 138-140.

Kapancı K. B, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, in Eylem E. Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk (eds), Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 113-155.

Kaşak F. E, “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)”, 2019, XXIII(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 195-222.

Keskin A. D, “Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi”, Temmuz 2012, Yıl 3, (10), TAAD, s. 95-128.

Kianicka M. M, Die Agentenerklaerung: elektronische Willenserklaerung und künstliche Intelligenz als Anwendungsfall der Rechtsscheinhafung, Schulthess Verlag, 2012.

Kitz V, “Teil 13.1 Vertragsschluss im Internet”, in Thomas Hoeren/Ulrich Sieber/Bernd Holznagel (eds), Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschaeftsverkehrs, Verlag C. H. Beck,

2021.

Mehring J, “Vertragsabschluss im Internet-Eine neue Herausforderung für das “alte” BGB”, 1998, (1), MMR, s. 30-33.

Meyer S. D/Schuppli B, “«Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht”, 2017, (3), Recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, s. 204-224.

Möslein F, “Smart Contracts im Zivil- und Handelsrecht”, 2019, 183(2-3), ZHR, s. 254-293.

Müller-Hengstenberg C. D/Kirn S, “Intelligente (Software-) Agenten: Eine neue Herausforderung unseres Rechtssystems – Rechtliche Konsequenzen der “Verselbststaendigung” technischer Systeme”, 2014, (5), MMR, s. 307-313.

Müller C, “Die Smart Contracts aus Sicht des Schweizerischen Obligationenrechts”, 2019, 155(5), ZBJV, s. 330-352.

Müller C, BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Staempfli Verlag AG, 2018.

Müller L/Seiler R, “Smart Contracts aus Sicht des Vertragsrechts”, 2019, 27(3), AJP/PJA, s. 317-328.

Nakamoto S, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, s. 1-9, <https://www.usssc.gov/sites/default/files/pdf/training/annual-national-training-seminar/2018/Emerging_Tech_Bitcoin_Crypto.pdf> Erişim tarihi: 05.01.2021.

Nitschke T/Sester P, “Software-Agent mit Lizenz zum...?”, 2004, 20(7), CR, s. 548-554.

Oğuzman M. K/ Öz M. T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.

Paulus D, “Die automatisierte Willenserklärung”, 2019, (10), JuS, s. 960-965, (Kısaltılmışı: Willenserklärung).

Paulus D, “Was ist eigentlich...ein Smart Contract?”, 2020, (2), JuS, s. 107-108.

- Reisoğlu S, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmidördüncü Bası, Beta Yayıncılık, 2013.
- Sadioğlu F. C, Artırma Yoluyla Satış (Geleneksel Artırma Yoluyla Satış (TBK. m. 274-281) - İnternette Artırma Yoluyla Satış), On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Schawe N, “Blockchain und Smart Contracts in der Kreativwirtschaft - mehr Probleme als Lösungen? Einsatz von Blockchain-Anwendungen im Immaterialgüterrecht”, 2019, (4), MMR, s. 218-223.
- Schlund A/Pongratz H, “Distributed-ledger-technologie und Kryptowachrungen-eine rechtliche Betrachtung”, 2018, (12), DStR, s. 598-604.
- Schulz H, “Das macht Blockchain, Die Technik hinter Bitcoin & Co.”, 2017, (23), Magazin für Computer und Technik (c’t), s. 102-108, (Kısaltılmışı: Blockchain).
- Schulz H, “Vertrag denkt mit”, 2017, (23), Magazin für Computer und Technik (c’t), s. 108-114.
- Simmchen C, “Blockchain (R)evolution: Verwendungsmöglichkeiten und Risiken”, 2017, (3), MMR, s. 162-165.
- Spindler G, “BGB Vorbemerkung zu § § 116 ff.”, in Gerald Spindler/Fabian Schuster (eds), Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2019.
- Szabo N, “Smart Contracts”, <<https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>> Erişim tarihi: 24.12.2020.
- Szabo N, “Formalizing and Securing Relationships on Public Networks”, 1997, <<https://archive.is/i65kY>> Erişim tarihi: 24.12.2020.
- Tercier P/Pichonnaz P/Develioğlu H. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Uyumaz A, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, 2007, 9(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 907-930.

- Üstün E. S, TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler-Blokzincir Teknolojisi, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Voshmgir S, Blockchains, Smart Contracts und das Dezentrale Web, Eine Publikation der Technologiestiftung, 2016.
- Weber R. H, BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligationen, Band/Nr. VI.1.4, Art. 68–96 OR, 2. Auflage, Staempfli Verlag AG, 2005.
- Yelmen A, “Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi”, 2020, 28(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 265-294.
- Yıldırım A, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 2009, (Kısaltılmışı: Mesafeli).
- Yıldırım A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 12. Baskı, Monopol Yayınları, 2021, (Kısaltılmışı: Borçlar).
- Yıldırım M. F, Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, 1999.

LİNK VERME VE ESER SAHİBİNİN UMUMA İLETİM HAKKININ AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ

Ahunur AÇIKGÖZ*

ÖZ

Linkler, internetin etkin kullanımı açısından önemli ve temel bir araçtır. Linkin internet kullanıcılarını, eser korumasını haiz bir içeriğe ya da bu içeriğin yer aldığı bir sayfaya yönlendirdiği durumlarda, link verme eyleminin eser sahibinin umuma iletim hakkı ile ilişkisinin ne olması gerektiği oldukça tartışmalıdır. Özellikle, farklı link verme yöntemlerinin farklı sonuçlanması, eserin kaynak sayfada hak sahibinin rızası ile yer alıp almadığı, internette içeriğe erişimin site işleticileri tarafından her zaman engellenebilme ihtimalinin varlığı ve internetin kendine has diğer özellikleri link verme eyleminin umuma iletim hakkı bakımından yeknesak bir şekilde değerlendirilmesini güçleştirmektedir. Bu çalışmada link verme eylemi ile umuma iletim hakkı arasındaki ilişki öncelikle doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde ortaya konulacak, ardından ise konuyla ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları detaylı bir şekilde incelenecektir. Çalışmanın sonunda, doktrindeki görüş ve ilgili kararlar ışığında, internette farklı menfaatler arasındaki dengeyi gözetecek şekilde soruna ilişkin bazı çözüm önerileri sunulacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** İnternet, link verme, umuma iletim hakkı, erişilebilir kılma hakkı, yeni umum kriteri.*

EXAMINATION OF THE LINKING AND AUTHOR'S RIGHT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC IN THE LIGHT OF DECISIONS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT

Links are essential and fundamental instrument in terms of effective using of the internet. It is rather controversial that what should be the relation between linking and author's right of communication to the public where the link is directing internet user to the content which is a protected work or to the page in which the content is placed. Especially, different results of different technics of linking, whether the

* **Arş. Gör.**, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Ana Bilim Dalı/ESKİŞEHİR, e-posta: acikgozahu@gmail.com

ORCID: 0000-0002-8301-7072.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018887

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 05/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/10/2021

work is placed with the consent of the right holder on the source page, the possibility of web-site operators to prevention of accessibility of the content and other unique characteristics of the internet make it difficult to assess linking in a uniform way in terms of the right of communication to the public. In this study, firstly the relation between linking and the right of communication to the public will be revealed within the framework of the opinions in the doctrine, secondly relevant decisions of the Court of Justice of the European Union will be examined in detail. At the end of the study some solution proposals capable of striking a balance between various interests will be offered in the light of the opinions in the doctrine and relevant decisions.

Keywords: *Internet, linking, the right of the communication to the public, making available right, new public criterion.*

GİRİŞ

İnternet toplumun bilgiye erişimini kolaylaştıran, bilgi edinme ve ifade özgürlüğüyle yakından ilişkili bir ağ olmakla beraber eser korumasını haiz sınırsız sayıda içeriğe ev sahipliği yapmakta ve her gün bu içeriklerin sınırsız sayıda etkileşimini de mümkün kılmaktadır. Bu nedenle internet, eser sahiplerinin münhasır haklarının ihlaline yol açan eylemlerle de sık sık ilişkilendirilen bir ağ olarak karşımıza çıkmaktadır. İnternetin olağan ve kendisinden beklenen işlevi yerine getirecek şekilde kullanımının eser sahibinin münhasır haklarıyla kesiştiği durumlarda mevcut düzenlemelerin, dijital dünyada farklı menfaatler arasındaki dengeyi yeterince sağlayamadığı görülmektedir. Özellikle, gün geçtikçe, eserlerin internet aracılığıyla yeni kullanım şekillerinin ortaya çıkması fikir ve sanat eserleri hukukunu da bu gelişmeleri takip etmek ve mevcut düzenlemelerin izin verdiği ölçüde, farklı menfaatler arasında adil dengeyi koruyacak farklı çözümler üretmek zorunda bırakmaktadır.

Link verme eylemi ve umuma iletim hakkı arasındaki ilişki de dijital dünyada internetin yol açtığı, farklı menfaatlerin birbiriyle yarıştığı ve mevcut düzenlemelerin net bir çözüm sunamadığı tartışmalardan birini oluşturmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere, farklı ihtimallerde link verme eyleminin eser sahibinin umuma iletim hakkını ihlal edip etmediği konusundaki bazı uyuşmazlıklar Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın önüne taşınmış ve ABAD her bir uyuşmazlıkta somut olayın da özelliklerini dikkate alarak umuma iletim hakkı ve link verme eylemi arasındaki ilişkiye

yönelik farklı kriterler ortaya koymuştur. AB hukuku ve Türk hukukunda “erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkına” ilişkin yasal düzenlemelerin mehzazı aynı olduğundan, ABAD’ın tespitleri Türk hukuku açısından da önem arz etmektedir.

I. LİNK VERME EYLEMİ

A. Genel Olarak

İnternet; birbiriyle bağlantılı birçok sayıda dijital dokümandan, bir başka deyişle internet sayfalarından (*web page*)¹ meydana gelmektedir. Her bir internet sayfasının, Tekdüzen Kaynak Belirteci (*Uniform Resource Locator - URL*)² olarak adlandırılan bir adresi vardır. İnternette belirli bir dokümana erişim, her bir dokümanın URL’si vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Ancak URL’yi oluşturan karakterler fazla ve karmaşıktır, dolayısıyla bu karakterleri akılda tutmak zordur. İşte, internette yer alan linkler³, belirli bir dokümanın/ internet sayfasının URL’sine ihtiyaç duyulmaksızın sayfalar arasında geçiş yapabilmeyi sağlamaktadır⁴. Kullanıcı linke tıklamak suretiyle, internette belli bir içeriğin depolandığı sunucuda, bu içeriğin kendi bilgisayarına

¹ İnternet sayfası, internet sunucusunda depolanmış bir HTML (*HyperText Markup Language*) dokümanıdır. Bkz. Margaret Levine Young/Doug Muder/Dave Kay/Kathy Warfel/Alison Barrows, *Internet: The Complete Reference*, McGraw-Hill Publishing, 1999, s. 394. HTML, internet sayfaları oluşturmak üzere kullanılan standart işaretleme dili olup internet sayfalarının yapısını tanımlar. HTML hakkında detaylı bilgi için bkz. Levine Young/Muder/ Kay/Warfel/Barrows, s. 650.

² URL, internette mevcut bir kaynağı temsil eden bir dizi karakterden oluşur ve tipik olarak “http” harfleri ile başlar. Bkz. Alain Strowel/Vicky Hanley, “Secondary Liability for Copyright Infringement with Regard to Hyperlinks” in Alain Strowel (Ed.), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Edward Elgar Publishing, 2009, s. 72, dn. 6.

³ Link kelimesi ile eş anlamlı olmak üzere hiperlink (“*hyperlink*”) kelimesi de kullanılmaktadır. Bkz. Emanuela Arezzo, “Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What Future for the Internet After Svensson”, 2014, 45(5), *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, s. 524; Nicola Harvey, *Linking to a ‘New Public’: Parallels with the Principle of Exhaustion*, Lund University, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 13, <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=7451304&fileId=7451305>> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021.

⁴ Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), “Report and Opinion on the Making Available and Communication to the Public in the Internet Environment – focus on linking techniques on the Internet”, 2014, 36(3), *European Intellectual Property Review*, s. 153, <<https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021; Yavuz Selim Şener, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması*, Adalet Yayınevi, 2003, s. 115.

“gönderilmesine” yönelik bir talep oluşturmuş olur⁵.

Linkler internet kullanıcılarına, kural olarak, linkin yönlendirdiği internet sayfasının alan adını veya URL’sini oluşturan karakterler şeklinde görünür⁶. Ancak linklerin küçük bir resimden ya da- altı çizilmiş veya başka bir yöntemle vurgulanmış- kelimelerden oluşması da mümkündür⁷. Bu durumda internet kullanıcıları linkte, ilgili internet sayfasının URL’sini göremezler.

Linklerin temel işlevi internet kullanıcısının bir dokümandan başka bir dokümana geçişini sağlamak olup⁸ linkler, internet kullanıcıları ve site kurucuları açısından temel bir araç niteliğindedir⁹. Linklerin, internetin kullanımına temel katkısı; kullanıcının, internette yer alan bir dosyaya erişimini hızlandırmak ve böylece internet trafiğini de yavaşlatmaktır¹⁰. Bu açıdan linkler; internet kullanıcılarının, sayfanın URL’si aracılığıyla halihazırda zaten erişilebilecekleri bir içeriğe, erişimini kolaylaştırır. Aynı zamanda kullanıcılar bu linkler vasıtasıyla, aksi takdirde varlığından haberdar olamayacakları daha fazla internet sayfalarıyla da karşılaşmaktadırlar¹¹. Bu gibi işlevleri sebebiyle link verme eylemi, internetin hızlı ve etkin kullanımı açısından vazgeçilmez bir araç olarak görülmektedir¹². Linklerin, internetin etkin kullanımı için temel bir araç olarak değerlendirilmesinin yanı sıra, link verme eylemi,

⁵ ALAI, Report, s. 153.

⁶ Hasan A. Deveci, “Hyperlinks Citations, Reproducing Original Works”, 2011, 27(5), Computer Law & Security Review, s. 466.

⁷ Strowel/Hanley, s. 72; Deveci, s. 466; Ali Demirbaş, “Telif Hukukunda İnternet Linki ve Avrupa Adalet Mahkemesi’nin Svensson ve Bestwater Kararları”, 2018, 5(1), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 170.

⁸ Strowel/Hanley, s. 72.

⁹ Arezzo, s. 524. Örneğin, işlevselliğini link verme eyleminden alan arama motorları, kullanıcının arama motoruna yazdığı anahtar kelimelerle eşleşen internet sayfalarının linklerini sunmakta ve kullanıcı da yalnızca bu linklere tıklamak suretiyle istediği dokümana erişebilmektedir. Bkz. Arezzo, s. 524. Arama motorları, internette yer alan bilgileri toplar, sınıflandırır ve kullanıcının arama kriterleri ile eşleşen internet sayfalarının linklerinin listesini sunar. Bkz. Alexandre Cruquenaire, “Electronic Agents as Search Engines: Copyright Related Aspects”, 2001, 9(3), International Journal of Law and Information Technology, s. 328.

¹⁰ ALAI, Report, s. 153; Mustafa Aksu, “Avrupa Adalet Divanı’nın Bazı Kararları Işığında Link Vermeden Dolayı Sorumluluğun Umuma İletim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, 2019, 18(1), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 36.

¹¹ Deveci, s. 468.

¹² Peter, Mezei, “Enter the Matrix: The Effects of CJEU Case Law on Linking and Streaming Technologies”, 2016, 11(10), Journal of Intellectual Property Law&Practice, s. 778.

ABAD tarafından ifade ve bilgi edinme özgürlüğüyle de -dolaylı bir şekilde- bağlantılı görülmektedir. Buna göre; internet, bilgi edinme ve ifade özgürlüğü açısından özel bir önemi haizdir, linkler ise internetin düzgün işleyişine katkı sağlamaktadır¹³.

B. Link Verme Yöntemleri

1. İnternet Kullanıcısının -Açıkça- Farklı Bir İnternet Sayfasına Yönlendirildiği Linkler

a. Yüzeysel-Referans (*Surface-Reference*) Link

İnternet kullanıcısının tıklaması suretiyle aktifleşen yüzeysel linkler; kullanıcıyı, link veren internet sitesinden başka bir internet sitesinin ana sayfasına¹⁴ yönlendirmektedir¹⁵. Bu tür linklerde linkin tıklanması ile, kaynak sayfa¹⁶, kullanıcının ekranında yeni bir pencerede açılarak orijinal şekliyle yer almakta ve link veren sayfanın içeriği kullanıcının ekranından silinmektedir¹⁷.

b. Derin (*Deep*) Link

Derin linkin yüzeysel linkten tek farkı; linkin, internet sitesinin ana sayfasını atlayarak internet kullanıcılarını doğrudan sitenin alt/ikincil sayfalarına iletmesidir¹⁸. Bu durumun pratik anlamı ise internet kullanıcısının, çoğu durumda link veren sayfa tarafından bilinçli bir şekilde tercih edilmiş

¹³ Judgement of the Court (Second Chamber), 08.09.2016, Case C-160/15, GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker, para. 45, (GS Media kararı olarak anılacaktır); Judgement of the Court (Grand Chamber), 09.03.2021, Case C-392/19, VG Bild-Kunst v Stiftung Preußischer Kulturbesitz, para. 49, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (VG Bild-Kunst kararı olarak anılacaktır).

¹⁴ İnternet siteleri internet sayfalarından oluşur. Bir internet sitesinin ana sayfası ise bu internet sitesinin “giriş kapısı” olarak değerlendirilebilir. Ana sayfa, kullanıcıların sitede ilgilerini çeken sayfalara göz atmalarına yardımcı olur. Bkz. Levine Young/Muder/Kay/Warfel/Barrows, s. 394.

¹⁵ Strowel/Hanley, s. 73; Leyla A. İzmirli, İnternet Ortamında Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 186; Arezzo, s. 526; ALAI, Report, s. 153. Bu linkler ayrıca basit link olarak da adlandırılmaktadır bkz. İzmirli, s. 186; Tsoutsanis, s. 497.

¹⁶ Bu aşamadan itibaren internet kullanıcılarına link sağlayan internet sayfası “link veren sayfa”, linkin, kullanıcıları yönlendirdiği sayfa ise eser korumasını haiz içeriğin yer aldığı sayfa olduğundan ayrıca “kaynak sayfa” olarak da anılacaktır.

¹⁷ Strowel/Hanley, s. 72-73; Tsoutsanis, s. 497.

¹⁸ Arezzo, s. 526; ALAI, Report, s. 153; Tsoutsanis, s. 497; Devenci, s. 467; Cruquenaire, s. 330.

bir içeriğe, doğrudan yönlendirilmesidir¹⁹. Yine bu tür linklerde, internet kullanıcısı link veren internet sayfasının dahil olduğu internet sitesinden farklı bir internet sitesinin alt sayfasına yönlendirildiğinin farkında da olmayabilir.

2. Kaynak Sayfada Yer Alan İçeriğin, İnternet Kullanıcısının Halihazırda Aktif Olduğu -Link Veren- İnternet Sayfasına Dahilmişçesine Bir İzlenim Uyandırdığı Linkler

a. Gömülü (*Inline-Embedded*) Linkler

Gömülü linklerde, belirli bir internet sayfasında yer alan; resim, MP3 dosyası veya reklam afişi gibi dijital bir içerik link veren internet sayfasına “dâhil edilmekte”, farklı bir deyişle, “gömülmekte/yerleştirilmektedir”²⁰. Bu tür linklerde içerik, kaynak sayfadan link veren sayfaya “getirilerek”²¹ kullanıcının, linke tıklaması gerekmeksizin linkin yönlendirdiği içerik, tarayıcı tarafından otomatik olarak aktifleştirilir²². Şöyle ki; bu yöntemde, kullanılan HTML yapısı, tarayıcıya içeriğin başka bir internet sayfasından çekilmesi emrini vermekte ve kullanıcının tarayıcısında içerik, orijinal olarak yer aldığı internet sayfası aracılığıyla görüntülenmektedir²³. İnternet sayfasının muhatabı açısından gömülü linkler, içeriğin tek bir sayfaya dahil olduğu ve yine bu sayfada görüntülediği durumlarla aynı etkiyi doğurmaktadır²⁴.

b. Çerçeveleme (*Framing*)

Çerçeveleme olarak adlandırılan link verme yönteminde; kaynak sayfa, link veren sayfada bir “çerçeve” içerisinde -resim içinde resim varmış gibi- görünür²⁵. Bu yöntemde, linkin yönlendirdiği doküman yeni bir sayfada

¹⁹ ALAI, Report, s. 153.

²⁰ Strowel/Hanley, s. 73; Cruquenaire, s. 330; Arezzo, s. 526; ALAI, Report, s. 153.

²¹ Deveci, s. 467.

²² Sevilay Eroğlu, “İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, Beta Yayınevi, 2003, s. 213; Arezzo, s. 527; ALAI, Report, s. 153. Belirtmek gerekir ki otomatik olarak aktifleştirilmeden kasıt örneğin, bir videonun otomatik olarak oynatılması değildir. Linkin kullanıcı tarafından tıklanmasının gerekmemesi ile ifade edilmek istenen husus içeriğin otomatik olarak tarayıcı tarafından link verilen sayfaya dahil edilmesidir.

²³ Cruquenaire, s. 331.

²⁴ Opinion Of Advocate General Szpunar delivered on 10 September 2020, Case C-392/19, VG Bild-Kunst v Stiftung Preußischer Kulturbesitz, para. 10, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CC0392&from=EN>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (VG Bild-Kunst Hukuk Sözcüsü Görüşü olarak anılacaktır).

²⁵ Mezei, s. 779.

açılmaksızın, internet kullanıcılarının halihazırda buldukları sayfada, bir çerçeve içerisinde görüntülenebilmektedir²⁶. İnternet sayfasının pencerelere bölünmesi suretiyle çerçeve içerisinde sunulan içerik, başka bir internet sayfasının tamamı olabileceği gibi linkin yer aldığı HTML yapısına ``²⁷ unsuru eklenerek farklı bir internet sayfasında yer alan video, resim gibi münhasır içerikler de bu çerçeve içerisinde görüntülenebilir²⁸.

Esasında çerçeveleme, bir link verme yönteminden ziyade, internet sayfasında yer alacak olan içeriklerin ekranda ne şekilde görüntüleneceğini düzenleyen bir tekniktir²⁹. Nitekim, çerçeveleme tekniğinde internet sayfası önce çerçevelere ayrılmakta daha sonra sayfa işleticisinin amacına göre bu çerçevelere linkler yerleştirilmektedir³⁰. Çerçevelemede, kullanılan tekniğe göre kaynak sayfa otomatik olarak aktifleşmekte veya linkin çerçeve içerisinde aktif hale gelebilmesi için kullanıcının linke tıklaması gerekmektedir³¹. Bu açıdan internet sayfasının çerçevelere ayrılan kısımlarında uygun HTML kodlarının kullanılması sayesinde, otomatik olarak aktifleşen gömülü bir link de yer alabilir³².

Çerçeveleme yöntemini link verme yöntemleri açısından özellikli hale getiren husus, link veren sayfada kullanıcılara sunulan linklerin tıklanması ile, kaynak sayfanın veya içeriğin, linke tıklayan kişinin farklı bir internet sayfasına yönlendirilmesi gerekmeksizin, link veren sayfada bir çerçeve içerisinde görüntülenebilmesidir. Burada Google Görseller arama motoru

²⁶ Arezzo, s. 526.

²⁷ Bkz. https://www.w3schools.com/tags/tag_img.asp Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

²⁸ Philip A. Nicolosi, “Website External Links & Framing Legal Guide!”, <https://www.internetlegalattorney.com/website-external-links-framing-liability-guide/> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

²⁹ Deveci, s. 467.

³⁰ Bu yönde bir anlatım için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=MXuc4GjUvBc> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

³¹ Eroğlu, s. 214.

³² Nitekim esasında bu sebeple *Cavazos* ve *Miles* link verme türlerini otomatik olarak aktifleşen linkler (*auto-load links*) ve aktifleşmesi için kullanıcının tıklaması gereken linkler (*invoke-to-load links*) olarak sınıflandırmışlardır. Bkz. Edward A. Cavazos/Coe F. Miles, “Copyright on the WWW: Linking and Liability”, 1997, 4(2), *Richmond Journal of Law and Technology*, para. 6, <http://jolt.richmond.edu/jolt-archive/v4i2/cavazos.html> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021. Benzer şekilde *ALAI* de 2013 tarihli raporunda çerçeveleme tekniğinden bahsetmemiş, linkleri hipermetin linkler ve gömülü linkler olarak sınıflandırmıştır. Bkz. *ALAI*, Report, s. 153.

örnek olarak gösterilebilir³³. Google, aranan anahtar kelimeyle eşleşen görsellerin tıklanabilir linklerini küçük resimler şeklinde kullanıcıya sunmakta ve bu linklere tıklanmasıyla, içerik sayfanın sağ tarafında açılan bir çerçeve içerisinde yerleştirilmektedir³⁴. Gömülü linklerde ise içerik, kullanıcı tarafından tıklama eylemi gerekmeksizin doğrudan link veren sayfanın içerisine yerleştirilmektedir.

c. Dahili Çerçeveleme (*Inline Framing – Iframe*)

Dahili çerçeveleme olarak adlandırılan yöntemde; kullanıcılar, internet sayfasını çerçevelere ayırmak gerekmeksizin içeriği doğrudan sayfanın içerisine ve kendi istedikleri bir konuma yerleştirebilme imkânına sahiptirler³⁵. Teknik anlamda çerçeveleme olmakla birlikte³⁶ dahili çerçevelemede içerik, internet sayfasının ayrılmaz bir parçası olarak görüntülenir³⁷.

Dahili çerçevelemede de link internet sitesi işleticisinin amacına göre şekillendirilebilir. Buna göre, kullanıcılara sunulan tıklanabilir bir linkin aktifleştirilmesi ile, kaynak sayfa *iframe* içerisinde görüntülenebileceği gibi *iframe* içerisinde yer alacak olan içerik, tarayıcı tarafından otomatik olarak da aktifleştirilebilir³⁸. Dahili çerçevelemede, klasik çerçevelemenin aksine internet sayfası farklı bölümlere ayrılmadığından bu yöntem gömülü linklerde olduğu gibi içeriğin doğrudan sayfaya yerleştirilmesiyle daha yakından ilişkili bir yöntem olarak görülmektedir³⁹. Nitekim günümüzde sosyal medya platformlarının, bünyelerinde yer alan içeriklerin *iframe* yoluyla başka internet

³³ Demirbaş, s. 171; Aksu, s. 47.

³⁴ Bkz. <<https://images.google.com/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021. Google da dahil olmak üzere görsel arama motorlarının özellikleri ve bu arama motorlarının fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından değerlendirildiği detaylı bir inceleme için bkz. Özge Öncü, “Fikrî Hak İhlalleri Bakımından İnternet ‘Görsel’ Arama Motorları”, 2008, 10(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 95 vd.

³⁵ Bkz. <<https://html.com/tags/iframe/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

³⁶ Bu tespit için bkz. <<https://www.plagiarismtoday.com/2021/03/23/rethinking-embedding-and-framing/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

³⁷ Bu konuda bkz. <<https://html.com/tags/iframe/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021. Somut bir örnek için bkz. <<https://www.youtube.com/watch?v=9YffrCViTVk&t=6s>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

³⁸ Somut bir örnek için bkz. <<https://www.youtube.com/watch?v=brMaOyrO7KM>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

³⁹ Jonathan Bailey, “Rethinking Embedding and Framing”, (23.03.2021), <<https://www.plagiarismtoday.com/2021/03/23/rethinking-embedding-and-framing/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

sayfalarına doğrudan yerleştirilmesine imkân veren linkleri kullanıcılarına sağladığı görülmektedir⁴⁰.

Bu açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki hem dahili çerçevelenmede hem klasik çerçevelenmede hem de gömülü linklerde link veren sayfanın başlığı ve adresi, kaynak sayfanın başlığı ve adresiyle yer değiştirmez⁴¹ ve kaynak sayfa, link veren sayfanın kendi yapısı içerisinde görüntülenir⁴². Yine hem çerçeveleme hem de gömülü linkler, açıkça farklı bir sayfaya yönlendirilmeyen kullanıcıda -özellikle linklerin otomatik olarak aktifleştirildiği durumlarda- kaynak sayfanın, link veren sayfaya dahil olduğu izlenimini uyandırmaktadır⁴³.

C. Link Verme Eylemi ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku

İnternetin etkin kullanımı için linkler vazgeçilmez teknolojik araçlar olarak karşımıza çıkmakta iken link verme eyleminin, eser sahibinin mali ve/veya manevi hakları açısından ihlâllere yol açabileceği endişesi de mevcuttur. Nitekim linkler, internet kullanıcılarını esas olarak internet sayfalarına yönlendirmekle birlikte, bu internet sayfalarında bir video klip, resim, ses kaydı gibi 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)⁴⁴ korumasını haiz bir eserin bulunması mümkündür⁴⁵. Linkin; internet kullanıcıını, üçüncü bir kişinin mali ve/veya manevi haklarına sahip olduğu video, resim, müzik gibi FSEK kapsamında eser olarak korunan dijital içeriklere yönlendirme ihtimalinin varlığı link verme eyleminin fikir ve sanat eserleri hukuku açısından değerlendirilmesini gerektirmiştir. Özellikle linkler, hak sahibinin rızası olmaksızın kaynak sayfada yer alan eser korumasını haiz içeriklere erişimi ve dolayısıyla bunların çoğaltılmasını kolaylaştırdığından⁴⁶, fikir ve sanat eserleri hukuku açısından bir tehdit olarak algılanmaktadır⁴⁷. Bu itibarla, internet kullanıcılarının link verme imkânının eser üzerindeki haklarla

⁴⁰ *Instagram*'ın sunduğu bu hizmet için bkz. <<https://about.instagram.com/blog/announcements/introducing-web-embedding-instagram-content-on-websites>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021. *Youtube* tarafından sunulan bu hizmet için bkz. <<https://support.google.com/youtube/answer/171780?hl=en>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

⁴¹ Strowel/Hanley, s. 73.

⁴² Tsoutsanis, s. 497.

⁴³ Tsoutsanis, s. 497; Eroğlu, s. 213-214; Strowel/Hanley, s. 73.

⁴⁴ RG. 13.12.1951, S. 7981.

⁴⁵ Tsoutsanis, s. 496.

⁴⁶ Mezei, s. 778; Deveci, s. 468.

⁴⁷ Deveci, s. 468.

kontrolünün mümkün olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.

Linkin kullanıcıyı, üçüncü kişilere ait bir esere yönlendirdiği durumlarda örneğin; özellikle derin link, çerçeveleme ve gömülü linklerde eser korumasını haiz bir içeriğin gerçek kaynağı internet kullanıcılarına görünür olmadığı hallerde FSEK m. 15'te düzenlenen eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının ihlali gündeme gelebilir⁴⁸. Aynı şekilde, linkin yönlendirdiği içerik, kullanılan yöntem sebebiyle değişikliğe uğramışsa FSEK m. 16'da düzenlenen eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkının ihlali gündeme gelebilir⁴⁹. Yine link verme eyleminin, eser sahibinin mali haklarından olan işleme hakkı ve çoğaltma hakkını ihlal edip etmediği de tartışılabilir⁵⁰.

Belirtilen durumlarda, link verme eyleminin doğrudan kendisi eser sahibinin münhasır haklarının ihlaliyle sonuçlanmamaktadır. Burada somut olayın özelliklerine ve de özellikle link verme türlerine göre, link verme eyleminin dolaylı sonuçları, eser sahibinin münhasır haklarının ihlaline yol açmaktadır. Farklı bir deyişle, *anılan münhasır haklar açısından*, ihlale yol açan husus linkin verilmesi değil, link verilmesinin dolaylı bir sonucu olarak eser sahibinin adının belirtilmemesi, eserin değişikliğe uğraması, çoğaltılması veya işlenmesidir. Özellikle internette gerçekleştiriliyor olması ve oldukça geniş bir kitle olarak değerlendirilebilecek internet kullanıcılarına yönelik bir eylem olması sebebiyle, link verme eyleminin doğrudan kendisinin ilgili olduğu hak, umuma iletim hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, link verme eyleminin doğrudan bir sonucu olarak, internet kullanıcılarının

⁴⁸ Bkz. Tekin Memiş, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin Yayınevi, 2002, s. 136; Tekin Memiş, "Fikri Hukuk Bakımından Link ve Frame Verilmesi", 2011, 22(2), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 400 vd.; Arezzo, s. 527; İzmirli, s. 188; Eroğlu, s. 230; Veysel Başpınar/Doğan Kocabay, İnternette Fikri Hakların Korunması, Yetkin Yayınevi, 2007, s. 163 vd.

⁴⁹ Eroğlu, s. 231; Başpınar/Kocabay, s. 163 vd.; European Copyright Society, Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 6/2013, (15.02.2013), s. 14, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220326> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (ECS Görüşü olarak anılacaktır).

⁵⁰ Link verme eyleminin, özellikle eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlal edip etmediği konusunda görüş birliği yoktur. Bu konuda bazı görüş ve açıklamalar için bkz. Mezei, s. 780; Eroğlu, s. 223 vd.; Jessica Litman, Digital Copyright, Prometheus Books, 2006, s. 163; Tim Berners Lee, "Links and Law: Myths", (Nisan 1997), <<https://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021; Cruquenaire, s. 330; Memiş, Müzik, s. 135 vd.; Memiş, Link, s. 404 vd.; Başpınar/Kocabay, s. 157 vd.; İzmirli, s. 186 vd. Link verme ve işleme hakkı arasındaki ilişki bakımından bazı açıklamalar için bkz. Memiş, Link, s. 402 vd.

linkler vasıtasıyla esere erişiminin kolaylaştırılması, eser sahibinin münhasır haklarından umuma iletim hakkının, özellikle erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkının tartışılmasını gerektirmektedir.

Link verme eylemi, bireylerin interneti kullanımını kolaylaştırmak ve hukuk tarafından açıkça yasaklanmamış olmakla beraber; internet kullanıcılarının, bu imkânı kullanmalarını engelleyecek müdahaleleri etkisiz kılacak olan herhangi bir “link verme hakkından” söz edilebilmesi de mümkün değildir⁵¹. Bu nedenle, ilk bakışta, link verme eyleminin eser sahibinin münhasır bir hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi durumunda bu eylemin doğrudan yasaklanabileceği akla gelebilir. Ancak ne var ki, linklerin internetin yapısı ve işlevselliği açısından önemli bir role sahip olması⁵² nedeniyle böylesi bir sonuca ulaşmak çok da basit değildir. Link verme eylemi, fikir ve sanat eserleri hukuku açısından değerlendirilirken farklı menfaatler arasında kurulacak adil bir dengenin gözetilmesi zorunludur⁵³. Çünkü, eser sahipleri ve eserden faydalanan toplum üyelerinin menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması fikir ve sanat eserleri hukukunun temel amaçlarından biridir⁵⁴. Bu açıdan; link verme, eser sahibinin belirli münhasır haklarıyla ilişkili olsa dahi, internetin etkin ve düzgün kullanımı ve kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi açısından linklerin vazgeçilmez bir araç olması, bireylerin internet kullanımındaki menfaatlerinin de ayrıca dikkate alınmasını gerektirmektedir. Zira, bilginin yayılmasını hızlandıran ve kolaylaştıran internetin temel yapısını oluşturan linkler, toplumun eserlere kolayca erişimine de hizmet etmektedir. Esere erişim ise fikir ve sanat eserleri hukukunun temelinde yer alan kavramlardan birisidir⁵⁵.

⁵¹ Toby Headdon, “An Epilogue to Svensson: The Same Old New Public and the Worms That Didn’t Turn”, 2014, 9(8), *Journal of Intellectual Property Law&Practice*, s. 662.

⁵² Arezzo, s. 524.

⁵³ Headdon, s. 662; Mezei, s. 778.

⁵⁴ Erdem Türkekul, “İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” in Yeşim M. Atamer (Derl.), *İnternet ve Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 565.

⁵⁵ Georgia Jenkins, “An Extended Doctrine of Implied Consent – A Digital Mediator?”, 2021, 52, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, s. 708, <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-021-01024-2.pdf>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

I. UMUMA İLETİM HAKKI

A. Umuma İletim Hakkına İlişkin Hukuki Düzenlemeler

1. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Telif Hakları Anlaşması (*WIPO Copyright Treaty-WCT*)⁵⁶ m. 8

Eser sahiplerinin umuma iletim hakkına ilişkin temel düzenleme WCT m. 8’de yer almaktadır. WCT m. 8’e göre, edebiyat ve sanat eserleri sahipleri umum üyelerinin, kendi seçtikleri yer ve zamanda esere erişebilmelerinin sağlanması da dahil olmak üzere, eserlerinin kablolu veya kablosuz bir şekilde umuma iletilmesi konusunda münhasır hak sahibidirler.

WCT m. 8’de yer alan bu metnin parçalı bir şekilde incelenmesinde fayda vardır. Maddenin Türkçe çevirisinin, “eserlerinin kablolu veya kablosuz bir şekilde umuma iletilmesi” şeklinde ifadesini bulan ikinci kısmında (orijinal metnin ilk kısmında) geleneksel anlamda umuma iletim hakkı düzenlenmiştir⁵⁷. Geleneksel anlamda umuma iletim hakkı, daha çok bir yerden diğer bir yere kablolu veya kablosuz eş zamanlı iletimleri (örneğin; radyo veya televizyon yayınları, kablo servisleri, uydu aracılığıyla gerçekleştirilen iletimler) kapsamaktadır⁵⁸.

Maddenin, “kendi seçtikleri yer ve zamanda esere erişebilmelerinin sağlanması” şeklinde ifadesini bulan ilk kısmında (orijinal metnin ikinci kısmında) ise geleneksel umuma iletim hakkından farklı olarak “erişim sağlama

⁵⁶ Anlaşma metni ve üye ülkeler için bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>. WCT ile birlikte WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması (*WIPO Performances and Phonograms Treaty-WPPT*), “İnternet Anlaşmaları” olarak adlandırılmaktadırlar. Bkz. Başpınar/Kocabey, s. 54. Türkiye’nin, 02.05.2007 tarihli ve 5646 sayılı Kanunla WPPT’ye, yine aynı tarihli 5647 sayılı Kanunla WCT’ye katılması uygun bulunmuştur. 14.05.2008 tarihli, 26876 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2008/13579 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile İnternet Anlaşmaları olarak bilinen WCT ve WPPT ülkemiz açısından yürürlüğe girmiştir.

⁵⁷ Mihaly J. Ficsor, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Right Terms*, WIPO, 2003, s. 210; Jörg Reinbothe/ Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty Commentary and Legal Analysis*, Butterworths LexisNexis Yayınları, 2002, s. 109.

⁵⁸ Ficsor, 2003, s. 208; İbrahim Emre Bayamloğlu, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma*, On İki Levha Yayınları, 2008, s. 158.

yoluyla umuma iletim hakkı⁵⁹ (*making available right*) düzenlenmiştir⁶⁰. Söz konusu hak; eserlerinin, internet veya gelecekte ortaya çıkacak benzer dijital ağlar aracılığıyla iletimleri bakımından eser sahiplerine münhasır bir hak tanınması gerekliliği sonucu ortaya çıkmış bir haktır⁶¹. Umuma iletim hakkını genişletmek suretiyle kaleme alınan bu hakka göre, eser sahipleri eserlerinin dijital alanda iletimlerine izin vermek veya yasaklamak konusunda münhasıran hak sahibidirler⁶². Doktrinde, bu hakkın, WCT'nin en önemli başarılarından biri olduğu ifade edilmektedir⁶³.

2. AB Hukuku

AB hukukunda umuma iletim hakkına ilişkin temel düzenleme, Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına Dair 2001/29 sayılı Direktif⁶⁴ m. 3'te yer almaktadır. 2001/29 sayılı Direktif m. 3/1'e göre, *“Üye devletler, eser sahiplerine, umum üyelerinin, kendi seçtikleri yer ve zamanda esere erişebilmelerinin sağlanması da dahil olmak üzere, eserlerinin kablolu veya kablosuz bir şekilde umuma iletilmesine izin verme veya yasaklama konusunda münhasır bir hak tanımalıdır.”* Anılan düzenlemenin mehzamını WCT m. 8 oluşturmaktadır⁶⁵. 2001/29 sayılı Direktif

⁵⁹ “*Making available right*” olarak ifade edilen bu hakkın Türkçe literatürde farklı şekillerde adlandırıldığı görülmektedir. Ateş tarafından bu hak, “erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı”, Bozbel tarafından “umuma erişilebilir kılma” hakkı, Nal ve Suluk tarafından ise “umuma erişimi sağlama hakkı” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Mustafa Ateş, “Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı ya da ‘E-Haklar’: FSEK’in 25. Maddesine Dair Genel Bir Değerlendirme”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 31; Savaş Bozbel, “Fikri Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması (FSEK m. 25/II)”, Haluk Konuralp Anısına Armağan (Cilt 3), Yetkin Yayınları, 2009, s. 198; Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 100. Bu çalışmada, “erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı” ifadesi tercih edilmiştir.

⁶⁰ Reinbothe/von Lewinski, s. 109.

⁶¹ Ficsor, 2003, s. 207.

⁶² Sam Ricketson/Jane C. Ginsburg, International Copyright and Neighbouring Rights (Vol. I), 2. Baskı, Oxford University Press, 2006, s. 747.

⁶³ Ricketson/Ginsburg, s. 746.

⁶⁴ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. OJ. L. 167/10-19, 22.06.2001 (2001/29 sayılı Direktif olarak anılacaktır).

⁶⁵ Bu konuda bkz. Judgement of the Court (Third Chamber), 15.03.2012, Case C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso, para. 72, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021; Eleonora Rosati, “Linking and Copyright: Easier at Last? First National Applications of the CJEU GS Media Judgement” in Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougoux, Christiana Markou, Thalia Prastitou (Eds.),

de tıpkı WCT’de olduğu gibi; eserin, kişilerin kendi seçtikleri yer ve zamanda erişilebilir kılınmasını, daha genel bir hak olan umuma iletim hakkının bir alt başlığı olarak düzenlemiştir⁶⁶.

3. Türk Hukuku

Hukukumuzda umuma iletim hakkı FSEK m. 25’te düzenlenmiştir. FSEK m. 25/1-2’ye göre, “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.*”

FSEK m. 25 kapsamında “umuma iletim hakkı” başlığı altında birden fazla hak düzenlenmiştir. FSEK m. 25’in, (1) eserin radyo ve televizyon gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla yayınlanması veya iletilmesi, (2) yayın kuruluşları tarafından yapılan yayın veya iletimin bir başka yayın kuruluşu tarafından yeniden yayını veya iletimi, (3) eserin gerçek kişilerin seçtiği yer ve zamanda erişilebilir kılınması olmak üzere üç farklı yetkiyi içerdiği ifade edilmektedir⁶⁷. Bu bağlamda bu madde kapsamında FSEK m. 25/1 ile eser sahibinin “yayın hakkı” veya “iletim hakkı”, “yeniden yayın hakkı” veya “yeniden iletim hakkı”, FSEK m. 25/2 ile ise erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı düzenlenmiştir⁶⁸.

FSEK m. 25/1’de yukarıda açıklandığı şekilde geleneksel anlamda umuma iletim hakkının düzenlendiği, FSEK m. 25/2’de ise WCT’nin en önemli başarısı olarak addedilen, dijital alanda gerçekleştirilen eylemler

EU Internet Law in the Digital Era, Springer Yayınları, 2020, s. 62.

⁶⁶ ALAI, Report, s. 150.

⁶⁷ Ateş, s. 31.

⁶⁸ Ateş, s. 31. Bununla birlikte *Bozbel*, bu üç hakka ek olarak FSEK m. 25/2’nin ilk cümlesinde yer alan, eserin telli veya telsiz araçlarla satışının da madde kapsamında ayrı bir hak olarak düzenlendiğini ifade ederek umuma iletim hakkını toplam dört başlık altında incelemiştir. *Bozbel*, s. 196.

bakımından tanınmış olan münhasır hakkın iç hukuka aktarıldığı görülmektedir. Nitekim doktrinde, FSEK m. 25/2 hükmünün, özellikle internet aracılığıyla gerçekleştirilen iletiler bağlamında hak sahibine münhasır bir hak tanıyan WCT m. 8 hükmünden esinlendiği ifade edilmiştir⁶⁹.

B. İnternet, Link Verme Eylemi ve Umuma İletim Hakkı

Yukarıda anılan maddelerde ifadesini bulan “kişilerin kendi seçtikleri yer ve zamanda esere erişiminin sağlanması” ile temel olarak internetin düzenlenilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir⁷⁰. Ancak internette gerçekleştirilen her eylemin, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Zira eserin, internet üzerinden önceden belirlenmiş bir zamanda ve eş zamanlı olarak umuma iletilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, kişilerin esere kendi seçtikleri yer ve zamanda erişebilmeleri mümkün olmadığı için, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkından da söz edilemeyecektir⁷¹.

Eser, eş zamanlı değil ancak kişilerin, kendi seçtikleri bir yer ve zamanda esere erişebilecekleri şekilde internette hazır bulunduruluyorsa artık erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkından söz edilecektir. Eserin umuma bu şekilde iletimi “isteğe bağlı iletiler” olarak adlandırılmaktadır⁷². Bu tür iletiler bakımından ilgili hakkın uygulanabilmesi için, topluluk üyelerinin esere erişim sağlayıp sağlamadığı veya ne sıklıkla erişim sağladığının herhangi bir önemi yoktur⁷³. Nitekim, erişim sağlama eylemi esas olarak eserin, umum üyelerinin erişimi için sunulmasını kapsamakta⁷⁴ ve söz konusu hak, gerçek bir iletimin gerçekleşmiş olması durumunda⁷⁵, iletim işleminin

⁶⁹ Suluk/Karasu/Nal, s. 100; Ateş, s. 33; Başpınar/Kocabey, s. 129.

⁷⁰ Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, 2008, s. 390; ALAI, Report, s. 151.

⁷¹ Reinbothe/von Lewinski, s. 109.

⁷² J.A.L. Sterling, World Copyright Law, 3. Baskı, Sweet & Maxwell Yayınevi, 2015, s. 477; Ricketson/Ginsburg, s. 746.

⁷³ ALAI, Report, s. 150.

⁷⁴ Ricketson/Ginsburg, s. 747; ALAI Report, s. 150. Nitekim WCT m. 8'in orijinal metninde yer alan “*may access*” ifadesi, bir ihtimali belirtmekte olup umum üyelerinin esere gerçek anlamda erişiminin daha sonraki bir zamanda gerçekleşebileceği veya hiçbir zaman gerçekleşmeyebileceğini göstermektedir. Bkz. Jane C. Ginsburg, “Hyperlinking and ‘Making Available’”, 2014, 36(3), European Intellectual Property Review, s. 147. Dolayısıyla bu hakkın uygulanabilmesi için eserin, umum üyelerinin esere erişimine imkân verecek şekilde sunulması yeterlidir.

⁷⁵ Bu ifade ile kastedilen, eserin umum üyelerinin kendi seçtikleri yer ve zamanda

tamamı bakımından uygulanacak şekilde genişlemektedir⁷⁶.

Link verme eyleminin internet aracılığıyla gerçekleştiriliyor olması, bu eylemin her durumda FSEK m. 25/2’de düzenlenen erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamına *dahil olabileceği* anlamına gelmez. Çünkü, yukarıdaki açıklamalardan hareketle, link verme eylemi umum üyelerinin kendi seçtikleri bir yer ve zamanda esere erişebilmelerini mümkün kılıyorsa erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilebilecektir⁷⁷. Aksi takdirde; örneğin, linkin umum üyelerini canlı bir yayına yönlendirdiği durumlarda artık erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkından değil geleneksel anlamda bir umuma iletim hakkından söz edilebilir^{78 79}. Her iki durumda da link verme eylemi esasen umuma iletim hakkı kapsamında *değerlendirilebilir* olduğundan bu sonucun hukukumuz açısından pratik olarak bir öneminin olmadığı söylenebilse de bu açıklamalar link verme eylemini, FSEK kapsamında umuma iletim hakkı çerçevesinde değerlendirmeye elverişli hükümlerin varlığını göstermektedir.

II. LİNK VERİLMESİ ESER SAHİBİNİN UMUMA İLETİM HAKKINI İHLAL EDER Mİ?

A. Doktrinde Yer Alan Bazı Görüşler

Eser korumasını haiz bir içeriğe yönlendiren linklerin, eser sahibinin umuma iletim hakkını, özellikle erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkını

erişebilecekleri şekilde sunumuna ek olarak eserin belirli bir internet kullanıcılarına iletilmiş durumlarıdır.

⁷⁶ Reinbothe/von Lewinski, s. 108.

⁷⁷ Tsoutsanis, s. 505; Ginsburg, EIPR, s. 148; Mezei, s. 780.

⁷⁸ ABAD C-279/13 sayılı kararında, canlı bir televizyon yayına yönlendiren linkin, umum üyelerinin kendi seçtikleri yer ve zamanda bu yayını izleyebilmelerinin mümkün olmaması sebebiyle, 2001/29 sayılı Direktif m. 3/2’de, bağlantılı hak sahiplerine tanınan erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı ile bir ilgisi olmadığına karar vermiştir. Bkz. Judgement of the Court (Fourth Chamber), 26.03.2015, Case C-279/13, C More Entertainment AB v Linus Sandberg, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021.

⁷⁹ FSEK m. 25/1’de yayın kuruluşları vasıtasıyla gerçekleştirilen iletimler düzenlendiği için, yukarıda anıldığı şekilde gerçekleşen bir link verme eylemi, ancak FSEK m. 25/2’nin birinci kısmı kapsamında (“*eser sahibi eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının ... diğer biçimlerde umuma ... sunulmasına ... izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.*”) değerlendirilebilir. Anılan fıkranın anılan kısmının yayın kuruluşları haricinde gerçekleştirilen iletimleri kapsadığı hususunda bkz. Levent Yavuz/Türkey Alıca/Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu (Cilt 2), 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2014 s. 1049.

ihlal edip etmeyeceğine yönelik doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

1. Link Verme Eylemiyle Umuma İletim Hakkı Arasında İlişki Kurulamayacağına Yönelik Görüşler

Bir kısım yazara göre, link verme eyleminin (kullanılan link verme yöntemi ne olursa olsun) eser sahibinin umuma iletim hakkıyla bir ilgisinin kurulabilmesi mümkün değildir⁸⁰. *Strowel* ve *Hanley*'e göre; eser, kaynak sayfada halihazırda zaten tüm internet kullanıcılarının erişimine sunulmuş durumdadır, dolayısıyla link verme eylemi yeni bir erişim sağlama eylemi olarak değerlendirilemez⁸¹. Ayrıca link, eserin hitap ettiği kullanıcı kitlesini de genişletmeyecektir. Çünkü, link aracılığıyla esere erişen kullanıcılar, zaten sayfanın URL'si aracılığıyla doğrudan esere erişim imkânına sahiptirler⁸². Benzer şekilde *Litman*'a göre de linkler, yalnızca internette yer alan bir dosyanın yer bilgisini içeren kodlardır ve atıf yapılan kaynağa ulaşmayı kolaylaştıran dipnotlara (*footnote*) benzetilebilirler⁸³. Toplum üyelerinin ise, bir esere hak sahibinin rızası olmaksızın atıf yapma/göndermede bulunma hakkı her zaman mevcuttur⁸⁴. Eserin, kaynak sayfada, hak sahibinin rızası olmaksızın yer alıyor olması da farklı bir sonuca ulaşmayı gerektirmez. Çünkü, hukuka aykırı bir içeriğe atıf yapan bir dipnot hak sahibinin eser üzerindeki haklarının ihlali anlamına gelmez⁸⁵.

Avrupa Telif Hakları Topluluğu (*European Copyright Society-ECS*) tarafından yayımlanan 2013 tarihli raporda da link verme eyleminin erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Her şeyden önce link oluşturmak, umuma iletimin (*communication*) öncelikli şartı olarak eserin iletimini (*transmission*) içermemektedir. ECS'nin de linkleri işlevsel açıdan yalnızca dipnot olarak değerlendirme görüşünü benimsediği görülmektedir⁸⁶. Bu açıdan ECS'ye

⁸⁰ Eroğlu, s. 227; *Strowel/Hanley*, s. 81; *Litman*, s. 163; *Tanya Aplin, Copyright Law in the Digital Society*, Hart Publishing, 2005, s. 151; ECS Görüşü, s. 2 vd.; *Memiş, Link*, s. 409; *Stavroula Karapapa, "The Requirement for a 'New Public' in EU Copyright Law"*, 2017, 42(1), *European Law Review*, s. 28, <<http://repository.essex.ac.uk/28785/9/SSRN-id3047062.pdf>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021; *Demirbaş*, s. 178-181.

⁸¹ *Strowel/Hanley*, s. 81.

⁸² *Strowel/Hanley*, s. 81.

⁸³ *Litman*, s. 163. Bu görüş isabetli bir şekilde eleştirilmiştir. Bkz. *Tsoutsanis*, s. 497.

⁸⁴ *Litman*, s. 183. Linkleri dipnotlara benzeten bir başka görüş için bkz. *Headdon*, s. 663.

⁸⁵ *Litman*, s. 183.

⁸⁶ ECS Görüşü, s. 1.

göre, link eserin iletimini içermemekte, yalnızca eserin internetteki konuma ilişkin bir bilgi sunmaktadır, ki kullanıcının bu bilgi aracılığıyla esere erişip erişmeyeceği kendi tercihine kalmıştır⁸⁷.

ECS'nin linklerin, iletim şartını sağlamadığı görüşü doktrinde eleştirilmiştir⁸⁸. Gerçekten de yukarıda da belirtildiği üzere, erişim sağlamaya yoluyla umuma iletimin gerçekleşmesi için iletim eyleminin gerçekleşmiş olması şart değildir. Yalnızca eserin sunumu, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkının varlığı için yeterli olacağından gerçek anlamda bir iletimin gerçekleşmediği iddiasıyla link verme eyleminin erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkını oluşturmadığı görüşü isabetsizdir.

2. Link Verme Eylemini Umuma İletim Hakkı Kapsamında Bir Eylem Olarak Değerlendiren Görüşler

Link verme eylemini umuma iletim hakkı kapsamında değerlendiren bazı yazarlar, içeriğin başka bir sayfada mı yoksa linki veren internet sayfasında mı görüntülediğine göre bir ayırım yapmaktadırlar. Bu yazarlara göre, yüzeysel ve derin linkler dışındaki link verme yöntemlerinde eser link veren sayfada görüntüleneceğinden bu linklerin, hak sahibinin erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkını ihlal ettiği kabul edilmelidir⁸⁹.

Ginsburg ve Ricketson'a göre ise, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı; eserin, internet üzerinden doğrudan sunumuna ek olarak, link verme eyleminde olduğu gibi, dolaylı sunumlarına da uygulanabilecek anlamda geniş kapsamlı bir haktır⁹⁰. Yazarlar, link verme ve umuma iletim hakkı arasındaki bağlantıyı tespit ederken WCT m. 8'de yer alan "kendi seçtikleri yer" ifadesini yorumlamışlardır. Burada "yer" ifadesinin akla gelen ilk anlamı – örneğin, bir araba, ev veya internet kafe gibi – umum üyelerinin bulunduğu konumlardır. Ancak bu ifade ayrıca, esere erişim için etkileşime geçilen yer (*networked place*), örneğin bir internet sayfası, olarak da yorumlanabilir⁹¹. Bu itibarla, umum üyesinin farklı bir internet sayfasına yönlendirildiğinin farkında olduğu durumlarda (yüzeysel veya derin link), kullanıcının esere erişim için tercih ettiği yer, kaynak sayfa olacağından bu durumda umuma iletim eyleminin

⁸⁷ ECS Görüşü, s. 8.

⁸⁸ Tsoutsanis, s. 498 vd.

⁸⁹ Memiş, Müzik, s. 134 vd.; Başpınar/Kocabey, s. 157 vd.

⁹⁰ Ricketson/Ginsburg, s. 747.

⁹¹ Ricketson/Ginsburg, s. 748.

ilk sayfaya ilişkisinin kurulma ihtimali daha zayıftır⁹². Ancak, açıkça farklı bir sayfaya yönlendirilmediği durumlarda (çerçeveleme veya gömülü link), kullanıcının esere erişim için tercih ettiği sayfa, etkileşime geçmeyi tercih ettiği ilk sayfa olacağından bu tür linkler erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında⁹³.

ALAI'nin 2014 tarihli görüşünde de link verme eylemiyle erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı arasında doğrudan bir ilişki kurulduğu görülmektedir. ALAI'ye göre, linklerin erişim sağlama yoluyla umuma iletim eylemini oluşturacak şekilde, eser korumasını haiz içerikleri halka sunmak amacıyla kullanılabilmesi açıktır⁹⁴. Ancak, yüzeysel/referans linklerde olduğu gibi, linkin, yalnızca esere erişimin mümkün kılındığı bir kaynağa kullanıcıyı yönlendirme işlevi gördüğü durumlarda eserin umuma erişimi sağlanmamıştır. Kullanıcının internet sayfasının URL'si aracılığıyla doğrudan esere yönlendirildiği yüzeysel linkler dışındaki link verme yöntemlerinin kullanıldığı durumlarda ise, erişim sağlama yoluyla umuma iletim eylemi gerçekleştirilmiştir. Derin linklerde olduğu gibi, kullanıcının farklı bir internet sayfasına yönlendirilmesinin veya içeriğin, kullanıcının halihazırda bulunduğu sayfa içerisinde görüntülenmesinin ise erişim sağlama yoluyla umuma iletim eyleminin varlığının değerlendirilmesinde belirleyici bir etkisi yoktur⁹⁵. Benzer şekilde, eserin internette herkesin kullanımına açık bir internet sayfasında mı yoksa (üyelik şartı gibi) teknik bir önlemlle korunan bir internet sayfasında mı yer aldığı veya eserin kaynak sayfada bulunması konusunda hak sahibinin rızasının olup olmadığı da önemli değildir⁹⁶.

ALAI'ye göre, yüzeysel linkler dışındaki linkler, erişim sağlama eylemi kapsamında değerlendirilse bile her link verme eylemi bu münhasır hakkın ihlaliyle sonuçlanmayacaktır⁹⁷. Link verilmesi, hak sahibinin içeriğe internette

⁹² Ricketson/Ginsburg, s. 748. Bu nedenle aslında yüzeysel ve derin linklerde eser değil, eserin yer aldığı internet sayfasının erişimi sağlanmaktadır. Bkz. Jane C. Ginsburg/Luke Ali Budiardjo, "Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives", 2018, 41(2), Columbia Journal of Law & the Arts, s. 170.

⁹³ Ricketson/Ginsburg, s. 748.

⁹⁴ ALAI, Report, s. 153.

⁹⁵ ALAI, Report, s. 153-154.

⁹⁶ ALAI, Report, s. 154.

⁹⁷ *Ginsburg* bu durumu, her çoğaltma eyleminin hak sahibinin çoğaltma hakkı kapsamında olmasına rağmen şahsi kullanım için gerçekleştirilen çoğaltmaların (FSEK m. 38, 2001/29 sayılı Direktif m. 5/2) hakkın ihlali ile sonuçlanmamasına benzetmektedir. Bkz. Ginsburg,

erişim sağlanıp sağlanmayacağı veya hangi koşullarda erişim sağlanacağı konusundaki kararıyla çelişmeyeceği sürece ihlal niteliği taşıyan bir eylem olarak değerlendirilmemelidir. Buna göre, link verme eylemi özellikle şu üç durumda hak sahibinin erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkının ihlaliyle sonuçlanacaktır: (1) içerik kaynak sayfada hak sahibinin rızası olmaksızın yer alıyorsa, (2) içeriğe erişimin sınırlandırılması için kullanılan teknik bir koruma önlemi aşıyorsa, (3) link verme eylemi hak sahibinin açık rızasına veya belirgin bir şekilde kendisine atfedilebilecek örtülü rızasına aykırı olarak gerçekleştiriliyorsa⁹⁸. Ancak bu durumlarda, link verilebilmesi için hak sahibinin rızasının aranması, linkleri iş yöntemlerinin temel bir aracı olarak kullanan ticari aktörleri de zor duruma sokabilecek niteliktedir. ALAI'ye göre bu baskının hafifletilmesi için münhasır bir hak ihlali oluşturan eylem, yorum yoluyla hukuka uygun hale getirilmemeli, kanun koyucu tarafından link verme eylemine ilişkin bir istisna öngörülmelidir⁹⁹.

Doktrinde, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilen link verme eyleminin belirli durumlarda ihlal ile sonuçlanmayacağına örtülü onay ilkesine (*implied licence doctrine*) göre de kabul edilebileceği ifade edilmiştir¹⁰⁰. Örtülü onay ilkesi, eser üzerindeki hakkın sahibine örtülü bir rıza/onay atfederek eser kopyasının makul bir şekilde kullanılmasını sağlama işlevine sahiptir¹⁰¹. Buna göre, bir eylem hak sahibi tarafından açıkça yetkilendirilmemiş olsa bile, iyiniyetli üçüncü kişilerde hak sahibinin söz konusu eyleme örtülü bir şekilde onay verdiği izlenimi

EIPR, s. 148.

⁹⁸ ALAI, Report, s. 154.

⁹⁹ ALAI, Report, s. 154. Benzer şekilde, *Headdon*'a göre de link verme eyleminin erişim sağlama yoluyla umuma iletim eylemini oluşturduğu kabul edildiği takdirde, linklerin internetin kullanımı açısından işlevselliği sebebiyle özel bir hukuki uygulamaya tâbi olup olmayacağına mahkemeler değil, yasa koyucu karar vermelidir. Bkz. *Headdon*, s. 668.

¹⁰⁰ Ginsburg, EIPR, s. 148; Mihayl J. Ficsor, "Svensson: Honest Attempt at Establishing Due Balance concerning the Use of Hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory" (07.11.2018), s. 38, <<http://www.copyrightseesaw.net/en/papers?page=5>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021. Örtülü onay ilkesinin link vermeye ilişkin hukuki sorunları çözmeye pek de elverişli bir yöntem olmadığına ilişkin bkz. Aksu, s. 37-38. Ayrıca link verme eyleminin örtülü onay ilkesi çerçevesinde incelendiği bir çalışma için bkz. Taina Pihlajarinne, "Setting the Limits for the Implied License in Copyright and Linking Discourse – The European Perspective", 2012, 43(6), *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, s. 700 vd.

¹⁰¹ Bu ilke hakkında detaylı bilgiler için bkz. Orit Fischman Afori, "Implied License: An Emerging New Standart in Copyright Law", 2008, 25(2), *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, s. 277-278.

uyandırılıyorsa bu eylem hukuka uygun olarak kabul edilmelidir¹⁰². Özellikle, internette gerçekleştirilecek kullanımlar söz konusu olduğunda örtülü onay ilkesinin ayrıca bir önemi haiz olduğu söylenebilir¹⁰³. Çünkü, internet doğası gereği, herkes tarafından erişilebilen materyallerden oluşmaktadır. Yine, eserini internete yükleyen hak sahibi de internetin işlevi ve eserin kullanımına yönelik kullanıcıya sunduğu imkânlar konusunda da bilgi sahibidir¹⁰⁴. Bu açıdan toplum üyelerinin, kopyanın kullanımı konusunda, geleneksel alana nazaran çevrim-içi alanda, *internetin normal kullanımı için önemli olduğu ölçüde*, daha geniş bir yetkiye sahip olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁵. İnternetin normal kullanımı hususunda önemli bir işleve sahip link verme eyleminin örtülü onay ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ise, hak sahibinin, eserinin internette belli bir sayfada yer alması konusunda verdiği rızanın, aksi belirtilmediği sürece, bu sayfaya link verilmesine ilişkin rızayı da zımnen içermesiyle sonuçlanacaktır¹⁰⁶. Özellikle, hak sahibinin (örneğin, internet sitesinin kullanım koşullarında) link verilmesini açıkça yasakladığı¹⁰⁷ veya link verilmesini engelleyen bazı teknik önlemler kullanıldığı durumlarda¹⁰⁸ hak sahibine örtülü bir onay atfetmek mümkün olmayacağından link verilmesi

¹⁰² Arezzo, s. 541.

¹⁰³ John S. Sieman, "Using the Implied License to Inject Common Sense into Digital Copyright", 2007, 85(3), North Carolina Law Review, s. 893.

¹⁰⁴ Pihlajarinne, s. 701; Sieman, s. 893. İnternet, bireylerin sisteme önceden dahil olduğu ve ayrılmak için aktif bir eylemde bulunana kadar sistemde kalmaya devam edeceği *opt-out* sistemlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, bir internet sitesi kurulduğu takdirde diğer internet kullanıcıları bu siteye, site işleticisinin izni gerekmeksizin erişebilirler. Eğer erişimi sınırlandırılmak isteniyorsa bunun için site işleticisinin elverişli bazı önlemler alması, başka bir deyişle bu sistemden ayrılmak için aktif bir eylemde bulunması gerekir. Aynı şekilde, arama motorları da herhangi bir izin almaksızın tüm internet sitelerini endekslemektedirler ve site işleticileri de sitenin kuruluşu esnasında bu ihtimalin farkındadır. Bu gibi özellikler ile karakterize olunan internette, eser korumasını haiz sayısız içerik yer aldığından, hak sahiplerinin münhasır haklarını internetin işleyişini engellemeyecek şekilde kullanmalarını sağlamak gerekir. Bkz. Sieman, s. 888-893.

¹⁰⁵ Pihlajarinne, s. 701.

¹⁰⁶ Pihlajarinne, s. 700. Belirtmek gerekir ki, eserin internette hak sahibinin rızasıyla yer alması hak sahibinin bu eserin başka sayfalarda yayınlanması konusunda zımnen bir rızaya sahip olduğu anlamına gelmez. Eserin internette yayınlanması erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında olduğundan bu hak kapsamındaki her bir eylem, kanun tarafından istisna öngörülmemiş olmadığı sürece, ancak hak sahibinin rızasıyla gerçekleştirilebilir. Link verme eyleminde de bu kural geçerli olmakla birlikte, eserin farklı bir internet sayfasında yayınlanmasının aksine link verme, internetin normal kullanımı için önemli bir eylemdir.

¹⁰⁷ Pihlajarinne, s. 702.

¹⁰⁸ Pihlajarinne, s. 703; Arezzo, s. 541.

de umuma iletim hakkının ihlaliyle sonuçlanacaktır.

ABAD'ın da link verme eylemini erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirdiği ancak, hak sahipleriyle eserden faydalanan internet kullanıcıları arasındaki menfaatler dengesini de gözeterek, bu hak kapsamında değerlendirilen link verme eyleminin, somut olayın özelliklerine göre, her durumda ihlal ile sonuçlanmayacağını kabul ettiği görülmektedir. Gerek FSEK m. 25/2 gerekse 2001/29 sayılı Direktif m. 3/1'in mehzazı WCT m. 8 olduğu için, umuma iletim hakkının ABAD kararlarında nasıl yorumlandığı ve mahkemenin konuya ilişkin yaklaşımı, Türk hukukunda link verme eylemi ile erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı arasındaki ilişkinin ne olması gerektiği hususunda da yol gösterici olacaktır.

B. ABAD Kararlarına Göre Link Verme Eylemi ve Umuma İletim Hakkı

1. Umuma İletim Hakkına Yönelik ABAD'ın Ortaya Koyduğu Bazı Genel Kriterler

ABAD'a göre umuma iletim kavramı temel olarak iki kümülatif kriterden oluşmaktadır. Buna göre; (1) iletim eylemi olmalı, (2) bu iletim eylemi umuma yönelik bir eylem olmalıdır¹⁰⁹. ABAD, temel olarak belirlediği bu iki kriterle ek olarak diğer bazı kriterler de öngörmüştür.

a. İletim Eylemi

İletim (*communication*) eylemi, kullanılan yöntem ve süreçten bağımsız olarak, eserin her türlü iletimini (*any transmission*) içeren eylemlerdir¹¹⁰.

¹⁰⁹ Judgement of the Court (Fourth Chamber), 07.03.2013, Case C-607/11, ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd, ITV Studios Ltd v TVCatchup Ltd, para 21-31, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021 (ITV kararı olarak anılacaktır); Judgement of the Court (Fourth Chamber), 13.02.2014, Case C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB, para. 16, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021 (Svensson kararı olarak anılacaktır).

¹¹⁰ Judgement of the Court (Grand Chamber), 04.11.2011, Case C-403/08, Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA v QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton, Derek Owen (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08), para. 193, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021 (FAPL kararı olarak anılacaktır); Judgement of the Court (Ninth Chamber), 19.10.2015, Case C-325/14, SBS Belgium NV v Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM), para. 16, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021; Judgement of the Court (Grand Chamber),

Özellikle, Dibace'nin 23 numaralı paragrafındaki “iletimin gerçekleştiği yerde hazır bulunmayan umum” ifadesiyle, icracı kimseler ile fiziksel bir etkileşim içerisinde bulunan umuma yönelik gerçekleştirilen canlı performanslar, başka bir deyişle eserin doğrudan temsili dışında kalan tüm iletimlerin 2001/29 sayılı Direktif m. 3 kapsamında umuma iletim eylemi oluşturacağı öngörülmüştür¹¹¹. Mahkeme de iletim eylemini geniş yorumlayarak her bir somut olayın özelliğine göre bu kriterin sağlanıp sağlanmadığını incelemiştir. Bu açıdan belirtmek gerekir ki, 2001/29 sayılı Direktif'e göre umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilen bir eylem, Türk hukukunda her durumda FSEK m. 25'in uygulanmasına yol açmaz. Nitekim, Türk hukukunda eserin doğrudan temsiline yanı sıra dolaylı temsili de FSEK m. 24'te “Temsil Hakkı” başlığı altında umuma iletim hakkından ayrı bir hak kapsamında öngörüldüğü için, ABAD'ın *geleneksel umuma iletim hakkı* bakımından ortaya koyduğu kriterlerin FSEK'in uygulama alanı bulduğu uyuşmazlıklara uygulanması her zaman aynı sonuca götürmeyecektir.

ABAD'a göre, bir iletim eyleminin varlığı için umumu oluşturan kişilerin eserden gerçekten yararlanıp yararlanmadığı önemli olmaksızın, kişilerin eserden yararlanabilecekleri şekilde, esere erişim imkânı sağlanması yeterlidir¹¹².

b. Umum

Bir iletim eyleminin, umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için bu eylemin, belirsiz sayıda potansiyel alıcıya; bir başka deyişle, oldukça fazla sayıda kişiden oluşan umuma yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekir¹¹³. Veri akışı (*streaming*) gibi yöntemlerde olduğu gibi, esere bireysel olarak erişimin gerçekleştirildiği durumlarda da umum kriteri sağlanmıştır. Çünkü, bu gibi yöntemler, oldukça fazla sayıda kişinin esere aynı anda erişim sağlama imkânını ortadan kaldırmamaktadır¹¹⁴.

31.05.2016, Case C-117/15, Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH v Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA), para. 38, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020.

¹¹¹ FAPL kararı, para. 201-202.

¹¹² Judgement of the Court (Third Chamber), 07.12.2006, Case C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA, para. 43, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2020 (SGAE kararı olarak anılacaktır).

¹¹³ SGAE kararı, para. 38; ITV kararı, para. 32.

¹¹⁴ ITV kararı, para. 33-34.

c. Yeni Umum

Yukarıdaki iki kriterin sağlandığı durumlarda eylem, umuma iletim eylemi olarak değerlendirilecek olmakla birlikte ABAD'a göre, özellikle ilk iletim eylemine konu olan eserlerin, hak sahibinin rızası olmaksızın yeniden iletiminin m. 3/1'de düzenlenen umuma iletim hakkının ihlaline yol açabilmesi¹¹⁵ için iletimin "yeni bir umuma" (*new public*) yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

Yeni umum kriteri ABAD'ın, umuma iletim hakkının anlamını ve kapsamını belirleyen ve konuyla ilgili diğer içtihatlarının da temelini oluşturan ilk kararı olan SGAE kararında öngörülmüştür. Mahkeme bu kararında otel odalarına televizyon seti kurmanın umuma iletim hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirirken¹¹⁷, Bern Anlaşması'nın¹¹⁸, ilk iletim eylemini gerçekleştiren orijinal yayın kuruluşundan farklı bir kuruluş tarafından gerçekleştirilecek yeniden iletimler hususunda hak sahiplerine münhasır bir hak tanıyan m. 11bis(1)(ii) hükmüne ve Anlaşma'nın yorumlanmasında yardımcı bir metin niteliğini haiz rehber¹¹⁹ başvurmuştur¹²⁰. Söz konusu kaynaklara başvuran Mahkeme'ye göre, ilk iletimi takip eden iletim, ilk iletim esnasında hak sahibi tarafından dikkate alınmayan bir umuma yönelik olarak gerçekleştiriliyorsa yeni bir toplum kesimi eserden faydalanacak ve yeniden iletim eylemi, eserin yeni bir umuma iletildiği, hak sahibi tarafından yetkilendirilmesi gereken

¹¹⁵ Karapapa, Public, s. 3; Arezzo, s. 534.

¹¹⁶ SGAE kararı, para. 40-42; FAPL kararı, para. 197. İfade etmek gerekir ki, yeni umum kriterinin değerlendirilebilmesi için halihazırda gerçekleştirilmiş bir iletim eylemi olmalı ve bu takip eden iletimin, ilk iletimden kaynaklanıyor olması gerekir. Nitekim burada sorun, zaten umuma iletilmiş olan bir eserin yeniden umuma iletilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bkz. Harvey, s. 26.

¹¹⁷ SGAE kararı, para. 33-48.

¹¹⁸ Anlaşmaya üye devletler için bkz. https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=15. Türkiye'nin, 28.05.1951 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5777 sayılı Kanunla Bern Anlaşması'na katılması uygun bulunmuş, 02.06.1951 tarihli ve 7824 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3/13589 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Anlaşma, ülkemiz açısından yürürlüğe girmiştir. Anlaşma'nın 1979 yılında tadil edilmiş metni ise 21.10.2003 tarihli, 25266 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/6170 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir.

¹¹⁹ WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), Cenevre 1978, s. 68-69, <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021.

¹²⁰ SGAE kararı, para. 41.

bağımsız bir eylem olacaktır¹²¹.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Türk hukukunda FSEK m. 24'te temsil hakkı ayrıca düzenlendiği için, ABAD'ın umuma iletim hakkı bakımından öngördüğü kriterler, FSEK'in uygulanacağı uyuşmazlıklarda ihtiyatlı bir şekilde ele alınmalıdır. FSEK. m. 24/1'e göre; "*Bir eserden ... doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yar(a)yan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*" FSEK m. 24 uyarınca eserin doğrudan okunması, çalınması, söylenmesi gibi eylemler doğrudan temsil; bu eylemlerin işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle gerçekleştirilmesi durumunda ise dolaylı temsil söz konusudur. Yargıtay tarafından bir radyo veya televizyon yayını vasıtasıyla eserin belli bir yerde toplanmış, aynı mekânda bulunan kişilere gösterilmesi veya dinlettirilmesi dolaylı temsil, farklı mekânlarda bulunan kişilere gösterilmesi veya dinlettirilmesi ise umuma iletim hakkı kapsamında kabul edilmektedir¹²². Dolayısıyla, FSEK bakımından başkaca şart aranmaksızın ilk iletim eylemini takip eden eş zamanlı iletimler hak sahiplerinin münhasır hakları kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bu açıdan "yeni umum" kriterinin hukukumuz açısından belirleyici bir etkiye sahip olduğunu söyleyebilmek zordur.

Nitekim, yabancı doktrinde de ABAD'ın "yeni umum" kriterinin, Bern Anlaşması'nın yanlış yorumlanması ve yanlış anlaşılmasının bir sonucu olduğu iddia edilmekte ve bu kriter ciddi şekilde eleştirilmektedir¹²³.

¹²¹ SGAE kararı, para. 42.

¹²² Bkz. YCGK, 8.12.2020, E. 2018/19-397, K. 2020/508; YHGK, 30.06.2020, E. 2017/11-71, K. 2020/483; YCGK, 28.1.2020, E. 2017/19-788, K. 2020/34 (Kazancı İçtihat Bankası). Her iki durumda da eylem hak sahibinin münhasır hakkı kapsamında değerlendirildiğinden bu tespitlerin pratik açıdan bir önemi yok gibi görünse de eylemin umuma iletim mi yoksa temsil mi olduğu, hangi hakka tecavüzün konu olduğunun tespiti ve mali hakların devri durumunda (FSEK m. 52 uyarınca) önem kazanmaktadır.

¹²³ Bkz. Ficsor, Public, s. 7 vd.; Eleonora Rosati, "When Does a Communication to the Public Under EU Copyright Law Need to Be to a 'New Public'?", s. 6 vd., <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3640493> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021; P. Bernt Hugenholtz/ Sam C. van Velze, "Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a 'New Public'", 2016, 47(7), International Review of Intellectual Property and Competition Law, s. 808 vd.; Ginsburg/Budiardjo, s. 170; Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), Opinion Proposed to the Executive Committee and adopted at its meeting, 17 September 2014 on the criterion "New Public", Developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), Put in the Context of Making Available and Communication to the Public, s. 10, <<https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021,

Doktrinde gereksiz olarak addedilen yeni umum kriterinin olumsuz sonuçları, aşağıda değinileceği üzere, özellikle link verme eylemleri bakımından internet üzerinden gerçekleştirilen iletimlerde ortaya çıkmaktadır.

d. Farklı Bir Teknik Yöntem

ABAD'ın yeni umum kriterinin çelişkili yapısını ITV kararında fark ettiği ve yeni kriterler öngörerek, bu kriterin yol açtığı çelişkileri gidermeye çalıştığı görülmektedir.

Karara konu olayda karasal bir yayının internet üzerinden, yalnızca karasal yayına hukuka uygun bir şekilde erişme imkanına sahip olan kişilere yönelik olacak şekilde, veri akışı yöntemiyle sunumunun, umuma iletim hakkını ihlal edip etmediği tartışılmıştır¹²⁴.

Anılan uyuşmazlıkta ilk iletim eylemini takip eden iletim eyleminin muhatabı da hak sahibi tarafından dikkate alınan umum olduğundan, yeni bir umumun varlığından söz edilemeyeceğinden m. 3/1 anlamında umuma iletim eylemi olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Ancak ABAD'a göre, karasal yayının internet üzerinden sunulmasında olduğu gibi, iletimin hak sahibi tarafından yetkilendirilen ilk iletimden farklı bir yöntemle gerçekleştirildiği durumlarda yeni umum kriterinin değerlendirilmesine gerek yoktur¹²⁵.

ABAD'ın ITV kararında öngördüğü farklı bir teknik yöntem kriterinin de uluslararası anlaşmalarla uyum içinde olmadığı belirtilmektedir¹²⁶.

2. ABAD'ın Ortaya Koyduğu Genel Kriterlerin Link Verme Eylemine Uygulanması

a. Link Verme Eylemi Umuma İletim Eylemini Oluşturur

Link verme ve umuma iletim hakkına ilişkin ABAD'ın önüne taşınan ilk uyuşmazlık, Mahkeme'nin 2014 tarihli, C-466/12 sayılı Svensson kararına¹²⁷ konu uyuşmazlıktır. Mahkeme bu kararında, serbestçe erişilebilir bir sayfada yer alan haber makalelerinin başka bir internet sayfasında tıklanabilir

¹²⁴ ITV kararı, para. 8-10.

¹²⁵ ITV kararı, para. 38-39.

¹²⁶ Ficsor, Public, s. 17. Bu kritere yönelik eleştiriler için bkz. Hugenholtz/van Velze, s. 805-806; ALAI, Public, s. 19 vd.

¹²⁷ Judgement of the Court (Fourth Chamber), 13.02.2014, Case C-466/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021 (Svensson kararı olarak anılacaktır).

linklerinin (*clickable links*) sunulmasının erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkını ihlal edip etmediğini tartışmıştır¹²⁸.

Mahkeme öncelikle, umuma iletimin varlığı için gerekli iki kümülatif şartı değerlendirmiştir. İletim eylemi kriteri bağlamında, ABAD herhangi bir teknik açıklama yapmaksızın bir internet sayfasında, erişim engeli bulunmayan başka bir internet sayfasının, link veren internet sayfasının kullanıcılarını doğrudan esere yönlendirecek şekilde, tıklanabilir linkinin verilmesinin iletim eylemi oluşturduğuna karar vermiştir¹²⁹. İnternet kullanıcılarının gerçekten esere erişim sağlayıp sağlamadığı önemli olmaksızın, link verme eylemi “erişim sağlama” eylemi ve dolayısıyla “umuma iletim” eylemi olarak değerlendirilmelidir¹³⁰. Yine, link veren sayfanın tüm potansiyel kullanıcıları, oldukça fazla sayıda kişiden oluşan umum kriterini de sağlamaktadır¹³¹.

Özetle, Mahkeme’ye göre, link verme eylemi bir umuma iletim eylemidir¹³². ABAD, gerçek anlamda bir ihlalin var olup olmadığını ise 2001/29 sayılı Direktif m. 3/1 anlamında umuma iletim hakkının ihlalinin varlığı için gereken diğer kriterler çerçevesinde incelemiştir.

b. İlk İletim Eylemini Takip Eden Link Verme Eylemi Aynı Teknik Yöntemle Gerçekleştirilmektedir

Svensson kararına konu uyuşmazlıkta makalelerin internet sitesinde yayımlanması şeklinde gerçekleşen ilk iletim eylemi ve bu iletimi takip eden link verme eylemi internet aracılığıyla gerçekleştirildiği için farklı bir teknik yöntem kullanılmamıştır¹³³. Bu itibarla, internet üzerindeki içeriğin, internette linkinin verilmesi söz konusu olacağından link verme eylemi bakımından her durumda aynı teknik yöntemin kullanıldığı sonucuna varılacaktır. Dolayısıyla, somut uyuşmazlıklarda link verme eyleminin muhatabının hak sahibi tarafından ilk iletim eylemine verilen izin kapsamında dikkate alınmayan

¹²⁸ Svensson kararı, para. 8-11.

¹²⁹ Svensson kararı, para. 16-18. ABAD’ın link verme eylemini iletim eylemi bakımından yüzeysel bir şekilde incelemesi eleştirilmiştir. Bkz. Karapapa, Public, s. 18 vd.

¹³⁰ Svensson kararı, para. 19-20.

¹³¹ Svensson kararı, para. 21-22.

¹³² Svensson kararı, para. 23.

¹³³ Svensson kararı, para. 24. Bu kriterin link verme eylemine uygulanmasına ilişkin bir eleştiri için bkz. Aksu, s. 51.

(yeni) bir umum olup olmadığı değerlendirilmelidir¹³⁴.

c. İhlalin Varlığı İçin “Yeni Umum” Kriteri Değerlendirilmelidir

(1)Eserin, Kaynak Sayfada Hak Sahibinin Rızasıyla Yer Aldığı Durumlar

i. Eserin Yer Aldığı Sayfanın Serbestçe Erişilebilir Olması

ABAD’a göre Svensson kararına konu uyuşmazlıkta eser, erişim için kısıtlayıcı bir önlemin bulunmadığı/herkes tarafından serbestçe erişilebilir bir sayfada yer aldığından, ilk iletim eylemi çerçevesinde hak sahibi tarafından dikkate alınan umum, tüm internet kullanıcılarından oluşmaktadır. Dolayısıyla link veren sayfanın kullanıcıları da hak sahibinin ilk iletim eylemini gerçekleştirirken dikkate aldığı umuma dahildir¹³⁵. Yeni bir umuma yönlendirilmeyen, başka bir deyişle, ihlal niteliğini taşımayan bir umuma iletim eylemi olan bu tür bir link verme eylemi bakımından hak sahibinin rızası gerekmeyecektir.

Ayrıca, Mahkeme’ye göre, linkin yönlendirdiği içeriğin, link veren sayfaya dahilmişçesine bir izlenim uyandırıp uyandırmaması da önemli değildir¹³⁶. Link verme yöntemine ilişkin açık bir belirlemede bulunmamışsa da, ABAD’ın çerçeveleme ve gömülü linkler de dahil olmak üzere tüm link verme türlerini yeknesak bir şekilde değerlendirdiği görülmektedir¹³⁷. Nitekim, C-348/13 sayılı BestWater kararında da ABAD, Youtube’daki bir içeriğe çerçeveleme yöntemiyle link verilmesi durumunda yeni bir umumun olmaması sebebiyle, umuma iletim hakkının ihlal edilmiş olmayacağına karar vermiştir¹³⁸.

Özetle ABAD’a göre, link verme yöntemi ne olursa olsun, serbestçe erişilebilir bir sayfada hak sahibinin rızasıyla yer alan eser korumasını haiz

¹³⁴ Svensson kararı, para. 24; GS Media kararı, para. 42; VG-Bild Kunst kararı, para. 36.

¹³⁵ Svensson kararı, para. 26-27.

¹³⁶ Svensson kararı, para. 29.

¹³⁷ Mira Burri, “Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson”, 2015, 5(3), Journal of Intellectual Property Information Technology and Electronic Commerce Law, s. 250.

¹³⁸ Order of the Court (Ninth Chamber), 21.10.2014, C-348/13, BestWater International, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021 (BestWater kararı olarak anılacaktır). BestWater kararına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Aksu, s. 53 vd.

bir içeriğe yönlendiren bir link, umuma iletim eylemi olarak değerlendirilse de; tüm internet kullanıcıları, ilk iletim eylemi çerçevesinde verilen izin kapsamında hak sahibi tarafından dikkate alınan umum üyelerinden oluşacağından¹³⁹, bu şartları sağlayan bir link verme eylemi, umuma iletim hakkının ihlali anlamına gelmez.

Doktrinde, “yeni umum” kriterinin, Svensson kararına konu olduğu şekliyle yorumlanmasının, umuma iletim hakkı (ve erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı) bakımından hukuki zemini bulunmayan bir tükenme etkisi ortaya çıkaracağı belirtilmiştir¹⁴⁰. Gerçekten de Svensson kararı çerçevesinde; eser, hak sahibinin rızasıyla internette serbestçe erişilebilir bir şekilde umuma iletilmişse, artık eserin internette gerçekleştirilecek takip eden iletimleri, yeni bir umumun yokluğu sebebiyle hak sahibi tarafından engellenemeyecektir¹⁴¹.

Yeni umum kriterinin ortaya çıkardığı tükenme etkisine ilişkin bir uyumsuzluk ABAD’ın C-161/17 sayılı Renckhoff kararına¹⁴² konu olmuş ve Mahkeme bu kararında da link verme eyleminin kendine has özellikleri sebebiyle internette gerçekleştirilecek diğer kullanımlarla karşılaştırılmayacağını belirtmiştir. ABAD, serbestçe erişilebilir bir internet sayfasında yer alan eserin hak sahibinin rızası olmaksızın başka bir internet sayfasında yer almasının umuma iletim hakkını ihlal edip etmediğini tartıştığı bu kararında, yeni umum kriterinin Svensson kararındaki şekliyle somut olaya uygulanmasının

¹³⁹ İnternet kullanıcılarının tamamının tek bir umum olarak değerlendirilmesine yönelik bazı eleştiriler için bkz. Doğan Kara, “İnternette Linkler Yoluyla Umuma İletim Hakkına Müdahale: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 13 Şubat 2014 Tarihli Svensson ve Diğerleri, Retriever Sverige AB’ye Karşı Kararının İncelenmesi”, 2018/II, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 423 vd.

¹⁴⁰ Jane C. Ginsburg, “Hyperlinking and Infringement: The CJEU Decides (sort of)”, (17.03.2014), <<https://www.mediainstitute.org/2014/03/17/hyperlinking-and-infringement-the-cjeu-decides-sort-of/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021; ALAI, Public, s. 2; Ficsor, Public, s. 6; Stavroula Karapapa, “Reconstructing Copyright Exhaustion in the Online World”, 2014, 4, Intellectual Property Quarterly, s. 323; Mezei, s. 789. Tükenme ilkesi yalnızca yayma hakkı bakımından öngörülmuş bir ilkedir. Bkz. FSEK. m. 23/2, 2001/29 sayılı Direktif m. 4/2. Hukukumuzda umuma iletim hakkı bakımından tükenme ilkesinin olmadığını açıkça vurgulayan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, AB hukukunda 2001/29 sayılı Direktif m. 3/3’te umuma iletim hakkı bakımından tükenme ilkesinin uygulanamayacağı açıkça belirtilmiştir.

¹⁴¹ ALAI, Public, s. 15; Ficsor, Public, s. 6; Karapapa, Exhaustion, s. 323; Harvey, s. 44.

¹⁴² Judgement of the Court (Second Chamber), 07.08.2018, Case C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen v Dirk Renckhoff, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021 (Renckhoff kararı olarak anılacaktır).

umuma iletim hakkının tükeneceği sonucuna götüreceğini belirtmiştir¹⁴³. Bu çerçevede Mahkeme, link verme eylemine ilişkin içtihatlarının eserin, hak sahibinin rızası olmaksızın farklı bir internet sayfasında umuma iletilmesi eylemine uygulanamayacağına karar vermiştir. Nitekim, link verme eylemi, oldukça fazla miktarda bilgiye erişimi mümkün kılması ile karakterize edilen internette bilginin dolaşımını sağlayarak internetin düzgün işleyişini yerine getirmesini sağlayan bir araçtır. Oysa, eserin yeni bir internet sayfasında hak sahibinin rızası olmaksızın umuma iletilmesi bu gibi bir işlevi haiz değildir. Dolayısıyla bu eyleme izin vermek, farklı menfaatler bakımından dijital ortamda sağlanması gereken adil dengeyi yerine getirmekten yoksundur¹⁴⁴. Sonuç olarak, somut olayda eserin yeni bir umuma iletildiği kabul edilmelidir. Bu çerçevede, hak sahibi tarafından ilk iletim eyleminde dikkate alınan umum, eserin ilk defa umuma iletildiği sayfanın kullanıcılarıdır. Eserin takiben umuma iletildiği sayfanın kullanıcılarıysa yeni bir umumdur¹⁴⁵.

Link verme eylemi ve eserin başka bir internet sayfasında bağımsız olarak yer almasının farklı değerlendirilmesinin sebeplerinden biri de hak sahibinin, ilk iletimin gerçekleştirildiği sayfadan eseri kaldırmak suretiyle linkleri işlevsiz hale getirerek eserin linkler aracılığıyla kullanımı üzerinde kontrol imkânının bulunmasıdır¹⁴⁶. Bu açıdan, aslında link verme eylemi ilk iletim eylemine bağımlı bir eylem olduğu için eserin farklı bir internet sayfasına yerleştirilmesinden farklıdır. Gerçekten de eser, farklı bir internet sayfasına yerleştirilmekle, zaten yeni ve bağımsız bir umuma iletim eylemi gerçekleştirilmiş olacağından yeni umum kriterinin değerlendirilmesi de gereksizdir¹⁴⁷. Oysa, link verme ikincil bir iletim eylemi olduğu için bu eylemin gerçek anlamda bir umuma iletim eylemi oluşturup oluşturmadığının tespiti Svensson kararında yeni umum kriterinin dikkate alınmasını gerektirmiştir.

ii. Eserin Yer Aldığı Sayfanın Serbestçe Erişilebilir Olmaması

ABAD'a göre link, internet sayfasına erişimin internet kullanıcılarının tamamına açık olmadığı, erişimin yalnızca sitenin üyeleri tarafından gerçekleştirilebildiği bir sayfada yer alan içeriğe, kullanıcıların erişimini sınırlandıran önlemleri aşmak suretiyle, yönlendiriyorsa bu iletim eylemi

¹⁴³ Renckhoff kararı, para. 33.

¹⁴⁴ Renckhoff kararı, para. 40-42.

¹⁴⁵ Renckhoff kararı, para. 35-36.

¹⁴⁶ Jenkins, s. 713.

¹⁴⁷ Rosati, Public, s. 17.

hak sahibinin rızasını gerektirir¹⁴⁸ ¹⁴⁹. Çünkü, ilk iletim için verdiği izin kapsamında hak sahibi tarafından dikkate alınan umum, yalnızca linkin yer aldığı sayfaya erişim imkânına sahip (örneğin, siteye üyeliği olan) kullanıcılar olacağından, link veren sayfanın kullanıcılarından oluşan umum, yeni bir umumu oluşturacaktır¹⁵⁰.

Mahkeme, sayfaya erişim için var olan önlemlere dikkat çekerken bu önlemlerin 2001/ 29 sayılı Direktif m. 6/1 anlamında etkin teknolojik koruma önlemi (*effective technological measures*)¹⁵¹ olması gerekip gerekmediğini belirtmemiş bunun yerine genel bir ifade olan “sınırlama” (“*restriction*”) kelimesini kullanmıştır. Dolayısıyla bu sınırlamalara, etkin teknolojik koruma önlemlerinin yanı sıra ödeme duvarı, kayıt sayfası gibi siteye erişimi engelleyen diğer yöntemler de dahildir¹⁵². Örneğin, link, kaynak sayfaya erişim için

¹⁴⁸ Dolayısıyla erişimin kısıtlı olduğu bir saydaki içeriğe yönlendiren ancak koruma önlemini aşmaya elverişli olmayan linkler, hakkın ihlaline yol açmaz. Ancak, linklerin herhangi bir koruma önlemini aşmaya elverişli olabilip olamayacağı tartışılabilir. Bkz. Arezzo, s. 544-545.

¹⁴⁹ Bu tespitten hareketle, yeni umum kriteri, hukuki bir dayanağı olmayan tükenme etkisine yol açmakla birlikte, (emredici nitelikte olan yayma hakkının tükenmesi ilkesinin aksine) hak sahibi, eserin ilk iletimine yönelik vermiş olduğu rızadan vazgeçerek veya rızanın kapsamını daraltarak bu etkiyi sonradan ortadan kaldıracaktır. Bkz. Karapapa, Public, s. 24; ALAI, Public, s. 22.

¹⁵⁰ Svensson kararı, para. 31.

¹⁵¹ Bkz. WCT m. 11. Teknolojik koruma önlemleri, eser korumasına ilişkin kuralların yazılım yoluyla uygulanmasının hukuki ve teknik boyutunu ifade eden üst bir kavramdır. Bu konuda bkz. Bayamloğlu, s. 2-5. 2001/29 sayılı Direktif m. 6/3'e göre teknolojik önlemler; eser üzerindeki hakkın, bağlantılı hakkın veya veri tabanları üzerindeki *sui generis* hakkın sahipleri tarafından yetkilendirilmemiş, eser üzerinde gerçekleştirilecek eylemleri engellemeye veya sınırlandırmaya yarayan teknoloji veya cihazdır. Yine aynı maddeye göre bir teknolojik önlemin etkin olabilmesi için hak sahiplerinin, bu teknolojilerin uygulanması aracılığıyla esere erişimi kontrol edebiliyor olması gerekir. m. 6/1'e göre ise üye devletlerin etkin teknolojik önlemlerin aşılmasını engelleyici yasal bir koruma öngörmeleri gerekmektedir. FSEK'te teknolojik koruma önlemlerine ilişkin düzenleme Ek Madde 4'te yer almaktadır. Bkz. FSEK, Ek Madde 4. Teknolojik koruma önlemlerine ilişkin FSEK'in öngördüğü sisteme yönelik detaylı bilgiler ve bazı eleştiriler için bkz. Bayamloğlu, s. 246 vd.

¹⁵² Mezei, s. 782; Burri, 252; Ficsor, Public, s. 35. Yine “önlemin aşılması” ifadesinin teknolojik anlamıyla sınırlı olarak kullanılmadığı konusunda bkz. Arezzo, s. 545. Belirtmek gerekir ki WCT m. 11'de ifadesini bulan “etkin teknolojik koruma önlemi” ile ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklama yapılmamış, bu konu Anlaşma'ya taraf devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Bkz. Bayamloğlu, s. 166. Bu çerçevede, esasında ödeme duvarı gibi sınırlamaların duruma göre “etkin teknolojik koruma önlemi” olarak değerlendirilebilme ihtimali olmakla beraber, “sınırlama” ifadesini kullanan ABAD'ın, teknolojik koruma önlemi olarak nitelendirilmese bile esere erişimi engelleyen diğer türlü önlemlerin aşılmasının ihlale yol açacağını belirtmek istediği söylenebilir.

gereken ödeme duvarını aşıyorsa, link sayesinde ödeme gerçekleştirilmeden sayfaya ulaşan kullanıcılar, hak sahibi tarafından dikkate alınmayan umum olacağından umuma iletim hakkı ihlal edilmiş olur¹⁵³.

Svensson kararında yeni umum kriteri çerçevesinde gerçekleştirilen bu değerlendirmenin yukarıda anılan örtülü onay ilkesiyle uyumlu olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁴. Gerçekten, ABAD'a göre, eserin bulunduğu sayfaya erişim kısıtlanmadığı sürece, başka bir deyişle, eserin serbestçe erişilebilir bir sayfada yer alması koşuluyla, link verilmesi hak sahibinin rızasını gerektirecektir. Dolayısıyla esere erişimin kısıtlanması için kısıtlayıcı bir önlemin yokluğu, hak sahibinin dolaylı olarak link verilmesine izin verdiği/zımnem rıza gösterdiği şeklinde yorumlanabilecektir¹⁵⁵.

iii. Eserin Yer Aldığı Sayfanın Serbestçe Erişilebilir Olmasına Rağmen Hak Sahibinin Esere Link Verilmesini Engelleyen Bir İradesinin Bulunması

Hak sahibi tarafından sayfaya erişimin kısıtlanması için koruma önlemi kullanılmamasına rağmen link verme eyleminin, hak sahibinin, örneğin sitenin kullanım koşullarında yer alan yazılı bir iradesi çerçevesinde engellenebilir engellenemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Bu bakımdan, şu soru ayrıca cevaplanması gereken bir sorudur: Hak sahibi tarafından dikkate alınan ve koruma önemiyle sınırlandırılacak umum, hukuki bir yöntemle sınırlandırılabilir mi? Örneğin; X, eserinin, Y'nin internet sayfasında umuma iletilmesi için lisans sözleşmesi akdetmiş ve bu lisans sözleşmesinde de eserin yer aldığı internet sayfasına link verilemeyeceği kararlaştırılmış olsun. Y'nin, sözleşme koşulunu yerine getirmek için, sitesinde yer alan kullanım koşullarında eserin ticari kullanımını yasakladığı; buna rağmen, üçüncü bir kişinin, X'in eserinin yer aldığı internet sayfasının linkini kendi kullanıcılarına sağladığı durumlarda, bu kullanıcılar X tarafından ilk iletim eyleminde dikkate alınmayan umum olarak nitelendirilebilecek midir¹⁵⁶? Daha basit bir örnekle, eserin yer aldığı internet sayfasında hak sahibinin, esere link verilmesini bir şekilde yasaklamış olması, link verme şeklinde gerçekleşen umuma iletim eyleminin yeni bir umuma yönlendirilmesi için yeterli midir¹⁵⁷?

¹⁵³ Headdon, s. 665.

¹⁵⁴ Arezzo, s. 541; Jenkins, s. 712-713; Karapapa, Public, s. 23; Ginsburg, Infringment.

¹⁵⁵ Jenkins, s. 713; Ginsburg, Infringment.

¹⁵⁶ Headdon, s. 665.

¹⁵⁷ ALAI, Public, s. 22.

ABAD'ın bu sorulara cevap niteliği taşıyan kararı 2021 tarihli, C-392/19 sayılı VG Bild-Kunst kararıdır. ABAD bu kararında, serbestçe erişilebilir bir sayfada hak sahibinin rızasıyla yer alacak olan eserin, üçüncü kişilere ait internet sayfasına çerçeveleme yoluyla yerleştirilmesinin; bu eylemin, hak sahibi tarafından uygulanan veya lisans alan tarafından uygulanması için hak sahibi tarafından dayatılan, çerçeveleme yoluyla link verilmesini engelleyen koruma önlemlerini aştığı durumlarda, 2001/29 sayılı Direktif m. 3/1 anlamında umuma iletim oluşturup oluşturmadığı sorusunun cevabını aramıştır¹⁵⁸.

Önceki içtihatlarından hareketle, ABAD'a göre, hak sahibinin, eserin internette umuma iletilmesi için öncelikli, açık ve koşulsuz bir rıza verdiği durumlarda tüm internet kullanıcılarını dikkate alınmış demektir¹⁵⁹. Ancak; hak sahibi, eserine, umuma iletilmesi için rıza verdiği internet sitesi haricindeki siteler aracılığıyla erişiminin engellenmesi amacıyla, lisans alanın çerçeveleme yoluyla link verilmesini engelleyici bir önlem uygulamasını dayatmakta ise çerçevelemeyle gerçekleştirilecek ikincil iletim eylemlerinin hak sahibi tarafından yetkilendirilmesi gerekir. Çünkü, hak sahibi bu dayatması ile kendisi tarafından dikkate alınan umumu yalnızca ilk iletimin gerçekleştirildiği internet sitesinin kullanıcılarıyla sınırlandırmış demektir¹⁶⁰. Bu durumda eserin yeni bir umuma iletilmediği ve hak sahibinin rızasının gerekmeyeceği sonucuna ulaşmak, umuma iletim hakkı bakımından hukuki bir zemini bulunmayan tükenme ilkesi öngörmek anlamına gelecek ve dijital alanda hedeflenen adil dengeyi de ortadan kaldıracaktır¹⁶¹.

O hâlde, hak sahibinin sözleşme aracılığıyla iletimin yönlendirildiği umumu sınırlandırabileceği ABAD tarafından kabul edilmektedir. ABAD'ın hak sahibinin iradesine öncelik verdiği göz önüne alındığında sitenin kullanım koşullarında yer alan bir açıklama aracılığıyla da kendisi tarafından dikkate alınan umumu sınırlandırabileceği söylenebilir. Bununla birlikte, hak sahibinin esere link verilmesini yasaklayan bir iradesinin var olup olmadığının anlaşılması özellikle bireysel internet kullanıcıları açısından oldukça güç olabilir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, hukuki bir kesinlik sağlamak ve internetin düzgün işleyişine engel olmamak amacıyla, hak sahibinin *serbestçe*

¹⁵⁸ VG Bild-Kunst kararı, para. 16.

¹⁵⁹ VG Bild-Kunst kararı, para. 37-38.

¹⁶⁰ VG Bild-Kunst kararı, para. 42-45.

¹⁶¹ VG Bild-Kunst kararı, para. 52-54.

erişilebilir bir sayfada yer alan esere link verilmesini sınırlandırmasına, ancak etkin teknolojik koruma önlemlerinin kullanılması şartıyla izin verilmelidir.

Svensson kararı ve VG Bild-Kunst kararı çerçevesinde, eserin serbestçe erişilebilir bir sayfada yer alması, hak sahibinin link verilmesi bakımından tüm internet kullanıcılarına izin verdiği şeklinde bir karine teşkil edecek, ancak link verilmesi **etkin bir teknolojik önlemlerle** engellenmişse hak sahibinin rızasının yalnızca ilgili internet sayfasının kullanıcılarıyla sınırlandırıldığı sonucuna ulaşılacaktır¹⁶².

ABAD'ın, Svensson kararının aksine, VG Bild-Kunst kararıyla örtülü onay ilkesinden ayrıldığı söylenebilir. Anılan ilke çerçevesinde hak sahibi, örtülü rızayı ortadan kaldırmak üzere teknolojik koruma önlemlerinin yanı sıra sitenin kullanım koşullarında veya özel bir bilgilendirmeye link verilmesini yasaklayabilmelidir¹⁶³. Ancak hak sahibinin link verilmesine karşı sınırlandırıcı iradesinin bu şekilde yansıtıldığı durumlarda, özellikle arama motorları açısından, her bir sitenin kullanım koşullarının kontrol edilmesi pek mümkün olmamakla birlikte¹⁶⁴, böylesi bir külfet internetin düzgün işleyişini de sekteye uğratacaktır. Teknolojik koruma önlemleri ise link verilmesini otomatik olarak önleyeceğinden ABAD'ın öngördüğü bu şartın internet kullanıcılarının lehine olduğu söylenebilir.

Lisans sözleşmesinde çerçevelemeye karşı teknolojik bir koruma önleminin alınması şart koşulmuş ancak bu şart sözleşmenin karşı tarafınca yerine getirilmemişse, dikkate alınan umurun sınırlandırılmış olup olmayacağını Mahkeme tartışmamıştır. ABAD, internet kullanıcılarının hak sahibinin iradesini net bir şekilde tespit edebilme imkânlarını dikkate aldığından, sözleşmedeki şarta rağmen teknolojik koruma önleminin kullanılmaması, hak sahibi tarafından dikkate alınan umurun sınırlandırılmadığı ve iletimin bütün kullanıcılara yönelik olarak gerçekleştirildiği anlamına gelmelidir¹⁶⁵.

¹⁶² Peter Mezei/Bernd Justin Jütte, "CJEU Clarifies that Framing Infringes Copyright if TPMs are Circumvented", (Mart 2021), <https://www.researchgate.net/publication/350382658_CJEU_clarifies_that_framing_infringes_copyright_if_TPMs_are_circumvented> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

¹⁶³ Pihljarinne, s. 702.

¹⁶⁴ Pihljarinne, s. 702.

¹⁶⁵ Sebastian Felix Schewemer, "Linking: Essential Functionality on the Internet and Never-Ending Story?", s. 12, <https://static-curis.ku.dk/portal/files/261520369/SSRN_id3844548.pdf> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

Yukarıda anılan kararlarında ABAD, link verme eylemini umuma iletim eylemi olarak değerlendirse de hak sahibinin, münhasır hakkından yararlanabilmesini, başka bir deyişle, münhasır bir hak kapsamında düzenlenen bu eylemin, hak sahibi tarafından engellenebilmesini birtakım şartlara bağlamaktadır. Bu kararlar, internetin düzgün işleyişi açısından linklerin önemi göz önüne alınarak verilmiş olsa da link verme eylemi bakımından umuma iletim hakkının ihlalinin belli şartlara bağlanmış olmasının Bern Anlaşması m. 5/2 hükmüyle çeliştiği söylenebilir¹⁶⁶. Bern Anlaşması m. 5/2'ye göre, hak sahiplerinin kendilerine tanınan münhasır haklardan yararlanması ve bu hakların uygulanması herhangi bir formaliteye tâbi tutulamaz¹⁶⁷. Ancak ABAD'a göre umuma iletim eylemi oluşturan link verme eyleminin ihlale yol

¹⁶⁶ Ficsor, Public, s. 36-37; Eleonora Rosati, "CJEU Rules that Linking Can Be Restricted by Contract, Though only by Using Effective Technological Measures", (09.03.2021), <<https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/cjeu-rules-that-linking-can-be.html>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021; ALAI, Public, s. 22-23. Karş. Schwemer, s. 12. Açıkça Bern Anlaşması'na göndermede bulunmamış olmakla birlikte Aksu'ya göre de link verilmesinin engellenmesi için hak sahipleri tarafından önlem alınması gerekliliği, fikir ve sanat eserleri hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bkz. Aksu, s. 58.

¹⁶⁷ Bern Anlaşması'nın bu hükmü, WCT m. 1/4 uyarınca erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı bakımından da geçerli bir hükümdür. Bkz. Alexander Peukert, "A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment", 2005, 28(1), Hastings Communications and Entertainment Law Journal, s. 61. Tescil, eser kopyasının saklanması veya dosyalanması, ücret ödeme veya beyanda bulunma zorunluluğu gibi şartlar bu formalitelere örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Jane C. Ginsburg, "With Untired Spirits and Formal Constancy: Berne Compatibility of Formal Declaratory Measures to Enhance Copyright Title-Searching", 2013, 28(3), Berkeley Technology Law Journal, s. 1590. Benzer şekilde, eserin teknolojik koruma önemiyle yayınlanması zorunluluğunun Bern Anlaşması anlamında formalite olduğu konusunda bkz. Peukert, s. 62-63.

Bern Anlaşması m. 5/2'ye göre hakkın kapsamı veya kullanımı için hak sahibinin hakkını saklı tuttuğuna ilişkin bir açıklamasının varlığı şart koşulamaz. Bununla birlikte, Anlaşma'nın m. 10bis(1) hükmünde, gazetelerde veya dergilerde yayımlanan güncel ekonomik, politik ya da dini makalelerin yayınına ya da telli olarak umuma iletimine ve aynı nitelikteki eserlerin yayınına ve basın yoluyla çoğaltımına izin verilmesi, çoğaltma, yayın ya da umuma iletimin açıkça saklı tutulmadığı durumlarda Birlik ülkelerinin mevzuatıyla düzenleneceği belirtilmektedir. Hükümde anılan durumlarda hak sahibinin ilgili haklarından yararlanabilmesi için haklarını saklı tuttuğuna ilişkin bir beyanda bulunması gerekeceğinden; hak sahibi beyanıyla istisnanın uygulanmasını engelleyebilmektedir. Hakkın kullanımı için hak sahibinin beyanının şart koşulduğu bu hükmün *lex specialis* niteliğinde olduğu, Bern Anlaşması ve dolayısıyla WCT'de hak sahiplerine sağlanan asgari korumayı ortadan kaldıracak şekilde öngörülen diğer benzer formalitelere dayanak olamayacağı belirtilmektedir. Bkz. Ginsburg, Berne, s. 1604-1606; Ficsor, Public, s. 37. Bu itibarla, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilen link verme eylemi bakımından, hak sahibinin hakkını saklı tutmadığı durumlarda bu eylemin umuma iletim hakkının ihlaliyle sonuçlanmayacağını öngören istisnai bir düzenleme Bern Anlaşması m. 5/2'ye aykırı olacaktır.

açabilmesi bir başka deyişle, hak sahiplerinin bu haktan yararlanabilmeleri için hak sahibinin rızasıyla umuma iletilen eser ya serbestçe erişilebilir bir sayfada yer almamalı ya da serbestçe erişilebilir bir sayfada yer alıyorsa link verilmesini engelleyici teknolojik bir koruma önlemi kullanılmalıdır. Bu açıdan yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, esasında münhasır hakkın istisnalarının mahkemeler tarafından öngörülemeyeceği ve yasa koyucu tarafından istisna öngörülmesi gerektiği kabul edilse bile, ABAD kararlarında yer verilen tespitlerden hareketle, hak sahibinin, münhasır hakkından yararlanabilmesi için belli formaliteleri yerine getirmek zorunda olduğu bir istisna, yasa koyucu tarafından da öngörülmemelidir¹⁶⁸. Link verme eyleminin, erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkını ihlal etmeyeceği şeklinde, genel bir istisnanın öngörülmesinin ise linklerin karmaşık yapısını ve internetin farklı menfaat sahipleri tarafından etkin kullanımını karşılayacak nitelikte olup olmayacağı tartışılabilir¹⁶⁹.

(2)Eserin, Kaynak Sayfada Hak Sahibinin Rızası Olmaksızın Yer Aldığı Durumlar

i. Genel Olarak

ABAD'ın, ilk iletimin hak sahibinin rızası olmaksızın gerçekleştirildiği durumlarda link verme eylemi ve umuma iletim hakkı arasındaki ilişkiyi tartıştığı kararı, 2016 tarihli C-160/15 sayılı GS Media kararıdır. Anılan karar çerçevesinde ABAD'a eserin hak sahibinin rızası olmaksızın yer aldığı, serbestçe erişilebilir bir sayfaya link verilmesinin umuma iletim hakkının ihlalini oluşturup oluşturmayacağı sorusu sorulmuştur¹⁷⁰.

Esasında söz konusu durumda, Mahkeme'nin önceki içtihatları ve yeni umum kriteri çerçevesinde, ilk iletimin hak sahibinin rızası olmaksızın gerçekleştirildiği hallerde, hak sahibi tarafından dikkate alınan bir umumdan söz edilemeyeceğinden takip eden iletimlerin her halükârda yeni bir umuma

¹⁶⁸ Ficsor, Public, s. 37.

¹⁶⁹ Link verme eylemine ilişkin tek istisna AB Hukukunda, Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklara ilişkin 2019/790 sayılı Direktif m. 15/1'de yer almaktadır. Anılan maddeyle, basın yayıncılarına (*press publishers*) erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı tanınmış ancak link verme eylemi bakımından bu hakkın uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ. L. 130/92-125, 17.05.2019.

¹⁷⁰ GS Media kararı, para. 24.

iletildiği ve ihlale yol açtığı sonucuna ulaşılmalıdır¹⁷¹. Ancak, bu sonuç, internet kullanıcılarına, her bir link verme eylemi esnasında içeriğin hak sahibinin rızasıyla yayınlanıp yayınlanmadığını kontrol etme külfeti yükleyecektir¹⁷². Anılan külfetin kullanıcılar tarafından yerine getirilmesi pratik açıdan pek mümkün gözükmemektedir¹⁷³. Nitekim internet kullanıcıları, eserin, serbestçe erişilebilir bir sayfada, hak sahibinin rızası olmadan yer aldığı farkında olmazlar ve bunu kontrol edecek yöntemlere de sahip değildirler¹⁷⁴. Eğer kullanıcılar, serbestçe erişilebilir bir sayfada yer alan eserlere yönlendiren linkler verdikleri durumlarda umuma iletim hakkını ihlal etme riski ile karşı karşıya bırakılırlarsa, link vermektan imtina edeceklerdir. Bu durum ise internetin temel işleyişine ve temel yapısına ve dolayısıyla da bilgi toplumunun gelişimine zarar verecektir¹⁷⁵. Yine bu durum, yalnızca internet kullanıcıları açısından değil, ayrıca içeriğin ilgili sayfada hak sahibinin rızasıyla yer alıp almadığını kontrol etme imkânına sahip olmayan¹⁷⁶, ancak bilginin yayılmasını kolaylaştırarak internetin temel işlevini yerine getiren¹⁷⁷ arama motorlarının da aleyhine olacaktır¹⁷⁸.

iv. Hak Sahibinin İlk İletim Esnasındaki Rızasının Önemine Rağmen İnternetin Düzgün İşleyişinin Göz Önünde Bulundurulması

ABAD, eserin hak sahibinin rızası olmaksızın yer aldığı serbestçe erişilebilir internet sayfalarına yönlendiren linklerin her durumda umuma iletim hakkının ihlali ile sonuçlanmasının internetin yapısına uygun

¹⁷¹ Rosati, Public, s. 15; Harvey, s. 29; Eleonora Rosati, “GS Media and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture”, 2017, 54(4), Common Market Law Review, s. 1231.

¹⁷² Aksu, s. 57.

¹⁷³ Rosati, Implications, s. 1231.

¹⁷⁴ Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 7 April 2016 (1) Case C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker, para. 78-79, <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175626&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7839630>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (GS Media Hukuk Sözcüsü Görüşü olarak anılacaktır).

¹⁷⁵ GS Media Hukuk Sözcüsü Görüşü, para. 78-79.

¹⁷⁶ Çünkü, internette yer alan URL'lerin tamamı arama motorları tarafından otomatik olarak taranarak *indekslenmektedir*. Öncü, s. 95.

¹⁷⁷ Arezzo, s. 542.

¹⁷⁸ Arezzo, s. 547. Linkler bakımından arama motorlarına belli şartlarla ayrıcalık tanınmasının bir seçenek olabileceği konusunda bkz. Aksu, s. 52.

olmayacağı kanaatindedir. Nitekim internet, ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğü bakımından ayrı bir önemi haizdir ve linkler de bu ağda bilgi ve fikir alışverişini sağlayarak internetin düzgün işleyişine katkı sunmaktadır. Ayrıca, özellikle link veren bireysel internet kullanıcılarının, kaynak sayfada eser korumasını haiz bir içeriğin bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa eserin o internet sitesinde yer alması konusunda hak sahibinin rızasının olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olabilmesi de oldukça zordur¹⁷⁹. Bu itibarla ABAD'a göre; hak sahibinin rızası olmaksızın eserin yer aldığı serbestçe erişilebilir sayfalara yönlendiren linklerin umuma iletim hakkını ihlal edip etmeyeceğine link veren kişinin içeriğin hukuka aykırılığına ilişkin bilgisine göre karar verilmelidir. İçeriğin hukuka aykırılığına ilişkin bilginin tespit edilebilmesi bakımından ise link veren kişinin kâr elde etme amacının olup olmadığı değerlendirilmelidir.

v. Link Veren Kişinin Kâr Elde Etme Amacının Bulunmaması

Link veren kişinin kâr elde etme amacı bulunmuyorsa, bu kişinin, kural olarak, eserin internette hak sahibinin rızası olmaksızın yer aldığını bilmediği veya bilemeyeceği kabul edilmelidir. Bu kişi, hukuka aykırı bir içeriğe müşterilerinin erişimini sağlamak üzere link verme şeklinde bir aracılık yaparken, kendi gerçekleştirdiği eylemin sonuçları hakkında tam bir bilgiye sahip değildir¹⁸⁰. Şu iki durumda ise kâr elde etme amacı bulunmayan kişi tarafından verilen linkler umuma iletim hakkının ihlali anlamına gelecektir: (1) link veren kişinin eserin hak sahibinin rızası olmaksızın internette yer aldığını bildiği veya bilmesi gerektiği¹⁸¹ durumlarda, örneğin hak sahibi, içeriğin hukuka aykırılığı konusunda link veren kişiyi bilgilendirmişse, (2) kaynak sayfaya erişimin, sitenin üyeleri ile sınırlandırılması amacıyla alınan bir koruma önlemi aşıyorsa¹⁸².

¹⁷⁹ GS Media kararı, para. 45-46.

¹⁸⁰ GS Media kararı, para 47-49.

¹⁸¹ Örneğin, yeni vizyona giren bir Hollywood filminin internette serbestçe erişilebilir bir sitede yer aldığı durumlarda makul ve ortalama bir kişinin, bu filmin hak sahibinin rızası olmaksızın ilgili sitede yer aldığını bilmesi bekleneceğinden, kâr elde etme amacı olmasa bile ilgili siteye yönlendiren bir link vermesi umuma iletim hakkını ihlal edecektir. Bkz. Tatiana-Eleni Synodinou, "Who Is a Lawful User in European Copyright Law? From a Variable Geometry to a Taxonomy of Lawful Use" in Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougoux, Christiana Markou, Thalia Prastitou (Eds.), EU Internet Law in the Digital Era, Springer Yayınları, 2020, s. 46.

¹⁸² GS Media kararı, para. 49-50.

vi. Link Veren Kişinin Kâr Elde Etme Amacının Bulunması

Link verme eylemi kâr elde etme amacı ile gerçekleştiriliyorsa, link veren kişinin, eserin ilgili internet sayfasında hak sahibinin rızasıyla yer alıp almadığından emin olmak için gerekli kontrolleri gerçekleştirilmesi beklenebilir. Dolayısıyla bu kişinin, eserin koruma altında olduğu ve eserin hak sahibinin rızası olmaksızın internette yayınlanma ihtimali olduğu konusunda tam bir bilgiye sahip olarak link verme eylemini gerçekleştirdiği karine olarak kabul edilmelidir. Mahkeme bu karinenin aksi ispat edilebilir bir karine olduğunu (*rebuttable presumption*), aksi ispat edilmediği sürece eserin hak sahibinin rızası olmaksızın yer aldığı internet sayfalarına yönlendiren linklerin kâr elde etme amacıyla verilmesinin umuma iletim hakkını ihlal edeceğini belirtmiştir¹⁸³. Böylece ispat yükü ters çevrilerek linkin kâr elde etme amacıyla verilmesi durumunda link veren kişiye, içeriğin hak sahibinin rızası olmaksızın kaynak sayfada yer aldığını bilmediğini ispat yükü yüklenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ABAD'a göre, eserin hak sahibinin rızası olmaksızın kaynak sayfada yer aldığı durumlarda, yukarıdaki şartlar çerçevesinde umuma iletim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşıyorsa 2001/29 sayılı Direktif m. 5/3'te öngörülen istisnaların uygulanabilmesi de mümkün değildir¹⁸⁴. Mahkeme tarafından açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte bu tespitten hareketle, link verme eylemi kâr elde etme amacıyla gerçekleştirilmiyor ve eserin hak sahibinin rızası olmaksızın kaynak sayfada yer aldığı bilinmiyorsa, eser hak sahibinin rızası olmaksızın internette yayınlanmış olsa bile, link veren kişinin m. 5/3'te öngörülen istisnalara dayanabileceği söylenebilir¹⁸⁵. Bununla birlikte, hak sahibi, eserin kendi rızası olmaksızın internette yer aldığı konusunda link veren kişiyi bilgilendirmişse, kâr elde etme amacı olmayan kişinin de bu linki kaldırması gerekir. Eğer link kaldırılmazsa, 2001/29 sayılı Direktif m. 5/3'te öngörülen istisnalara dayanılarak sorumluluktan kurtulabilmek mümkün değildir¹⁸⁶.

¹⁸³ GS Media kararı, para. 51.

¹⁸⁴ GS Media kararı, para. 50.

¹⁸⁵ Esasında, 2001/29 sayılı Direktif m. 5'te öngörülen istisnalara dayanabilmek için hak sahibinin eserin yayınlanması konusunda öncelikli bir rızası olmalıdır. Bir başka ifadeyle, istisnalarda öngörülen bir kullanımın kaynağı hukuka aykırı ise istisnalar uygulanamaz. Bununla birlikte, ABAD kâr elde etme amacı bulunmayan kişilerin, içeriğin hukuka aykırı olduğunu bilmesi beklenemeyeceğinden, bu konuda açıkça haberdar edilmedikleri sürece istisnalara dayanabileceğini kabul etmiştir. Bkz. Synodinou, s. 50. İstisnalara dayanabilmek için hak sahibinin öncelikli rızasının gerektiğine ilişkin bazı açıklamalar için bkz. aşa. B. V.

¹⁸⁶ GS Media kararı, para. 50.

ABAD, kâr elde etme amacının hangi bağlam çerçevesinde var olması gerektiğini belirtmemektedir. Başka bir deyişle, ihlalin varlığı için bizatihi linkin kendisi ile mi yoksa ilgili linkin yer aldığı bağlamın tamamı örneğin, diğer içerikleriyle birlikte internet sayfası ile mi kâr elde edilmesi amaçlanmalıdır¹⁸⁷, sorusu ayrıca cevaplanmalıdır.

GS Media kararının da ABAD'ın VG Bild-Kunst kararında olduğu gibi, örtülü onay ilkesinden bazı yönleriyle ayrıldığı söylenebilir. Örtülü onay ilkesi çerçevesinde eser, hak sahibinin rızası olmaksızın kaynak sayfada yer alıyorsa, örtülü rızanın kendisine atfedilebileceği açık bir rızanın da yokluğu sebebiyle link verilmesi de umuma iletim hakkının ihlali olacaktır¹⁸⁸. Ancak ABAD, ihlalin varlığı için link veren kişinin içeriğin hukuka aykırılığına ilişkin bilgisini şart koşmuştur.

SONUÇ VE BAZI ÖNERİLER

ABAD'ın, link verme eylemi ve umuma iletim hakkını değerlendirirken temel hareket noktası; linklerin, ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğünün ön planda olduğu internetin düzgün işleyişi açısından önemli bir araç olmasıdır. Bu itibarla, yukarıda anılan kararlarla bir yandan internet kullanıcılarından oluşan toplumun menfaatleri bir yandan ise münhasır hak sahiplerinin menfaatleri arasında adil bir denge kurmak amaçlanmıştır. Özellikle, internet kullanıcılarının sıklıkla kullandığı linklerin hangi durumda umuma iletim hakkının ihlaline yol açacağı konusunda belirsizliği ortadan kaldırmak üzere, hak sahipleri tarafından aktif bir eylemde bulunulması gerektiği, Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Bu açıdan, ABAD link verme eylemini umuma iletim eylemi olarak değerlendirirken hak sahiplerinden yana bir duruş sergiliyor gibi görünse de, aslında internet kullanıcılarını daha öngörülebilir/güvenilir bir hukuki konuma getirmeyi amaçlamaktadır. Hak sahiplerinin ise kendilerine koşulsuz olarak tanınan münhasır bir hakkın ihlalinin iddia edebilmeleri, anılan amaca ulaşmak pahasına, birtakım koşulların yerine getirilmiş olmasına tâbi kılınmıştır.

Link verme eyleminin doğrudan doğruya kendisinin, hak sahiplerinin münhasır bir hakkı kapsamında değerlendirilmesi ihtimalinde basit bir link verme eylemi esnasında hak sahiplerinin izni gerekeceğinden kullanıcılar link vermektan imtina edecek, ilgili dokümanın yer aldığı sayfaya ulaşmayı

¹⁸⁷ Rosati, GS Media, s. 72; Rosati, Implications, s. 1236; Synodinou, s. 48.

¹⁸⁸ Ginsburg, Infringment.

kolaylaştıran arama motorları işlevsiz hale gelecek ve böylece de internetin kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi de zorlaşacaktır. Bu itibarla, link verme eylemi ve umuma iletim hakkı arasındaki ilişki değerlendirilirken katı bir yaklaşım sergilenmemeli, hak sahiplerini haksız eylemlere karşı korumanın tek yolunun ilgili eylemi mali hak kapsamında değerlendirmek olmadığı akılda tutulmalıdır. Özellikle, içeriğin orijinal olarak yer aldığı internet sayfasının reklam gelirlerinin azalması, linklerin; kullanıcılar nezdinde içeriğin gerçek kaynağı konusunda iltibasa yol açması veya eser sahibinin kim olduğu konusunda kullanıcıları yanıltması gibi haklı savunmalar, haksız rekabet hükümlerine, eser sahibinin manevi haklarından ya da marka hakkından doğan korumaya dayanılarak her zaman ileri sürülebilir¹⁸⁹.

Burada akılda tutulması gereken bir başka husus kanaatimizce, kaynak sayfanın erişiminin sınırlandırılması veya kaldırılmasıyla, linklerin de işlevsiz hale geleceğidir. Linkler sayesinde hak sahibinin rızası olmaksızın internette yer alan eser korumasını haiz içeriklerin farklı sayfalarda (kaynak sayfadan bağımsız olarak) yer alması kolaylaşıyorsa da hak sahipleri bu eylemleri her zaman engelleme imkânına sahiptirler. Zira, eserin internet aracılığıyla iletimi hak sahibinin umuma iletim hakkı kapsamındadır ve eser, hak sahibinin rızasıyla internette yer alıyor olsa bile umuma iletim hakkı bakımından tükenme ilkesi geçerli olmadığı için eserin farklı bir internet sayfasında yayınlanması hak sahibinin rızasını gerektirir. Hatta, hak sahipleri eserlerini internette yayınlama konusundaki iradelerinden her zaman vazgeçebilecekleri için ABAD, böyle bir durumda, umuma iletim hakkı bakımından öngörülen istisnaların da uygulanamayacağını kabul etmektedir¹⁹⁰.

Link verme ve umuma iletim hakkı arasındaki ilişkinin tespiti için öncelikle hangi link verme türlerinin umuma iletim hakkı kapsamında olduğu, farklı link verme türlerinin umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilmesi durumunda çevrim-içi alanda farklı menfaatler arasındaki

¹⁸⁹ Strowel/Hanley, s. 71; Arezzo, s. 527; Başpınar/Kocabey, s. 166-167; Kara, s. 425; Nicolosi; VG Bild-Kunst Hukuk Sözcüsü Görüşü, para. 89. Link verilmesinin, Yargıtay tarafından marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet olarak değerlendirildiği bazı kararlar için bkz. Y. 11. HD, 15.06.2012, E. 2011/4710, K. 2012/10662; Y. 11. HD, 27.1.2016, E. 2015/6471, K. 2016/888 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁹⁰ Renckhoff kararı, para. 44. Eserin ilk iletimin gerçekleştirildiği sayfadan başka bir internet sayfasında hak sahibinin rızası olmaksızın bulunmasından farklı olarak, link verilmesi durumunda, şartları varsa kanunda öngörülen istisnalara dayanılabilmesi mümkündür. Çünkü, hak sahibi, eserin internet sayfasında umuma iletilmesine ilişkin rızasından vazgeçtiği takdirde, kaynak sayfada esere erişimi engelleyerek bu linki de işlevsiz hale getirme imkânına sahiptir. Bkz. Renckhoff kararı, para. 44.

denge bozulup bozulmadığı, eğer bozulduğu sonucuna ulaşılabilecekse adil bir denge sağlanması için nasıl bir çözüm sunulabileceği netleştirilmelidir. Kanaatimizce adil bir denge sağlanırken, eserin orijinal olarak yer aldığı internet sayfası aracılığıyla esere erişim her zaman mümkün olduğundan, internetin işlevselliği açısından vazgeçilmez olduğu iddia edilen link verme eylemini olabildiğince serbest hale getirmekten ziyade, internet kullanıcıları açısından hangi eylemlerin umuma iletim hakkının ihlaline yol açacağı konusunda hukuki kesinliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması öncelikli olarak amaçlanmalıdır.

Doktrinde, tespit edebildiğimiz kadarıyla, yüzeysel linklerin erişim sağlama yoluyla umuma iletim eylemi oluşturmadığı konusunda bir görüş birliği vardır. Yüzeysel linkler dışındaki linklere gelince; bir eylemin, internette gerçekleştirilecek kullanımları kapsamak üzere öngörülen erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için gerçek anlamda bir iletim gerçekleşmesi de eserin yalnızca sunumu yeterlidir. Derin linkler, çerçeveleme ve gömülü linklerde de gerçek anlamda iletim kaynak sayfadan gerçekleştiriliyor olsa da bu linkler eseri umuma sunmakta, farklı bir deyişle bu eylem kullanıcıların esere erişimini mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla anılan linklerin erişim sağlama yoluyla umuma iletim eylemi olarak değerlendirilmesi kanaatimizce de isabetli olacaktır.

Bununla birlikte, internetin yapısı ve linklerin işlevi gereği, bu link verme türlerinin tamamının ihlale yol açacağı da söylenemez. Türk hukukunda, link verme eyleminin, hangi şartlar altında erişim sağlama yoluyla umuma iletim hakkının ihlali olmayacağına karar verilirken ABAD'ın öngörmüş olduğu yeni umum kriterinin ve/veya örtülü onay ilkesinin uygulanmasına tereddütle yaklaşılmalıdır. Nitekim, yeni umum kriteri uluslararası anlaşmalarla uyumlu olmamakla beraber bazı tutarsız sonuçlara da yol açtığı için doktrinde de sıklıkla eleştirilmektedir. Örtülü onay ilkesi ise nispeten sınırları belirli olmayan bir ilke olduğundan hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. Zira, örtülü onay ilkesinin uygulanacağı kabul edilirse, hak sahiplerinin aksi bir iradesi bulunmadığı sürece link verme eylemi umuma iletim hakkının ihlaline yol açmayacaktır. Her şeyden önce, hak sahiplerini böylesi bir açıklama yapmak zorunda bırakmak, hakkın kullanımının formalitelere bağlanamayacağını düzenleyen Bern Anlaşması m. 5/2 ile çelişmektedir. Bu çelişki internet dünyasında menfaatler dengesini sağlamak üzere bir anlığına göz ardı edilecek olsa bile örtülü onay ilkesi hangi eylemlerin ihlal oluşturacağı konusunda internet kullanıcıları açısından hukuki bir kesinlik de sağlayamamaktadır.

Şöyle ki, hak sahibinin aksi bir iradesi teknolojik koruma önlemleri aracılığıyla yansıtılabileceği gibi bu aksi iradeye sitenin kullanım koşullarında da yer verilebilir. Hak sahibinin link verme eylemini sitenin kullanım koşullarında yer alan bir açıklama ile sınırlandırdığı durumlarda bunun kontrolü bireysel internet kullanıcıları açısından oldukça zor, arama motorları açısından ise imkânsızdır. Bu durum ise özellikle bireysel internet kullanıcılarının, ihlal iddiası ile karşılaşma ihtimali sebebiyle, link vermektan imtina etmelerine yol açacaktır. Bu belirsizliği ortadan kaldırmak için ABAD'ın kabul ettiği gibi, yalnızca teknolojik bir koruma önlemi kullanılacağına kabulü ise hak sahiplerini eserlerini internette yayınlamama ile teknolojik koruma önlemleri kullanma konusunda bir seçim yapmak zorunda bırakacaktır¹⁹¹.

Bu çerçevede kanaatimizce, umuma iletim eylemi oluşturan link verme yöntemlerinin hangi durumlarda hakkın ihlaline yol açmayacağına, verilen linkin hak sahibinin eserin belli bir internet sayfasında yer alması konusundaki iradesi ile açıkça çelişip çelişmediğine göre karar verilmelidir. Hak sahipleri eserlerini internette yayınlarken, eserin hangi internet sitesinin bünyesinde yer alacağı konusunda rastgele bir seçim yapmamakta, aksine bilinçli bir tercihte bulunmaktadırlar. Bu itibarla, hak sahiplerinin, eserin umuma iletimine izin şeklinde ortaya çıkan iradesi, eserin tüm internet sayfalarında yer almasına yönelik bir irade değil, belirli bir internet sayfasında yer almasına yönelik bir iradedir. Bu durum, hak sahibinin, kitabının hangi yayınevinde basılacağı konusundaki seçimine benzetilebilir. Sözleşme şartları aynı olsa dahi hak sahibi farklı bir yayınevinin kitabını basmasına rıza göstermek zorunda bırakılamaz.

Bu açıklamalar ışığında, kullanıcıyı eserin hak sahibinin rızasıyla yer aldığı internet sayfasına yönlendiren derin linkler, hak sahibinin eserin hangi internet sayfasında yer alacağına yönelik iradesi ile çelişmeyeceğinden umuma iletim hakkının ihlali ile sonuçlanmamalıdır. Gömülü linkler ise açıkça hak sahibinin eserin hangi internet sayfasında yer alacağına yönelik iradesi ile çelişmektedir. Nitekim bu linkler otomatik olarak aktifleştirilerek içerik doğrudan link veren sayfaya yerleştirilmektedir. Böylesi bir durum eserin farklı bir internet sayfasında yayınlanması ile denk tutulmalı ve dolayısıyla

¹⁹¹ Bu duruma ek olarak, *Aksu*'ya göre, her ne kadar esasında eserini internette yayınlayan hak sahibinin, link verilmesine de örtülü olarak rıza gösterdiğinin kabul edilmesi makul bir yaklaşım olarak gözükse de yazara göre bu kabulün, her durumda geçerli olabilmesi mümkün değildir. Nitekim, internet aracılığıyla eseri erişilebilir kılan hak sahibinin, bu eserden her şekilde yararlanmaya izin verdiği şeklinde bir sonuç çıkarılamaz ve böylesi bir sonuç hukuk güvenliğini de ortadan kaldıracaktır. Bkz. *Aksu*, s. 37, dn. 11.

hak sahibinin rızasını gerektirmelidir. Kaldı ki, gömülü linkler internetin düzgün işleyişi açısından vazgeçilmez bir işlevi de haiz değildir¹⁹². Gömülü link veren internet sayfasının işleticisi, kendi kullanıcılarını içeriğin yer aldığı sayfaya yönlendirerek de internette yer alan içeriğe referans verme şeklindeki korunması gereken haklı menfaati elde edebilir. Yoksa, bireysel internet sayfalarının daha ilgi çekici olması pahasına, hak sahiplerinin eserin yer alacağı internet sayfasına yönelik seçimi yok sayılmamalıdır. Benzer şekilde, arama motorlarının temel işlevi ve internete katkısının kullanıcıların ilgili sayfaya erişimini kolaylaştırmak olduğu düşünüldüğünde bu amaca ulaşmak için de gömülü linkler zorunlu araçlar değildir.

Çerçeveleme ile link verilmesine gelince, bu yöntem bakımından derin linkler ve gömülü linklerde olduğu gibi net bir yaklaşım sergilenmesi daha zordur. Her şeyden önce çerçevelemede, çerçeve içerisinde eser korumasını haiz içeriğin yer aldığı internet sayfasının tamamının görüntülenmesinin hak sahibinin eserin internette yer alacağı sayfaya ilişkin seçimi ile açıkça çelişmediğini kabul etmek gerekir. Link veren sayfada eser korumasını haiz içeriğin çerçeve içerisinde münhasır olarak görüntülediği durumlarda ise her ne kadar eser başka bir sayfa içerisinde yer alıyor olsa da linkin tıklanması suretiyle açılacak olan yeni bir çerçeve, içeriğin farklı bir sayfa ile olan ilişkisini ve hak sahibinin eserin başka bir internet sayfasında yayınlanması hususundaki seçimini internet kullanıcılarına yansıtmaktadır¹⁹³. Bu nedenle, çerçeveleme ile link verme eylemlerinin, derin linklerde olduğu gibi istisna kapsamında değerlendirilmesi daha muhtemel bir seçenek olmalıdır. Tekrar hatırlatmak gerekir ki, hak sahipleri ve/veya internet sayfası işleticilerinin haksız eylemleri engelleyebilmesinin tek yolu, linklerin umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilerek her bir eylemi kontrol etme imkânına sahip olmalarıdır.

Çerçeveleme, umuma iletim hakkının istisnası olarak değerlendirilirken özellikle internet kullanıcılarının bakış açısıyla yanlış anlaşılmanın önüne geçebilmek için uygun kavramların kullanılması gerekmektedir. Her ne kadar link verme türleri ile ilişkisi açısından çerçeveleme, linkin kullanıcıyı

¹⁹² Aksu, s. 35, dn. 1; VG Bild-Kunst kararı Hukuk Sözcüsü Görüşü, para. 117.

¹⁹³ VG Bild-Kunst kararında Hukuk Sözcüsü *Szupnar*'a göre, linkin tıklanmasıyla, internet kullanıcısı eserin orijinal olarak yer aldığı internet sayfasıyla bir bağlantı kurarak içeriğin, halihazırda bulunduğu sayfaya iletimini sağlamakta ve tıklama işlemi kullanıcıya içeriğin, halihazırda bulunduğu sayfanın bir parçası olmadığını göstermektedir. Bkz. VG Bild-Kunst Hukuk Sözcüsü görüşü, para. 88-89.

yönlendirdiği sayfa veya içeriğin, bir çerçeve içerisinde görüntülenmesi anlamına geliyor olsa da bu teknik ile otomatik olarak aktifleşen linklerin verilebilmesi de mümkündür. Nitekim *iframe* tekniği ile link verilmesine imkân sağlayan uygun HTML kodlarının sosyal medya platformları tarafından kullanıcılara sunulduğu ve bu kodların içeriğin doğrudan sayfaya yerleştirilmesi ile sonuçlandığı daha önce belirtilmişti. Bu şekilde bir sonuç gömülü linklerle aynı şekilde değerlendirilmeli ve linkin verilmesi hak sahibinin iznini gerektirmelidir. Dolayısıyla, çerçeveleme tekniği umuma iletim hakkının istisnası olarak değerlendirilirken “tıklanabilir link verilmesi suretiyle çerçeveleme” gibi, kafa karışıklığını önlemeye elverişli ifadelerin kullanılması yerinde olacaktır.

Teknolojik koruma önlemleri ve link verilmesi arasındaki ilişkinin ne olacağı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Teknolojik koruma önlemlerinin hak sahiplerinin mali haklarının istisnaları ile olan ilişkisi ve eserin, ihlal iddialarına karşı kullanıcılara savunma imkânı veren istisnalar kapsamında kullanımının, yazılım yoluyla engellenebilip engellenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır¹⁹⁴. Umuma iletim hakkının ihlaliyle sonuçlanacak gömülü link verme eylemlerinin engellenebilmesi için teknolojik koruma önlemlerinin kullanılabilmesi açıktır. Peki, umuma iletim hakkının ihlali ile sonuçlanmayan, kullanıcıların (başka bir mali hakkın ihlali ile sonuçlanmadığı sürece) gerçekleştirmekte serbest oldukları derin linklerin ve tıklanabilir link verilmesi suretiyle çerçevelemenin engellenebilmesi için teknolojik koruma önlemlerinin kullanılması mümkün müdür? Bu konu, belirtildiği gibi tartışmaya müsait bir konu olmakla beraber, internetin kendine özgü yapısı sebebiyle farklı menfaatler arasındaki denge gözetilerek bir cevaba ulaşılmalıdır. Hiç kimse, internette bir içerik paylaşıyor diye bu içeriği tüm internet kullanıcıları nezdinde paylaşmak zorunda bırakılamaz. Kayıt veya ödeme duvarı gibi basit sınırlamalarla ilgili sayfaya erişim her zaman engellenebilmekte ve bu durumda ilgili sayfaya yönlendiren linkler de işlevsiz hale gelmektedir. Dolayısıyla, herkesçe erişilebilir bir internet sayfasında yer alan içeriğe yönlendiren linklerin teknolojik koruma önlemi kullanılmak suretiyle engellenebilmesine de imkân verilmelidir. Böylesi bir kabulün,

¹⁹⁴ Bu konuda detaylı olarak bkz. Bayamlioğlu, s. 319 vd. Bayamlioğlu'na göre, “*Teknolojik koruma hükümlerinin, kanuni sınırlamalara uygun düzenlenmemiş DRM sistemleri için geçerli olmaması, kullanıcılar için en uygun güvencelerden biri olacaktır. Eser sahibinin, teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesine karşı dava açabilmesi için, teknolojik koruma sisteminin kanuni sınırlamalara uygunluğunu şart koşturmak, son derece akla uygun bir seçenektir.*” Bkz. Bayamlioğlu, s. 325-326’dan naklen.

umuma iletim hakkının ihlalini teknolojik koruma önlemlerinin aşılmış olması şartına bağladığı düşünülmemelidir. Nitekim derin linkler ve tıklanabilir link verilmesi suretiyle çerçeveleme umuma iletim hakkının istisnası olarak öngörüldüğünden esere link verilmesini engelleyen sınırlamaların aşılması bu link verme eylemlerinin gerçekleştirilmesi, umuma iletim hakkının ihlaliyle sonuçlanmayacak, bu durumda hak sahipleri teknolojik koruma önlemlerinin aşılmasını yasaklayan hükümlere¹⁹⁵ başvurulabilecektir¹⁹⁶. Böylece, derin linkler ve tıklanabilir link verilmesi suretiyle çerçeveleme, başkaca bir şart aranmaksızın, umuma iletim hakkının istisnası olarak öngörülmek suretiyle hangi eylemlerin ihlal niteliği taşıyacağı konusunda internet kullanıcıları açısından hukuki kesinlik sağlanacak, hakkın kullanımı Bern Anlaşması'na aykırı olarak formalitelerin yerine getirilmesine tâbi kılınmayacak olmakla beraber, hak sahipleri de eserlerinin internet üzerinden kullanımları üzerinde, gerekli olduğu ölçüde söz sahibi olma imkânını elde etmiş olacaklardır.

Son olarak, link verme eylemi ve eserin kaynak sayfada hak sahibinin rızası olmaksızın yer aldığı durumlarda, link veren kişinin umuma iletim hakkının ihlalinden sorumlu olup olmayacağı tartışılmalıdır. Umuma iletim eylemini oluşturan gömülü linkler, umuma iletim hakkının istisnası olarak değerlendirilmediği sürece bu eylemin gerçekleştirilmesi her durumda hak sahibinin iznini gerektirecektir. Bu nedenle gömülü linklerde eserin, kaynak sayfada yer alması konusunda hak sahibinin rızasının olup olmadığı umuma iletim hakkının ihlali açısından bir önem arz etmeyecektir. Dolayısıyla burada özellikle değerlendirilmesi gereken husus, umuma iletim eylemi olmasına rağmen istisna kapsamındaki derin linklerin ve çerçeveleme tekniği ile verilen linklerin, kullanıcıyı eserin hak sahibinin rızası olmaksızın yer aldığı internet sayfasına yönlendirdiği durumlardır. Bu noktada temel olarak cevaplanması gereken soru, bir mali hakkın istisnası olarak öngörülen eylemin hukuka uygun olmayan bir eyleme dayanarak gerçekleştirilmesi halinde söz konusu eylemi gerçekleştiren kişinin istisnadan yararlanıp yararlanamayacağıdır.

Derin linkleri ve çerçeveleme tekniğiyle link verilmesini umuma iletim hakkının istisnası olarak öngören bir hüküm, 2001/29 sayılı Direktif m. 5/2

¹⁹⁵ Bkz. 2001/29 sayılı Direktif m. 6/1 ve FSEK Ek Madde 4.

¹⁹⁶ Svensson kararında ABAD'ın teknolojik koruma önleminin aşılmamasını umuma iletim hakkının ihlali olarak nitelendiren görüşünü değerlendiren *Arezzo*'ya göre, link verilmesi için teknolojik koruma önleminin aşılması her halükârda içeriğin kullanımını kısıtlayan koruma önlemlerinin aşılmasına karşı hukuki güvence sağlayan hükümlere aykırılık teşkil edecektir. Bkz. *Arezzo*, s. 543.

ve FSEK m. 38’de düzenlenen, çoğaltma hakkı bakımından şahsen kullanım istisnasını öngören hükme benzetilebilir. Anılan hükümlerde çoğaltmanın dayandığı eser kopyasının hukuka uygun bir kaynaktan edinilmiş olup olmaması bakımından herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, ABAD C- 435/12 sayılı ve 2014 tarihli *ACI Adam* kararında¹⁹⁷ 2001/29 sayılı Direktif m. 5/2’de öngörülen şahsen çoğaltma istisnasının uygulanabilmesi için şahsen kullanım amacıyla gerçekleştirilen çoğaltmanın, korsan veya sahte bir kaynağa dayanmaması, aksine hukuka uygun bir kaynaktan elde edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁹⁸. ABAD’ın bu kararının mali hakların istisnalarının tamamı bakımından uygulanabileceği ifade edilmektedir¹⁹⁹. Nitekim, Mahkeme, anılan sonuca ulaşırken, 2001/29 sayılı Direktif m. 5’in; Bern Anlaşması m. 9/2, Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPs)²⁰⁰ m. 13 ve WCT m. 10/1’de düzenlenen üç aşamalı testin (*three step test*) yansıması olan²⁰¹, beşinci fıkrasına dayanmıştır. Özellikle TRIPs m. 13’e göre, “*Üyeler münhasır haklara getirilecek sınırlamaları veya istisnaları eserden normal olarak yararlanma durumu ile çelişmeyen ve hak sahibinin meşru menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar veren belirli özel hallerle*” kısıtlayabileceklerdir²⁰². FSEK’te üç

¹⁹⁷ Judgement of the Court (Fourth Chamber), 10.04.2014, Case C-435/12, *ACI Adam BV and Others v Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding*, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021 (*ACI Adam* kararı olarak anılacaktır).

¹⁹⁸ *ACI Adam* kararı, para. 35-41.

¹⁹⁹ Synodinou, s. 44.

²⁰⁰ Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kurucu Anlaşması’nın 1C numaralı eki olan TRIPs metni için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_03_e.htm. Türkiye’nin, 29.01.1995 tarih ve 22186 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4067 sayılı DTÖ Kurucu Anlaşmasına katılması uygun bulunmuştur. 25.02.1995 tarihli ve 22213 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 95/6525 Bakanlar Kurulu Kararı ile Anlaşma, ekleriyle birlikte, ülkemiz açısından 31.12. 1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte RG’de yayımlanan ilgili Bakanlar Kurulu Kararı’nda DTÖ Kurucu Anlaşması’nın 1C numaralı eki olan TRIPs’in Türkçe metnine yer verilmemiştir. Anlaşma’nın Türkçe metni için bkz. <https://fikrimulkiyet.com/mevzuat/ticaretle-baglantili-fikri-mulkiyet-haklari/>.

²⁰¹ Bu konuda bkz. Joao Pedro Quintais, “Private Copying and Downloading from Unlawful Sources”, 2015, 46(1), *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, s. 71.

²⁰² Bu çerçevede üç aşamalı teste göre; (1) sınırlandırma belirli ve özel bir duruma ilişkin olmalı, (2) sınırlandırma eserin normal kullanımına aykırı olmamalı, (3) sınırlandırma eser sahibinin yasal çıkarlarına makul olmayan ölçüde zarar vermemelidir. Üç aşamalı test hakkında bazı bilgiler için bkz. Serap Helvacı/Eray Aksın Atar, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test”, 2016, 22(3), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk*

aşamalı test ayrı bir maddede genel bir kural olarak düzenlenmemiş olmakla beraber²⁰³ TRIPs m. 13 iç hukukumuzun bir parçası olduğundan, link verme eylemi bakımından öngörülecek istisnaların da bu hüküm ile uyumlu olması gerekir. Bu itibarla, ABAD'ın *ACI Adam* kararı çerçevesinde; link verme eylemine ilişkin istisnalar ve iç hukukumuzun bir parçası olan TRIPs m. 13 birlikte değerlendirildiğinde, bu istisnaların uygulanabilmesi için, linkin kullanıcıyı yönlendirdiği eserin, hak sahibinin rızasıyla gerçekleştirilen bir umuma iletim eylemi sonucu ilgili kaynak sayfada yer alması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Ancak, yine internetin yapısı gereği bu sonuç internet kullanıcıları açısından hukuki öngörülebilirliği çoğu durumda ortadan kaldıracaktır. Daha önce de belirtildiği gibi, internet kullanıcılarından umuma iletim hakkının istisnası olarak öngörülen linklerin verilmesi esnasında, kaynak sayfada yer alan eserin ilgili sayfada yer alması konusunda hak sahibinin rızasının olup olmadığını denetlemeleri beklenemez. Zaten bu nedenle ABAD da GS Media kararında, anılan durumlarda link veren kişiyi doğrudan umuma iletim eylemi ihlali tehdidi altında bırakmamak amacıyla, link veren kişinin ihlalden sorumlu olabilmesi için içeriğin kaynak sayfada hak sahibinin rızası olmaksızın yer aldığı hususundaki bilgisini şart olarak öngörmüş ve bu bilginin ispatında da kâr elde etme amacının belirleyici olacağını kabul etmiştir. ABAD, her ne kadar fikir ve sanat eserleri hukukuna yabancı bir şekilde bir mali hakkın ihlalinin tespiti için bazı sübjektif kriterler de öngörmüş olsa da bu yaklaşımın, hak sahibi ile doğrudan sözleşmesel bir ilişkiye sahip olmayan son kullanıcıların eserin hak sahibinin rızası olmaksızın internette yer aldığını araştırmalarının ve kanıtlamalarının kendilerinden beklenemeyeceği çevrim-içi alanda gerekli ve yerinde bir yaklaşım olduğu söylenebilir²⁰⁴. Bununla birlikte, doktrinde kullanıcının kâr elde etme amacının olup olmadığı bakımından öngörülen ayırımı yapay bir ayırım olduğu ve ifade özgürlüğünün, kâr elde etme amacı olan veya olmayan herkes için geçerli olduğu belirtilmektedir²⁰⁵. Yine özellikle kâr elde etme amacı bulunan arama motorlarının, ilk iletim eylemi bakımından hak sahibinin rızasının olup olmadığını denetleyebilmeleri

Araştırmaları Dergisi s. 1290 vd.

²⁰³ FSEK'te üç aşamalı test ayrı bir madde olarak düzenlenmese de mali hakların istisnası olarak öngörülen bazı hükümlerde TRIPs m. 13'ün yansımaları görülmektedir. Bkz. FSEK m. 37-38.

²⁰⁴ Synodinou, s. 46.

²⁰⁵ Synodinou, s. 48.

neredeysi imkânsız olduğu için, ABAD’ın öngördüğü bu kritere daha dikkatli bir şekilde yaklaşılması gerektiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

Afori O. F, “Implied License: An Emerging New Standart in Copyright Law”, 2008, 25(2), SC Comp & HighTechLJ, s. 275-326.

Aksu M, “Avrupa Adalet Divanı’nın Bazı Kararları Işığında Link Vermeden Dolayı Sorumluluğun Umuma İletim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, 2019, 18(1), İKÜHFD, s. 33-62.

Aplin T, Copyright Law in the Digital Society, Hart Publishing, 2005.

Arezzo E, “Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What Future for the Internet After Svensson”, 2014, 45 (5), IIC, s. 524-555.

Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), “Report and Opinion on the Making Available and Communication to the Public in the Internet Environment – focus on linking techniques on the Internet”, 2014, 36(3), EIPR, s. 149-154 (Report).

Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), Opinion Proposed to the Executive Committee and adopted at its meeting, 17 September 2014 on the criterion “New Public”, Developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), Put in the Context of Making Available and Communication to the Public, <<https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (Public).

Ateş M, “Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı ya da ‘E-Haklar’: FSEK’in 25. Maddesine Dair Genel Bir Değerlendirme”, Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012, Yetkin Yayınevi, 2013, s. 17-54.

Bailey J, “Rethinking Embedding and Framing”, (23.03.2021), <<https://www.plagiarismtoday.com/2021/03/23/rethinking-embedding-and-framing/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

Başpınar V/Kocabey D, İnternette Fikrî Hakların Korunması, Yetkin Yayınevi,

2007.

Bayamlioğlu İ. E, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, On İki Levha Yayınları, 2008.

Burri M, “Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson”, 2015, 5(3), JIPITEC, s. 245-256.

Bozbel S, “Fikrî Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması (FSEK m. 25/II)”, Hâluk Konuralp Anısına Armağan (Cilt 3), Yetkin Yayınları, 2009, s. 196-218.

Cavazos E. A/Miles C. F, “Copyright on the WWW: Linking and Liability”, 1997, 4(2), JOLT, <<http://jolt.richmond.edu/jolt-archive/v4i2/cavazos.html>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

Cruquenaire A, “Electronic Agents as Search Engines: Copyright Related Aspects”, 2001, 9(3), IJLIT, s. 327-343.

Demirbaş A, “Telif Hukukunda İnternet Linki ve Avrupa Adalet Mahkemesi’nin Svensson ve Bestwater Kararları”, 2018, 5(1), İMÜHFD, s. 169-186.

Deveci H. A, “Hyperlinks Citations, Reproducing Original Works”, 2011, 27(5), CLSR, s. 465-478.

Eroğlu S, “İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikrî Haklara Müdahale”, Ünal Tekinalp’e Armağan (Cilt 2), Beta Yayınevi, 2003, s. 209-248.

European Copyright Society, Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 6/2013, (15.02.2013), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220326> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

Ficsor M. J, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Right Terms, WIPO, 2003 (2003).

Ficsor M. J, “Svensson: Honest Attempt at Establishing Due Balance concerning the Use of Hyperlinks – spoiled by the erroneous ‘new public’ theory”, (07.11.2018), <<http://www.copyrightseesaw.net/en/papers?page=5>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (Public).

Ginsburg J. C, “With Untired Spirits and Formal Constancy: Berne Compatibility of Formal Declaratory Measures to Enhance Copyright

- Title-Searching”, 2013, 28(3), BTLJ, s. 1583-1622 (Berne).
- Ginsburg J. C, “Hyperlinking and Infringement: The CJEU Decides (sort of)”, (17.03.2014), <<https://www.mediainstitute.org/2014/03/17/hyperlinking-and-infringement-the-cjeu-decides-sort-of/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (Infringement).
- Gingsburg J. C, “Hyperlinking and ‘Making Available’”, 2014, 36(3), EIPR, s. 147-148 (EIPR).
- Ginsburg J. C/Budiardjo LA, “Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives”, 2018, 41(2), CJLA, s. 153-224.
- Harvey N, Linking to a ‘New Public’: Parallels with the Principle of Exhaustion, Lund Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2015, <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=7451304&fileId=7451305>> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021.
- Headdon T, “An Epilogue to Svensson: The Same Old New Public and the Worms That Didn’t Turn”, 2014, 9(8), JIPLP, s. 662-668.
- Helvacı S/Atar E. A, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test”, 2016, 22(3), MÜHFHAD, s. 1289-1302.
- Hugenholtz P. B/van Velze S. C, “Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a ‘New Public’”, 2016, 47(7), IIC, s. 797-816.
- İzmirli L. A, İnternet Ortamında Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Seçkin Yayınevi, 2012.
- Jenkins G, “An Extended Doctrine of Implied Consent – A Digital Mediator?”, 2021, 52, IIC, s. 706-733, <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-021-01024-2.pdf>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.
- Kara D, “İnternette Linkler Yoluyla Umuma İletim Hakkına Müdahale: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 13 Şubat 2014 Tarihli Svensson ve Diğerleri, Retriever Sverige AB’ye Karşı Kararının İncelenmesi”, 2018/II, GSÜHFD, s. 401-428.Karapapa S, “Reconstructing Copyright Exhaustion in the Online World”, 2014, 4, IPQ, s. 307-325 (Exhaustion).
- Karapapa S, “The Requirement for a ‘New Public’ in EU Copyright Law”,

2017, 42(1), ELR, s. 63-81 (Public).

Litman Jessica, Digital Copyright, Prometheus Books, 2006.

Lee T. B, “Links and Law: Myths”, (Nisan 1997), <<https://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

Levine Y. M/Muder D/Kay D/Warfel K/Barrows A, Internet: The Complete Reference, McGraw-Hill Publishing, 1999.

Memiş T, Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin Yayınevi, 2002 (Müzik).

Memiş T, “Fikri Hukuk Bakımından Link ve Frame Verilmesi”, 2011, 22(2), MHB, s. 394- 412 (Link).

Mezei P, “Enter the Matrix: The Effects of CJEU Case Law on Linking and Streaming Technologies”, 2016, 11(10), JIPLP, s. 778-794.

Mezei P/Jütte B. J, “CJEU Clarifies that Framing Infringes Copyright if TPMs are Circumvented”, (Mart 2021), <https://www.researchgate.net/publication/350382658_CJEU_clarifies_that_framing_infringes_copyright_if_TPMs_are_circumvented> Erişim Tarihi 03 Temmuz 2021.

Nicolosi P. A, “Website External Links & Framing Legal Guide!”, <<https://www.internetlegalattorney.com/website-external-links-framing-liability-guide/>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021.

Öncü Ö, “Fikrî Hak İhlalleri Bakımından İnternet ‘Görsel’ Arama Motorları”, 2008, 10(1), DEÜHFD, s. 93-154.

Özkan Z, Karşılaştırmalı Hukukta Müzik Eserlerinin Dijital İletimi, Yetkin Yayınevi, 2008.

Öztan F, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, 2008.

Peukert A, “ABipolar Copyright System for the Digital Network Environment”, 2005, 28(1), HCELJ, s. 1-80.

Pihlajarinne T, “Setting the Limits for the Implied License in Copyright and Linking Discourse – The European Perspective”, 2012, 43(6), IIC, s. 700-710.

Quintais J. P, “Private Copying and Downloading from Unlawful Sources”, 2015, 46(1), IIC, s. 66-92.

- Ricketson S/Gingsburg J. C, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Vol. I), 2. Baskı, Oxford University Press, 2006.
- Reinbothe J/von Lewinski S, *The WIPO Treaties 1996 – The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty Commentary and Legal Analysis*, Butterworths LexisNexis Yayınları, 2002.
- Rosati E, “GS Media and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture”, 2017, 54(4), CMLR, s. 1221-1242 (Implications).
- Rosati E, “Linking and Copyright: Easier at Last? First National Applications of the CJEU GS Media Judgement” in Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jougleux, Christiana Markou, Thalia Prastitou (Eds.), *EU Internet Law in the Digital Era*, Springer Yayınları, 2020, s. 61-79 (GS Media).
- Rosati E, “When Does a Communication to the Public Under EU Copyright Law Need to Be to a ‘New Public’?”, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3640493> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (Public).
- Rosati E, “CJEU Rules that Linking Can Be Restricted by Contract, Though only by Using Effective Technological Measures”, (09.03.2021), <<https://ipkitten.blogspot.com/2021/03/cjeu-rules-that-linking-can-be.html>> Erişim Tarihi 02 Temmuz 2021 (Contract).
- Sieman J. S, “Using the Implied License to Inject Common Sense into Digital Copyright”, 2007, 85(3), NCLR, s. 885-930.
- Sterling J. A. L, *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell Yayınevi, 3. Baskı, 2015.
- Strowel A/Hanley V, “Secondary Liability for Copyright Infringement with Regard to Hyperlinks” in Alain Strowel (Ed.), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Edward Elgar Publishing, 2009.
- Suluk C/Karasu R/Nal T, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Şener Y. S, *Fikrî Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması*, Adalet Yayınevi, 2003.

Synodinou T. E, “Who Is a Lawful User in European Copyright Law? From a Variable Geometry to a Taxonomy of Lawful Use” in Tatiana-Eleni Synodinou, Philippe Jouglex, Christiana Markou, Thalia Prastitou (Eds.), EU Internet Law in the Digital Era, Springer Yayınları, 2020, s. 27-61.

Tsoutsanis A, “Why Copyright and Linking Can Tango”, 2014, 9(6), JIPLP, s. 495-509.

Türkekul E, “İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” in Yeşim Atamer (Derl.), İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 561-596.

Yavuz L/Alıca T/Merdivan F, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu (Cilt 2), 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2014.

DAYANIŞMA AIDATI İLE YARARLANMANIN BAŞLANGICINA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Emre KARABACAK*
Muhammed Enes YILDIZ**

ÖZ

Sendika hak ve özgürlüğü sayesinde işçiler, istedikleri sendikaya üye olabilir, istedikleri zaman sendika üyeliğinden çıkabilir veya hiçbir sendikaya üye olmamayı tercih edebilirler. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre yetkili sendika üyesi olmayan işçiler de toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanabilirler. Anayasa Mahkemesi, 03.03.2021 tarihinde Kanun'un sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden en erken imza tarihinden itibaren yararlanabileceklerine ilişkin düzenlemesini iptal etmiştir. İptal kararı neticesinde dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden geçmişe dönük yararlanma mümkün hale gelmiştir. Bu çalışmada iptal kararı ve sonuçları ile karar sonrasında Kanun'un 39. maddesinin nasıl uygulanması gerektiği hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesinden yararlanma, yürürlük tarihi, Anayasa Mahkemesi, iptal kararı.

OPINION ON CONSTITUTIONAL COURT'S ANNULMENT DECISION ABOUT BEGINNING OF BENEFITTING FROM COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT BY PAYING SOLIDARITY DUE

ABSTRACT

By means of the principle of trade union freedom, Employees can join any trade union, can resign at any time and use their rights not to join any trade union. According to Law No. 6356, labours who are not members of the authorized trade unions can also benefit from collective labour agreement by paying solidarity dues. On

* **Arş. Gör.**, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı / YALOVA e-posta: emre.karabacak@yalova.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7797-5525

** **Arş. Gör.**, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı / YALOVA e-posta: muhammed.yildiz@yalova.edu.tr

ORCID: 0000-0001-9803-8661

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018766

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29/09/2021

03.03.2021, the Constitutional Court annulled the provision of the Law that labours who are not union members can benefit from the collective labour agreement as of the earliest signature date. As a result of the annulment decision, retrospective benefitting from the collective labour agreement by paying solidarity due has become possible. In this study, evaluations would be made about annulment decision, its conclusions and how Article 39 of the Law No. 6356 should be implemented after the annulment decision.

Keywords: *Solidarity due, benefitting from collective labour agreement, effective date, Constitutional Court, annulment decision.*

I. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ

Anayasa Mahkemesi, 03.03.2021 tarihli ve 31412 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 30.12.2020 tarih, 2020/57 esas ve 2020/83 karar sayılı kararıyla 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur" şeklindeki 39. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinin Anayasa'nın 13, 51 ve 53. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Yerel mahkemece söz konusu hüküm, Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde sendika kurma ve kurulu sendikalara üye olma ve olmama ile üyelikten ayrılma özgürlüğü ile toplu iş sözleşmesi haklarının Anayasa ile güvence altına alınan özgürlükler olduğunu belirtmiştir. Kararda olumlu ve olumsuz sendika özgürlüklerinin kapsamı kısaca açıklanarak, sendika özgürlüğünün bir işkolunda birden fazla sendika kurulabilmesi ve işçinin istediği bir sendikaya üye olma özgürlüğünü (olumlu sendika özgürlüğü) ve üye olduğu sendikadan serbestçe ayrılma ve hiçbir sendikaya üye olmama özgürlüğünü (olumsuz sendika özgürlüğü) kapsadığına değinilmiştir.

Bunun yanında gerekçede olumlu ve olumsuz sendika özgürlüklerinden başka, Anayasa'da öngörülen temel hak ve hürriyetlerin, düzenledikleri hükümlerdeki sınırlama sebeplerine, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak özlere dokunulmamak şartıyla kanunla sınırlanabileceği de belirtilmiştir. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinin imza tarihinden önce yapılması halinde imza tarihinde hüküm doğuracağına ilişkin düzenlemenin olumsuz sendika ve

toplu iş sözleşmesi haklarını sınırladığı belirtilmiştir.

İptal kararına konu olan düzenlemeyle, olumsuz sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarının sınırlandırılmasına ilişkin sebeplerin, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük esasları bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu hüküm ile bu hakların sınırlandırılma sebebi olarak, güçlü sendikacılığın oluşturulması ve toplu iş sözleşmesi için mücadele gösteren sendikanın üyeleriyle üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinin parasal haklarından yararlanma bakımından farklılık yaratılmasının amaçlandığını belirtmiştir. İptal kararı gerekçesinde, söz konusu sınırlama sebebinin demokratik toplum gereklerine aykırı olmaması gerektiğinin altını çizerek, anılan hükümle çoğulculuk ilkesinin zayıflatıldığına dikkat çekmiştir. Söz konusu hükmün güçlü sendikaları ortaya çıkardığı yadsınamaz bir gerçek olduğu; ancak çoğulculuk ve haksız rekabetin önlenmesi arasında bir dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Zira bu hüküm neticesinde, toplu iş sözleşmesinin geriye etkili olarak yürürlüğe konulması halinde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geriye etkili olarak yararlanma engellenmektedir. Ülkemizdeki yetki alma ve toplu iş sözleşmesinin hazırlık, müzakere ve pazarlık süreçlerinin çok uzun sürmesi nedeniyle, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın uzun süre engellenmesi, çoğulculuk ve haksız rekabet ile güçlü sendikacılık arasındaki dengeyi, güçlü sendikacılık lehine bozar nitelikte olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmiştir. Bu hüküm neticesinde işçiler, toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili olarak yararlanmak için sendikaya üye olmayı tercih edebilir ki bu da üye sayısını artırmada kolaylık elde eden taraf sendikanın bir sonraki toplu iş sözleşmesinde de üye işçi çoğunluğunu muhafaza etmek suretiyle diğer sendikalara üstün gelmesi ve taraf sendika statüsünü sürekli olarak muhafaza etmesine neden olabilir. Bu durum ise sendikalar arasındaki yarışın ve dolayısıyla çoğulculuğun zedelenmesine neden olabilecektir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi kararında Kanun'un 39/8. hükmü ile toplu iş sözleşmesinin grev sonucunda imzalanmış olması hâlinde zorunlu olarak çalışanlar dışında grev sırasında işyerinde çalışmış olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenerek yararlanma ile aidatın ötesine geçen sendikal külfete katlanma arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı; ancak 39. maddenin 4. fıkrasının son cümlesinin bu dengeyi güçlü sendikacılık lehine bozduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenlerle anılan hükmün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Kararın karşı oyunda, toplu iş sözleşmesinin akdedilme sürecindeki zorluklara katlanan ve ödediği aidatlarla sendikanın varlığına katkı sunanların üyeler olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerekenler kural olarak taraf sendikası üyeleridir. Ancak toplu iş sözleşmesinden yalnızca üyelerin yararlandırılması, olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceğinden dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı öngörülmüştür. Karşı oy gerekçesinde toplu iş sözleşmesinden üyelik sıfatıyla yararlanma ile dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma arasında hiçbir farklılığın bulunmamasının, sendika ve toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi için karşılaşılan masraflara ve zorluklara katlanan üyeler bakımından eşitliğe ve adalete aykırılık oluşturacağı ve bu durumun sendika üyeliğini önemsizleştireceği belirtilmiştir. Bu durumun da sendikanın varlığını devam ettirme özgürlüğünü içeren kolektif sendika özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır.

Karşı oy gerekçesinde ayrıca toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma koşulunun imzalanmış ve yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunması olduğu da belirtilmiştir. Anılan hükmün iptal edilmesi neticesinde taraflar arasında görüşmeleri devam eden ve henüz imzalanmamış, hatta imzalanacağı dahi meçhul olan bir toplu iş sözleşmesinden, imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmak için başvuru imkânı doğacaktır. Bunun yanında, imza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanmak isteyen işçiler açısından, üyeliğin işverene bildirim esas alınırken; dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulan hükümlerden yararlanması mümkün olacaktır. Bu durumun adil olmayan ve sendikalar hukukunun üyeliği esas alan temel anlayışına aykırı bir sonuca neden olacağı belirtilmiştir. Bunun yanında dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili olarak yararlanmanın yolu açıldığında, işçinin geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatı ödeme zorunluluğu gibi bir takım hukuki sorunların da ortaya çıkacağına değinilmiştir.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı sağlayan imkanlardan biri olan dayanışma aidatı, sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanmalarını sağlayan bir kurumdur. Dayanışma aidatının

tanımı 6356 sayılı Kanun'da yapılmamıştır. Bununla birlikte dayanışma aidatı, yetkili sendikaya üye olmayan işçinin o işyerinde uygulanmakta olan yahut uygulanacak olan toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için yetkili işçi sendikasına ödemekle yükümlü olduğu aidat olarak tanımlanabilir¹. Olumsuz sendika özgürlüğünün gerçekleştirilmesinin bir aracı olan dayanışma aidatı² sayesinde herhangi bir sendikaya üye olmayan yahut yetkili sendika dışında başka bir sendikaya üye olan işçiler, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanma imkanına sahip olmaktadır. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için yetkili sendikanın onayı aranmaz (md. 39). Tarafların bunun aksini kararlaştırması da mümkün değildir³. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçinin, herhangi bir şekilde bağlı olmayan, ancak ispat açısından yazılı olmasında yarar bulunan bu talebini işverene ulaştırması toplu iş sözleşmesinden yararlanma için yeterli olacaktır⁴.

¹ Faruk Andaç, "Dayanışma Aidatının Türk Sendikal Faaliyetleri İçindeki Yeri ve Önemi", 1989, (3), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 47; Nurşen Caniklioğlu, "Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi-Talebin Geçersizliği", 2006, (2), Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 122; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Yayıncılık, 2020, s. 1036; Sema Deniz Özkan, "Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", 2017, 43(4), Yargıtay Dergisi, s. 945; Ercüment Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, Beta Yayıncılık, 2014, s. 183; Ercüment Özkaraca, "Benefiting From Collective Labour Agreement by Paying Solidarity Due", 2018, 7(1), Journal of Business, Economics and Finance, s. 10; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, 2015, s. 377.

² A. Nizamettin Aktay, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion Yayınları, 2019, s. 215; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesi Hukuku, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 390-391; Şerefettin Güler, "Yargı Kararları Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", 2006, (Ağustos), Tühis, s. 86; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku II – Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, Beta Yayıncılık, 2016, s. 444 ve 467; İbrahim Subaşı, "Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması", 2009, (14), Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 172-173 ve 176; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, 2019, s. 352; A. Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, 7. Bası, Beta Yayıncılık, 2019, s. 309-310.

³ Aktay s. 223; Ekmekçi s. 393; Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s. 467-468; M. Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Cilt 1, Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 57; Özkan s. 959; Özkaraca, Dayanışma Aidatı, s. 13; Subaşı, Yararlanma, s. 173; Sur, Toplu İlişkiler, s. 353; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 312; Tunçomağ ve Centel, s. 378.

⁴ Aktay s. 224; A. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, Gazi Kitabevi, 2011, s. 463-464; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınevi, 2021, s. 356; Caniklioğlu, s. 125; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 1037; İlhan Doğan, "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", 2010, 19, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 100-103; Ekmekçi s. 392-393; Nüvit Gerek, "Dayanışma Aidatı Ödeye-

Bilindiği üzere toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden kural olarak toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasının üyeleri yararlanır. Zira bu işçiler, üye oldukları sendika aracılığıyla kendilerini temsil ettirmiş ve sendikanın toplu iş sözleşmesi imzalanması sürecinde üyelik suretiyle sendikaya katkı sağlamışlardır. Toplu iş sözleşmesinin parasal hükümleri dışındaki hükümlerinden yararlanma konusunda sendikaya üye olan işçiler ile üye olmayan yahut farklı sendikaya üye olan işçiler arasında ayırım yapılamaz (md. 25/2). Toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanmak için üyelik sıfatıyla yararlanma dışında; dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma, taraf sendikanın yazılı onayı ile yararlanma ve teşmil yoluyla yararlanma imkanları bulunmaktadır.

Toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden üyelik sıfatıyla yararlanma dışındaki uygulamada en sık görülen yararlanma şekli dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmadır. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı, yetkili sendikaya üye olmak istemeyen işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını sağlamak adına en önemli araçtır. Zira uygulamada taraf sendikanın, aidat ödemeyen bir işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına onay vermesi, pek rastlanan bir durum değildir⁵. Keza teşmil yoluyla yararlanma da toplu pazarlık hakkıyla bağdaşmadığı için eleştirilmesinin yanında ülkemizde uygulaması sık görülmemeyen bir mekanizmadır⁶. Hal böyle olunca taraf sendikaya üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması için geriye dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma imkânı kalmaktadır.

Dayanışma aidatı, 274 sayılı Sendikalar Kanunu⁷ ve 275 sayılı Toplu

rek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, 2009, (16), Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 137-139; Özkan s. 958-959; Özkaraca, Geriye Etki, s. 186; Özkaraca, Dayanışma Aidatı, s. 13; Subaşı, Yararlanma, s. 185-186; Sur, Toplu İlişkiler, s. 353; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 312-313.

⁵ Aktay, s. 223; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan, s. 462; Gerek, s. 137; Güler, s. 88; Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s. 468-469; Subaşı, Yararlanma, s. 178; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 316; Fevzi Şahlanan, “Geçmiş Bir Dönem İçin Yürürlüğe Konulmuş Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Yoluyla Değil, Sendikanın Onayı ile Yararlanabilme”, 2016, (107), Tekstil İşveren Dergisi, s. 2 vd.

⁶ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 1042-1043; Ekmekçi, s. 413; İbrahim Subaşı, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili”, 2013, (39), Çalışma ve Toplum, s. 209, 234 vd.; Sur, Toplu İlişkiler, s. 368-369; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 319.

⁷ Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 24/7/1963, Sayı: 11462.

İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda⁸ da düzenlenmiştir⁹. 274 sayılı Kanun'da işverenin üyelik ve dayanışma aidatlarını kesme yükümlülüğü ve kesmemesinin hukuki sorumluluğu düzenlenmişken (md. 23/3); 275 sayılı Kanun'da ise dayanışma aidatı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı olduğu ve dayanışma aidatının miktarının üyelik aidatının miktarının üçte ikisini geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak 275 sayılı Kanun'da dayanışma aidatı ile yararlanmanın başlangıcı ve imza tarihinden önceki yararlanma taleplerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda¹¹ ise dayanışma aidatı sendikaların gelirleri arasında sayılarak (md. 40), işverenin üyelik ve dayanışma aidatı kesme yükümlülüğü (md. 61/1) hüküm altına alınmıştır. Konu hakkında daha detaylı düzenlemelerin yer aldığı 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda¹² ise dayanışma aidatı 9. maddede daha detaylı düzenlenmiştir. Anılan hükme göre taraf sendikaya üye olmaksızın toplu iş sözleşmesinden yararlanma, işçilerin taraf sendikaya dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma için taraf sendikanın muvafakati aranmaz. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden itibaren geçerlidir (md. 9/3). Dayanışma aidatı miktarı, üyelik aidatının üçte ikisidir. Faaliyeti durdurulmuş sendikalara dayanışma aidatı ödenmez (md. 9/4-5).

2822 sayılı Kanun'da her ne kadar “dayanışma aidatıyla yararlanmanın başlangıcının talep tarihinden itibaren olacağına” ilişkin düzenleme yer alsada bu hüküm, toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin imza tarihinden öncesine götürüldüğü durumlar bakımından bir çözüm getirmiyordu¹³. Toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin imza tarihinden önceye götürüldüğü durumda, işçinin imzadan önce yararlanma için işverenden talepte bulunması

⁸ Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 24/7/1963, Sayı: 11462.

⁹ Bu dönemdeki uygulama hakkında bilgi için bkz. Nermin Berki, “Dayanışma Aidatı”, 1978, 35(1), AÜHFED, s. 447; Oğuzman, İşçi-İşveren İlişkileri, s. 53-61.

¹⁰ Bu dönemde Yargıtay verdiği kararda taraf sendika üyesi olmayanların toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeme suretiyle yararlanabilmelerinin toplu iş sözleşmesinin yapıldığı tarihten sonraki dönem için mümkün olacağını belirtmiştir. Yarg. HGK 01.06.1983 Tarih, 1981/9-315 E. 1983/609 K. sayılı kararı; Yarg. HGK 16.04.1982 Tarih, 1982/9-244 E. 1982/404 K. sayılı kararı <LegalBank İçtihat Bankası> Erişim Tarihi: 02.04.2021.

¹¹ Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 7/5/1983, Sayı: 18040.

¹² Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 7/5/1983, Sayı: 18040.

¹³ Aktay, s. 226; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan, s. 464; Ekmekçi, s. 394; Özkan, s. 975; Su-
başı, Yararlanma, s. 192.

halinde yararlanmanın başlangıcı uyuşmazlıklara neden olmuştur. Çünkü bu durumda dayanışma aidatından yararlanmak için imzadan önce işverene başvuran işçiler, imza tarihinden önce yararlanmayı talep ettiklerinden, geçmişe yürütülen yürürlük tarihinden faydalanmak istemekteydiler. Bu istek her ne kadar hükmün lafzına uygun olsa da dayanışma aidatı ödenmeyen bir dönem için sendikanın mücadelesine katılmayan işçilerin tıpkı üyeler gibi toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını sağladığından, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmayı üyelik sıfatıyla yararlanmaya göre daha avantajlı bir hale getirecekti. Bu durumun da sendikalaşmayı olumsuz etkileyeceği ve güçlü sendikacılığa darbe vuracağı endişesi ortaya çıkmaktaydı. Öğretide bir kısım yazarlar dayanışma aidatı ödeyerek geçmişe dönük yararlanmanın mümkün olması gerektiği görüşünderken¹⁴; diğer görüşe göre ise, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geriye dönük yararlanma mümkün olmamalıdır¹⁵. Yargıtay ise bu dönemde verdiği kararlarda dayanışma aidatı ödemek suretiyle geriye yürütülen toplu iş sözleşmesinden imza tarihinden önce yararlanmanın mümkün olmayacağı görüşünderdi¹⁶. Hatta Yargıtayın imza tarihinden önce yapılan taleplerin geçersiz sayılacağına hükmettiği kararı da mevcuttur¹⁷.

6356 sayılı Kanun'un¹⁸ yürürlüğe girmesiyle birlikte kanun koyucu dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başlangıcına ilişkin de doğrudan düzenleme getirmiştir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için imza tarihinden önce yapılan taleplerin, imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracağı

¹⁴ Aktay, s. 226; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan, s. 464; Caniklioğlu s. 126; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 1038; Ekmekçi, s. 395; Özkan, s. 976, dn. 84'te belirtilen yazarlar; Özkaraca, Geriye Etki, s. 191 ve 190, dn. 173'te belirtilen yazarlar; Özkaraca, Dayanışma Aidatı, s. 14.

¹⁵ Andaç, s. 53; Doğan, s. 103; Gerek, s. 141; Güler, s. 87; Özkan, s. 975, dn. 83'te belirtilen yazarlar; Özkaraca, Geriye Etki, s. 188 dn. 169'da belirtilen yazarlar; Subaşı, Yararlanma, s. 180 ve 191-193; Melda Sur, "Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanununun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri", 2013, 15(Özel Sayı), DEÜHFD, s. 266; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 313-314.

¹⁶ Yarg. 9. HD. 15.02.2006 Tarih, 2005/20-647 E. 2006/3670 K. sayılı kararı, (9), Çalışma ve Toplum; Caniklioğlu, s. 122-123; Yarg. 9. HD. 16.11.1989 Tarih, 1989/6852 E. 1989/9865 K. sayılı kararı, Yarg. HGK 17.10.2007 Tarih, 2007/9-671 E. 2007/746 K. sayılı kararı, <LegalBank İçtihat Bankası> Erişim Tarihi 02.04.2021.

¹⁷ Yarg. 9. HD. 15.02.2006 Tarih, 2005/20647 E. 2006/3670 K. sayılı kararı, (9), Çalışma ve Toplum; Caniklioğlu, s. 122-123.

¹⁸ Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 7/11/2012 Sayı: 28460.

öngörülmüştü. Bu düzenleme nedeniyle işçi, imzalanacağını düşündüğü toplu iş sözleşmesinden henüz imzalanmamışken dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak için işverene başvurursa dahi, işçinin bu talebi imza tarihinde yapılmış gibi sonuç doğurmaktaydı. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi imza tarihinden daha geriye götürülse dahi taraf sendika üyesi olmayan bir işçi, dayanışma aidatı ödeyerek bir toplu iş sözleşmesinden en erken imza tarihinden itibaren yararlanabilmekteydi. Kanun koyucu bu görüşüyle Yargıtay kararlarıyla uygulamaya konulan duruma hukuki altyapı oluşturmuştur. Nitekim 39. maddenin gerekçesinde de Yargıtay kararları ve öğreti tarafından ağırlıklı olarak benimsenen “Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur” görüşünün hükümde yer aldığı ifade edilmiştir. Kanun koyucunun bu yaklaşımı, olumsuz sendika özgürlüğünü kısıtlaması ve işçilerin geriye yürütülen toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için taraf sendikaya üye olmaya zorlanması anlamına gelse de güçlü sendikacılığı desteklemekteydi¹⁹. Ayrıca sendika üyesi olup toplu iş sözleşmesi mücadelesine girişen işçi ile girişmeyen işçi arasında fark yaratmakta ve geriye yürütülen toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma halinde dayanışma aidatlarının nasıl tahsil edileceğine ilişkin sorunlara kesin bir çözüm getirmekteydi.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda özeti de verilen 30/12/2020 tarihli kararıyla, 6356 sayılı Kanun’un 39. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesini, olumsuz sendika özgürlüğüyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Bu iptal kararı neticesinde dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başlangıcına ilişkin mevcut düzenleme, mülga 2822 sayılı Kanun’un 9/3. fıkrasındaki düzenlemeye benzemiştir. Ancak aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başlangıcının 2822 sayılı Kanun’un yürürlükte bulunduğu dönemdekiyle aynı olduğunu söylemenin iptal kararı ve gerekçesi nedeniyle mümkün olmadığı kanısındayız.

B. İptal Kararının ve Karşı Oy Gerekçesinin Değerlendirilmesi

İptal kararının sonuçlarının değerlendirilmesinden önce kararın ve karşı oy gerekçelerinin değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Zira söz konusu karar özelinde olumsuz sendika özgürlüğü ve güçlü sendikacılık ilkesinin karşılaştırılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁹ Ekmekçi, s. 394-395.

Anayasa Mahkemesi, dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için işverene yöneltilen, imza tarihi öncesindeki taleplerin imza tarihi ile hüküm doğuracağına ilişkin cümleyi olumsuz sendika özgürlüğü ve çoğulculuk ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Karşı oy gerekçesinde ise, söz konusu cümlenin iptalinin kolektif sendika özgürlüğü ile bağdaşmayacağı ve uygulamada birtakım sorunlara yol açacağı değerlendirilmiştir. Hem iptal kararının gerekçesi hem de karşı oy yazısı, hukuki alt yapıları ve dayandıkları temeller bakımından önemli bilgi ve değerlendirmeler içermektedir.

İptal kararına gerekçe oluşturan sendika özgürlüğünün esasen farklı görünüşleri vardır. Sendika özgürlüğü kavramı; serbestçe bir sendika kurma, aynı işkolunda birden fazla sendika kurulabilmesi ve kurulmuş sendikalara üye olunabilmesi, üye olunan sendikadan serbestçe çıkma, hiçbir sendikaya üye olmama, bir sendikanın faaliyetlerine serbestçe katılıp, katılmama, sendikanın kendi varlığını devam ettirmesi, sendikanın üye çekebilme için propaganda faaliyetlerini yürütmesi ve sendikal faaliyetlerde bulunabilmeyi kapsar²⁰. Sendika özgürlüğü, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü olarak iki temel ayrımında incelenmektedir. Bireysel sendika özgürlüğü ise olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğü olarak iki farklı temelde değerlendirilmektedir. Olumlu sendika özgürlüğü, işçi ve işverenlerin sendika kurma ve kurulmuş bir sendikaya serbestçe üye olma özgürlüğünü ifade eder²¹. Olumsuz sendika özgürlüğü ise işçi ve işverenlerin herhangi bir sendikaya üye olmama, üyeliğe zorlanmama ve üye oldukları sendikadan serbestçe ayrılabilme özgürlüğünü ifade eder²². Kolektif sendika özgürlüğü ise, üyelerinden farklı ve bağımsız bir tüzel kişiliği haiz sendikanın, kendi varlığını devam ettirebilmesi, üye çekmesi ve sendikal faaliyette bulunabilmesini içerir²³.

²⁰ Aktay, s. 13-14; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan, s. 273-274; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 849 vd.; Ekmekçi, s. 32-33; Narmanlioğlu, Toplu İlişkiler, s. 9-10; Turhan Esener ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Sendika Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 37-39; Sur, Toplu İlişkiler, s. 32; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 33 vd.; Tunçomağ ve Centel, s. 252 vd.

²¹ Aktay, s. 13; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan, s. 273; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 851 vd.; Ekmekçi, s. 32; Esener ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 40; Narmanlioğlu, Toplu İlişkiler, s. 11; Sur, Toplu İlişkiler, s. 32; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 34.; Tunçomağ ve Centel, s. 253.

²² Aktay, s. 13; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan, s. 273; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 855; Ekmekçi, s. 32; Esener ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 42; Narmanlioğlu, Toplu İlişkiler, s. 12; Sur, Toplu İlişkiler, s. 32; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 34; Tunçomağ ve Centel, s. 253-254.

²³ Aktay, s. 13-14; Aktay, Arıcı ve Senyen Kaplan, s. 273; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s.

Bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü, ancak kanuni düzenlemeler vasıtasıyla korunabilir. Bu korumanın sağlanması için öngörülecek güvence ve yetkiler neticesinde güçlü sendikacılık ile sendika özgürlüğü arasındaki dengenin kurulması mümkündür. Bireysel sendika özgürlüğünü sağlamaya yönelik temel düzenlemeler Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 23-24 ve 25. maddelerindeki sendika yöneticiliğinin, işyeri sendika temsilciliğinin ve sendika üyeliğinin güvencelerine ilişkin hükümlerdir. Sendika üyeliğinin güvencesine ilişkin 25. maddeyle hem olumlu hem de olumsuz sendika özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Söz konusu hükümler yanında Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesiyle de sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi bir suç olarak düzenlenmiş ve ceza hukuku açısından da bir güvence sağlanmaya çalışılmıştır.

Söz konusu düzenlemeler sendika özgürlüğünü sağlamaya yönelik güvenceler getirmekle birlikte bu düzenlemeler tek başlarına sendika özgürlüğünü sağlamakta yetersiz kalmaktadır. Zira kanun koyucu, sendika özgürlüğünü güvence altına alacak hukuki ve cezai yaptırımların yanında, sendika özgürlüğünü tesis edecek yetkileri ve araçları da hayata geçirerek sendikal hakların etkin biçimde kullanılmasını sağlamalıdır.

Daha önce de değindiğimiz üzere dayanışma aidatı, olumsuz sendika özgürlüğünün etkinliğini sağlayacak bir araçtır. Bu imkân sayesinde, herhangi bir sendikaya üye olmayan veya yetkili sendika dışında başka bir sendikaya üye olan işçiler yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin hükümlerinden yararlanmaktadır. Keza md. 25/2'de öngörülen toplu iş sözleşmesinin parasal hükümleri dışında, bir sendika üyesi işçiler ile başka sendika üyesi olan yahut sendika üyesi olmayan işçiler bakımından işveren tarafından ayırım yapılamayacağı hükmü de olumsuz sendika hakkının tesis edilmesine hizmet eden bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

Dayanışma aidatının varlığı sayesinde, sendikalar arası haksız rekabet de engellenebilmektedir. Zira taraf sendika dışındaki diğer sendikalara üye olan işçiler, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için taraf sendikaya üyelik baskısı altında kalmayacaklardır. Dolayısıyla kanundan doğan ve işçi sendikasının rızasını dahi gerektirmeyen dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma müessesesi olumsuz sendika özgürlüğünün tesisinde oldukça önemli bir araçtır.

855-856; Ekmekçi, s. 32-33; Esener ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 43; Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s. 12; Sur, Toplu İlişkiler, s. 32; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 35-38; Tunçomağ ve Centel, s. 254-256.

Güçlü sendikacılık, işçilerin işverenler karşısında ezilmesinin önlenmesi, işverenlere karşı taleplerin etkin biçimde dile getirilmesi ve taleplerini hak haline getirecek mekanizma olan toplu iş sözleşmesinin imzalanmasını sağlayacak önemli bir ilkedir. Bir ülkede sendikalar ne kadar güçlü olursa, işçiler de taleplerini kabul ettirmek konusunda işverenler karşısında o derece güçlü olur. Ancak güçlü sendikalar yaratmak için demokratik toplumun temel değerlerinden olan çoğulculuk anlayışının ve dolayısıyla sendika çokluğu ilkesinin terk edilmemesi gerekir²⁴. Aksi halde olumsuz sendika özgürlüğünün tesisi mümkün olmayacaktır²⁵. Sendikalar arası rekabetin sağlanması ve haksız rekabetin önlenmesi de çoğulcu anlayışın ve sendika çokluğu ilkesinin korunmasının gereklerindedir²⁶. Bu rekabetçi ortamın tesis edilmemesi halinde, zamanla tek bir sendikanın aşırı güçlenmesi ve bunun neticesinde gücünü yitiren sendikaların üye kaybetmesi ve zamanla varlık sahnesinden silinmesi söz konusu olur. Dolayısıyla sendikalar arası rekabetin korunması hem olumsuz sendika özgürlüğünün hem de kolektif sendika özgürlüğünün tesisi için elzemdir.

Bunun yanında güçlü sendikacılığın sağlanması için de sendikaların üye kaydetmeleri ve bu üyelerin hak ve talepleri için işveren karşısında sendikanın verdiği mücadeleye katılmaları gerekir. Bunun tesisi için de sendika üyelerine, üye olmayanlara nazaran daha cazip imkanlar sunulması gerekir. Sendika üyeliğinin cazibesinin artırılması, sendikaların üyelerine sunacağı sendikal faaliyetlerin ve imkanların artırılmasıyla mümkün olabilir. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinden üyelik sıfatıyla yararlanmanın, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya göre işçiler için daha lehe olması da güçlü sendikacılığın tesisine hizmet eder.

Olumsuz sendika özgürlüğü ile güçlü sendikacılık arasındaki dengenin iyi kurulması gerekir. Bu dengenin düzgün biçimde kurulması, hem özgürlükçü ve demokratik bir anlayışın gelişmesini sağlar hem de işçilerin işverenler karşısında ezilmemesini temin eder. Değindiğimiz üzere toplu iş sözleşmesinden yararlanma bakımından üyelik sıfatıyla yararlanmanın dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmaya göre özendirici yanlarının

²⁴ Bireysel sendika özgürlüğünün kolektif sendika özgürlüğünden önce geldiğine ilişkin olarak bkz. Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 36.

²⁵ Esener ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 93. Bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünün birbirini tamamlayan özgürlükler olduğuna ve biri olmadan diğerinin de var olmayacağına ilişkin olarak bkz. Aktay, s. 14; Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s. 13; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 36.

²⁶ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 853-854.

bulunması güçlü sendikacılık anlayışına hizmet ederken olumsuz sendika özgürlüğüne zarar verir. Dolayısıyla bu dengenin hangi noktada kurulacağını belirlenmesi, oldukça hassas ve önemli bir husustur. Örneğin dayanışma aidatının tavanının üyelik aidatının miktarıyla sınırlanmasıyla kanun koyucu, bu hassas dengenin güçlü sendikacılık ilkesi yönünde bozulmasını engellemeye çalışmıştır. Zira bu hükümlerle dayanışma aidatının tavanının belirlenmediği durumda sendikalar dayanışma aidatı miktarını fahiş biçimde belirleyerek toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma hakkının kullanımını engelleyebileceklerdir²⁷. Ters durumda, yani dayanışma aidatının miktarının üyelik aidatına nazaran çok düşük belirlendiği durumda da işçiler, daha düşük olan dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı tercih edeceklerdir. Bu halde taraf sendika üyesi olan işçiler dahi üyelikten ayrılarak dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyecek ve dolayısıyla güçlü sendikacılık yara alacaktır²⁸. Nitekim dayanışma aidatının miktarı hakkında, 2822 sayılı Kanun'daki üyelik aidatının miktarının üçte ikisini aşamayacağına ilişkin düzenleme yerine, 6356 sayılı Kanun'da üyelik aidatı miktarını aşmayacak şekilde sendika tüzüğünde belirleneceğine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Bu durum, güçlü sendikacılık ve olumsuz sendika özgürlüğü dengesinde güçlü sendikacılık lehine bir değişim yaratmıştır²⁹.

Güçlü sendikacılık, yalnızca kanuni düzenlemeler aracılığıyla üyeliğin özendirilmesi suretiyle tesis edilemez. Bu tip düzenlemelerin yanında sendikaların üyelerini özendirici faaliyetlerde bulunması, üyelere cazip sosyal imkanlar sunması, kaynaklarını daha verimli kullanarak üyelere daha fazla destek sağlaması gibi yollarla, olumsuz sendika özgürlüğüne dokunmaksızın güçlü sendikalar da oluşturulabilir. Ancak bunun için sendikaların daha fazla çalışması ve çaba harcaması gerekir. Olumsuz sendika özgürlüğüne ve dayanışma aidatıyla yararlanma imkanına kısıtlama getirilmeden, üye çekmeleri için daha çok çaba harcayan sendikalar ve sendikal faaliyetler desteklenerek,

²⁷ Özkan, s. 951; Subaşı, Yararlanma, s. 186; Sur, Toplu İlişkiler, s. 266; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 314; Tunçomağ ve Centel, s. 379.

²⁸ Özkan, s. 951; Subaşı, Yararlanma, s. 186; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 314; Tunçomağ ve Centel, s. 379.

²⁹ Dayanışma aidatının miktarının üyelik aidatıyla aynı olmasının yerinde olmadığına ilişkin görüş için bkz. Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 1039; Özkan, s. 951-952; Özkaraca, Geriye Etki, s. 186; Özkaraca, Dayanışma Aidatı, s. 13; Melda Sur, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi", 2013, (39), Çalışma ve Toplum, s. 317, 343-344; Sur, Uluslararası Normlar, s. 266; Sur, Toplu İlişkiler, s. 353 dn. 291; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 314.

güçlü sendikacılığın geliştirilmesi gerektiği kanısındayız.

Tıpkı olumsuz sendika özgürlüğü gibi, çoğulculuk ilkesiyle güçlü sendikacılık arasındaki dengenin de iyi kurulması gerekir. Zira çoğulculuk ilkesinin sendikalar hukukundaki görünümü olan sendika çokluğu ilkesi, olumlu bireysel sendika özgürlüğünün tesisi için gerekli bir ilkedir. Çünkü bir işkolunda birden fazla sendikanın varlığının desteklenmemesi halinde işçiler kendi istedikleri sendikaya değil, o işkolunda kurulu bulunan tek sendikaya üye olmak zorunda kalacaktır. Bunun yanında zamanla üye kaybeden sendikalar, güçlü sendika ile rekabete girişemedikçe zaman içerisinde kapanmak veya infisah etmek zorunda kalacaklardır. Dolayısıyla sendikalar arası rekabetin bozulması kolektif sendika özgürlüğüyle de çelişmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında, sendika hak ve özgürlüğüne orantısız şekilde kısıtlama getiren iptale konu cümlenin demokratik toplum gereklerine aykırı olduğu, sendikalar arasında haksız rekabet yarattığı ve bunun da çoğulculuk anlayışına aykırılık teşkil ettiği gerekçelerine dayanmıştır. Bununla birlikte karşı oy yazısında, bu hükmün iptal edilmesinin, üyelik sıfatıyla yararlanma ile dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma arasında hiçbir farklılık bırakmayacağı, sendika üyeliğini önemsizleştirerek kolektif sendika özgürlüğünü zedeleyeceği ifade edilmiştir. Kanımızca güçlü sendikacılık ilkesine nazaran olumsuz sendika özgürlüğüne güç vermek, aradaki dengenin sağlanması için daha yerinde olacaktır. Nitekim özgürlükçü anlayışın gelişmesi ve güçlenmesi, demokratik esasların da güçlenmesini sağlayacaktır. Bununla birlikte, dayanışma aidatının tavanının eski düzenlemeye göre artırılması neticesinde güçlü sendikacılık lehine değişen dengenin olumsuz sendika özgürlüğü lehine yeniden kurulmasına hizmet edecek bu kararın yerinde olduğu kanısındayız.

Öte yandan sendika üyeliğinin dayanışma aidatıyla yararlanma karşısında önemsizleşmemesi de gerekir. Ancak bunun sağlanması için asıl görev sendikalardadır. Sendikaların üyeleri özendirici faaliyetlere yönelmeleri ve üye kaydetmek için çabalamaları gerekir. Aksi durum, rekabete girişmeyen ve üyeleri için çalışmayan sendikaların oluşmasına neden olacaktır. Açıklanan bu nedenlerle Anayasa Mahkemesinin iptal kararının isabetli olduğu ve özgürlükçü bir yaklaşım taşıdığı kanısındayız.

C. İptal Kararı Neticesinde Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

1. Yararlanmanın Başlangıcı

İptal kararıyla birlikte, Kanun'un dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin 39. maddesi, 2822 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeye benzer bir hale gelmiştir. Bu durum, eski Kanun dönemindeki Yargıtay içtihatları ile oluşan uygulamanın yeniden gündeme gelip gelmeyeceği sorusunu akla getirmektedir.

Kanımızca iptal kararının amacı ve gerekçeleri dikkate alındığında bu kararın, imza tarihinden önce yararlanmanın mümkün olmadığı ve hatta yararlanma taleplerinin geçersiz olduğuna işaret eden eski Yargıtay içtihatları doğrultusunda yorumlanması mümkün değildir. Aksinin kabulü, Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinin nazara alınmaması anlamına gelecek ve bu durum da işçilerin sendikaya üye olmak zorunda hissetmelerine yol açacak, sendikalar arası rekabeti bozacak, olumsuz sendika özgürlüğünü kısıtlayacak ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ters düşecektir. Dolayısıyla artık dayanışma aidatıyla yararlanmanın başlangıcının toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi veya talep tarihinden hangisi sonra ise o tarih olarak değerlendirilmesi gerekir³⁰. Başka bir deyişle, işçinin henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadan önce dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin talebini işverene iletmesi halinde işçi, bu talebin işverene ulaştığı tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Eğer işçi, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya ilişkin talebini toplu iş sözleşmesinin imza ve yürürlük tarihinden önce işverene yöneltmişse, artık toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden daha önce yararlanma mümkün olmayacağından, işçinin toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi itibarıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerekir. İptal kararı, işçinin toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra işverene talepte bulunmasına ilişkin herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır.

Ülkemizde yetki tespitinden toplu iş sözleşmesinin bağitlanmasına kadar geçen süre oldukça uzayabilmektedir. Bir toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin büyük bölümü, imza tarihinden öncesinde kalabilmektedir.

³⁰ Talep tarihi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Narmanlıoğlu, "Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma (Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma)", 1991, 15. Yıl Armağanı, İstanbul, s. 206 vd.

Dayanışma aidatıyla yararlanma talebinde bulunan işçinin imza tarihinden itibaren yararlandırılmaya başlanması toplu iş sözleşmesinin çok büyük bir kısımdan mahrum kalması sonucunu doğurur³¹.

Sendika üyesi işçilerden farklı olarak dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçinin bu yöndeki iradesini taşıyan bir bildirimde bulunması şarttır. İşçinin üye olmayı benimsemediği bir sendikaya başvuruda bulunması beklenemeyeceğinden dayanışma aidatı ile yararlanma talebi doğrudan işverene bildirilmelidir³². İşçinin yararlanma talebine ilişkin bildirim olmaksızın işverenin kendiliğinden işçiyi toplu iş sözleşmesinden yararlandırmasının mümkün olmamasının yanında, işçinin talebine rağmen onu sözleşmeden yararlandırmaması da mümkün değildir³³. Yararlanmanın başlaması için işçinin dayanışma aidatı ödeme taahhüdünü içeren bildirim yeterli olup; bunun dışında, aidatın kesilmesi veya sendikaya ödenmesi gibi şartlar aranmaz. Zira işçinin dayanışma aidatıyla yararlanması yasadan doğan bir yenilik doğuran hak niteliğindedir. Yine yararlanma talebi, işçi ile işveren arasındaki ilişkinin, aidatın ödenmesi ise işçi sendikası ve işveren arasındaki ilişkinin konusudur³⁴.

Toplu iş sözleşmesinden geriye etkili olarak yararlanabilmek için, yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında bildirim yapılmış olması şarttır. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda işçinin yapacağı bildirimle dayanışma aidatından yararlanabileceğine ilişkin hükmün tamamını değil, imza tarihinden önce yapılan bildirimlerin imza tarihinde hüküm doğuracağına ilişkin cümlesini iptal etmiştir. Yeni durumda işçi, yürürlük tarihinden önce talepte bulunmuşsa yürürlük tarihinden veya imza tarihinden önce ancak yürürlük tarihinden sonra talepte bulunmuşsa talep tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir. Nitekim Kanunun dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmeden yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olacağına ilişkin hükmü halen yürürlüktedir (md. 39/4).

İşçi, yararlanma bildiriminin hangi tarihten itibaren sonuç doğuracağına kendisi karar verebilir, yararlanma bildiriminde hangi tarihten itibaren toplu iş

³¹ Gerek, s. 142; Özkaraca, Dayanışma Aidatı, s. 14.

³² Başbuğ ve Yücel Bodur, s. 356.

³³ Ekmekçi, s. 393; Sur, Toplu İlişkiler, s. 353; Murat Kandemir, “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, 2013, (39), Çalışma ve Toplum, s. 186.

³⁴ Özkan, s. 960; Subaşı, Yararlanma, s. 185; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 314.

sözleşmesinden yararlanmak istediğini açıkça ifade edebilir³⁵. Yararlanılmak istenen dönemin, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içerisinde olması şartıyla, bildirimim imza tarihinden önce veya sonra istenilen tarihte yapılması mümkündür. Ancak bildirimim imza tarihinden sonraki bir tarihte yapılmış olması halinde artık toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili olarak yararlanılamaz³⁶. Öte yandan toplu iş sözleşmelerinde aksi öngörülmediği müddetçe dayanışma aidatlarının geriye dönük olarak bildirim tarihinde topluca ödenmesi suretiyle dahi yararlanmanın bildirim tarihinden önceki bir tarihe çekilmesi mümkün değildir. Nitekim uygulamada, dayanışma aidatıyla yararlanma, muhasebe gerekleriyle en erken işçinin bildirimini izleyen ay başında başlamaktadır³⁷.

İptal kararı sonucunda, geçmişe etkili olarak yürürlüğe koyulan toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatıyla yararlanmanın en erken ne zaman başlayabileceği sorusunun da cevaplanması gerekir. Bu konuda varılacak sonuç toplu iş sözleşmesinin geriye etkili olarak yürürlüğe konulabileceği yasal sınıra paraleldir. Buna göre sözleşmenin yürürlük tarihi daha önceki toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten daha geriye götürülemez (md. 35/4). Bu durumda işçinin sonraki tarihli toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden önce işverene yararlanma bildiriminde bulunmuş olması halinde, sendika üyesi işçiler gibi yürürlük tarihinin başından itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkündür.

Eski toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminin bir geriye götürme sınırı olarak belirlenebilmesi için art arda yapılmış toplu iş sözleşmelerinin varlığı şarttır. Böyle bir durumun bulunmaması halinde ise amaca uygun yorum yöntemiyle sonuca varılmalıdır. Toplu iş sözleşmelerinin geriye yürütülmesindeki amaç, yetki ve toplu görüşme süreçlerinde meydana gelen gecikmenin neden olduğu hak kaybının önüne geçilmesidir. Bizim de katıldığımız görüşe göre toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi en erken yetki başvurusu tarihine kadar geriye götürülebilir³⁸. Dolayısıyla, sendika üyesi işçilerle benzer şekilde, yürürlük tarihi en çok yetki başvurusu tarihine kadar geriye götürülebilen toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatıyla bu

³⁵ Subaşı, Yararlanma, s. 193; Talat Canbolat “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler”, 2002, 6(4), Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş, s. 174.

³⁶ Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 313.

³⁷ Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s. 458; Özkaraca, Geriye Etki, s. 187; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 313.

³⁸ Ekmekçi, s. 324; Özkaraca, Geriye Etki, s. 48; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 339.

tarihten itibaren yararlanmak mümkün olmalıdır. Elbette sendikalı işçilerden farklı olarak dayanışma aidatı ile yararlanmak isteyen işçinin yetki başvurusu tarihinde işverene yararlanma talebine ilişkin bildirim yapmış olması şarttır.

2. Dayanışma Aidatı Ödeme Yükümlülüğünün Başlangıcı

İptal kararı sonrasında cevap bulunması gereken tek soru dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmanın hangi tarihte başlayacağı değildir. Bu konuda ortaya çıkan asıl problem, işçinin işverene yaptığı yararlanma bildiriminin neticesinde meydana gelen hukuki durumdur. Bu noktada bildirimle birlikte temelde işveren, sendika ve işçi taraflarının içinde bulunacakları durumun hukuki niteliği ve bu ilişkiden doğan borçların ödenme zamanı gibi sorunlara çözüm getirecek bir cevap bulunması gerekir.

Öğretide öne sürülen bir düşünceye göre; toplu iş sözleşmesinin imzasından önceki yararlanma talebine geçerlilik tanınması halinde işçi, henüz imzalanmayan bir toplu iş sözleşmesi için dayanışma aidatı ödemek zorunda kalabilecektir³⁹. Yine aynı görüşe göre, talep tarihinde dayanışma aidatı ödenmeye başlanmayacağı kabulü halinde dahi sonradan işçiden geçmişe ilişkin toplu dayanışma aidatı tahsili gerekecektir ve Kanunun bu yönetime cevaz verdiği söylenmesi pek mümkün değildir.

İptal kararına muhalif olan üyelerin sundukları karşı oy yazısında, toplu iş sözleşmesinin ileride imzalanıp imzalanmayacağı belli olmadığına işaret edilmiştir. Ayrıca dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın, sendikalar hukukunun üyeliği esas alan temel anlayışına aykırı sonuç çıkaracağı ifade edilmiştir. Yine muhalif üyeler, öğretideki görüşe benzer şekilde geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatlarının ödenmesi zorunluluğunun ortaya çıkaracağı sorunlara dikkat çekmişlerdir⁴⁰.

İşçinin dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebine ilişkin imza tarihinden önceki bildiriyle birlikte dayanışma aidatı ödeme borcunun doğduğunun ve hemen ödenmeye başlanması gerektiğinin kabulü halinde çözüm bulunması gereken çok sayıda sorunun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Salt bu yolun tercih edilmiş olması dahi başlı başına bir sorun teşkil eder. Zira işçinin henüz fiilen toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmaya başlanmadan aidat ödeme borcunun muaccel kılınmasının işçiyi ekonomik anlamda zor

³⁹ Narmanlıoğlu, *Toplu İlişkiler*, s. 454; Subaşı, *Yararlanma*, s. 192; Nuri Çelik, “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, 1986, 10(1), *Tühis*, s. 3.

⁴⁰ Bkz. Karşı Oy.

durumda bırakması çok muhtemeldir. Bu durumun olumsuz sendika özgürlüğü ile bağdaşmayacağı açıktır⁴¹. Yine işverenin check-off yöntemiyle işçinin ücretinden dayanışma aidatını kesip sendikaya gönderme yükümlülüğünün başlayıp başlamayacağı da cevap bulunması gereken başka bir soru olacaktır. Bu halde ayrıca sendikanın dayanışma aidatı alacağına hangi tarihten itibaren faiz işletilebileceği hakkında da bir belirleme yapmak gerekir⁴².

Dayanışma aidatının, yararlanma talebinin bildirilmesiyle birlikte muaccel olması fikrinden doğan bu sorunlar ileride imzalanması beklenen toplu iş sözleşmesinin imzalanıp imzalanmamasına ve yürürlük tarihinin hangi tarihe kadar geri götürüldüğüne bakılmaksızın gündeme gelecek mutlak problemlerdir. Bunların yanında beklenen toplu iş sözleşmesinin işçi sendikasının yetkisinin düşmesi nedeniyle imzalanamaması veya imzalanan toplu iş sözleşmesinde belirlenen yürürlük tarihinin işçinin yararlanma talebini bildirdiği tarihten daha ileri bir tarih olması halinde ortaya farklı sorunların çıkması da mümkündür.

Toplu iş sözleşmesinin hiç imzalanamaması halinde işçinin, sendikanın yetkisinin düştüğü tarihe kadar ödemiş olduğu dayanışma aidatlarının iadesinin mümkün olup olmadığı, iadenin hangi hukuki temele dayanacağı gibi sorunlar meydana gelir. İmzalanan toplu iş sözleşmesinde yürürlük tarihinin işçinin yararlanma talebini bildirdiği tarihten daha ileri bir tarih olması halinde de benzer şekilde işçinin yürürlük tarihinden önceki dönem için ödemiş olduğu dayanışma aidatlarının kendisine geri verilip verilmeyeceği ve geri verilmesi halinde bu iade borçları için hangi tarihten itibaren faiz talep edilebileceği de ayrıca cevaplandırılması gereken sorunlardır⁴³. Yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanılmasına ilişkin işçinin bildiriminin ve bu bildirim neticesinde doğan ilişkinin hukuki niteliğinin doğru şekilde tespit edilmiş olması halinde bahsi geçen sorunların tamamının aşılabilmesi mümkündür.

Kanımızca dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı, işçiye tanınmış bir yenilik doğuran hak niteliğindedir. Hak sahibi tarafından kullanıldığında, yeni bir hukuki ilişkiyi doğuran, mevcut

⁴¹ Özkaraca, Dayanışma Aidatı, s. 15.

⁴² Sendika üyelik aidatlarında faiz başlangıcına ilişkin bkz. Fevzi Şahlanan "İşverenin Sendika Aidatlarını Kesme Yükümlülüğü ve Faiz Başlangıcı", 2016, (110), *Tekstil İşveren Dergisi*, s. 2 vd.

⁴³ Özkaraca, Geriye Etki, s. 195.

hukuki ilişkiyi değiştiren veya sona erdiren haklara yenilik doğuran haklar denir⁴⁴. Yine yenilik doğuran hakların geçerli bir biçimde kullanılabilmesi için irade açıklamasının yöneltildiği kişinin onayı veya bir irade açıklaması da aranmaz⁴⁵. Nitekim işçinin sahip olduğu bu hak, onun tek tarafı ve işverene varması gerekli irade beyanıyla kullanılır. Bu bildirim hüküm ve sonuçlarını doğurması işverenin onayına bağlı değildir⁴⁶. İşçinin yararlandırma talebini içeren bildirim işverenin hakimiyet alanına varmasıyla yararlanma ilişkisi Kanun gereği kendiliğinden doğar (md. 39/4). Söz konusu özelliklerin tümü, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkında da mevcuttur.

İşçinin kurucu yenilik doğuran bildiriyle meydana gelen hukuki ilişki, işçinin dayanışma aidatı borcunu, işverenin ise işçiyi toplu iş sözleşmesinden yararlandırma borcunu doğurur. Ancak bu borçların muaccel olması toplu iş sözleşmesinin imzalanmış olması koşuluna bağlıdır. Bu açıdan ileride imzalanması muhtemel toplu iş sözleşmesi, yararlanma ilişkisi bakımından “kurucu geciktirici koşul” niteliğindedir. Yararlanma ilişkisinin doğrudan kanundan doğan geciktirici koşula bağlı bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmesi halinde geriye etkili olarak yararlanmada karşılaşılabilecek birçok husus, sorun olmaktan çıkacaktır.

İşçinin yararlanma bildirimini geciktirici koşula bağlı işlem olarak kabul edilmesi, yenilik doğuran hakların kural olarak koşula bağlı kullanılmama özelliğini akla getirmektedir. Yenilik doğuran hakların kural olarak koşula bağlı kullanılmayacağına ilişkin görüşün dayanağı, koşulun muhatap aleyhine bir hukuki belirsizlik yaratması ihtimalidir⁴⁷. Başka bir deyişle muhatabın menfaatinin zarar görmeyeceği yahut korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı, koşulun muhatabın iradesine bağlı olduğu durumlarda yahut doğrudan kanunla düzenlenen hallerde, yenilik doğuran haklar koşula bağlı

⁴⁴ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayıncılık, 2005, s. 57.

⁴⁵ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 18. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014, s. 22.

⁴⁶ Yenilik doğuran haklar hakkında bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2020, s. 63 vd.; Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 87 vd.

⁴⁷ Buz, s. 258-259; M. Kemal Oğuzman, *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi*, İstanbul, 1955, s. 127; Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, *İş Kanunu Şerhi Cilt 1*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Legal Kitabevi, 2013, s. 502; Gaye Baycık, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, 2011, s. 260.

olarak kullanılabilir⁴⁸.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkının muhatabı işverendir. İşçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı ve olumsuz sendika özgürlüğü karşısında işverenin bu konuya ilişkin korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hakkın geciktirici koşula bağlı olarak kullanılmasının mümkün olduğu söylenebilecektir. Nitekim Yargıtay da yenilik doğuran hak niteliğindeki çalışma koşullarında esaslı değişiklik feshinin koşula bağlı olarak yapılabilmesi yönünde kararlar vermektedir⁴⁹.

Yararlanma talebine ilişkin bildirim yapıldığından toplu iş sözleşmesinin imzalandığı ana kadar işçinin ve işverenin borçları askıdadır. Geciktirici koşula bağlı hukuki işlemler yapıldıkları andan itibaren tarafları bağlar ancak askı süresi boyunca borçlar muaccel olmaz. Koşul henüz gerçekleşmediğinden, borcun talep ve dava edilmesi söz konusu olmaz⁵⁰. Bu sayede işçinin dayanışma aidatı ödeme borcu toplu iş sözleşmesinin imza tarihinde muaccel olacak, işverenin yararlanma talebiyle birlikte check-off yöntemine başvurarak aidat kesintisi yapıp yapmayacağı meselesi tartışma konusu olmayacaktır. Toplu iş sözleşmesinin imzalanması ile işçinin talep tarihi ile toplu iş sözleşmesinin imza tarihi arasındaki süre için dayanışma aidatlarının işverence check-off usulüyle kesilip taraf sendikanın hesabına yatırılması gerekecektir. Yine sendikanın dayanışma aidatı alacağına ilişkin faiz alacağının başlangıcı da iptal kararının öncesindeki durumdan farksız olacaktır. Nitekim bu durumda toplu iş sözleşmesinde aksi öngörülmediği müddetçe imza tarihinden sonra bir ay içinde ödenmeyen dayanışma aidatı alacağına bu tarihten itibaren işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz işletilir (md. 18/3).

Geciktirici şarta bağlı hukuki işlem teorisinin kabulü halinde, beklenen toplu iş sözleşmesinin sendikanın yetkisinin düşmesi nedeniyle yapılamaması veya yürürlük tarihinin işçinin yararlanma bildiri ile imza tarihi arasında olması da sorun teşkil etmeyecektir. Zira geciktirici koşulun gerçekleşmesinin

⁴⁸ Baycık, 261-262; Buz, s. 259-261; Kılıçoğlu ve Şenocak, s. 502.

⁴⁹ Yarg. 9. HD. 28.01.2010 Tarih, E. 2008/14809, 2010/1480 K. sayılı kararı, <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 23.6.2021.

⁵⁰ Eren, s. 1301; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 518.

imkansızlaşması, tarafları hukuki işlemle bağlı kalmaktan kurtarır⁵¹. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinin hiç imzalanmaması ihtimalinde işçinin herhangi bir dayanışma aidatı ödeme borcundan bahsedilemeyecektir. Toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin, işçinin yararlanma bildirimini ile toplu iş sözleşmesinin imza tarihi arasında bir tarih olarak belirlenmesi halinde ise işçinin yararlanma bildirimini ile yürürlük tarihi arasındaki dönem için dayanışma aidatı borcundan söz edilemez.

Kanuna göre toplu iş sözleşmesinin yürürlük ve imza tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren sendika üyesi işçiler iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir (md. 39/3). Kanımızca bu düzenleme, sendika üyesi olmayan işçilerin yararlanma taleplerinin imza tarihi itibarıyla geçerli olacağı varsayımına dayanmaktadır. İptal kararı neticesinde kanımızca bu hüküm dayanışma aidatı ödemeyi taahhüt ederek yararlanma talebinde bulunan ancak imza tarihinden önce iş sözleşmesi sona eren sendika üyesi olmayan işçiler için de kıyasen uygulanmalıdır.

3. Dayanışma aidatının tahsili

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının sonuçları arasında dayanışma aidatı ödeme yükümlüğünün başlangıcının tespiti yanında aidatın tahsilinin ne şekilde yapılacağı da incelenmesi gereken bir diğer husustur. Kanunun 18. maddesinin ikinci fıkrasına göre yetkili işçi sendikasına ödenecek üyelik ve dayanışma aidatları, işçinin ücretinden kesilmesi suretiyle ödenir. Bir diğer deyişle yetkili işçi sendikasının aidat alacakları kaynakta kesinti (check-off) usulüyle işverence ödenir⁵².

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı neticesinde toplu iş sözleşmesinin geriye etkili olarak yürürlüğe konulması halinde de dayanışma aidatı ödeyerek geçmişe etkili olarak yararlanmanın mümkün olduğuna yukarıda değinmiştik. Ancak nimet-külfet dengesi içerisinde, taraf işçi sendikasına üye olmayan işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması karşısında sendikaya dayanışma aidatı olarak belirlenen miktarın da ödenmesi gerekir. Aksi düşünce taraf sendika üyesi olmayan işçilerin, üye işçilere göre daha avantajlı konuma getirilmelerine ve hiçbir külfete katlanmadan toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarına neden olabilecektir. Bu nedenle dayanışma aidatı ödeyerek yararlanacak işçilerin ücretlerinden işverence dayanışma aidatlarının kesilerek

⁵¹ Eren, s. 1310.

⁵² Özkan, s. 960; Subaşı, Yararlanma, s. 186; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 314.

taraf sendikaya ödenmesi gerekmektedir.

Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçinin talebini, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra işverene iletmesi halinde aidatın tahsili bakımından herhangi bir sorun oluşmamaktadır. Zira bu halde yararlanma ileriye dönük olarak gerçekleşeceğinden, dayanışma aidatı da bir sonraki ücret ödeme tarihinde işçinin ücretinden kesilerek sendikaya gönderilecektir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı bu konuda herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır.

Bununla birlikte toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin imza tarihinden daha önceki bir tarihe çekilmiş olması halinde durum bu kadar net değildir. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere, Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla dayanışma aidatıyla imza tarihinden önceki süreler için de toplu iş sözleşmesinden yararlanmak artık mümkün hale gelmiştir. Toplu iş sözleşmesinin imzasının dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma için kurucu geciktirici koşul olarak değerlendirilmesi halinde işçinin ücretinden, toplu iş sözleşmesi imzalanana kadar herhangi bir kesinti yapılmayacaktır. Toplu iş sözleşmesinin imzalanmasıyla dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma ilişkisi geçerli olarak sonuçlarını doğuracağından, işçinin imza tarihinden önce yararlanacağı döneme ilişkin dayanışma aidatlarının da ücretinden kesilerek taraf işçi sendikasına gönderilmesi gerekecektir.

Toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihi izleyen ödeme döneminde, işveren tarafından işçinin ücretinden geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatlarının toplu olarak kesilerek taraf işçi sendikasına yatırılması gerekecektir. Bu kesintinin miktarının ne kadar fazla olacağı bir önem teşkil etmeyecektir. Zira bu halde işçinin geçmiş dönem parasal hakları, dolayısıyla ücret ve ikramiye artışları kendisine toplu olarak ödeneceğinden, uygulamada işçinin elde edeceği menfaat kesintiden fazla olacaktır.

Dayanışma aidatı kesintisi, bir haciz, devir veya temlik işlemi olmadığından İş Kanunu madde 35'te öngörülen dörtte birlik haciz yasağı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Keza bu kesintiler İş Kanunu madde 38 kapsamında ücret kesme cezası olarak da değerlendirilemeyecektir. 6356 sayılı Kanun, dayanışma aidatının miktarı konusunda yalnızca üyelik aidatını geçemeyeceğini düzenlemiştir. Üyelik aidatı da eski Kanun'un aksine⁵³

⁵³ 2821 sayılı Kanun'un 23. maddesinin ikinci fıkrasındaki işçinin sendikaya ödeyeceği aylık üyelik aidatı tutarı, bir günlük çıplak ücretini geçemeyeceğine ilişkin hüküm 6356 sayılı

herhangi bir tavana bağlı olmaksızın tüzükte belirleneceğinden, işçinin geriye dönük yararlanma için ücretinden kesilecek dayanışma aidatının miktarı konusunda herhangi bir tavan mevcut değildir. Ancak uygulamada bu miktarların işçinin geriye dönük elde edeceği menfaatlerden düşük olması muhtemeldir.

Yürürlüğü geriye götürülen toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için işçinin ücretlerinden kesilecek toplu dayanışma aidatı konusunda işçiden onay veya izin alınmasına gerek yoktur. Zira dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebi, aynı zamanda dayanışma aidatı ödeme taahhüdünü de içermektedir⁵⁴. Bu nedenle kesilecek miktar ne kadar fazla olursa olsun işçinin onayına gerek bulunmaz.

İşçinin, geriye dönük toplu olarak kesilecek dayanışma aidatının ücretinden parça parça kesilmesini talep edip edemeyeceğinin de değerlendirmesi gereken bir husus olduğu kanısındayız. İşçinin ücretinden dayanışma aidatının kesilerek sendikaya ödenmesi Kanun'un 18. maddesiyle işverene yüklenmiş bir sorumluluktur. Bu bağlamda işçinin ücretinden kesinti yapılarak bir ay içerisinde sendikaya ödenmemesi halinde taraf sendika, işletme kredilerine uygulanan en yüksek faizle birlikte bunu işverenden talep edebilir. Bu bağlamda işçinin bu konuda bir sorumluluğu bulunmadığı gibi söz hakkı da bulunmamaktadır.

Durum bu olmakla birlikte işçinin işverenle, geçmişe dönük dayanışma aidatlarının ücretinden ay ay kesilmesine dair bir anlaşma yapması mümkündür. Yetkili sendika bu anlaşmaya rağmen dayanışma aidatının, ücret ödeme gününden itibaren bir ay içerisinde toplu olarak kendisine ödenmesini talep edebilir. Bu halde işveren, söz konusu anlaşmaya dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Böyle bir anlaşma ancak işçi ve işveren arasındaki iç ilişkiye etkilidir.

İşçinin, taraf işçi sendikasıyla dayanışma aidatlarının parça parça kesilmesine ilişkin yapacağı anlaşmanın ise işverence onaylanmasına bağlı olacağı kanısındayız. Zira dayanışma aidatlarını keserek işçi sendikasına

Kanun'a alınmamıştır. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Esener ve Bozkurt Gümürkçüoğlu, s. 205-206; Sur, Değerlendirme, s. 332-333; Fevzi Şahlanan, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", 2013, (39), Çalışma ve Toplum, s. 110, 118-119; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 109 vd.

⁵⁴ Toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak için işçinin dayanışma aidatı ödeme taahhüdünde bulunmasının yeterli olduğuna dair Özkan, s. 960; Subaşı, Yararlanma, s. 186; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 314-315.

göndermek işverenin sorumluluğundadır. İşveren bu anlaşmaya katılmadıkça, anlaşmanın varlığından haberdar olsa dahi işçinin ücretinden dayanışma aidatlarını toplu olarak kesmesi halinde, işçinin işverenden herhangi bir talep imkânı bulunmayacaktır. Zira bu durumda işveren kanuni yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Ancak işçi ile taraf sendika arasındaki anlaşmanın işverence onaylanması halinde artık işveren, aidatları parça parça keserek işçi sendikasına gönderebilecektir. Bu noktadan sonra artık taraf işçi sendikasının, işverenden dayanışma aidatlarının toplu olarak kendisine gönderilmesini de talep edemeyeceği kanısındayız.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, 30.12.2020 tarih, 2020/57 esas ve 2020/83 karar sayılı kararıyla 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "*İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur*" şeklindeki 39. maddesinin 4. fıkrasının son (dördüncü) cümlesinin Anayasa'nın 13, 51 ve 53. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Söz konusu hükmün olumsuz sendika özgürlüğüyle bağdaşmadığı, iptal kararının temel gerekçesini oluşturmaktadır.

Olumsuz sendika özgürlüğünün tesisinin araçlarından olan dayanışma aidatı, taraf sendikaya üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını sağlayan en temel imkandır. 2822 sayılı Kanun döneminde uyuşmazlık konusu yapılan dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geriye götürülen yürürlük süresi içerisinde yararlanmanın mümkün olup olmadığı hususu, 6356 sayılı Kanun ile Yargıtay görüşüne uygun biçimde çözümlenmişti. Kanun'un 39. maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesiyle toplu iş sözleşmesinin imzasından önceki taleplerin imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracağı düzenlenmiş ve işçinin toplu iş sözleşmesinin imzasından önce dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunsa dahi, imza tarihinden önce toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenmiştir. Söz konusu hüküm öğretide olumsuz sendika özgürlüğüyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi önüne gelen hüküm oyçokluğuyla iptal edilerek toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak mümkün hale gelmiştir.

Olumsuz sendika özgürlüğü ile güçlü sendikacılık ilkesi ve dolayısıyla kolektif sendika özgürlüğü arasında hassas bir denge bulunmaktadır. Bu dengenin hangi noktada kurulacağı, özgürlükçü bir yaklaşımın benimsenmesi

ve sendikal tekelin önlenmesi ile güçlü sendikalar vasıtasıyla işçilerin kolektif haklarını savunmaları bakımından oldukça önemlidir. Her ne kadar olumsuz sendika özgürlüğü ile kolektif sendika özgürlüğü birbiriyile yarışır durumda olsa da biri olmadan öbürünün varlığını sürdürmesi mümkün değildir. Bu noktada dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili yararlanmanın engellenmesi, özgürlükçü ve çoğulcu anlayışla bağdaşmayan, sendikalar arasında haksız rekabete yol açan bir durumdu. İşte bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi yerinde bir kararla, olumsuz sendika özgürlüğü ve güçlü sendikacılık arasındaki dengenin olumsuz sendika özgürlüğü lehine yeniden tesisi için söz konusu cümlenin iptaline hükmetmiştir.

İptal kararının karşı oy gerekçesinde söz konusu hükmün iptalinin kolektif sendika özgürlüğünü zedeleyici bir yaklaşım olacağı ve uygulamada dayanışma aidatının tahsiline ilişkin birçok sorun çıkaracağı belirtilmiştir. Karşı oy gerekçesindeki kolektif sendika özgürlüğünün zedelenebileceği endişesi haklı olsa da demokratik toplum gereği çoğulcu bir anlayış benimsenerek dayanışma aidatı ödeyerek de toplu iş sözleşmesinden geriye etkili yararlanmanın mümkün olması gerektiği kanısındayız. Ayrıca karşı oy yazısındaki uygulamada çıkabilecek sorunların “kurucu geciktirici koşul” teorisiyle aşılabileceği kanısındayız.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla Kanun’un mevcut hali 2822 sayılı Kanun’daki düzenlemeye benzese de o dönemki Yargıtay yaklaşımının kabul edilemeyeceği kanısındayız. Eski Kanun dönemindeki Yargıtay kararlarında imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın mümkün olmadığı yönündeki yaklaşımın sürdürülmesi, iptal kararını göz ardı etmek anlamına gelecek ve bu anlayışın sürdürülmesi neticesinde de Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel hak ihlali kararları verilebilecektir. Bu nedenle artık dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili olarak yararlanma mümkün olmalıdır.

Taraf sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması, yararlanılacak dönem için taraf sendikaya dayanışma aidatı ödemesine bağlıdır. Toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak için imza tarihinden önce işverene talepte bulunan işçinin, toplu iş sözleşmesinin imzalanması ve yürürlük süresinin geriye götürülmesi halinde ücretinden dayanışma aidatının işverence kesilerek taraf sendikaya gönderilmesi gerekecektir. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma için toplu iş sözleşmesinin imzalanması kurucu geciktirici koşul niteliğindedir. Yani işçi, henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadan dayanışma

aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için işverenden talepte bulunması halinde dayanışma aidatı hemen o an ücretinden kesilmeyecektir. Bu halde işçi sendikası ile işveren tarafı arasında geçerli bir toplu iş sözleşmesi imzalanması halinde, işçinin sonraki ücret ödeme döneminde ücretinden, geriye dönük yararlanabileceği aya karşılık gelen dayanışma aidatı miktarı işverence toplu olarak kesilerek taraf sendikaya gönderilecektir. Keza işveren geçmiş dönem dayanışma aidatları için herhangi bir faizden de sorumlu olmayacaktır. Zira dayanışma aidatını keserek sendikaya gönderme borcu, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasıyla doğmakta ve takip eden ücret ödeme döneminden bir ay sonra muaccel olmaktadır.

İşçinin geriye dönük kesilecek dayanışma aidatının ücretinden parça parça tahsil edilmesine ilişkin talep hakkı bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu yönde işçi ve işverenin anlaşması iç ilişkide hüküm doğurur. Keza işçi sendikası ile işçi arasında bu yöndeki anlaşmanın işverence onaylanması veya işverenin bu anlaşmaya katılması halinde, bu anlaşmaya geçerlik tanımak gerektiği kanısındayız.

KAYNAKÇA

- Aktay A N, Toplu İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion Yayınları, 2019.
- Aktay A N, Arıcı K ve Senyen Kaplan E T, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, Gazi Kitabevi, 2011.
- Andaç F, “Dayanışma Aidatının Türk Sendikal Faaliyetleri İçindeki Yeri ve Önemi”, 1989, (3), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 47-58
- Antalya O G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Başbuğ A ve Yücel Bodur M, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınevi, 2021.
- Baycık G, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, 2011.
- Berki N, “Dayanışma Aidatı”, 1978, 35(1), AÜHFD, s. 447-455.
- Buz V, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayıncılık, 2005.

- Canbolat T, “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler”, 2002, 6(4), Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş, s. 163-201.
- Caniklioğlu N, “Henüz İmzalanmamış Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebi-Talebin Geçersizliği”, 2006, (2), Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 122-128.
- Çelik N, “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, 1986, 10(1), Tühis, s. 3-12.
- Çelik N, Caniklioğlu N ve Canbolat T, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Yayıncılık, 2020.
- Doğan İ, “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, 2010, (19), Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 100-105.
- Ekmekçi Ö, Toplu İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Esener T ve Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, Sendika Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Gerek N, “Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, 2009, (16), Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 137-143.
- Güler Ş, “Yargı Kararları Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, 2006, (Ağustos), Tühis, s. 76-91.
- Kandemir M, “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, 2013, (39), Çalışma ve Toplum, s. 167-214.
- Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 18. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014.
- Kılıçoğlu M ve Şenocak K, Prof. Dr. Turhan Esener’in Önsözüyle İş Kanunu Şerhi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Legal Kitabevi, 2013.
- Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku II – Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, Beta Yayıncılık, 2016, (Toplu İlişkiler).
- Narmanlıoğlu, Ü, “Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma (Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma)”, 1991, 15. Yıl Armağanı, s. 179-237.
- Oğuzman M K, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Cilt 1, Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1978 (İşçi-İşveren İlişkileri).
- Oğuzman M K, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.

- Oğuzman M K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Özkan S D, “Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma”, 2017, 43(4), Yargıtay Dergisi, s. 945-986.
- Özkaraca E, Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, Beta Yayıncılık, 2014, (Geriye Etki).
- Özkaraca E, “Benefiting From Collective Labour Agreement by Paying Solidarity Due”, 2018, 7(1), Journal of Business, Economics and Finance, s. 10-16 (Dayanışma Aidatı).
- Subaşı İ, “Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması”, 2009, (14), Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 172-207 (Yararlanma).
- Subaşı İ, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili”, 2013, (39), Çalışma ve Toplum, s. 209-246.
- Sur M, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, 2013, (39), Çalışma ve Toplum, s. 317-356 (Değerlendirme).
- Sur M, “Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri”, 2013, 15(Özel Sayı), DEÜHFD, s. 255-278 (Uluslararası Normlar).
- Sur M, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, 2019, (Toplu İlişkiler).
- Şahlanan F, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, 2013, (39), Çalışma ve Toplum, s. 110-142.
- Şahlanan F, “Geçmiş Bir Dönem İçin Yürürlüğe Konulmuş Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Yoluyla Değil, Sendikanın Onayı ile Yararlanabilme”, 2016, (107), Tekstil İşveren Dergisi, s. 2-8.
- Şahlanan F “İşverenin Sendika Aidatlarını Kesme Yükümlülüğü ve Faiz Başlangıcı”, 2016, (110), Tekstil İşveren Dergisi, s. 2-8.
- Tuncay A C ve Savaş Kutsal B, Toplu İş Hukuku, 7. Bası, Beta Yayıncılık, 2019.
- Tunçomağ, K ve Centel T, İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, 2015.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

İHMALİ SUÇ TEORİSİ

İzzet ÖZGENÇ*

ÖZ

İhmal, davranış normlarıyla ve dolayısıyla, hukuk kurallarıyla kişiye belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün tahmil edildiği hallerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir. İcraî davranışla ihmalî davranış arasındaki müştereklik, ancak normatif sahada kurulabilir; yani hukuk kurallarından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırılık ve dolayısıyla, bir haksızlık teşkil ettiği hususunda mevcuttur.

İhmalî davranış, kaynağını davranış normlarından ve dolayısıyla, hukuk kurallarından alan belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olarak tezahür etmektedir. Davranış normunun ve ilgili hukuk kuralının korumayı hedeflediği hukukî değer, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle, ihlâl edilmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, yani ihmalî; belli bir hukukî değer in ihlâlî mahiyetini taşıyacak ve dolayısıyla, bir haksızlık teşkil edecektir.

Davranış normlarından kaynaklanan bu icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesi, bir haksızlık teşkil eder. Bu haksızlıkların önemli bir kısmı, kanunlarda suç olarak tanımlanmıştır.

Hatta, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda, örneğin bir insan yaralanmış, sağlığı bozulmuş ve hatta ölmüş olabilir; bir başkasının malına zarar verilmiş olabilir.

Kanun koyucu, belli yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi neticesinde bir insan ölmüş veya yaralanmış olması hallerine ilişkin olarak Kanunda ayrı hüküm vaz'etmek suretiyle, esasen icraî davranışla işlenen bu suçların ihmalî davranışla da işlenebileceğini kabul etmektedir

Kişinin hukukî statüsünden veya kişiler arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklan teminat yükümlülüğü, ihmalî davranışla icraî davranışın eşdeğerliliğini sağlamaktadır. Bu eşdeğerlilik dolayısıyla ki, teminat yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeyen kişi, ilgili suçun faili olarak sorumlu tutulmaktadır.

İşbu çalışmada, doktriner görüşler dikkate alınarak ve özellikle uygulamadan örnekler gösterilerek çeşitli suçlar bağlamında ihmalî davranış dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD/ ANKARA, e-posta: oezgenc@gmail.com

ORCID : 0000-0002-1805-8572

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018770

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/09/2021

incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Fiil, icraî davranış, ihmalî davranış, teminat yükümlülüğü, gerçek ihmalî suç, görünüşte ihmalî suç

THEORY OF CRIMINAL OMISSIONS

Abstract:

The omission is the failure of the person to fulfill his/her obligation in cases where the norms of behavior and therefore the rules of law impose a duty to perform a certain positive act on a person. The commonality between positive acts and omissions can only be established in the normative field. In other words, there is a violation of a duty arising from the rules of law and therefore an injustice.

An omissive act is the failure to fulfill a duty to perform a certain positive act that derives from the norms of behavior and therefore the rules of law. The legal value that the norm of behavior and the relevant legal rule aims to protect is violated because this duty is not fulfilled. Failure to fulfill this duty, that is its omission, means a violation of a certain legal value and constitutes an injustice.

The mere non-fulfillment of this duty to perform a positive act arising from the norms of behavior constitutes an injustice. A significant part of these injustices is defined as crimes in laws.

As a result of not fulfilling the duty to perform a certain positive act, for example, a person may be injured, his/her health deteriorated or even die or someone else's property may be damaged.

The legislator has made a separate provision in the Law regarding the death or injury of a person as a result of not fulfilling the duty to perform a certain positive act, and has accepted that these crimes, which are essentially committed with positive acts, can also be committed by omissions.

The duty of care arising from the legal status of the person or the legal relationship between the persons makes the omission equivalent to a positive act. Because of this equivalence, the person who does not fulfill the duty of care is held responsible as the perpetrator of the relevant crime.

In this study, criminal law responsibility due to omissions in the context of various crimes has been examined by considering doctrinal views and especially by showing examples from practice.

Key Words: Act, positive act, omission, duty of care, genuine omission offense, derivative omission offense

Giriş

İhmal, davranış normlarıyla ve dolayısıyla, hukuk kurallarıyla kişiye **belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün** tahmil edildiği hallerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesidir. Bu nedenledir ki; insan davranışının ontik vasıfları itibarıyla; bir başka ifadeyle, davranışın oluşum şekli itibarıyla; icraî davranışla ihmalî davranış arasında bir müştereklik söz konusu değildir¹. Bu iki davranış tarzı arasındaki müştereklik, normatif sahada, yani bu icraî veya ihmalî davranışın, hukuk kurallarından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırılık ve dolayısıyla, bir haksızlık teşkil ettiği hususunda mevcuttur².

İhmalî davranış, kaynağını davranış normlarından ve dolayısıyla, hukuk kurallarından alan **belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün** yerine getirilmemesi olarak tezahür etmektedir. Davranış normunun ve ilgili hukuk kuralının korumayı hedeflediği hukukî değer, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle, ihlâl edilmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, yani ihmalî; belli bir hukukî değer in ihlâlî mahiyetini taşıyacak ve dolayısıyla, bir haksızlık teşkil edecektir.

Davranış normlarından kaynaklanan bu *icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün* salt yerine getirilmemesi, bir haksızlık teşkil eder. Bu haksızlıkların önemli bir kısmı, TCK’da suç olarak tanımlanmıştır. Örneğin, kişinin,

- yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye yardım etmemesi ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmemesi (m. 98, f. 1),

¹ Kunter, ihmalî davranışın da, icraî davranış gibi, “*maddi bir varlığı olduğu kanaatinde*”dir (KUNTER, Nurullah: *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket - Netice - Sebebiyet Alâkası)*, İstanbul, 1954, sh. 34). Yurtlu da, ihmalî davranışın icraî davranış gibi ontik yapısının olduğu kanaatindedir: YURTLU, Fatih, *İhmalî Suçlar*, henüz yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kasım 2020, sh. 76 vd., 172 vd.; YURTLU, Fatih: *Suç Teorisi Bakımından İhmalî Suçların Yapısı*, in: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 25, sayı 3, Temmuz 2021, sh. 589 vd. Genel olarak hareket kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. DURSUN, Selman: *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi*, Ankara, Eylül 2021.

² ÖZGENÇ, İzzet: *Suçta İştirakin Hukukî Esası ve Faillik*, İstanbul 1996, sh. 159 vd.; İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsün/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ÜNVER, Yener: *Suç Teorisi, Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler; Suçun Yapısal Unsurları, Suçun özel Oluşum Biçimleri*, 2. Kitap, 3. bası, İstanbul 2004, sh. 60 vd. Farklı bir değerlendirme için bkz. YURTLU, Doktora Tezi, sh. 76 vd., 172 vd.

- kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşyayı iade etmemesi veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmemesi (m. 160),
- bir hukukî ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın, esasında suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili mercilere vakit geçirmeksizin bildirimde bulunmaması (m. 166),
- akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi (m. 175),
- inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında gerekli olan tedbirleri almaması (m. 176),
- gözetimi altında bulunan hayvanı kontrol altına almada ihmal göstermesi (m. 177),
- herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymaması (m. 178),
- işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmemesi (m. 278, f. 1, 2),
- kaçak olan tutuklu veya hükümlüyü bildirmemesi (m. 284, f. 1),
- bir suça ait delillerin saklandığı yeri bildirmemesi (m. 284, f. 2).

Keza, kamu görevlisinin,

- kişinin hatasından yararlanarak, kendisine veya başkasına yarar sağlaması (m. 250, f. 3),
- denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine imkân sağlaması (m. 251, f. 2),
- görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması (m. 257, f. 2),
- kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de, yetkili mercilere bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi (m. 279, f. 1),
- sulh zamanında seferberlikle ilgili görevlerini ihmal etmesi veya geciktirmesi

(m. 324),

bir yükümlülüğün salt yerine getirilmemesi olarak, suç teşkil etmektedir.

Kanunda *serbest hareketli suç* olarak tanımlanmış olan suçlar, icraî davranışla işlenebileceği gibi, ihmalî davranışla da işlenebilir. Taksirle ölüme sebebiyet verme (m. 85), taksirle yaralamaya sebebiyet verme (m. 89), terk (m. 97, f. 1), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m. 109, f. 1), konut dokunulmazlığının ihlâlî (m. 116, f. 1) ve zimmet (m. 247), bu suçlara örnek olarak gösterilebilir.

Çok hareketli suç niteliği taşıyan dolandırıcılıkta, suçu oluşturan icra hareketlerinden *hile*, icraî davranışla gerçekleştirilebileceği gibi, ihmalî davranışla da gerçekleştirilebilir (m. 157).

Belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda, örneğin bir insan yaralanmış, sağlığı bozulmuş ve hatta ölmüş olabilir; bir başkasının malına zarar verilmiş olabilir.

Sözünü ettiğimiz bu neticelerin meydana gelmesi halinde, başlı başına bir haksızlık teşkil eden ihmalî davranışın niteliğinde bir değişiklik meydana gelmemektedir.

Örneğin, bir yangın felaketinin vukuunda bu yangına müdahale edip kontrol altına almakla yükümlü olan itfaiye görevlileri, müdahale etme imkânına sahip olmalarına rağmen, kasten yangına müdahale etmezler. Bu durumda iki ihtimalle karşılaşabiliriz:

Birinci ihtimal: İtfaiye görevlilerinin yükümlülüklerini kasten yerine getirmemelerine rağmen; sair şahısların yangına müdahale etmesi sonucu veya başka bir sebeple, yangında meselâ can kaybı önlenmiş olur. Bu durumda bir can kaybı meydana gelmez. Ancak, vuku bulan yangına müdahale etmekle yükümlü olan görevliler, bu yükümlülüklerini kasten yerine getirmezler.

İkinci ihtimal: İtfaiye görevlilerinin yangına müdahale yükümlülüklerini kasten yerine getirmemeleri neticesinde; çıkan yangında can kaybı meydana gelir.

Dikkat edilirse, itfaiye görevlileri, yangına müdahale edip kontrol altına alma hususundaki yükümlülüklerini bu iki ihtimalde de kasten yerine getirmezler. Dolayısıyla; ihmalî davranışta bulunma bakımından, bu ihmalî davranışta bulunurken fail(ler)in içinde bulunduğu manevi durum bakımından her iki ihtimal arasında bir farklılık mevcut değildir. Bir başka ifadeyle; her iki ihtimalde de ihmalî davranışın gerçekleştirilişi bakımından bir *nitelik farkı mevcut değildir*.

Bu iki ihtimal arasındaki fark, gerçekleşen *netice bakımındandır*. Birinci ihtimalde can kaybı olmamış; ikinci ihtimalde ise, insan ölmüştür. Fakat bu netice farklılığı, ihmalî davranışın hukukî niteliğinde bir değişikliği gerekli kılmaz.

Ancak, kanun koyucu, belli yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi neticesinde bir insan ölmüş veya yaralanmış olması hallerine ilişkin olarak Kanunda ayrı hüküm vaz'etmek suretiyle, esasen icraî davranışla işlenen bu suçların ihmalî davranışla da işlenebileceğini kabul etmektedir (m. 83, 88).

Teminat yükümlülüğü (garantörlük)³ olarak ifade ettiğimiz, kişinin koruma ve gözetim yükümlülüğünü, belirli bir konuya yönelik tehlikenin önlenmesi yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi sonucunda oluşan neticeden dolayı ceza hukuku bakımından sorumlu tutulduğu durumlarda **görünüşte ihmalî suç** söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, kişinin belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğüne rağmen, kişinin ortaya çıkabilecek veya çıkan neticeyi önleme hususunda teminat yükümlülüğünün bulunmadığı veya herhangi bir neticenin gerçekleşmesine gerek bulunmayan durumlarda ise, **gerçek ihmalî suç** söz konusudur.

Görünüşte ihmalî suç, esasen icraî bir davranışla işlenebilen suçtur. Ancak, kişi belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunduğu için, bu neticenin oluşumuna kendisi neden olmasa bile, bunun oluşumunu engellememiş olması halinde, ihmalî davranışla bir suç işlemiş kabul edilmektedir. Meselâ, bir itfaiye görevlisi çıkan yangını söndürmek hususundaki yükümlülüğünü kasten yerine getirmez ve binada bulunan bir yaşlı kişi bu nedenle ölürse, kasten öldürme suçunu ihmalî davranışla işlemiş olur. Keza, acil tıbbî müdahaleye ihtiyaç duyan bir hastaya görevli tabip tarafından gerekli tıbbî müdahalede kasten bulunulmaz ve netice olarak hasta ölür ise, ihmalî davranışla işlenmiş olan bir kasten öldürme suçunu söz konusu olur.

Ceza kanununun özel kısmındaki suç tanımları, hırsızlık konusu eşyayı almak, bir insanı öldürmek veya yaralamak gibi kural olarak ancak icraî davranışla

³ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri*, Ankara, Şubat 2003, sh. 111 vd.; aynı yazar: *Kasten Öldürme Suçları*, TCK 81-82-83, 2. bası, Ankara, 2007, sh. 77 vd.; aynı yazar: *İhmalî Suçlar*, in: *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Ağustos 2007, sayı 4, sh. 141 vd.; ERBAŞ, Rahime: *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük*, İstanbul 2019, sh. 179 vd.; YURTLU, Doktora Tezi, sh. 184, dn. 651; sh. 197, dn. 694.

işlenebilir. Bu suçların belli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak ihmalî davranışla da işlenebileceğinin kabulü için, suçta kanunilik ilkesinin gereği olarak, kanunî düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu bağlamda bazı ülke ceza kanunlarında genel hükümler kısmında genel bir düzenleme yapılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır.⁴ Bu şekilde düzenleme yapılan kanunların uygulanmasında, örneğin kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bakımından sorun çözülmüş görünmektedir. Ancak, bu kanunlar bakımından özel hükümler kısmında tanımlanan ve icraî davranışla işlenebilen hangi suçların ihmalî davranışla da işlenebileceğinin kabulünde yine de sorunlarla karşılaşmıştır.

Bu tartışmalı durumun önüne geçmek için, yeni TCK'nın "Genel Hükümler" başlıklı Birinci Kitabında ihmalî suçlarla ilgili genel bir düzenleme yapılması yoluna gidilmemiş; çeşitli özel suçlar bağlamında suçun ihmalî davranışla işlenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. TCK bakımından benimsenen bu sisteme de doktrinde eleştiri yöneltilmiştir.⁵ Kanunî tanımında ihmalî davranışla da işlenebileceğine dair hüküm bulunmayan suçlar bakımından sorun olabileceği eleştirisinde bulunulmuştur.⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, doktrindeki bu tartışmaya rağmen, uygulamada bu bağlamda henüz somut bir sorunla karşılaşmamıştır. Görünüşte ihmalî suçlara ilişkin doktriner açıklamaların kasten öldürme ve yaralama suçları bağlamında yapıldığına özellikle işaret etmek gerekir. Görünüşte ihmalî suçlara ilişkin hükümlere ilgili suç tanımları bağlamında yer verilmesinin ortaya çıkardığı en önemli sonuç, aşağıda örnekleriyle açıkladığımız üzere, gözetim yükümlülüğünün ihlâl edilmesi halinde, bir başkasının işlediği icraî suça ihmalî davranışla iştirakte sorumluluk (iştirak) statüsünün belirlenmesinde karşımıza çıkmaktadır.

Görünüşte ihmalin cezalandırılabilirliği açısından en önemli sorun; sadece *neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişinin (teminat yükümlüsünün, garantörün)* fail olabileceğinin⁷ hukukî izahıdır. Görünüşte

⁴ Almanya CK, "Begehen durch Unterlassen" ("ihmal suretiyle icra") başlıklı § 13.

İsviçre CK, "Begehen durch Unterlassen" ("ihmal suretiyle icra") başlıklı m. 11.

Avusturya CK, CK, "Begehung durch Unterlassung" ("ihmal suretiyle icra") başlıklı § 2.

Ayrıca bkz. İspanya CK, m. 11; Polonya CK, m. 2.

⁵ Bkz. HAKERİ, CHD, Ağustos 2007, sh. 169; YURTLU, Doktora Tezi, sh. 273, 278, 283; aynı yazar, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2021, sh. 631 vd.

⁶ Bu tartışmalar için bkz. ERBAŞ, Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 146 vd.

⁷ HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, sh. 281; aynı yazar,

ihmalî suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için, neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir. Neticenin önlenmesi hususunda **hukukî bir yükümlülüğün varlığı** gereklidir.

Neticeyi önleme yükümlülüğünün açıklanması bağlamında, tehlikenin yönelik olduğu kişi bakımından “*koruma yükümlülüğü*”,⁸ tehlikenin kaynağı bakımından “*gözetim yükümlülüğü*”⁹ kavramları kullanılmaktadır. Biz, bu yükümlülük çeşitlerini kapsayan ortak bir kavram olarak, **teminat yükümlülüğü** kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

Teminat yükümlülüğünün kaynaklarından biri, **kanundur**. Meselâ, velâyet ilişkisi, velâyet altında bulunan kişilerin davranışları açısından bir koruma veya gözetim yükümlülüğü oluşturmaktadır.

Teminat yükümlülüğü, bakım ve gözetimin iradî biçimde üstlenilmesi ile de oluşabilir. Bir başka ifadeyle, teminat yükümlülüğü bir **sözleşme ilişkisinden** kaynaklanabilir. Bu bağlamda sözleşme kavramını **gönüllü üstlenmeleri** de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekir.¹⁰

Teminat yükümlülüğünün bir diğer kaynağını, **ön gelen** (takaddüm eden) tehlikeli **fiil** oluşturmaktadır. Örneğin, trafik kazasında bir başkasının yaralanmasına neden olan kimse, yaralanan kişinin tedavi ettirilmesine, sağlığının iyileştirilmesine yönelik teminat yükümlülüğü altına girmektedir.¹¹ Bu yükümlülüğün yerine

Kasten Öldürme Suçları, sh. 184. Bu özelliği itibarıyla görünüşte ihmalî suçların *özü suçu* niteliğini taşıdığı kabul edilmektedir (ERBAŞ, Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 50, 98, 207; YURTLU, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2021, sh. 598).

⁸ “Beschützergarant”. Bu durumda belli bir hukukî menfaatin bütün tehlikelere karşı savunulması söz konusudur (ayrıntılı bilgi için bkz. KAUFMANN, Armin: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, sh. 283; BRAMMSEN, Joerg: *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, sh. 149 vd.). Ebeveynin, çocuğun hayatına, sağlığına, vücut bütünlüğüne karşı tehlikelerden korunması hususundaki yükümlülüğü, koruma yükümlülüğüne örnek teşkil eder.

⁹ “Überwachungsgarant”. Bu durumda ise, belirli tehlike kaynaklarının gözetim altında bulundurulması söz konusudur. Tehlikenin yöneltildiği hukukî menfaatin bizzat kendisi bir rol oynamamaktadır (KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, sh. 283; BRAMMSEN, sh. 224 vd.; HERZBERG, Rolf Dietrich: *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, sh. 96 dn.48. Çocuğun başkalarına zarar vermesini önlemek hususunda ebeveyne terettüp eden yükümlülük, sahipli hayvanın bir başkasına zarar vermesini önlemeye matuf olarak hayvan sahibine terettüp eden yükümlülük, gözetim yükümlülüğüne örnek teşkil eder.

¹⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, teminat yükümlülüğü, sözleşmeyi müteakip, bakım veya gözetimin fiilen üstlenilmesiyle başlanmaktadır: HAKERİ, CHD, Ağustos 2007, sh. 157 vd.

¹¹ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî

getirilmemesi sonucunda kişinin ölmesi halinde, kazaya neden olan ve yaralanan kişi ile ilgili olarak yardım ve bildirimde bulunmayan kimseyi kasten öldürme suçunu ihmalî davranışla işlemek dolayısıyla sorumlu tutmak gerekecektir.^{12,13}

I. Gerçek ihmalî suçlarla görünüşte ihmalî suçlar arasındaki fark bakımından belirleyici ölçüt, yukarıda da belirttiğimiz gibi, teminat yükümlülüğüdür. Teminat yükümlülüğü, failin hukukî statüsünden veya fail ile mağdur arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanmaktadır. Teminat yükümlülüğü, kural olarak, somut tehlike ortaya çıkmadan önce mevcuttur. Teminat yükümlülüğü, bu yükümlülüğe aykırı olarak gerçekleştirilen ihmalî davranışı icraî davranışla eşdeğer kılmaktadır.¹⁴

Örneğin anne ve baba, çocukla aralarındaki velayet ilişkisi dolayısıyla, çocuğa karşı teminat yükümlülüğü altındadır (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, m. 335 vd.). Velayet ilişkisinin gerekli kıldığı bakım ve gözetim yükümlülüğünün¹⁵ kasten yerine getirilmemiş olmasına bağlı olarak çocuğun

Suçların Çeşitleri, sh. 161 vd.; aynı yazar, Kasten Öldürme Suçları, sh. 117 vd.

¹² A, alkollü olarak Devlet karayolunda geceleyin otomobiliyle seyrederken, azami hız sınırını aşarak, aracın kontrolünü kaybeder ve karşı istikametten bisikletiyle gelmekte olan B'ye çarpar. B'nin ağır yaralandığını fark eden A, korkar ve olayı kimsenin görmemesinden yararlanarak, otomobiliyle olay yerinden kaçır. Sabahleyin yoldan geçenler, B'nin cesediyle karşılaşır.

Bu olayda A, B'nin taksirle yaralanmasına sebebiyet vermiş ve bu suretle TCK'nın 89. maddesinde tanımlanan taksirle yaralama suçunu işlemiştir. Ancak, A'nın durumu fark etmesine rağmen, hastaneye kaldırılması ve tedavi görmesi için gerekli yardımı yapmayı ihmal etmesi sonucunda B olay yerinde ölmüştür. Bu durumda A ayrıca kasten öldürme suçunu ihmalî davranışla işlemiştir ve bu sebeple TCK'nın 83. maddesi hükümleri çerçevesinde cezalandırılması gerekir. A, her ne kadar ayrıca taksirle yaralama suçunu işlemiş ise de, bu suç sebebiyle soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlı olduğu (m. 89, f. 5) ve mağdur B şikayet hakkını kullanmadan öldüğü için, taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

¹³ Keza, B'ye bir silâh satan A, bilahare bu silâhla B'nin bir başkasına karşı öldürme fiili işleyeceğini öğrenirse, B'ye engel olmak yükümlülüğü altına girer. Ön gelen tehlikeli fiili işleyen kişinin neticeyi önleme yükümlülüğü mevcuttur: ÖZGENÇ, Suça İştirak, sh. 151.

¹⁴ Bkz. Yargıtay CGK, 5.7.2013, E. 2012/2-796, K. 2013/339; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 13. bası, Ankara, Eylül 2020, sh. 398, 399, 411. Eşdeğerlik kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, sh. 192 vd.; ERBAŞ, Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 40 vd.; YURTLU, Doktora Tezi, sh. 190 vd. Önemle belirtmek gerekir ki, doktrinde, görünüşte ihmalî suç dolayısıyla sorumluluk için, bizim izahatımızdan farklı olarak, ihmalî davranışın icraî davranışa eşdeğerliği, teminat yükümlülüğünün yanı sıra ek bir koşul olarak aranmaktadır (Bkz. YURTLU, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2021, sh. 585, 601 vd.).

¹⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, m. 335 vd.

yaralanması, hastalanması veya ölmesi durumunda, TCK, m. 83 ve 88 hükümlerine istinaden, anne ve babayı kasten öldürme veya kasten yaralama suçundan dolayı **fail** olarak sorumlu tutmaktayız.^{16,17}

Anne ve babanın velayet ilişkisinden kaynaklanan bakım ve gözetim yükümlülüğü, sair bir kişinin çocuğa karşı işlemekte olduğu suçtan sorumluluk bakımından da göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, çocuğun sair bir kişi tarafından cinsel istismara maruz bırakılmakta olduğuna muttali olan anne ve baba, bakım ve gözetim yükümlülüğünün gereği olarak, bu suçun işlenmesini önlemekle, önlenmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu nedendir ki, anne veya baba, çocuğun sair bir kişi tarafından cinsel yönden istismar edilmekte olduğuna muttali olmasına rağmen, fiilin işlenmesine herhangi bir icraî katkıda bulunmasa bile, işlenen bu cinsel istismar suçundan dolayı sorumlu tutulur. Bu durumda anne veya baba, **bir başkası tarafından işlenmekte olan çocuğun cinsel istismarı suçunun işlenişine ihmali davranışla iştirak** etmiştir. Çocuğun cinsel istismarı suçunun ihmali davranışla da işlenebileceğine dair Kanunda açık bir hüküm bulunmadığı için, teminat yükümlülüğü altında bulunan anne ve babayı, bu suçu ihmali davranışla işlemekten dolayı fail sıfatıyla değil, **bir başkasının işlediği icraî suça ihmali davranışla iştirak** etmekten dolayı, yani cinsel istismar suçunun **yardım edeni** sıfatıyla sorumlu tutmak gerekir.¹⁸

¹⁶ Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesine ilişkin TCK, m. 83 hükmü, ayrı bir suç tanımı değil; kasten öldürme suçuna ilişkin 81 ve 82. maddeler hükümleriyle bağlantılı bir düzenlemedir. Bu itibarla, bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihmaline bağlı olarak çocuğun ölmesi halinde, bu yükümlülüğü kasten ihmal eden anne veya babayı cezalandırırken, kasten öldürme suçunun nitelikli unsurlarını düzenleyen TCK, m. 82 hükümlerini göz önünde bulundurmak gerekir. Bu nedendir ki, TCK, m. 83, f. 3’de “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” ve ayrıca “müebbet hapis cezası” ibarelerine yer verilmiştir. Bu itibarla, *Koca/Üzülmez*’in, ceza belirlenirken suçun örneğin çocuğa karşı işlenmesi halinde de kasten öldürme suçunun temel şeklinin göz önünde bulundurulması gerektiği yönündeki görüşü (KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 7. bası, Ankara, Ekim 2020, sh. 146; aynı yazarlar, Genel Hükümler, 13. bası, sh. 409, dn. 1247), sorumludur (Bu konuda bkz. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. bası, Ankara, Eylül 2020, sh. 145).

¹⁷ Aynı şekilde Yargıtay, yatalak hasta olması itibarıyla bakmakla yükümlü olduğu ve aynı konutta birlikte kaldığı yaşlı annesinin düşüp yaralanmasına rağmen, gerekli tıbbi tedavinin yapılmasını sağlama hususunda hiçbir girişimde bulunmayan oğlunun, düşme olayının üzerinden birkaç gün geçtikten sonra bu yaralanmanın etkisiyle ölen annesinin ölümünden TCK, m. 83 hükümlerine göre sorumlu tutulması gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur: Yargıtay 1.CD, **14.6.2012**, E. 4900, K. 2012/4943.

¹⁸ Belirtmem gerekir ki, daha önceki bir çalışmamızda, TCK’nin görünüşte ihmali suçlara ilişkin düzenlemeleri itibarıyla, ilgili suç tanımı bakımından yukarıda belirttiğimiz ayırımı göz ardı ederek, bir başkasının icraî davranışla işlemekte olduğu suça ihmali davranışla iştiraki

Kişilerin ebeveynine karşı koruma yükümlülüğünün varlığını ve keza, evlilik birliğinde eşlerin de birbirlerine karşı teminat yükümlüsü olduğunu kabul etmek gerekir (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, m. 185, f. 3).¹⁹

Keza, örneğin kolluk görevlisi, önleyici kolluk görevinin gereği olarak, suç işlenmesini önlemekle yükümlüdür (2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, m. 1); işlenişine, işlenmekte olduğuna muttali olmasına rağmen, bu yükümlülüğün gereğini yerine getirmemesi halinde, işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulur.²⁰ Bu durumda kolluk görevlisini fail olarak mı yoksa şerik (yardım eden) sıfatıyla mı sorumlu tutmak gerektiğini, işlenen suçun kanuni tanımına bakarak belirlemek gerekir.

Şöyle ki, esasen icraî davranışla işlenebilen suça ilişkin kanuni tanımda suçun ihmalî davranışla işlenmesi de yaptırım altına alınmış ise, teminat yükümlülüğünün gereğini kasten yerine getirmeyen kolluk görevlisini ihmalî davranışla işlediği suçtan dolayı **fail** sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları, bu bağlamda örnek olarak zikredilebilir. Bu durumda kolluk görevlisi bir başkası tarafından icraî davranışla işlenmekte olan bu suçun işlenişine ihmalî davranışla iştirak etmiş ise de, **faillığın şerikliğe göre asliligi kuralı** gereğince, ihmalî davranışla işlediği örneğin kasten öldürme, kasten yaralama veya işkence suçundan dolayı **fail** sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.^{21,22} Dikkat edilmelidir ki, bu gibi durumlarda, icraî davranışla suçu işleyen kişi ile işlenmekte olan suçu önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kamu görevlisi arasında suç işleme yönünde verilmiş ortak bir karar bulunması gerekmektedir.

halinde teminat yükümlüsünün alelittlak fail olarak cezalandırılacağı yönünde açıklamalarda bulunulmuştur: ÖZGENÇ, İzzet: *İcraî Suça İhmalî Davranışla İştirak, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler*, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, cilt 2, sayı 1-2, yıl 2014, sh. 1 vd. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Suç Örgütleri*, 13. bası, Ocak 2020, sh. 230, dn. 7, 8, 9, 10.

¹⁹ Bkz. HAKERİ, Kasten Öldürme Suçları, sh. 91, 92 vd.; aynı yazar, CHD, Ağustos 2007, sh. 149 vd.

²⁰ Suçun kolluk görevlisinin mesai saatleri dışında işlenmekte olması halinde teminat yükümlülüğünün mevcudiyeti hususundaki tartışma için bkz. HAKERİ, CHD, Ağustos 2007, sh. 152 vd.

²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, (7), sh. 149. Ayrıca bkz. YURTLU, Doktora Tezi, sh. 206, dn. 724.

²² Baba A, oğlu B'ye şiddet uygular. Bu duruma muttali olan anne C, babanın çocuğuna şiddet uygulamasını engellemez, engellemeye yönelik girişimde bulunmaz. Bu örnekte anneyi, babanın çocuğuna karşı işlediği kasten yaralama suçuna ihmalî davranışla iştiraktan dolayı ve fakat **fail** sıfatıyla sorumlu tutmak gerekir.

Buna karşılık, başkası tarafından işlenmekte olduğuna muttali olmasına rağmen kolluk görevlisinin işlenmesini önlemeyi kasten ihmal ettiği suça ilişkin kanuni tanımda suçun ihmalî davranışla işlenmesi yaptırım altına alınmamış ise, kolluk görevlisi, bir başkası tarafından icraî davranışla işlenmekte olan bu suçun işlenişine ihmalî davranışla iştirak etmekte ve bu durum, işlenen suçtan **şerik (yardım eden)** olarak sorumluluğunu gerektirmektedir. Hırsızlık, yağma ve mala zarar verme suçları, bu bağlamda örnek olarak zikredilebilir.^{23,24}

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, teminat yükümlülüğü, bir sözleşmeden de kaynaklanabilir. Bir çocuğun, yaşlı bir insanın bakım ve gözetimini üstlenen kişi, bu üstlenmeye bağlı olarak teminat yükümlülüğü altına girmektedir ve garantörlük sıfatını iktisap etmektedir.

Ayrıca, **ön gelen** bir **fiil** de teminat yükümlülüğünün kaynağını oluşturabilir. Taksirli davranışıyla bir başkasının yaralanmasına sebebiyet veren kişi, yaralanana karşı teminat yükümlülüğü altına girmektedir ve garantörlük sıfatını iktisap etmektedir.²⁵ Yaygın görünüş biçimi olarak, karayolu trafik düzenine ilişkin kurallara aykırı araç kullanarak karıştığı trafik kazasında bir başkasının yaralanmasına sebebiyet veren sürücü, yaralanan kişinin tedavi edilmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Teminat yükümlülüğünün

kaynağını oluşturabilmesi için, ön gelen fiilin bir başkasının hayatı bakımından somut bir tehlike oluşturması gerekir.^{26,27,28,29}

²³ *Hakeri*, “özel bir hükmün uygulanmasının olanaklı olmadığı” durumlarda kolluk görevlisinin ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu (TCK, m. 257, f. 2) işlemekten dolayı sorumlu tutulması gerektiği düşüncesindedir: HAKERİ, CHD, Ağustos 2007, sh. 155.

²⁴ Kardeşlerden A, ağabeyi B'nin yönlendirmesiyle komşuları C'nin malına zarar verir. Bu yönlendirmenin farkında olan baba D, A'nın mala zarar verme fiilini önlemez. Bu örnekte, babayı, mala zarar verme suçunun **şeriki (yardım edeni)** sıfatıyla cezalandırmak gerekir.

²⁵ ÖZGENÇ, Suça İştirak, sh. 151.

²⁶ Yargıtay 4. CD, **25.12.2015**, E. 2014/34362, K. 2015/40853.

²⁷ Aynı şekilde, insan sağlığı bakımından tehlikeli olduğu piyasaya sürüldükten sonra, bilahare tespit edilen ilaç veya gıdayı piyasaya sürenler, bu ilaç veya gıdayı kullanabilecek durumda olan kişilere karşı teminat yükümlülüğü altına girmektedirler (KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler (13), sh. 409; HAKERİ, CHD, Ağustos 2007, sh. 162).

²⁸ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin **21.12.2017** tarihli ve E. 2016/3435, K. 2017/10707 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, sürücü belgesi bulunmayan S, sevk ve idaresindeki araçla, akşam saat 20.30-21.00 sıralarında aydınlatmanın bulunmadığı, bir bölümünde yol genişletme çalışması olması sebebiyle iki yönlü işleyen, çıkış eğimli, meskun mahal dışı ve hız sınırı 50 km olan Devlet yolunda seyir halinde iken, aracın gidüş istikametine göre sol taraftan

yola girip karşıdan karşıya geçmekte olan ve üzerinde siyah mont bulunan M'ye çarpar. S, M'nin yola çıktığını fark eder, ancak aracı durduramaz. M, çarpmanın etkisiyle, çarpma noktasından 24 metre ileriye fırlar. S, buna rağmen durmayarak yoluna devam eder. Ertesi sabah saat 7.00 sıralarında yol kenarında ölü bulunan M, saat 08.50 de hastaneye getirilerek ölü muayene işlemine tabi tutulur. Saat 10.15'de düzenlenen ölü muayene tutanağında, ölümlün ölü muayenesinin yapıldığı saatten 5 ila 7 saat önceki bir zaman diliminde gerçekleştiği belirtilir.

İlk Derece Mahkemesi bu olayda S'yi bilinçli **taksirle ölüme sebebiyet verme** suçundan mahkûm etmiştir. Buna karşılık, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, S'nin “*bir şahsa çarptığını bildiği, olay yerinde durup çarptığı kişiyi kontrol edip sağlık görevlilerini olay yerine çağırması ve kolluk görevlilerine haber vermesi durumunda ölenin hayatını kurtarma olanağı bulunmasına rağmen, olay yerinden hiç durmadan ayrıldığı, önceden gerçekleştirdiği bu davranışın başkasının hayatı için bir tehlike oluşturduğu ve bu fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü doğduğu halde, hareketsiz kalıp kimseye haber vermeyerek olay yerinden ayrılıp, bu imkânı kullanmadığı anlaşılmakla, ... eyleminin TCK'nun 83. maddesi*” hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin bu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi bu içtihadı doğrudur. Ancak söz konusu içtihadta, M'nin sadece **ihmalî davranışla** işlediği **kasten öldürme** suçundan dolayı mı, yoksa (bilinçli) **taksirle yaralamaya sebebiyet** verme suçunun yanı sıra, ihmalî davranışla işlediği kasten öldürme suçundan dolayı gerçek içtima hükümlerine göre mi cezalandırılması gerektiği hususuna açıklık getirilmemiştir. Belirtmek gerekir ki, bu olayda, S bakımından biri icraî, diğeri ihmalî davranışla gerçekleşmiş olan iki fiil mevcuttur.

Hakeri, bu gibi durumlarda ihmalî davranışla kasten öldürme suçunun “bir suçu gizlemek amacıyla” işlendiği (TCK, m. 82 f. 1, bent h) görüşündedir: HAKERİ, CHD, Ağustos 2007, sh. 162 vd. Bu kabule göre, temel cezanın TCK, m. 82 hükmüne istinaden belirlenmesi gerekir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesinin **5.9.2018** tarihli ve E. 2016/11297, K. 2018/7788 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, sürücü belgesi bulunmayan S, arkadaşının kimlik ve sürücü belgesi bilgilerini kullanarak, araç kiralama şirketinden kiraladığı araçla 28/02/2014 günü saat 19.00-19.30 saatleri arasında aydınlatmanın olmadığı, meskun mahal dışında, genişliği 10 metre, trafiğin tek yönlü işlediği bölünmüş, her iki yanında 50 km hız sınırının bulunduğu virajlı yolda seyir halinde iken, yolun sağında yürümekte olan M'ye çarpar ve durmadan olay yerinden uzaklaşır. M, ertesi gün sabah saatlerinde yol kenarında ölü olarak bulunur.

İlk Derece Mahkemesi bu olayda S'yi **taksirle ölüme sebebiyet verme** suçundan mahkûm etmiştir. Buna karşılık, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, S'nin “*sanığın bir şahsa çarptığını bildiği, olay yerinde durup çarptığı kişiyi kontrol edip sağlık görevlilerini olay yerine çağırması ve kolluk görevlilerine haber vermesi durumunda ölenin hayatını kurtarma olanağı bulunmasına rağmen, olay yerinden hiç durmadan ayrıldığı, önceden gerçekleştirdiği bu davranışın başkasının hayatı için bir tehlike oluşturduğu ve bu fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü doğduğu halde, hareketsiz kalıp kimseye haber vermeyerek olay yerinden ayrılıp, bu imkânı kullanmadığı anlaşılmakla, ... eyleminin TCK'nun 83. maddesi*” hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin bu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

İlginçtir, Daire bu kararında S'nin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından “*mağdurun olaydan sonra en yakın sağlık kuruluşuna götürülerek tedavisinin yapılması veya sanık tarafından sağlık görevlilerine haber verilmesi durumunda da ölüm sonucunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tespit*” edilmesi gerektiği yönünde içtihadta bulunmuştur. Ön-

celikle belirtmek gerekir ki, bu tespitin ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi bakımından bir önemi yoktur. Bunun “tespit”inin de sorun oluşturduğunu, esasında **fiktif** bir “değerlendirme”yi gerektirdiğini hatırlatmak gerekir.

Bu tür olaylarda kaza mahallinden ayrılan sürücünün sorumluluğu bakımından önemli olan, mağdurun ölümünün tespiti. Zira, mağdurun çarpanın akabinde hemen ölmesi halindeki sorumluluğun dayandığı hükümler farklılık arz etmektedir.

Keza, Daire bu kararıyla, S’nin sadece **ihmalî davranışla kasten öldürme** suçundan dolayı ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği yönünde bir eğilim içinde olduğu izlenimi oluşturmuştur.

Söz konusu Kararda, S’nin arkadaşına ait kimlik bilgileri ile sürücü belgesini kullanarak araç kiralaması ile ilgili değerlendirme yapılmaması, önemli bir eksiklik. Dikkat edilmelidir ki, S, arkadaşına ait kimlik bilgilerini kullanarak araç kiralamak için araç kiralama şirketi ile sözleşme imzalamıştır. Bu sözleşmenin imzalanmasıyla S, **özel belgede sahtecilik** suçunu (TCK, m. 207) işlemiştir.

- ²⁹ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin **22.11.2018** tarihli ve E. 2017/1521, K. 2018/11112 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, A’nın evine giderek kullanmak için uyuşturucu madde satın alan ve kolu alçıda olan B, satın aldığı uyuşturucuyu koluna şırınga ile enjekte etmesini A’dan ister. A, bu isteği yerine getirir. Bunun üzerine rahatsızlanan ve A’nın evinde geceleleyen B’nin sağlık durumu ilerleyen saatlerde kötüleşir. Ancak, A, durumu ilgili mercilere bildirmez. Durumu kötüleşen B, bilahare evde ölür.

İlk Derece Mahkemesi, A hakkında **taksirle ölüme sebebiyet verme** suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Buna karşılık, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, “*iki kullanımlık doz uyuşturucunun ölenin isteği üzerine sanık tarafından ölenin koluna enjekte edildiği, sanığın bu davranışının ölenin hayatı için tehlikeli bir durum oluşturduğu, ayrıca enjeksiyon sonrası ölen fenalaştıktan ve beyanlara göre kendinden geçtikten sonra sanığın uyarılara rağmen ambulansa haber vermediği ve haber verilmesini de engellediği anlaşılmalı, sanığın ambulansa ve kolluk görevlilerine haber vermesi durumunda ölenin hayatını kurtarma olanağı bulunmasına rağmen ve kendisinin eyleminden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü doğduğu halde, hareketsiz kalıp bu imkânı kullanmadığı anlaşılmalı, sanığın eyleminin TCK’nın 83. maddesinde belirtilen **kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi** suçu kapsamında değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu” gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.*

Söz konusu olayda, A, **uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti** suçunu (TCK, m. 188, f. 3 vd.) işlemiştir.

A ayrıca, rızasıyla da olsa, B’nin vücuduna şırınga ile uyuşturucu madde enjekte etmek suretiyle, **kasten yaralama** suçunu (TCK, m. 86, 87) işlemiştir.

B, A’nın bu fiilinin neticesinde ölmüştür. Ölüm sonucu B’nin vücuduna uyuşturucu madde enjekte edilmesinin hemen akabinde gerçekleşmiş olsaydı, sorunu **neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama** suçu (TCK, m. 87, f. 4; m. 23) hükümleri çerçevesinde ele alıp değerlendirmek gerekirdi.

Oysa karara konu teşkil eden olayda, B, vücuduna uyuşturucu madde enjekte edildikten bir süre sonra ölmüştür. Başka bir ifadeyle, vücuduna uyuşturucu madde enjekte edilen B’nin sağlığının kötüleşmesine rağmen, ambulans çağrılmamış ve doğru olmayan yöntemlerle B iyileştirilmeye çalışılmıştır. Bu durumda, A, vücuduna uyuşturucu madde enjekte etmekle sağlığı bozulan B’ye karşı teminat yükümlülüğü altına girmiştir. Ön gelen fiili işleyen, yani B’nin vücuduna uyuşturucu madde enjekte eden A, sağlığı bozulan B’nin iyileşmesi için

Teminat yükümlülüğünün kaynağını oluşturabilmesi için ön gelen fiilin **hukuka aykırı** olması gerekir.³⁰ Bu itibarla, örneğin meşru savunma halinde bulunan kişi, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla saldırganı yaralamış olabilir. Yaralanmak suretiyle saldırıya devam etme imkânı artık ortadan kalkmış olan saldırganı karşı, meşru savunmada bulunan kişi teminat yükümlülüğü altına girmemektedir. Bu itibarla, meşru savunmada bulunan kişi, yaralanan saldırganın tedavi edilmesini sağlamasa ve neticede saldırgan ölse, ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçundan (TCK, m. 83) dolayı sorumlu tutulmaz. Ancak bu durumda, aşağıda açıklanacağı üzere, meşru savunmada bulunan kişi yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan dolayı TCK, m. 98 hükümlerine göre ceza hukuku bakımından sorumlu tutulur.^{31, 32}

Buna karşılık, karayolu trafik düzenine ilişkin kurallara aykırı herhangi bir davranışı bulunmamasına rağmen, bir başkasının kural ihlali sebebiyle kazaya karışan araç sürücüsü, bu trafik kazasında yaralanan kişilerle ilgili olarak teminat yükümlülüğü altına girmemektedir. Ancak bu sürücü, yaralanan kişilerle ilgili olarak yardım veya bildirim yükümlülüğü altındadır. Bu nedenledir ki, kazaya karışmış olmakla birlikte karayolu trafik düzenine ilişkin kurallara aykırı herhangi bir davranışı bulunmayan araç sürücüsü, bu trafik kazasında yaralanan kişilerle ilgili olarak yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, TCK, m. 98 hükümlerine göre ceza hukuku bakımından sorumlu tutulur.

Teminat yükümlülüğünün kaynağını oluşturan ön gelen fiil, en azından taksirli

gerekli tedbirleri almakla yükümlü olmasına rağmen, bu yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmemiş ve sonuçta B ölmüştür. Bu durumda A'yı **ihmalî davranışla** işlediği **kasten öldürme** suçundan dolayı sorumlu tutmak gerekir. Dikkat edilmelidir ki, A'nın buradaki kastı doğrudan değil, **olası kasttır**.

Belirtilen eksikliklerin dışında, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin B'nin ölümünden dolayı A'nın sorumluluğu ile ilgili kararını doğru bulmaktayız.

³⁰ Bkz. ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, sh. 471 vd.

³¹ ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, sh. 473; YURTLU, Doktora Tezi, sh. 225 vd.

³² Doktrinde bazı yazarlar, bu durumda meşru savunmada bulunan kişinin hiçbir surette ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği görüşündedirler: HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, sh. 174; aynı yazar: Kasten öldürme Suçları, sh. 129; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, 13. bası, sh. 410; aynı yazarlar, Özel Hükümler, 7. bası, sh. 143 vd.

bir fiil olmalıdır.³³

Teminat yükümlülüğünün yerine getirilmesinin ihmali sonucunda meydana gelen ölüm neticesinden sorumluluk için, teminat yükümlüsünün (garantörün) somut olay bağlamında bu yükümlülüğün gereğini yerine getirme **imkânının** olması gerekir. Bu imkânın var olup olmadığını **objektif ölçütler** çerçevesinde belirlemek gerekir. Bu imkân, ihmali davranışın **haksızlık** unsurlarından birini oluşturmaktadır.³⁴ Örneğin denizde yüzmekte olan çocuğunun boğulma tehlikesi geçirmekte olduğunu görmesine rağmen yüzmeye bilmediği için denize giremeyen ve çocuğunu kurtarabilmesi için başka bir imkânı bulunmayan

³³ Konya Devlet hastanesinde sağlık görevlisi olarak çalışan A, bakımını gerçekleştirdiği yeni doğmuş bebeğin ağzını temizlerken, temizlemekte kullandığı mendili boğazına kaçıırır ve çıkarmaya çalışırsa da başarılı olamaz. Ancak, durumla ilgili olarak kimseye bilgi vermez. Bu nedenle bebeğin sağlık durumu kötüleşir ve birkaç gün sonra bebek ölür. Yapılan tetkiklerde bebeğin ölümüne, boğazına kaçırılan mendilin sebep olduğu anlaşılır.

Bu olayda A, henüz yeni doğmuş olan çocuğun bakım ve hizmetini yaparken, kullandığı mendili bebeğin boğazına kaçıırır. Mendilin bebeğin boğazına kaçmasına sebebiyet veren A'nın, mendili çıkarmaması üzerine, durumdan ilgili hekim derhal **bilgilendirme yükümlülüğü** doğmuştur (TCK, m. 83, f. 2, bent b). Bu durum karşısında, **takaddüm eden, ön gelen fiile bağh bildirim yükümlülüğünü** yerine getirmeyen A bakımından **ihmalî davranışla işlenmiş kasten öldürme** suçundan dolayı sorumluluk yoluna gidilmelidir (TCK, m. 83).

Hastanede görevine devam eden A, bebeğin sağlık durumunun kötüleştiğini müşahade etmesine rağmen, bunun sebebiyle ilgili olarak hekimleri bilgilendirmekten imtina etmiştir. Bu itibarla, A, bebeğin bu sebeple ölebileceğini öngörmüştür; ancak buna rağmen bebeğe gerekli tıbbi müdahalenin yapılmasını sağlamaya yönelik olarak bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu durumda, bebeğin ölümü bakımından A'nın **olası kastının** varlığını kabul etmek gerekir.

Bu durumda, A hakkında kasten öldürme suçunu ihmalî davranışla işlemesi dolayısıyla verilecek **temel ceza**, mağdur **çocuk** olduğu için, TCK, m. 82, f. 1, bent e hükmüne istinaden **ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır**. Suçun olası kastla işlenmesi sebebiyle bu ceza yerine A hakkında TCK, m. 21, f. 2 hükmüne istinaden **müebbet hapis cezasına** hükmedilecektir.

Kasten öldürme suçunun ihmalî davranışla işlenmesi halinde cezada indirim yapıp yapmama konusunda mahkemenin **takdir** yetkisi bulunmaktadır. Mahkemenin, takdir yetkisini A'nın cezasında indirim yapma yönünde kullanması halinde, TCK, m. 21, f. 2 hükmüne istinaden belirlediği ceza yerine, TCK, m. 83, f. 3'de yer alan ikinci alternatif çerçevesinde **on beş yıl ile yirmi yıl arasında bir cezaya** hükmetmesi gerekir.

A, yaptığı bu yanlış karşısında korktuğu için durumdan hekimleri bildirmekten imtina etmiş olsa bile, bilinçli taksirle ölümüne sebebiyet verme suçundan dolayı değil, kasten öldürme suçunun ihmalî davranışla işlenmesi dolayısıyla cezalandırılması gerekmektedir. Bu korku halinin, A'nın kusurluluğu ve TCK, m. 83, f. 3'de yer alan ikinci alternatif çerçevesinde cezasının belirlenmesi bağlamında dikkate alınması gerekmektedir.

³⁴ HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, sh. 216 vd.; aynı yazar, Kasten Öldürme Suçları, sh. 134 vd.; ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 53 vd.

baba, çocuğunun boğularak ölmesinden dolayı TCK, m. 83 hükümlerine istinaden cezalandırılmaz. Bu imkânın mevcut olup olmadığı, somut olayın şartları ile ilgili ex ante değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Kişinin belli bir yönde icraî davranışta bulunmak hususundaki yükümlülüğüne rağmen, bu yükümlülüğün gereğini yerine getirme imkânına sahip olmaması halinde, bir haksızlık gerçekleşmez.

Klasik suç teorisinde, ihmalî davranışla gerçekleşen netice arasında illiyet bağının var olduğu fikri kabul edilmektedir.³⁵ Ancak, bu düşünce illiyet bağına fizikî ve dolayısıyla, doğal bir olgu olarak değil, “*düşünce aleminde kurulan bir bağ*” olarak görmektedir.³⁶ Başka bir ifadeyle, bu teoriye göre, görünüşte ihmalî suçlarda ihmalî davranış ile netice arasında “*farazî*”, “*varsayımsal*” nedensellik bağı mevcuttur.

Gerçekleşen netice dolayısıyla ceza sorumluluğu için, bu neticenin kişiye objektif olarak isnat edilmesi gerekir (**objektif isnadiyet**). Ancak, bu isnadiyeti doğal bir olgu olarak izah etmek mümkün değildir. Belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi ile ortaya çıkan neticeyi birbirleriyle ilişkilendirmek, ancak *normatif bir değerlendirmeyle* mümkün olabilir.³⁷ Bu bakımdan, **görünüşte ihmalî suçlarla ilgili olarak, doğal bir fenomen olan nedensellik bağından söz edilemez.**^{38, 39} Aynı değerlendirmeler, taksirli suçun

³⁵ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, cilt I, 12. bası, İstanbul, Ocak 1997, no. 612 vd.; ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Suç Genel Teorisi, Suçun Özel Belirliş Şekilleri*, cilt II, İstanbul, 1989, sh. 105. “Bir kimsenin zararlı sonucu önlemek elinde iken, bunu yapmaması” halinde illiyet bağı vardır: EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bası, Ankara, 1997sh. 286/287.

³⁶ ÖNDER, Genel Hükümler II, sh. 123.

³⁷ KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, sh. 57 vd.; MAIWALD, Manfred: *Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen (İcraî ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek)* (Çeviri: Cumhuriyet Şahin), in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, sh. 143 vd., 159 vd. *Yurtlu*'nun objektif isnadiyet bağlamında verdiği trafik kazası örneğine ilişkin olarak yaptığı açıklamalar, sorunludur (YURTLU, Doktora Tezi, sh. 261 vd.).

³⁸ İhmali suçlarda nedensellik bağı ile ilgili açıklamalar için bkz. HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, sh. 223 vd.; aynı yazar, Kasten Öldürme Suçları, sh. 140 vd.; ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, sh. 68 vd.; YURTLU, Doktora Tezi, sh. 246 vd.

³⁹ Ancak Yargıtay, görünüşte ihmalî suçlar bakımından “*doğal anlamda değil, normatif anlamda nedensellik bağı*” ibaresini kullanmaktadır: CGK, 9.12.2014, E. 2014/12-103, K. 2014/552.

ihmalî davranışla işlenmesi bakımından da geçerlidir.⁴⁰

Önemle belirtmek gerekir ki, özellikle ön gelen fiil dolayısıyla teminat yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda, failin ön gelen fiiliyle örneğin ölüm neticesi arasında doğal bir fenomen olarak nedensellik bağı bulunmaktadır.

Meydana gelen neticeden kişiyi sorumlu tutabilmek için, **somut olayda kişinin bu neticeyi önlemeye yönelik icraî davranışta bulunmasının kendisinden beklenebilir olması gerekir**. Aksi takdirde, kişi meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz.

Neticeyi önleme yükümlülüğünün yerine getirilmesi, somut olayın gerçekleşiş şartları itibarıyla ve objektif olarak mümkün olmakla birlikte, kişiden bu yükümlülüğü yerine getirmesi **beklenebilir** olmalıdır. Teminat yükümlüsü, yüzme bildiği için, denizde boğulmakta olan kişiyi kurtarabilme imkanına objektif olarak sahiptir. Ancak, denizin çok dalgalı olması karşısında, kendi hayatını tehlikeye atarak bu yükümlülüğün gereğini yerine getirmesi kendisinden beklenemediği için muaheze edilemez. Yükümlülüğün gereğini yerine getirmemesi dolayısıyla kişinin muaheze edilebilmesi için, somut olayın şartları itibarıyla ve **sübjektif** olarak bunu yerine getirmesinin kendisinden beklenebilir olması gerekir.⁴¹ Beklenebilirlik, somut olayda ihmalî suça ilişkin **kusurluluk** bağlamında mütalaa edilmelidir. Başka bir deyişle, somut olayda kişi, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün icaplarına göre hareket etme imkânına objektif olarak sahip olsa bile, bu yükümlülüğün gereğini yerine getirmesinin kendisinden beklenemediği hallerde, ihmalî suça ilişkin haksızlık oluşmaktadır. Ancak, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün icaplarına göre hareket etmesinin kişiden beklenemediği hallerde, gerçekleşen haksızlık dolayısıyla kişiyi kusurlu addetmemekteyiz ve muaheze etmemekteyiz. Bütün bu değerlendirmeler, ex ante, yani olayın oluş şartları itibarıyla yapılmalıdır.

⁴⁰ *Yurtlu*, taksirle ve ihmalî davranışla bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde, TCK'nın düzenlemesi itibarıyla, m. 85 veya 89 hükümlerine istinaden cezalandırmanın, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı görüşündedir (YURTLU, Doktora Tezi, sh. 278).

⁴¹ HAKERİ, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, sh. 248 vd.; aynı yazar, Kasten Öldürme Suçları, sh. 159 vd. İmkân ile *beklenebilirlik* ayrımı için bkz, HAKERİ, CHD, Ağustos 2007, sh. 168; ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 52 vd.; YURTLU, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2021, sh. 595, 629 vd.

Kişinin neticeyi önlemeye yönelik icraî davranışta bulunmasına rağmen, netice gerçekleşmiş olabilir. Kişi, sahip bulunduğu imkânlar ölçüsünde neticenin meydana gelmemesine gayret etmiştir; ancak, buna rağmen netice gerçekleşmiştir. Bu durumda, kişi meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz.

Somut olayda neticeyi önlemeye yönelik icraî davranışta bulunma hususunda imkân ve iktidara sahip olmasına rağmen, kişi bu yükümlülüğe aykırı hareket etmiş ve netice gerçekleşmiştir. Bu gibi durumlarda kişi, somut olayda söz konusu yükümlülüğe uygun davranışta bulunsaydı dahi bu netice gerçekleşecekti şeklinde bir mantıktan hareketle sorumluluktan kurtulamaz.⁴²

Ancak belirtmek gerekir ki, hukuk uygulamamızda, kişi kendisine terettüp eden yükümlülüğe uygun olarak icraî davranışta bulunmuş olsaydı dahi ölüm neticesi gerçekleşecekti şeklinde bir mantıktan hareketle, belirli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün ihmali dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmemesi gerektiği yönünde içtihatlar geliştirilmiştir. Bilimsel ve hukuki temeli olmayan bu mantığa bağlı olarak, ilgili olaylarda, meydana gelen ölüm neticesi ile belirli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmemesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı yargısına varılmıştır.⁴³

⁴² Aksi yöndeki kabul için bkz. Yargıtay 1. CD, **9.3.2016**, E. 2015/5441, K. 2016/1144. Keza, 17 Ağustos 1999 tarihinde gerçekleşen “Marmara depremi”nde yıkılan binaların enkazında hayatını kaybeden binlerce kişinin ölümü dolayısıyla yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, ceza hukuku bilim dalında “profesör” unvanı taşıyan bazı kişilerin düzenledikleri “bilirkişi” raporlarında, söz konusu yanlış mantıktan hareketle, bu binaları inşa eden müteahhitlerin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmamaları gerektiği yönünde görüş beyanında bulunulmuştur.

⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun **9.12.2014** tarihli ve E. 2014/12-103, K. 2014/552 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; Ankara’da cuma günü geçirdiği trafik kazasında yaralanan Y, tedavi amacıyla ... Eğitim ve Araştırma Hastanesine kaldırılır.

Önce Acil Serviste müdahale edilen hasta Ortopedi ve Travmatoloji Servisine sevk edilir. Burada yapılan muayenesinin akabinde “*ortopedik olarak acil cerrahi bir müdahaleye gerek olmadığından yatış*” yapılmaz ve Üroloji Servisine sevk edilir. Bu Serviste yapılan muayenenin akabinde de hastanın yatışı yapılmaz ve taburcu edilir.

Ancak, Üroloji Servisinden hastanın muayenesine yapan uzman hekim bilhale telefonla hasta yakınlarını arayarak, hastanın idrar yapıp yapmadığını sorar, aldığı cevap üzerine, hastanın idrarını kendisinin yapabileceğini, bir sorun olursa pazartesi günü polikliniğe getirmelerini söyler.

Y, evde yediği yemeği istifra ederek çıkarır. Akşamın ilerleyen saatlerinde yakınları telefonla hastaneyi arayarak, hastanın kusmalarının ara ara devam ettiğini ve idrarının kanlı geldiğini söylerler. Hastane görevlisi cevap olarak onlara o an için hastanede üroloji doktoru olmadığını gerekirse hastayı başka bir hastaneye götürebileceklerini söyler. Cumartesi sa-

bah erken saatlerde hastanın rahatsızlıklarının artması üzerine, yakınları bu defa ... Numune Hastanesini telefonla ararlar. Telefonla görüştükleri görevli kendilerine hastayı daha önce götürmüş oldukları hastaneye götürmelerini tavsiye eder. Bu sırada Y ölür.

Y'ye tıbbi müdahalede bulunan hekimler hakkında taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan dolayı soruşturma yapılır ve kamu davası açılmıştır.

Bu süreçte Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesi tarafından Y'nin ölüm sebebine ilişkin olarak düzenlenen Raporda, trafik kazası sonucu yaralanması nedeniyle götürüldüğü hastanede yapılan muayeneleri sonucunda acil cerrahi girişim gerektirecek patoloji saptanmadığı belirtilerek taburcu edilen Y ile ilgili uygulamaların tıp kurallarına uygun olarak yapıldığı, ölüm nedeninin **akciğer embolisi** olduğu ve **bunun da önceden öngörülecek ve engellenebilecek bir durum olmadığı**; *“ancak bu tür genel beden travmasına maruz kalmış vakaların en az 24 saat müşahede altında tutulması gerektiği, dolayısı ile kişinin konsültasyonlar yapıldıktan 6-7 saat sonra taburcu edilmesinin tıp kurallarına uygun olmadığı, bunun bir eksiklik olduğu”* belirtilmiştir.

Yüksek Sağlık Şurasının kararında ise, uzman hekimlerin Y'nin vücudundaki kemik kırıklarını tespit etmelerine rağmen, düzenledikleri konsültasyon notlarında hastanede takibinin gerektiğini belirtmedikleri ve takibini yapmadıkları gerekçesiyle “kusurlu” oldukları kabul edilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi, bu olayda sanık hekimlerin tedavileriyle Y'nin ölümü arasında **nedensellik bağının bulunmadığı** gerekçesiyle beraatlerine hükmetmiştir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi,

“gerekli takip ve tıbbi müdahale yapılırsa dahi ölüm neticesi gerçekleşeceğinden, sanıklara atılı taksirle öldürme suçu yasal unsurları itibarıyla oluşmamış ise de; ölen hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, tıbbi açıdan zamanında teşhis koyup, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorunda olan sanık doktorların, görevlerinin gereklerini yerine getirmede ihmal gösterdiklerinin sabit olması karşısında, TCK'nun 257/2. maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmesi” gerektiği gerekçesiyle,

İlk Derece Mahkemesinin beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

İlk Derece Mahkemesi, aşağıdaki gerekçe ile bu bozma kararına karşı direnmiştir:

“TCK'nun 257. maddesinin gerekçesinde, görevi kötüye kullanma suçunun genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipi olduğu, bu nedenle görevin gereklerine aykırı davranışın başka bir suç oluşturmadığı hallerde, kamu görevlisini bu suçtan cezalandırmak gerektiği, buna karşılık görevle bağlantılı yükümlülüğün ihmali sonucunda şayet bir kişi ölmüş veya yaralanmış ise kişilerin artık görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmayacakları, bu durumda, ihmalî davranışla işlenmiş öldürme veya yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmek gerektiği belirtilmiştir.

...

Adli Tıp Kurumu raporuna göre sanıkların kusuru sonucu müteveffa ölmemiş emboli sonucu ölmüştür. Hastanede müşahade altına alınmış olsa dahi aynı ölümün kaçınılmaz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle her ölüm olayından ölüye şu veya bu şekilde müdahale eden bir hekimi sorumlu kılmak meslek ve sanatın yapılmasını sekteye uğratar. Bu alanda çalışanların şevki kırılır, sonuç doğurucu ve hayata döndürücü girişimlere yönelmelerini engeller. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi 1219 sayılı Kanunun Yüksek Sağlık Şurasının mütalaa verme yetkisini düzenleyen 75. maddesini ... iptal etmiştir.

II. Teminat yükümlülüğünün ihlali sadece kasten öldürme suçundan

Bu iptal karşısında Yüksek Sağlık Şurasının dosyada bulunan mütalaasını kabul etmek olanaksızdır. Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu da sanıklara atfedilen eksikliğin ölüme katkısının bulunmadığını belirtmiş ve sanıkların suç işleme kasıtlarının bulunmadığını, kusurlarının olmadığını belirtmiştir.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise, nedensellik bağı, ihmali suçlar ve taksirli suçlar konusunda çeşitli doktriner açıklamaları gereksiz yere iktibas etmenin yanı sıra, aşağıdaki gerekçe ile, İlk Derece Mahkemesinin beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

“Doktor olarak görev yapan sanıkların, taksirle yaralanma nedeniyle acil servise müracaat eden ölene yönelik yaptıkları muayene ve istedikleri tetkiklerle ölede çoklu pelvis kırığı, çoklu kot kırıkları ve kanlı idrar yaptığını tespit ettikten sonra acil cerrahi müdahaleyi gerektirir patoloji bulunmadığına karar vermiş olmalarının dosyadaki raporlara göre tıp kurallarına uygun olduğu, bununla birlikte genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanuncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahede altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri nedeniyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri, ancak bu davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı, başka bir anlamla sanıklarının ihmali davranışlarının ölüme olacak nitelikte bulunmadığı, zira ölümün genel beden travması nedeniyle öngörülemez ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu nedeniyle gerçekleştiğinin bilirkışı raporlarıyla kesin olarak belirlendiği, bu nedenle sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları, bununla birlikte genel beden travmasına maruz kalmış öleni erken taburcu etmek suretiyle görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdikleri, bu ihmal nedeniyle ölenin ölüm anına kadar yaşadığı çeşitli sıkıntılara maruz kalmasına diğer bir deyişle mağduriyetine sebep oldukları anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin TCK'nun 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden beraatlerine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu kararı oyçokluğu ile vermiştir. Başkan ve bir kısım Üyeler, *“Ölümün öngörülemeyen ve engellenemeyen akciğer embolisi nedeniyle gerçekleşmiş olmasına göre, sanıkların öleni 24 saat müşahede altına tutmaları halinde bile sonucun değişmeyeceği, bu itibarla sanıkların kasıtlı bir suç olan TCK'nun 257/2. maddesi kapsamında görevi kötüye kullanmak suçundan sorumlu tutulamayacakları”* ve bu nedenle, *“sanıkların beraatlerine yönelik direnme hükmünün yerinde olduğu”*

gerekçesiyle karşı oy kullanmışlardır.

Hukukî değerlendirmemiz:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, karara konu teşkil eden olayda, **nedensellik bağı sorunu bulunmamaktadır**. Trafik kazasında yaralanan Y'nin vücudunda çeşitli kemik kırıklarının oluştuğunun tespit edilmesine rağmen, gerekli müşahede ve tedavi sürecine tabi tutulmadan hastaneden taburcu edilmiştir. Trafik kazasında yaralanan hasta, kaldırıldığı hastanede gerekli müşahede ve tedaviye tabi tutulmaması sebebiyle hayatını kaybetmiştir. Bu nedenle, İlk Derece Mahkemesinin beraat hükmü gibi, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin ve aynı doğrultudaki Yargıtay Ceza Genel Kurulunun söz konusu olayda nedensellik bağının bulunmadığı gerekçesiyle taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun oluşmadığı yönündeki kararları hukuken sorunludur.

Trafik kazası gibi fizikî travmaya maruz kalan hasta, tıp biliminin gereği olarak yirmi dört saat süreyle müşahede altında tutulması gerekirken, vücudunda çeşitli kemik kırıklarının olduğu tespit edilmesine rağmen, müşahedeye ve gerekli tedaviye tabi tutulmaksızın hasta-

sorumluluk bağlamında değil, **kasten yaralama** suçundan sorumluluk bağlamında da dikkate alınmaktadır (TCK, m. 88).

III. TCK, m. 84’de tanımlanan intihara yönlendirme suçu, ihmalî davranışla da işlenebilir.

Bir “*başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi,*” TCK, m. 84 hükümlerine göre cezalandırılır. Bu yardım, icraî davranışla olabileceği

neden taburcu edilmiştir. Bu itibarla, hastanın akciğer embolisi sonucu ölmesinin müşahede ve tedavi görevini yerine getirmeyen hekimlere **objektif** olarak **isnadiyetinde** bir sorun bulunmamaktadır.

Ayrıca, fiziki travmaya maruz kalan hasta ile ilgili olarak müşahede yükümlülüğünün varlığının kabul edilmesine rağmen, “*ölümün genel beden travması nedeniyle öngörülemez ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu nedeniyle gerçekleştiğinin*”den bahisle, “*sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları*”nın kabulü, bir **çelişkiyi** ifade etmektedir. Bir taraftan müşahede yükümlülüğünden, diğer taraftan “*öngörülemez ve engellenemeyecek*” akciğer embolisinden söz etmek, bünyesinde bir çelişki barındırmaktadır.

Keza, aynı zamanda kamu görevlisi olan sanıkların görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm edilmeleri gerektiği yönündeki Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu Kararları hukuken sorunludur. Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümler, genel, tali ve tamamlayıcı hükümlerdir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi, şayet başka bir suç oluşturuyorsa ve özellikle, belirli objektif cezalandırılabilme şartlarından birinin gerçekleşmesine bağlı olarak görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 2. bası, Ankara, Haziran 2013, sh 149 vd.). Bu yönü itibarıyla İlk Derece Mahkemesinin direnme kararının gerekçesi doğrudur.

Bu olay bağlamında sorun, sadece hekimlerin hastaya müdahalesindeki eksiklik ve yanlışlıklarda değildir. Aynı zamanda hasta yakınları da kendilerine terettüp eden yükümlülüğü yerine getirmemişlerdir. Taburcu edilen hastada kusmaların başlamasına ve hastanın idrarının kanlı geldiğini görmelerine rağmen, hastayı derhal aynı veya başka bir sağlık kuruluşuna ulaştırma yönünde girişimde bulunmamışlardır. Bu süreçte hastanelerin telefonla aranarak görevli memurlarla görüşme yapılması ile, bu yükümlülüğün gereği yerine getirilmiş olmaktadır.

Bu itibarla söz konusu olayda taksirle yaralamaya ve taksirle ölüme sebebiyet vermekten dolayı farklı kişilerin kendilerine terettüp eden yükümlülükleri ihlallerinden dolayı kendi kusurları çerçevesinde ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmaları gerekirdi (TCK, m. 22, f. 5). Ancak bu bağlamda hasta yakınları ile ilgili olarak TCK, m. 22, f. 6’daki şahsi cezasızlık sebebinin göz önünde bulunurmak gerekir.

Bu olay bakımından dikkate alınması gereken diğer husus ise, trafik kazası ile Y’nin yaralanmasına sebebiyet veren kamyon sürücüsünün hangi suçtan sorumlu tutulması gerektiğidir. Bu gibi durumlarda kamyon sürücüsünün taksirle ölüme sebebiyet vermekten dolayı mı yoksa taksirle yaralamaya sebebiyet vermekten dolayı mı sorumlu tutulması gerektiği bir sorundur. Hukuk uygulamamız, trafik kazasına sebebiyet veren kişiyi, kazada yaralanan kişi bilhale hastanede yanlış veya eksik tedavi sonucunda ölmüş olsa bile, taksirle ölüme sebebiyet vermekten dolayı sorumlu tutmaktadır. Bu uygulamanın da doğru olmadığını düşünmekteyiz.

gibi, ihmali davranışla da olabilir. Bu itibarla, intihar girişiminde bulunanla ilgili olarak koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu **intihar girişimini önlememek suretiyle intihara yardım** etmiş olur. Söz konusu madde gerekçesinde yer alan şu açıklamalar, bu konuda yol göstericilik özelliği taşımaktadır: “*intiharı önleme konusunda hukukî yükümlülük altında bulunan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişimini engellememesi, bu girişim karşısında kayıtsız davranması; intihara ihmali davranışla yardım olarak nitelendirilmek gerekir. Ancak, bunun için, kişinin intiharı önleme konusunda hukukî bir yükümlülüğünün olması gerekir.*”⁴⁴

Belirtmek gerekir ki, ilgili kamu görevlilerinin intihar girişiminde bulunan tutuklu, hükümlü veya asker kişi bakımından kanun gereği olarak **koruma ve gözetim (teminat) yükümlülüğü** bulunmaktadır. Bir intihar girişimi karşısında bu koruma ve gözetim yükümlülüğünün **kasten** yerine getirilmemesi halinde, ilgili kamu görevlisinin **kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlemekten** dolayı sorumluluğu cihetine gidilmesi gerektiği düşünülebilir⁴⁵ ise de, özel hüküm mahiyeti TCK, m. 84 hükümlerini göz önünde bulundurmak ve uygulamak gerekir.

TCK, m. 84 hükümlerini, eşlerden birinin intihar girişimi karşısında kayıtsız

⁴⁴ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 488 vd.

⁴⁵ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin **1.7.2021** tarihli ve 2020/4794, K. 2021/11661 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, S, zaman zaman şiddet uyguladığı eşi M ile arasında gece saatlerinde çıkan tartışma sırasında eşinin yüzüne tokat atar. Bunun üzerine M, fazla dozda ilaç alarak intihar etmeye teşebbüs eder ve fakat, bu girişiminden pişmanlık duyarak, S’den kendisini hastaneye götürmesini ister. Ancak, S bu talebe icabet etmediği gibi, eşi M’nin telefonla başkalarından yardım istemesini de engeller. M, sabah saatlerinde S’nin işe gitmesinden istifade ederek bir şekilde ulaştığı komşularının yardımı ile hastaneye kaldırılır ise de, aldığı ilaçların etkisiyle hayatını kaybeder.

Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi, bu olayda hakkında **ihmali davranışla kasten öldürme suçunu** işlemekten dolayı kamu davası açılan S’nin, M’nin intiharından sorumlu tutulmamacasına kabul ederek **beraatine** hükmetmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise bu olayda, diğer bir sebebin yanı sıra, “**maktulün sanık tarafından hastaneye götürülmesi halinde ölüm sonucunun doğup doğmayacağı ve zamanında hastaneye götürülmemesi nedeniyle tedavinin imkansız hale gelip gelmediği hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınması, bu noktada ölüm ile sanığın ihmali eylemi arasında illiyet bağı kurulup kurulamayacağı hususunun belirlenmesi**” gerektiği gerekçesiyle, bozma kararı vermiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu karar, sonucu itibarıyla doğru olmakla birlikte, gerekçesi itibarıyla sorunludur. Nedensellik bağı sorunu bulunmayan bu olayda S’nin, ihmali davranışla kasten öldürme suçundan değil, **icraî davranışla kasten öldürme suçunun** nitelikli halinden dolayı sorumlu tutulması gerekir.

kalan diğer eşin ceza hukuku sorumluluğu bağlamında da dikkate almak gerekir.

İntihara yönlendirme suçunun oluşabilmesi için, intihara en azından teşebbüs edilmesi gerekir. Bu suçun temel şekli bakımından **intihara teşebbüs edilmesini**, nitelikli hali bakımından ise, **intiharın gerçekleşmesini** (TCK, m. 84, f. 2), bir **objektif cezalandırılabilme şartı** olarak aramak gerekir. Bu yönü itibarıyla, söz konusu suçun temel şekli, bir **somut tehlike suçu** mahiyeti taşımaktadır.^{46, 47}

⁴⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, (7), sh. 159 vd.

⁴⁷ Talep üzerine öldürme fiili, Almanya ve Avusturya ceza kanunlarında özel bir suç olarak tanımlanmıştır.

Almanya Ceza Kanunu, § 216 hükmüne göre, **her kim, bir başkasını, açık bir şekilde ve ciddiyetle ifade ettiği talebi üzerine öldürürse, cezalandırılır.** Talep üzerine öldürme, kasten öldürme suçuna (§ 212) nazaran daha az ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Bu hükümle yaptırım altına alınan, talebi üzerine bir başkasını öldürme fiilidir. Kişi, kendisini öldürmesi için bir başkasından talepte bulunmaktadır. Talepte bulunulan da, bu talep üzerine, talepte bulunanı öldürmektedir. Kasten öldürme suçuna nazaran daha hafif ceza ile cezalandırılmayı gerektiren söz konusu madde hükmüne göre, talepte bulunanın talebinin açık seçik ve ciddi olması gerekmektedir.

Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için, talepte bulunanın mesela, ağır hasta olması, hastalığının tedavisinin bulunmaması, hastalığı dolayısıyla katlanılmaz ağrılar hissetmesi gibi etkenlerin varlığına gerek bulunmamaktadır.

Bu suç bakımından özellikli arz eden husus, öldürme fiilinin bir başkası tarafından gerçekleştirilmesidir. Her ne kadar kişinin isteğine bağlı ise de, bir başkası, bu istek üzerine, istekte bulunanı öldürmektedir.

Almanya Ceza Kanunu, § 217'de ise, 3.12.2015 tarihli değişikliklerle, **iş edinilerek, başkalarının intihar etmesine imkân sağlanması veya yardımcı olunması** suç olarak tanımlanmıştır.

Söz konusu hükme göre, **her kim, intihara teşvik amacıyla ve bunu iş edinerek, bir başkasının intihar etmesine imkân sağlar veya yardımcı olursa, cezalandırılır.** Ancak, bir başkasını intihara teşvik **iş edinilmemiş** ise veya intihar eden ile **akrabalık, yakınlık ilişkisinin** varlığı halinde, cezaya hükmolunmaz.

Bu hükümde, ancak **iş edinilerek** bir başkasının intihara teşvik edilmesi, yönlendirilmesi, intiharına imkan sağlanması, yardım edilmesi suç olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık, **iş edinilmeksizin**, bir başkasının intihara teşvik edilmesi, yönlendirilmesi, intiharına imkan sağlanması, yardım edilmesi, suç oluşturmamaktaydı.

10.12.2015 tarihinde yürürlüğe giren 3.12.2015 tarihli Kanunla (Bundesgesetzblatt [BGBl.] I, sh. 2177) yapılan bu düzenlemeye göre, bir başkasının intiharına yardım, belirli koşullarda suç oluşturmaktadır. Bu düzenleme ile, bir başkasının intiharına yardım, Alman hukukunda ilk defa suç olarak tanımlanmıştır. Ancak söz konusu düzenleme, **Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin 26.2.2020 tarihli Kararı ile Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir** (2 BvR 2347/15; 2 BvR 651/16; 2 BvR 1261/16; 2 BvR 1593/16; 2 BvR 2354/16; 2 BvR 2527/16 sayılı Dosyalarla ilgili Karar).

Alman hukukuna göre, bir başkasının intiharına yardım etmek, ceza sorumluluğunu gerek-

tirmemektedir. Zira, intihar etmek, suç oluşturmadığı için, buna yardım etmek de suç oluşturmamaktadır. Alman hukukunda, kişinin **kendi geleceğini belirleme hakkının** (*Selbstbestimmungsrecht*) intiharı da kapsadığı kabul edilmektedir.

İntihara yardım ile, bir başkasının ölümüne yardımı birbirine karıştırmamak gerekir. Ölüme yardım etmede, kişi, icra ettiği davranışlarla bir başkasının hayatına son vermektedir. Kişi, bir başkasının hayatına son vermeye yönelik davranışlar üzerinde hakimiyet tesis etmektedir.

Ölüm döşeğinde yatan hastanın ölümünü hızlandırmasının öngörülmesine rağmen, ağrıların dindirilmesi amacıyla uygulanan ilaç tedavisi, aslında dolaylı olarak ölüme yardım mahiyeti taşımaktadır. Keza, bir hastanın hayata tutunmasını sağlayan bir tedaviye son verilmesi halinde de dolaylı bir şekilde ölüme yardım söz konusudur. Kısaca belirtmek gerekir ki, bu fiiller, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmemektedir. Bu istisnalar dışında, bir başkasının ölümüne yardımda bulunmak, Alman hukukunda **talep üzerine öldürme** suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir.

Almanya Ceza Kanunu § 217’de tanımlanan suç, bir **soyut tehlike suçu** mahiyeti taşımakta idi. Zira söz konusu suçu oluşabilmesi için, bir başkasının intihara teşvik edilmesi, yönlendirilmesi, intiharına imkan sağlanması, yardım edilmesi neticesinde intiharin gerçekleşmesi ve hatta intihara teşebbüs edilmesi gerekmektedir.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, sorumluluk bilinciyle hareket edebilen ve kendi geleceği ile ilgili olarak serbestçe karar verme yetisine sahip bulunan bir kişinin hayatına son verme yönündeki kararını, Almanya Anayasası ile koruma altına alınmış olan kişilik hakkının kullanılmasının bir yansıması olarak değerlendirmiştir (pn. 201 vd.). Keza, bir başkasının intihar etme yönündeki kararının icrasına yardımda bulunma fiilleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir (pn. 203).

İnsan onuru, dokunulmazdır ve devlet gücünün kullanılmasında riayet edilmesi ve korunması gereken bir değerdir.

Kişi, kendi şahsiyetini serbestçe tekâmül ettirme ve kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Bu hak, insan onurunun güvence altına alınmasını, özgür kişilik sahibi ve dokunulmaz olmasını ifade etmektedir. Keza, vazgeçilemez olan insan onuru, devletin tasarrufları bağlamında insanın salt bir obje durumuna irca edilmemesini gerektirmektedir.

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, kendi belirlediği ölçütler çerçevesinde vücudu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini ve keza, kendi yaşantısıyla, kendi dünya görüşü ile, kendi anlayışıyla bağdaşmayan, çelişen bir hayat tarzını benimsemeye zorlanamamayı da kapsamaktadır (pn. 207).

Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararına göre, kişinin muhtariyetini ifade eden genel kişilik hakkı, **hayatına son verme hakkını** da kapsar. Keza, bu temel hak, diğer bir kişiden intihar konusunda yardım talebinde bulunma ve hatta, yardım etme konusunda teklifte bulunan kişilerin teklifini kabul etme özgürlüğünü de bünyesinde barındırır (pn. 208 vd.). Birey bakımından hayatın ne anlam taşıdığı, hayatiyetini devam ettirip ettirmemesi, hangi mülahazat ile hayatiyetine son vermeyi istediği hususları, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan düşünce ve kanat hürriyetinin kapsamında mütalaa edilmelidir (pn. 209).

Kişinin hayatiyetine son verme hakkı, örneğin tedaviyi reddetmesi gibi, hayatiyetinin devam edebilmesi için gerekli olan tedbirlerin alınmasını reddetme hakkı ve bu suretle, yakalandığı ölümcül hastalığın kendi seyrine bırakılmasını isteme hakkı ile sınırlı tutulamaz (pn. 209).

Kişinin hayatiyetine son verme hakkı, haricen belirlenen durumlarla sınırlandırılmaz, kısıtlanamaz. Kişinin hayatiyetine son verme hakkı, özellikle ağır veya tedavisi kabil olmayan

hastalık durumlarına ya da belirli hayat veya hastalık evrelerine münhasır kılınamaz (pn. 210). Bu hakkın kullanımının belirli sebep ve saiklere özgülmesi, intihara karar veren kişinin bu kararının sebep ve saikleriyle ilgili bir değerlendirme yapmayı ve bunların içerik itibarıyla önceden belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Oysa bu durum, Anayasanın özgürlük telakkisiyle bağdaşmamaktadır. Uygulamada da bu sebep ve saiklerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti de oldukça güçtür ve böyle bir tespit girişimi de, Anayasanın dayandığı insan onuru ile bağdaşmaz ve şahsi sorumluluk bilinciyle kişiliğin serbestçe tekamülü amacına ters düşer. Bu bağlamda temel ölçüt, şahsi sorumluluk bilinciyle hareket eden kişinin genel değer tasavvurları, dinî vecibeler, hayat ve ölümle ilgili toplumsal telakkiler veya objektif bir bakış açısıyla makul addedilen mülahazat çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucunda serbestçe karar vermesidir (pn. 210).

Bu değerlendirmelerden sonra, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Almanya Anayasası, m. 1, f. 1 ile koruma altına alınan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının, sadece intihar etme hakkını değil, intiharına yardım etme hususunda başkalarından talepte bulunma ve hatta, bu yönde yapılan teklifi kabul etme özgürlüğünü de kapsadığını kabul etmektedir (pn. 212 vd.).

Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin kabulüne göre, intihara karar vermiş olan kişi, bu kararının icrasında bir başkasından yardım da talep edebilir. Bu amaçla kişi, bir yakından, hekimden veya sair sağlık görevlisinden ve hatta, intihar etmek isteyen kişilere yardım etmeyi iş edinmiş olan bir kişi veya kuruluştan da talepte bulunabilir (pn. 222).

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, sonuç itibarıyla Almanya Ceza Kanunu, § 217'deki suç tanımının, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kısıtladığı kabul edilmiştir (pn. 218 vd.).

Esasında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi de, intihara yardımın kötüye kullanılabilceğini, kötüye kullanma tehlikesinin bulunduğunu kabul etmektedir (pn. 222).

Keza, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Almanya Ceza Kanunu, § 217'deki suç tanımı ile güdülen amacın, meşru bir amaç olarak hayat hakkını korumak olduğu kabul etmektedir (pn. 227 vd.).

Avusturya Anayasa Mahkemesi de, 11 Aralık 2020 tarihli ve G 139/2019-71 sayılı Kararı ile Avusturya Ceza Kanununun intihara yönlendirme ve yardım fiillerini cezalandıran § 78 hükmünde yer alan “*oder ihm dazu Hilfe leistet,*” (veya *intihar etmeye karar veren kişiye yardım ederse,*) ibaresini benzer gerekçelerle, Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

Buna karşılık, Avusturya Anayasa Mahkemesi, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi gibi, kişinin intihar etme yönünde karar vermesini bir “hak” olarak kabul etmekle birlikte, bir başkasının intihara yönlendirme fiilinin suç olma vasfını taşıdığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemelerinin bu kararlarına rağmen, her iki ülke ceza kanunlarında talep üzerine öldürme fiilleri, suç olarak tanımlanmaya devam etmektedir (Almanya CK, § 216; Avusturya CK, § 77).

Ancak Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında kişinin intihar etme yönünde karar vermesinin bir hak olarak kabul edilmesinin yanı sıra, “*Das Recht, sich selbst zu töten*” (“*kişinin kendi kendini öldürme hakkı*”) ibaresi kullanıldığı için (pn. 211, 212, bu karardan sonra Almanya CK, § 216'daki “talep üzerine öldürme” suçuna ilişkin hükmün de anayasal dayanağının kalmadığı ileri sürülmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, hayatîyet, insan onurunun temelini oluşturmaktadır. Hayatîyet olmadan, hayatîyete son verildikten sonra insan onurundan bahsetmek artık imkansızdır. Her ne kadar, kişinin hayatına son verme yönünde karar vermesi ve bu kararın icrası kişi onuruyla bağdaşmayan bir davranış değilse de, bu yönde verilen her kararın insan onurunun

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin **Çoşelav v. Türkiye Kararına (1413/07, 9.10.2012)** konu teşkil eden olayda; işlediği bir suçtan dolayı mahkum olduğu hapis cezasını çekmek üzere ceza infaz kurumunda bulunan Bilal, yatak çarşafıyla kendini asarak intihar eder. İntiharla sonuçlanan olay, şu şekilde cereyan eder:

Henüz 18 yaşını tamamlamadığı için Kars Cezaevinin çocuk koğuşuna konulan Bilal, 29.12.2003 tarihinde ceza infaz kurumunun avlusunda intihara teşebbüs eder. Ancak, infaz kurumu görevlilerinin müdahalesiyle, kurtarılır.

Bilal, 19.1.2004 tarihinde aşırı dozda ilaç alarak tekrar intihara teşebbüs eder. Bu girişimi de sonuçsuz kalan Bilal, tedavi için hastaneye gönderilir ve bilahare, 28.1.2004 tarihinde, Erzurum Cezaevine nakledilir.

Çocuk koğuşuna konulan Bilal ile ilgili olarak mahkumlardan biri, 9.2.2004 tarihinde, ceza infaz kurumu yetkilisine garip davranışlarının olduğu, kendini asmaktan söz ettiği ve davranışlarının çocuk koğuşunda kaygılara neden olduğu bilgisini verir. Bu bilgi üzerine Bilal, fizikî görünümü de dikkate alınarak, yetişkinlerin bulunduğu koğuşa yerleştirilir.

Bilal, 27.2 ve 10.12.2004 tarihleri arasında ceza infaz kurumu yetkililerine 22

bir tezahürü olduğundan söz edilemez. İnsan onuru, kişiye otonom, muhtar, özgürlük içinde bir hayat sağlamaktadır. Kişinin onuru ile hayatiyetine son verme yönünde verdiği karar arasında bir bağlantı bulunabilir. Ancak bu bağlantı, hayatiyete son verme yönünde verilen kararın aleltilak onurun bir tezahürü olmaktan ziyade, hayatiyetinin devamı sürecinde maruz kaldığı, kalmaya devam ettiği muamelenin insan onuruyla bağdaşmamasının kişiyi intihar yönünde karar almaya sevk etmesidir.

Esasında, kişinin hayatiyetine son verme yönünde verdiği karara hukukî değer atfetmek, kişinin şahsiyetini serbestçe tekamül ettirme amacıyla telif edilemez. Her ne kadar, kişinin şahsiyetini serbestçe tekamül ettirebilmesinin koşullarının ortadan kalkması, köleleştirilmesinin, istismar edilmesinin, maruz bırakıldığı hayat şartlarının insan onuruyla bağdaşmaması, kişiyi intihar yönünde karar vermeye sevk edebilmekte ise de, bu yönde verilen karara hukukî geçerlilik tanınmaz. Aralarında bir ilişki kurulabilse de, insan onuru, intihar yönünde verilen karara hukukî geçerlilik sağlamaz.

Keza, intihar kararının “özgür iradeye” dayanabileceği yönündeki kabulün bilimsel gerçeklikle bir ilgisi bulunmamaktadır. İntihar kararının ancak mazur kabul edilebilecek bir sebebe dayanıp dayanmadığı konusunda bir değerlendirme yapılabilir. Şayet, kişinin intihar yönünde vermiş bulunduğu kararın, mazur sayılabilecek bir sebebe dayandığı değerlendiriliyorsa, bu kararın icrasına engel olmamak da mazur addedilebilir. Ancak, kişinin intiharına engel olmamak, hiçbir zaman hukuka uygun, haklı bir davranış olarak değerlendirilemez.

Kişileri intihara yönlendirmenin ve hatta, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi ile Avusturya Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararlarında kabul edilen aksine, intihar etmeye karar vermiş olan bir kişiye bu kararın icrası bağlamında yardım edilmesinin bir “hak” olarak kabulünün hukukî temeli bulunmamaktadır.

ayrı dilekçe vererek çeşitli taleplerde bulunur. Bu çerçevede, para kazanmak için çalışmak istediğini de bildirir.

Bilal, zaman içinde infaz kurumu yetkililerine sözlü olarak iletmiş olduğu çeşitli taleplerinin kabul edilmemesi üzerine kişilere ve eşyaya karşı saldırgan davranışlarda bulunur. Bu saldırgan davranışları dolayısıyla hücreye konulan Bilal, **17.12.2004 tarihinde** kafasını hücre duvarına çarparak kendini yaralar. Tedavisi yapılan Bilal tekrar hücreye konulur. Bilal, **aynı gün** bulunduğu hücrede yatak çarşafıyla kendini asarak intihar eder.

Bekir'in intihar ettiği bilgisi babasına 30.12.2004 tarihinde verilir ve cenazesi, 3.1.2005 tarihinde teslim edilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu olaya ilişkin kararında, pek çok kararında olduğu gibi, **devletin, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin hayatını kendilerine karşı da koruma, yani intihar girişimlerini önleme bakımından yükümlülüğünün olduğuna** vurgu yapmıştır (kn. 52 ilâ 54). Mahkeme, bu kararda olduğu gibi (kn. 70), söz konusu yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 2. maddesinde güvence altına alınan kişinin hayat hakkının ihlal edildiğine dair içtihatlarla bulunmuştur.⁴⁸

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde sorumluluk bağlamında AİHM, **kişinin intihar etme tehlikesinin bulunduğuun intiharın gerçekleştiği tarih itibarıyla ilgili kamu görevlileri tarafından biliniyor olması veya bilinmesi gerektiği** hususlarına vurgu yapmıştır. Yani gerçekleşen intihar olayı dolayısıyla sorumluluk için, ilgili kamu görevlilerinin en azından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlarının bulunması gerekir.

Buna göre gerçekleşen intihar olayı dolayısıyla sorumluluk için;

a) Tutuklu, hükümlü veya asker kişinin intihar edebileceği yönünde somut bir

⁴⁸ Ayrıca bkz. *Keenan/Birleşik Krallık*, no. 27229/95, 3.4.2001; *Renolde/Fransa*, no. 5608/05, 16.10.2008. *Ketreb/Fransa*, no. 38447/09, 19.7.2012. *De Donder ve De Clippel/Belçika*, no. 8595/06, 6.12.2011. Buna karşılık, ceza infaz kurumunda bulunan bir hükümlünün intiharında devletin kişinin hayatını koruma yönündeki yükümlülüğünün ihlal edilmediği yönündeki karar için bkz. *Trubnikov/Rusya*, no. 49790/99, 5.7.2005.

Keza, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askerlik görevini yapmakta olan ve ruhsal yönden çeşitli sağlık sorunları bulunan kişinin görev sırasındaki intiharı olayında devletin gerekli tedbirleri almamakla, Sözleşmenin 2. maddesiyle güvence altına alınan kişinin hayat hakkını ihlal ettiği yönünde içtihatla bulunmuştur: *Kılıç ve diğerleri/Türkiye*, no. 40145/98, 7.6.2005.

tehlikenin mevcut olması,

b) İlgili kamu görevlilerinin bu tehlikeyi bilmesi veya en azından bilebilecek durumda olması,

c) İntihar girişiminin önüne geçebilecek, her somut olayın koşullarına göre makul tedbirlerin alınmamış olması,

gerekir.

Bu durumda ilgili kamu görevlilerinin hangi suç hükümlerine göre sorumluluğu cihetine gidilmesi gerektiği hususu, iç hukuk meselesidir.

Keza, Anayasa Mahkemesinin 9.6.2021 tarihli ve 2017/35564 BB sayılı kararına konu teşkil eden olayda, psikolojik ve hatta psikiyatrik sorunları bulunan hükümlü ceza infaz kurumunda bulunduğu odada kendini asarak intihar eder.

Bu olayda, yakınları, hükümlünün bu durumuna ilişkin olarak çeşitli sağlık kuruluşlarınca düzenlenmiş olan rapor ve belge örneklerini dayanak göstererek, intihara eğilimli kişilik sahibi olduğunu belirtirler ve ceza infaz kurumu yetkililerinden gerekli tedbirlerin alınması talebinde bulunurlar.

Bu olayda, hükümlünün ceza infaz kurumunda birkaç defa intihar girişiminde bulunması itibarıyla kendini öldürebileceği konusunda gerçek bir riskin bulunduğu kurum yetkilierince bilinmektedir (kn. 94). Ancak, infaz kurumu yetkilileri, buna rağmen hükümlünün odasında çamaşır ipi gibi intihar girişiminde kullanabileceği eşyanın bulunmasını önlemek yönünde tedbir almazlar (kn. 96).

Anayasa Mahkemesi, daha önce verdiği değişik kararlardaki aşağıda iktibas edilen gerekçelere atıfta bulunarak, bu olayda hükümlünün hayat hakkının (maddi boyutunun) ihlal edildiğine karar vermiştir (kn. 97).

*“Devlet ... bir kişinin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu kamu makamlarınca bilindiği ya da **bilinmesi gerektiği durumlarda**, görevlileri aracılığıyla makul ölçüler çerçevesinde ve bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde önlemler almalıdır.”* (kn. 92)⁴⁹

“... ceza infaz kurumu yetkilileri, kontrolleri altındaki bir kişinin kendini

⁴⁹ Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 17.9.2013, BB 2012/752, pn. 53.

öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bildikleri ya da bilmeleri gereken durumlarda söz konusu riski ortadan kaldırmak için makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında almaları gereken tedbirleri almalıdırlar.” (kn. 93)⁵⁰

Anayasa Mahkemesinin söz konusu değerlendirmeleri, bize sadece bu intihar olayından dolayı ilgili kamu görevlilerinin ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmesi gerektiği hususunda yol göstericilik özelliği taşımaktadır.

Bu durumda ceza infaz kurumu yetkilileri hakkında hangi suçtan dolayı yargılama yapılması gerektiği hususu Türk ceza hukuku uygulaması bakımından önemli bir sorun oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, ilgili kamu görevlilerinin tutuklu, hükümlü veya asker kişi bakımından kanun gereği olarak **koruma ve gözetim (teminat) yükümlülüğü** bulunmaktadır.

Kişinin intihar girişimine muttali olunmasına rağmen, bu koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen, yani intihar girişimini önlemeyen teminat yükümlüsünün, yukarıda açıklandığı üzere, bir başkasının **intiharına ihmalî davranışla yardım** etmekten dolayı TCK, m. 84 hükümlerine istinaden cezalandırılması gerekir.

Buna karşılık, koruma ve gözetim yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmesinin ihmal edilmesinden yararlanılarak intihara teşebbüs edileceğinin öngörülmemesi durumunda, intihara teşebbüs veya intihar bakımından teminat yükümlüsünün ancak taksirinden söz edilebilir. Ancak, teminat yükümlüsünün bu ihmalden yararlanılarak intihara teşebbüs edilmesi veya intihar edilmesi halinde, teminat yükümlüsünün taksirle yaralamaya veya ölüme sebebiyet verme suçlarından dolayı sorumluluk cihetine gidilemez. Zira, kanuni tanımları itibarıyla söz konusu suçlara ilişkin hükümler intihar bağlamında uygulama kabiliyeti bulamaz.⁵¹

⁵⁰ Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 17.9.2013, BB 2012/752, pn. 53; Anayasa Mahkemesi, 20.5.2015, BB 2013/6979, pn. 72.

⁵¹ Ancak, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, aşağıya iktibas edilen kararında bu durumda **taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan** dolayı sorumluluk yoluna gidilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur:

*“Polis memuru olarak görev yapan sanığın, son 5-6 yıldır **depresyon hastası** eşi ile eşinin babasının köyde bulunan evine gittikleri, sanığın silahını yanında dolu şarjörü ile birlikte odalardan birinde koltuğun üzerine bıraktığı, ev halkı balkonda ve bahçede bulunurken ölenin eve girip eşinin koltuk üzerinde bulunan silaha şarjörü takıp başına bir el ateş ederek öldüğü olayda; sanığın ölü muayenesi sırasında verdiği ifadesinde; eşinin depresyon*

Ancak, teminat yükümlüsü olan kamu görevlisinin bu koruma ve gözetim görevinin bilincinde olmasına rağmen, bunun gereklerini yerine getirmemesinden istifade edilerek intihara teşebbüs veya intihar edilmesi halinde, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan dolayı ceza hukuku sorumluluğu cihetine gitmek gerekir. Bu durumda kamu görevlisi teminat yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmeyi kasten ihmal etmiş ise de, bu ihmalinden yararlanılarak koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişinin intihara teşebbüs edeceğini veya intihar edeceğini öngörmemiştir. Koruma ve gözetim altında bulunan kişinin intihara teşebbüs veya intihar etmesi, ihmali davranışla işlenen bu görevi kötüye kullanma suçu bakımından bir objektif cezalandırılabilme şartı mahiyeti taşımaktadır.⁵²

Anayasa Mahkemesinin **8.3.2018** tarihli ve 2014/15959 bireysel başvuru sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; anne A, vücudundaki gelişme ve değişikliklerden şüphelenmesi üzerine, 9.4.1996 doğumlu kızı F'yi 27.7.2013 tarihinde doktora götürerek muayene ettirir. Bu muayenede F'nin yaklaşık yedi aylık hamile olduğu anlaşılır. F'nin, 2012 yılının Kasım ayından beri kendisinden birkaç yaş büyük olan B ile arkadaş olduklarını ve bu arkadaşlık sürecinde müteaddit defa cinsel ilişkiye girdiklerini anne ve babasına anlatması

*hastası olduğunu, olay günü eşinin rahatsızlığı nedeniyle psikiyatri bölümünde muayene olduğunu, doktorunun yatış önerdiğini ancak eşinin kabul etmemesi üzerine eşinin babasının köyde bulunan evine gittiklerini, eşinin daha önce yine kendi silahı ile iki kez intihara teşebbüs ettiğini, bu nedenle silahı eşinden sakladığını ve mermileri cebinde taşıdığını, hastaneden geldikten sonra cebinde taşıdığı mermileri şarjöre yerleştirerek silahı ve şarjörünü ayrı vaziyette odalardan birindeki koltuğun üzerine koyduğunu, eşinin şarjörün silaha nasıl takıldığını bildiğini beyan ettiği dikkate alındığında; sanığın eşinin hastalığının aktif döneminde intihara teşebbüs edebileceğini öngörebileceği ve eşinin silah kullanmayı bildiği halde dolu şarjör ve silah herkesin kolayca ulaşabileceği bir yere bırakarak bilinçli taksirle hareket ettiği anlaşılmalıdır; sanık hakkında bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasında isabetsizlik görülmemiş”tir: Yargıtay 12. CD, **16.5.2014**, E. 2013/21595, K. 2014/12058.*

Bu karar bağlamında belirtilmek gerekir ki, söz konusu olayda intihar edenin eşi hakkında, TCK, m. 22, f. 6’da düzenlenen cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebep hükmünün uygulanmamış olması, önemli bir eksiklik değildir.

⁵² Yargıtay 9. Ceza Dairesi, “fiziksel ve ruhsal durumu itibarıyla kendi hayat bütünlüğü bakımından tehlike arz ettiğine dair belirtiler bulunan ...’un yakalama işlemi hakkında derhal Cumhuriyet Savcısına bilgi verilerek emri doğrultusunda işlem yapılmadığı gibi yakınlarına da haber verilmediği ayrıca tek başına kendisine zarar verebilecek eşyalardan arındırılmadan ve gerekli tedbirleri almadan avukat bekleme odasında tutmak suretiyle mevzuattaki emredici hükümleri yerine getirmekte ihmal ve gecikme gösterildiği ve bu şekilde ...’un avukat bekleme odasının demir korkuluklarına kemeri ile asarak intihar etmesine neden olduğu iddia ve kabul edilen somut olayda” ilk derece mahkemesinin, ilgili kamu görevlilerinin ihmalinin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu yönündeki kabulünü hukuka uygun bulmuştur: Yargıtay 9. CD, **30.6.2020**, E. 2020/329, K. 2020/749.

üzerine, ailesinden kişiler, B ve ailesinden sair kişilerle görüşerek bu duruma bir çözüm bulmaya çalışırlar. Ancak, bu arada F, 28.7.2013 tarihinde intihar eder.

A, B'nin tutum ve davranışlarıyla kızı F'yi intihara yönlendirdiğini iddia ederek, hakkında suç duyurusunda bulunur. Soruşturma kapsamında yapılan DNA testinde, F'nin hamile kaldığı ceninin babasının B olduğu anlaşılır.

Manavgat Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından; F hakkında başlatılan soruşturma sonucunda, F'nin cinsel birliktelik yaşadığı tarihlerde on beş yaşından büyük ve B ile cinsel ilişkisinin rızaya dayalı olması karşısında, cinsel istismar suçunun oluşmadığı; reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından ise şikayette bulunulmadığı için A hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mümkün olmadığı; A'nın F'yi intihara yönlendirme suçunu işlediği yönündeki iddianın dayandığı somut ve objektif delil bulunmadığı gerekçesiyle, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

Bu olayda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesiyle hak ihlalinde bulunulduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin verdiği kararda, sorun sadece F'nin anne ve babasının şikayet hakkını haiz olup olmadığı bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Bu olay bağlamında maddi ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi gereken husus, F'nin intiharı dolayısıyla B'nin ceza hukuku bakımından sorumluluğu cihetine gidilip gidilemeyeceğidir.

Nedensellik bağı, fail ve icra ettiği fiil ile gerçekleşen netice arasındaki objektif ilişkiyi ifade etmektedir. Failin fiili ile gerçekleşen netice arasındaki sebep - sonuç ilişkisini ifade eden illiyet bağı, tamamen doğal bir olgudur, tabii bir vakıadır. Ancak bir olayda gerçekleşen neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için doğal bir olgu olan nedensellik bağının kurulması yeterli olmayabilir. Bazı durumlarda gerçekleşen neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için, nedensellik bağının varlığının yanı sıra, bu neticenin faile objektif olarak isnat edilebilir olması gerekir. Tamamen doğal bir olgu olan nedensellik bağına nazaran, objektif isnadiyet bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Söz konusu olayda, mağdur F'nin intiharı ile, ölüm öncesinde yaşadığı olaylar arasında doğal bir olgu olarak nedensellik ilişkisi kurulması mümkündür. Ancak, her ne kadar F yaşadığı olayların etkisiyle intihar etme yönünde bir tercihte bulunmuş ise de, intihar etmek suretiyle gerçekleşen ölüm neticesini A'ya veya başka herhangi birine objektif olarak isnat etmek, hukuken mümkün

değildir.⁵³

Yargıtay, mülga 765 s. TCK'nin yürürlükte olduğu dönemdeki içtihatlarında sorunu nedensellik bağından hareketle bir çözüme kavuşturma eğiliminde idi ve bu tür olaylarda kişinin intiharı ile intihar öncesinde yaşadığı olaylar arasında nedensellik bağının bulunmadığı gerekçesiyle ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmemesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştu.⁵⁴

Anayasa Mahkemesinin kararına konu teşkil eden olayda şayet hamile kalan F, B'ye kendisiyle evlenme iradesini açıklamış; B'nin bu teklifi kabul etmemesi karşısında intihar edeceğini söylemiş; buna rağmen B, F'nin bu intihar düşüncesinin gerçekleşmemesi için gereken girişimlerde bulunmamış ve neticede F intihar etmiş olsaydı, B'yi ceza hukuku bakımından sorumlu tutmak gerekirdi. Bu durumda B'yi TCK, m. 84 düzenlemesi karşısında, **intihar girişimini önlememek suretiyle intihara yardım**da bulunmaktan dolayı sorumlu tutmak gerekirdi.

IV. TCK'da işkence suçu ile bağlantılı olarak da, teminat yükümlüsü kamu görevlisinin ceza sorumluluğuna ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir: İşkence suçunun *“ihmalî davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.”* (TCK, m. 94, f. 5). Madde gerekçesinde bu hükme ilişkin olarak şu açıklamalar yer almaktadır:

“İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zimni

⁵³ ÖZGENÇ, İzzet/KILIÇ, Ali Şahin/BAYTEMİR KONTACI, Burcu/ÖLMEZ, Gökhan/ ÜNAL, Osman Gazi/GENÇ, Fatma Umay: *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Sınav Soru ve Cevapları*, Ankara, Ekim 2021, sh. 95 vd.

⁵⁴ **Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.5.1980** tarihli ve 1-151/206 sayılı Kararına (YKD, Eylül 1980, sh. 1279 vd.) konu teşkil eden olayda, S ile sekiz senedir evli olup, üç çocuğu bulunan Feruzan, kayınvalidesi ve kayınpederi ile aynı evde oturur; bu şahıslarla arasında geçimsizlik bulunduğu gibi, başka bir kadınla ilişkisinden şüphelendiği S ile aralarında da geçimsizlik bulunur. Feruzan, zaman zaman kocasının kendisine şiddet uyguladığını ve ayrılmak istediğini babasına anlatır, ancak babasının boşanmasına razı olmaması nedeniyle tekrar eşinin yanına döner. Aile içinde geçimsizlik yaşamaya devam eden Feruzan, arkadaşı hemşire Şükran'a zaman zaman telefon ederek problemlerini anlatır. Aile içindeki geçimsizliklerin artması üzerine Feruzan bu defa, dokuz aylık çocuğunu yanına alıp, bir hemşehrisinin evine gider; ancak aile dostlarının tavsiyeleri uyarınca tekrar kocasının yanına döner. Buna rağmen kocasıyla arasında geçimsizlik devam eder ve tekrar tekrar kocasının şiddetine maruz kalır. Bu muameleler üzerine bunalım geçiren Feruzan, odasına kapanarak asmak suretiyle kendisini öldürür.

Yargıtay bu olayda S'nin fiilleri ile Feruzan'ın intiharı arasında nedensellik bağının bulunmadığı ve bu intihar dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği yönünde içtihatla bulunmuştu.

muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, **ihmalî davranışla işkence suçunu** işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır.”^{55, 56}

V. Terk suçu da TCK’da bir **görünüşte ihmalî suç** olarak tanımlanmıştır (m. 97). Çünkü, bu suç, madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği gibi,⁵⁷ ancak bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan, yani teminat yükümlüsü olan (garantör) tarafından işlenebilir.⁵⁸ Kişinin bakım ve gözetim yükümlülüğü

⁵⁵ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 500 vd.

⁵⁶ Bkz. Yargıtay 8. CD, **5.4.2017**, E. 2016/5680, K. 2017/3721; Yargıtay 8. CD, **6.3.2014**, E. 2013/7707, K. 2014/5504.

⁵⁷ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 646 vd. Ayrıca bkz. ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 106, 140 vd.

⁵⁸ Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, gerçek ve görünüşte ihmalî suç ayrımında **neticeyi** esas alan doktriner görüşlerden etkilenerek, terk suçunun **gerçek ihmalî suç** olduğunu kabul etmektedir:

“Türk Ceza Kanununun 97. maddesinde düzenlenen terk suçunun birinci fıkrasında, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi hâline terk etmek suç olarak tanımlanmış, terk olgusu bağımsız bir suç olarak kabul edilmiştir. Suçun mağduru, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimse, faili ise, bu kimseler üzerinde kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğü yüklenen kişilerdir. Yükümlülüğün kanundan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespitite, 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere ilgili kanunlardan yararlanılırken, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün belirlenmesinde, sözleşmenin kapsamı ve içeriği esas alınır. Sözleşme şekle bağlı değildir. Yazılı ya da sözlü olabileceği gibi gönüllü üstlenme şeklinde fiili durumda da kaynaklanabilir. Hekim, hemşire, hasta bakıcı, çocuk/bebek bakıcısı, hizmetçi, gezi rehberi, öğretmen gibi kişiler, sözleşmenin içeriğine göre koruma ve gözetim yükümlüsü sayılabilir.

Bu suçla korunan hukukî değer, insanın yaşama ve vücut bütünlüğü hakkının yanı sıra koruma ve gözetim yükümlülüğü olan kişilerin bu görevlerini yerine getirmelerinin sağlanması ve bu sayede ortaya çıkacak sosyal fayda düşüncesidir.

Suçun maddi unsuru yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan mağdurun “kendi haline terk edilmesidir”. Suç bağlamında “kendi haline terk”, failin, mağdurla olan fiili ilişkisini geçici ya da sürekli şekilde kesmesi ve mağduru egemenlik alanının dışına çıkarması, bu bağlamda kendi haline bırakmasıdır. Bu suç “kendi haline terk” gerçekleştiği anda tamamlanır. Terk süresi uzun veya kısa olabilir. Burada önem taşıyan husus, terk süresinin mağdur

altında bulunan ve kendini idare edemeyecek durumda olan birisini terk etmesi, yani bu kişiye karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünün gereklerini

için tehlike yaratma hususunda yeterli olup olmadığıdır. Kişinin kendi haline terk edilmesi, koruma ve gözetim altında bulunanın, bu yükümlülüğü üstlenmiş olan kişi tarafından herhangi bir yerde korumadan yoksun hale getirilmesidir.

Terk fiilinin, fail dışında, koruma ve gözetim yükümlülüğünü üstlenebilecek durumda olan ve bu iradeyi taşıyan kişilerin inisiyatif kullanabilecekleri biçimde ve ortamda gerçekleştirilmesi halinde bu suç oluşmaz.

Suçun oluşumu için, failin mağduru, koruma ve gözetim yükümlülüğü üstlenebilecek durumdaki bir kişi veya kurumun kontrolüne bırakmaksızın “mağduru kendi haline terk” fiilini gerçekleştirilmesi veya terk anı itibarıyla bu yükümlülüklerin kim tarafından taşınacağı belirsiz olması gerekir.

Terk suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Faildeki saikin önemi yoktur. Fail yaşı, hastalığı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle yasa, sözleşme, doğal bağlılık ilişkisi veya fiili bir nedenden dolayı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişiyi terk etme bilinç ve iradesiyle hareket etmelidir. Başka bir deyişle fail, “kendi haline terk” eyleminden doğacak neticeyi bilmeli ve istemelidir.

*Mağdurun kendi haline terk edilmesi, icraî ya da ihmali davranışla gerçekleştirilebilir. Terk suçu, **gerçek ihmali suçtur** ve kanunda tarif edilen belli bir emredici davranışın (terk etmeme) kasten yerine getirilmemesi ile oluşur.”: Yargıtay 4. CD, **4.11.2019**, E. 2015/21076, K. 2019/17077; Yargıtay 4. CD, **12.5.2016**, E. 2016/5394, K. 2016/9879; Yargıtay 4. CD, **25.12.2015**, E. 2014/34362, K. 2015/40853.*

yerine getirmemesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.^{59, 60}

Terk suçunun ihmalî davranıla işlenmesi halinde, teminat yükümlüsü (garantör), terk edilen ve bu suretle bakımsız ve gözetimsiz kalan kişinin örneğın ölebileceğı öngörür. Terk edilenin ölmesi halinde, terk eden teminat

⁵⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 7.7.2015 tarihli ve E. 2014/11850, K. 2015/33091 sayılı Kararı-na konu teşkil eden olayda; bakıma muhtaç ve hasta olan ve bu nedenle çocukları tarafından nöbetleşe bakılan 86 yaşındaki M, bakım dönemi biten gelini H tarafından, M'nin diğeri oğlu R'nin evine getirilir. R, evde olmasına rağmen, ışıkları söndürüp evde yokmuş izlenimi oluşturmaya çalışır ve kapıyı açmaz. Bunun üzerine H, M'yi R'nin ev kapısı önünde komşudan temin ettiği sandalyeye oturarak, olay yerinden ayrılır. R ise, hasta, yaşlı ve bakıma muhtaç olan annesi M'yi gece boyunca evine almaz. M, gecenin ilerleyen saatlerinde durumu fark eden komşuları tarafından eve alınır.

Bu olayda İlk Derece Mahkemesi, R'nin **terk** suçunu işlediğini kabul ederek, hakkında TCK, m. 97, f. 1 hükmüne istinaden mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, R'nin sorumluluğı bakımından doğru bulduğumuz bu mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir.

Söz konusu kararda, gelin H'nin ceza hukuku sorumluluğunun tartışılmaması, önemli bir eksikliklerdir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanunu, kişiye kayın hısımları ile ilgili olarak bakım ve gözetim yükümlülüğü yüklemektedir. Bu itibarla H, M ile ilgili olarak **kayın hısımlığı dolayısıyla teminat yükümlüsü değildir**. Ancak, kişi, kayın hısımlığı dolayısıyla teminat yükümlüsü değilse de, **sosyal ilişkilerin gereğı olarak kayın hısımlarının bakım ve gözetimini üstlenmiş olabilir**. Sosyal ilişkilerden kaynaklı olarak da olsa, bakıma muhtaç bir kişinin bakım ve gözetiminin üstlenilmesi, üstlenen kişiyi **teminat yükümlüsü** kılar. Karara konu teşkil eden olayda H, M'nin bakım ve gözetimini üstlenerek teminat yükümlüsü olmuştur.

Dikkat edilmelidir ki, H, M'yi R'ye teslim etmemiş, R'nin eve kabul edeceği beklentisi ile evinin kapısı önünde kendi haline bırakmıştır. Bu ümit ve beklenti, H'nin kusurluluğı bağlamında ve dolayısıyla, ceza hukuku sorumluluğının belirlenmesinde dikkate alınabilecek bir husus olmakla birlikte, terk suçu bakımından kastı ortadan kaldırmaz. Terk suçunun **soyut tehlike suçu** özelliğı taşıdığını da göz önünde bulundurmak gerekir (ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 111. Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde bir görüş, söz konusu suçun *somut tehlike suçu* olduğu fikrindedir: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, 18. bası, sh. 341).

⁶⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 4.11.2019 tarihli ve E. 2015/21076, K. 2019/17077 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; aralarında evlilik birliğı bulunmayan ve her ikisi de alkol ve uyuşturucu madde bağımlısı olan A ve B'nin bir çocukları dünyaya gelir. Çocuk (Ç), hastane dışı bir ortamda dünyaya gelir. Anne B, doğumdan kısa bir süre sonra, Ç'yi bir hastanenin acil servisine bırakır.

Bu olayda İlk Derece Mahkemesi, B'nin **terk** suçunu işlediğini kabul ederek, hakkında TCK, m. 97, f. 1 hükmüne istinaden mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Yargıtay 4. Ceza Dairesi ise, suçun "*manevi unsurunun gerçekleşmediğı*" gerekçesiyle, bu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Bu olayda da bir **soyut tehlike suçu** olan terk suçu işlenmiştir. Söz konusu suçun maddi ve manevi unsurları oluşmuştur. Ancak, anne ve babanın her ikisinin de alkol ve uyuşturucu madde bağımlısı olması, sadece bu suç nedeniyle kusurlulukları bağlamında dikkate alınmalıdır.

yükümlüsünün (garantörün) ne suretle sorumlu tutulacağı, kast veya taksirine bağlı olarak belirlenecektir. Terk eden, terk edilen kişinin ölebileceğini veya sağlığının bozulabileceğini öngörmesine rağmen, “ölürse de ölsün” veya “hastalanırsa da hastalansın” düşüncesiyle hareket etmiş ve bu muhtemel neticeler bakımından kayıtsız kalmış ise, artık terk suçundan dolayı değil, ihmâlî davranışla işlediği kasten (olası kastla) öldürme (TCK, m. 83) veya yaralama (TCK, m. 88) suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir.^{61, 62}

⁶¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 3.2.2020 tarihli ve E. 2019/2477, K. 2020/258 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; S, bir TV kanalındaki ilanlar aracılığı ile tanıştığı M ile küçük yaştaki oğlu O'yu bir kış gününde arabasıyla ormanlık alana getirerek, burada O'nun gözü önünde M ile cinsel ilişkiye girer; bilahare de M'yi darp eder. M, maruz kaldığı bu darp fiilinin etkisiyle ölür. S, ayrıca M'nin üzerinde bulunan yaklaşık 6.000 TL para ile 5 adet altın bileziği alır; keza, küçük yaştaki O'yu, yerleşim yerlerinden uzakta bulunan ormanlık alanda bırakır. Ormanda tek başına donmak üzere olan O, tesadüfen olay yerine gelen avcılar tarafından görülerek hemen hastaneye götürülür.

İlk Derece Mahkemesi, bu olayda S'nin, M'ye karşı kasten öldürme ve yağma suçlarını işlediğini kabul ederek bu suçlardan dolayı ayrı ayrı mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Yargıtay 1. Ceza Dairesi bu mahkûmiyet hükümlerinin onanmasına karar vermiştir.

Keza, İlk Derece Mahkemesi, O'yu ormanda tek başına bırakması bağlamında S'nin **teşebbüs** aşamasında kalmış **ihmalî davranışla kasten öldürme suçunu** işlediğini kabul ederek, hakkında mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Ancak, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, S'nin bu fiilinin **ihmalî davranışla kasten yaralama suçunu** oluşturduğu ve hakkında TCK, m. 86, f. 1, f. 3 (bent b); m. 87, f. 1 (bent d) ve m. 88 hükümleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin bu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Karara konu teşkil eden olay bağlamında çözümlenmesi gereken sorunları şu şekilde sıralayabiliriz:

- 1) S'nin M ile küçük yaştaki oğlu O'nun gözleri önünde cinsel ilişkiye girmesi, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirir mi?
- 2) S'nin M'yi öldürmesi dolayısıyla TCK'nın hangi hükümlerine istinaden cezalandırılması yoluna gidilebilir?
- 3) S'nin, M'nin üzerindeki 6.000 TL ile ziynet eşyasını alması fiili dolayısıyla, TCK'nın hangi hükümlerine istinaden ceza sorumluluğu yoluna gidilebilir?
- 4) S'nin O'yu ormanda yalnız bırakması fiili dolayısıyla TCK'nın hangi hükümlerine istinaden ceza sorumluluğu yoluna gidilebilir?

Hukukî değerlendirmelerimiz:

1. sorun: S'nin M ile küçük yaştaki oğlu O'nun gözleri önünde cinsel ilişkiye girmesi, TCK, m. 103'de tanımlanan çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturur. 15 yaşından küçük olan çocuğa karşı, fiziksel temas olsun veya olmasın, cinsel arzuları tatmine yönelik her türlü davranış, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturur.

O'nun 15 yaşından büyük çocuk olması halinde, söz konusu fiil, **cinsel taciz** suçunu oluşturur. Bu durumda temel cezayı TCK, m. 105, f. 1 ikinci cümle hükmüne istinaden belirlemek gerekir. Keza, suçun teşhir suretiyle işlenmiş olması dolayısıyla, TCK, m. 105, f. 2 (bent e) hükmüne istinaden cezayı artırmak gerekir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefî Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hü*

kümlelerinin uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar, in: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 257 vd.; ÖZGENÇ, İzzet: *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi*, in: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 2, Nisan 2020, sh. 251 vd.

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin kararında bu hususa temas edilmemiş olması, önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir.

2 ve 3. Sorun: S'nin M'nin ölümü dolayısıyla S'nin ceza hukuku sorumluluğunu kastna göre belirlemek gerekir:

S, şayet M'yi yaralamak kastıyla darp etmişse, **neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama** suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir.

S, şayet M'yi öldürmek kastıyla darp etmişse, **kasten öldürme** suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir.

S, şayet üzerindeki para ve ziynet eşyasını almak için M'yi öldürmüş ise, **bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla kasten öldürme** suçundan TCK, m. 82, f. 1, bent h hükmüne istinaden cezalandırılması gerekir. Bu durumda, M öldükten sonra üzerindeki para ve ziynet eşyasını aldığı için S'nin ayrıca **hırsızlık** suçundan dolayı cezalandırılması gerekir.

Ancak Yargıtay uygulamamız, bu durumda hırsızlık değil, **yağma** suçunun oluştuğunu kabul etmektedir.

S'nin, üzerindeki para ve sair ziynet eşyasını almaya M öldükten sonra karar vermiş olması halinde ise, **hırsızlık** suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekir.

4. sorun: S, O'yu ormanda yalnız bırakmıştır. TCK, m. 97'de tanımlanan terk suçu, ancak bakım ve gözetim yükümlüsü, yani **teminat yükümlüsü** (garantör) tarafından işlenebilen bir suçtur. Normal şartlarda S'nin O'ya karşı bakım ve gözetim yükümlülüğü mevcut değildir. Ancak, S, terk fiili öncesinde annesi ve velisi M'yi öldürmesi (**ön gelen fiil**) dolayısıyla, O'ya karşı teminat yükümlülüğü altına girmiştir. Bu nedenle, O'yu ormanda yalnız bırakmak suretiyle **terk** suçunu işlemiştir. Ancak bu terk sonucunda O'nun sağlığının bozulmuş olması dolayısıyla S'nin TCK, m. 97, f. 1 hükmüne istinaden değil, f. 2 hükmüne istinaden cezalandırılması gerekmektedir. Bu durumda, terkin sonucuna göre ceza hukuku sorumluluğu cihetine gitmek gerekecektir. Belirtmek gerekir ki, küçük yaştaki bir çocuğu kış gününde ormanda terk eden kişi, bunun sonucunda çocuğun sağlığının bozulabileceğini ve hatta ölebileceğini öngörür. Başka bir ifadeyle, S, bu terk sonucunda gerçekleşen O'nun sağlığının bozulması neticesi ile ilgili olarak **olası kastla** hareket etmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin kararında S'nin ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin bu teorik izahlar yapılmadan, sorunun, küçük yaştaki çocuğu (O'yu) ormanda tek başına bırakması bağlamında S'nin **teşebbüs** aşamasında kalmış **ihmalî davranışla kasten öldürme** suçundan dolayı mı yoksa **ihmalî davranışla kasten yaralama** suçundan dolayı mı sorumlu tutulması gerektiği hususuna inhisar ettirilmesi, önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir.

⁶² TCK, m. 97 gerekçesi (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 504 vd.). Ayrıca bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, 7. bası, sh. 153; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, 18. bası, sh. 345. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, **kasten öldürme suçunun ihmalî davranışla işlenmesi halinde, olası kasta ilişkin hükümlerin (TCK, m. 21, f. 2) uygulanamayacağı** yönünde içtihatla bulunmuştur: Yargıtay 1. CD, **14.3.2018**, E. 2016/3056, K. 2018/1201. Bu içtihadın doğru olmadığını belirtmek gerekir. Dikkat edilmelidir ki, kasten öldürme suçunun ihmalî davranışla işlenmesi halinde, cezada indirim yapıp yapmama konusundan hâkime takdir yetkisi tanınmıştır (TCK, m. 83, f. 3).

Buna karşılık, terk eden, terk edilen kişinin ölebileceğini veya sağlığının bozulabileceğini öngörmesine rağmen, ölmesini ve sağlığının bozulmasını istememiş, bakım ve gözetiminin bir başkası tarafından yerine getirileceğine ümit bağlamış ise, meydana gelen ölüm neticesinden veya sağlığının bozulmasından bilinçli taksiri dolayısıyla sorumlu tutulmalıdır.

VI. Buna karşılık, teminat yükümlülüğün ihlalini ceza yaptırımına bağlayan bu düzenlemelerden farklı olarak, TCK, m. 98’de tanımlanan **yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi** suçunda failin mağdur bakımından **teminat yükümlülüğü bulunmamaktadır**.⁶³

Kanun, “yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan” kişilerle⁶⁴ ilgili olarak, bu duruma muttali olan kişilere yardım veya bildirim yükümlülüğü yüklemektedir. Dikkat edilmelidir ki, bu duruma muttali olan kişinin yardım veya bildirim yükümlülüğü bulunmakla birlikte, teminat yükümlülüğü mevcut değildir.⁶⁵ Zira, teminat yükümlülüğü, ön gelen fiil hariç olmak üzere, failin hukukî statüsünden veya fail ile mağdur arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanmaktadır. Oysa, TCK, m. 98’deki suç tanımıyla, olaya ve duruma muttali olan herkes bakımından yardım veya bildirim yükümlülüğü ihdas

⁶³ Bkz. Yargıtay CGK, **17.1.2017**, E. 2014/1-252, K. 2017/5. Ayrıca bkz. ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmal Suçlarda Garantörlük, sh. 108 vd.

⁶⁴ “Kendini idare edemeyecek durumda olma hali ile kastedilen, mağdurun, bir başkasının yardımı olmadığı takdirde, hayatına, sağlığına veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlikenin mevcudiyeti olması şeklinde anlaşılmalıdır.”: Yargıtay 4. CD, **18.1.2016**, E. 2015/27008, K. 2016/615.

⁶⁵ “Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu ile korunmak istenen hukukî değer; kişilerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunmasıdır. Ayrıca bu suçla, toplumda birlikte yaşayan bireylerin, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye “ahlaki ve sosyal bir ödev” olan yardım ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmeleri amaçlanmış ve toplumsal dayanışmanın bu suretle yaşatılması hedeflenmiştir.

Yardım veya bildirim yükümlülüğü medeni toplumlarda toplumsal ve sosyal hayatın gerekliliklerinden kaynaklanmaktadır. Bireylerin, zayıfları koruma ve yardım etme görevinin bulunduğu kabul edilir. Ayrıca bu yükümlülüklerin ahlaki bir yönü de vardır. Bu düzenleme ile bireylerin yardıma muhtaç olduğu durumlarda, diğer kişiler bakımından yardımda bulunma ya da en azından ilgili makamlara durumu haber verme mecburiyeti getirilip, yardıma hukukî bir nitelik kazandırılarak, aykırı davranışlar cezai yaptırımı bağlanmıştır.”: Yargıtay 4. CD, **18.1.2016**, E. 2015/27008, K. 2016/615.

edilmiştir.⁶⁶ Başka bir ifadeyle, söz konusu suçun faili **herkes** olabilir.

Söz konusu suç, bir *soyut tehlike suçudur*.⁶⁷ Bu yardım veya bildirim bilahare bir başkası tarafından yapılmış olması halinde de, yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi bakımından suç oluşmaktadır.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihmalinden dolayı sorumluluk için, kendini idare edemeyecek durumda olan kişiye yardım etme veya durumu hakkında ilgili mercilere bilgi vermek imkân ve iktidarına sahip olmak gerekir.⁶⁸

Söz konusu suç tanımıyla, örneğin bir “kaza” dolayısıyla meydana gelen yaralanmalarda, **kazaya karışmamış** olmakla birlikte, kazada bir kişinin veya kişilerin kendi başının çaresine bakamayacak şekilde yaralandığına muttali olan sair kişiler bakımından yardım veya bildirim yükümlülüğü ihdas edilmiştir.^{69, 70}

⁶⁶ Teminat yükümlülüğü ile yardım veya bildirim yükümlülüğü arasındaki farkın izahı için bkz. ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 117, 120.

⁶⁷ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku*, 16. bası, Ankara, Eylül 2020, sh. 222.

⁶⁸ Yargıtay 4. CD, **18.1.2016**, E. 2015/27008, K. 2016/615; TEZCAN/ERDEM ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, 18. bası, sh. 354.

⁶⁹ Bu yükümlülük bağlamında önce yardımın mı yoksa bildirim mi yapılması gerektiği, bir sorun olarak ortaya çıkabilir. Yargıtay, bir kararında öncelikle yapılması gerekenin yardım olduğu, “yardımın yeterli olmayacağı” hallerde ise bildirimde bulunulması gerektiği değerlendirmesinde bulunulmuştur: Yargıtay 4. CD, **18.1.2016**, E. 2015/27008, K. 2016/615. Ayrıca bkz. TEZCAN/ERDEM ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, 18. bası, sh. 357.

Kanaatimizce her somut olayın özelliğine göre bir yol izlemek gerekir. Bazı olaylarda, sadece bildirimde bulunmak; bazı olaylarda ise, sadece yardım etmek yeterli olabilir. Keza bazı olaylarda, yardımın yanı sıra bildirimde de bulunmak gerekebilir.

⁷⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin **25.6.2015** tarihli ve E. 2014/14361, K. 2015/11881 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, A, sevk ve idaresindeki araçla ve yanında B olduğu halde gece saat 02.00 sıralarında seyrederken, önünde motosikletiyle seyir halinde olan C’ye çarpıp. Alkollü olan A, kazanın hemen akabinde olay yerinden uzaklaşır. Olay yerinden geçmekte olan kolluk görevlilerince fark edilen C, tedavi için hastaneye kaldırılır.

Bu olay dolayısıyla açılan kamu davasında, İlk Derece Mahkemesi, A hakkında,

a) 170 promil alkollü olarak araç kullandığı için, **trafik güvenliğini tehlikeye sokma** suçundan (TCK, m. 179),

b) C’ye çarparak yaranmasına sebebiyet verdiği için, **taksirle yaralamaya sebebiyet verme** suçundan (TCK, m. 89), ve,

c) Olay yerinden hemen ayrıldığı için, **suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme** suçundan (TCK, m. 281),

mahkûmiyet hükmü;

Bir trafik kazasında kendini idare edemeyecek şekilde yaralanan kişi ile ilgili olarak yardım veya bildirimde bulunmayan kişi şayet teminat yükümlüsü (garantör) ise, duruma göre TCK, m. 97 veya 83 hükümlerine göre cezalandırılır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, karayolu trafik düzenine ilişkin kurallara aykırı araç kullanarak karıştığı trafik kazasında bir başkasının yaralanmasına sebebiyet veren sürücü, yaralanan kişinin tedavi edilmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır (TCK, m. 83, f. 2, bent b). Yaralanan kişinin tedavi edilmesini sağlamakla ilgili yükümlülüğün (teminat yükümlülüğünün) ihmaline bağlı olarak gerçekleşen ölüm sonucundan kazaya sebebiyet veren kişiyi kasten öldürme suçunun ihmalî davranışla işlenmesinden dolayı, TCK, m. 83 hükümlerine göre sorumlu tutmak gerekecektir.⁷¹

buna karşılık, A'nın yanında bulunan B hakkında **suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme** (TCK, m. 281) ve **yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme** (TCK, m. 98) suçlarından beraat hükmü,

kurmuştur.

Söz konusu kararı temyizen inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesi ise, B'nin **yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme** suçundan (TCK, m. 98) mahkûm edilmesi gerektiği gerekçesiyle, bu kişi hakkında kurulan beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

B'nin ceza hukuku sorumluluğu bağlamında doğru bulduğumuz bu kararda, A'nın kazaya sebebiyet verdikten sonra durmayarak olay yerinden ayrılması ile ilgili olarak herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması, önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Dikkat edilmelidir ki, kazaya sebebiyet verdikten sonra durmayarak olay yerinden ayrılması fiilinden dolayı sürücü A hakkında İlk Derece Mahkemesi tarafından **suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme** suçuna (TCK, m. 281) ilişkin hükümlere göre mahkûmiyet hükmü kurulurken, bu kişi bakımından söz konusu olan şahsi cezasızlık sebebi göz önünde bulundurulmamış ve bu durum, Yargıtay incelemesinde gözden kaçırılmıştır.

⁷¹ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin **17.5.2018** tarihli ve E. 2017/5844, K. 2018/5668 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, ehliyetsiz ve alkollü olan A, sevk ve idaresindeki araçla, gece vakti, yolda karşıdan karşıya geçmeye çalışan B'ye çarparak ağır şekilde yaralanmasına sebebiyet vermesine rağmen, durmayarak, yoluna devam eder. B, kaza sonrası olay mahalline gelen kişilerin yardımıyla hastaneye kaldırılır.

Bu olayla ilgili olarak İlk Derece Mahkemesi A hakkında **taksirle yaralamaya sebebiyet verme** (TCK, m. 88) suçu ile **yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi** (TCK, m. 98) suçundan dolayı ayrı ayrı mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

Buna karşılık, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, taksirle yaralamaya sebebiyet veren A "*hakkında yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun kanuni unsurları oluşmadığından*, (bu) *suçtan beraat*" etmesi gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin kurduğu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

(Aynı yönde diğer bir karar için bkz. Yargıtay 4. CD, **25.12.2015**, E. 2014/44736, K. 2015/40855)

Dikkat edilmelidir ki, bu olayda, A, B'ye çarptığının ve B'nin yaralandığının farkındadır. Buna rağmen durmayarak, yoluna devam eder.

Buna karşılık, karayolu trafik düzenine ilişkin kurallara aykırı herhangi bir davranışı bulunmamasına rağmen, bir başkasının kural ihlali sebebiyle kazaya karışan araç sürücüsü, bu trafik kazasında yaralanan kişilerle ilgili olarak

Bu tür olaylarda, **ön gelen fiil dolayısıyla teminat yükümlülüğü** söz konusu olduğu için, sorunun TCK, m. 98'de tanımlanan yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu bağlamında ele alınması doğru olmamıştır.

Bu tür olaylarda, yaralanan kişinin bilahare ölmüş olması halinde, TCK, m. 83 hükümlerine istinaden ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır (Bkz. Yargıtay 12. CD, **4.6.2013**, E. 2012/24745, K. 2013/15126).

Karara konu teşkil eden olayda ise B ölmemiştir, yaralanmıştır. Araç sürücüsü A, durumu fark etmesine rağmen, teminat yükümlülüğünün gereğini yerine getirmemiştir. Bu durumda sorunun, görünüşte ihmalî suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği yönündeki görüş taraftarlarınca, **ihmalî davranışla işlenen kasten öldürme** suçuna **teşebbüs** bağlamında ele alınması gerekir. Görüşümüze göre, ihmalî suçlarda teşebbüse ilişkin hükümler uygulanamayacağı için, sorunu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutmak gerekir.

Ölümlü, yaralamalı veya maddi hasarlı trafik kazalarında, kazanın oluşumu bakımından trafik kuralı ihlalinde bulunsun veya bulunmasın, kazaya karışan sürücünün aracının konumunu değiştirmemesi ve olay mahallini terk etmemesi gerekir.

Herhangi bir trafik kuralını ihlal etmiş olmasa bile, kazaya karışan araç sürücüsü,

“Kazada ölen, yaralanan veya maddi hasar var ise, bu kaza trafiği, can ve mal güvenliğini etkilemiyorsa, sorumluluğun saptanmasında yararlı olacak kanıt ve izler dahil, kaza yerindeki durumu değiştirmemek”,

keza,

“Kazayı; yetkili ve görevli memurlara bildirmek, bunlar gelinceye kadar veya bunların izni alınmadan kaza yerinden ayrılmamak”,

yükümlülüğü altındadır (2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, m. 81, f. 1, bent b ve d).

Ayrıca, herhangi bir trafik kuralı ihlal etmiş olsun veya olmasın, kazaya karışan araç sürücüsü *“kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini alma(kla) ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber verme(kle) ve yetkililerin talebi üzerine yaralıları en yakın sağlık kuruluşuna götürme”*kle yükümlüdür (2918 s. Kanun, m. 82, f. 1, bent a).

Karara konu teşkil eden olayda, trafik kazasına sebebiyet veren araç sürücüsü, **taksirle yaralamaya sebebiyet verme suçunun** (TCK, m. 89) yanı sıra, 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu, m. 81, f. 3'de tanımlanan **kaza mahallini terk etme, kaza mahallindeki durumu değiştirme, kaza ile ilgili olarak bildirimde bulunmama suçunu** işlemiştir. Yani bu gibi durumlarda araç sürücüsü hakkında iki ayrı suçtan dolayı gerçek içtima hükümlerine göre cezaya hükmetmek gerekir.

Bu durumda sorunu, TCK, m. 281'de tanımlanan **suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme** suçu bağlamında da değerlendirmek mümkündür. Ancak, trafik kazasına sebebiyet veren kişi, kendi suçu ile ilgili delilleri yok etmesi, değiştirmesi veya gizlemesi halinde, bu suç bakımından **şahsi cezasızlık sebebinden** yararlanır m. 281, f. 1, ikinci cümle). Belirtmek gerekir ki, bu şahsi cezasızlık sebebi, 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu, m. 81, f. 3'de tanımlanan kaza mahallini terk etme, kaza mahallindeki durumu değiştirme, kaza ile ilgili olarak bildirimde bulunmama suçuna teşmil edilemez.

Bu nedenlerle, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin vermiş bulunduğu bu karar, hukuka aykırıdır.

teminat yükümlülüğü altına girmemektedir. Ancak bu sürücü, yaralanan kişilerle ilgili olarak yardım veya bildirim yükümlülüğü altındadır. Bu nedenledir ki, kazaya karışmış olmakla birlikte karayolu trafik düzenine ilişkin kurallara aykırı herhangi bir davranışı bulunmayan araç sürücüsü, bu trafik kazasında yaralanan kişilerle ilgili olarak yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, TCK, m. 98 hükümlerine göre ceza hukuku bakımından sorumlu tutulur.⁷²

⁷² Yargıtay 12. Ceza Dairesinin **10.3.2020** tarihli ve E. 2020/177, K. 2020/2628 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, A, sevk ve idaresindeki araçla, gece vakti, önünde seyretmekte olan TIR kamyonuna arkadan çarpar. Bu çarpma neticesinde A ile otomobilde bulunan B ve C ölürlür. TIR aracının şoförü D, durumu fark etmesine rağmen, yoluna devam eder.

Bu olayla ilgili olarak D hakkında **taksirle ölüme sebebiyet verme** suçundan dolayı TCK, m. 85 hükümlerine istinaden soruşturma başlatılmıştır. Bu soruşturmada Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, söz konusu kazanın gerçekleşmesi bağlamında D'nin kusurunun bulunmadığı, "asli kusurun" müteveffa A'ya ait olduğu gerekçesiyle, D hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir.

Bu karara yapılan itiraz, Çorlu 2. Sulh Ceza Hakimliği tarafından reddedilerek kesinleşmiştir.

Adalet Bakanlığı, sulh ceza hakiminin kesin olan kararına karşı aşağıdaki gerekçe ile kanun yararına bozma talebinde bulunmuştur:

*"5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesinde düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçu yönünden de soruşturma yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği ve yapılan eksik soruşturma sonucu verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın bu yönden kabulüne karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülme"*miştir.

Yargıtay 12 Ceza Dairesi, bu bozma talebini "incelenen dosya kapsamına göre yerinde görülmediğinden" bahisle reddetmiştir.

Hukukî değerlendirmemiz:

Karayolu trafik düzenine ilişkin kurallara aykırı araç kullanarak karıştığı trafik kazasında bir başkasının yaralanmasına sebebiyet veren sürücü, yaralanan kişinin tedavi edilmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır.

Teminat yükümlülüğünün kaynağını oluşturabilmesi için ön gelen fiilin **hukuka aykırı** olması gerekir. Bu itibarla, karara konu teşkil eden olayda olduğu gibi, trafik kazasına karışmakla birlikte, trafik düzenine aykırı bir davranışı bulunmayan, herhangi bir trafik kuralı ihlal etmeyen sürücü, bu trafik kazasında yaralanan kişiler bakımından teminat yükümlülüğü altında bulunmamakla birlikte, kaza ile ilgili olarak yardım veya bildirimde bulunmak yükümlülüğü altındadır. Başka bir ifadeyle, bu sürücü, yaralanan kişilerin ölmesinin önüne geçecek bütün tedbirleri almakla yükümlü kılınmamıştır. Buna karşılık, herhangi bir trafik kuralını ihlal ederek trafik kazasına sebebiyet veren sürücü, bu kazada yaralanan kişilerin ölmesinin önüne geçecek bütün tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır. Bu nedenle, şayet yaralanan kişiler teminat yükümlülüğünün kasten yerine getirilmemesi sonucunda ölmüş iseler, kazaya sebebiyet veren ve bu nedenle teminat yükümlüsü olan sürücüyü ihmali davranışla işlediği kasten öldürme suçundan (TCK, m. 83) sorumlu tutmak gerekir. Buna karşılık, kazaya karışmayan sair bir kişi veya kazaya karışmakla birlikte herhangi bir trafik kuralı ihlal etmeyen sürücü, muttali olduğu bu trafik kazasında duruma göre yardım veya bildirim yükümlülüğü altına girmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, TCK, m. 98'de

TCK, m. 98’de tanımlanan suç bakımından yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi teminat yükümlüsü olmadığı içindir ki; kazada yaralanan kişinin ölmesi halinde, yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiyi ihmalî davranışla işlenen kasten öldürme suçundan (TCK, m. 83) dolayı sorumlu tutmamaktayız. TCK, m. 98, f. 2 hükmü karşısında, “kaza”da yaralanan kişinin ölmesi halinde, yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiyi sadece bu suçun neticesi sebebiyle

tanımlanan suçu oluşturur. Meydana gelen trafik kazasında kendini idare edemeyecek, kendi başının çaresine bakamayacak şekilde yaralanan kişiler olduğuna muttali olan kişi, duruma göre yardım veya bildirim yükümlülüğü altındadır (Bkz. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, m. 82, bent a). Bu yardım veya bildirim yükümlülüğünün kasten yerine getirmemesi, TCK, m. 98 hükümlerine göre ceza hukuku bakımından sorumluluğu gerektirir.

Buna karşılık, **trafik kazasının gerçekleştiği sırada kişilerin ölmüş olduğunu** sair bir kişinin bilahare öğrenmesine rağmen bu kaza ile ilgili olarak bildirimde bulunmaması, TCK, m. 98’de tanımlanan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunu değil, 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu, m. 82 (f. 1, bent a ile bağlantılı olarak), f. 2’de tanımlanan kaza ile ilgili bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunu oluşturur. TCK, m. 98’de tanımlanan suçun oluşabilmesi için, yardım veya bildirim yükümlülüğünün **yaralanan kişilerle ilgili** olarak yerine getirilmemiş olması gerekir.

TIR sürücüsünün arkadan aracına çarpan otomobildeki kişilerin **öldüğünü** görmesine rağmen, herhangi bir mercie bildirimde bulunmadan olay mahallini terk etmesi, kazaya karışan kişi olması dolayısıyla, 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu, m. 81, f. 3’de tanımlanan **kaza mahallini terk etme, kaza mahallindeki durumu değiştirme, kaza ile ilgili olarak bildirimde bulunmama** suçunu oluşturur.

TIR sürücüsü, arkadan aracına çarpan otomobildeki kişilerin **yaralandığını** görmesine rağmen, yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsaydı, TCK, m. 98, f. 1’de tanımlanan suç oluşurdu. Kazada yaralanan kişiler bilahare olay yerinde ölmüş olsalardı, TIR sürücüsünün, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden dolayı TCK, m. 98, f. 2 hükümlerine göre cezalandırılması gerekirdi.

Açıklanan nedenlerle,

- Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığı kararını,
- bu karara itiraz üzerine Çorlu 2. Sulh Ceza Hakimliğinin verdiği ret kararını,
- Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma talebini reddeden Yargıtay 12. Ceza Dairesinin kararını,

doğru bulmamaktayız.

İlginçtir ki, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, söz konusu olayla ilgili olarak, TIR sürücüsünün durumu ile ilgili olarak hiçbir hukukî değerlendirmede bulunulmadan, ilgili mevzuat hükümlerinden hiç söz etmeden ve soyut bir şekilde “*incelenen dosya kapsamına göre yerinde görülmediğinden*” bahisle Bakanlığın talebini reddetmiştir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesini kararlarında bilimsel kaynaklardan yararlanılmaması, bilimsel görüşlere yer verilmemesi ve en önemlisi, sorunun anlaşılır bir şekilde ifade edilmemesi, dikkat çekici bulunmuştur.

ağırlaşmış halinden dolayı sorumlu tutmak gerekecektir.⁷³

⁷³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 7.7.2014 tarihli ve E. 2012/3814, K. 2014/3754 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; A'nın, "sevki ve idaresindeki kamyonuyla, akşam saat 22.30 sıralarında havanın açık ve asfaltın kuru olduğu Devlet karayolunda, yasal hız sınırları dahilinde seyir halindeyken, akli dengesi yerinde olmayan (B), tam kusurlu bir halde sağ taraftan karşıya geçmek için aniden yola çık(ar), bunun üzerine (A,) sola doğru manevra yapmasına rağmen aracın sağ ön tamponuyla (B'ye) çarpmaktan kurtulama(z); akabinde (A) aracından inerek o sırada ağır yaralı olan (B'nin) durumuna bak(ar), ağır yaralı olduğunu görünce de panik içinde kaza mahallini terk e(der), kazanın meydana gelmesinden yaklaşık on dakika sonra jandarma güçleri.. olay yerine ulaş(ır), bu sırada acil tıbbi yardım da isten(ir), ancak (B), olaydan yirmi dakika sonra, ambulansın ulaşmasından kısa bir süre önce, çarpmaya bağlı kafa kemiğinden oluşan çökme kırığı ve beyin kanamasına bağlı solunum ve dolaşım durması sonucu hayatını kaybe"der.

Dairenin bu olayla ilgili olarak TCK, m. 98 hükümleri çerçevesinde yaptığı değerlendirmeler, ancak kamyon sürücüsü A'nın herhangi bir trafik kuralı ihlalinin olmadığı ve dolayısıyla, taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan mahkûm edilmediği durumlara münhasır olarak dikkate alınmalıdır.

Daire bu kararda A'nın TCK, m. 98'de tanımlanan **yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi** suçunun temel şekline ilişkin birinci fıkraya hükmüne istinaden cezalandırılması gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur. Keza Dairenin kabulüne göre, "meydana gelen olayda ağır yaralanan ve bu olaydan yaklaşık yirmi dakika sonra olay yerinde ölen maktulün ölümü ile yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi arasında **illiyet bağı bulunmamaktadır.**"

Daire, İlk Derece Mahkemesinin A hakkında TCK, m. 98'de tanımlanan **yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi** suçunun temel şekline ilişkin birinci fıkraya hükmüne istinaden kurduğu mahkûmiyet hükmünün, önemli kısmını, kaynak göstermese bile, bilimsel çalışmalarımızdan iktibas ettiği aşağıdaki gerekçeler ile, onanmasına karar vermiştir.

"Kişinin yaşama hakkını korumak amacıyla ihdas edilen suçlarda neticesinin ifade ettiği haksızlık ayıdır. Zira tüm bu suçlarda kişinin yaşamının sona erdirilmesi cezai yaptırıma bağlanmaktadır. Buna karşılık kişinin yaşamını sona erdiren fiiller, işleniş şekillerine, yani hareketin ifade ettiği haksızlığa göre farklı suç tipleri olarak düzenlenmiştir. TCK'da ölüm neticesini cezalandıran suçlar, kasten veya taksirle işlenip işlenmediğine (TCK m. 81, 85); kasten işlenmişse icraî hareketle mi (TCK m. 81), ihmali hareketle mi (TCK m. 83) işlendiğine göre farklı değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

Öldürmeyi yasaklayan davranış normunun, kastî, icraî bir hareketle, yani başkasının hayatını sona erdirmeye yönelik aktif bir davranışla gerçekleştirilmesi halinde 81. maddede düzenlenen kasten öldürme suçu işlenmiş olur. Bu suçun oluşması bakımından önemli olan husus, başkasının hayatını ortadan kaldırmaya yönelik bir saldırının icra edilmiş olmasıdır. Buna karşılık öldürmeyi yasaklayan davranış normu, ihmali bir hareketle de ihlal edilebilir. Bu durumda fail, başkasının hayatını sona erdirmek amacıyla aktif bir davranış gerçekleştirilmektedir. Bu ihtimalde öldürme suçu, başkasının hayatını korumakla yükümlü bulunan kişinin, bu yükümlülüğünü ihlal etmesi suretiyle işlenmektedir. Bu ihtimalde fail, ancak hukuken (kanun, sözleşme, öngelen tehlikeli davranış nedeniyle) başkasının yaşamını korumakla yükümlü bulunan, yani başkasının yaşamına yönelik saldırı veya tehlikeden o kişiyi korumayı hukuken garanti eden kişi olabilir.

Şayet başkasının yaşamını korumak bakımından hukukî yükümlülük altında bulunan kişi, bu yükümlülüğünü ölüm neticesinin gerçekleşeceği bilinciyle yerine getirmese, kasten öl-

dürmenin ihmalî davranışla işlenmesinden (TCK m. 83) söz edilir. Buna karşılık, böyle bir yükümlülük altında bulunan kişi, yükümlülüğünü bilinçli bir şekilde ihmal etmekle birlikte, bu yükümlülük ihlalini korumakla yükümlü olduğu hayatın sona ereceği bilinciyle yapmamışsa ve fakat bu yükümlülük ihlaline bağlı olarak yine de ölüm neticesi meydana gelmişse taksirle ölüme sebebiyet verme suçu (TCK m. 85) söz konusu olur. Ölüm neticesinin ihmalî bir davranışa bağlı olarak meydana geldiği hallerde somut olayın koşulları dikkate alınarak, ölüm neticesi bakımından failin kasten mi, yoksa taksirle mi hareket ettiği dikkatlice belirlenmelidir. Hiç kuşkusuz, ölüm neticesinin kasten meydana geldiği hallerde bunun olası kastla; taksirle meydana geldiği hallerde ise bilinçli taksirle meydana gelip gelmediği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu çerçevede, 83. maddedeki suçun oluşabilmesi için, bu madde uyarınca kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış sebebiyle başkasının yaşamını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında bulunan kişinin, korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu hayatın sona erme tehlikesi ortaya çıkmasına rağmen, ölüm neticesinin gerçekleşmesi amacıyla doğrudan kastla veya öngörülen ölüm tehlikesinin meydana gelmesi kabullenilerek olası kastla, sözü geçen hayatı kurtarmaya yönelik icrai bir davranışta bulunmaması gerekir. Örneğin aracıyla giderken çarptığı kişinin yaralanarak yere düşmesine neden olan sürücü, öngelen tehlikeli davranış sebebiyle yaraladığı kişinin hayatını kurtarmakla yükümlüdür. Sürücü yaraladığı kişiye yardım etmek veya yardım edecek birilerini çağırmakla, yani yaralananın ölmemesi için gerekli çabayı göstermek yükümlülüğü altındadır. Buna rağmen sürücü aracını durdurmaz ve çarptığı kişinin ölmesi amacıyla ona yardım etmezse 83. maddedeki suçu kasten işlemiş olur.

Olayımızda olduğu gibi; öngelen davranış gerçekleştirilmiş olmasına rağmen bu davranış gerçekleştirilmekte kusursuz olan kişinin ise 83. madde uyarınca değil, tıpkı başka birisinin yaraladığı kişiyi görmesine rağmen yardımdan imtina eden kişide olduğu gibi 98. madde uyarınca sorumlu tutulması gerekir.

Her ne kadar, 83/2-b maddesinde öngelen davranış yapan kişinin sorumluluğu belirlenirken “kusurun bulunup bulunmaması” hususundan bahsedilmemiş ise de, öngelen davranışta hiçbir kusuru bulunmayan kişinin de bu madde uyarınca sorumlu tutulması, TC’K’nın “hayata karşı suçlar” bölümünde düzenlenen 83. madde ile korunmuş bulunan hukuki değer ile bağdaşmaz. Zira, 83. maddedeki suçla “kişilerin yaşama hakkı” korunmaktadır. Bu durumda ise failin, mağdurun “yaşama hakkına” yönelik kusurlu bir eylemi bulunmamaktadır. Failin eylemi, yaşama hakkı tehlikeye girmiş bir kişiye yardımdan imtina etmekten ibarettir.”

Ancak, söz konusu kararda varılan A’nın TCK, m. 98’in birinci fıkrası hükmüne istinaden cezalandırılması gerektiğine dair sonuç ve bu sonuca ulaşmanın gerekçesi olarak nedensellik bağı ile ilgili olarak yapılan açıklamalar sorunludur:

TCK, m. 98’in ikinci fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için, “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklinde gerçekleşen hareketle (yardıma muhtaç kişinin ölümü) arasında bir illiyet bağı bulunması” gerekir. Oysa, söz konusu “olayda ağır yaralanan ve bu olaydan yaklaşık yirmi dakika sonra olay yerinde ölen maktulün ölümü ile yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi arasında illiyet bağı bulunmamaktadır.”

Daire bu kararında, ihmalî suçlarda farazi anlamda nedensellik bağlantısının varlığı düşüncesine dayanmıştır. Oysa ihmalî suçlarda meydana gelen neticeden sorumluluk için, nedensellik bağına gerek bulunmamaktadır. Burada önemli olan, gerçekleşen neticenin kişiye objektif olarak isnat edilebilmesidir. Bunun için de, somut olayda kişinin yardım veya bildirim yükümlülüğünü yerine getirebilme imkânına sahip olması gerekmektedir. Bu imkânın varlığına rağmen yardım veya bildirimde bulunmaktan sarfınazar edildiğinde, yardıma muhtaç

Bu yönü itibarıyladır ki, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun işlenmesi sonucunda ölüm neticesi meydana gelmiş olsa bile, bu suç **gerçek ihmalî suç** olma özelliği taşımaya devam eder. Bu nedendir ki, gerçek ihmalî suçlarla görünüşte ihmalî suçlar arasındaki ayırım ölçütü, netice olamaz.^{74, 75} Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu ayırımın

olan kişi ölmüş ise, TCK, m. 98, f. 2 hükmüne istinaden cezaya hükmetmek gerekir. Bu gibi durumlarda, yardım veya bildirim yükümlülüğünün gereği yerine getirilmiş olsaydı dahi yardıma muhtaç olan kişi ölecekti şeklinde bir gerekçe ile, ikinci fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmetmekten sarfınazar edilemez. Oysa Daire, yardıma muhtaç kişinin ağır surette yaralanmış olmasını dikkate alarak, esasında bu mülahaza ile birinci fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur.

⁷⁴ ERBAŞ, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, sh. 85 vd.

⁷⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin çeşitli kararlarında, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu ile ilgili olarak doktriner kaynaklardan iktibas edilerek şu genel açıklamalara yer verilmiştir:

“Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu ile korunmak istenen hukukî değer; kişilerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunmasıdır. Ayrıca bu suçla, toplumda birlikte yaşayan bireylerin, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye “ahlaki ve sosyal bir ödev” olan yardım ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmeleri amaçlanmış ve toplumsal dayanışmanın bu suretle yaşatılması hedeflenmiştir.

Yardım veya bildirim yükümlülüğü medeni toplumlarda toplumsal ve sosyal hayatın gerekliliklerinden kaynaklanmaktadır. Bireylerin, zayıfları koruma ve yardım etme görevinin bulunduğu kabul edilir. Ayrıca bu yükümlülüklerin ahlaki bir yönü de vardır. Bu düzenleme ile bireylerin yardıma muhtaç olduğu durumlarda, diğer kişiler bakımından yardıma bulunma ya da en azından ilgili makamlara durumu haber verme mecburiyeti getirilip, yardıma hukukî bir nitelik kazandırılarak, aykırı davranışlar cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Suçun maddi unsuru yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde “Yardım etmemek” yada “durumu derhal ilgili makamlara bildirmemek” şeklindeki ihmalî davranışlardır. Kanun koyucu iki tür ihmalî davranış öngörmüştür. Bunlardan birinin varlığını sonra mahkemece takdir edilecektir. Burada seçilmiş hareketli bir suç söz konusu olup, her iki harekette ihmalî niteliktedir.

Failin yardım etmeme nedeniyle sorumlu tutulabilmesi, failin kendisini veya bir başkasını tehlikeye sokmadan, olanakları, gücü ve yeteneğiyle orantılı biçimde, hal ve koşullara göre yardım yapmasının mümkün olduğunun tespitine bağlıdır. Yardım yapmanın mümkün olduğu sonucuna varıldığında, bu yardımın biçimi ve kapsamı, somut olayın özelliklerine göre, bu bağlamda failin kişisel ve fiziksel özellikleri ile deneyimi, bilgisi, sahip olduğu araçlar, tehlikenin boyutu, ayrıca ani gelişen olaylarda failin şoka girip girmediği de gözeltildikten sonra mahkemece takdir edilecektir. Failden beklenen yardım, mağdur için halen var olan zarar ve tehlikenin genişlememesine yönelik ve buna uygun olan koruyucu faaliyetler olabilir. Ancak yardımın yeterli olamayacağı belli ise, failin sorumluluktan kurtulması için durumu derhal ilgili makamlara bildirmesi gerekir. Bildirim yükümlülüğü, iletişim vasıtası cihazlarla, el kol hareketleri ile yazılı veya sözlü olarak yahut herhangi bir biçimde yerine getirilebilir. Belirtilen durumlara maruz kalmış bir kimseye karşılaşılan kişinin hal ve koşullara göre öncelikle mağdura yardım emesi, mümkün olmaması veya yardımın yeterli kalacağıın anlaşılması halinde ise durumu derhal ilgili makamlara bildirmesi gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki, başkalarının yardım veya bildirimde bulunması, failin yardım veya bildirimde bulunmasını gereksiz kılmış ise, bu durumda bu suçun oluştuğundan söz edilemez.

Bildirim derhal yapılması, hal ve koşullara göre en uygun bildirme yönteminin tercih edilerek yükümlülüğün gecikmeye meydan vermeksizin durumun ilgili makamların bilgisine iletilmesidir. İlgili makamlardan maksat ise soruşturma yapmakla görevli adliye ve kolluk makamları ile durumu adli makamlara bildirmekle yükümlü diğer resmi kurumlardır.

Suçun mağduru, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimsedir. Mağdur yaşayan gerçek bir kişi olmalıdır. Suç tipinde mağdurun yaşı, yaralanması veya hastalığı tek başına mağduriyet için şart olarak öngörülmemiştir. Suçun oluşumu için ayrıca mağdurların sayılan sebeplere bağlı olarak kendilerini idare edememesi gereklidir. Mağdurun ne sebeple yardıma muhtaç olduğunun ise önemi yoktur.

Kendini idare edemeyecek durumda olma hali ile kastedilen, mağdurun, bir başkasının yardımını olmadığı takdirde, **hayatına, sağlığına veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir tehlikenin mevcudiyeti** olması şeklinde anlaşılmalıdır.

Suçun faili olaya sebebiyet veren kişi dışındaki herkes olabilir. Failin, mağdurun yardıma muhtaç hale gelmesine kasta veya taksire dayalı hareketiyle neden olması halinde, failden yardım veya bildirimde bulunması beklenemez; bu nedenle fail sadece işlediği suçtan sorumlu olur. Ancak olaya sebebiyet veren kişi, mağdura yardım konusunda kendiliğinden inisiyatif almış, bu nedenle başkalarının yardım etmesine ve resmi mercilere bildirmesine engel olmuş ve buna rağmen yardımı gerçekleştirmemiş ise, kendiliğinden üstlendiği yardım yükümlülüğünü yerine getirmediği için, fail olarak bu suçtan sorumlu tutulmalıdır.

Fail mağduru koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kişi ise, bu durumda **terk suçundan** söz edilebilir. Failin neticeyi önleme konusunda hukukî bir yükümlülüğü mevcut ise yükümlülüklerine aykırı davranışların, diğer şartların da mevcut olması halinde 83. maddede düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da 88. maddede düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun konusu, madde metninde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde mağdurun yaralanması veya zarar görmesidir. Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle mağdurun ölmesi halinde ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

Maddenin birinci fıkrasında “**tehlike suçu**” olarak düzenlenen bu suçun manevi unsuru kasttır. Fail, mağdurun kendini idare edemeyecek durumda olduğunu, yardım veya bildirimde bulunduğu takdirde tehlikenin ortadan kaldırılabileceğini bilecek ve buna rağmen bu yükümlülükleri yerine getirmemeyi isteyecektir.

Maddesinin ikinci fıkrasında, **netice sebebiyle ağırlaşmış suç** haline ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda faili ikinci fıkradaki ağırlaştırılmış ceza uygulanacaktır. Ancak failin bu ağır sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için TCK'nın 23. maddesi uyarınca netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

Suç tehlike suçu olmasının yanı sıra **ihmalî suç** niteliğindedir. İhmal kesintisiz bir nitelik taşıdığından, diğer yandan sonuca ulaşmamış bir ihmali hareketi değerlendirebilmek ve hangi sonuca yöneldiğini anlayabilmek imkânı bulunmadığından, bu suçta teşebbüs mümkün değildir.

Yardım veya bildirim yükümlülüğüne aykırı davranan her kişinin ihmali davranışı ayrı bir

dayandığı temel ölçüt, teminat yükümlülüğünün mevcut olup olmamasıdır.

VII. TCK, m. 257’de tanımlanan görevi kötüye kullanma suçu, icraî davranışla işlenebileceği gibi (f. 1), ihmali davranışla da işlenebilir (f. 2). Ancak belirtmek gerekir ki, görevin gereği olan belirli bir icraî davranışta bulunmamak, görevin gereğinin salt yerine getirilmemesi, bu suçu oluşturmamaktadır. Söz konusu suçun oluşabilmesi için, üstlendiği kamu görevinin gereğini yerine getirmeyen kişinin bu ihmali sonucunda, **objektif cezalandırılabilme şartı** olarak, kamu açısından ekonomik zararın doğması, birisinin haksız menfaat elde etmesi veya bir mağduriyete maruz kalması gerekir.⁷⁶ Başka bir ifadeyle, söz konusu suçun oluşabilmesi için, kamu açısından oluşan ekonomik zararın, kişinin elde ettiği haksız menfaatin veya kişinin maruz kaldığı mağduriyetin, görevinin gereğini yerine getirmeyen kamu görevlisine isnat edilebilir olması

suçu oluşturacağı için prensip itibariyle bu suçta şeriklik mümkün değildir. İstisnai olarak ortaklık ancak, yardım veya bildirim yükümlülüğü bulunmayan, dolayısıyla, fail olmayan bir kişinin bu konuda yükümlülüğü bulunan faili azmettirmesi suretiyle mümkün olabilecektir.

Fail maddede öngörülen seçimlik ihmali davranışların ikisini birden gerçekleştirdiğinde, bir başka deyişle hem yardım hem de bildirim yükümlülüklerini ihlal ederse, tek bir suçtan sorumlu olur. Ayrıca yardıma muhtaç birden fazla kişi mevcutsa, aynı neviden fikri içtima kuralı uyarınca tek bir cezaya hükmedilmekle birlikte, bu ceza TCK’nın 43/2. maddesi gereğince artırılır. Öngelen tehlikeli durum nedeniyle mağdurun kendini idare edemeyecek duruma gelmesine fail neden olmuşsa ve bu nedenle ölüm gerçekleşmişse, anılan Kanunun 83. maddesinde tanımlanan ihmali suretiyle kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekir.” Yargıtay 4. CD, **25.12.2015**, E. 2014/34362, K. 2015/40853; Yargıtay 4. CD, **25.12.2015**, E. 2014/44736, K. 2015/40855; Yargıtay 4. CD, **18.1.2015**, E. 2015/27008, K. 2016/615.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 2. bası, Ankara, Haziran 2013, sh 149 vd.

gerekir (**objektif isnadiyet**).^{77, 78}

Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın pek çok kararında, görevi kötüye kullanma suçunun ihmalî davranışla işlenmesi, açıkça ifade edilmese bile, “taksirli” suç

⁷⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 28.3.2014 tarihli ve E. 2010/30773, K. 2014/9775 sayılı kararına konu teşkil eden olayda, Belediye aleyhine açılan tam yargı davasında, dava dilekçelerine ve İdare Mahkemesi tarafından gönderilen müzekkerelere Belediye adına cevap verilmez. İdare Mahkemesi tarafından ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulması üzerine açılan kamu davasında İlk Derece Mahkemesinin Belediye Mali Hizmetler Servisinde Müdür olan A ile Belediye Başkanı B hakkında verdiği beraat kararı aşağıdaki gerekçe ile bozulmuştur:

İdare mahkemesinin “*görülen davalar nedeniyle Belediyece yanıtlanması için yazdığı müzekkerelere konu hususların sanık A’nın görevli olduğu Mali Hizmetler Servisinde yanıtlanmasının gerektiği ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 38/k maddesinde öngörülen Belediye Başkanının Belediyeyi denetlemek görevi kapsamında, Belediyeden istenilen bilgi ve belgelere ilişkin mahkeme yazılarına cevap verme konusundaki sorumluluğun nihaî olarak Belediye Başkanına ait olması nedeniyle Kırıkkale İdare Mahkemesince verilen ara kararların, yapılan ihtarlara rağmen Belediye Başkanlığı tarafından yerine getirilmemesi üzerine görülmekte olan davaların uzadığı ve böylece davacıların adil yargılanma haklarının ihlal edilmesi suretiyle mağduriyetlerine sebebiyet verildiğinin anlaşılması karşısında, sanıkların eylemlerinin TCK’nın 257/2. maddesine uyduğu gözetilmeksizin, yasal olmayan ve yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi,” hukuka aykırıdır.*

⁷⁸ ... Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapan S’nin ... Çocuk Mahkemesinde yargılanan suçta sürüklenen çocuklara CMK, m. 150, f. 2 hükümleri gereğince “*zorunlu müdafî olarak atanmasına rağmen, mahkemenin ... tarihlerinde yapılan celselerine mazeretsiz katılmayarak davanın gereksiz uzaması sonucu kamu zararına, adaletin gecikmesi nedeniyle de kişi mağduriyetine neden olduğunun*” anlaşılması karşısında, fiili TCK, m. 257, f. 2’de tanımlanan “*ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluştur*”ur: Yargıtay 5. CD, **5.5.2014**, E. 2013/1029, K. 2014/5008.

Ayrıca bkz. Yargıtay 4. CD, **5.1.2015**, E. 2014/4652, K. 2015/140; Yargıtay 4. CD, **4.10.2012**, E. 2011/22078, K. 2012/19742; Yargıtay 4. CD, **1.6.2015**, E. 2015/11947, K. 2015/30234; Yargıtay 5. CD, **20.3.2014**, E. 2012/16008, K. 2014/3224; Yargıtay 5. CD, **30.3.2015**, E. 2013/7361, K. 2015/9033.

olduğu izlenimi oluşturacak şekilde uygulama geliştirilmiştir.^{79, 80}

Keza, bazı olaylarda, kamu görevlisinin fiili icraî davranışla görevi kötüye

⁷⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 30.5.2013 tarihli ve E. 2011/5345, K. 2013/16792 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, şeker ve yüksek tansiyon hastası olan G gebelik takibi için Devlet Hastanesine başvurur. Hastanede yapılan tetkik ve muayenede G'nin açlık kan şekerinin ve tansiyonunun yüksek olduğu tespit edilir ve G düşük yapar.

Bu olayla ilgili olarak İlk Derece Mahkemesi S'nin beraatine hükmetmiştir. Ancak, Daire, muayeneyi yapan kadın doğum uzmanı olan S'nin, G'nin kan şekerini ve tansiyonunu düzenlememek ve yüksek riskli gebelik grubunda olması dolayısıyla bir üst sağlık kuruluşuna sevkini önermeyerek kusurlu bulunduğunu, hastanedeki kamu görevi sırasındaki bu ihmali davranışı ile gerekli sağlık hizmetini alamayan hastanın mağduriyetine neden olarak, **ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu** (TCK, m. 257, f. 2) işlediğini kabul ederek, İlk Derece Mahkemesinin beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Ayrıca bkz. Yargıtay 4. CD, **19.1.2015**, E. 2014/35932, K. 2015/1400.

Kooperatif Yönetim Kurulu üyesi olan A, B ve C'nin TCK, m. 251, f. 2 hükmüne göre “*denetim yükümlülüklerinin bulunmadığı, kooperatifin tüm parasal işlemlerini yürüten D'nin hazırladığı evrakları gerekli özeni göstermeden imzala*”mak suretiyle TCK, m. 257, f. 2'de tanımlanan “*ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçun*”u işledikleri” kabul edilmiştir: Yargıtay 5. CD, **27.5.2014**, E. 2013/2591, K. 2014/5804.

⁸⁰ Görevi kötüye kullanma suçunun genel, tali ve tamamlayıcı suç olma özelliğini de göz önünde bulundurmak gerekir. Şayet kamu görevlisinin görelinin gereklerini yerine getirmemesi, başka bir suçu oluşturuyorsa, TCK, m. 257 hükümlerinin uygulanmaması gerekir.

Bu itibarla, aşağıda iktibas etmiş bulunduğumuz Anayasa Mahkemesinin 29.6.2021 tarihli ve 2016/14675 Bireysel Başvuru sayılı kararına konu teşkil eden olayda **taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan** dolayı sorumluluk yoluna gidilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararına konu teşkil eden olayda; hükümlü SM, Ceza İnfaz Kurumuna kabulünden sonra revir doktoruna muayene olur ve kendisine “*madde bağımlısı*” tanısıyla ilaçlar reçete edilir. SM infaz sürecinde birçok defa madde krizine girer. SM nihayet, uyuşturucu madde bağımlılığından kaynaklı olarak ... tarihinde saat 03.00 sıralarında rahatsızlanır. SM'nin krizinin sona ermemesi ve sağlık durumunun daha da kötüye gitmesi üzerine koğuştaki diğer hükümlüler tarafından görevlilere haber verilir. Revire götürülen SM'nin sağlık memurunca nabız ve tansiyon kontrolü yapılır. SM, kendisine başka herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulmadan tekrar koğuşa gönderilir. Aynı gün öğleden sonra yeniden rahatsızlanan SM'ye koğu arkadaşları tarafından soğuk su dökmek suretiyle müdahalede bulunulur ve tekrar ceza infaz kurumu yetkililerine haber verilir. Bunun üzerine görevliler tarafından 112 Acil Servis ekibinin infaz kurumuna gelmesi sağlanır ise de, SM, saat 14.39 sıralarında hayatını kaybeder.

Anayasa Mahkemesi'nin tespit ve değerlendirmelerine göre, “*Ceza İnfaz Kurumu yetkilileri.. S.M.nin rahatsızlığını bilme*”ktedirler (pn. 57). “*Ceza İnfaz Kurumuna girdiği andan itibaren madde bağımlılığı nedeniyle krize giren S.M.nin uzman desteği alarak rahatsızlığının tedavi edilmesi, tedavinin gerektirmesi durumunda madde bağımlılığı ile ilgili sağlık kuruluşlarına sevk edilmesi ve özellikle Ceza İnfaz Kurumu bünyesinde yakından takibinin yapılması gibi önleyici tedbirlerin alınması gerek*”irdi (pn. 59). Buna rağmen infaz kurumunda “*S.M.ye bir tedavi uygulanmadığı gibi S.M.nin herhangi bir sağlık kuruluşuna sevk de yapılmamıştır. (İnfaz kurumu) görevliler(i) S.M.nin ... doğrudan tıbbi müdahaleye imkân verebilecek şekilde sağlık durumunu yakından takip etmemiştir.*” (pn. 60).

kullanma suçunu oluşturduğu halde, TCK, m. 257, f. 2 hükmüne istinaden cezaya hükmedilmesi gerektiği yönünde içtihadta bulunulmuştur.⁸¹

VIII. TCK, m. 251’de, gözetim ve denetim görevinin ihmalî sonucunda zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesi halinde ceza sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu maddede iki farklı duruma ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Birinci durumda, kamu görevlisi, gözetlemek ve denetlemekle görevli olduğu faaliyet alanında zimmet veya irtikâp suçunun işlenmekte olduğu bilgisine muttali olmasına rağmen, suçun işlenmesini önleme yönünde bir girişimde bulunmaz. Madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi, “*bu durumda, kamu görevlisi, zimmet veya irtikâp suçunun işlendiğinden haberdardır ve buna rağmen denetim görevini kasten ihmal etmektedir.*”⁸² Bu durumda, gözetim ve denetimle yükümlü kamu görevlisi, bir başkasının işlediği zimmet veya irtikâp suçuna **ihmalî davranışla iştirak** etmiştir. Ancak, bu suçtan dolayı şerik sıfatıyla değil, **müşterek fail** sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

İkinci durumda ise, gözetim ve denetimle yükümlü kamu görevlisinin bu görevini ihmal etmesinden yararlanılarak zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesi söz konusudur. Bu durumda da kamu görevlisi, gözetim ve denetim görevini **kasten ihmal** etmektedir.^{83, 84} Ancak, gözetmek ve denetlemekle

⁸¹ Yargıtay 4. CD, **22.1.2013**, E. 2011/5488, K. 2013/1081.

⁸² Bkz. TCK, m. 251 gerekçesi (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 646 vd.).

⁸³ Bkz. TCK, m. 251 gerekçesi (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 646 vd.).

⁸⁴ “İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Kontrolörünün yaptığı denetim sonucunda Belediye tahsildar olan X’in tahsil ettiği gelirlerin bir kısmını kullanıp belediye hesaplarına geç yatırmak, bir kısmını ise hiç yatırmamak suretiyle zimmet suçunu işlediği anlaşılmış ise de, işlemleri denetlemekle görevli sanıklar Belediye Başkanı Y ile ... Hizmetler Müdür Vekili Z’nin zimmet eylemine kasten göz yumduklarını gösteren mahkumiyetlerine yeterli somut, tarafsız ve kesin kanıtın bulunmadığı, sabit olan tahsilat ve harcama işlemlerini denetleme fiillerinin TCK’nun 251/2. maddesine uyan denetim görevini ihmal ederek zimmet suçunun işlenmesine imkan sağlama suçunu oluşturduğu ve hükmün gerekçesinde de eylem bu şekilde nitelendirildiği halde, zimmet suçunun işlendiğini bildiklerine ve kasten göz yumduklarına ilişkin deliller karar yerinde açıklanmadan, çelişkili ve yetersiz gerekçelerle TCK’nun 251/1. maddesi yollaması ile zimmet suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi,” hukuka aykırıdır: Yargıtay 5. CD, **25.4.2016**, E. 2014/3118, K. 2016/4201.

“İlçe Jandarma Komutanlığı Merkez Karakol komutanı olarak görev yapan sanık X’in, soruşturma konusu olan suç eşyalarının bulunduğu deponun denetimini yapmayarak diğer

görevli olduğu faaliyet alanında zimmet veya irtikâp suçunun işlenmekte olduğu bilgisine muttali değildir. Bu nedenle, işlenen zimmet veya irtikâp suçuna iştirak ettiği kabul edilemez. Bu nedendir ki, kamu görevlisinin gözetim ve denetim görevini kasten ihmal etmesi, TCK, m. 251, f. 2'de **ayrı bir suç** olarak tanımlanmıştır.^{85, 86}

sanık Y'nin zimmet suçunu işlemesine sebebiyet verdiği kabul edilen olayda; eylem.. denetim görevini ihmal ederek zimmet suçunun işlenmesine imkan sağlama suçunu oluşturur: Yargıtay 5. CD, **7.11.2016**, E. 2014/7224, K. 2016/8820.

⁸⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27.5.2014 tarihli ve E. 2013/2591, K. 2014/5804 sayılı Kararına konu olan, kooperatifin finans işlerini takip eden çalışanın, düzenlediği ödeme belgelerini kooperatif yönetim kurulu üyelerine gerekli incelemeleri yapmadan imzalatarak, kooperatif bütçesinden fazla ödeme yapılmasını sağladığı ve bu suretle zimmetine para geçirdiği olayda, kooperatif yönetim kurulu üyelerinin bu zimmet suçuna iştiraktan dolayı sorumlu tutulamayacakları izahtan varestedir. Ancak, bu durumda her ne kadar zimmet suçunun işlenmesine yönelik kastları mevcut değilse de, kooperatif yönetim kurulu üyeleri, kooperatif bütçesinden ödeme yapılmasını gerektiren belgeleri incelemeyi ve içeriklerinin doğruluğunu kontrol etmeyi kasten ihmal etmişlerdir. Kooperatif yönetim kurulu üyeleri, önlere konulan ödeme belgelerini incelemeyi, doğruluğunu kontrol etmeden imzalayarak, kooperatifin finans işlerini takip eden çalışanın zimmet suçunu işlemesini sağlamışlardır. Bu durumda, kooperatif yönetim kurulu üyeleri bakımından TCK, m. 251, f. 2'de tanımlanan suçun oluştuğunu kabul etmek gerekirdi. Ancak Daire, kooperatif yönetim kurulu üyelerinin kooperatifin faaliyetlerini denetleme yükümlülüğünün bulunmadığı gerekçesiyle bu olayda TCK, m. 251, f. 2'de tanımlanan suçun değil, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu yönünde içtihatla bulunmuştur. Oysa, Dairenin kabulünün aksine, kooperatif yönetim kurulu üyeleri, bu görevlerinin gereği olarak, kooperatifin faaliyetlerini gözetmek ve denetlemekle yükümlüdürler.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, ... Esnaf ve Sanatkarlar Odasında gerçekleşen zimmet fiilinden dolayı Oda Yönetim Kurulu üyelerinin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin TCK, m. 257, f. 2 hükmüne, Oda Denetim Kurulu üyelerinin ise, TCK, m. 251, f. 2 hükmüne istinaden cezalandırılmaları gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur: Yargıtay 5. CD, **27.3.2015**, E. 2013/5381, K. 2015/8953. Ayrıca bkz. Yargıtay 5. CD, **18.3.2015**, E. 2013/7493, K. 2015/8470; Yargıtay 5. CD, **18.2.2020**, E. 2016/3080, K. 2020/6243.

Dairenin, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğu bakımından yaptığı bu ayrımını hukukî dayanağı bulunmamaktadır. TCK, m. 251, f. 2'de tanımlanan suç bakımından önemli olan, kamu görevlisinin gözetmek ve denetlemekle görevli olduğu faaliyetin icrası sürecinde zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesi ve bu suçun işlenmesinde gözetim ve denetim görevinin yapılmamasından yararlanmasıdır. Denetim kurulu üyeleri ve denetçiler, bir iş veya işlem yapıldıktan sonra denetim faaliyetini icra ederler. Bir iş veya işlemin icrası tamamlandıktan sonra bunların hukuka uygun olarak icra edilmiş olup olmadığını denetleyen denetim elemanlarının, bu görevlerinin icrasıyla zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesini sağlamaları söz konusu olamaz. Bu durumda ancak, icrası tamamlanmış olan zimmet veya irtikâp suçunun gizlenmesi söz konusu olabilir. Oysa, TCK, m. 251, f. 2'de tanımlanan suç bakımından önemli olan, gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmemesinden yararlanılarak zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesidir. Ancak, gözetim ve denetimle görevli kamu görevlisi, bu suçların işlenişine iştirak etmemektedir.

⁸⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 18.1.2018 tarihli ve E. 2017/6340, K. 2018/202 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, Karayolları 5. Bölge Müdürlüğünde Şube Müdürü olarak görev

Ancak, belirtmek gerekir ki, TCK, m. 251, f. 2’de tanımlanan suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin gözetim ve denetim görevini kasten ihmal etmesi yeterli değildir; bu gözetim ve denetimin yapılmamasından yararlanılarak zimmet veya irtikap suçunun işlenmesi gerekir.⁸⁷ Başka bir ifadeyle, söz konusu suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin gözetim ve denetim görevini salt ihmal etmesi, söz konusu suç oluşturmaz. Bu nedenle, **gözetim ve denetim görevinin ihmal edilmesine bağlı olarak zimmet veya irtikap suçunun işlenmesi**, bu suç bakımından bir **objektif cezalandırılabilme şartı** mahiyeti taşımaktadır. Bu özellikleri itibarıyla TCK, m. 251, f. 2’de tanımlanan söz konusu suç, ihmalî davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturmaktadır.

IX. TCK, m. 278’de tanımlanan “Suçu bildirmeme” suçu ile korunan hukukî değer, barış esasına dayalı Hukuk Toplumu ve kişilerin bu toplumda yaşama hakkı olduğu, madde gerekçesinde açık bir şekilde ortaya konulmuştur:

*“Barış esasına dayalı Hukuk Toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Suç teşkil eden bir fiilin işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde **bildirimde bulunma hakkı** vardır. Bu bakımdan, belli bir suç vakıyasıyla ilgili olarak bildirimde bulunmak, **hukuka uygunluk nedeni olarak bir hakkın kullanılmasından ibarettir.***

Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu

yapan A’nın, muhasebe servisinde çalışan B tarafından hazırlanan sahte mahkeme ilamlarına dayanılarak oluşturulan beş ayrı tahakkuk evrakını gerçekleştirme görevlisi olarak **‘kontrol edilmiş ve uygun görülmüştür’** şerhleri ile imzalayarak görevini ihmal ettiği iddiasıyla TCK’nın 251/2. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle hakkında kamu davası açılmış ise de; Daire tarafından, münsnet fiilin TCK, m. 257, f. 2’de tanımlanan *ihmalî davranış-la görevi kötüye kullanma* suçunu oluşturduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

⁸⁷ Bir kamu kurumunda “*il müdürü ve muhasebeden sorumlu şube müdürü olarak görev yapan A ve B’nin, emirleri altında görev yapan C ve D’nin yürüttüğü işlemleri hiç denetlememek ve imzalarına sunulan muhasebe evrakı üzerinde gerekli incelemeleri yapmamak suretiyle uzunca bir zaman dilimine yayılan bir kısmı nitelikli, bir kısmı basit zimmet vasfındaki fiillerin işlenmesine imkan sağladıkları sabit olduğu ve eylemlerine uyan 5237 sayılı TCK’nın 251/2. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmaları gerektiği halde, (haklarında) beraat kararları verilmesi”* hukuka aykırıdır: Yargıtay 5. CD, **25.3.2014**, E. 2013/7995, K. 2014/3318.

*suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara **bildirilmemesi**, genel olarak **haksız bir davranıştır**. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır.*⁸⁸

Bu itibarla, söz konusu maddede, belli suçlar bakımından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır.

Bu maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan yani kişilerin bildirmekle yükümlü oldukları suçun, henüz **icrası devam etmekte olan yani işlenmekte olan bir suç** olması gerekir.

TCK, m. 109'da tanımlanan **kişiyi hürriyetinden yoksun kılma** suçu bu bağlamda önemli bir örnek oluşturmaktadır. Keza, 278. madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, bilahare karşılıksız yararlanma suçuna dönüştürülen **elektrik hırsızlığı** gibi **kesintisiz (mütemadi) suçlar**, icrası devam ettiği sürece, bu duruma muttali olan kişiler bakımından bildirim yükümlülüğü kapsamına girmektedirler.

Yapı ruhsatıyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapılması (TCK, m. 184, f. 1) da, bu suçun konusunu oluşturabilir.

Bu bakımdan, bildirim yükümlülüğünün kapsamına giren suçun mutlaka kasten işlenen bir suç olması gerekmemektedir. **Çevrenin kasten kirletilmesi** (TCK, m. 181) gibi **çevrenin taksirle kirletilmesi** suçu (TCK, m. 182) da bu suçun konusunu oluşturabilir. Başka bir ifadeyle, **taksirli suç** da bildirim yükümlülüğünün konusunu oluşturabilir.

Keza, **icrası tamamlanmış** olmakla birlikte, **sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan suçlar** da, bildirim yükümlülüğü kapsamına girmekte ve dolayısıyla, 278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturmaktadır.

Örneğin hırsızlık suçu işlenmek suretiyle elde edilen eşyayı bir başkasının kullandığına, suçtan elde edildiği bilinerek kabul edilen eşyayı kullanmaya devam edildiğine muttali olunması halinde de, bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. Bu bildirim yükümlülüğünün kasten yerine getirilmemesi de söz

⁸⁸ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 668.

konusu suçu oluşturacaktır.⁸⁹

Bildirim yükümlülüğünden söz edebilmemiz için, 278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan suçun işlenmekte olduğuna veya işlendiğine soruşturma makamlarının henüz muttali olmamış olması, yani bu suç dolayısıyla soruşturma işlemlerinin henüz başlatılmamış olması gerekmektedir. Suçun işlenmekte olduğuna veya işlendiğine soruşturma makamları muttali olmuş ise, kişiler bakımından artık bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.

Ancak, kesintisiz (mütemadi) suçun işlenmesine son verilmiş ise, örneğin hürriyeti tahdit edilen kişi serbest bırakılmış ise, soruşturma makamları henüz durumdan haberdar olmamış olsalar bile, kişiler bakımından artık bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.⁹⁰

Bildirim yükümlülüğü, suçun işlenmekte olduğuna veya işlendiğine muttali olunduğu andan itibaren doğar ve soruşturma makamları durumdan haberdar oluncaya kadar devam eder. Bu itibarla, işlenmekte olduğuna veya işlendiğine muttali olduğu suç dolayısıyla soruşturma başlayıncaya kadar bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, 278. maddede tanımlanan suçu işlemeye devam etmektedir. Başka bir ifadeyle, 278. maddede tanımlanan suç, **gerçek ihmalî suç** ve **kesintisiz (mütemadi) suç** niteliği taşımaktadır. Bildirim yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesi, bu suçu oluşturmaktadır.⁹¹

Suçu bildirmeme suçu, ancak **doğrudan kastla** işlenebilir. Söz konusu maddenin birinci ve ikinci fıkraları metinlerinde açıkça vurgulanmış olmamakla birlikte, bu fıkralara ilişkin gerekçelerde yer verilen “**bilinmesine rağmen**” veya “**haberdar olunmasına rağmen**” ibareleri, söz konusu suçun

⁸⁹ Madde gerekçesinde yer alan örneğe göre, “*icrası tamamlanmış olan bir hırsızlık sonucunda elde edilmiş olan malların bir depoda saklandığının bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi, bu suçu (m. 278’de tanımlanan suç) bildirmeme suçunu) oluşturacaktır.*” Oysa, bu durumda TCK, m. 284’de tanımlanan **suç delillerini bildirmeme suçu** söz konusu olmaktadır. Zira, 284. maddenin ikinci fıkrasına göre, “*İşlenmiş olan bir suçla ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimse*” TCK, m. 284, f. 1 hükmüne göre cezalandırılacaktır. Madde gerekçesinde yer alan bu açıklama ile ilgili değerlendirmeler için bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan: *Suçlu Bildirmeme Suçu (TCK, m. 278)*, in: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 21, sayı 80, Ocak-Şubat 2009, sh. 105 vd., 113.

⁹⁰ Farklı bir değerlendirme için bkz. ÜNVER, Yener: *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar: İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma*, 5. bası, Ankara, Mayıs 2019, sh. 337.

⁹¹ Bu nedenle, 278. maddede tanımlanan suçun “somut tehlike suçu” olduğu yönündeki görüş (ERDEM, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 80, sh. 108), soruludur.

ancak doğrudan kastla işlenebileceğini ifade etmektedir.⁹²

278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan suçun işlenmekte olduğuna veya işlendiğine muttali olan **herkes bakımından bildirim yükümlülüğü** mevcuttur ve dolayısıyla, herkes 278. maddede tanımlanan suçun faili olabilir.⁹³

278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan suç işleyen veya bu suçun işlenmesine iştirak eden kişi bu suçun işlendiğini gören, öğrenen diğer bir şahsı kendisini ihbar etmeme, bu suçla ilgili olarak bildirimde bulunmama konusunda yönlendirebilir, azmettirebilir. Bu yönlendirmenin, azmettirmenin bir haksızlık oluşturduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak, 278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan suçun faili veya sair suç ortağı ile ilgili olarak suç bildirmeme suçu bakımından bir **şahsi cezasızlık sebebinin** olduğunu kabul etmek gerekir.⁹⁴ Zira, kimse kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz (Any, m. 38, f. 5). Belirtmek gerekir ki, malum “nemo tenatur” ilkesi, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.⁹⁵

⁹² Keza, TCK'nın 279. maddesinde tanımlanan **kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu** da ancak **doğrudan kastla** işlenebilir. Çünkü söz konusu suçun oluşabilmesi için bir suçun işlendiğinin kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak “**öğrenil**”mesi gerekmektedir. Bu husus, hem söz konusu suç tanımına ilişkin madde metninde hem de gerekçesinde açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Aynı şekilde, TCK'nın 280. maddesinde tanımlanan **sağlık mesleği mensubu kişilerin suçu bildirmeme suçu** bakımından manevi unsur olarak **doğrudan kastın** varlığı şarttır. Çünkü bu suç tanımına ilişkin madde gerekçesinde işlendiği **öğrenilmiş** suçtan söz edilmektedir.

⁹³ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin **14.3.2016** tarihli ve E. 2014/899, K. 2016/2723 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; Jandarma Karakol Komutanı olan S, köyde meydana gelen bir adli olayla ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığına bilgi vermez ve herhangi bir adli işlem yapmaz. Bu olayla ilgili olarak S hakkında soruşturma yapılır ve kamu davası açılır.

İlk Derece Mahkemesi, S'nin icraî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlediğini kabul ederek, TCK, m. 257, f. 1 hükmüne istinaden cezalandırılmasına hükmetmiştir.

Buna karşılık, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, **adli kolluk görevlisi** olan S'nin fiilinin, suçu bildirmeme suçunun TCK, m. 279, f. 2'de tanımlanan nitelikli halini oluşturduğu gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Ayrıca bkz. Yargıtay 5. CD, **11.5.2015**, E. 2015/10357, K. 2015/28737; Yargıtay 5. CD, **7.6.2016**, E. 2014/5514, K. 2016/5971; Yargıtay 5. CD, **11.7.2017**, E. 2014/9154, K. 2017/3099; Yargıtay 5. CD, 23.10.2017, E. 2017/3502, K. 2017/4499; Yargıtay 5. CD, **14.11.2019**, E. 2015/9191, K. 2019/10699; Yargıtay 15. CD, **2.7.2018**, E. 2018/3340, K. 2018/4899.

⁹⁴ Bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, sh. 128.

⁹⁵ *Ünver*, bu durumda şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olmadığı, aksine, **suçu bildirmeme suçunun oluşmadığı** düşüncesindedir: ÜNVER, TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, 5. bası, sh. 310, 346.

Keza, tanıklıktan çekinebilecek olan kişilerle ilgili olarak da 278. maddede tanımlanan suç bakımından **şahsi cezasızlık sebebi** söz konusudur (TCK, m. 278, f. 4).

Ancak, işlenmekte olan suçun işlenmesini önleme bakımından teminat yükümlülüğü altında bulunan kişi (garantör) ile ilgili olarak bildirim yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirme yapmamak gerekir. Bu durumda sorunu, **bir başkasının icraî davranışla işlediği suça ihmalî davranışla iştirak** bağlamında değerlendirmek gerekir.⁹⁶

⁹⁶ Anayasa Mahkemesinin 30.6.2011 tarihli ve E. 2010/52, K. 2011/113 sayılı Kararının (RG: 15 Ekim 2011/28085) konusunu oluşturan TCK, m. 278 hükümlerinin uygulandığı olayda, bir aile içerisinde kardeşlerden A ve B, henüz 15 yaşını doldurmamış olan diğer kardeş C'yi müteaddit defa cinsel yönden istismar ederler.

Anne, bu suçun müteaddit defa **işlenmekte** olduğundan haberdar olmasına rağmen, kızı C'yi oğulları A ve B'nin bu istismar fiilinden korumaya yönelik herhangi bir girişimde bulunmaz.

Bu olay dolayısıyla kardeşler A ve B hakkında, C'ye karşı **cinsel istismar suçunu** (TCK, m. 103) **müteselsilen** (TCK, m. 43, f. 1) işledikleri iddiasıyla kamu davası açılır. Bunun yanı sıra, anne hakkında da **suçu bildirmeme suçundan** dolayı TCK, m. 278'de tanımlanan suç işlediğinden bahisle kamu davası açılır.

Bu olay bağlamında **üç soruna** açıklık getirmek gerekir.

Birinci sorun, bir başkasının işlemekte olduğu **icraî suça ihmalî davranışla iştirakin** mümkün olup olmaması sorunudur.

İkinci sorun, **failliğin şerikliğe nazaran asliliği kuralının** uygulanabilirliği sorunudur.

Nihayet **üçüncü sorun** ise, TCK'nın 278. maddesi hükümlerinin hangi koşullarda uygulanabilir olduğu sorunudur.

Bir başkası tarafından işlenmekte olan suçun işlenmesini önleme bakımından **teminat yükümlülüğü altında bulunan kişi** (garantör), bu yükümlülüğün gereğini yerine getirmemek suretiyle, başkası tarafından icraî davranışla işlenen suçun işlenmesine ihmalî davranışla iştirak etmektedir. suçun işlenmesini önleme (teminat) yükümlülüğü altında bulunan kişinin bir başkası tarafından icraî davranışla işlenmekte olan suçun işlenişine kayıtsız kalması halinde, işlenmekte olan icraî suça ihmalî davranışla iştirak söz konusudur ve bu suçtan dolayı kural olarak **şerik (yardım eden)** sıfatıyla sorumluluğu gerektirir (JESCHECK, Hans Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Berlin, 1988, sh. 548, 618, 630, dn. 55).

Ancak, aşağıda izah ettiğimiz gibi, suçun işlenmesini önleme (teminat) yükümlülüğünün varlığının yanı sıra, kanuni düzenlemesi itibarıyla ilgili suçun ihmalî davranışla işlenmesinin fail sıfatıyla ceza sorumluluğunu gerektirdiği hallerde, **failliğin şerikliğe nazaran asliliği kuralı** gereğince, teminat yükümlüsü, bir başkasının işlemekte olduğu suçun işlenişine engel olmadığı takdirde, bu suçtan dolayı **fail** sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

Örneğin, baba 15 yaşındaki çocuğunu eve hapseder. Çocuk, aylarca evden dışarı çıkamaz. Anne, bu durumdan haberdardır ve çocuğun bu durumdan kurtarılması için herhangi bir girişimde bulunmaz. Baba gibi annenin de çocuk üzerinde velayet ilişkisinde kaynaklanan **bakım ve gözetim yükümlülüğü** bulunmaktadır (Bkz. 4721 s. Türk Medeni Kanunu, m. 335 vd.). Bu yükümlülük, **çocuğa karşı işlenmekte olan bir suçun işlenmesini önleme**

Buna karşılık, **icrası devam etmekte olan bir suçla ilgili olarak**, kişinin suçun işlenmesini önleme (teminat) yükümlülüğünün bulunmamasına rağmen, **bildirim yükümlülüğü** söz konusu olabilir.

Örneğin, A, kaçak elektrik kullanmaktadır. Durumdan haberdar olan komşu B'nin, A'nın bu suç işlenmesini önlemek için müdahalede bulunma yükümlülüğü yoktur. Ancak B, işlenmekte olan bu hırsızlık (karşılıksız yararlanma) suçu ile ilgili olarak bildirim yükümlülüğü altındadır. B tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan suç oluşturur (f. 1).

Baba ile oğlu, aynı apartmanın farklı dairelerinde otururlar. Oğul evine kaçak elektrik bağlar; baba, durumdan haberdar olmasına rağmen, bildirimde bulunmaz. Bu örnek olayda baba, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyi ihmal etmiştir. Ancak, baba ile oğlu arasındaki akrabalık (üstsoy-altsoy) ilişkisi, baba bakımından bir **şahsi cezasızlık sebebi** oluşturur.

Baba, üniversite öğrencisi olan oğlunun terör örgütü mensubu olduğunu bilir. Oğlu belirli aralıklarla dağa çıkarak örgütün eğitim programlarına katılır,

yükümlülüğünü (koruma yükümlülüğü) de ifade etmektedir. Bu yükümlülüğün yanı sıra, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni tanımı itibarıyla annenin, baba tarafından çocuğuna karşı **işlenmekte olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna** (TCK, m. 109) ihmalî davranışla **iştirak**ten dolayı **fail** sıfatıyla sorumlu tutulması gerekir.

Buna karşılık, diğer bir örnekte, baba çocuğunu zincirleme şekilde cinsel yönden istismar eder. Anne, bu durumdan haberdar olmasına rağmen, çocuğun bu cinsel istismarının önüne geçmek için herhangi bir girişimde bulunmaz. Bu durumda anne, babanın müteselsilen **işlemekte olduğu cinsel istismar suçuna** (TCK, m. 103) ihmalî davranışla **iştirak** etmiştir ve çocuğun cinsel istismarı suçunun kanuni tanımı itibarıyla bu suçtan dolayı ancak **yardım eden** sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

Anayasa Mahkemesinin kararının ilişkin olduğu olayda, kardeşler A ve B tarafından henüz 15 yaşını doldurmamış olan diğer kardeş C'ye karşı **müteselsilen işlenmekte olan bir cinsel istismar suçu** (TCK, m. 103) söz konusudur. Anne, bu durumdan haberdardır ve çocuğun bu cinsel istismarının önüne geçmek için herhangi bir girişimde bulunmaz. Bu durumda anne, A ve B'nin müteselsilen **işlemekte olduğu cinsel istismar suçuna** (TCK, m. 103) ihmalî davranışla **iştirak** etmiştir ve söz konusu suça **yardım eden** sıfatıyla iştiraktan dolayı sorumlu tutulmalıydı. Bu nedenle, söz konusu olayda annenin sorumluluğunun TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan suç bildirmeme suçu bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulması doğru olmamıştır.

Belirtmem gerekir ki, daha önceki bir çalışmamızda, TCK'nin görünüşte ihmalî suçlara ilişkin düzenlemeleri itibarıyla, ilgili suç tanımı bakımından yukarıda belirttiğimiz ayırımı göz ardı ederek, bir başkasının icraî davranışla işlemekte olduğu suça ihmalî davranışla iştiraki halinde teminat yükümlüsünün alelîtlak fail olarak cezalandırılacağı yönünde açıklamalarda bulunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, cilt 2, sayı 1-2, yıl 2014, sh. 1 vd.

örgüt tarafından verilen talimatları yerine getirir. Ancak, baba buna rağmen oğlu ile ilgili olarak bildirimde bulunmaz. Burada da, yukarıdaki elektrik hırsızlığı (karşılıksız yararlanma) örneğinde olduğu gibi, baba hakkında suçü bildirmeme suçundan dolayı cezaya hükmetmemek gerekir.

TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan suçü bildirmeme suçunun konusunu, **ıcrası tamamlanmış** olmakla birlikte, **sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan suçü** da oluşturabilir.

İcrası tamamlanmış olan bir suçü bağlamında bu suçun işlenmesini önleme yükümlülüğünden artık söz edilemez. Çünkü bu durumda artık suçü işlenmiş ve tamamlanmıştır. İşlenmiş olan bir suçü işlenmemiş duruma irca etmek, geri döndürmek mümkün değildir.

İcrası tamamlanmış bir suçla ilgili olarak aile bireylerinin ve belirli bir akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişilerin ihbarda bulunmaması durumunda, **şahsi cezasızlık sebebi** söz konusudur (Any, m. 38, f. 5'e istinaden TCK, m. 278, f. 4).

Örneğin A hırsızlık suçundan elde etmiş bulunduğu bisikleti kullanmaya devam eder. Baba B, bu durumu öğrenir. Ancak, oğlu ile ilgili olarak hırsızlık suçunu işlediğinden bahisle ihbarda bulunmaz.

X. Herhangi bir kişi tarafından bir suçun işlenmekte olduğuna, işlenmeye devam edildiğine veya işlenmesine yönelik hazırlık yapıldığına kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak muttali olmasına rağmen, bu suçun işlenmesini önlememesi halinde ceza hukuku sorumluluğünü belirleme bir sorun oluşturmaktadır.

Bu durumda kamu görevlisini ihmalî davranışla işlenen görevi kötüye kullanma (TCK, m. 257, f. 2) suçundan dolayı sorumlu tutmak, akla gelebilir. Keza, bu durumda kamu görevlisinin suçü bildirmemesi (TCK, m. 279) suçundan dolayı sorumluluğu düşünülebilir.

Görevi kötüye kullanma suçunun genel, talî ve tamamlayıcı bir suç olması dolayısıyla, bu suçla ilişkin hükümler ancak kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesinin başka bağımsız bir suç oluşturmadığı hallerde uygulanabilecektir.⁹⁷

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 2. bası, Ankara, Haziran 2013, sh 149 vd.

Keza, önemle belirtmemiz gerekir ki, TCK, m. 279’da tanımlanan suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak muttali olduğu suçun **icrası tamamlanmış** olan bir **suç** olması gerekir. Örneğin, sahte bir resmî belge düzenlendiğine kamu görevlisinin görevinin icrasıyla bağlantılı olarak muttali olmasına rağmen bu suçu bildirmemesi, TCK, m. 279’da tanımlanan suç oluşturur. Bu itibarla, herhangi bir kişi tarafından **icrasına devam edilen bir suçun işlenmekte olduğuna** veya **işlenmesine yönelik hazırlık yapıldığına** göreviyle bağlantılı olarak muttali olan kamu görevlisi bakımından artık suçu bildirme yükümlülüğünden ziyade, **suçun işlenmesini önleme yükümlülüğünün** varlığını tartışmak gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki, **suçun işlenmesinin önleme yükümlülüğünün** mevcut olduğu durumlarda **icrasına devam edilen** veya **işlenmesine yönelik hazırlık yapılan suçla** ilgili olarak kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçuna ilişkin hükümler uygulanamaz. Bu durumda, şayet suçun işlenmesini önleme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile ilgili olarak kanunlarda özel hükümlere yer verilmiş ise, bu hükümlerin uygulanması gerekir.

Örneğin, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı *Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa* göre,

“Disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevlidir.” (m. 24).

Keza,

“Her rütbe sahibi, kanunların, nizamların ve amirlerin kendisine tahmil ettiği bütün hizmet ve vazifeleri öğrenmeye, vazifeli olduğu yerlerde öğretmeye ve bu hizmet ve vazifeleri eksiksiz yapmaya ve takibederek yaptırmaya ve daima ve her yerde *disiplini tesis ve muhafazaya* ve maiyetini yetiştirmeye ve astın şahsi teşebbüsünü inkişaf ettirmeye ve *kendisine teslim olunan silah, araç, gereç ve sair bütün askeri eşyayı, yapıları ve ağaçları ve hayvanatı korumaya memur ve mecburdur.*” (TSK İç Hizmet K, m. 75).

Bu hükümler, **askeri hiyerarşide üst konumundaki kişiye, amir olsun veya olmasın, asker kişinin işlemekte olduğu suçu önleme yükümlülüğü** yüklemektedir. Söz konusu yükümlülüğün varlığı için, asker kişi tarafından işlenmekte olan suçun ağırlığının bir önemi bulunmamaktadır.

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, işlenen suçtan dolayı sorumluluk rejimi, 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı *Askeri Ceza Kanununun* 139. maddesinde belirlenmiştir:

“Bir askeri karakolun veya bir müfrezinin veya hususi bir vazife ile mükellef olan bir kısım askerin kumandanı iken veyahut subaylarından veya nöbetçi iken mani olabileceği ve vazifeten men’e mecbur bulunduğu bir suçun yapılmasına göz yumarsa **fili kendisi yapmış gibi ceza görür.**”

Buna göre, asker kişi, amir veya üst konumunda olması ya da nöbetçi olması dolayısıyla önlemek yükümlülüğü altında olduğu ve önleyebileceği bir suçun işlenmesine muttali olmasına rağmen, işlenmekte olan suçun önlemekte ihmal göstermesi halinde, bu suçun **faili** olarak cezalandırılacaktır.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, birinci koşul, asker kişi tarafından işlenmekte olan bir suçun varlığıdır. Başka bir ifadeyle, **asker kişi tarafından icrası devam eden ve işlenmesi henüz tamamlanmamış olan bir suç** söz konusu olmalıdır.

İkinci koşul, asker kişinin bu **suçun işlenmesini önleme (teminat) yükümlülüğü**nün olması gerekir. Bu yükümlülük, TSK İç Hizmet Kanununa göre (m. 24, 75), amir konumunda olsun veya olmasın **üste** terettüp etmektedir. Ancak, Askeri Ceza Kanunu, söz konusu yükümlülüğü, bir askeri karakolun veya müfrezinin subaylarına ve hatta nöbetçi askerlere de teşmil etmektedir (m. 139).

Üçüncü koşul, **üstün** asker kişi tarafından **işlenmekte olan bir suçun varlığını bilmesi, yani kastının olması** gerekir. Başka bir ifadeyle **üst**, somut bir **suçun** asker kişi tarafından **işlenmekte olduğu bilgisine muttali olmalıdır.**

Dördüncü koşul, işlenmekte olan suçun önleme yükümlülüğü altında olan **üstün** fiilen bu **suçun işlenmesini önleme imkânının** olması gerekir. Şayet üst, işlenmekte olan suçun önlemeye fiilen muktedir değilse, **kusuru olmadığı için**, işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmaz. Üst bir şekilde hürriyetinden yoksun bırakılmış olmakla, işlenmekte olan suçun önleme imkânını kaybetmiş olabilir.

Ancak belirtmek gerekir ki, asker kişinin suçun işlenmesine engel olmaya ve bu çerçevede durumdan ilgili mercileri haberdar etmeye çalışması halinde herhangi bir kötülükle karşı karşıya kalmak tehlikesinin bulunması ya da **tehdit** edilmiş olması, söz konusu suçun önlenmesine yönelik girişimde bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından bir **mazeret sebebi oluşturmaz.** Çünkü asker kişiler, TSK İç Hizmet Kanunu hükümlerine göre kendilerine terettüp eden görevleri yerine getirme uğruna, gerektiğinde “*seve seve hayatımı feda eyle*”meyi kabul etmiştir (TSK İç Hizmet K, m. 37).

Keza, asker kişinin herhangi bir sebeple izinli olması ve birliğinin dışında bulunması, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından bir mazeret sebebi oluşturmaz.

Beşinci koşul, yukarıda sayılan dört koşulun varlığına rağmen üst, işlenmekte olan **suçun icrasını önlemeyi ihmal** etmiş olmalıdır.

Bu durumda üst, asker kişinin işlemekte olduğu suçun işlenişine ihmali davranışla iştirak etmiş olmaktadır ve bu suçun işlenmesinden dolayı (müşterek) **fail** sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Asker kişinin işlemekte olduğu suç, icraî bir suç olmasına rağmen, bu suçun işlenmesini önlemeyi ihmal eden üst de söz konusu suçtan dolayı **müşterek fail** sıfatıyla cezalandırılacaktır.^{98, 99}

Bir başkasının işlemekte olduğu icraî suça ihmali davranışla iştirakten dolayı sorumluluk için en önemli koşul, **suçun işlenmesini önleme** yönünde **teminat yükümlülüğünün** bulunmasıdır. Suçun işlenmesini önlemekle yükümlü olan kişi, bir başkası tarafından icraî davranışla işlenen suçun işlenmesini önlemediği takdirde, kural olarak, bu suça şerik sıfatıyla iştirakten dolayı sorumlu tutulur. Ancak, kanunda suçun işlenmesini önleme (teminat) yükümlülüğü altında bulunan kişinin bir başkası tarafından icraî davranışla işlenen suçun işlenmesini önlemediği takdirde bu suçtan fail sıfatıyla sorumlu tutulması gerektiği ya da suçun ihmali davranışla da işlenebildiği hususunda açık hüküm bulunan hallerde, failliğin şerikliğe nazaran aslîliği kuralı gereğince kişiyi, işlenen bu suçun müşterek faili olarak sorumlu tutmak gerekir. Bir başka ifadeyle, sadece teminat yükümlülüğünün varlığı, bir başkası tarafından icraî davranışla işlenen suçun işlenişine ihmali davranışla iştirak eden kişinin bu suçtan müşterek fail sıfatıyla sorumlu tutulmasını sağlamamaktadır. Bu konuda kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

Keza, gümrüklerden mal giriş ve çıkışlarını kontrol etmek, Ticaret Bakanlığının ve bu amaçla söz konusu Bakanlık bünyesinde oluşturulan bir birim olarak Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğünün görevidir.¹⁰⁰ Bu kontrol görevi,

⁹⁸ Yargıtay 16. CD, **14.7.2017**, E. 2017/1443, K. 2017/4758, sh. 36.

Önemle belirtmemiz gerekir ki, TCK'nın 309, 311 ve 312. maddelerinde tanımlanan suçlar ihmali davranışla işlenemezler. Ancak icraî davranışla işlenebilen bu suçların işlenişine ihmali davranışla iştirak edilebilir ve hatta, bu suçların işlenişine ihmali davranışla iştirak eden kişi müşterek fail sıfatıyla sorumlu tutulabilir. Bu iki farklı durum, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin söz konusu kararında birbirine karıştırılmıştır (sh. 4).

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, 13. bası, sh. 341 vd.

¹⁰⁰ Bila tarihli ve 1 sayılı *Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, m. 441, f. 1, bent e, f, h; m. 449.

ilgili kamu görevlileri bakımından gümrük kaçakçılığı fiillerinin, kaçakçılık suçlarının işlenmesini önleme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Kaçakçılık suçlarının işlenmesini önlemekle yükümlü olan kamu görevlisi, bir kaçakçılık fiilinin işlenmesine yönelik hazırlık yapıldığına veya icra hareketlerine muttali olmasına rağmen, bu suçun işlenmesini önleme yönünde gerekli girişimlerde bulunmadığı takdirde, başkaları tarafından işlenen kaçakçılık suçuna ihmali davranışla iştirak etmiş olur. Kaçakçılık suçunun ihmali davranışla işlenmesi hususunda kanunda açık hüküm bulunduğu için, bu kamu görevlisi **müşterek faili** olarak sorumlu tutulacaktır (21.3.2007 tarihli ve 5607 sayılı *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*, m. 4, f. 6).

Suçun işlenmesini önleme (teminat) yükümlülüğünün varlığına rağmen, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu ile ilgili olarak kanunlarda özel hüküm bulunmayan durumlarda, şayet hazırlık hareketlerine muttali olunan suçun icrasına başlanmış ise, **icraî davranışla işlenen suça ihmali davranışla iştirak** eden teminat yükümlüsünü bu suçun işlenişine **şerik** sıfatıyla iştiraktan dolayı sorumlu tutmak gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere, kolluk görevlileri, önleyici kolluk görevinin gereği olarak, suç işlenmesini önlemekle yükümlüdür (2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, m. 1). Bu itibarla, kolluk görevlisi, işlenişine, işlenmekte olduğuna muttali olmasına rağmen, bu yükümlülüğün gereğini yerine getirmediği takdirde, görevi kötüye kullanma suçundan dolayı değil, işlenmesini engellemediği suçtan dolayı sorumlu tutulur. Bu durumda ilgili suça ilişkin kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurularak, kolluk görevlisinin, bir başkası tarafından icraî davranışla işlenen suçun (müşterek) faili olarak ya da şeriki sıfatıyla sorumlu tutulması gerekir. Kolluk görevlisi, örneğin bir başkası tarafından icraî davranışla işlenmekte olan kasten öldürme, kasten yaralama veya işkence suçunun işlenişini önlemeyi kasten ihmal ettiği takdirde, bu suçların işlenişine ihmali davranışla iştirak etmiş olur. Kasten öldürme ve kasten yaralama ve işkence suçlarının ihmali davranışla işlenmesine ilişkin olarak Kanunda açık hükümler bulunması (TCK, m. 83, m. 88, m. 95, f. 5)

karşısında, bu suçların **müşterek faili** sıfatıyla sorumlu tutulur.^{101, 102, 103} Buna karşılık, örneğin hırsızlık, yağma veya mala zarar verme suçunun işlenmekte olduğu bilgisine sahip olmasına rağmen, bu suçun işlenişini önlemeyi kasten ihmal eden kolluk görevlisini, bu suçlara şerik, **yardım eden** sıfatıyla sorumlu tutmak gerekir.

Aynı şekilde, belediye ve il özel idaresi gibi, imar uygulamalarının hukuk zemininde icrasını gözetlemek ve denetlemekle görevli kamu idarelerinin yetkilileri, kaçak yapılaşmayı önleme bakımından yükümlülük altındadırlar ve teminat yükümlüsüdürler. Bu itibarla, kaçak yapılaşmadan, imar mevzuatına ve imar planlarına aykırı olarak gerçekleştirilmekte olan yapılaşma faaliyetlerinden haberdar olan belediye ve il özel idaresi gibi kamu idarelerinin yetkililerinin, buna rağmen kaçak yapılaşmayı engelleme yönünde girişimde bulunmayı ihmal etmeleri halinde, örneğin TCK, m. 184'de veya 2863 sayılı *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda* tanımlanan suçların

¹⁰¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. bası, sh. 149.

¹⁰² Kamu görevlisinin işlemekte olduğu **zimmet** veya **irtikâp** suçunu bu kişinin üzerinde gözetim ve denetim yetkisini haiz olan kamu görevlisi tarafından önlenmemesi durumunda, **müşterek fail** sıfatıyla sorumluluk söz konusudur (TCK, m. 251, f. 1).

Buna karşılık, Kanunda özel hüküm bulunmadığı için, kamu görevlisinin işlemekte olduğu **rüşvet** suçunu bu kişinin üzerinde gözetim ve denetim yetkisini haiz olan diğer bir kamu görevlisi tarafından önlenmemesi durumunda, bu kamu görevlisi bakımından, teminat yükümlüsü olmasına rağmen, bir başkasının **icraî davranışla işlemekte olduğu suça ihmalî davranışla iştirakten** dolayı, yani bu suçun işlenişine **şerik** sıfatıyla iştirakten dolayı ceza hukuku sorumluluğu söz konusudur.

¹⁰³ Türk Silahlı Kuvvetlerinin komuta kademesinde bulunan bazı asker kişiler ile Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı gibi birimlerin yönetim kadrosunda görev yapan belirli kişilerin 15 Temmuz 2016 günü gerçekleşen darbe teşebbüsünün hazırlık ve icra hareketlerinin içinde bulunmamakla birlikte, bu suçun icrasına ilişkin hazırlık faaliyetlerinden haberdar olmalarına rağmen, bu kişiler tarafından söz konusu darbe teşebbüsünün icrasına başlanmasının engellenmesi yönünde uygun zamanda etkin bir girişimde bulunulduğu hususunda toplum bilgilendirilmiş değildir.

Söz konusu darbe teşebbüsünün hazırlık ve icra hareketlerinin içinde bulunan kişilerin ceza hukuku sorumluluğu, izahtan varestedir.

Sorun teşkil eden husus, söz konusu darbe teşebbüsünün hazırlık ve icra hareketlerinin içinde bulunmamakla birlikte, önemli kamusal görevlerde bulunan ve bu hazırlıklardan haberdar olan kişilerin, suçun icrasına başlanmadan önce ve suçun işlenmesini engelleyecek şekilde gerekli tedbirleri almamalarıdır.

Söz konusu darbe teşebbüsünün hazırlık hareketlerinin içinde bulunmamakla birlikte, bu hazırlıklardan haberdar olan ve fakat, suçun icrasına başlanmadan önce ve suçun işlenmesini engelleyecek şekilde gerekli tedbirleri almayan kamu görevlilerinin ceza hukuku sorumluluğunun gündeme getirilmemesi, hukuk uygulamamız bakımından önemli bir sorundur.

işlenişinden dolayı **yardım eden** sıfatıyla sorumlu tutulmaları gerekmektedir.

XI. Yukarıda da belirtildiği gibi, TCK, m. 280’de tanımlanan **sağlık mesleği mensubu kişilerin suçu bildirmeme suçu** bakımından manevi unsur olarak **doğrudan kastın** varlığı şarttır. Bu itibarla, sağlık mesleği mensubunun **işlendiği hususunda kesin bilgi sahibi olduğu** bir suçla ilgili olarak ihbar yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir. Buna karşılık, işlendiği hususunda sadece **kuşkun**un ortaya çıkması halinde, sağlık mesleği mensubu kişiler bakımından bildirim yükümlülüğü varlığını devam ettirmesine rağmen, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, TCK, m. 280’de tanımlanan suç oluşturmaz.^{104, 105}

¹⁰⁴ Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: “*Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları*”, in: SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Aralık-Ocak-Şubat 2007-2008, sayı 5, sh. 84 vd.

¹⁰⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin **15.5.2014** tarihli ve E. 2013/16353, K. 2014/6220 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 22 yaşında olan ve ileri derecede zekâ geriliği bulunan B, annesinin nezaretinde Devlet Hastanesine başvurur; kadın doğum hastalıkları uzmanı S tarafından muayene edilir ve 14 haftalık hamile olduğu tespit edilir. Bu hamileliğin, B’ye karşı işlenen cinsel saldırı suçu sonucu olduğu değerlendirilerek, S’nin TCK, m. 280’de tanımlanan suçu bildirmeme suçunu işlediği iddiasıyla hakkında kamu davası açılır.

İlk Derece Mahkemesi, sağlık görevlisi olan S’nin suçu (B’ye karşı işlenmiş olan cinsel saldırı suçunu) bildirmeme suçunu işlediğini kabul ederek, 25 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve bu cezanın ertelenmesine hükmetmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin kararının gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

“*Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun düzenlendiği TCK madde 280’de geçen “belirti” kelimesinde kasıt, sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlediği yönünde kanaat uyandırmaya elverişli maddi emarelerle karşılaşmış olmasıdır. Belirtinin suçun işlendiği yönünde yeterli şüphe oluşturacak mahiyette olması yeterlidir.*” (Tunceli Sulh CM, 20.11.2012, E. 2012/165, K. 2012/379).

Buna karşılık Yargıtay 9. Ceza Dairesi, düzenlenen epikriz raporunda B ile ilgili olarak “mental retardasyon” (zekâ geriliği) tanısının konulduğunun belirtmiş olmasına rağmen, S’nin B’ye “*karşı cinsel saldırı suçunun işlendiğini bildiğine dair delil bulunmadığı*” ve bu nedenle, hakkında “beraat kararı” verilmesi gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin verdiği mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Bu karar, Yargıtay’ın, Türkiye’de aktüel bir sorun olan ileri derecede zekâ geriliği bulunan kişilerin çoğu zaman aile içinde cinsel yönden maruz kaldıkları istismarı ve buna bağlı olarak kalınan gebelikler sorununu görmezlikten gelme eğiliminin bir göstergesidir. Bu eğilimin bariz bir şekilde görüldüğü kararlardan birini, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **28.2.2019** tarihli ve E. 2017/648, K. 2019/145 sayılı Kararı oluşturmaktadır.

Oysa zekâ geriliği bulunan kişilerin, kanuni temsilcilerinin gözetim ve denetim görevlerini layıkıyla yerine getirmemesinden istifade edilerek, farklı kişiler tarafından cinsel yönden istismar edilmeleri ve bu istismarlara bağlı olarak kimden kalındığı tespit edilemeyen hamileliklerin olduğu, gerçektir. Hatta, bu istismarların önemli bir kısmının enest ilişki şeklinde

Önemle belirtmek gerekir ki, bir suç olgusuna dayalı yaralanmalarda bu sebeple sağlık kuruluşuna başvurulduktan bir müddet sonra ölüm gerçekleşmiş ise, **iki ayrı bildirim yükümlülüğü** söz konusudur. Bunlardan birincisi, vaki yaralanmanın bir suçtan kaynaklandığı hususuna ilişkin bilgi verme yükümlülüğüdür;¹⁰⁶ ikincisi ise, yaralanan kişinin tedavi sürecinde bilahare öldüğü hususunda bilgi verme yükümlülüğüdür.¹⁰⁷

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin **25.11.2015** tarihli ve E. 2015/5251, K. 2015/4545 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; geçirdiği trafik kazası sonucu beyin travması yaşayan bebek A, ... Devlet Hastanesine kaldırılır. Bir süre tedavi gören A, tedaviye rağmen hastanede ölür. Hastane başhekimi S hakkında bu ölüm olayı ile ilgili olarak adli mercilere gerekli bildirimde bulunmadığı için soruşturma başlatılır ve kamu davası açılır.

İlk Derece Mahkemesi, S hakkında sağlık mesleği mensubu olması sebebiyle TCK, m. 280, f. 1 hükmüne istinaden mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

Buna karşılık, Yargıtay 16. Ceza Dairesi ise, S'nin "*bebeğin ölüm belgesinde başhekim olarak imzasının bulunması karşısında; CMK'nın 159. maddesi gereğince bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi TCK'nın 257. maddesinde*

tezahür ettiği, göz ardı edilmemelidir.

Bu istismlara bağlı olarak hamile kalınan çocuğun dünyaya getirilmesi, bu çocuğun baba yönünden nesep bağı, bu çocuğun bakım ve gözetiminin yerine getirilmesi sorunları, Yargıtay'ın bu tutumu nedeniyle ki, çözümsüz kalmaktadır. Hukuk zemininde bu sorunlara çözüm oluşturulmaması, kişileri maddi gerçekliğin üzerinin küllenmesini sağlamaya yönelik fiili "çözüm" arayışlarına sevk etmektedir.

Aynı sorun, **çocuk hamilelikler**le ilgili olarak da yaşanmaktadır.

Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesinin **14.1.2020** tarihli ve E. 2019/301, K. 2020/13 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, ... Eğitim ve Araştırma Hastanesine hasta olarak başvuran çoğu yabancı uyruklu olan, önemli bir kısmı henüz **on beş yaşını tamamlamamış çok sayıda çocuğun hamile olduğu, hamilelik geçirdiği** tespit edilmesine rağmen, adli mercilere gerekli bildirimde bulunulmaz.

İlk Derece Mahkemesi, bu olayla ilgili olarak sanıkların BERAATİNE hükmetmiştir.

İşbu çalışmanın yapıldığı sırada henüz kanun yolu incelemesi aşamasında olduğu için, bu "beraat" kararı ile ilgili olarak hukukî değerlendirme yapılmamıştır.

Dikkat edilmelidir ki, evli olmayan çocuk hamilelerle ilgili olarak, yaşları ne olursa olsun, on beş yaşın üzerinde olsalar bile, bildirim yükümlülüğü mevcuttur (Bkz. Yargıtay 11. CD, **13.11.2018**, E. 2017/13383, K. 2018/9025. Ancak belirtmek gerekir ki, Dairenin bu kararı, başta tabibin kastına ilişkin sübut sorunu olmak üzere, pek çok yönden hukuken sorunludur).

¹⁰⁶ Bu yükümlülüğün hukukî dayanağı, TCK, m. 279 ve 280'dir.

¹⁰⁷ Bu yükümlülüğün hukukî dayanağı, CMK, m. 159 dur.

yazılı görevi ihmal suçunu oluşturabileceğinden bu suçun unsurlarının tartışılarak karar verilmesi” gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Hukukî değerlendirmemiz: Bebek A'nın yaralandığı trafik kazası ile ilgili olarak soruşturma başlatılmış olup olmamasına göre değerlendirme yapmak gerekir. Bu çerçevede iki ihtimal düşünülebilir.

Birinci ihtimal: Meydana gelen trafik kazasına kolluk ve Cumhuriyet savcısı muttali olmuştur ve bu kaza dolayısıyla ilgililer hakkında adli soruşturma başlatılmıştır. Bu durumda, söz konusu kazada yaralanan A'nın bilahare ölmesi üzerine gerekli bildirimde bulunulmaması, TCK, m. 279 ve 280. maddelerde tanımlanan suçu bildirmeme suçunu oluşturmaz. Bu durumda, hastane yönetimi tarafından söz konusu soruşturmanın yürütüldüğü Cumhuriyet Başsavcılığına soruşturma konusu trafik kazasında yaralanan A'nın ölmüş olduğunun CMK, m. 159 hükümlerine istinaden bildirilmesi gerekmektedir. Zira, her ne kadar adli merciler trafik kazasının gerçekleşmiş olduğu hususunda bilgilendirilmiş ve bu nedenle soruşturma başlatılmış ise de, bu kaza dolayısıyla ilgililerin ceza hukuku sorumluluğu bakımından kazada yaralanan kişilerin ölmüş olup olmaması önem taşımaktadır. Bu bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, **ihmalî davranışla işlenmiş görevi kötüye kullanma** suçunu (TCK, m. 257, f. 2) oluşturur.¹⁰⁸ Bu ihtimal bağlamında Yargıtay 16. Ceza Dairesinin kararı doğrudur.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 6.10.2015 tarihli ve E. 2015/2673, K. 2015/3025 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; geçirdiği trafik kazası sonucu yaralanan A, hastaneye kaldırılır. Acil servis görevlisi olan S, A ile ilgili olarak acil servis hasta tetkik defterine “adli vaka” kaydını düşttükten sonra, A'yı yoğun bakım servisine yönlendirir. A, yoğun bakım ünitesinde ölür. Bu ölümle ilgili olarak kolluğa veya adli mercilere bilgi verilmez. Bu olay dolayısıyla acil servis görevlisi hakkında ölüm olayını bildirmemek dolayısıyla soruşturma başlatılır ve kamu davası açılır.

İlk Derece Mahkemesi bu olayda yoğun bakım servisinde yatmakta olan yaralı hastanın bu serviste ölmesinden dolayı acil servis görevlisinin bildirim yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesiyle S hakkında beraat kararı verir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi de bu kararı doğru bularak, onanmasına karar verir.

Hukukî değerlendirmemiz: Söz konusu kararda, kolluğun ve adli mercilerin muttali olduğu bir trafik kazasında ağır yaralanan ve hastaneye kaldırılan A'nın tedavi gördüğü yoğun bakım servisinde bilahare ölmesi halinde, bu ölüm bildirimiminin kimin tarafından yapılması gerektiği sorunu ortaya çıkmıştır.

¹⁰⁹ Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın bazı kararlarında bu iki yükümlülük birbirine karıştırılarak, aralarındaki fark göz ardı edilerek değerlendirme yapılmıştır: Yargıtay 9. CD, 20.1.2014, E. 2013/11235, K. 2014/745; Yargıtay 8. CD, 25.9.2017, E. 2017/8520, K. 2017/10257.

İkinci ihtimal: Meydana gelen trafik kazası ile ilgili olarak kolluğa veya adli mercilere bildirimde bulunulmamıştır. Bu kazada yaralanan kişi hastaneye kaldırılmıştır. Bazı durumlarda, yaralanan da dahil olmak üzere, kişiler gerçekleşen trafik kazasını saklı tutmak isteyebilirler; durumdan ilgili mercilerin haberdar olmasını istemeyebilirler. Bu nedendir ki, yaralı vaziyette kişiler bir sağlık kuruluşuna götürüldüklerinde, şayet vaki yaralanma bir trafik kazasına bağlı veya bıçakla ya da sair silahla yaralanma kuşkusu oluşturuyorsa, kamu görevlisi olsun veya olmasın, duruma muttali olan sağlık görevlisinin bu durumla ilgili olarak kolluğu veya adli mercileri bilgilendirmesi gerekir. Sağlık görevlisi tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır.^{110,111} Bu durumda TCK'nın 279 ve 280. maddelerinde tanımlanan suçlardan hangisinden dolayı cezaya hükmetmek gerektiğini, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen sağlık görevlisinin aynı zamanda kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşıymasına göre belirlemek gerekir. Şayet bu sağlık görevlisi aynı zamanda bir kamu görevlisi ise, yani kamu kurumu niteliğindeki herhangi bir sağlık kuruluşu (Devlet veya üniversite hastanesi) çalışanı ise, TCK, m. 279'da tanımlanan suçtan dolayı cezai sorumluluk yoluna gidilmesi gerekir.¹¹² Aksi takdirde, yani

¹¹⁰ Yargıtay 8. CD, **12.3.2020**, E. 2018/4133, K. 2020/11496.

¹¹¹ Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin suç oluşturabilmesi için, yaralanma veya ölümün bir adli vakadan kaynaklandığının **bilinmesi** gerekmektedir (Bu hususta bkz. Yargıtay 12. CD, **29.9.2016**, E. 2015/13264, K. 2016/11414). Yani suçu bildirmeme suçu, ancak **doğrudan kastla** işlenebilir.

Sağlık görevlisi, tıbbi müdahalede bulunduğu yaralı kişinin yarasının bir suçtan kaynaklandığı hususunda şüphelendiğinde de, durumu ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür. Ancak bu durumda, suç şüphesine rağmen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, sadece disiplin sorumluluğunu gerektirir. Buna karşılık, kişinin yarasının suçtan kaynaklandığının şüphe götürmez bir şekilde öğrenilmesine rağmen, örneğin bıçak veya kurşun yarası gibi durumlarda, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suç oluşturacaktır.

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin **29.5.2014** tarihli ve E. 2013/16509, K. 2014/6524 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; trafik kazasında yaralanan A, başvurduğu hastanede kendi kendini yaraladığı yönünde beyanda bulunur. A'nın trafik kazasında yaralandığının anlaşılması üzerine, sağlık görevlisi S hakkında suçu bildirmeme suçundan dolayı soruşturma başlatılır ve kamu davası açılır.

İlk Derece Mahkemesi, S'nin suçu bildirmeme suçunu işlediğini kabul ederek, hakkında TCK, m. 280 hükümlerine istinaden cezaya hükmetmiştir.

Buna karşılık, Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise, S'nin “*yüklenen suçtan mahkûmiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği*” ve bu nedenle hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

¹¹² Bkz. Yargıtay 4. CD, **17.12.2012**, E. 2012/13441, K. 2012/30482; **15.12.2010**, E. 2010/10480, K. 2010/20911; Yargıtay 9. CD, **15.5.2014**, E. 2013/16353, K. 2014/6220. An-

bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen sağlık çalışanının aynı zamanda kamu görevlisi sıfatını taşımadığı hallerde, TCK, m. 280’de tanımlanan suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.¹¹³

XII. TCK, m. 284, f. 1’de tanımlanan hükümlünün ya da hakkında tutuklama kararı verilmiş olan şüpheli veya sanığın saklandığı yerin bildirilmemesi suçu, **gerçek ihmalî suç** örneklerinden birini oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, “*hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü kişinin bulunduğu yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, ... cezalandırılır.*” Madde gerekçesinde bu suçla ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir: “*hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yerin ihbar edilmemesi, suçu ihbar etmemekten bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Belli bir suçun işlenmiş olması dolayısıyla başlatılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında bu suçu işlediğinden bahisle hakkında tutuklama kararı verilmiş olan bir kişinin bulunduğu veya saklandığı yerin yetkili makamlara bildirilmemesi, suç oluşturacaktır.*

*Bunun için, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, soruşturma ve kovuşturma konusu yapılan suç dolayısıyla şüpheli bulunan şahıs hakkında tutuklama kararının verilmiş olduğunu veya kesinleşmiş bir yargı kararıyla belli bir cezaya mahkûm olmuş olan şahsın bu cezasının infazı amacıyla arandığını ve nerede bulunduğunu tereddütsüz bir şekilde bilmelidir. Başka bir deyişle, söz konusu suçu ancak **doğrudan kastla** işlenebilir.”^{114, 115}*

284. maddenin birinci fıkrasındaki tanım itibarıyla, söz konusu suç ancak tutuklandıktan sonra kaçan şüpheli veya sanığın saklandığı yerin bildirilmemesi halinde oluşabilecektir.¹¹⁶

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu suç, **ihmalî bir suçtur**. Hakkında tutuklama

cak, Yargıtay’ın farklı kararlarında, failin kamu görevlisi sıfatını taşıyan sağlık görevlisi olması halinde de TCK, m. 280’de tanımlanan suç bağlamında ceza sorumluluğu değerlendirilmesi yapılmıştır: Yargıtay 9. CD, **29.5.2014**, E. 2013/16509, K. 2014/6524.

¹¹³ Yargıtay 4. CD, **19.1.2015**, E. 2014/8297, K. 2015/1500.

¹¹⁴ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 674 vd.

¹¹⁵ Madde gerekçesinde yer alan bu açıklamaların eleştirisi için bkz. ÜNVER, TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, 5. bası, sh. 499.

¹¹⁶ “Suç Örgütleri” kitabımızda, hakkında yakalama kararı verilen kişilerle ilgili olarak da söz konusu suçun oluşabileceği yönünde görüş dermeyeran edilmişti (13. bası, sh. 229, dn. 6). Ancak, kıyas yasağının gereği olarak, bu görüşümüzü değiştirmiş bulunmaktayız.

kararı verilmiş olmakla birlikte kaçmış veya henüz yakalanamamış şüpheli veya sanığın ya da hakkında hapis cezasına hükmedilmiş ve cezası kesinleşmiş olmasına rağmen bu cezanın infazından kaçan hükümlünün saklandığı yerin bildirilmemesi, söz konusu suçu oluşturur. **Gerçek ihmali suç**.¹¹⁷ Kaçan şüpheli sanık veya hükümlünün bilahare yakalanmış olması, bu suçun oluşmasına engel teşkil etmez.

Söz konusu suçun faili herkes olabilir. Ancak, suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir (m. 284, f. 3).¹¹⁸

¹¹⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, hakkında mahkûmiyet hükmü bulunan X'i "**evinde saklayan**" Y'nin, "*araştırma veya yakalanmadan kurtulması için imkân sağladığına dair mahkûmiyetine yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden yüklenen suçtan beraat*" etmesi gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesi tarafından TCK, m. 283'de tanımlanan suçun oluştuğu kabul edilerek kurulan mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir (Yargıtay 16. CD, **17.6.2015**, E. 2015/1098, K. 2015/1794).

Buna karşılık aynı Daire, "*hakkında kasten öldürme suçundan yakalama kararı olan X'in içinde bulunduğu, yolda kalan aracı, kendi yönetimindeki araç ile çekerek kurtar*"an Y'nin "*suç işleyen kişiye araştırmadan kurtulması için imkân sağlama mahiyetinde olan eyleminin, TCK'nın 283/1. maddesinde tanımlanan 'suçluyu kayırma' suçunu oluşturacağı*" yönünde içtihatla bulunmuştur (Yargıtay 16. CD, **17.6.2015**, E. 2015/1098, K. 2015/1794).

¹¹⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin **14.11.2011** tarihli ve E. 2009/19013, K. 2011/21017 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, hakkında kesinleşmiş 2 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûmiyet hükmü bulunan A, Almanya'dan Türkiye'ye gelerek **avukat** B ile görüşür. B, A'ya, İnfaz Kanununun 75 yaşını doldurmuş olan hükümlünün mahkûm olduğu belirli bir süreyi aşmayan hapis cezasının infaz kurumunda değil evinde çektirileceği yönündeki düzenlemesinden bahisle, yaş tashihi davası açarak sorunu halledebileceği vaadiyle, cezasının infazı için teslim olmaması önerisinde bulunur. A, bu öneriyi itibar ederek teslim olmaz. B, A ile ilgili olarak Aybastı Asliye Hukuk Mahkemesinde yaş düzeltme davası açarsa da bu dava reddedilir; bunun üzerine, Perşembe Asliye Hukuk Mahkemesinde ikinci bir yaş düzeltme davası açar. Bu dava görülmeye devam ederken, A yakalanır ve cezasını çekmek üzere infaz kurumuna yerleştirilir.

Bu olayla ilgili olarak B hakkında açılan kamu davasında, İlk Derece Mahkemesince, TCK, m. 284, f. 1'de tanımlanan **hükümlünün saklandığı yeri bildiği halde yetkili mercilere bildirimde bulunmama** suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurulmuştur.

Buna karşılık, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, aşağıya iktibas edilen, B'nin fiilinin görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle, hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir:

"Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanmaktadır. Müvekkilin; her durumda avukatına güvenmesi, sırrını saklayacağından emin olması gerekir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, avukatların görevlerini "bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla" yükümlü oldukları ifade edilmiş ve Yasa'nın 36. maddesinde de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açıklamaları yasaklanarak sır saklama yükümlülükleri öngörülmüştür.

Buna karşılık, söz konusu suçun, belli akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişiler lehine olarak işlenmesi hâlinde, cezaya hükmedilmeyecektir (m. 284, f. 4). Kişinin önceden işlenmiş olan asıl suçun fail veya şerik ile belli akrabalık ilişkisi içinde bulunması, yani söz konusu suçun “*üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi*”, bu suç bakımından bir **şahsî cezasızlık sebebi** oluşturmaktadır.

XIII. TCK, m. 284, f. 2’de “Suç delillerini bildirmeme“, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır:

“İşlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yeri bildiği hâlde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, ... cezalandırılır.”

Avukatın, müvekkilinin sırrını saklama yükümlülüğü üçüncü kişiler yanında mahkemelere, savcılıklara ve idari birimlere karşı da geçerlidir. Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dahildir. Avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğü, vekil edenin adli/idari merciler karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunması veya savunma yapması ile doğrudan bağlantılıdır. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir.

*Sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören 36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun dürüstlük ve güven ilkelerini öngören 34 ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesinin **sır saklama yükümlülüğü** ile bağlantılı olarak TCK’nın 24/1. maddesi anlamında **kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni** olarak değerlendirilerek CMK’nın 223/2-d maddesi gereğince anılan suçun oluşmayacağı kabul edilmesi, ancak müvekkilinin infaz yönteminin değiştirilmesi amacıyla gerçeğe aykırı iddiaya dayanarak ve müvekkili hakkında daha önce benzer gerekçeyle Aybastı Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 1970/129 esas, 1970/66 sayılı kararı ile doğum yılının 1936 olarak düzeltilmiş olmasına karşın, bu kez de gerçekte 1931 doğumlu olduğundan bahisle dava açması ve Aybastı’da açılan davanın reddedilmesine karşın ikinci kez Perşembe Asliye Hukuk Mahkemesi’nde de açtığı davanın da haklı nedene dayanmadığı gerekçesiyle reddedildiği gözetilerek sanığın Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesi uyarınca görevini doğruluk ve onur içinde yerine getirmek yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılacakla birlikte, TCY’nin 257/1. maddesindeki; **kamu zararına neden olma, kişilere haksız kazanç** (doğrusu, **menfaat**) **sağlama biçimindeki objektif cezalandırma şartlarının var olup olmadığının somut olaya özgü olarak tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi** gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle Yasa’nın 284/1, 3. maddesiyle hükümlülük kararı verilmesi,” hukuka aykırıdır.*

Madde **gerekçesinde** de açıklandığı üzere, “işlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yerin bilinmesine rağmen, yetkili makamların durumdan haberdar edilmemesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.”¹¹⁹

Bu suçun konusunu, **bir başkası tarafından işlenmiş olan** bir suça ilişkin delil ve eserler oluşturmaktadır. Kişinin kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suça ilişkin delil ve eserlerin bulunduğu yerle ilgili olarak adli mercilere, mülki makamlara veya genel olarak kolluğa bilgi vermemesi, cezalandırılmamaktadır.^{120, 121}

Bu suç, **ihmalî bir suçtur**. Kişinin bir başkası tarafından işlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin saklandığı yerin bilmesine rağmen durumdan adli mercilere veya kolluğa bilgi verilmemesi ile söz konusu suç oluşur. Başka bir ifadeyle, muayyen bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi suretiyle veya suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen eşyanın saklandığı yeri bilmekle beraber, kişinin durumdan ilgili makam veya mercileri haberdar etmemesi halinde, TCK, m. 284, f. 2’de tanımlanan suç oluşur.^{122, 123} **Gerçek ihmalî suç**. Bu delil ve eserlerin bilahare

¹¹⁹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 674 vd.

¹²⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin **4.7.2018** tarihli ve E. 2018/4115, K. 2018/7434 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; baba ve oğul A ve B’nin C’yi öldürdüğü iddiasıyla haklarında kamu davası açılır. İlk Derece Mahkemesi yaptığı yargılamada, kasten öldürme suçunun işlenişine iştirak etmediğini tespit ettiği A’nın, B tarafından işlenen kasten öldürme suçunun işlenmesinde kullanılan silahın evde saklandığını bilmesine rağmen, durumu ilgili mercilere bildirmemekle TCK, m. 284, f. 2’de tanımlanan suç işlediğini kabul eder; ancak B ile arasındaki usul füturu (üst soy alt soy) ilişkisi sebebiyle, TCK, m. 284, f. 4 hükmüne istinaden, A hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verir. Doğru bulduğumuz bu karar, Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından onanarak, kesinleşir.

¹²¹ Söz konusu suç tanımına yönelik eleştirisi için bkz. ÜNVER, TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, 5. bası, sh. 503.

¹²² Bu itibarla, kişinin bir başkası tarafından öldürülenin cesedinin saklandığı yeri öğrenmesine rağmen ilgili mercilere bildirimde bulunmaması, TCK, m. 284, f. 2’de tanımlanan suç oluşturur: Yargıtay 1. CD, **13.11.2019**, E. 2017/3654, K. 2019/4942.

Ancak Yargıtay, bir başka olayda TCK’nın 284. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan suçtan habersiz olarak içtihatla bulunmuştur:

“Sanıkların maktule ait cesedi olay yerinde görüp güvenlik güçlerine bildirmekten ibaret olan eylemleri (ihmalî davranışın gerçekleştirildiği tarih) itibarıyla suç oluşturmadığından beraatlerine karar verilmesi gerekir...”: Yargıtay 1. CD, **7.3.2007**, 3829/1173 (Yaşar/Gökcan/Artuç, TCK, VI, sh. 8057).

¹²³ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin **16.6.2020** tarihli ve E. 2018/2891, K. 2020/13398 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; Turan, Ergin’e ait eve girerek, evdeki dizüstü bilgisayarını alır ve uygun bir yerde saklar. Bilahare Naci ve Bilal ile görüşerek bu bilgisayarını kendilerine

ortaya çıkarılmış olması, bu suçun oluşmasına engel teşkil etmez.

Kişinin bir başkası tarafından işlenmiş olan bir suçla ilişkin delil ve eserleri **kendisinin saklaması halinde** ise, TCK'nın 284. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan suç değil, 281. maddesinde tanımlanan **suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu** oluşmaktadır. 284. maddenin ikinci fıkrasında ise, *“işlenmiş olan bir suçla ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı*

satmak ister. Bunun üzerine Turan, Naci ve Bilal ile birlikte, bilgisayarı sakladığı yerde görmeye giderler. Ancak, Naci ve Bilal, beğenmedikleri için, bilgisayarı satın almazlar.

Bu olay dolayısıyla, Turan hakkında hırsızlık ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarını, Naci ve Bilal hakkında ise suçu bildirmeme suçunu işledikleri iddiasıyla kamu davası açılır.

İlk Derece Mahkemesi, bu olayla ilgili soruşturma evresinde Naci ve Bilal'in hırsızlık suçunun işlenişine iştirak ettikleri şüphesine binaen şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alınmış olması dolayısıyla *“tanıklıktan çekinme haklarının bulunduğu”* gerekçesiyle, bu sanıklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermiştir.

Buna karşılık, Yargıtay 8. Ceza Dairesi, söz konusu *“olayda hırsızlık suçunun işlenmiş olduğu ve sınırlandırılabilir neticesinin kalmadığı”* ve bu nedenle, TCK, m. 278'de tanımlanan suçu bildirmeme suçunun oluşmadığı ve sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle, İlk Derece Mahkemesinin verdiği *“ceza verilmesine yer olmadığına”* dair hükmü hukuka aykırı bulmuştur.

Hukukî değerlendirmemiz: Karara konu teşkil eden olayda, Turan tarafından işlenmiş olan hırsızlık suçu tamamlanmıştır. Bu durum karşısında, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan eşyanın saklandığı yeri bilahare öğrenen Naci ve Bilal'in bu suçla iştiraktan sorumlu tutulmalarına hukuku imkân bulunmamaktadır.

Ancak, hukuk sistemimiz, hırsızlık suçunun işlendiğini ve bu suçun konusunu oluşturan eşyanın saklandığı yeri bilahare öğrenen kişiye **bildirim yükümlülüğü** yüklemektedir. Bu yükümlülük, gerek TCK, m. 278'de tanımlanan **suçu bildirmeme** gerek TCK, m. 284, f. 2'de tanımlanan **suç delillerini bildirmeme** suçlarına ilişkin hükümlerle ihdas edilmiştir.

Karara konu teşkil eden olayda, suçu bildirmeme suçunun değil, **suç delillerini bildirmeme suçunun** oluştuğunu kabul etmek gerekirdi.

Ancak, bazı durumlarda hem suçu bildirmeme suçunun hem de suç delillerini bildirmeme suçunun oluşabilmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda, **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümlerinin uygulanması yoluna gitmek gerekir. Ancak, burada dikkat edilmesi gerekir ki, her iki suçun cezasının aynı olması dolayısıyla, mahkemenin bu suçlardan herhangi birine istinaden cezaya hükmetmesi mümkündür.

Söz konusu olay sebebiyle yapılan soruşturmada Naci ve Bilal'in hırsızlık suçuna iştirak ettikleri şüphesiyle şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alınmış olması ne suçu bildirmeme ne de suç delillerini bildirmeme suçu bakımından bu kişilerle ilgili olarak bir şahsî cezasızlık sebebi oluşturur. Bu nedenle, İlk Derece Mahkemesinin bu kişiler hakkında vermiş bulunduğu *“ceza verilmesine yer olmadığı”na* dair hüküm, hukuka aykırıdır.

Keza, söz konusu olayda, suçu bildirmeme suçunun değil, suç delillerini bildirmeme suçunun işlenmiş olması dolayısıyla, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin Naci ve Bilal ile ilgili olarak beraat kararı verilmesi yönündeki kararı da hukuka aykırıdır.

Aynı hatalı değerlendirme, Yargıtay 17. Ceza Dairesinin **6.2.2018** tarihli E. 2015/25779, K. 2018/1120 sayılı Kararında da mevcuttur.

yeri bildiği hâlde yetkili makamlara bildirmeyen” kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu suç, madde **gerekçesinde** de açıklandığı üzere, “*ancak doğrudan kastla işlenebilir.*”¹²⁴

Söz konusu suçun faili herkes olabilir. Ancak, suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir (m. 284, f. 3).

Buna karşılık, söz konusu suçun, belli akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişiler lehine olarak işlenmesi hâlinde, cezaya hükmedilmeyecektir (m. 284, f. 4). Kişinin önceden işlenmiş olan asıl suçun fail veya şerik ile aralarında belli akrabalık ilişkisinin bulunması, yani söz konusu suçun “*üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi*”, bu suç bakımından bir **şahsî cezasızlık sebebi** oluşturmaktadır.

Sonuç

İcraî suçlarla ihmalî suçların ortak özelliği, davranış normlarının kişiye yüklediği yükümlülükleri ihlal ve bu nedenle, bir haksızlık teşkil etmesidir. İcraî davranış, dış alemde fiziken, fiziksel olarak cereyan eden bir hareketi, ihmalî davranış ise, esasında bir hareketsizliği ifade etmektedir. Ancak bu, alehtlak, salt bir hareketsizlik değil, kişinin belirli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün gereğini yerine getirmemesi bağlamında bir hareketsizliktir. Başka bir ifadeyle, ihmal, ancak belirli bir yükümlülükle bağlantılı hareketsizliği ifade etmektedir.

Kişinin **hukukî statüsünden** veya kişiler arasındaki **hukukî ilişkiden** kaynaklan teminat yükümlülüğü, ihmalî davranışla icraî davranışın eşdeğerliliğini sağlamaktadır. Bu eşdeğerlilik dolayısıyla ki, teminat yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeyen kişi, ilgili suçun faili olarak sorumlu tutulmaktadır. Öyle ki, bazı suçlarda, teminat yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeyen ve bu nedenle fail olarak sorumlu tutulması gereken kişi hakkında ilgili suç tanımına göre verilecek ceza ile suçun icraî davranışla işlemesi halinde verilecek ceza arasında bir ayırım yapılmamaktadır. İşkence (m. 94, f. 5), terk (m. 97, f. 1), konut dokunulmazlığının ihlâli (m. 116, f. 1), zimmet (m. 247), zimmet ve irtikâp suçları açısından denetim görevinin kasten ihmalî (m. 251, f. 1) suçları, bu hususa ilişkin örnekleri oluşturmaktadır.

Ancak bazı suç tanımlarında, teminat yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeyen

¹²⁴ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 674 vd.

ve bu nedenle fail olarak sorumlu tutulması gereken kişi hakkında ilgili suç tanımına göre verilecek ceza, suçun icraî davranışla işlemesi halinde verilecek cezaya nazaran daha az olarak belirlenmiştir. İkna suretiyle irtikâp (TCK, m. 250, f. 1 ve 2) ve görevi kötüye kullanma (TCK, m. 257, f. 1 ve 2) suçları, bu hususta örnek olarak gösterilebilir.

Bazı suçlarda ise, teminat yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeyen ve bu nedenle fail olarak sorumlu tutulması gereken kişi hakkında ilgili suç tanımına göre verilecek cezada suçun icraî davranışla işlemesi halinde verilecek cezaya nazaran indirim yapıp yapmama konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır (kasten öldürme suçunun ihmalî davranışla işlenmesi: TCK, m. 83; kasten yaralama suçunun ihmalî davranışla işlenmesi: TCK, m. 88).

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN BİR KAYNAĞI OLARAK ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKU

Şahin Eray KIRDIM*
Atahan DEMİRKOL**

ÖZ

Bu çalışmada uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişki incelenmektedir. Uluslararası insan hakları hukuku uluslararası hukukun görece yeni bir alt dalı olup, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkmıştır. Doktrinde uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarına ilişkin tartışmalar hâlâ devam etmektedir. Bu tartışmalardan bir tanesi de uluslararası örf ve âdet hukukunun, uluslararası insan hakları hukukuna kaynaklık edip etmediğine yöneliktir. Doktrindeki bazı yazarlar, uluslararası örf ve âdet hukuku normlarının uluslararası insan hakları hukuku kurallarının kaynağı olamayacağını ileri sürseler de eldeki çalışma bunun aksini iddia etmektedir. Bu amaçla çalışma öncelikle uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası insan hakları hukukunun genel niteliklerini kısaca açıklamaktadır. Daha sonra ise bu ikisi arasındaki ilişkide, ilkinin ikincisine erga omnes nitelik kazandırarak olumlu, ancak bazı devletleri kuralların oluşum sürecinden dışlayarak olumsuz etki yaptığını ileri sürmektedir. Bu olumsuz etki özellikle Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları literatürü üzerinden açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku, Erga Omnes, TWAIL

CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW AS A SOURCE OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

ABSTRACT

This study examines the relationship between customary international law and international human rights law. International human rights law is a relatively

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü/AFYONKARAHİSAR, **e-posta:** yekirdim@aku.edu.tr
ORCID: 0000-0003-4207-6559

** **Arş. Gör.,** Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü/AFYONKARAHİSAR, **e-posta:** ademirkol@aku.edu.tr
ORCID: 0000-0002-7185-5781

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018775

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27/08/2021

new sub-branch of international law, which emerged after the Second World War. The debates in the doctrine regarding the sources of international human rights law still continue. One of these debates is about whether customary international law is a source of international human rights law. Although some authors argue that customary international law norms cannot be a source of international human rights law rules, the present study claims otherwise. For this purpose, this study briefly explains the general characteristics of customary international law and international human rights law. Later, on the relationship between these two, it is argued that the former has a positive effect on the latter by giving erga omnes character to it, but a negative effect by excluding some states from the formation of the rules. This negative effect is explained in particular through the Third World Approaches to International Law literature.

Keywords: Human Rights, International Human Rights Law, Customary International Law, Erga Omnes, TWAIL

GİRİŞ

İnsan hakları, birey ile devletin tarih boyunca karşı karşıya geldiği alanlardan biri olmuştur.¹ Bu anlamda insan hakları, liberal bireyci dünya görüşüne dayalı olarak, bireylere devletin ve toplumun ulaşamayacağı bir “dokunulmaz alan” sağlamaktadır.² Ancak belirtmek gerekir ki genellikle doğal hukuk anlayışına dayandığı kabul edilen insan haklarının gelişimi³ ile insan hakları hukukunun gelişimi birbirlerinden farklı zemin ve zamanlarda söz konusu olmuştur. Diğer taraftan insan hakları hukukunun ulusal düzeyde gelişimi ile uluslararası düzeyde gelişimi arasında da bir paralellik bulunmamaktadır. Zira aşağıda da ele alınacağı üzere insan haklarının ulusal düzeyde anayasa ve benzeri belgelerde yer alması 17. ve 18. yüzyıllarda mümkün olmuş iken, uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi için 20. yüzyılın ikinci yarısı, daha somut bir ifadeyle Birleşmiş Milletler (BM) sisteminin kurulması beklenmiştir.

¹ Charles Beitz, “What Human Rights Mean”, 2003, 132(1), Daedalus, s. 39.

² Murat Barna, “Sosyal Devlet ve Eşitlik”, 2001, 3, İzmir Barosu Dergisi, s. 109.

³ Jack Donnelly, “Human Rights as Natural Rights”, 1982, 4(2), Human Rights Quarterly, s. 391

1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi⁴ (İHEB) ile ulusal insan hakları anlayışı, uluslararası bir boyut kazanmıştır. Böylece devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukukun bir alt dalı olarak, devletler ile bireyler arasındaki ilişkileri uluslararası seviyede düzenleyen, insan haklarını uluslararası ve ulusal düzeyde korumayı ve geliştirmeyi amaçlayan uluslararası insan hakları hukuku ortaya çıkmıştır. Uluslararası insan hakları hukukuyla birlikte artık insan haklarının evrensel düzeyde korunmasını gerektirecek mekanizmalar oluşturulması gerekliliği de hasıl olmuştur. Uluslararası insan hakları hukukunun oluşumu sürecinde ise uluslararası hukukun da bir kaynağı olan örf ve âdetin büyük etkisi vardır. Zira çoğunlukla bağlayıcı niteliği olmayan beyannameler ve sadece imzacılarını bağlayan antlaşmalar üzerinden oluşturulan uluslararası insan hakları hukuku kurallarının evrensel bir nitelik kazanmasında devletlerin genel uygulamaları ile bu uygulamaları bir hukuki gereklilik nedeniyle yapmaları sonucunda ortaya çıkan uluslararası örf ve âdet hukukunun katkısı bulunmaktadır.

Ancak uluslararası örf ve âdet hukukunun uluslararası insan hakları hukukuna olumlu mu yoksa olumsuz mu katkıda bulunduğu, tam olarak hangi açıdan kaynaklık ettiği ve bu süreçteki etkisi tartışmaya açıktır. Bu anlamda eldeki çalışma, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi konu edinmektedir. Tarafımızca yapılan Türkçe literatür taraması göstermiştir ki doğrudan bu ilişkiyi konu edinen bir çalışma bulunmamaktadır. Bu anlamda çalışma, bildiğimiz kadarıyla Türkçe uluslararası hukuk literatüründe ilk olma özelliğini taşımakta ve bu alandaki boşluğun doldurulmasına naçizane bir katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Bu amaca ulaşmak için çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumu, kapsamı ve bağlayıcılığı gibi hususlar çalışmanın sınırlılığı göz önünde bulundurularak doktrindeki tartışmalar üzerinden açıklanmıştır. İkinci bölümde ise insan hakları kavramı açıklandıktan sonra, ulusal ve uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi doktrinde üzerinde en çok durulan hususlarla sınırlı olarak aktarılmıştır. Birinci ve ikinci bölüm üzerine inşa ettiğimiz üçüncü bölümde ise, insan hakları hukukunun kaynakları tartışılmıştır. Bu tartışma hem doktrindeki görüşler hem de ulusal ve uluslararası içtihat hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Bu bölümde temel olarak uluslararası yaptırım mekanizmalarına sahip olmak konusunda eksiklikleri bulunan uluslararası insan hakları hukukunun

⁴ UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III).

evrensellik iddiasının uluslararası örf ve âdet hukukunun kaynaklığı üzerinden desteklenip desteklenmeyeceği sorusuna cevap aranmıştır. Ayrıca uluslararası insan hakları hukukuna yönelik özellikle Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (*Third World Approaches to International Law - TWAIL*) akademisyenleri tarafından dile getirilen evrensellik eleştirisi üzerinde durulmuştur.

Bu bağlamda çalışmada iki temel iddia gündeme getirilmektedir. Birincisi, uluslararası örf ve âdet hukuku uluslararası insan hakları hukukuna *erga omnes* nitelik kazandırarak evrensel olarak uygulanabilirliğine katkıda bulunmaktadır. Ancak ikinci olarak, uluslararası insan hakları hukuku kurallarının oluşumu süreci Üçüncü Dünya devletlerini dezavantajlı bir konuma getirmektedir, zira Birinci Dünya devletleri uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının oluşumunda ağırlıklı bir söz hakkına sahiptir. Bu durum, süreçten dışlanan devletlerin evrensel olması beklenen insan haklarına yabancılaşmasına ve uygulamada sorunlar yaşanmasına yol açabilecektir.

I. ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN ANLAM, KAPSAM VE OLUŞUMU

Kelsen, uluslararası ilişkilerde “daimî barış sorununun çözümünün ancak uluslararası hukuk çerçevesinde aranabileceğini” kabul etmektedir.⁵ Ancak bu kabul, uluslararası hukuka koşulsuz ve şartsız bir meşruiyet atfedilmesi ve sonsuz bir güven duyulması gerektiği anlamına gelmemektedir. Nitekim, ana akım uluslararası hukuk teorilerinden ayrılan bazı çalışmalar, disiplinin meşruluğunu sorgulayan yaklaşımlar önermişlerdir.⁶ Bu yaklaşımlar, uluslararası hukukun güçlü devletlerin görece güçsüz devletler üzerinde bir dış politika ve baskı aracı olarak kullandığını ileri sürmektedir.⁷ Nitekim Byers’e göre de uluslararası hukuk, yapılışı ve kurallarının değiştirilmesi bağlamında açık şekilde güçlü ve güçsüz devletler arasında bir farklılık göstermektedir.⁸ Benzer bir şekilde Trimble ise uluslararası hukukun ancak bir “maskaralık (*charade*)” olduğunu ifade etmektedir, zira devletler ancak

⁵ Hans Kelsen, “Peace through Law”, 1943, 2(1), Journal of Legal and Political Sociology, s. 53.

⁶ Şahin Eray Kırdım, “TWAIL’i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım”, 2021, 41(1), Public and Private International Law Bulletin, s.129-158; Hürkan Çelebi/Alı Murat Özdemir, “Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar”, 2010, 7(25), Uluslararası İlişkiler Dergisi, s. 69-90.

⁷ Makau Mutua, “What Is TWAIL?”, 2000, 94, Proceedings of the ASIL Annual Meeting, s. 31-38.

⁸ Michael Byers, Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law, Cambridge University Press, 1999, s. 35.

kendi çıkarlarıyla uyduğu takdirde uluslararası hukuka saygı duyarlar; aksi durumda önemsemezler.⁹

Varlığı ve neye/kime hizmet ettiği tartışmalı olan uluslararası hukuk, iki temel yolla üretilir: bilinçli ve kasıtlı bir hukuk yapma süreci sonunda ortaya çıkan antlaşmalar ile uzun bir süreç sonunda oluşan (oluşturulan değil) ve örf ve âdete dayalı kurallar.¹⁰ Uluslararası hukukun tartışmalı olduğu bir ortamda, uluslararası örf ve âdet hukukunun da sorgulamaya açılması kaçınılmazdır, ki literatürde bu sorgulamayı yapan çalışmaların sayısı giderek artmaktadır.¹¹ İlerleyen kısımlarda oluşumu anlatılacağından bahisle söylenebilir ki uluslararası örf ve âdet hukuku da güçlü ve zayıf devletler arasındaki eşitsizliğin somut gösterge alanlarından birisidir. Bu yorum bir ön kabulden ileri geliyor gibi görünse de bunu akademik bir temele dayandırmak amacıyla, ilk olarak uluslararası örf ve âdet hukukunun tanımı, oluşumu ve bağlayıcılığı tartışılmalıdır. Bu kapsamda çalışmanın bu bölümü, anılan tartışmalara yer vererek uluslararası örf ve âdet hukukuna genel bir bakış sunmaktadır.

A. Uluslararası Örf ve Âdet Hukukunun Tanımı

Artık neredeyse her hukuk otoritesi tarafından kabul edildiği şekliyle uluslararası örf ve âdet hukuku, uluslararası hukukun aslı kaynaklarından¹² Uluslararası örf ve âdet hukuku, en basit ve genel haliyle uluslararası alanda bir gelenek haline gelmiş devlet davranışlarının artık hukuk normu olarak bağlayıcı nitelikte algılanmasıyla oluşan kurallar bütünü olarak tanımlanabilir.¹³ Uluslararası hukuka kaynaklık eden örf ve âdet hukukunun

⁹ Philip R. Trimble, “A Revisionist View of Customary International Law”, 1986, 33, UCLA Law Review, s. 665.

¹⁰ Robert Kolb, “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, Netherlands International Law Review, 2003, 50(2), s. 120. Burada not edilmelidir ki modern uluslararası hukukun kaynakları yalnızca uluslararası antlaşmalar ile örf ve âdet hukuku ile sınırlı değildir. Bunlar asli kaynaklar olmakla beraber, uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri, içtihat hukuku ve öğretisi de uluslararası hukuka kaynaklık etmektedir. Bkz. Hugh Thirlway, The Sources of International Law, 2. Baskı, Oxford University Press, 2019.

¹¹ B. S. Chimni, “Customary International Law: A Third World Perspective”, 2018, 112(1), American Journal of International Law, s. 2; B. S. Chimni, “Prolegomena to a Class Approach to International Law”, 2010, 21(1), European Journal of International Law, s. 57-82; George Rodrigo Bandeira Galindo/César Yip, “Customary International Law and the Third World: Do Not Step on the Grass”, 2017, 16(2), Chinese Journal of International Law, s. 251-270.

¹² A. Füsün Arsava, “Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi”, 2012, 3(10), TAAD, s. 367.

¹³ Jack L. Goldsmith/Eric A. Posner, “A Theory of Customary International Law”, 1999, 66(4), The University of Chicago Law Review, s. 1116.

bu niteliğe sahip olduğu ise -diğer pek çok kaynak yanında- Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün 38/1 hükmünden anlaşılmaktadır.¹⁴ Bu hükme göre, “hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallar”, uluslararası hukukun kaynağıdır. Benzer bir tanımlama, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* tarafından da yapılmıştır. Bu tanımda da uluslararası örf ve âdet hukuku “bir hukuki zorunluluk duygusundan gelen, devletlerin genel ve sürekli bir uygulamasından kaynaklanan” hukuk normu olarak ifade edilmiştir.¹⁵

Genel kabule göre, uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının üretilmesi sürecinde devletlerin kurala ilişkin açık ve karşılıklı bir kabulü olmasa ve formel bir süreç yürütmeseler dahi bağlayıcı hukuk kuralları ortaya çıkabilir.¹⁶ Diğer bir görüşe göre ise devletler geleneksel hukuk kuralı yaratma yöntemleri haricinde de hukuk kuralı üretebilirler. Örneğin Henkin, geleneksel uluslararası örf ve âdet hukukunu tanımlayarak bir ayrıma gitmektedir. Ona göre bu kapsamdaki hukuk normları, “üretilmemiş” ancak “sonuç olarak” karşımıza gelmiştir. Bir başka ifadeyle, tarihsel süreçte geleneksel uluslararası örf ve âdet hukuku normları hep bir yerlerde var olmuşlardır. Dolayısıyla bunlar, bazen bir anayasal hüküm içerisinde, bazen de orta çağlarda olduğu gibi genel hukuk anlayışında yer almaktadırlar. Temel fark olarak, bu kurallar yerli yerinde durmaktadır, bir diğer ifadeyle devletlerin bu pratiği geliştirmeleri söz konusu değildir. Ancak devletler bu hukuk kurallarını tanıma yoluna gitmişlerdir. İkinci yöntemde ise (ki Henkin buna “non-conventional law” demektedir) bu kurallar bizatihi kasıtlı, isteyerek ve bir saik güdere devletler tarafından oluşturulmaktadır.¹⁷

Her ne kadar bir dönem uluslararası hukuk demek örf ve âdet hukuku demek olsa da¹⁸ uluslararası örf ve âdet hukuku, varlığına dair fikrin ortaya atılmasından itibaren dönem dönem tartışmalara konu olmuştur.¹⁹ Hatta

¹⁴ Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945, 59 Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 933.

¹⁵ *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, 1987, Section 102.

¹⁶ J. Patrick Kelly, “The Twilight of Customary International Law”, 1999, 40, Virginia Journal of International Law, s. 460.

¹⁷ Louis Henkin, “Human Rights and State Sovereignty”, 1996, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 37.

¹⁸ Henkin, s. 35.

¹⁹ David P. Fidler, “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, 1996, 39, German Yearbook of International Law, s. 198.

Kunz tarafından örf ve âdet hukuku doğası gereği sorunlu görülmüştür.²⁰ Bunun nedenleri arasında sayılabileceklerin belki de en önemlisi uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda tüm devletler arasında görüş birliği sağlanmasına nadiren gereklilik duyulmasıdır.²¹ Dahası Kelly, uluslararası örf ve âdet hukukunun uluslararası hukukun bir kaynağı olarak gösterilmesinden vazgeçilmesini, bunun yerine karşılıklı mutabakatlara dayalı hukuk üretme sisteminin getirilmesi gerektiğini tartışmıştır.²²

Ancak genel kanıya göre uluslararası örf ve âdet hukuku uluslararası ilişkiler alanını bir anlamda sarmış ve bu disiplinin her tarafına yayılmıştır çünkü hem hükümetler -bir nedenden ötürü- bu normlara uymaya gayret etmekte, hem de ulusal mahkemeler kararlarını verirken bunları dikkate almaktadırlar.²³ Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, BM'nin uluslararası ilişkiler ve hukuk sistemini sözde daha katılımcı bir yapıya dönüştürmesiyle uluslararası hukukun kaynakları arasında uluslararası çok taraflı antlaşmalar ağırlık kazanmaya başlamıştır, ancak belirtilmelidir ki bu antlaşma hukuku çoğunlukla örf ve âdetin antlaşmalara dönüştürülmesiyle oluşmuştur. Bunun da en büyük kaynağı, BM altında yapılanmış olan Uluslararası Hukuk Komisyonu (*International Law Commission*) aracılığıyla yürütülen “kodifikasyon ve geliştirme” programıdır. Bu program kapsamında örf ve âdetler, uluslararası çok taraflı antlaşmalara evrilmiştir.²⁴

B. Uluslararası Örf ve Âdet Hukukunun Oluşumu

Daha önce olmayan bir kuralın inşası veya mevcut bir kuralın ihlâli sonucunda ortaya çıkabilen uluslararası örf ve âdet hukuku, bir güç hukuku olarak nitelendirilebilir.²⁵ Arsava'nın açık ifadesine göre de uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumu “özellikle önemli ve güçlü devletlerin tutumuna bağlıdır” ve hatta “bir devlet ne kadar güçlü ise, uluslararası örf ve âdet hukukunu o ölçüde şekillendirebilir.”²⁶ Benzer şekilde Goldsmith ve Posner

²⁰ Josef L. Kunz, “The Nature of Customary International Law”, 1953, 47(4), American Journal of International Law, s. 663.

²¹ Francisco Orrego Vicuña, “Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?”, 2005, 38(148), Estudios Internacionales, s. 25.

²² Kelly, The Twilight of Customary International Law.

²³ Goldsmith/Posner, A Theory of Customary International Law, s. 1113.

²⁴ Henkin, Human Rights and State Sovereignty, s. 35, 36.

²⁵ Arsava, Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi, s. 367.

²⁶ Arsava, s. 367.

da uluslararası örf ve âdet hukukunu güçlü devletlerin lehine olan bir hukuk kaynağı olarak ifade etmişlerdir.²⁷ Bu durum şüphesiz ki uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşum sürecinden ileri gelmektedir. Zira Joyner'e göre uluslararası örf ve âdet hukukunun ortaya çıkış süreci çok da karmaşık bir yapıdan oluşmamaktadır: eğer ki devletlerin -genellikle de güçlü devletlerin- ısrarlı bir şekilde uygulamaya devam ettikleri ve uzun süredir uygulamada olan belirli bir yöndeki davranış mevcutsa ve bu davranışın uygulanmasının bir hukuki zorunluluktan ileri geldiğine inanılıyorsa, bir başka deyişle bu uygulamanın hukuki bir kurala dönüştüğü kanısı oluşmuşsa, burada bir uluslararası örf ve âdet hukuku normunun varlığından bahsetmek mümkün olacaktır.²⁸

Bu sürece genel bir bakış sonucunda görülecektir ki uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda iki temel unsur bulunmaktadır: genel devlet uygulamaları ve *opinio juris*.²⁹ Bu unsurlardan ilki, nesnel ölçüt (veya maddi öge) olarak sınıflandırılmaktayken, ikincisi ise öznel ölçüt (veya manevi/psikolojik öge) olarak adlandırılmaktadır.³⁰ Genel uygulama, davranışın ısrarlı bir şekilde ve uzun sayılabilecek bir süre boyunca uygulanmasını ifade eder. *Opinio juris* ise, söz konusu davranışı bir örf ve âdet hukuku normu olarak kabul etmeyi, bir başka ifadeyle genel devlet uygulamalarına hukuken bağlıymış inancıyla hareket edilmesini ifade etmektedir.³¹ UAD'nin hem 1969 tarihli *North Sea Continental Shelf* hem de 1986 tarihli *Nicaragua* kararlarında uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşması için "yerleşmiş bir uygulama" ve "*opinio juris*" olması gerektiği vurgulanmıştır.³²

Genel uygulama, yani maddi gerçeklik yaygın, ısrarlı ve net bir devlet uygulamasını ifade etmektedir ve uluslararası örf ve âdet hukukunun

²⁷ Goldsmith/Posner, A Theory of Customary International Law, s. 1114.

²⁸ Daniel H. Joyner, "Why I Stopped Believing in Customary International Law", 2018, 9(1), Asian Journal of International Law, s. 3.

²⁹ Chimni, Customary International Law, s. 2.

³⁰ Andrew Guzman, "Saving Customary International Law", 2005, 27(1), Michigan Journal of International Law, s. 123.

³¹ Byers, s. 151.

³² *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v Netherlands, Federal Republic of Germany v Denmark)*, merits, 1969 ICJ Rep. 3, para. 77; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)*, merits, 1986 ICJ Rep. 14, para. 207.

oluşumundaki gerekliliği çok da tartışmalı değildir.³³ Ancak genel uygulamanın ne zaman ve hangi şartlar altında oluşacağına dair soru işaretlerinin de giderilmesi gerekmektedir. Doktrinde çeşitli görüşler bulunan bu konu hakkında Kunz, genel uygulamanın unsurlarını tanımlarken âdet, devamlılık ve kesintisizlik öğelerine yer vermektedir.³⁴ Bu bağlamda bir uygulamanın uluslararası örf ve âdet hukuku normuna dönüşebilmesi için öncelikle “tüm ülkeler tarafından değil” ancak “genel bir kesim tarafından” kesintisiz, ısrarlı ve tekrar eden bir şekilde uygulanıyor/uygulanmış olması gerekmektedir. *Nicaragua* davasında da UAD, ilgili örf ve âdet hukuku normunun ortaya çıkması için bütün devletlerin “mutlak katı bir uyum içinde” olması gerekmediğini, ancak genel devlet uygulamalarının kuralı olumlayıcı yönde olmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir.³⁵ Dolayısıyla, bütün devletlerin bu kural hususunda rızası aranmamaktadır.³⁶ Bu durumda, hangi devlet davranışlarının genel uygulamayı oluşturacağını da belirlemek gerekebilir. Bu hususa ilişkin olarak Müllerson, protestoları, ulusal yargı kararlarını, resmî açıklamaları ve benzeri fiilleri genel uygulamanın örnekleri olarak ifade etmektedir.³⁷ Scharf ise genel devlet uygulamasının yasama, yürütme veya yargı erkinin kapsamına giren uygulamalarla ortaya çıkabileceği görüşünü ortaya koymaktadır.³⁸

Opinio juris, her ne kadar Kunz tarafından genel uygulama ilkesiyle eşit önemde görülse de³⁹ Goldsmith ve Posner’a göre uluslararası örf ve âdet hukukunun asıl ilkesidir.⁴⁰ Genel uygulama ilkesinin aksine *opinio juris* doktrinde tartışmalı bir konudur⁴¹ ve doktrinde bu konuda temel olarak iki görüş bulunmaktadır: ortaklıkçı/gönüllü (*voluntarist/consensual*) yaklaşım ile

³³ Goldsmith/Posner, “A Theory of Customary International Law”, s. 1116; Maurice Mendelson, “The Subjective Element in Customary International Law”, 1996, 66(1), *British Yearbook of International Law*, s. 177.

³⁴ Kunz, *The Nature of Customary International Law*, s. 666.

³⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, para. 186.

³⁶ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017, s. 100.

³⁷ Rein Müllerson, “On the Nature and Scope of Customary International Law”, 1997, 2(1), *Austrian Review of International and European Law Online*, s. 342.

³⁸ Michael P. Scharf, “Accelerated Formation of Customary International Law”, 2014, 20, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, s. 312.

³⁹ Kunz, *The Nature of Customary International Law*, s. 665.

⁴⁰ Goldsmith/Posner, *A Theory of Customary International Law*, s. 1116.

⁴¹ Christian Dahlgren, “The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law”, 2012, 81(3), *Nordic Journal of International Law*, s. 327.

entelektüel (*intellectualist*) yaklaşım. İlk grup, rıza ve *opinio juris*'i neredeyse eş anlamlı görmekteyken, ikinci grup rıza ve hukuk olarak kabul etmenin ayrı kavramlar olduğunu iddia etmektedir.⁴² D'Amato, ikinci gruba dahil olarak rıza ve *opinio juris*'in aynı manada olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşünü savunurken D'Amato, güçlü ve güçsüz devletlerin bir arada bulunduğu bir toplulukta, güçsüz olanların rızalarının güçlü devletlerin isteğinden bağımsız olamayabileceğini tartışmaktadır.⁴³

Ancak belirtilmelidir ki *opinio juris*, uluslararası örf ve âdet hukukuna ilişkin bir normun varlığını iddia etme hususunda uygulamada zorluklar çıkartmaktadır. Öyle ki, örf ve âdet hukuku normunun varlığını iddia eden tarafın, karşı tarafın bu normu kabul ettiğini ve dolayısıyla da bu norma rıza göstermiş olduğunu kanıtlaması gerekmektedir.⁴⁴ Tahmin edileceği üzere bu gereklilik oldukça tartışmalı bir alan yaratmaktadır, ki bu tartışma uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda açık rızanın gerekliliği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu bağlamda, bir örf ve âdet hukuku kuralını kabul ettiğini açıkça beyan etmeyen devletler açısından bu kural oluşmuş sayılacak mıdır? Bu sorunun cevabı bir sonraki bölümde detaylı olarak ele alınıyor olsa da burada kısaca belirtilmelidir ki uluslararası örf ve âdet hukukunda kural olarak sükût ikrardan gelmektedir. Bu vecize benzer bir şekilde Mendelson da devletlerin açıkça rıza beyanında bulunmasalar bile örtülü bir rıza beyanıyla bu normları kabul ettiklerini ve dolayısıyla bu kurallarla bağlı olduklarını ifade etmektedir.⁴⁵

Cevaplanması gereken bir soru da uluslararası örf ve âdet hukukunun gerçekten nasıl oluştuğuna, bir başka ifadeyle hangi otorite tarafından bunların dört başı mamur birer hukuk normu olarak ilân edileceğine ilişkindir. Bir örf ve âdetin genel devlet uygulamasına sahip olduğuna ve devletlerin bu uygulamayı yaparken mevzu bahis örf ve âdeti bir hukuk kuralıymışçasına addederek yaptığını kim karar verecektir? Bu sorunun yanıtı bir görüşe göre hiç kimsedir. Doktrindeki bu hâkim görüşe göre uluslararası örf ve âdet hukuku *sui generis* bir hukuk alanıdır, bir başka ifadeyle hukuk normu olarak ilân edilmeye ihtiyaç duymaz zira bizatihi kendisi hukukun kaynağıdır. Herhangi bir mahkemenin

⁴² Olufemi Elias, "The Nature of the Subjective Element in Customary International Law", 1995, 44(3), The International and Comparative Law Quarterly, s. 501.

⁴³ Anthony A. D'Amato, The Concept of Custom in International Law, Cornell University Press, 1971, s. 68-70.

⁴⁴ Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, s. 99.

⁴⁵ Mendelson, The Subjective Element in Customary International Law, s. 178.

bu kuralı uygulamasına ihtiyacı yoktur. Hukuk kuralı olmasının sebebi onu bir mahkemenin uygulamış olması değildir. Tam tersine hukuk kuralı olduğu için mahkemeler tarafından uygulanmaktadır.⁴⁶ Doktrindeki diğer görüş ise ilk görüş ile doğrudan çelişmektedir. Örneğin Austin'e göre, uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumu için bir egemen devlet tarafından uygulanması veya yargı kararlarına girmesi gerekmektedir.⁴⁷ Ancak yine de genel görüş açısından uluslararası örf ve âdet hukuku normlarını ilân eden olmasa da tanımlayan en bilinen üç otorite vardır: uluslararası mahkemeler, Uluslararası Hukuk Komisyonu ve akademisyenler.⁴⁸

C. Uluslararası Örf ve Âdet Hukukunun Bağlayıcılığı

Uluslararası örf ve âdet hukukunun bağlayıcılığı da en az ortaya çıkışı kadar tartışmalı bir konudur. Bir hukuk normu haline geldiği kabul edilen örf ve âdetin kimleri ne ölçüde bağlayacağı, bu örf ve âdete ne zaman ve hangi şartlarda itiraz edileceği ve itirazın hukuki değeri doktrinde farklı görüşlerle ifade edilmektedir.

Genel görüşe göre, uluslararası örf ve âdet hukuku kural olarak açıkça rıza gösterebilir göstermesin tüm devletler için bağlayıcı olsa da bu bağlayıcılığı etkileyen bir konu mevzu bahis kuralın bölgesel mi genel mi olduğuna ilişkindir.⁴⁹ Bazı örf ve âdet hukuku normları genel normlar olup tüm devletleri bağlarken, bazı normlar bölgesel veya yerel (spesifik bir coğrafyada yer alan devletler arasında) olabilmektedir.⁵⁰ Hem doktrindeki hâkim görüş hem de uluslararası mahkeme içtihatlarına göre, ortaya çıkmış olduğu kabul edilen genel nitelikli uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları, bu kurallara açıkça rıza gösterebilir veya göstermesin, -veya hemen aşağıda ele alınacağı üzere açıkça itiraz etmeyen- tüm devletler açısından bağlayıcı olacaktır.⁵¹ Diğer

⁴⁶ Dahlman, *The Function of Opinio Juris in Customary International Law*, s. 328.

⁴⁷ John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, J. Murray, 1869; Dahlman, *The Function of Opinio Juris in Customary International Law*, s. 329.

⁴⁸ Joyner, *Why I Stopped Believing in Customary International Law*.

⁴⁹ Brian D. Leppard, "Introduction", in Brian D. Leppard (ed.) *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, 2017, s. 10.

⁵⁰ Scharf, s. 311.

⁵¹ Patrick Dumberry, "Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited", 2010, 59(3), *International and Comparative Law Quarterly*, s. 780 ("Uluslararası teamül hukukunda halihazırda kristalize olmuş bir kural, uluslararası topluluğun tüm devletleri için bağlayıcıdır); *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* § 102(2) (1987) ("Uluslararası teamül hukuku tüm devletler için bağlayıcıdır.);

tarafından bölgesel veya yerel nitelikli örf ve âdet kurallarının bağlayıcılığı, ilgili devletlerin açık rızasına bağlıdır.⁵² Bu durum Shaw tarafından bölgesel ve yerel hukuk geleneklerine saygı olarak gerekçelendirilmektedir.⁵³ Bu anlamda evrensel nitelikli örf ve âdet hukukunun devletlerin genel çoğunluğunun uygulaması veya kabulüne dayanması yeterliyken, bölgesel/yerel örf ve âdet hukukunun bütün tarafların açıkça kabulüne dayanması gereklidir.⁵⁴ Bu yönüyle bölgesel/yerel örf ve âdet hukukunun bağlayıcılığı konusunda daha açık bir gerekçe ve zemin oluşması gerektiği ileri sürülebilir. Bu itibarla, genel nitelikli örf ve âdet hukukunda sükût ikrardan gelmekte iken, bölgesel örf ve âdet hukukunda sükût, ret anlamına gelmektedir.

Genel nitelikli örf ve âdet hukuku kurallarının bağlayıcılığı konusunda üzerinde durulması gereken ve yukarıda ifade edilen bağlayıcılık açısından istisnai bir durum teşkil eden bir konu da literatürde “ısrarlı itirazcı (*persistent objector*) kuralı” olarak ifade edilen müessesedir. Stein’a göre uluslararası ihtilaflarda önemli bir rol oynayacağı ön görülen bu kural açısından,⁵⁵ bir uluslararası örf ve âdet hukuku normuna *oluşma aşamasında* itirazcı olan ve bu itirazını ısrarlı ve tutarlı bir şekilde sürdüren bir devlet, zımni kabulün bir parçası sayılamaz ve dolayısıyla da bu normla bağlı olduğu kabul edilemez.⁵⁶ Ancak burada açık olan durum şudur ki, ısrarlı itirazcı kuralının uygulanabilmesi için yapılan itirazın örf ve âdet hukuku normunun oluşma aşamasındayken, bir diğer ifadeyle henüz hukuk normu olarak kabul edilmemişken yapılmış olması gerekmektedir.⁵⁷ Daha açık bir şekilde, uluslararası örf ve âdet hukukunda “sonradan itiraz” (*subsequent objection*)

Domingues v United States, merits, 2002 IACHR, Report No. 62/02, Case 12.285, para. 48; *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular Moçambique*, per Margo J., 1980 2 SA 111 T, 125 (“Bir gelenek, uluslararası hukukun genel bir kuralı haline gelirse, buna karşı çıkmayan tüm Devletleri bağlar”); *Domingues v United States*, merits, 2002 IACHR, Report No. 62/02, Case 12.285, para. 48.

⁵² David J. Bederman, “Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law”, 2010, 21(1), Duke Journal of Comparative & International Law, s. 32; Anthony A. D’Amato, “The Concept of Special Custom in International Law”, 1969, 63(2), American Journal of International Law, s. 216.

⁵³ Malcolm N Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çev. İbrahim Kaya vd., TÜBA, 2018, s. 65.

⁵⁴ Shaw, s. 66.

⁵⁵ Ted L. Stein, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, 1985, 26, Harvard International Law Journal, s. 457.

⁵⁶ Scharf, s. 317.

⁵⁷ Joel P. Trachtman, “Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law”, 2010, 21, Duke Journal of Comparative & International Law, s. 221.

usulü bulunmamaktadır.⁵⁸ Dolayısıyla ısrarlı itiraz kuralının iki belirleyicisi bulunmaktadır: örf ve âdet hukuku normunun “oluşum aşamasında” yapılan itiraz ve bu itirazın ısrarlı ve tutarlı bir şekilde ortaya konulması.⁵⁹

Bu yönüyle ısrarlı itirazcı bir devlet, örf ve âdet hukukunun bizatihi varlığına değil, bu kuralın kendisi açısından bağlayıcılığına karşı çıkmaktadır. Dolayısıyla genel devlet uygulamasından ayrılan ve bu uygulamanın kendisi açısından bağlayıcılığını kabul etmeyen bir devletin, bu örf ve âdet hukukuyla bağlı olması da mümkün değildir. Ancak doktrinde ısrarlı itirazcı kuralının varlığı konusunun tartışmalı olduğu da ifade edilmelidir.⁶⁰ Bizim de katıldığımız hâkim görüş, uluslararası örf ve âdet hukukuna ısrarlı itirazcı olarak karşı çıkan bir devletin, bu kuralla bağlı olmaktan kurtulacağı yönündedir.⁶¹ Ancak bununla çelişen bir şekilde, bir devletin ısrarlı itirazına rağmen bir örf ve âdet hukukuyla bağlı olup olmayacağı sorusuna da doktrinde olumlu cevaplar bulunmaktadır.⁶²

Uluslararası örf ve âdet hukukunun bağlayıcılığı konusunda en tartışmalı konulardan birisi de yeni devletlerin bu normlarla bağlı olup olmayacağıdır. Hâkim görüşe göre uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları, kuralın ortaya çıkmasından sonra devletlik statüsü kazanan yeni devletler açısından da bağlayıcıdır.⁶³ Henkin'e göre de yeni ve eski tüm devletler bu kurallarla bağlıdır.⁶⁴ Ayrıca Uluslararası Hukuk Derneği'ne (*International Law Association*) göre, bir devletin uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumundan sonra kurulmuş olması, ona ısrarlı itirazcı olma hakkı vermez.⁶⁵

⁵⁸ *Committee on Formation of Customary (General) International Law*, Final Report of the Committee, “Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law”, International Law Association, section 15, 2000, <<http://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>> Erişim Tarihi 12.11.2020.

⁵⁹ J. Brock McClane, “How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object”, 1989, 13, *ILSA Journal of International Law*, s. 20.

⁶⁰ Elias, *The Nature of the Subjective Element in Customary International Law*, s. 39.

⁶¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, 1973; Michael Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, 1976, 47(1), *British Yearbook of International Law*, s. 1-53.

⁶² Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, North-Holland, 1984; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 2. Baskı, Holt, Rinehart and Winston, 1966.

⁶³ Scharf, s. 309.

⁶⁴ Henkin, *Human Rights and State Sovereignty*, s. 36.

⁶⁵ *Committee on Formation of Customary (General) International Law*, Section 18, s. 28.

Her ne kadar doktrinsel bir tartışma bulunsa da⁶⁶ özetle uluslararası örf ve âdet hukukunun bağlayıcılığı kural olarak tüm devletleri kapsamaktadır.⁶⁷ Devletler, yeni veya önceden kurulmuş olduğuna bakılmaksızın bu kuralla bağlı olacaklardır. Bu durumun dayanağı örtülü rıza anlayışıdır.⁶⁸ Örtülü rızaya karşı ileri sürülebilecek tek iddia ise, bahsedildiği üzere ısrarlı itiraz kuralında karşımıza çıkmaktadır. İsrarlı itiraz ise, süresi ve yapılış biçimi açıkça belirlenmiş şekilde bir uluslararası örf ve âdet, hukuk normu haline gelmeden önce yapılan itirazı kapsamaktadır ve bu yönüyle bir uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumundan sonra kurulmuş devletleri kapsamamaktadır.⁶⁹

II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

Bu bölümde uluslararası insan hakları hukukunun ortaya çıkış süreci ve gelişimi incelenmektedir. Ancak bu sürecin ortaya konulması için, öncelikli olarak insan haklarının ortaya çıkışına ve genel prensiplerine değinilmesi elzemdir. Burada önemle belirtilmelidir ki insan haklarının gelişimi, insan hakları hukukunun ulusal düzeyde ortaya çıkışı ve uluslararası insan hakları hukukunun oluşumu, birbirlerinden farklı zemin ve zamanlarda söz konusu olmuştur. Bu itibarla örneğin Antik Yunan'da veya Çin'de insan haklarının öncü görünümleri söz konusu olsa da bunlar anlam ve kapsam bakımından modern zamanlardan oldukça farklı oldukları gibi, herhangi bir şekilde uluslararası hukukun konusu da olmamışlardır. Dolayısıyla, insan hakları ile (ulusal ve uluslararası) insan hakları hukukunun birbirlerine paralel süreçlerde ortaya çıktıkları düşünülmemelidir. Bu amaçla çalışmanın bu başlığında öncelikle insan haklarının tanımı ve gelişimine değindikten sonra, insan hakları hukukunun önce ulusal sonra da uluslararası düzeyde ortaya çıkışı ve temel birkaç insan hakları belgesine değinilmiştir.

A. İnsan Hakları Kavramı ve Tarihsel Gelişimi

Doktrin incelendiğinde görülecektir ki insan haklarının bir tanımının yapılmasında uzlaşmış bir ölçüt yoktur. Ancak yine de kavramın genel anlamda kabul edildiği şekliyle bazı tanımlama çabalarında bulunmuş ve

⁶⁶ İsrarlı itirazcılık konusundaki eleştiriler için bkz. Dumberry, s. 784.

⁶⁷ Dumberry, s. 779.

⁶⁸ *Committee on Formation of Customary (General) International Law*, Section 18, Commentary (c), s. 39.

⁶⁹ Dumberry, s. 784.

bunlardan bazıları üzerinde de kısmen genel bir uzlaşmaya varılmıştır. Bu kısmi uzlaşma çerçevesinde insan hakları, en az düzeyde sınırlanmış ve özgür bir yaşam, hukuk önünde eşit muamele gibi haklar ile temel sosyal, ekonomik ve kültürel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik hakları ifade etmektedir.⁷⁰ Bu itibarla insan hakları, Erdoğan'a göre, modern ve politik bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷¹ Bu yönüyle insan hakları, modern insanın siyasi olarak devletten bir talebi sonucunda ortaya çıkan veya devletle arasındaki ilişkilerin sınırını çizen, insanların sadece insan olmak hasebiyle ve doğuştan sahip olduğu temel ve eşitlikçi haklardır. Bu bağlamda özetle modern anlamda insan hakları, insanları yönetenlerin zulmünden korumak amacını taşımaktadır.⁷²

Ancak insan haklarının bu modern yönü, onun tarihsel gelişimini ve ortaya çıkış aşamalarını göz ardı etmemize sebep olamaz. Gözler'e göre insan haklarının ortaya çıkışı eski çağa, özellikle de Stoacılar'a kadar uzanmaktadır. Bu fikir, Stoacılar'da eşitlik ve kardeşlik düşüncelerine atıfta bulunulmasından kaynaklanmaktadır.⁷³ Benzer şekilde Aybay, insan hakları kavramının ortaya çıkışı olarak adlandıracağımız sıfır noktasında birçok farklı tarih alınabileceğini ifade ederken, kendi bakış açısıyla Pers İmparatoru Büyük Kirus'un milattan önce 6. yüzyılda angaryayı ve köleliği yasaklamasını insan haklarının öncül örneklerinden birisi olarak sunmaktadır.⁷⁴ Bir diğer yandan Hammurabi Kanunları, hukuk düzenini ortaya koyan ilk belgeler olarak kabul edildiğinden, insan haklarıyla ilişkilendirilmektedir.⁷⁵

İnsan hakları, elbette ki pratikteki uygulamaların dışında düşünürlerin fikirlerinde de yer almaktadır. Her ne kadar orta çağda kilise insan hakları ve özgürlük düşüncelerini baskılamış olsa da bazı din adamları bu konularda fikir yürütmüşlerdir.⁷⁶ Thomas Aquinas ve Padova'lı Marsilius orta çağda insan hakları konusunda önemli iki isimdir. Aquinolu Thomas, temelde

⁷⁰ Michael Haas, *International Human Rights: A Comprehensive Introduction*, Routledge, 2014, s. 2.

⁷¹ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 2. Baskı, Orion Kitabevi, 2011, s. 24.

⁷² Michael Freeman, *Human Rights*, John Wiley & Sons, 2017, s. 50.

⁷³ Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s. 126.

⁷⁴ Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017, s. 26.

⁷⁵ Freeman, s. 48.

⁷⁶ Ahmet Mumcu/Elif Küzeci, *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri: Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları*, 3. Baskı, Savaş Yayınları, 2003, s. 49.

“zalim ve keyfi iktidarı önleme kaygısı”ndan hareket etmektedir.⁷⁷ Aquinolu Thomas’ın görüşlerine göre direnme hakkı, Tanrısal kanunlara uymayan ve doğal yasalara aykırı kanunlar çıkartan hükümdara karşı kullanılabilir bir hak olarak tanımlanmıştır.⁷⁸ Her ne kadar bu yönüyle haklarını savunan bir düşünür gibi görünse de Gözler bu durumun sanıldığı gibi olmadığını vurgulamaktadır. Zira Aquinolu Thomas, “din ve vicdan özgürlüğünü kesin olarak reddetmektedir.”⁷⁹ Padovalı Marsilius’un düşüncelerinde dikkat çeken yön ise, Aquinolu Thomas’ın tam aksine, açık bir şekilde din ve vicdan özgürlüğünü savunmasıdır. Ayrıca Marsilius, kilise ile devlet arasında ayrıma gidilmesini önermekte ve o dönemde tartışılması bile zor olan bir konuda, devletin mutlak iktidarı konusunda, bu mutlakiyetin sınırlandırılması gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁰

Daha sonraki yüzyıllarda John Locke ve Jean-Jacques Rousseau gibi yazarlar doğal hukuk yaklaşımı sebebiyle, Beccaria gibi yazarlar da ceza hukuku alanında işkence yasağı gibi öncü yaklaşımları sebebiyle Aybay tarafından insan haklarının oluşumunda katkısı olan isimler olarak zikredilmektedir.⁸¹ Her ne kadar Antik Yunan, Mezopotamya, Çin ve Hindistan uygarlıklarında tarihsel temelleri bulunduğu anlatılsa da insan hakları, felsefi temel olarak doğal hukuk yaklaşımına dayandırılmaktadır.⁸² Özellikle Locke’un doğal hukuk yaklaşımı doğrultusunda, bazı hakların insan eliyle ortaya çıkmış haklar olmadığı, aksine bizatihi daha üstün bir hukukun sonucu olduğu vurgulanmaktadır. Bu kapsamda anılan haklar (yaşama hakkı, özgürlük hakkı ve mülkiyet hakkı) temel haklar olarak görülür ve insanların bu doğal hakları dokunulmaz ve devredilemezdir.⁸³ Locke’un düşüncesinde doğa durumu, özgürlüğün ve eşitliğin olduğu bir yapıyı ifade eder ve doğa durumundaki doğal hukuk Tanrı’nın bir eseridir. Böylece doğal hukuk, diğer hukuk kuralları içerisinde en üst noktaya yerleşir.⁸⁴ Bu yönüyle de doğal

⁷⁷ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 1993, s. 23.

⁷⁸ Kapani, s. 24.

⁷⁹ Gözler, s. 131.

⁸⁰ Kapani, s. 26; Gözler, s. 131.

⁸¹ Aybay, s. 26.

⁸² Şeref Ünal, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, 1997, s. 28.

⁸³ Shaw, s. 204; Fatih Türe, “İnsan Haklarının Normatif Kökeni”, 2014, 32, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, s. 158.

⁸⁴ Fatih Demirci, *Meşru Devletin İnşası: Klasik Toplum Sözleşmesi Kuramlarında Birey-*

hukukun bir parçası olan temel haklar, Tanrısal bir kökene sahip olduğundan kıyaslandığı diğer beşerî normlardan üstün bir kategoride yer alır. Bir diğer taraftan, Thomas Paine de devletin amacını anlattığı eserinde bu amacın “her insanın doğuştan sahip olduğu inkâr edilemez haklarını korumak olduğunu” ifade etmiştir.⁸⁵

İnsan haklarına yönelik hukuki belgelerin gerçekten ilk olarak hangi tarihlerde ortaya çıktığı hususu ise tartışmalıdır. Bu anlamda, örneğin 1215 yılında İngiltere’de Kral John ve toprak sahipleri arasındaki ilişkileri düzenlemek için hazırlanan Magna Carta Libertatum’un, bazı kesimlerce insan haklarının öncü temel belgelerinden olduğu iddia edilmektedir.⁸⁶ Ancak bu belgenin insan haklarının atası olduğu iddiası, bizim bakış açımızdan gerçeği yansıtmamaktadır. Zira Magna Carta, bir insan hakları belgesi olmaktan ziyade, kral ile soylu toprak sahipleri arasındaki ilişkileri düzenleyen bir taviz belgesidir. Daha gerçekçi bir diğer açıklamaya göre ise, insan hakları hukukuna yönelik somut çıktılar, Kapani’nin de insan hakları doktrininin oluştuğu dönem olarak ifade ettiği 17. ve 18. yüzyıllarda elde edilmiştir.⁸⁷ Gerçekten de tam da bu tarihlerle uyumlu olarak insan haklarının ilk defa anayasalarda veya anayasa benzeri yasal belgelerde yer alması İngiltere’de başlamıştır. Bu bağlamda aşağıda İngiltere, Amerika ve Fransa olmak üzere üç ülkede insan haklarının gelişimine ilişkin belgelerden bahsedilecektir.

İngiltere’nin insan haklarına anayasa ve benzeri belgelerde yer veren ilk ülke olduğu iddiası, 1628 Haklar Dilekçesi (*Petition of Right*) ve 1689 Temel Haklar Bildirisi’nden (*Bill of Rights*) ileri gelmektedir. Haklar Dilekçesi’nde parlamento halk ayaklanmaları sebebiyle kraldan bazı taleplerde bulunmuştur. Bu taleplerin insan hakları ile ilişkilendirilebilecek örnekleri keyfi tutuklamanın yasaklanması ve ev sahibinin rızası olmadan askerlerin evlerde konaklamasının yasaklanmasıdır. Ancak bu dilekçeyi kabul eden kral, verdiği sözleri yerine getirmemiştir.⁸⁸ 1689 Temel Haklar Bildirisi ise vatandaşların kral tarafından doğrudan dokunulamaz bazı temel haklara sahip olduğunu ifade

Devlet İlişkisi (Hobbes, Locke, Rousseau), 1. Baskı, Orion Akademi, 2021, s. 252.

⁸⁵ Erdoğan, s. 127.

⁸⁶ Aybay, s. 31.

⁸⁷ Münci Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 2. Baskı, Bilgi Yayınevi, 1991, s. 19.

⁸⁸ Aybay, s. 32-33.

etmektedir ve yasa olarak kabul edilmektedir.⁸⁹ Bu belge ile vatandaşların her türlü hak ve özgürlüklerini talep etme hakkı tanınmıştır. Ayrıca bu temel hak ve özgürlükler, insanların her türlü tehlikeden uzak olmasını ve zarar görmesinin engellenmesini koruma altına almaktadır.⁹⁰ Bu temel haklar arasında özellikle adil yargılanma ve mülkiyetin korunması dikkat çekicidir.⁹¹

İkinci olarak, Virginia Haklar Bildirisi (1776), Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi (1776) ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası (1787) okyanusun diğer tarafında insan hakları hukukunun gelişimi açısından muazzam katkılar sağlamıştır. İfade edilen ilk iki belge, açık bir şekilde insanların yaşama hakkını, mülkiyet hakkını ve mutlu olma hakkını ifade etmektedir. Yine bu bağlamda devletin görevi de bu hakların korunması ve güvence altına alınmasını sağlamaktır.⁹² Ayrıca ilginç bir nokta olarak da Bağımsızlık Bildirgesi, insanların yaratıcıdan gelen doğal hakları olduğunu da ifade etmektedir.⁹³ Erdoğan'a göre bu iki belge, "insan hakları konusunda tutarlı bir siyasi felsefeye dayanan ilk bildirimler idi."⁹⁴ 1787'de hazırlanan ABD anayasasının ilk metni hak ve özgürlükler konusuna yer vermemektedir. Ancak 1791 yılında yapılan değişiklik ile, anayasaya yeni maddeler eklenmiştir. İlk On Ek (*First Ten Amendments*) olarak bilinen bu değişikliklerle, dini özgürlükler, ifade özgürlüğü, kişi hürriyeti ve konut dokunulmazlığı gibi hak ve özgürlükler tanımlanmıştır.⁹⁵

18. yüzyıl kapanmadan ortaya çıkan sonuncu önemli belge ise 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'dir. Bu bildiri de açık bir şekilde doğal hukuk anlayışından beslenmektedir.⁹⁶ Bu belge, Doğan'a göre Avrupa'da bireysel hakların hareket noktası olarak tarihte yerini almıştır.⁹⁷ Bu bağlamda bildiri, insan haklarının gelişiminde de önemli bir yere sahiptir. 1789 Bildirisi ile, tüm insanların eşit haklarla özgür olarak doğduğu ve böyle

⁸⁹ Ünal, s. 32; Aybay, s. 33.

⁹⁰ İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, Astana Yayınları, 2013, s. 62.

⁹¹ Erdoğan, s. 128; Paul Gordon Lauren, The Evolution of International Human Rights: Visions Seen, 3. Baskı, University of Pennsylvania Press, 2011, s. 17.

⁹² Ünal, s. 32.

⁹³ Aybay, s. 35.

⁹⁴ Erdoğan, s. 129.

⁹⁵ Aybay, s. 35-36.

⁹⁶ Aybay, s. 37.

⁹⁷ Doğan, s. 80.

kalacağı, özgürlük ve güvenlik gibi hakların bu haklar arasında sayıldığı ve tüm bu hakların evrensel olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca kanun önünde eşitlik ve keyfi tutuklamanın yasaklanması gibi kurallar da bu bildirinin insan haklarına getirdiği önemli yenilikler ve katkılar arasında sayılmaktadır.⁹⁸

B. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Tarihsel Gelişimi

İnsan hakları hukukunun konusu insan haklarıyla ilişkili olan hukuk kurallarıdır, dolayısıyla bizatihi insan haklarının incelendiği bir alan değildir.⁹⁹ Bu kapsamda değerlendirildiğinde, insan hakları hukuku konusunda iç (ulusal) insan hakları hukuku ve uluslararası insan hakları hukuku ayrımı yapılmaktadır.¹⁰⁰ Uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi, insan hakları ve insan hakları hukukunun gelişiminden daha farklı bir tarihsel çizgide ilerlemiştir. Zira bu farklılık doğal bir gereklilikten de ortaya çıkmaktadır. Uluslararası insan hakları hukukundan bahsedebilmek için, öncelikle genel uluslararası hukuk prensiplerinin yerleşmiş olduğu egemen-eşit devletler arası bir düzenden söz edilmelidir. Her ne kadar bu düzenin yerleşmesine kadar insan haklarının kavramsal ve pratik yönleriyle geliştiği durumlar olmuşsa da bu gelişim uluslararası insan hakları hukukunun varlığına ancak bir altyapı oluşturmuştur.

Bu bağlamda 20. yüzyılın bir ürünü ve dünya savaşlarının bir sonucu olan çağdaş uluslararası insan hakları hukukunun, BM Şartı'nın kabulü, Nuremberg ve Tokyo savaş suçları yargılamaları ve İHEB ile doğduğu genellikle kabul edilmektedir.¹⁰¹ BM Şartı'na kadar bireysel haklar ile devletlerin hakları birbirlerinden ayrı olarak ifade edilmemiştir.¹⁰² Bir başka ifadeyle, bireysel haklar devletin hakları ile özdeş olarak yorumlanmıştır. Ancak ulus-devletlerin birey-devlet ayrımını ortaya çıkartmasıyla bu durum değişmiştir. İnsan hakları kavramı, devletle birey arasındaki ilişkileri düzenler bir mahiyette anlaşılmiş ve uluslararası hukukun önemli bir yapı taşı olarak gündeme gelmiştir.¹⁰³ Bu

⁹⁸ Lauren, s. 20.

⁹⁹ Gözler, s. 35-36.

¹⁰⁰ Gözler, s. 43.

¹⁰¹ Jack Donnelly/Daniel J. Whelan, *International Human Rights*, 5. Baskı, Routledge, 2018; Freeman, s. 47; Charles R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, 2011, s. 14.

¹⁰² Ali İbrahim Akkutay, "İnsan Hakları Hukukunun Pozitivist Yönünü Oluşturan İlgili Uluslararası Antlaşmaların Feminist Yaklaşımına Etkisi", 2017, Özel Sayı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 18.

¹⁰³ J. Samuel Barkin, "The Evolution of the Constitution of Sovereignty and the Emergence of

sebeple de insan hakları kavramı genellikle uluslararası hukuk çerçevesinde anlam kazanmakta ve bu minvalde yorumlanmaktadır.¹⁰⁴

Her ne kadar ulus-devletler uluslararası insan hakları hukukunun temel uygulayıcısı olsa da uluslararası hukukun genel prensiplerinden ayrılan bir yönüyle insan hakları hukuku devletler arasındaki ilişkileri değil, devlet ile birey arasındaki ilişkileri düzenlemektedir.¹⁰⁵ Dolayısıyla BM Şartı'nın kabul edildiği yıl olan 1945 yılında, insan hakları meselesi bir ulusal mesele olmaktan çıkıp uluslararası hukukun konusu olmaya başlamıştır.¹⁰⁶ Bu özelliğiyle de BM Şartı, bazı yazarlar tarafından uluslararası insan hakları hukukunun kurucu unsuru olarak anılmaktadır.¹⁰⁷ Bununla uyumlu bir şekilde 20. yüzyıl, özellikle de ikinci yarısı, insan hakları konusundaki gelişmeler nedeniyle bazı yazarlar tarafından "insan hakları çağı" olarak adlandırılmıştır.¹⁰⁸

Uluslararası hukukun bir dalı olan uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarının da uluslararası hukuktan farklı olmayacağı aşikârdır.¹⁰⁹ Çalışmanın önceki kısımlarında da ifade edildiği üzere UAD Statüsü'nün 38/1 hükmü bu kaynakları sıralamaktadır. Uluslararası hukuk için geçerli olan bu kaynaklar aynı zamanda uluslararası insan hakları hukuku için de geçerlidir. Nitekim bu çalışmanın temel konusu da uluslararası insan hakları hukukunun bir kaynağı olarak örf ve âdet hukukudur. Ancak uluslararası insan hakları hukukunun gelişimine bakılırken muhakkak ki yazılı kaynaklar da göz önünde bulundurulmalıdır. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (1948), Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (1948), Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (1965) ve Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966) gibi pek çok temel sözleşme uluslararası insan hakları hukukunun temel dayanak noktalarını

Human Rights Norms", 1998, 27(2), Millennium, s. 229.

¹⁰⁴ Tony Evans, "International Human Rights Law as Power/Knowledge", 2005, 27(3), Human Rights Quarterly, s. 1046.

¹⁰⁵ Olivier De Schutter, International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary, Cambridge University Press, 2010, s. 11.

¹⁰⁶ David P. Forsythe, Human Rights in International Relations, Cambridge University Press, 2017, s. 3.

¹⁰⁷ Thomas Buergenthal, "The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights", 1997, 19(4), Human Rights Quarterly, s. 703.

¹⁰⁸ Upendra Baxi, The Future of Human Rights, Oxford University Press, 2007, s. 1.

¹⁰⁹ Gözler, s. 480.

oluşturmaktadır.¹¹⁰ Burada sayılan temel kaynaklar, BM sistemi içerisinde oluşturulmuş yazılı kaynaklar olup, bu sözleşmeler insan haklarını evrensel ölçütte güvence altına alan dayanak noktalarıdır.¹¹¹

Bu kapsamda değinilecek ilk belge olan BM Şartı'nda insan haklarına ayrıntılı bir yer verilmese de bu belgede kavramın ruhu yer almaktadır.¹¹² Bir başka ifadeyle, her ne kadar hazırlık sürecinde insan haklarına ilişkin bir bölümün eklenmesi dile getirilmişse de insan hakları kavramının detaylı bir sınıflandırmasına BM Şartı'nda değinilmemiştir.¹¹³ Dolayısıyla BM Şartı, insan haklarını listeleyen bir belge değildir. Bu sebeple BM Şartı sadece genel prensipler içerdiğinden, başlı başına insan haklarına yönelik olan daha detaylı düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.¹¹⁴ Bu doğrultuda BM kapsamında İnsan Hakları Komisyonu kurularak bu düzenlemenin hazırlıkları başlamıştır.¹¹⁵

Bu hazırlıklar sonucunda ortaya çıkan İHEB, 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilmiş temel insan hakları belgelerinden biridir. Bu belge, insan haklarıyla ilgili geniş bir kapsama sahiptir.¹¹⁶ Ancak Gözler'e göre, denetim sistemi öngörmediğinden dolayı bu belgenin bağlayıcılığı da kısıtlı kalmıştır.¹¹⁷ Ayrıca İHEB, zorlayıcı bir mekanizma önermemesi yönüyle de eleştirilere maruz kalmıştır.¹¹⁸ İHEB'in bu niteliği hiç şüphesiz ki BM Şartı uyarınca bağlayıcı değil, yalnızca tavsiye niteliğinde kararlar alabilen Genel Kurul tarafından kabul edilmiş bir karar olmasından ileri gelmektedir. Her ne kadar İHEB bağlayıcı değil, tavsiye niteliğinde olsa da bu durum İHEB'in genel bir

¹¹⁰ Buergenthal, "The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights", s. 705; Diğer insan hakları hukuku belgeleri için bkz. *The Core International Human Rights Treaties*, United Nations, 2014.

¹¹¹ Tacettin Çalık, "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması", 2016, 24(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 70.

¹¹² Steven Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006, s. 9.

¹¹³ Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999, s. 1.

¹¹⁴ Josef L. Kunz, "The United Nations Declaration of Human Rights", 1949, 43(2), *American Journal of International Law*, s. 318.

¹¹⁵ Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, s. 23.

¹¹⁶ Erdoğan, s. 131.

¹¹⁷ Gözler, s. 475-476.

¹¹⁸ Thomas Risse/Stephen C. Ropp/Kathryn Sikkink, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, 7. Baskı, Cambridge University Press, 2007, s. 207.

anlayışı ortaya koyan başarılı bir çaba olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.¹¹⁹ İHEB'in birçok normu artık uluslararası örf ve âdet hukukunun yerleşik kurallarını içeren bağlayıcı kurallara dönüşmüştür.¹²⁰ Diğer taraftan İHEB, açık bir şekilde ülkelerin anayasal düzenlemelerinde insan hakları anlayışına yer verilmesinin öncüsü olmuştur.¹²¹ Bu anlamda özetle söylenebilir ki uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi BM Şartı ve İHEB'in kabulünden sonra hız kazanmıştır. Ancak uluslararası insan hakları hukuku rejiminde BM gibi evrensel bir sistem dışında bölgesel sistemler de bulunmaktadır. Bu sistemlere örnek olarak Afrika¹²², Amerika¹²³ ve Avrupa¹²⁴ insan hakları hukuku sistemleri verilebilir. Bahsedilen üç bölgesel sistemin de kendi içerisinde insan haklarına ilişkin sözleşme, kurum ve düzenlemeleri bulunmaktadır.

¹¹⁹ Aybay, s. 51-52; Egon Schwelb, "The Influence Of The Universal Declaration Of Human Rights On International And National Law", 1959, 53, Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), s. 218.

¹²⁰ Hurst Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", 1995, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 289; Hurst Hannum, "The UDHR in National and International Law", 1998, 3(2), Health and Human Rights, s. 145.

¹²¹ Jose A. Lindgren Alves, "The Declaration of Human Rights in Postmodernity", 2000, 22, Human Rights Quarterly, s. 478.

¹²² Organization of African Unity (OAU), Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa ("OAU Convention"), 10 September 1969, 1001 U.N.T.S. 45; Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter"), 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982); Organization of African Unity (OAU), African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 11 July 1990, CAB/LEG/24.9/49 (1990); African Union, Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa, 11 July 2003.

¹²³ Organization of American States (OAS), Charter of the Organisation of American States, 30 April 1948; Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), American Declaration of the Rights and Duties of Man, 2 May 1948; Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969; Organization of American States (OAS), Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 9 December 1985, OAS Treaty Series, No. 67; Organization of American States (OAS), Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights ("Protocol of San Salvador"), 16 November 1999, A-52; Organization of American States (OAS), Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty ("Pact of San Jose"), 8 June 1990, OAS Treaty Series, N° 73; Organization of American States (OAS), Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, 9 June 1994; Organization of American States (OAS), Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women ("Convention of Belem do Para"), 9 June 1994.

¹²⁴ Avrupa Konseyi (1949), Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (1959), Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Divanı, Helsinki Sonuç Belgesi (1975).

C. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Nitelikleri

Uluslararası insan hakları hukukunun finans ve ticaret gibi uluslararası hukuk alanlarına kıyasla görece daha zayıf olduğu doktrinde ileri sürülen görüşlerden birisidir.¹²⁵ Ancak yine de uluslararası insan hakları hukukunun bağlayıcı kuralları, 1970'lerin ortalarından 1980'lerin ortalarına kadar artış gösteren bir eğilimde olmuştur.¹²⁶ Schutter'e göre uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin sözleşmeleri imzalamış veya onaylamış olsunlar veya olmasınlar, tüm devletler uluslararası olarak tanınan insan haklarına saygı duymak konusunda bağlıdırlar.¹²⁷ Ancak yine de genel bir bakışla Schutter'e göre insan haklarının uluslararası hukukta temsili konusunda bugün başlıca üç sorunlu alan vardır. Birincisi, tüm insan hakları sözleşmelerinin evrensel bir şekilde onaylanması ve taraf olunması konusunda bugün yeterli seviyeye gelinememiştir. İkincisi, devletler antlaşmaları kabul etmeleri ve onaylamaları halinde bile çekinceler koyabilmektedir. Sonuncusu ise, ulus-devletler insan hakları konusunda aslında tek muhatap alınacak taraf olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda örneğin uluslararası örgütler, ulus-ötesi şirketler gibi devlet dışı aktörlere de bu yükümlülüklerin genişletilmesi doktrinde tartışılmaktadır.¹²⁸

Uluslararası insan hakları hukuku normları önemli bir özellik olarak iç (ulusal) hukuku da yakından ilgilendirmektedir, zira insan hakları öncelikle devletlerin kendi uhdelerinde korunmaktadır.¹²⁹ Türkiye (Anayasa md. 90) örneğinde görüldüğü gibi, bazı devletler uluslararası sözleşmeleri normlar hiyerarşisinde kanunların üzerine koymakta, kanunlarla çelişmesi halinde ise uluslararası sözleşmelerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda uluslararası insan hakları hukukunun da ulusal hukuk düzenine etkisinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹³⁰ Özkan'ın ifadesine göre de "insan hakları hukuku yönünden ulusal hukuka gönderme yapmak, istisna değil, kuraldır."¹³¹

¹²⁵ Eric Neumayer, "Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?", 2005, 49(6), *Journal of Conflict Resolution*, s. 926.

¹²⁶ Ellen L. Lutz/Kathryn Sikkink, "International Human Rights Law and Practice in Latin America", 2000, 54(3), *International Organization*, s. 633.

¹²⁷ Schutter, s. 49.

¹²⁸ Schutter, s. 55.

¹²⁹ Ünal, s. 102.

¹³⁰ Mahmut Göçer, "Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk", 2001, 56(3), *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, s. 48.

¹³¹ Işıl Özkan, "Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri", 2013, 8(Özel), *Journal of Yaşar*

Shaw'a göre uluslararası insan hakları hukukunun bazı temel ilkeleri bulunmaktadır. Bunlar ulusal yetki, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı ve hakların üstünlükleridir.¹³² Ulusal yetki konusu, BM Şartı'nda düzenlenmiş olan devletlerin egemen-eşitliği ilkesinden ileri gelmektedir. Bu ilke gereği, devletler kendi iç işlerinde tek egemen ve yetkilidir ve devletlerin iç işlerine başka devletler ve uluslararası örgütler tarafından müdahale edilemez.¹³³ Ancak bu kural devletler tarafından uluslararası insan hakları açısından yeniden yorumlanmıştır. Bu yorumlamada, örneğin "bir devletin bir uluslararası prosedür gereğince bireylerin başvuru hakkını kabul ettiği durumlarda, söz konusu devletin bu tür bir hakkın uygulanmasının kendi iç işlerine müdahale teşkil ettiğini iddia edemeyeceği de açıktır."¹³⁴ Dolayısıyla "uluslararası hukukun veya antlaşmaların kapsamına giren konular, devletlerin özel yetki alanının (iç hukukunun) sınırları içinde sayılamazlar."¹³⁵ Reisman'ın ileri sürdüğü üzere, bugün neredeyse hiçbir yazar, ulusal düzeydeki insan haklarının münhasıran ilgili devletin ülkesel yetki alanı dahilinde olduğunu ve dolayısıyla uluslararası hukuktan izole edildiği iddiasını desteklememektedir.¹³⁶

Diğer taraftan Gözler'in de ifade ettiği gibi, düalist sistemlerde uluslararası insan hakları hukuku kurallarının iç hukukta geçerli kurallar haline gelebilmeleri için öncelikle birer iç hukuk kuralı haline getirilmeleri gerekmektedir.¹³⁷ Türkiye gibi monist sistem uygulayan ülkelerde ise, uluslararası hukuk kuralları ile iç hukuk kurallarının arasında bir ayırım yapılmaz. Dolayısıyla uluslararası hukuk sözleşmelerine taraf olmak ve bunu onaylamakla birlikte ayrıca bir iç hukuk düzenlemesine ihtiyaç duyulmaksızın bu kurallar iç hukuk kuralı haline gelir. Bir diğer ifadeyle, uluslararası insan hakları hukuku sözleşmeleri, monist sistem uygulayan ülkelerde onaylanmalarını müteakiben birer iç hukuk kuralı haline gelirler.¹³⁸

University s. 2141.

¹³² Shaw, s. 207-208.

¹³³ U.N. Charter, 24 October 1945, 1 UNTS XVI., art. 2/7.

¹³⁴ Shaw, s. 207.

¹³⁵ Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 92.

¹³⁶ Michael Reisman, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law", 1990, 84(4), American Journal of International Law, s. 869. Bkz. Kelly Kate Pease/David P. Forsythe, "Human Rights, Humanitarian Intervention, and World Politics", 1993, 15 Human Rights Quarterly, s. 296; Thomas Buergenthal, "The Evolving International Human Rights System", 2006, 100(4), American Journal of International Law, s. 787.

¹³⁷ Gözler, s. 478.

¹³⁸ Gözler, s. 478-479.

İkinci temel ilke uyarınca, uluslararası hukukta genel anlamda geçerli bir kural olarak, bireylerin iç hukuk yollarını tüketerek uluslararası hukuka başvurmaları esastır. Bu uygulama uluslararası insan hakları hukuku açısından da geçerlidir.¹³⁹ Örneğin bölgesel bir insan hakları sistemi olan ve temel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanan Avrupa sisteminde, “[Avrupa İnsan Hakları] Mahkemesi'ne ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra . . . başvurulabilir.”¹⁴⁰ Benzer şekilde yine bir bölgesel sistem olan Amerikalılar arası insan hakları sisteminde, taraflar arasındaki sözleşmeyle tanınan bir insan hakkı ihlali için yapılacak başvuru, “iç hukuk kapsamındaki hukuk yollarının, genel kabul görmüş uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak takip edilmesi ve tüketilmesine” kadar beklemek durumundadır.¹⁴¹

Son olarak hakların üstünlükleri kuralı ise bazı temel hakların olağanüstü durumlarda ve belli koşullar altında kısıtlanabilmesine ilişkindir. Bazı haklar, ülkelerin anayasalarında veya uluslararası sözleşmelerde özel durumlar altında, özellikle olağanüstü hâl dönemlerinde, sınırları belirli usullerle kısıtlanabilmekte veya askıya alınabilmektedir.¹⁴² Ancak askıya alınamayan, özüne dokunulamayan veya müdahale edilemeyen haklar da bulunmaktadır. Uluslararası insan hakları özelinde bunun en açık örnekleri İHEB'de sayıldığı şekliyle yaşama hakkı, işkenceye ve insanlık dışı aşağılayıcı ceza ve işlemlere uğramama hakkı, köle ve kul olarak tutulmama hakkı ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi olarak ifade edilebilir.¹⁴³ Dolayısıyla bu tür hakların, haklar arası bir hiyerarşide üstün haklar olduğu kabul edilmelidir.¹⁴⁴

III. ULUSLARARASI ÖRF VE ÂDET HUKUKU İLE ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU İLİŞKİSİ

Genel olarak bakıldığında uluslararası örf ve âdet hukukunun uluslararası insan hakları hukuku ile olan ilişkisinde üç temel tartışmalı konu

¹³⁹ Shaw, s. 208.

¹⁴⁰ Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5, art. 35.

¹⁴¹ Organization of American States (OAS), *American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”*, Costa Rica, 22 November 1969, art. 46.

¹⁴² Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, s. 113.

¹⁴³ Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, s. 114.

¹⁴⁴ Shaw, s. 208-9.

bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, uluslararası insan hakları hukukunun örf ve âdete mi, sözleşmelere mi, yoksa her ikisine birden mi dayalı olduğunu tartışmasıdır. İkinci olarak, uluslararası insan hakları hukukunun *erga omnes* niteliği doktrinde geniş çaplı tartışmalara sebebiyet vermektedir. Son olarak ise, TWAİL akademisyenleri gibi uluslararası hukuka eleştirel bakış açısına sahip olanların evrensel nitelikte bir uluslararası insan hakları hukukundan bahsedilip bahsedilemeyeceğine ilişkin sorgulamalarıdır. Aşağıda bu tartışmalar doktrindeki görüşler ve içtihat hukuku çerçevesinde ele alınmıştır.

A. Uluslararası Örf ve Âdet Hukukunun İnsan Hakları Hukukuna Kaynak Olması Sorunu

Uluslararası örf ve âdet hukukunun insan hakları hukukuna katkısı doktrinde tartışmalı bir meseledir.¹⁴⁵ Bu tartışmalı ortamda bir taraftan insan hakları hukuku ve uluslararası hukukun kaynakları arasındaki ilişki irdelenmekteyken, diğer taraftan da uluslararası örf ve âdet hukukunun insan haklarını geliştirici yöndeki etkisi vurgulanmaktadır.¹⁴⁶ Örneğin Henkin, insan hakları hukukunun uluslararası hukuk kaynaklarını ciddi biçimde etkilemiş ve onları bir anlamda yeniden şekillendirmiş olduğunu ileri sürmektedir.¹⁴⁷ Henkin'in bu görüşü, uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılan örf ve âdeti kesin bir dille insan hakları hukukunun kaynakları arasından çıkartmasına ve insan haklarıyla birlikte hukukun artık sadece devletler arası ilişkileri değil insan ve devlet arasındaki ilişkileri de düzenler şekilde dönüştüğünü ifade etmesine dayanmaktadır.¹⁴⁸

Henkin, örf ve âdeti ve sözleşmeleri (antlaşmaları) uluslararası insan hakları hukukunun kaynakları arasından çıkartırken, yeni bir kaynak yaratmaktadır: sözleşmeden kaynaklanmayan hukuk (*non-conventional law*). D'Amato ise açık bir dille Henkin'in bu yeni kategorisini eleştirmektedir. Bu eleştiri, Henkin'in insan haklarını evrensel, sözleşmeye ve örf ve âdete

¹⁴⁵ Douglass Cassel, "Does International Human Rights Law Make a Difference", 2001, 2, Chicago Journal of International Law, s. 124; Hugh Thirlway, "Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues", 2015, 28, Leiden Journal of International Law, s. 499.

¹⁴⁶ Theodor Meron, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Clarendon Press, 1989.

¹⁴⁷ Henkin, Human Rights and State Sovereignty, s. 36.

¹⁴⁸ Anthony D'Amato, "Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms", 1995, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 52; Henkin, "Human Rights and State Sovereignty", s. 44.

dayanmayan, ama sözleşmeden de kaynaklanmayan hukuk (*non-conventional law*) olarak tanımlamasından ileri gelmektedir. D’Amato’ya göre Henkin’in bu açıklaması çocuksudur ve ikna edicilikten uzaktır.¹⁴⁹ Zira sözleşmeden kaynaklanmayan, ancak örf ve âdete de dayanmayan hukukun kaynağı ne olacaktır? Henkin’in sözleşmeden kaynaklanmayan hukuk görüşü, kaynağını yetersiz açıklamalarla “liberal ulusal anayasalardan ve *jus cogens*”ten almaktadır.¹⁵⁰ Bu bağlamda Henkin, uluslararası insan haklarının kaynağını ulusal anayasalar olarak değerlendirmektedir. Ona göre uluslararası insan hakları hukuku ve ulusal anayasalar birbirlerini derinden etkilemekte ve birbirlerine benzer yönler ortaya koymaktadır.¹⁵¹ D’Amato tarafından eleştirilen Henkin’in insan hakları hukukuna ilişkin ikinci kaynağı ise *jus cogens*’tir. *Jus cogens*, D’Amato’ya göre herhangi bir hukuk normunun kaynağı olabilecek bir kavram değildir, zira *jus cogens*’in nereden geldiği, nasıl ve neden uluslararası hukukun bir parçası olduğu ve hatta gerçekten var olup olmadığı bile tartışmalı bir konudur.¹⁵² Bu yönüyle Henkin’in sözleşmeden kaynaklanmayan hukuk görüşünde, hukukun kaynağının *jus cogens* olması da mümkün değildir. Dolayısıyla Henkin’in uluslararası insan hakları hukukunun örf ve âdetle olan ilişkisini reddetmesi, D’Amato’nun da eleştirileri doğrultusunda sağlam temellere dayanmamaktadır.

Diğer taraftan, uluslararası örf ve âdet ile insan hakları arasındaki somut ilişkiyi ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Cassel’e göre uluslararası örf ve âdete kaynaklık eden uygulamalar insan hakları halatını oluşturan ipliklerden birisidir.¹⁵³ Buna göre Cassel, diplomatik uygulamaları, uluslararası bildirimleri ve diplomatların ifadelerini uluslararası insan hakları hukukunun gelişimine etki eden kaynaklar arasında saymaktadır.¹⁵⁴ Benzer şekilde Boucher, örf ve âdet hukukunun özellikle uluslararası insan haklarına ilişkin olarak bir fikir birliği ve dayanışma yarattığını ileri sürerek, örf ve âdeti insan haklarının esas kaynağı olarak adlandırmaktadır.¹⁵⁵ Nitekim örnek olarak değerlendirildiğinde, işkence ve soykırım gibi konulardaki insan hakları

¹⁴⁹ D’Amato, Human Rights as Part of Customary International Law, s. 52, 53.

¹⁵⁰ D’Amato, Human Rights as Part of Customary International Law, s. 53.

¹⁵¹ Henkin, Human Rights and State Sovereignty, s. 40.

¹⁵² D’Amato, Human Rights as Part of Customary International Law, s. 57.

¹⁵³ Cassel, s. 124.

¹⁵⁴ Cassel, s. 124.

¹⁵⁵ David Boucher, “The Recognition Theory of Rights, Customary International Law and Human Rights”, 2011, 59(3), Political Studies, s. 755.

ihlalleri evrensel olarak tanınan ve üzerinde fikir birliği bulunan konulardır.¹⁵⁶ Bir başka açıdan Gözler, uluslararası hukukun kaynakları olarak sayılan unsurları uluslararası insan hakları hukukunun kaynakları olarak da kabul etmektedir.¹⁵⁷ Ona göre uluslararası insan hakları hukuku, açık bir şekilde uluslararası hukukun bir alt disiplini olarak görüldüğünden, uluslararası hukukunun kaynakları için geçerli olan yaklaşımlar doğal olarak uluslararası insan hakları hukuku için de geçerli kabul edilmelidir. Bu bağlamda Gözler'e göre uluslararası örf ve âdet, uluslararası insan hakları hukukunun yazısız bir kaynağı olarak değerlendirilebilir, zira örf ve âdet uluslararası insan hakları hukukunun "bir yardımcı kaynağı değil, *asıl kaynağıdır*."¹⁵⁸

Weisburd ise tartışmaya özgün bir pencereden katılarak insan haklarına yönelik sözleşmelerin aslında insan haklarının evrensel uygulanabilirliğini destekleyecek uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının dayanak noktası olabileceğini ileri sürmektedir. Ona göre, insan hakları sözleşmelerine katılım arttıkça bunların örf ve âdet hukuku kuralları olarak değerlendirilme imkânı artmakta ve böylelikle tüm devletler için bağlayıcı hale gelebilmektedirler. Zira yukarıda da açıklandığı üzere bir uluslararası örf ve âdet hukuku kuralının varlığından bahsetmek için, bu kuralı destekleyecek belirsiz sayıda devletin bu yöndeki uygulamaları ve bu uygulamanın hukuki bir yükümlülüğünden kaynaklandığı inancı (*opinio juris*) bir arada bulunmalıdır. Bu itibarla, uluslararası sözleşmeye taraf olmak genel devlet uygulaması ve *opinio juris* göstergesi olarak yorumlanabilecektir. Bu bağlamda da bir uluslararası insan hakları sözleşmesine katılımın çok yüksek oranda olması bu sözleşme hükümlerinin uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı olarak değerlendirilmesinin ve böylece tüm devletleri bağlayıcı niteliği haiz olmasının önünü açabilir.¹⁵⁹ Buergenthal da uluslararası alanda birçok devlet tarafından imzalanan antlaşmaların örf ve âdete dayalı uluslararası insan hakları hukukunu oluşturabileceklerini ifade etmektedir.¹⁶⁰

Weisburd'a benzer şekilde Hathaway'e göre de hükümetler, sözleşmelere

¹⁵⁶ Boucher, s. 762.

¹⁵⁷ Gözler, s. 480.

¹⁵⁸ Gözler, s. 482 (*vurgu eklenmiştir*).

¹⁵⁹ Arthur M. Weisburd, "The Effect of Treaties and Other Formal International Acts on the Customary Law of Human Rights", 1995, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 123.

¹⁶⁰ Thomas Buergenthal, "The Evolving International Human Rights System", 2006, 100(4), American Journal of International Law, s. 790.

taraf devletlerin sayısının artmasıyla yeni bir örf ve âdet hukuku kuralı oluşturmayı umuyor olabilirler.¹⁶¹ Bir sözleşmenin taraflarının sayısının artmasıyla örf ve âdet hukuku kuralı haline gelen konulara örnek olarak soykırım ve işkence yasakları verilebilir.¹⁶² Hathaway, bu iki konunun uluslararası hukukun mutlak kuralları olduğunu ve birer örf ve âdet hukuku kuralına dönüşmekle tüm devletleri bağladığını, ancak sözleşmelere taraf olan ülkeler üzerine bir miktar daha yasal yükümlülük yüklediğini ifade etmektedir.¹⁶³

Uluslararası örf ve âdetin mi yoksa sözleşmelerin mi uluslararası insan hakları hukukunun kaynağı olduğuna dair diğer görüş ise, uluslararası insan hakları hukukunun yegâne kaynağı olarak bağlayıcı uluslararası antlaşmaları kabul edenler tarafından benimsenmektedir.¹⁶⁴ Zira BM uluslararası insan hakları programının temel yaklaşımına göre de uluslararası insan hakları hukuku sözleşmelere dayalı bir hukuk olmalıdır.¹⁶⁵ Ancak bu durumda da insan hakları sözleşmelerinin uluslararası insan haklarına gerçekten katkı sağlayıp sağlamadığı hususu tartışmalı hale gelmektedir.¹⁶⁶ Zira örneğin soykırım ve işkence suçları, en geniş anlamda yasaklanmış olan insan hakları ihlalleri olmasına ve kaynağını uluslararası antlaşmalardan almalarına karşın, bu yasaklar aynı zamanda neredeyse evrensel düzeyde kabul gördüğü için ihlalleri durumunda uluslararası örf ve âdet hukukunun ihlali de gündeme gelmektedir.¹⁶⁷ Dahası Sohn'a göre, devletler neredeyse hiçbir zaman insan hakları üzerine uluslararası hukuk kuralları üretmemektedirler; bu kurallar doktrin tarafından yaratılmaktadır.¹⁶⁸ Diğer taraftan Guzman da uluslararası insan hakları hukuku alanında birçok önemli antlaşmanın olduğunu, ancak bunlardan hangilerinin uluslararası örf ve âdet hukuku kapsamında değerlendirilmek suretiyle imzacı olmayan devletlere de uygulanabilecek

¹⁶¹ Oona A. Hathaway, "Do Human Rights Treaties Make a Difference?", 2002, 111(8), *The Yale Law Journal* s. 2010.

¹⁶² Hathaway, s. 1965.

¹⁶³ Hathaway, s. 2014.

¹⁶⁴ Cassel, s. 124.

¹⁶⁵ Richard B. Lillich, "The Growing Importance of Customary International Human Rights Law", 1995, 25, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, s. 1.

¹⁶⁶ Hathaway, s.1938; Neumayer, s. 925.

¹⁶⁷ Hathaway, s. 2002.

¹⁶⁸ Louis Sohn, "Sources of International Law", 1995, 25(1), *Georgia Journal of International & Comparative Law*, s. 399.

olduğunun henüz yanıtlanmadığını ileri sürerek, uluslararası antlaşmaların uluslararası insan hakları hukukunun yegâne kaynağı olacağı iddiasının zayıflığına işaret etmektedir.¹⁶⁹

Hathaway'ın çalışmasında ileri sürdüğü istatistiklere bakıldığında, insan hakları konusunda en düşük sıralamalarda listelenen ülkelerin bazılarının antlaşmaları imzalama ve onaylama oranı, insan hakları listelerinde yüksek sıralamalarda olanlardan fazla olabilmektedir.¹⁷⁰ Bu bağlamda uluslararası insan hakları sözleşmelerinin gerçekten insan haklarına ne kadar etkisi olduğu bir soru işareti oluşturmaktadır. Bununla uyumlu bir şekilde Goodman ve Jinks de insan hakları sözleşmelerinin etkisinin tam olarak bilinemediğine işaret etmektedir.¹⁷¹ Her iki durum da istatistiksel olarak insan hakları sözleşmelerinin etkinliğinin ölçülmeye çalışılmasında tatmin edici sonuçlara ulaşamadığını göstermektedir. İnsan hakları hukukunun kaynağının sadece sözleşmeler olarak alınması durumunda insan haklarının evrensel manada korunmasını sağlamakta ne kadar etkili olunacağı sorusu akla gelmektedir. Zira uluslararası insan hakları hukukunun kaynağını sözleşmelere indirgemek, onları sadece imzacı devletlerle bağlayacak şekilde kısıtlı bir kapsama almak anlamına da gelmektedir. Dolayısıyla uluslararası örf ve âdetin insan hakları hukukunun kaynağı olarak değerlendirilmesi, *erga omnes* niteliğini sağlaması bakımından insan haklarının ruhuyla daha uyumlu bir sonuç doğurmaktadır.

Uluslararası örf ve âdet hukukunun maddi ögesi olan devlet uygulamalarının varlığının tespitinde, Scharf'ın da ifade ettiği üzere ülkelerdeki yasama, yürütme veya yargı erkinin faaliyetlerine dayanılabilir.¹⁷² Bu itibarla, uluslararası örf ve âdet hukukunun iç (ulusal) hukukun bir parçası haline getirildiğini gösteren devlet uygulamaları da bulunmaktadır. Örneğin Almanya, Avusturya, İtalya, Japonya, Macaristan, Polonya, Rusya ve Yunanistan gibi ülkeler, doğrudan doğruya anayasalarına koydukları hükümlerle uluslararası örf ve âdet hukukunu normlar hiyerarşisinin en üst basamağına taşımışlardır.¹⁷³ Her ne kadar bu ülkelerdeki anayasal hükümler

¹⁶⁹ Guzman, s. 119.

¹⁷⁰ Hathaway, s. 1999.

¹⁷¹ Ryan Goodman/Derek Jinks, "Measuring the Effects of Human Rights Treaties", 2003, 14(1), European Journal of International Law, s. 183.

¹⁷² Scharf, s. 309.

¹⁷³ Dinah Shelton, "International Law in Domestic Systems", in Karen B. Brown/David V. Snyder (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer, 2012, s. 521-524.

hep bir ağızdan “uluslararası örf ve âdet hukuku” kavramını kullanmıyor olsalar da esas olarak “uluslararası hukukun genel ilkeleri ve normları” anlamına gelebilecek ifadeler içerdikleri görülmektedir.

Benzer şekilde ulusal içtihatlar da uluslararası örf ve âdet hukukunu iç hukukun bir parçası olarak görme eğilimindedirler. Shelton’un tespitine göre içlerinde Almanya, Arjantin, Avusturya, Fransa, İsrail, İtalya, Japonya, Kanada, Lüksemburg, Polonya, Yeni Zelanda ve Yunanistan’ın da olduğu pek çok ülkede ulusal mahkemeler uluslararası örf ve âdet hukukuna sıklıkla atıfta bulunmuş ve iç hukukta uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir.¹⁷⁴ Belirtilmelidir ki Shelton’un örnek olarak ele aldığı davaların hiçbirinde insan hakları konusundaki bir uluslararası örf ve âdet hukuku kuralına özel olarak atıfta bulunulmamıştır. Ancak kanaatimizce bulunulmasına gerek yoktur. Zira yukarıda da değinildiği gibi, uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunun kaynakları aynıdır ve uluslararası örf ve âdet normları da insan hakları hukuku kurallarına kaynaklık edebilmektedir. Dolayısıyla, mahkemelerin bazı konularda uluslararası örf ve âdet hukukuna atıfta bulunulurken, insan hakları konusunda atıfta bulunmaması için herhangi bir sebep yoktur. Bölgesel bir insan hakları sisteminin yargı organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de pek çok içtihadında uluslararası örf ve âdetin insan hakları özelinde kaynaklık edeceğini kabul etmiştir.¹⁷⁵

Dahası 2020 yılındaki güncel bir davada Kanada Yüksek Mahkemesi, uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki bağlantıyı açıkça kuran bir karara imza atmıştır. Söz konusu davada Eritreli işçiler, ülkelerindeki bir madende askerlik yoluyla zorunlu çalışma rejimine süresiz olarak tabi tutulduklarını iddia etmişlerdir. İşçiler aynı zamanda Kanadalı bir şirket olan Nevsun Resources Ltd.’ye ait madende şiddet içeren, zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kaldıklarını ileri sürmüşlerdir. Bu eylemlerin zorla çalıştırma, kölelik, zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve insanlığa karşı suçları yasaklayan uluslararası örf ve âdet hukuku normlarının ihlali olduğunu savunan davacılar, Nevsun aleyhine tazminat talebinde bulunmuşlardır. Nevsun ise yerel mahkemelerin yabancı bir hükümetin egemenlik alanında bulunan bir konuda değerlendirme yapmasını engelleyen devlet işlemi doktrini temelinde davanın düşürülmesini

¹⁷⁴ Shelton, s. 521-524.

¹⁷⁵ Ineta Ziemele, “Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights-The Method”, 2013, 12(2), The Law & Practice of International Courts and Tribunals.

talep etmiştir. Nevsun, Eritreli işçilerin uluslararası örf ve âdet hukukuna ilişkin iddialarının ise dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürmüştür. Önüne gelen davada Yüksek Mahkeme, kölelik, zorla çalıştırma ve zalimce, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye karşı yasaklar gibi bazı uluslararası insan hakları kurallarının *jus cogens* statüsünde olduğunu, dolayısıyla bunların herhangi bir istisnaya izin verilmeyen bir uluslararası örf ve âdet hukuku niteliğinde olduğunu ve bu nedenle de herhangi bir yasama sürecine gerek kalmadan Kanada iç hukukuna *ab initio* dahil olduklarını kabul etmiştir.¹⁷⁶

Uluslararası örf ve âdet hukuku, sözleşmelerin ortaya çıkışına mı kaynaklık etmektedir yoksa sözleşmeler mi uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına dönüşmektedir sorusunun cevabı her ikisi için de olumlu olabilir. Böyle bir durumda uluslararası insan hakları hukukunun gelişiminde örf ve âdetin yerinin olmayacağını, dahası örf ve âdetin insan hakları hukukunun kaynağı da olamayacağını ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir. Zira bir sonraki başlıkta detaylandırılacağı üzere, uluslararası insan hakları hukukunun niteliği gereği tüm devletleri bağlayıcı olması beklenmektedir. Bu itibarla bağlayıcılık açısından sadece imzacılarını kapsayan sözleşmeler hukuku sisteminde uluslararası insan hakları hukukunun gelişimini tam olarak sağlayamayacağı aşikârdır. Ancak, sözleşmelerin imzacı sayısının artmasıyla birlikte bir genel devlet uygulaması ve *opinio juris* oluşturması bağlamında sözleşmelerin de insan hakları hukukunun evrensel manada gelişimine katkısı olduğu ileri sürülebilir. Burada önemli olan nokta, sözleşmelerin ancak uluslararası örf ve âdet hukukuna kaynaklık edebilmeleri hasebiyle uluslararası insan hakları hukukunun gelişimine katkı sağlamasıdır. Bu itibarla mevzu bahis tartışmada uluslararası örf ve âdet hukukunun insan hakları hukukunun gelişimine olumlu etki ettiğini söylemek mümkündür. Ancak uluslararası insan hakları hukukunun örf ve âdetten nasıl etkileneceğine ilişkin tartışma bu kadar kolay çözüme kavuşturulabilecek bir mesele değildir.

B. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun *Erga Omnes* Niteliği

Uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası insan hakları hukuku ilişkisindeki ikinci temel mesele, uluslararası insan hakları hukukunun bütün uluslararası topluluğa karşı yükümlülükler içerip içermediğine (yani *erga omnes* niteliğine) ve içermekte ise uluslararası örf ve âdet hukukun buna ne kadar katkı yaptığına ilişkindir. Uluslararası örf ve âdet hukukunun uluslararası insan hakları hukukunu tüm insanlığa karşı ileri sürülebilecek haklar olarak

¹⁷⁶ *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5 (February 28, 2020).

geniştirdiği düşüncesi kendine hem doktrinde hem de içtihat hukukunda destek bulmaktadır. Her ne kadar Weil *erga omnes* yükümlülükler kavramının evrensel olarak onaylanmadığını ileri sürmekte ise de¹⁷⁷ Dinstein'in da belirttiği üzere bugün uluslararası hukukun yerleşik bir ilkesi olarak kabul edilebilir durumdadır.¹⁷⁸ Gerçekten de Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanarak BM Genel Kurulu tarafından 2002 yılında kabul edilen "Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu" belgesi, uluslararası yükümlülüklerin ciddi ihlalleri karşısında bir bütün olarak uluslararası topluma karşı duyulan sorumluluk sistemi yaratmıştır.¹⁷⁹

Paust'a göre uluslararası insan hakları hukukunun *erga omnes* niteliği, özellikle 1949 Cenevre Konvansiyonu'nda sayılan haklar ve yasaklamalar ile soykırımın yasaklanması konularında kesinleşmektedir, zira Paust 1949 Konvansiyonu'ndaki haklar ve yasaklamaların açık şekilde diğer uluslararası hukuk kurallarından hiyerarşik olarak üstün olduğunu ifade etmektedir.¹⁸⁰ Bu kapsamda Paust, bizim de aşağıda ele alacağımız UAD'nin 1970 *Barcelona Traction* kararından hareketle, uluslararası hukukun bazı kurallarının "tüm devletlerin meselesi" olduğunu kabul etmekte ve geniş katımlı antlaşmalardaki kuralların örf ve âdet hukukuna tâbi olması nedeniyle de tüm insanlığa yönelik yükümlülükler içeren *erga omnes* karakterli temel insan haklarından olduklarını kabul etmektedir.¹⁸¹ Bu itibarla bahsedilen örf ve âdete dayalı insan hakları hukuku kuralları, evrensel olma niteliğini haiz olmaktadır.¹⁸² Bir diğer taraftan Paust'a paralel şekilde Weisburd'a göre de örf ve âdete dayalı uluslararası insan hakları hukuku normlarının *erga omnes* olması, bu kuralların ihlâlinin tüm devletleri aynı şekilde etkileyecek

¹⁷⁷ Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", 1983, 77(3), American Journal of International Law, s. 432.

¹⁷⁸ Yoram Dinstein, "The erga omnes Applicability of Human Rights", 1992, 30(1), Archiv des Völkerrechts, s. 16.

¹⁷⁹ Official Records of United Nations General Assembly, Fifty-sixth Session, 28 January 2002, UN Doc. A/RES/56/83, art. 48.

¹⁸⁰ Jordan J. Paust, "The Complex Nature, Sources and Evidences of Customary Human Rights", 1995, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 152; Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Theodor Meron, "The Geneva Conventions as Customary Law", 1987, 81(2), American Journal of International Law, s. 348-370.

¹⁸¹ Paust, s. 153.

¹⁸² Paust, s. 154.

olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁸³ Benzer şekilde Erika de Wet ise, bölgesel veya evrensel insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerin taraf devletlere karşı *erga omnes* etkisini kabul etmenin yanı sıra, uluslararası örf ve âdet hukuku olarak kabul edildiği ölçüde de *erga omnes* etkiye sahip olacağını belirtmektedir.¹⁸⁴ Bu anlamda örneğin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, uluslararası örf ve âdet hukuku statüsü kazandıkları ölçüde *erga omnes* etkiye sahiptirler.¹⁸⁵

İçtihat hukukuna bakıldığında ise, bazı insan hakları kurallarının *erga omnes* niteliği açık şekilde kabul edilmektedir. Örneğin *Habré* davasında UAD, uluslararası insan hakları hukukunun *erga omnes* niteliğini açık şekilde ortaya koymuştur. Belçika'nın başvurusu üzerine görülen söz konusu davada UAD, görevi sırasında BM İşkenceye Karşı Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri ihlal ettiği iddia edilen eski Çad Cumhurbaşkanı Hissène Habré'nin Senegal tarafından gecikmeksizin yargılanması ya da iade edilmesi gerekip gerekmediğine karar vermeliydi. Belçika'nın talebini onaylayan mahkeme, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin tüm taraf devletlerinin, kendi topraklarında bulunan ve suçlu olduğu iddia edilen kişiler hakkında kovuşturma başlatma yükümlülüğü olduğuna ve bu yükümlülüğün taraf devletlerin ortak çıkarı olduğuna karar vermiştir. Bu itibarla UAD'ye göre, "*erga omnes partes* yükümlülüklerin" korunmasında tüm taraf devletlerin "yasal çıkarları" bulunmaktadır.¹⁸⁶

Bu sonuca ulaşılabilecek bir başka dava ise yine UAD'nin karara bağladığı *East Timor* davasıdır.¹⁸⁷ Doğu Timor fiilen Endonezya hakimiyetinde iken, Avustralya'nın Endonezya ile Doğu Timor kıta sahanlığına ilişkin bir antlaşma imzalamasının hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirmesi istenen davada, UAD "yasal çıkar" anlayışının aslında geniş yorumlanması gerektiğine dair bazı göstergeler ortaya koymuştur. Davada Portekiz ve Avustralya, UAD

¹⁸³ Weisburd, s. 108.

¹⁸⁴ Erika de Wet, "Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", in Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, s. 554.

¹⁸⁵ Wet, s. 555.

¹⁸⁶ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 449-450.

¹⁸⁷ *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, 30 June 1995, I.C.J. Reports 1995.

Statüsü'nün 36/2. maddesi uyarınca UAD'nin yargı yetkisini kabul etmesine rağmen, Endonezya bunu kabul etmemiş ve bu nedenle de mahkemenin yalnızca devletlerin rıza gösterdiği durumlarda yargılama yetkisine sahip olduğunu belirten UAD Statüsü nedeniyle kıta sahanlığına ilişkin antlaşmanın hukuka uygunluğuna dair bir karar verilememiştir. UAD, bu sonuca varırken, self-determinasyon hakkının *erga omnes* statüsünü ve özellikle Doğu Timor halkının self-determinasyon hakkını kabul etmiştir.¹⁸⁸ UAD, yine de ileri sürülen yükümlülüklerin niteliğine bakılmaksızın, yalnızca yargı yetkisine rıza gösteren bir devletin davranışının hukuka uygunluğuna hükmedebileceğinin altını çizmiştir. Böylece UAD, bir hakkın *erga omnes* statüsünün devletleri kendi yargı yetkisini kabul etmeye zorlamadığını açıkça ortaya koymuştur.¹⁸⁹ Bununla birlikte, UAD'nin kararından yola çıkarak söylenebilir ki, Endonezya UAD'nin yargı yetkisini kabul etmiş olsaydı, Portekiz Endonezya'ya karşı Doğu Timor halkının self-determinasyon hakkını ileri sürebilirdi. Zira Portekiz, Doğu Timor üzerinde *de facto* veya *de jure* hükmetme hakkına sahip olmasa da self-determinasyon hakkının *erga omnes* karakteri temelinde Doğu Timor halkının bu hakkının korunmasında “yasal bir çıkara” sahip olacaktı.

Uluslararası insan hakları hukukun, uluslararası örf ve âdet hukuku üzerinden *erga omnes* statüsü kazandığını ileri sürerken dayanılabilecek sağlam bir içtihat da *Barcelona Traction* davası sonucunda ortaya çıkmıştır.¹⁹⁰ UAD tarafından karara bağlanan *Barcelona Traction* davasında davacı Belçika ve davalı İspanya ihtilaf halinde olmuştur. Dava temel olarak Kanada kanunlarına göre kurulmuş ve İspanya'da faaliyet gösteren Barcelona Traction Şirketi'ne İspanya tarafından el konulması üzerine, şirketin Belçika vatandaşı olan hissedarları adına Belçika hükümetinin el koyma nedeniyle oluşan zararın diplomatik himaye temelinde tazmin talebine yöneliktir. Mahkemeye göre diplomatik himaye gerektiren yükümlülükler, yabancının vatandaşı olduğu devlete karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülükler olup, her devlet açısından uyulması gereken, yani *erga omnes* yükümlülükler değildir. Ancak diğer taraftan, soykırım ve saldırının yasaklanması veya kölelik ve ırkçılığın yasaklanması gibi temel insan hakları ile ilgili ilke ve kurallar *erga omnes*

¹⁸⁸ Self-determinasyonun bir ilke mi yoksa hak mı olduğuna dair detaylı bir tartışma için bkz. Şahin Eray Kırdım/Atahan Demirkol, “San Francisco Konferansı Görüşmeleri ve Birleşmiş Milletler Kararları Işığında Self-Determinasyon Kavramının İncelenmesi”, 2021, 25(1), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 389-430.

¹⁸⁹ *Case Concerning East Timor*, s. 101-102.

¹⁹⁰ *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (Belg. v. Sp.)*, 1970 I.C.J. 3 (Second Phase) (Judgment of Feb. 5).

yükümlülük doğurmaktadır.¹⁹¹ UAD'nin daha güncel kararları da bu argümanı desteklemektedir. Örneğin *Diallo* davasında Divan, insanlık dışı ve onur kırıcı muamelelerin yasaklanmasına ilişkin kurallar hakkında açıkça *erga omnes* nitelmesi yapmamasına rağmen, bu kuralları bünyesine alan uluslararası antlaşmaların tarafı olmasa bile her devlet açısından bağlayıcı olduğunu kabul etmiştir.¹⁹²

UAD'nin *Barcelona Traction* kararında¹⁹³ ifade ettiği gibi ırkçılığa dayalı ayrımcılıktan ve kölelikten korunma ile soykırım yasağı gibi temel insan hakları *erga omnes* niteliğine sahip olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁴ Dolayısıyla, Sinclair'in de belirttiği üzere buradan yapılabilecek yorum, temel insan hakları olarak nitelenecek hakların *erga omnes* niteliğini kazanabilecekken, temel insan hakları dışında kalanların *erga omnes* olarak değerlendirilemeyeceğidir.¹⁹⁵ Ancak bu hususta temel insan haklarının kapsamı UAD tarafından net olarak belirlenmemiş dolayısıyla tartışmaya açık bırakılmıştır.¹⁹⁶ Ayrıca belirtilmelidir ki *Barcelona Traction* davasında UAD, "insan hakları" kavramı yerine "insanın temel hakları (*the basic rights of the human person*)" ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.¹⁹⁷ Buradan hareketle Meron, Divan'ın olağan insan hakları ile temel insan hakları arasında bilinçli bir ayırım yapmış olabileceğini ileri sürmüştür.¹⁹⁸ Kanaatimizce de temel insan hakları kavramının kapsamı, yaşam hakkı gibi yokluğu halinde insan hayatını doğrudan tehdit edecek haklar olarak anlaşılmalıdır. Bu itibarla, temel insan hakları kavramı kısıtlı bir çekirdek haklar kategorisine işaret etmektedir.

Uluslararası örf ve âdet hukukunun insan hakları hukukunun kaynağı

¹⁹¹ *Barcelona Traction*, s. 32.

¹⁹² *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of The Congo)*, Judgment, ICJ Reports, 30 November 2010, s. 671.

¹⁹³ *Barcelona Traction* davasının uluslararası hukuk kuralları açısından ortaya çıkardığı etkileri detaylı şekilde ele alan bir çalışma için bkz. Yasin Söyler, "Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi", 2015, 19(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 207-248.

¹⁹⁴ *Barcelona Traction*, s. 32.

¹⁹⁵ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of treaties*, 2. Baskı, Manchester University Press, 1984, s. 213.

¹⁹⁶ Kemal Başlar, "Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı", 2002, 22(2), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 92.

¹⁹⁷ *Barcelona Traction*, s. 32.

¹⁹⁸ Theodor Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Clarendon, 1986, s. 185-186.

olarak görülmesi durumunda, *Barcelona Traction* kararında ifade edildiği gibi¹⁹⁹ uluslararası toplumun tümüne yönelik yükümlülüklerin *erga omnes* niteliğini haiz olması sebebiyle, insan hakları hukuku da *erga omnes* niteliğine kavuşmaktadır.²⁰⁰ Ancak her ne kadar örf ve âdetin uluslararası insan hakları hukukunu *erga omnes* niteliğine kavuşturduğu söylene de bu örf ve âdet kurallarını ulusal hukukunda uygulamayan devletler de vardır. Örneğin ABD’de yerel mahkemeler örf ve âdete dayalı uluslararası insan hakları hukukunu bir ulusal hukuk kuralı olarak görmemektedirler.²⁰¹ Zira ABD’de uluslararası insan hakları hukukunun mahkemelerce uygulanması tartışmalı bir konudur.²⁰² Çok taraflı uluslararası sözleşmeler, örf ve âdete dayalı uluslararası insan hakları hukukunun temel kaynağı olarak kabul edilirken, bu yolla oluşan uluslararası insan hakları hukuku ABD’de federal hukukun bir kaynağı olarak görülmemektedir.²⁰³

Uluslararası örf ve âdet hukukundan kaynaklanan şekilde uluslararası insan hakları hukuku kurallarının *erga omnes* niteliği kazanması görüşü, bir başka tartışmaya daha yol açmaktadır. Önceki bölümlerde ifade edildiği üzere örf ve âdet hukuku tüm devletleri bağlayıcı olmakla birlikte tek istisnası ısrarlı itirazcı (*persistent objector*) kuralıdır. *Erga omnes* niteliğini kazanmamış uluslararası insan hakları hukuku kurallarına ısrarlı itirazcı olunması önünde herhangi bir engel olmadığı düşünülmektedir. Ancak *erga omnes* haklara ilişkin doktrinde tartışmalı bir durum bulunmaktadır. Örneğin Byers’in görüşüne göre *erga omnes* niteliğini haiz bir kurala karşı ısrarlı itirazcı olunamayacağına dair bir yaklaşım doğru değildir.²⁰⁴ Dolayısıyla bu görüşe göre ısrarlı itirazcı devletler, bir kuralın *erga omnes* niteliğinden etkilenmezler.²⁰⁵ Bunun tam karşıtı olan görüş ise, Güney Afrika örneğinde ortaya çıkmaktadır. Güney Afrika, ırk ayrımcılığı (*racial discrimination*) yasağına karşı ısrarlı itirazcı

¹⁹⁹ *Barcelona Traction*, s. 32.

²⁰⁰ Thirlway, “Human Rights in Customary Law”, s. 499.

²⁰¹ Gordan A. Christenson, “Customary International Human Rights Law in Domestic Court Decisions”, 1995, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 226.

²⁰² David F. Klein, “A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts”, 1988, 13, Yale Journal of International Law 13, s. 332.

²⁰³ Curtis A. Bradley/Jack L. III Goldsmith, “The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation”, 1997, 66, Fordham Law Review, s. 340; Curtis A. Bradley/Jack L. Goldsmith, “Federal Courts and the Incorporation of International Law”, 1997, 111, Harvard Law Review, s. 2261-2262.

²⁰⁴ Byers, s. 198.

²⁰⁵ Byers, s. 198.

olduğunu dile getirmiştir. Ancak bu itiraz genel kabulle reddedilmiştir. Ret gerekçesi ise dikkat çekicidir, zira ırk ayrımcılığı sıradan bir uluslararası örf ve âdet kuralı olmayıp emredici kural (*peremptory law*) niteliğindedir.²⁰⁶ Bir kuralın emredici kural olması ise o kuralın tüm devletler tarafından olmasa da çoğunluğunun kabulüne bağlıdır.²⁰⁷ Bu tür kurallar ise, genel kabule göre ısrarlı itirazcılığa izin vermemektedir.²⁰⁸ Ayrıca Uluslararası Hukuk Komisyonu da *erga omnes* niteliğindeki kurallara karşı ısrarlı itirazcı olunamayacağı görüşünü ifade etmektedir.²⁰⁹ Bu konudaki kanaatimiz, *erga omnes* niteliği kazanmış uluslararası insan hakları kurallarına karşı ısrarlı itirazcı olunamayacağı yönündedir. Zira ısrarlı itirazın daha önceki bölümlerde anlatıldığı üzere bir kuralın oluşum aşamasında yapılması gerektiği bilinmektedir. Bu itibarla, bu kural *erga omnes* niteliğini kazanmış ise, o kuralın hukuk düzeninde *ipso facto* meydana geldiği ve artık itiraz şansı kalmadığı kabul edilmelidir. Ayrıca *erga omnes* niteliği bir anlamda ilgili kurala evrensel olma karakteri vermekle onu diğer kurallardan farklılaştırmaktayken bu kurala karşı ısrarcı itirazcı olabilmek *erga omnes* niteliğin ruhuna da aykırı olacaktır.

Uluslararası örf ve âdet hukukunun, uluslararası insan hakları hukukuna *erga omnes* niteliği sağladığı daha önce ifade edilen doktrinde ve içtihat hukukunda sabittir. Bu bağlamda uluslararası insan hakları hukukunun gelişiminde örf ve âdetin etkisi, onun evrensel anlamda uygulanabilecek, tüm devletlere karşı ileri sürülebilecek ve bağlayıcı olacak bir kurallar silsilesi haline gelmesine katkı sağlamaktır. Her ne kadar örf ve âdetin uluslararası insan hakları hukukunu *erga omnes* niteliğine kavuşturduğu ifade edilse de ABD örneğinde görüldüğü gibi ulusal mahkemelerinde bu örf ve âdet hukuku kurallarını insan hakları hukuku olarak görmeyen devletler de olabilmektedir. Bu itibarla uluslararası örf ve âdetin, insan hakları hukukunun evrenselliğine kayıtsız şartsız bir katkı sağladığı ifadesi de yanlış olacaktır.

²⁰⁶ Jure Vidmar, “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?”, in Erika De Wet/Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy In International Law: The Place Of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, s. 26.

²⁰⁷ Erika De Wet, “Invoking Obligations Erga Omnes in the Twenty-First Century: Progressive Developments since Barcelona Traction”, 2013, 38(1), *South African Yearbook of International Law*, s. 8.

²⁰⁸ Vidmar, s. 26.

²⁰⁹ Report of the International Law Commission, Sixty- seventh session, 4 May-5 June and 6 July-7 August 2015, UN Doc. A/70/10, Advance Unedited Version, 24 August 2015, s. 40, para. 94.

C. Evrensel Bir İnsan Hakları Hukuku: Eleştirel Bir Yaklaşım

Uluslararası örf ve âdet hukuku ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişkiye dair üçüncü tartışma ise, örf ve âdet hukuku sebebiyle evrensellik kazanan insan haklarının batılı devletlerin egemen bakış açısıyla mı dikte edildiğine ilişkindir. Örf ve âdetin uluslararası insan hakları hukukuna katkısı doktrinde açıkça görülmektedir. Uluslararası örf ve âdet hukuku, sözleşmeler sistemi ile kıyaslandığında, bu kuralların imzacı olmayan devletleri de bağlayacak nitelikte genişletilmesine bir vesile olabilmektedir. Bu açıdan da insan hakları hukukunun ve küresel insan hakları anlayışının gelişmesine katkı sağlayabilmektedir. Ancak diğer bir yandan, bu düşünce kültürel ve bölgesel değişiklikleri göz ardı etmektedir. İnsan hakları algısı her ne kadar küresel ve evrensel olsa da kültürel farklılıklar değişik insan hakları gruplarının da uygulanmasını gerektirebilir. Bu bağlamda örf ve âdet hukukunun insan hakları bağlamında bölgesel hassasiyetleri de barındıracak şekilde bir katılıma izin vermesi önemlidir.

Genel olarak kabul gördüğü ve Henkin tarafından da ifade edildiği gibi, insan hakları dünyanın her yerindeki insanlara herhangi bir zamanda atfedilebilecek, bir anlamda zamanı ve mekânı olmadan ileri sürülebilecek haklardır.²¹⁰ İnsan hakları kurallarının evrensel niteliği, çeşitli uluslararası belgelerde vurgulanmıştır. Örneğin 1993 tarihli Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda ifade edilen şekliyle insan haklarının ve özgürlüklerinin evrenselliği sorgulanabilir değildir.²¹¹ Bu itibarla Henkin, İHEB ve BM Şartı gibi insan haklarına ilişkin hükümler içeren belgelerin devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olması, birçok devletin anayasasında insan haklarına ilişkin ifadelerin bulunması ve tüm devletleri bağlayan örf ve âdete dayalı uluslararası insan hakları hukuku kurallarının oluşması sebebiyle insan haklarının bir şekilde evrensellik niteliğini haiz olduğunu kabul etmektedir.²¹² Yine de evrensel olan uluslararası insan hakları hukuku rejimi, uluslararası ölçekte kabul görmüş insan hakları kurallarının ulusal düzeyde uygulanmasını gerektirir.²¹³ Ancak bu gerçeklik, ABD gibi güçlü Birinci Dünya ülkelerinin

²¹⁰ Louis Henkin, "The Universality of the Concept of Human Rights", 1989, 506(1), The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, s. 11.

²¹¹ UN General Assembly, Vienna Declaration and Programme of Action, 12 July 1993, A/CONF.157/23.

²¹² Henkin, The Universality of the Concept of Human Rights, s. 13.

²¹³ Jack Donnelly, "The Relative Universality of Human Rights", 2007, 29(2), Human Rights Quarterly, s. 283.

iç hukuklarında örf ve âdetten doğan insan haklarını uygulamakta çekince gösterdikleri durumlarda küresel bir baskı yaşamadıkları göz önünde bulundurulduğunda, evrensel bir uluslararası insan hakları hukuku algısının yerleşmesiyle çelişki oluşturmaktadır.

Örf ve âdet hukukuna dayalı insan haklarının batılı bir hegemonya aracı haline dönüşüp dönüşmediği sorusu, TWAIL akademisyenlerinin uluslararası hukuk için dile getirdikleri argüman üzerinden yorumlanabilir. Örneğin Mutua, uluslararası insan hakları hukukunun küstah bir Avrupa merkezilik örneği olduğunu dile getirmektedir.²¹⁴ Yine Kırdım'a göre, UAD'nin *Nicaragua* davasındaki “bir devlet için, o devlet tarafından antlaşma yoluyla veya başka bir şekilde kabul edilmiş olanlar dışında, uluslararası hukukta hiçbir kural yoktur ... ve bu ilke istisnasız tüm devletler için geçerlidir” ifadesi, modern uluslararası hukukta sahte bir katılımcılık algısının yaratılmasına neden olmaktadır.²¹⁵ Zira özellikle uluslararası örf ve âdet hukukunun ortaya çıkışında bakılacak genel devlet uygulaması ve *opinio juris* Üçüncü Dünya ülkeleri arasından değil, öncelikli olarak Birinci Dünya devletleri arasından seçilecektir.²¹⁶ Bu durumda uluslararası hukukun ve onun da bir alt dalı olan uluslararası insan hakları hukukunun gerçekten dünya devletlerinin kaçını temsil edeceği konusunda çok da iyimser davranılamayacaktır.

Bu itibarla, modern uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden biri olarak kabul edilen İHEB dahi Üçüncü Dünyacı bakış açılarından eleştirilmiştir. Örneğin Shah'a göre, İHEB emperyalist ve kolonyalist bir alt yapı üzerine oluşturulmuş, böylece özgürlük ve hak kavramlarını da batılı bir bakış açısından tanımlamıştır.²¹⁷ Benzer şekilde Mutua uluslararası insan hakları hukukunun Avrupa merkezilik düşüncesinin yaygınlaştırılması üzerine inşa edilmiş olduğunu ifade ederken, Chimni ise uluslararası insan haklarının Üçüncü Dünya devletlerinin neo-liberal politikaları uygulaması yönündeki baskıyla eş zamanlı olarak manipüle edildiklerini vurgulamaktadır.²¹⁸ Zabunoğlu ve Sönmez de keskin bir şekilde

²¹⁴ Mutua, What Is TWAIL?, s. 36-37.

²¹⁵ Kırdım, s. 142.

²¹⁶ Kırdım, s. 151.

²¹⁷ Jeena Shah, “UDHR: Our North Star for Global Social Justice or an Imperial and Settler-Colonial Tool to Limit Our Conception of Freedom”, 2018, 31, Pace International Law Review, s. 569.

²¹⁸ Makau Mutua, “Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider”, 2000, 45, Villanova Law Review, s. 850; B. S. Chimni, “Third World Approaches

uluslararası insan haklarının Avrupa merkeziliğinin aşikâr olduğunu ileri sürmektedir.²¹⁹ Bunun göstergesi olarak Zabunoğlu ve Sönmez, Mutua ile benzer şekilde İHEB'in BM Genel Kurulu Kararı olması sebebiyle bu belgenin ortaya çıkartılmasında yalnızca BM Genel Kurulu üyesi olma şansına sahip Batı devletlerinin söz sahibi olduğunu dile getirmektedir.²²⁰ Bu görüşler doğrultusunda denilebilir ki doktrindeki bir yaklaşım, uluslararası insan hakları hukukunu Batı veya Birinci Dünya devletlerinin hegemonyası altında oluşturulmuş bir değerler sistemi olarak görmektedir. Zira bu görüşe göre, Robbins'in de ifade ettiği gibi uluslararası insan hakları hukukunda güçlü iki rejim olan Amerikan ve Avrupa sistemleri bu alanda hâkim konumda kalmaya devam ederlerse, batılı olmayan insan hakları tehlike altında olacaktır.²²¹

TWAIL, Badaru'ya göre uluslararası insan haklarını incelemekte birkaç temel katkı sağlamaktadır.²²² Bunlardan ilki, TWAIL'in uluslararası insan hakları hukukunu çözümlerken benimsediği tarihsel bakış ve disiplinler arası yaklaşımdır. Zira Üçüncü Dünya ülkelerinde bugün yaşanan insan hakları ihlalleri incelenirken tarihsel perspektiften de yararlanılmalıdır. İkincisi, bu yaklaşım uluslararası hukukun uygulanmasındaki çifte standardı ortaya koymaktadır. Örneğin, Badaru'ya göre insan haklarının uygulanmasının her zaman ön planda tuttuğunu iddia eden Batı, uluslararası ticaret hukukunun insan hakları hukukunu ihlal ettiği durumlarda gözlerini kapatmaktadır.²²³ Üçüncüsü, TWAIL insan hakları değerlerinin ve kurallarının evrensel niteliği kazanmasına ilişkin bir sorgulamaya imkân vermektedir.²²⁴ Son olarak TWAIL, insan hakları kavramının Üçüncü Dünya'nın tüm sorunlarına çözüm

to International Law: A Manifesto", 2006, 8(1), International Community Law Review, s. 3; B. S. Chimni, International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2017, s. 291.

²¹⁹ Hamdi Gökçe Zabunoğlu/Esma Yağmur Sönmez, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Dünya Yaklaşımları", 2021, 12(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 262.

²²⁰ Zabunoğlu/Sönmez, 263; Makau Mutua, "The Ideology of Human Rights", 1996, 36(3), Virginia Journal of International Law, s. 589.

²²¹ Melissa Robbins, "Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement", 2004, 35, California Western International Law Journal, s. 301-302.

²²² Opeoluwa Adetoro Badaru, "Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law", 2008, 10(4), International Community Law Review, s. 379-387.

²²³ Badaru, s. 383.

²²⁴ Badaru, s. 384.

olacak bir araç olmadığını anlamamıza yardımcı olmaktadır. Nitekim Üçüncü Dünya'nın sorunlarının çözülebilmesi için insan hakları ihlallerinin yanında ekonomik ve siyasal araçlara da ihtiyaç vardır.²²⁵

TWAIL'in uluslararası insan haklarına yönelik bu katkılarından hareketle bakıldığında, Ramina'nın aktarımına göre Rémi Bachand da TWAIL'in insan haklarına ilişkin üç eleştiri noktası olduğunu ifade etmektedir.²²⁶ İlk eleştiri, insan haklarının köken olarak Avrupa toplumlarına ait olmasa da bugünkü evrensel uluslararası insan hakları anlayışının tamamen Avrupa merkezci olduğuna yöneliktir. İkinci eleştiri, insan haklarının Avrupa tarafından Üçüncü Dünya devletlerinin “vahşi ve yabani” kültürlerinden arınmalarını sağlayarak onları medenileştirmek için kullanılan kolonyal ve emperyalist müdahaleler olduğuna ilişkindir. Son eleştiri ise, Avrupa merkezli insan haklarının liberal demokrasileri teşvik etmek suretiyle Üçüncü Dünyanın emperyalizm ve neo-kolonyalizm ile mücadelesini engellemesi üzerinedir.²²⁷ Bu bağlamda değerlendirildiğinde TWAIL bakış açısından uluslararası insan hakları hukuku, Üçüncü Dünya'nın ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte görülmemektedir.²²⁸

Mutua, ürettiği üçlü metafor üzerinden insan hakları yaklaşımını eleştiriye tabi tutmaktadır. Barbarlar-kurbanlar-kurtarıcılar (BKK) olarak tasvir edilen bu üçlü metafor, barbarları bir tarafa koyarken, karşı tarafta da kurbanlar ve kurtarıcılar konumlandırmaktadır.²²⁹ Bu metafor içerisinde barbarlar devleti temsil etmektedir. Bu itibarla devletler sivil topluma baskı yarattığı müddetçe barbarlaşırlar. Kurbanlar, barbar olan devlet tarafından zorbalığa uğramış insanlığı ifade etmektedir. Üçüncü unsur olan kurtarıcılar ise BM, batılı devletler ve batılı yardım kuruluşlarıdır. BKK metaforu üzerinden değerlendirmesini yapan Mutua, insan hakları kurallarının Avrupa merkezli kolonyalizmin bir devamı niteliğinde olduğunu ve bu sebeple de bu kuralların evrensellik iddiasının zayıfladığını ifade etmektedir. Mutua, bir diğer taraftan bu metaforun batılı kültürlerin batılı olmayan kültürler üzerinde kurduğu hegemonyaya ve onları batının bir prototipi haline çevirmelerine yönelik bir ön kabulü olduğunu iddia etmektedir. Son olarak Mutua, insan

²²⁵ Badaru, s. 384.

²²⁶ Larissa Ramina, “TWAIL - ‘Third World Approaches to International Law’ and Human Rights: Some Considerations”, 2018, 5(1), Revista de Investigações Constitucionais, s. 264,

²²⁷ Ramina, s. 264-65.

²²⁸ Ramina, s. 271.

²²⁹ Makau Mutua, “Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights”, 2001, 42(1), Harvard International Law Journal, s. 201.

hakları hareketinin kültürler arası meşruiyet kazanmasını engelleyecek bir şekilde küstah bir dile sahip olduğunu ileri sürmektedir.²³⁰

Buradan hareketle söylenebilir ki Henkin'in tespitine göre genellikle Asya ülkelerinden gelmekte olan insan haklarının evrenselliğine yönelik itirazların en büyük sebebi kültürel, ki bizatihi Henkin bu itirazların yerinde olmadığını ifade etmektedir.²³¹ Zira ona göre Üçüncü Dünya devletlerinin insan haklarına olan karşıtlığı bu kurallara değil, BM politikalarına yöneliktir.²³² TWAIL açısından da göz önüne alındığında bu konunun haklılık payı vardır. Uluslararası hukuk altında hegemon güçlerin sömürsüne tabi tutulmuş olan Üçüncü Dünya devletlerinin, uluslararası insan hakları hukukunun da evrensel niteliği haiz olmasına tarihsel tecrübelerinden dolayı tepki gösterdikleri düşünülebilir. Uluslararası örf ve âdet hukuku, uluslararası insan hakları hukukuna evrensel, bir diğer ifadeyle *erga omnes* niteliği kazandırırken Üçüncü Dünya devletleri uluslararası insan hakları hukukunun bu niteliğini eleştiriye tâbi tutmaktadır. Evrensel bir insan hakları hukuku, bağlayıcı kuralların *erga omnes* niteliğini kazanması anlamında mümkün görünmektedir. Ancak evrensel insan hakları hukukunun batılı olmayan insan hakları kurallarını da dikkate alması, Üçüncü Dünya devletlerinin de bu kurallara olan tepkisini azaltacaktır. Bu itibarla, evrensel bir insan hakları hukuku rejiminin kurulması ancak Birinci Dünya ile Üçüncü Dünya arasındaki eşitsizliğin giderilmesine bağlı olacaktır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Modern anlamda insan hakları, insanları siyasal iktidarın, bir diğer deyişle devletin zulmünden korumak amacını taşımaktadır. Bu anlamda insan hakları, insan olmaktan kaynaklanan ve doğuştan kazanılan birtakım haklar olup, bu hakların tarihsel karşıtları devletler olmuştur. Zira ulusal insan hakları belgelerinin tarihsel gelişim sürecine bakıldığında, muhtemel ihlaleci konumundaki öznenin daima devletler olduğu görülecektir. Örneğin keyfi tutuklamanın veya ev sahibinin rızası olmadan askerlerin evlerde konaklamasının yasaklanması, kişi hürriyeti ve mülkiyet hakkının devlete karşı korunması amacını taşımaktadır. Bugün gelinen noktada ise, sürekli küçülmekte olan küresel bir topluluğun üyeleri olarak her insan, vatandaşı

²³⁰ Mutua, *Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights*, s. 204-206.

²³¹ Henkin, "The Universality of the Concept of Human Rights", s. 14; Christina M. Cerna, "Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts", 1994, 16(4), *Human Rights Quarterly*, s. 744.

²³² Henkin, "The Universality of the Concept of Human Rights", s. 14.

olduğu ülke devletine karşı -yükümlülükler yanında- birtakım haklara sahip olup, dahası bu hakların korunması yükümlülüğü de devlete aittir.

Devletlerin kendi vatandaşlarının insan haklarını korumak konusunda ülkeden ülkeye değişen birtakım yükümlülüklerle sahip oldukları aşikârdır. Ancak uluslararası toplum üyeleri, insan hakları özelinde söylem düzeyini aşarak eylem düzeyinde karşılık bulan bir koruma yükümlülüğüne de sahiptirler. İHEB’te ifadesini bulan şekliyle devletler, “insan haklarının ve temel özgürlüklerin evrensel olarak saygı görmesi ve gözetilmesini sağlamayı taahhüt [etmişlerdir].”²³³ Ancak Goodale’nin de belirttiği üzere, devletlerin normatif olarak ifade edilmiş olan insan haklarını korumak için herhangi bir yükümlülük altına girmeden, yalnızca insan hakları idealinin fikir bayraktarlığını yapması anlamsızdır.²³⁴

Eldeki çalışma, uluslararası örf ve âdet hukukunun normatif insan haklarının korunması açısından evrensel bir koruma mekanizması oluşturmaya imkân sağladığını göstermektedir. Uluslararası örf ve âdet hukuku, kural olarak tüm devletler üzerinde bağlayıcı normlar içeren bir uluslararası hukuk kaynağıdır. Uluslararası örf ve âdet yoluyla bir hukuk normu oluşması için, devletlerin genel çoğunluğunun belirli bir yönde davranması ve bu davranışın da hukuki bir yükümlülük nedeniyle gerçekleştiriliyor olduğu inancı gereklidir. Dahası, her ne kadar uluslararası hukuka hâkim olan ilkelerden biri devletlerin egemen eşitliği olsa ve bu ilke uyarınca uluslararası hukukta devletleri bağlayıcı kurallar yine bizatihi devletlerin rızasına dayalı olarak oluşmakta ise de uluslararası örf ve âdet hukukunun işleyiş mantığı gereğince -bölgesel nitelikli olmayan kurallar haricinde- devletlerin açık rızalarına gerek yoktur. Bu anlamda, bir uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı, söz konusu kuralın oluşumu aşamasında kurala ısrarlı olarak itiraz etmeyen tüm devletler açısından bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla uluslararası örf ve âdet hukuku, ısrarlı itiraz kuralı istisna olmakla beraber evrensel olarak bağlayıcı kurallar üretmektedir.

Doğal hukuk anlayışına dayanan insan hakları tüm insanlığın ortak değerlerinin korunmasını amaçlamaktadır. Uluslararası insan haklarının *erga omnes* niteliği hem devlet uygulamalarında hem de içtihat hukukunda kabul

²³³ UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III), preamble.

²³⁴ Mark Goodale, “Introduction Locating Rights, Envisioning Law Between the Global and the Local”, in Mark Goodale/Sally Engle Merry (eds.), *The Practice of Human Rights: Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge University Press, 2007, s. 10.

edilmektedir. Dahası insan hakları, uluslararası insan hakları belgelerinde normatif hükümlerle korunmuyor olsa bile, uluslararası örf ve âdet hukukunca tanınan bazı temel haklar vardır ki bunlar uluslararası toplumun tümüne yönelik *erga omnes* yükümlülükler içeren bir niteliği haizdir. Bu nitelik, uluslararası insan hakları ile uluslararası örf ve âdet hukukunun “tüm devletlerin meselesi” ortak paydasında buluşmasıyla desteklenmektedir.

Uluslararası örf ve âdet hukukunun en azından bazı insan hakları ihlallerini tüm devletlerin korumakla yükümlü saydığı bir kapsama dahil etmesi, insan haklarına evrensel bir nitelik kazandırmakta ise de bu durumun uygulamada önemli sayılabilecek ve insan haklarının evrenselliğini zedeleyici bir etkisinin olduğu da kabul edilmelidir. Zira TWAIL akademisyenlerinin de vurguladığı üzere, hangi devlet davranışlarının uluslararası örf ve âdet hukuku normu oluşturmakta olduğu veya oluşturduğunun tespiti açısından Birinci Dünya devletleri Üçüncü Dünya devletlerine nazaran çok daha avantajlıdır. Birinci Dünya devletleri uluslararası örgütlerde ve uluslararası ilişkilerdeki hegemon konumları sayesinde, seslerini daha fazla duyurabilmektedir. Dahası, bu seslerin yüksek desibeli Üçüncü Dünya devletlerinin seslerini bastırmaktadır. Dolayısıyla Birinci Dünya devletlerinin kendi bakış açılarından oluşturulan bir dizi hak, tüm devletlere evrensel insan hakları olarak tembih edilmektedir. Bu nedenle de bazı Üçüncü Dünya devletleri, bazı uluslararası insan haklarını kültürel nedenlerle eleştiriye tâbi tutabilmektedir.

Kanaatimizce insan haklarının evrensel düzeyde korunması, bunların *erga omnes* niteliğini kazanması ile mümkün görünmektedir. Buna karşın insan hakları hukukuna evrensel niteliği aşılırken, batılı olmayan insan hakları kurallarının ya da insan haklarının batılı olmayan görünümünün de dikkate alınması, Üçüncü Dünya devletlerinin bu sürece katılımını ve insan haklarının evrensel düzeyde korunmasını arttıracaktır. Dolayısıyla, uluslararası örf ve âdet hukukunun insan haklarının evrensel düzeyde korunmasına yönelik olumlu katkısı açık olmakla beraber, batılı olmayan ülkelerin insan hakları normlarının oluşum sürecinde ikinci plana itilmesinin evrensel olması gereken insan haklarına yabancılaşılmasına yol açabileceği de akılda tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

- African Union, Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa, 11 July 2003.
- Akehurst M, "Custom as a Source of International Law", 1976, 47(1), British Yearbook of International Law, s. 1-53.
- Akkutay A İ, "İnsan Hakları Hukukunun Pozitivist Yönünü Oluşturan İlgili Uluslararası Antlaşmaların Feminist Yaklaşımına Etkisi", 2017, Özel Sayı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 14-42.
- Alves J A L, "The Declaration of Human Rights in Postmodernity", 2000, 22, Human Rights Quarterly, s. 478-500.
- Arsava A F, "Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi", 2012, 3(10), TAAD, s. 351-380.
- Austin J, Lectures on Jurisprudence, J. Murray, 1869.
- Aybay R, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Badaru O A, "Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law", 2008, 10(4), International Community Law Review, s. 379-387.
- Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (Belg. v. Sp.), 1970 I.C.J. 3 (Second Phase) (Judgment of Feb. 5).
- Barkin J S, "The Evolution of the Constitution of Sovereignty and the Emergence of Human Rights Norms", 1998, 27(2), Millennium, s. 229-252.
- Barna M, "Sosyal Devlet ve Eşitlik", 2001, 3, İzmir Barosu Dergisi, s. 107-114.
- Başlar K, "Uluslararası Hukukta Erga Omnes Kavramı", 2002, 22(2), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 75-108.
- Baxi U, The Future of Human Rights, Oxford University Press, 2007.
- Bederman D J, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", 2010, 21(1), Duke Journal of Comparative & International Law, s. 31-45.

- Beitz C, “What Human Rights Mean”, 2003, 132(1), *Daedalus*, s. 36-46.
- Beitz C, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, 2011.
- Bos M, *A Methodology of International Law*, North-Holland, 1984.
- Boucher D, “The Recognition Theory of Rights, Customary International Law and Human Rights”, 2011, 59(3), *Political Studies*, s. 753-771.
- Bradley C A/Goldsmith J L, “The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation”, 1997, 66, *Fordham Law Review*, s. 319-369.
- Bradley C A/Goldsmith J L, “Federal Courts and the Incorporation of International Law”, 1997, 111, *Harvard Law Review*, s. 2260-2275.
- Brownlie I, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, 1973.
- Buergenthal T, “The Evolving International Human Rights System”, 2006, 100(4), *American Journal of International Law*, s. 783-807.
- Buergenthal T, “The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights”, 1997, 19(4), *Human Rights Quarterly*, s. 703-723.
- Byers M, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 1999.
- Çalık T, “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması”, 2016, 24(1), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 69-120.
- Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic of Guinea v. Democratic Republic of The Congo), Judgment, ICJ Reports, 30 November 2010.
- Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, 30 June 1995, I.C.J. Reports 1995.
- Cassel D, “Does International Human Rights Law Make a Difference”, 2001, 2, *Chicago Journal of International Law*, s. 121-135.
- Çelebi H/Özdemir A M, “Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar”, 2010, 7(25), *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, s. 69-90.
- Cerna M, “Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts”, 1994, 16(4), *Human Rights Quarterly*, s. 740-752.
- Chimni B S, “Customary International Law: A Third World Perspective”, 2018, 112(1), *American Journal of International Law*, s. 1-46.

- Chimni B S, “Prolegomena to a Class Approach to International Law”, 2010, 21(1), *European Journal of International Law*, s. 57-82.
- Chimni B S, “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, 2006, 8(1), *International Community Law Review*, s. 3-27.
- Chimni B S, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2017.
- Christenson G A, “Customary International Human Rights Law in Domestic Court Decisions”, 1995, 25, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, s. 225-254.
- Committee on Formation of Customary (General) International Law, Final Report of the Committee, “Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law”, International Law Association, section 15, 2000, <<http://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>> Erişim Tarihi 12.11.2020.
- Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.
- D’Amato A, “Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms”, 1995, 25, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, s. 47-98.
- D’Amato A, “The Concept of Special Custom in International Law”, 1969, 63(2), *American Journal of International Law*, s. 211-223.
- D’Amato A, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971.
- Dahlman C, “The Function of *Opinio Juris* in Customary International Law”, 2012, 81(3), *Nordic Journal of International Law*, s. 327-339.
- de Schutter O, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, 2010.
- de Wet E, “Invoking Obligations *Erga Omnes* in The Twenty-First Century: Progressive Developments Since Barcelona Traction”, 2013, 38(1), *South African Yearbook of International Law*, s. 2-19.

- de Wet E, “Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, in Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2013, s. 540-560.
- Demirci F, *Meşru Devletin İnşası: Klasik Toplum Sözleşmesi Kuramlarında Birey-Devlet İlişkisi (Hobbes, Locke, Rousseau)*, 1. Baskı, Orion Akademi, 2021.
- Dinstein Y, “The erga omnes Applicability of Human Rights”, 1992, 30(1), *Archiv des Völkerrechts*, s. 16-21.
- Doğan İ, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Astana Yayınları, 2013.
- Domingues v United States, merits, 2002 IACHR, Report No. 62/02, Case 12.285.
- Donnelly J, “Human Rights as Natural Rights”, 1982, 4(2), *Human Rights Quarterly*, s. 391-405.
- Donnelly J, “The Relative Universality of Human Rights”, 2007, 29(2), *Human Rights Quarterly*, s. 281-306.
- Donnelly J/Whelan D J, *International Human Rights*, 5. Baskı, Routledge, 2018.
- Dumberry P, “Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited”, 2010, 59(3), *International and Comparative Law Quarterly*, s. 779-802.
- Elias O, “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, 1995, 44(3), *The International and Comparative Law Quarterly*, s. 501-520.
- Erdoğan M, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 2. Baskı, Orion Kitabevi, 2011.
- Evans T, “International Human Rights Law as Power/Knowledge”, 2005, 27(3), *Human Rights Quarterly*, s. 1046-1068.
- Fidler D, “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, 1996, 39, *German Yearbook of International Law*, s. 198-248.
- Forsythe D P, *Human Rights in International Relations*, Cambridge University Press, 2017.
- Freeman M, *Human Rights*, John Wiley & Sons, 2017.

- Galindo G R B/Yip C, “Customary International Law and the Third World: Do Not Step on the Grass”, 2017, 16(2), Chinese Journal of International Law, s. 251-270.
- Goldsmith J/Posner E, “A Theory of Customary International Law”, 1999, 66(4), The University of Chicago Law Review, s. 1113-1177.
- Goodale M, “Introduction Locating Rights, Envisioning Law Between the Global and the Local”, in Mark Goodale/Sally Engle Merry (eds.), The Practice of Human Rights: Tracking Law between the Global and the Local, Cambridge University Press, 2007, s. 1-38.
- Goodman R/Jinks D, “Measuring the Effects of Human Rights Treaties”, 2003, 14(1), European Journal of International Law, s. 171-183.
- Göçer M, “Uluslararası İnsan Hakları Andlaşmalarının Bağdaşmazlığı Sorunu ve Uluslararası Hukuk”, 2001, 56(3), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s. 47-70.
- Gözler K, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018.
- Greer S, The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, Cambridge University Press, 2006.
- Guzman A, “Saving Customary International Law”, 2005, 27(1), Michigan Journal of International Law, s. 115-176.
- Haas H, International Human Rights: A Comprehensive Introduction, Routledge, 2014.
- Hannum H, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”, 1995, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 287-397.
- Hannum H, “The UDHR in National and International Law”, 1998, 3(2), Health and Human Rights, s. 144-158.
- Hathaway O A, “Do Human Rights Treaties Make a Difference?”, 2002, 111(8), The Yale Law Journal s. 1935-2042.
- Henkin L, “Human Rights and State Sovereignty”, 1996, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 31-45.
- Henkin L, “The Universality of the Concept of Human Rights”, 1989, 506(1), The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, s. 10-16.

- Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), American Declaration of the Rights and Duties of Man, 2 May 1948.
- Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular Moçambique, per Margo J., 1980 2 SA 111 T, 125.
- Joyner D, “Why I Stopped Believing in Customary International Law”, 2018, 9(1), Asian Journal of International Law, s. 31-45.
- Kapani M, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 2. Baskı, Bilgi Yayınevi, 1991.
- Kapani M, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 1993.
- Kelly P, “The Twilight of Customary International Law”, 1999, 40, Virginia Journal of International Law, s. 449-544.
- Kelsen H, “Peace through Law”, 1943, 2(1), Journal of Legal and Political Sociology, s. 52-67.
- Kelsen H, Principles of International Law, 2. Baskı, Holt, Rinehart and Winston, 1966.
- Kırdım Ş E, “TWAIL’i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım”, 2021, 41(1), Public and Private International Law Bulletin, s.129-158.
- Kırdım Ş E/Demirkol A, “San Francisco Konferansı Görüşmeleri ve Birleşmiş Milletler Kararları Işığında Self-Determinasyon Kavramının İncelenmesi”, 2021, 25(1), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 389-430.
- Klein D F, “A Theory for the Application of the Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts”, 1988, 13, Yale Journal of International Law 13, s. 332-365.
- Kolb R, “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, Netherlands International Law Review, 2003, 50(2), s. 119-150.
- Kunz J, “The Nature of Customary International Law”, 1953, 47(4), American Journal of International Law, s. 662-669.
- Kunz J L, “The United Nations Declaration of Human Rights”, 1949, 43(2), American Journal of International Law, s. 316-323.
- Lauren P G, The Evolution of International Human Rights: Visions Seen, 3. Baskı, University of Pennsylvania Press, 2011.

- Lepard B, "Introduction", in Brian D. Lepard (ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, 2017, s. 1-44.
- Lillich R B, "The Growing Importance of Customary International Human Rights Law", 1995, 25, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, s. 1-30.
- Lutz E L/Sikkink K, "International Human Rights Law and Practice in Latin America", 2000, 54(3), *International Organization*, s. 633-659.
- McClane JB , "How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object", 1989, 13, *ILSA Journal of International Law*, s. 1-26.
- Mendelson M, "The Subjective Element in Customary International Law", 1996, 66(1), *British Yearbook of International Law*, s. 177-208.
- Meron T, "The Geneva Conventions as Customary Law", 1987, 81(2), *American Journal of International Law*, s. 348-370.
- Meron T, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, 1989.
- Meron T, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Clarendon, 1986.
- Morsink J, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999.
- Müllerson R, "On the Nature and Scope of Customary International Law", 1997, 2(1), *Austrian Review of International and European Law Online*, s. 341-360.
- Mumcu A/Küzeci E, *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri: Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları*, 3. Baskı, Savaş Yayınları, 2003.
- Mutua M, "Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider", 2000, 45, *Villanova Law Review*, s. 841-854.
- Mutua M, "Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights", 2001, 42(1), *Harvard International Law Journal*, s. 201-245.
- Mutua M, "The Ideology of Human Rights", 1996, 36(3), *Virginia Journal of International Law*, s. 589-657.
- Mutua M, "What Is TWAIL?", 2000, 94, *Proceedings of the ASIL Annual*

Meeting, s. 31-38.

Neumayer E, “Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?”, 2005, 49(6), *Journal of Conflict Resolution*, s. 925-953.

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk*, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017.

Nevsun Resources Ltd. v. Araya, 2020 SCC 5 (February 28, 2020).

North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v Netherlands, Federal Republic of Germany v Denmark), merits, 1969 ICJ Rep. 3, para. 77; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v United States of America), merits, 1986 ICJ Rep. 14.

Official Records of United Nations General Assembly, Fifty-sixth Session, 28 January 2002, UN Doc. A/RES/56/83.

Organization of African Unity (OAU), *African Charter on Human and Peoples’ Rights*, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

Organization of African Unity (OAU), *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, 11 July 1990, CAB/LEG/24.9/49 (1990).

Organization of African Unity (OAU), *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, 10 September 1969, 1001 U.N.T.S. 45.

Organization of American States (OAS), *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights* (“Protocol of San Salvador”), 16 November 1999, A-52.

Organization of American States (OAS), *American Convention on Human Rights*, “Pact of San Jose”, Costa Rica, 22 November 1969.

Organization of American States (OAS), *American Convention on Human Rights*, “Pact of San Jose”, Costa Rica, 22 November 1969.

Organization of American States (OAS), *Charter of the Organisation of American States*, 30 April 1948.

Organization of American States (OAS), *Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture*, 9 December 1985, OAS Treaty Series, No.

67.

Organization of American States (OAS), Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, 9 June 1994.

Organization of American States (OAS), Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (“Convention of Belem do Para”), 9 June 1994.

Organization of American States (OAS), Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty (“Pact of San Jose”), 8 June 1990, OAS Treaty Series, N°.73.

Özkan I, “Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri”, 2013, 8(Özel), Journal of Yaşar University s. 2127-2176.

Paust J J, “The Complex Nature, Sources and Evidences of Customary Human Rights”, 1995, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 147-164.

Pease KK/Forsythe DP, “Human Rights, Humanitarian Intervention, and World Politics”, 1993, 15 Human Rights Quarterly, s. 290-314.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

Ramina L, “TWAİL - ‘Third World Approaches to International Law’ and Human Rights: Some Considerations”, 2018, 5(1), Revista de Investigações Constitucionais, s. 261-272.

Reisman M, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, 1990, 84(4), American Journal of International Law, s. 866-876.

Report of the International Law Commission, Sixty- seventh session, 4 May- 5 June and 6 July-7 August 2015, UN Doc. A/70/10, Advance Unedited Version, 24 August 2015.

Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute, 1987.

Risse T/Ropp S C/ Sikkink K, The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change, 7. Baskı, Cambridge University Press, 2007.

Robbins M, “Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement”, 2004, 35, California Western

- International Law Journal, s. 275-302.
- Scharf M, “Accelerated Formation of Customary International Law”, 2014, 20, ILSA Journal of International and Comparative Law, s. 305-342.
- Schwelb E, “The Influence Of The Universal Declaration Of Human Rights On International And National Law”, 1959, 53, Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), s. 217-229.
- Shah J, “UDHR: Our North Star for Global Social Justice or an Imperial and Settler-Colonial Tool to Limit Our Conception of Freedom”, 2018, 31, Pace International Law Review, s. 569-576.
- Shaw M N, Uluslararası Hukuk, Çev. İbrahim Kaya vd., TÜBA, 2018.
- Shelton D, “International Law in Domestic Systems”, in Karen B. Brown/ David V. Snyder (eds.), General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Springer, 2012, s. 509-540.
- Sinclair I, The Vienna Convention on the Law of treaties, 2. Baskı, Manchester University Press, 1984.
- Sohn L, “Sources of International Law”, 1995, 25(1), Georgia Journal of International & Comparative Law, s. 399-406.
- Söyler Y, “Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi”, 2015, 19(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 207-248.
- Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945, 59 Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 933.
- Stein T, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, 1985, 26, Harvard International Law Journal, s. 457-482.
- The Core International Human Rights Treaties, United Nations, 2014.
- Thirlway H, “Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues”, 2015, 28, Leiden Journal of International Law, s. 495-506.
- Thirlway H, The Sources of International Law, 2. Baskı, Oxford University Press, 2019.
- Trachtman J, “Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary

- International Law”, 2010, 21, Duke Journal of Comparative & International Law, s. 221-233.
- Trimble R P, “A Revisionist View of Customary International Law”, 1986, 33, UCLA Law Review, s. 665-732.
- Türe F, “İnsan Haklarının Normatif Kökeni”, 2014, 32, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 149-161.
- U.N. Charter, 24 October 1945, 1 UNTS XVI., art. 2/7.
- UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III).
- UN General Assembly, Vienna Declaration and Programme of Action, 12 July 1993, A/CONF.157/23.
- Ünal Ş, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, 1997.
- Vicuña FO, “Costumary International Law in a Global Community: Tailor Made?”, 2005, 38(148), Estudios Internacionales, s. 21-38.
- Vidmar J, “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?”, in Erika De Wet/Jure Vidmar (eds.), Hierarchy In International Law: The Place Of Human Rights, Oxford University Press, 2012, s. 13-41.
- Weil P, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 1983, 77(3), American Journal of International Law, s. 413-442.
- Weisburd A M, “The Effect of Treaties and Other Formal International Acts on the Customary Law of Human Rights”, 1995, 25, Georgia Journal of International and Comparative Law, s. 99-146.
- Zabunoğlu H G/Sönmez E Y, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Dünya Yaklaşımları”, 2021, 12(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 258-270.
- Ziemele I, “Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights-The Method”, 2013, 12(2), The Law & Practice of International Courts and Tribunals, s. 243-252.

DEVLET BAŞKANININ HALK TARAFINDAN SEÇİMİ YÖNTEMLERİ

Abdurrahman TEKİN*

ÖZ

Birleşmiş Milletler tarafından tanınan ülkelerin 108'inde devlet başkanı doğrudan halk tarafından seçilerek göreve gelmektedir. Parlamenter sistemlerde dahi devlet başkanı seçiminin halka bırakılması eğiliminin başladığını söylemek mümkündür. Hatta bu durum, hükümet sistemleri bağlamında kalıplaşmış tasnif ve yarguların da yıkılmasını hızlandırmıştır.

Devlet başkanlığı makamı Bosna istisna tutulursa tek bir kişiye tahsis edilen bir makam olduğu için uygulanan seçim sistemlerinin mantığı da oldukça yalındır: Mutlak veya basit çoğunluk ile en çok oyu alan aday ilk veya takip eden turda/turlarda seçilmektedir. “İlk başta bakıldığında” devlet başkanlığı seçiminde, milletvekili seçim sistemlerinde olduğu gibi seçim çevrelerinin büyüklüğü, seçim çevrelerinin coğrafi sınırlarının belirlenmesi, ulusal veya seçim çevresi barajı, oyların hesaplanmasında kullanılan metotlar gibi karmaşık unsurlar bulunmamaktadır. Ancak “detaylara inildiğinde” devlet başkanının seçiminde uygulanan zikredilen yalın yöntemle ilaveten, oldukça farklı ve karmaşık yol ve yöntemlerin var olabildiği görülmektedir.

Bu çalışmada tüm Dünya ülkelerindeki veriler incelenerek halk tarafından devlet başkanlarının hangi yöntemler ile seçildiği incelenmiş ve bir tasnif yapılmıştır. Uygulanan seçim sistemlerinin olumlu ve olumsuz yanları seçim sonuçları ile desteklenerek ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Devlet Başkanı - Cumhurbaşkanının Seçimi, Seçim Sistemi, Basit Çoğunluk, Mutlak Çoğunluk, Tek Turlu, İki Turlu.

METHODS FOR ELECTION OF HEAD OF STATE BY PUBLIC

ABSTRACT

Heads of states come to power after being directly elected by public in 108 states worldwide out of those recognised by the United Nations. It can be asserted that parliamentary systems are getting more inclined to allow for public to directly vote for their heads of states. This disposition has accelerated elimination and dismissal of

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi /Yalova, **e-posta:** tekinabdurrahman@hotmail.com,

ORCID: 0000-0003-3041-3941

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018783

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20/08/2021

stereotyped classifications and presumptions in government systems.

As the post of head of state refers to a position exclusively assigned to a single person (with exception of Bosnia), logic of applicable electoral systems seems quite simple: the candidate with the highest number of votes by simple or absolute majority is elected in the first or ensuing round/s. At first glance at election of heads of states, it seems that such complicated factors as size of electoral district, determination of geographical borders of electoral districts, election thresholds either at national level or peculiar to electoral districts, methods of counting and calculating the votes, as observed in electoral systems for deputies, do not play any role. Nevertheless, when a closer look is given at details, it is figured out that the above-mentioned simple method applicable to election of heads of states might also be accompanied by quite diverse and complicated methods and procedures.

After having compiled and examined the relevant data about all the states in the world, this study has analysed and classified the range of methods employed in election of heads of states by public. Additionally, positive and negative aspects and repercussions of these applicable electoral systems are presented in light of election results.

Key Words: *Election of Head of State - President, Election System, Simple Majority, Absolute Majority, Majority Run-off.*

Giriş

Toplumların, tarihten günümüze farklı şekilde sınıflandırıldığı görülmektedir. Yaygın sıralama, ilkel toplumdaki kent toplumuna, sonrasında feodal topluma ve nihayetinde ise ulusa geçiş şeklinde bir değişimin olduğu görülmektedir. İlkel toplumlarda dahi toplum olmanın doğal bir sonucu olarak herkesi bağlayan bir kurallar bütünü ve bunların uygulayıcısı konumunda bulunan iktidar¹ ile karşılaşmaktadır.² Bir diğer ifade ile ilkel toplumların dahi, bir liderin varlığı göze çarpmaktadır. Şef veya savaş önderi gibi isimler

¹ Devlet öncesi yapılarda da iktidar olgusu ile karşılaşıldığından dolayı, iktidar olgusunu tarihsel olarak devlet ile eşzamanlı başlatmamak gerekir. Bkz. Nihat Bulut, Siyasal İktidar Tipleri ve Bir Siyasal İktidar Tipi Olarak (Modern) Devlet, 2020, <<http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=siyasal-iktidar-tipleri-vebir-siyasal-tipi-olarak-modern-devlet.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2020.

² Bunun aksi de elbette ki görülebilir. Ancak kurallar bütünü ve iktidardan yoksun olan grupları toplum olarak nitelememek, bunları kalabalıklar veya gruplar şeklinde kabul etmek gerekecektir. Uygun, 16-18.

ile anılan liderlerin varlığı insanoğlunun iyi yönetim için bir karar vericiye her daim ihtiyaç duyduğunun bir göstergesidir.³ İlkel toplumlarda da gözlemlenen liderler, toplum yapısındaki değişim ile birlikte her daim görülmüştür. Bunun günümüz karşılığı ise devlet başkanıdır. Devlet başkanlığı makamı, anayasaların bulduğu bir kavram değil; tarihsel olarak kurulmuş bir şekilde anayasaların karşısına çıkmış bir kavram olarak kabul edilmektedir.⁴

Modern demokrasilerin doğmasından önceki dönemlerde “genel olarak” devlet başkanlarının mutlak bir güce sahip olduğu, iktidara gelişin irsi usullere bağlandığı, hiçbir hukuki ve siyasi sorumluluğunun olmadığı görülmektedir. Hatta devlet başkanının sahip olduğu egemenliğin kaynağının dine dayandırılarak, makama duyulacak saygı ve makamı işgal edenin meşruiyetinin arttırılmaya çalışıldığı da bilinmektedir.⁵ Ancak siyasal iktidarın⁶ tamamının sahibi olan devlet başkanının bu gücünde anayasacılık ile ciddi kırılmalar meydana gelmiştir. Modern devlet ile ortaya çıkan anayasacılık olgusu, XVIII. yüzyılda liberal devlet anlayışı ile birlikte doğmuştur. Liberal devletin özünde, iktidarın üstün bir norm ile sınırlandırılması anlayışı yatmaktadır.⁷ Bu sınırlandırma ise anayasalarca çerçevesi çizilecek şekilde kuvvetlerin birbirinden ayrılması ile mümkün olmaktadır. Bir diğer ifade ile devlet başkanlarının siyasi iktidar sahibi olma konumu, anayasacılık ve kuvvetler ayrılığı ile ciddi bir erozyona uğramıştır. Böylece mutlak gücün sahibi olan devlet başkanının, iktidarı paylaşmak zorunda kaldığı bir döneme girilmiştir. Girilen bu dönem, devlet başkanının etkisiz ve sembolik yetkilerle donatılmasıyla veya önemli birtakım yetkileri haiz ancak halk tarafından o makama getirilen bir kişiliğe dönüşüm ile sonuçlanmıştır. Yaşanan bu dönüşümün sağlanmasında meclislerin etkinleşmesini de unutmamak gerekmektedir. Özellikle İngiltere’de etkin bir şekilde faaliyet gösteren ve neredeyse fasılasız bir şekilde günümüze kadar gelen meclisler, monarkın yetkilerini bulduğu her fırsatta adeta kendine nakletmişler ve bu durum diğer

³ Oktay Uygun, Devlet Teorisi, On iki levha, 2017, s. 3-38. Aristo da benzer düşüncede olup, insanoğlunun hayatta kalması için bir arada hareket etmesi ve bu birlikteliği sürdürebilmek için bir lidere ihtiyaç duyması eşyanın tabiatındandır görüşündedir. Bkz. Michael G. Roskin/ Robert L. Cord/ James A. Medeiros/ Walter S. Jones, Political Science an Introduction, 12. bs., Pearson, 2012, s. 9.

⁴ Kemal Gözler, Devlet Başkanları, 2. Baskı, Ekin, 2016, s. 1.

⁵ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 3. Baskı, Seçkin, 2020, s. 250-252.

⁶ Siyasal iktidar kavramı, siyaset bilimi terminolojisinde sadece yürütmeyi değil, yasama yürütme ve yargı iktidarının toplamı için kullanılmaktadır. Bkz. Uygun, s. 3.

⁷ Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Seçkin, 2020, S. 107.

devletlerin meclislerince de taklit edilmiştir.⁸

Devlet başkanlığı makamının devlet iktidarı üzerindeki egemen yapısının kırılmasında kuvvetler ayrılığının yeri de önem arz etmektedir. Karma yönetim anlayışının sona ermeye başlaması, irsi usullerle gelen idareciler ve soyluların karar verici makamlarda olmasından duyulan rahatsızlıklar, feodalitenin yıkımı ve Montesquieu ve Locke gibi düşünürlerin katkıları, iktidarın sadece halk tarafından kullanılması fikrinin gelişmesine katkı sunmuş ve kuvvetlerin ayrılığının temelleri atılmıştır.⁹

Kuvvetler ayrılığı teorisi, günümüzde liberal demokrasilerin en önemli şartı olarak görülmektedir. Tek bir kişinin elinde olan siyasi iktidarın, son iki yüzyılda meclis ile paylaşılmaya başlanması sonucu ortaya çıkan pratik, bu ayrılığın gerekliliğinin pek çok devletlerce de benimsenmesini sağlamıştır. Anayasaların yapılması ile yürütmenin yetkileri hukuk ile sınırlandırılmış ve meclis odaklı bir çağın kapıları açılarak yürütmenin bir adım geriye gittiği gözlenmiştir.¹⁰ Böylece devlet başkanları, bir zamanlar siyasi iktidarın tek sahibi iken, zamanla bu iktidarın bölündüğü görülmüştür. Bölünen iktidarın en güçlü kolu olan devlet başkanları, zamanla bu üstünlüğü de meclislere kaptırmıştır. Devlet başkanının üstünlüğünden meclisin üstünlüğü anlayışına geçilmesi ile gelişen süreç bir değişime daha uğramıştır. II. Dünya Savaşı döneminde Rousseau'nun genel irade teorisinin yanlış uygulanarak meclis desteği ile tiranlıklar doğuran İtalya ve Almanya örneklerinden edinilen tecrübe ile hukukun, anayasanın üstünlüğü süreci başlatılmıştır.¹¹

Günümüzde, liberal demokrasi kavramı bağlamında, her ne kadar anayasanın üstünlüğü anlayışında bir geriye gidiş söz konusu olmasa da devlet organları arasında bir iktidar mücadelesinin varlığı hala göze

⁸ Meclislerin bu dönemde güçlenme süreci hakkında daha fazla bilgi için Bkz: Abdurrahman Tekin, Liberal Anayasal Sistemlerde Parlamento İçi Muhalefetin Rolü, On İki Levha, 2019, s. 31-35.

⁹ Steven G. Calabresi/ Mark E. Berghausen/ Skylar Albertson, "The Rise and Fall of the Separation of Powers", 2012, 106(2), Northwestern University Law Review, s. 527-53; Tekin, s. 42.

¹⁰ Bu noktada yargı organını da unutmamak gerekir. Sınırlı iktidar kavramının içselleştirilmesi ile yargı sadece halk arasında değil devlet organları arasında da hakem görevi üstlenir olmuş ve diğer organlardan ayrıştırılmış ve onların hukukun çizdiği sınırlar dahilinde kalmasını sağlamıştır.

¹¹ Anayurt, s. 673-676.

çarpmaktadır.¹² Etkisizleşmeye başlayan devlet başkanlığı makamı, eski konumunu hukukun çizdiği sınırlar dahilinde elde etme mücadelesi içerisine girmiştir. Nitekim yakın geçmişte yaşanan gelişmelerden, hürriyetçi demokrasilerde, yürütmenin, bilhassa devlet başkanlarının, görev ve devlet içindeki ağırlığında bir artış görülmektedir.¹³ Artan bu ağırlık genellikle hükümet sistemi değişikliği ile açıklanmaktadır. Kimi durumlarda da güçlü bir liderin devlet başkanlığı makamına oturması sonrası gelen fiili bir durumdan kaynaklanmaktadır. Devlet başkanlarının daha hızlı karar alabilmeleri ve ilgili reformları daha kolay hayata geçirebilmesi sebebiyle bu yönelimin olduğunu zikretmek mümkündür. Devlet başkanının güç ve yetkilerindeki artış, bu makama oturacak kişilerin “nasıl belirlenmesi” gerektiği sorununu ortaya çıkarmaktadır.¹⁴ Zira Sartori’nin de belirttiği üzere seçim sistemi tercihi, bilhassa ciddi kutuplaşmanın olduğu bir ülkede siyasi sistemi şekillendirmede kullanılabilir en güçlü maniveladır. Bu sebeple özenli bir şekilde uzlaşma ile bu yöntem belirlenmeli ve kutuplaşmaya olanak tanınmamalıdır.¹⁵

Nitekim devlet başkanının halk tarafından seçilme yöneliminin yaygınlaşması verilerden de kendini göstermektedir. Dünya’da 200’den fazla

¹² Nitekim ABD’de zaman zaman kuvvetlerin birbirinin önüne geçme mücadelesi yaşanmış ve 1900-1937 yılları arasında Yüksek Mahkeme’nin aktif rol aldığı sürece “yargıçlar hükümeti” isimlendirmesi yapılmıştır. Yusuf Şevki Hakyemez, “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, 2007, 24, Anayasa Yargısı, s. 545. Sonraki dönemde Başkanların kararname yetkisini aktif kullanımı ile bu güç dengesi yürütme lehine bozulmuştur.

¹³ Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, Beta, 2020, s. 339. Özbudun, s. 299.

¹⁴ Devlet başkanının güçlendirilmesi eğiliminin hız kazanması, hükümet sistemleri tasniflerini de zorlaştıran bir husus olagelmıştır. Başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinde devlet başkanının halk tarafından seçilmesi bir zorunluluktur. Buna karşın klasik parlamenter sistemlerde, devlet başkanının sorumsuz ve yetkisiz olması, devleti temsil ve organlar arasında arabulucu rolü üstlenmesi sebebiyle irsi usuller ile veya meclis tarafından seçildiği bilinmektedir. Buna karşın, parlamenter cumhuriyet ile yönetilen pek çok ülkenin, devlet başkanının seçim usulünü değiştirmeye başladığı görülmüş ve meclisler seçim görevini halka devretmişlerdir. Örneğin İrlanda, Avusturya, Portekiz, İzlanda bu ülkelerin başında gelmekte olup literatürde bu ülkeler parlamenter sistem (Bkz: Özbudun, s. 318; Tanör/ Yüzbaşıoğlu, s. 340.) olarak görülse de başkanlı parlamenter sistem isminin de zikredilmeye başlandığı görülmektedir. (Bkz: Şule Özsoy Boyunsuz, Başkanlı Parlamenter Sistem, On İki Levha, 2014.) Böylece günümüzde, parlamenter cumhuriyetler için yapılan “devlet başkanı meclis tarafından seçilir” ifadesi geçerliliğini korusa da pek çok istisnayı ihtiva eden bir yargı haline gelmiştir.

¹⁵ Giovanni Sartori, “Political Development and Political Engineering”, in J.D. Montgomery, A.O. Hirschman, (Eds.) Public Policy, Harvard University Press, 1968, s. 261-298.

ülke verileri incelendiğinde 108 ülkenin devlet başkanının halk tarafından seçildiği görülmektedir.¹⁶ Dahası, devlet başkanı halk tarafından seçilen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Filistin, Çin Cumhuriyeti (Tayvan), Abhazy Cumhuriyeti, Somaliland, Güney Osetya, Transdinyester gibi Birleşmiş Milletlere (BM) henüz üye olamamış devletler de ilave edildiğinde bu sayının daha da arttığı görülmektedir. Seçimlerin yapılmadığı diktatörlükler ve monarşi ile yönetilen 58 ülke de hesaba katıldığında, dünyadaki ülkelerin büyük çoğunluğunda devlet başkanının halk tarafından seçildiği çıkarımı rahatlıkla yapılacaktır.

Önemi ve yetkileri artan devlet başkanlığı makamına oturacak kişinin seçiminin çoğu ülkede halka bırakılması, bu belirlemenin hangi sistem ile hangi esaslar üzerine inşa edilmesi gerektiği hususuna dikkat çekilmesini sağlamıştır. Bu noktada uygulanan pratiğin fazlalığı göze çarpmaktadır. Seçim sisteminin belirlenmesinde ülkelerin, kendi siyasi tarih ve kültürüne ve ülke gerçeklerine göre bir uyarlamaya gittiği görülmektedir.¹⁷

Bu çalışmada, devlet başkanının halk tarafından seçiminde hangi sistemlerin uygulandığı tespit edilecektir. BM'ye üye olan tüm ülkeler üzerinden yapılacak incelemeler ile uygulanan seçim yöntemlerinin tasnifi yapılacaktır. Seçim yöntemleri hakkında zikredilen değerlendirmelere dayanak olması veya ilgili konu için açıklayıcı olması açısından önemli noktalarda bazı devlet başkanlığı seçim sonuçları verilecektir. Uygulanmakta olan seçim sistemleri, temel olarak iki ana başlık altında tasnif edilecektir. Bu tasnifte seçimlerin tek turda bitip bitmediği esas alınacaktır. Son olarak, iki ana başlık altında tasnifi yapılan seçim sistemlerini uygulayan ülkelere gözlemlenen ilave seçim şartları irdelenecektir. Seçilecek kişinin meşruiyetini artırmak veya çoğulculuğu sağlamak gibi saiklerle getirilen bu şartlar, verilecek seçim sonuçları ile irdelenecektir.

¹⁶ Belirtilen sayının tespitinde her ülkenin resmi anayasası detaylıca incelenmiştir. Ancak pek çok ülkenin anayasasının İngilizceye resmi tercümesi olmadığından dolayı “<https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en>” sitesinden istifade edilmiştir. Ancak bu sitedeki anayasaların başkaca kaynaklardan güncel olup olmadığı teyit edilmiştir.

¹⁷ İlerleyen başlıklarda görüleceği üzere her ülke, kendi gerçekleri özelinde, içinde bulunduğu şartlara göre devlet başkanının nasıl seçileceğini belirlemiştir. Kimi ülkelerde devlet başkanı seçimleri sancılı bir süreci beraberinde getirdiği için tercih edilen sistem değiştirilmiş ve tek turda biten basit çoğunluk sistemi benimsenmiştir. Kimi etnik veya dini olarak bölünmüş ülkelerde ise devlet başkanı seçiminde bir sıra öngörülmuş ve sıralı etnik/dini adaylık benimsenmiştir.

I. Tek Turda Biten Seçim Sistemleri

A. Basit Çoğunluk Sistemi

Devlet başkanının seçilebilmesi için mutlak çoğunluğa ulaşmanın şart olmadığı, sadece seçimi en önde tamamlamanın gerektiği seçim sistemine basit çoğunluk sistemi denilmektedir. Devlet başkanının seçiminde 22 ülkenin¹⁸ bu sistemi uyguladığı görülmektedir.¹⁹ Basit çoğunluk sistemi tek turda bitecek şekilde kurgulanmıştır. Ancak bunun üç istisnası bulunmaktadır. Gambia’da ilk turda en fazla oy alan aday devlet başkanı olmaktadır. Ancak iki adayın eşit oy ile en fazla oyu alarak birinci olması halinde bu iki aday arasında ikinci tur seçimleri yapılmaktadır. Güney Kore ve Filipinler’de ise benzer şekilde basit çoğunluk ile devlet başkanları seçilmektedir. Ancak yapılan seçimde eşit oy ile iki tane birincinin çıkması halinde ikinci tur seçimleri mecliste yapılmaktadır.²⁰ Bu üç ülkede, gerçekleşmesi imkânsıza yakın olan ikinci tur ihtimali matematiksel olarak mümkün olsa da hayatın olağan akışı içerisinde bir değerlendirme ile bu ülkelerdeki sistemi tek turlu basit çoğunluk başlığı altında tasnif etmek uygun görülmüştür.

Her seçim sisteminde olduğu gibi basit çoğunluk sisteminin de birtakım olumlu ve olumsuz yanları mevcuttur. Olumlu yanlarının başında, seçmenlerin

¹⁸ Burada ve ilerleyen başlıklarda incelenecek olan seçim sistemlerini benimseyen ülkelerin sayıları, ülke anayasaları incelenerek belirlenmiştir. İlgili seçim sistemini benimseyen ülkelerin sadece sayısı veya ismi verilerek geçiştirmek yerine; belirlenen bu ülkelerin anayasalarından ilgili hükümlerin dipnotta gösterilmesi tercih edilmiştir. Bu durum dipnotların bir miktar genişlemesi ile sonuçlanmıştır. Anayasalara yapılan bu atıfların, ileriki çalışmalara ışık tutması amaçlanmış ve isteyen araştırmacıların ülkelerdeki değişimleri kolaylıkla gözlemleyebilmelerine ve belirtilen sayıları güncellemelerine olanak sağlanmak istenmiştir. Basit çoğunluk sistemini benimseyen ülkeler: Angola Anayasası, 2010, m. 109/1; Bosna Hersek Anayasası, 1995, m.5/1; Demokratik Kongo Cumhuriyeti Anayasası, 2005, m. 71; Ekvator Ginesi Anayasası, 1991, m. 33/1; Filipinler Anayasası, 1987, m.7/4,5; Gabon Anayasası, 1991, m. 9/2; Gambia Anayasası, 1996, m. 48/3; Güney Sudan Anayasası, 2011, m. 97/1; Güney Kore Anayasası, 1948, m. 67/1,2,3; Honduras Anayasası, 1982, m. 236/1; İzlanda Anayasası, 1944, m. 5/1; Kamerun Anayasası, 1972, m. 6/1; Kiribati Anayasası, 1979, m. 32; Malavi Anayasası, 1994, m. 80/2; Meksika Anayasası, 1917, m. 81/1; Panama Anayasası, 1972, m. 177; Paraguay Anayasası, 1993, m. 230; Peru Anayasası, 1993, m. 111/1,2; Ruanda Anayasası, 2003, m. 100/2; Singapur Anayasası, 1963, m. 19; Togo Anayasası, 1992, m. 60/1,2; Venezüella Anayasası, 1999, m. 228.

¹⁹ Esasen bir sonraki başlıkta anlatılacak olan devredilebilir oy sistemini kullanan İrlanda ve Sri Lanka’da da basit çoğunluk sistemi uygulanmaktadır. Ancak bu ülkelerdeki sistemin, kendine has hesaplama yöntemleri olması sebebiyle ayrı bir başlık altında incelenmesi daha doğru görülmüş ve yukarıdaki verilen sayı içerisinde bu iki ülke zikredilmemiştir.

²⁰ Filipinler Anayasası, 1987, m.7/4,5; Gambia Anayasası, 1996, m. 48/3; Güney Kore Anayasası, 1948, m. 67/1,2,3.

kullandığı oyun neticesini doğrudan öngörebilmesi gelmektedir. Bir diğer ifade ile seçmenler, oy verdikleri adayların, seçimde birinci gelmesi halinde ek bir işlem veya şarta gerek kalmadan seçileceğinin farkında olmaktadır. Bu seçim sisteminde seçmenler, devredilebilir oy sisteminde olduğu gibi oy vermiş oldukları adayın mutlak çoğunluğu elde edememesi halinde, oy pusulasında ikinci bir aday tercihinde bulunmak zorunda kalmamaktadır. Aynı şekilde iki turda bitebilen seçim sistemlerindeki gibi ikinci turda istemediği adaylara oy vermek zorunda da kalmamaktadır. Ayrıca bu seçim sistemi ile seçimlerin ilk turda bitmesi gereği oldukça hararetli ve gergin sürebilecek bir ikinci tur ihtimali ile karşılaşılmamaktadır. Bir diğer olumlu yan olarak, oldukça masraflı olan seçim sürecinin tekrarı yaşanmadığı da zikredilebilir.²¹

Öte yandan basit çoğunluk sisteminin birtakım olumsuz etkileri de mevcuttur. Devlet başkanları özellikle başkanlık ve yarı başkanlık sistemine sahip ülkelerde geniş yetkiler ile donatılmıştır. Önemli yetkileri haiz bir makama seçilecek kişinin mümkün olabilen en geniş kabul ile göreve gelmesi beklenmelidir. Ancak basit çoğunluk sisteminde devlet başkanı, adi çoğunluk ile seçimi kazanabilmektedir. Basit çoğunluk ile bir makama sahip olabilme yoğun eleştirilere uğramış bir formülasyondur. Nitekim Sir Arthur Lewis, “çoğulcu bir toplumda demokrasi ideasını öldürmenin en emin yolu, Anglo-Amerikan seçim sistemini (basit çoğunluğu elde eden her şeyi kazanır/first past the post) benimsemektir”²² diyerek bir makamı “elde etmenin” bu denli kolay olmaması gerektiğini ortaya koymaktadır. Örneğin 1987 Güney Kore devlet başkanlığı seçiminde Roh Tae-woo %35,9 oy oranı ile; 2006 Meksika devlet başkanlığı seçiminde Felipe Calderon %35,9 oy oranı ile; 2011 Singapur devlet başkanlığı seçiminde Tony Tan Keng Yam %35,2 oy oranı ile seçimi kazanmıştır. Filipinler’de ise oldukça düşük bir oran olan %23,58

²¹ Adem Abebe/ Elliot Bulmer, *Electing Presidents in Presidential and Semi-Presidential Democracies*, IDEA, 2019, s. 18; Seçimlerin maliyeti ile alakalı birkaç örnek vermek yukarıda zikredilen yargının değerlendirilmesi için faydalı olacaktır. Örneğin, Türkiye’de 2018 yılında yapılan seçimler için Yüksek Seçim Kurulu’na, Bütçe Kanununa göre tahsis edilmiş ödeneğin 258 milyon 768 bin TL olduğu görülmektedir. Elbette bu miktarın içerisinde Kurul’un seçim olmadığı yıllarda aldığı rutin bir miktarın da olduğu unutulmamalıdır. Bkz. 7066 Sayılı 2018 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu, 2017; Benzer şekilde Ukrayna’da 2019 devlet başkanlığı seçimi için 2,3 milyar Ukrayna Grivnası (yaklaşık 663 milyon TL) harcanmıştır. Bkz: Sofia Kochmar-Tymoshenko, *Ukraine’s heated presidential campaign most expensive ever*, 2019, <euromaidanpress.com/2019/03/28/ukraines-heated-presidential-campaign-most-expensive-ever/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

²² W. Arthur Lewis, *Politics in West Africa*, Oxford University Press, 1965, s. 71.

ile Fidel V. Ramos 1992 yılında Devlet Başkanı olmuştur.²³ Bu kişilerin almış oldukları oy oranları, tüm dünyada olduğu gibi seçime katılanlar üzerinden hesaplanmaktadır. Buna rağmen oldukça düşük bir oran ile seçildikleri görülmektedir. Oy oranlarının seçime katılanlar üzerinden değil de kayıtlı seçmenler üzerinden yapılması halinde elde edilen oranların çok daha düşük olacağı da ayrı bir gerçektir.

Basit çoğunluk ile seçilmek, seçilen kişinin meşruiyetini derinden etkileyecek bir husustur. Bir diğer ifade ile düşük bir oran ile seçilen devlet başkanının halk nezdinde olan meşruiyetinde azalma kaçınılmaz olacaktır.²⁴ Bir toplum sözleşmesi olarak addedilen anayasadaki kurallara göre seçilen devlet başkanının hukuki meşruiyeti hususunda elbette ki bir tartışma yoktur. Ancak meşruiyetin toplumsal manada da elde edilmesi önemlidir. Bunu elde etmenin yollarının başında, devlet başkanının kapsayıcı politikalar icra etmesi ve söylemleriyle toplum nezdinde kendine duyulan aidiyeti sağlaması gelmektedir. Bu göreve geldikten sonra elde edilecek bir sosyolojik meşruiyettir. Bir de göreve gelirken elde edilmesi gereken toplumsal meşruiyet bulunmaktadır. Bu noktada devlet başkanının toplumun çoğunluğu tarafından bu göreve getirilmesinin toplum nezdindeki meşruiyeti artırıcı bir etkisi olduğunu zikretmek gerekmektedir. Sayılar ile elde edilen toplumsal meşruiyetin artırılması, devlet başkanının devlet kurumları arasında, bilhassa yine seçimle göreve gelen yasama organı ile olan ilişkilerde, elini kuvvetlendirecek bir husus olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Devlet başkanının almış olduğu oy yüzdesinin fazlalığı, kurumlar arası çekişmelerde

²³ Bu çalışmada zikredilen ifadeler, yargılar, yorumlar ve çıkarımlar seçim sonuçları ile desteklenmek istenmiştir. Bu sebeple seçim sonuçlarında, öncelikle ülkelerin “seçim kurullarının” resmi sitelerinden istifade edilmiştir. Buralarda ulaşılamayan veriler, akademik çalışmalardan teyit edilerek atıf yapılmıştır. Verilere burada da ulaşılmadığında ise seçim sonuçlarını arşivleyen birtakım sitelerden istifade edilmiş, ancak bu veriler ayrıca uluslararası ajansların yapmış olduğu haberlerden teyit edilmiştir. Güney Kore, Meksika, Singapur ve Filipinler’deki seçim verileri için Bkz: Aurel Croissant, “Electoral Politics in South Korea”, in Aurel Croissant, (Ed.) Electoral Politics in Southeast and East Asia, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002, s. 266; Instituto Nacional Electoral Mexicali, Estadísticas y Resultados Electorales, <portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/Elecciones/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021; Singapoure Elections Department, Presidential Election Results, <eld.gov.sg/elections_past_results_presidential.html#Y2011> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021; Julio Teehankee, “Electoral Politics in the Philippines”, in Aurel Croissant, (Ed.) Electoral Politics in Southeast and East Asia, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002, s. 167.

²⁴ Matthew Soberg Shugart/ Rein Taagepera, “Plurality versus Majority Election of Presidents: A Proposal for a “Double Complement Rule”, 1994, 27(3), Comparative Political Studies, s. 333.

zikredilebilecek bir argüman olarak düşünölmelidir. Nitekim Linz, başkanlık sistemlerinde halk oyu ile seçilen meclisin mi yoksa halk oyu ile seçilse dahi meclis desteğinden yoksun kalan devlet başkanının mı daha fazla demokratik meşruiyete sahip kabul edileceğini irdelemiştir.²⁵ Devlet başkanının seçimlerde elde ettiği sayısal güç, bu rekabette önem arz etmektedir. Linz'in de vurguladığı bu çekişme özellikle Latin Amerika ölkelerinde yaşanmakta ve ordunun arabulucu rolü ile "postallı demokrasiyi"²⁶ getirmesi ile sonuçlanabilmektedir. Bu noktada denilebilir ki bu seçim sisteminde, ikinci tur yapılırsa idi daha geniş bir halk kitlesi tarafından desteklenecek bir adayın seçimi kazanmasına imkân verilmemekte; toplum nezdinde %50'nin altında kalan bir destek ile makama sahip olunabilmektedir.

Basit çoğunluk sisteminin bir diğör olumsuz yanı ise Shugart ve Taagepera'nın da belirttiğı üzere, bu sistemde daha az adayın seçime katıldığı görölmektedir. Eğer mevcut devlet başkanı bir kez daha aday olmuş ise seçim için başvuran aday sayısında daha da ciddi bir düşüş göze çarpmaktadır.²⁷ Mutlak çoğunluk sistemi başlığı altında da zikredileceğı üzere iki turdan oluşan seçim yarışlarının ilk turunda toplumdaki tüm kesimler bir çekinceye kapılmadan aday olmakta ve aldıkları oy oranları üzerinden ikinci tur için bir pazarlık kozu elde etmek istemektedirler. Ancak tek turlu basit çoğunlukta bu tablo ile genellikle karşılaşılmamaktadır.

Basit çoğunluk sistemi ile bir ölkede bulunan dini, etnik veya siyasi azınlıkların, seçimlerde etkinliğinin az olacağı da değinilmesi gereken bir diğör husustur.²⁸ Her ne kadar bu ifadenin meclis seçimleri için kullandığı yaygın görölse de zikredilen bu yargının Lijphart tarafından devlet başkanlığı seçimi için de geçerli olduğu özellikle vurgulanmaktadır.²⁹ Gerçekten de toplumda belirli bir çoğunluğa sahip olan kesimlerin, basit çoğunluk sistemi

²⁵ Juan J. Linz, "Perils of Presidentialism", 1990, 1(1), Journal of Democracy, s. 53-64.

²⁶ Postallı demokrasi, demokrasiye balans ayarı verme bahanesi ile askeri müdahalenin yapıldığı ölkelerde; ordunun, demokrasinin bekçisi gibi gözükmesi için sözde seçimler yapması ve siyaseti tekelinde tuttuğı dönemlerde yaşanan "sözde demokratik düzeni" ifade etmek için kullanılan ve ironi içeren bir kavramdır. Bkz. Abdurrahman Tekin/ Ömer Temel, "Political and Constitutional Developments in Tunisia and Egypt in the aftermath of the Arab Spring", 2019, 10(19), Law & Justice Review, s. 193.

²⁷ Shugart/ Taagepera, s. 333.

²⁸ Abebe/ Bulmer, s. 18-19.

²⁹ Arend Lijphart, "The Alternative Vote: A Realistic Alternative for South Africa?", 1991, 18(2), Politikon, s. 92; Arend Lijphart, Patterns of Democracy, 2. Baskı, Yale University Press, 2012, s. 142.

sayesinde sürekli zaferi ile sonuçlanan seçimler, seçmenlerde hoşnutsuzluğa sebep olma potansiyelini beraberinde getirmektedir. Seçimlerin ilk turunda kazanamayarak elenen, ancak ikinci turda en çok oyu alan iki aday ile ittifak masasında kendine yer bulabilecek azınlıklar, basit çoğunluk sisteminde bu denli güçlü bir rol oynayamamaktadır. Ayrıca seçimin tek turda bitmesi ve mutlak çoğunluğun aranmaması, seçimde yarışacak adayların geniş kitlelere ulaşma çabası ile merkeze yaklaşması yerine, merkezden uzaklaşmasına veya buldukları uçlarda kalmalarına yol açabilmektedir.

B. Devredilebilir Oy Sistemi

Devredilebilir oy sisteminde seçimler tek turda sona ermektedir. İrlanda ve Sri Lanka'da uygulanmakta olan bu sistemde seçmenler, oy pusulasındaki adaylar içerisinde bir sıralama yapmak zorundadır. Seçmenler, aday tercihlerinin sıralamasını yaparak tek bir pusula üzerinden oylarını kullanmaktadırlar.

Oyların sayımına geçildiğinde ise temelde iki farklı yöntemin varlığı göze çarpmaktadır. İrlanda'da uygulanmakta olan yöntem şu şekilde işlemektedir:³⁰ Seçmenlerin birinci tercihleri üzerinden sayım tamamlanmakta ve kullanılan oyların yarısından bir fazlasını alan aday olup olmadığı kontrol edilmektedir. Eğer hiçbir aday bu orana ulaşamadıysa, son sıradaki adaya verilmiş olan oyların diğer adaylara dağıtımı yapılacak şekilde sayım işlemine devam edilmektedir. Bir diğer ifade ile seçimde sonuncu olan adaya oy veren seçmenlerin "ikinci tercihleri" dağıtmakta ve bu adaylar elenmektedir. Eğer bu dağıtım sonunda yine hiçbir aday mutlak çoğunluğu sağlayamadıysa bu işlem, seçimde sondan ikinci olan adayın oylarının dağıtımı ile devam etmektedir. Bu şekilde bir adayın mutlak çoğunluğa ulaşacağı ana kadar "veya" en son iki aday kalana kadar seçmenlerin ikinci tercihlerinin dağıtılması ile devlet başkanı belirlenmektedir. İrlanda'da 1990 yılında yapılan seçimde, seçimi %38,9 oy ile "ikinci sırada bitiren" Mary Robinson, son sıradaki adaya oy veren seçmenlerin ikinci tercihlerinin dağıtılması sonucu seçimi %44,1 ile birinci sırada bitiren Brian Lenihan'ın önüne geçmiş ve %51,9 oy oranı ile Devlet Başkanı olmuştur. 2018 seçimlerinde ise %55,8 alan Michael D. Higgins, doğrudan Devlet Başkanı olarak seçilmiştir. Buna karşın Higgins, 2011 seçiminde %39,60 oy almış ve kaybeden adaylara verilen oyların dağıtımı sonucunda oyların %56,8'ini alarak Devlet Başkanı seçilmiştir.

³⁰ İrlanda Anayasası, 1937, m. 12/2,3.

Adaylar	Sandıktan Çıkan Oy %	Sandıktan Çıkan Oy	1. Dağıtım	2. Dağıtım	3. Dağıtım
Michael D. Higgins	39.6	701,101	730,480 +29,379	793,128 +62,648	1,007,104 +213,976
Seán Gallagher	28.5	504,964	529,401 +24,437	548,373 +18,972	628,114 +79,741
Martin McGuinness	13,7	243,030	252,611 +9,581	265,196 +12,585	-265,196 Elendi
Gay Mitchell	6,4	113,321	127,357 +14,036	136,309 +12,585	-136,309 Elendi
David Norris	6,2	109,469	116,526 +7,057	-116,526 Elendi	
Dana R. Scallon	2,9	51,220	-51,220 Elendi		
Mary Davis	2,7	48,657	-48,657 Elendi		

Tablo 1: 2011 İrlanda Devlet Başkanlığı Seçimi.³¹

Sri Lanka'da ise seçime üç aday katılıyorsa seçmenlerin iki, üçten fazla aday katılıyorsa seçmenlerin üç adayı oy pusulalarında sıralaması istenmektedir. Seçim sonucunda kullanılan oyların yarısını alan bir adayın olmaması halinde, en çok oyu almış olan iki aday haricindeki adaylar seçim yarışından elenmiş olmaktadır. Seçim yarışından elenen adaylara verilen oy pusulalarına bakılmakta ve bu pusuladaki ikinci tercihler en çok oyu almış iki adaya dağıtılmaktadır. Seçime üçten fazla adayın katılması durumunda, ikinci tercihlerin kimseyi mutlak çoğunluğa taşınamaması halinde, elenen seçmenlerin üçüncü tercihlerine bakılmakta ve bunlar dağıtılarak seçim

³¹ Elections Ireland, Presidential Election 27 October 2011, <electionsireland.org/counts.cfm?election=2011p&cons=194> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

nihayete erdirilmektedir.³²

Sri Lanka’da uygulanan sistem ile İrlanda’daki sistem, aynı sayısal verilerde her zaman aynı sonuçları vermemektedir. Örneğin Sri Lanka’da ilk iki aday haricindeki adaylar elenmiş sayılmaktadır. Seçimi üçüncü bitiren bir adayın, diğer seçmenlerin “genelince” ikinci tercihi olması ve en çok oyu aldığı varsayımında dahi bu kişinin devlet başkanı seçilme ihtimali bulunmamaktadır. Buna karşın İrlanda’daki usulde, son sıradaki adaydan elemeye başlayarak ikinci tercihler dağıtılmakta ve üçüncü sıradaki adayın seçimi kazanabilmesi imkân dahilinde olabilmektedir. Bu noktada, Sri Lanka’daki kaybeden adayların oylarının dağıtılmasında her zaman adil bir sonuç çıkmayacağını söylemek mümkündür.

Devredilebilir oy sisteminin her iki görünümü için şu çıkarımı yapmak mümkündür: Bu sistemde seçimin kazananını, kaybedenler belirle(yebil) mektedir. Bu durum, adayları merkeze yaklaştırmakta ve kutuplaşmayı azaltıcı bir etki oluşturmaktadır. Zira geçmiş seçimlerde adayların pek çok kez, kaybeden adaylara oy veren seçmenlerin ikinci oylarını alarak göreve geldiği görülmektedir. Shugart’a göre bu ihtimali göz önünde tutan adaylar, partizan tutumlarını geri çekerek daha kapsayıcı söylemler geliştirmek zorunda hissederek oy geçişlerini kolaylaştırmak istemektedir.³³ Sonuç olarak adayların, daha homojen tutumlar sergilemesi sayesinde karşıt kesimlerle yakın temasta bulunduğu olumlu bir siyasi yarış atmosferi ortaya çıkmaktadır. Horiwitz de bu sistemi, yukarıda zikredilen yargılardan hareketle, bölünmüş toplumlarda istikrarı sağlamanın yegâne çözümü olarak nitelendirmektedir.³⁴

Devredilebilir oy sisteminin bir diğer önemli yanı, bu sistemde seçmenler seçim verilerinin ilan edilmesinden önce tüm tercihlerini yapmış olmaktadır. İkinci tura sarkabilen seçim sistemlerinde, adayların ilk tur sonrası ittifak pazarlıklarına giriştiği bilinmektedir. Az bir zaman zarfı içerisinde gerçekleştirilecek olan ikinci turda adaylar, seçmenlerini yapılan ittifaklara zorlamaktadırlar. Ancak devredilebilir oy sisteminde bu tür ittifaklar dar bir zamana sıkıştırılmamaktadır. Seçim öncesine bırakılmaktadır. Seçimler

³² Sri Lanka Anayasası, 1978, m. 94/1,2,3.

³³ Matthew Soberg Shugart, “Extreme Electoral Systems and the Appeal of the Mixed-Member Alternative”, in Matthew Soberg Shugart, Martin P. Wattenberg, (Eds.) Mixed-Member Electoral Systems The Best of Both Worlds?, Oxford University Press, 2001, s. 39.

³⁴ Donald L. Horowitz, A Democratic South Africa: Constitutional Engineering in a Divided Society, University of California Press, 1991.

başlamadan önce seçmenler ve adaylar, geniş bir zaman diliminde sakin ve makul bir şekilde ikinci alternatiflerini belirleme fırsatı bulabilmektedirler.

Devredilebilir oy sistemi için şu hususun altı çizilmelidir ki, her ne kadar her iki ülkede de görülmemiş olsa da bu sistemde kazanabilmek için mutlak çoğunluğa ulaşılmasına “her zaman” gerek yoktur. İkinci tercihlerin dağıtılması sonucu bir aday yine de %50’yi geçemeyebilir. İkinci tercihlerin genellikle elenen veya düşük oy alan adaylar arasında eridiği varsayımında seçimi kazanan kişinin mutlak çoğunluğu elde edememesi “matematiksel olarak”³⁵ söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple bu seçim sistemini sanılanın aksine “mutlak çoğunluk sistemi” olarak addetmemek gerekmektedir.

C. Seçiciler Kurulu Sistemi: ABD Modeli

Amerika Birleşik Devletleri (ABD), devlet başkanının halk tarafından seçilmesine olanak tanıyan ilk demokratik ülke olarak kabul edilmektedir. İngiltere’den bağımsızlığını elde eden eyaletler, uzun tartışmalar sonunda ortaya bir anayasa metni koymuşlardır. Bu anayasada, kuvvetlerin birbirinden ayrılığı temin edilmiş ayrıca kuvvetlerin birbiri üzerinde denge ve kontrol sağlayacağı birtakım enstrümanlar getirilmiştir. Yeni kurulan anayasal nizamda devlet başkanının soyluluk esasına dayanmadan göreve geleceği, halka karşı sorumlu olacağı ve belirli bir süre görev yapacağı kaleme alınmıştır. Böylece kurucu babalar olarak bilinen ABD Anayasasını hazırlayan kişiler, bir Kraldan henüz bağımsızlığını kazanarak vermiş oldukları mücadeleyi, başka bir kral doğurmayacak bir sistem kurgulayarak anlamlı hale getirmişlerdir.³⁶

³⁵ Örneğin İrlanda’daki 2011 seçiminde, ilk dağıtımı yapılan 99,877 oyun 84,490’ı elenmeyen adaylara gitmiştir. Her dağıtımda dağıtılan oyun bir kısmının dağıtımı gerçekleşmemiştir. Zira dağıtımı yapılan oyların bir kısmının, bir önceki dağıtımda elenen adaylara gittiği veya seçmenlerin ikinci tercihte bulunmadığı görülmüştür. Mesela, Higgins’in ikinci tercihlerden hiçbir oy almadığı varsayımında Higgins’in oyu tüm hesaplamaların sonunda yine 701,101’de kalacak, Gallagher ise ikinci tercihlerden elde ettiği oylar ile 628,114 oy almış olacağını varsayalım. Bir diğer ifade ile dağıtılan oyların genellikle elenen partilerin birbiri arasında transfer edildiğini düşünelim. Seçimin sonucundaki alınan oy hesabı, son ikiye kalan adayların elde ettiği sayı üzerinden (1,329,215) yapılacak olsa Higgins yine ikinci tercihten hiçbir oy alamadığı varsayımında 701,101 oy ile %52,74 oranını elde edecektir. Ancak alınan oy hesabı son ikiye kalanların elde ettiği oy üzerinden yapılmamaktadır. Oy hesabı dağıtım başlamadan önce kullanılan geçerli oylar üzerinden yapılmaktadır. Dağıtıma başlanılmadan önce seçime katılanların sayısı üzerinden (1,771,762) yapılacak olan oy hesabına göre Higgins, %39,57 ile seçimin basit çoğunluk ile galibi olacaktır. Benzer tablo Sri Lanka için de çizilebilir. Görüldüğü üzere zayıf da olsa seçimi kazanan adayın, mutlak çoğunluğa ulaşamaması mümkündür.

³⁶ Irving R. Kaufman, “The Essence of Judicial Independence”, 1980, 80(4), Columbia Law Review, s. 671.

ABD’de kurgulanan seçim yöntemini, dönemin şartları içerisinde oldukça yenilikçi bir niteliğe sahip olarak görmek gerekmektedir. İletişim ve ulaşım araçlarının yaygın olmadığı bir dönemde doğrudan halk tarafından seçimin getireceği olumsuzluklar düşünülmüş ve seçimlerin eyaletler çapında düzenlenmesi hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki her eyaletin Temsilciler Meclisi ve Senato’ya gönderdiği üye sayısı kadar “delege”, eyalet çapında yapılan seçim ile belirlenmektedir. Dört yılda bir Kasım ayının ilk Pazartesi sonrakı Salı günü yapılacak seçim ile belirlenen bu delegeler, adaylığını ilan etmiş olan devlet başkanı ve yardımcısını ayrı ayrı belirleyip, tercihlerini kapalı zarf içerisinde koyarak mühürledikten sonra Senato Başkanı’na göndermektedirler.³⁷ Aralık ayının ikinci Çarşambasını takip eden ilk Pazartesi günü kullanılan bu oylar, Senato’da Ocak ayının altıncı günü, iki Meclis’in temsilcilerinin huzurunda zarflardan çıkarılarak sayılmakta ve delegelerin mutlak çoğunluğunu alan aday başkan olarak ilan edilmektedir.³⁸ Delegelerin oylaması sonucunda yeterli nisaba ulaşamadığı takdirde başkan, Temsilciler Meclisi tarafından; başkan yardımcısı ise Senato tarafından seçilmektedir.³⁹ Benzer sistemi Güney Kore de benimsemiştir. 1972, 1979 ve 1981 yıllarında yapılan seçimlerde devlet başkanı, ülkenin çeşitli bölgelerinden seçilen ve sayıları beş bini geçebilen delegeler tarafından belirlenmekteydi.⁴⁰

Bu haliyle seçiciler kurulu ile yapılan seçimi iki turdan oluşan bir sistem olarak görmemekteyiz. Zira iki dereceli yapılan ABD’deki seçim sisteminde günümüz şartlarında, delegelerin emredici vekalet ile bağlı olduğu kabul edilmektedir.⁴¹ Seçiciler kurulunun başkanı seçmesi eylemi günümüzde bir formaliteye dönüştüğü için seçimin, iki turdan oluşmadığı şeklinde yorum yapmak yanlış olmayacaktır. Esasen seçimler, halk tarafından delegelerin belirlenmesi ile sona ermiş olmaktadır.⁴² Elbette ki bu durum ilelebet bu şekilde

³⁷ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, 1787, m.2/1.

³⁸ Seçim süreci ile alakalı tüm detaylar için ABD’nin en temel kanunlardan biri olan US Code’a bakılabilir: United States Code, Title 3, 1948, <govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2019-title3/pdf/USCODE-2019-title3.pdf> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

³⁹ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, 1787, 12th amendment.

⁴⁰ Croissant, s. 266.

⁴¹ Louis Favereu, Droit Constitutionnel, Paris, Dallos, 1998, s. 584-585’den (aktaran) Gözler, s. 17.

⁴² Ancak XIX. yüzyıl başında iki kez delegelerin mutlak çoğunluğa ulaşamadığı görülmüştür. Bu dönemlerde partiler yeni gelişmeye başlamakta, aday sayısı fazla ve adaylar birbirine yakın sayıda delegeye sahip olabilmekteydiler. Örneğin 1824 yılında en fazla delegeyi kazanan iki adayın aynı partiden olduğu görülmektedir. Günümüzde sistem bir nebze

gidecek de değildir. Gelecekte delegelerin emredici vekalet ile bağlı olmadan hareket ederek seçiciler kurulunu, “oyun değiştirici bir aktör” seviyesine taşıdığı veya delegelerin başkanı seçme işlemini tamamlayamadığı için meclislerin devreye girdiği bir gelecekte, iki dereceli olan ABD’deki seçim sistemini ayrıca iki türlü olarak da kabul etmek gerekecektir.

ABD’de iki dereceli seçim sisteminin benimsenmesi günümüzde eleştirilerin odağı haline gelmiştir. Halkın doğrudan devlet başkanını belirleyememesi hususu eleştirilen hususların başında gelmektedir. Dönemin şartları için oldukça parlak bir fikir olan delege sistemi ile delegeler, özgür iradeleri ile eyaletteki seçmenlerden aldıkları vekalet üzerine tercihlerini yapacaklardır. Esasen Anayasanın ilk yapıldığı dönemde siyasi partilerin olmaması delegeleri, tercihlerinde daha bağımsız yapmakta idi. Ancak günümüzde siyasi partilerin varlığı ve delegelerin parti düşüncesi dışına çıkamaması bir gerçek halini almıştır.⁴³ Günümüzde seçmenler de bu durumun bilincinde olduklarından dolayı oylarını bu gerçek üzerinden hareketle kullanmaktadırlar. Günümüzde seçilen delegeler, emredici vekalet ile bağlı olup, halktan almış oldukları görev gereği adına seçildiği kitleyi temsil eden adaya oy vermektedirler. Delege sisteminin emredici vekalet ile bağlı olması gerçeğinden hareketle yapılan eleştiriler yersiz kalmaktadır. Nitekim günümüzde yazılı olmayan kurallar gereği seçilen delegenin partisinin adayı dışındaki bir adaya oy vererek seçimin kaderini değiştirdiği görülmemiştir.⁴⁴ Delegenin temsil ettiği vatandaşların oylarına muhalif bir oy kullanarak “esasinda seçilmesi gereken kişinin değişmesi” daha önce yaşanmadığı için delege sistemini günümüz penceresinden eleştirmeyi makul görmemek gerekir.⁴⁵ Buna karşın gelecekte önemli sayıda delegenin

oturmuş, iki büyük parti mevcut olup her bir partinin belirlediği bir aday seçime girmekte ve delegeler emredici vekalet ile bağlı şekilde hareket etmektedirler.

⁴³ ABD’deki delege sisteminin hangi saikler ile getirildiği, kuruluş evresinde çıkan tartışmalar, ileriye sürülen diğer seçim metotları ve mevcut sistem hakkında daha geniş bilgi için Bkz. Paul Boudreaux, “The Electoral College and its Meager Federalism”, 2004, 88(2), Marquette Law Review, s. 196-249.

⁴⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus, seçimi kazananın değişmemesidir. Delegelerin farklı adaylara oy vermesi ile geçmişte on kez karşılaşmıştır. Ancak hiçbirinde seçim sonuçları değişmemiştir. Favereu, s. 584’den (aktaran) Gözler, s. 17.

⁴⁵ Delege sisteminin uygulanmasında bir beis görülmemesi hususunda daha fazla argüman için Bkz. Judith Best, The Case against Direct Election of the President: A Defense of the Electoral College, Ithaca, Cornell University Press, 1971. Aksi görüşler için ise Bkz: Robert M. Hardaway, The Electoral College and the Constitution: The Case for Preserving Federalism, Praeger, 1994.

seçilecek kişinin belirlenmesinde aksi yönde hareket etmesi ile karşılaşılabılır. Böylesi bir tabloda seçmenlerin tercihleri, seçilecek kişinin belirlenmesine yansımamayacaktır. Bu ihtimal üzerinden delege sistemini eleştirmek elbette ki mümkündür.

Buna karşın, delege sistemine eleştiri getirilecekse eğer, bu noktada argüman, temsilde adaletsiz bir seçim sisteminin varlığı üzerinden yapılmalıdır. Her eyalet kendi bölgesinde seçilecek olan delegelerin seçim usulünü belirleme hakkına sahip olsa da genel eğilimin “eyalet çapında ulusal listeli çoğunluk sistemi” olduğu görülmektedir. Bu seçim sistemi ile delegelerin belirlenmesinin, temsilde adalet ile bağdaşması mümkün değildir. Örneğin 2000 yılında gerçekleştirilen ABD Başkanlık seçiminde, yaklaşık 9 milyon seçmenin bulunduğu Florida eyaletinde 537 oy fark ile 25 delegenin tamamını George Bush almış ve elde ettiği bu delege sayısı sayesinde tüm ülkeyi yönetme hakkını kazanmıştır. Dahası, söz konusu seçimde tüm eyaletlerde kullanılan oyların daha fazlasını alan Al Gore seçimi kaybetmiştir. Benzer şekilde Hillary Clinton rakibinden üç milyon daha fazla oy almasına rağmen seçimden mağlup ayrılmıştır.⁴⁶ Görüldüğü üzere daha fazla oy alanın değil daha fazla delegenin kazanılması başkanı belirlemektedir. 2000 yılından bu yana görülen bu iki sonuç, delege sisteminin ciddi manada eleştirilmesine yol açmıştır.⁴⁷ Çoğunluk sistemi gereği eyaletlerdeki tüm delegelerin kazanan kesime verilmesi kuralı, o eyalette seçimi kazanma ihtimali az olan adayın seçmenlerinin oy vermektan kaçınmasına da yol açabilmektedir. Nispi temsil kuralı geçerli olduğu bir durumda seçime katılım oranlarının artacağı ve adayların alacağı oy oranlarının ve elde edeceği delege sayılarının değişeceği çıkarımını yapmak yanlış olmayacaktır.

Delege sistemi için getirilen bir diğer eleştiri ise eyaletlerin temsilde adil olmayan bir oranda delegeye sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar eyaletlerin Temsilciler Meclisine gönderdiği üye sayıları nüfus esasına göre yapılsa da Senato'ya gönderilen üye sayısında eyaletler arasında eşitlik bulunmaktadır. Bu durum da küçük eyaletlerin aşkın bir temsile kavuşmasına yol açmaktadır.⁴⁸

⁴⁶ Federal Election Commission, Election results, <fec.gov/introduction-campaign-finance/election-and-voting-information/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁴⁷ Boudreaux, s. 248-249; Alexander Keyssar, Why Do We Still Have The Electoral College?, Harvard University Press, 2020, s. 207-225.

⁴⁸ Yukarıda da zikredildiği üzere bir eyaletin delege sayısı: Temsilciler Meclisi ve Senato'ya gönderdiği üye sayısı kadardır. Yukarıda zikredilen yargıyı bir örnekle desteklemek yerinde

ABD Anayasasınca öngörölmüş olan delege sisteminden vaz geçilmesi kolay olmayacaktır. Nitekim ABD Anayasası, en zor değışen anayasalardan biri olması ile bilinmektedir. Her iki Mecliste 2/3'lük bir çoğunluğun desteğine ilaveten, eyaletlerin 3/4'ünde de söz konusu değışikliğin kabul edilmesi gerekmektedir.⁴⁹ Unutulmamalıdır ki ABD siyasetini egemen olan her iki parti de mevcut sistemin getirdiği olumsuz yanlara rağmen adaylarını birbiri ardınca seçtirmektedir. Sistemin aksayan yanları mevcut olsa da dönem dönem her iki parti de bunlardan istifade edebilmektedir. Ayrıca doğrudan halk tarafından seçim sisteminin gelmesi ile üçüncü bir adayın yarışta etkin bir noktaya gelme ihtimalinin de artacağı unutulmamalıdır. Mevcut sistemde iki büyük partinin dışındaki adaylar güçlü de olsalar, çoğunluk sisteminin uygulandığı eyaletlerde en fazla oyu alma şansları az olduğu için delege kazanmaları mümkün olamamaktadır. Ancak ülke çapında yapılacak bir seçim kurgulandığı zaman, adayların önünde “eyalette en çok oyu alma” gibi aşılması zor bir bariyer kalmayacaktır. Bu sebeple yakın bir gelecekte bu sistemin tadilata uğrasa da değışmeyeceği öngörüsü yapılabilir.

II. Tek Turda Bitmeyebilen Seçim Sistemleri

Bu başlık altında seçimlerin ilk turda nihayete erdirilememeye ihtimalinin olduğu sistemler izah edilecektir. Başlıklandırma yapılırken “iki turlu seçim sistemleri” ifadesinden kaçınılmıştır. Zira şartların elvermesi durumunda seçimlerin ilk turda nihayete ermesi mümkündür. İki turlu seçim sistemleri ifadesinin tercih edilmemesinin bir diğer sebebi ise bu ifadenin seçimlerin en fazla iki turdan ibaret olduğuna vurgu yapmasıdır. Ancak Nijerya'da seçimler, belli şartların gerçekleşmesi halinde üçüncü tura sarkabilmektedir. Bu sebeple tasnif dışı kalan bir ülkenin olmaması için başlıkta daha genel bir ifade tercih edilmiştir.

A. Nitelikli Çoğunluk Sistemi: Sierra Leone Modeli

Devlet başkanının seçiminde genellikle basit çoğunluk veya mutlak çoğunluğun arandığı görölmektedir. Bu noktada tek bir istisnadan bahsetmek gerekecektir. Sierra Leone'de seçimin birinci turunda seçimde kullanılan geçerli oyların %55'inden bir fazla oyu alan kişinin devlet başkanı olacağı

olacaktır. Örneğin Woyaming Eyaletinde 276,765 seçmen için 3 delege; Kaliforniya'da ise 25,090,517 seçmen için 55 delege seçilmektedir. National Archives, 2020 Electoral College Results, <archives.gov/electoral-college/2020> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁴⁹ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, 1787, m. 5; Örneğin, 27. Anayasa değışikliği, 202 yıl sonra söz konusu süreçler tamamlanarak yürürlüğe girebilmiştir.

hüküm altına alınmıştır. Bunun gerçekleşmemesi durumunda ise en çok oyu alan iki adayın, ikinci turda yarışması söz konusu olacak ve bu turda en çok oyu alan kişi devlet başkanı olacaktır.⁵⁰

Nitelikli çoğunluk kuralının getirilmesi ile devlet başkanı adaylarının, daha kapsayıcı politikalar icra etmesinin ve geniş kitlelerin desteği ile ilk turda seçilmesinin sağlanmaya çalışıldığı söylenebilir. Bu sayede seçilecek kişinin halk nezdindeki meşruiyetini daha da artırması sağlanabilmektedir. Ancak siyasi tıkanıklıkların yaşanmaması amacıyla, ikinci tura gelindiğinde bu oran yerine mutlak çoğunluğun arandığı görülmektedir. Bu noktada azalan nisabın belirlenmesini makul görmek gerekmektedir.

Son üç devlet başkanlığı seçiminin sadece birinde %55 sınırının aşılarak tek turda seçimin bittiği görülmüştür. 2007 yılında birinci turda %44,34 oy alan Ernest Bai Koroma ikinci turda %54,62 ile; 2018 yılında birinci turda %43,26 oy alan Julius Maada Bio ikinci turda %51,81 oy ile Devlet Başkanı seçilmişlerdir. 2012 yılında ise Ernest Bai Koroma birinci turda %58,65 oy ile seçilmiştir.⁵¹

B. Mutlak Çoğunluk Sistemi

Devlet başkanının seçiminde aranan nisap olarak, yaygın bir şekilde mutlak çoğunluk sisteminin benimsendiği görülmektedir. Dünya’da 75 ülkede, devlet başkanı adaylarının seçimi kazanabilmesi için en az %50 +1 oy alması şart koşulmuştur.⁵² Mutlak çoğunluğun şart koşulduğu sistemlerin, birden

⁵⁰ Sierra Leone Anayasası, 1991, m. 42/2-e, f.

⁵¹ Sierra Leone National Election Commission, Presidential Election Results, <nec.gov.sl/site/elections_results> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁵² Afganistan Anayasası, 2004, m. 61; Avusturya Anayasası, 1920, m. 60/1,2; Azerbaycan Anayasası, 1995, 101/2,3; Belarus Anayasası, 2004, m. 82/2,3; Benin Anayasası, 1990, m. 43. Brezilya Anayasası, 1988, m. 77/1. Bulgaristan Anayasası, 1991, m. 93/3,4. Burkina Faso Anayasası, 1991, m. 39/2. Burundi Anayasası, 2018, m. 103/1,2. Cezayir Anayasası, 2020, m. 89/2. Cibuti Anayasası, 1992, m. 27/1,2. Çad Anayasası, 2018, m. 71/1,2,3. Çekya Anayasası, 1993, m. 56/1,2. Doğu Timor Anayasası, 2002, m. 76/2,3,4; Dominik Cumhuriyeti Anayasası, 2015, m. 124/1; El Salvador Anayasası, 1983, m. 80/2. Endonezya Anayasası, 19, m. 6A/2,3,4. Fildişi Sahilleri, 2016, m. 56/1,3,5. Finlandiya Anayasası, 1999, m. 54/2. Fransa Anayasası, 1958, m. 7/1. Gana Anayasası, 1992, m. 63/3,4,5. Gine Anayasası, 2010, m. 32/2. Gine Bissau Anayasası, 1984, m. 64/2. Guatemala Anayasası, 1985, m. 184/2. Güney Kıbrıs Rum Yönetimi Anayasası, 1960, m. 39/2. Gürcistan Anayasası, 1995, m.; Hırvatistan Anayasası, 1991, m. 95/3. İran Anayasası, 1979, m. 117. Kabo Verde Anayasası, 1980, m. 121/1,2. Karadağ Anayasası, 2007, m. 96. Kazakistan Anayasası, 1995, m. 41/4. Kenya Anayasası, 2010, m. 138/4,5. Kırgızistan Anayasası, 2010, m. 62/2. Kolombiya Anayasası, 1991, m. 190/1. Komor Anayasası, 2018, m. 52/4. Kongo Cumhuriyeti

fazla turda yapılacak şekilde kurgulandığı görülmektedir. Zira görece yüksek olan bu çoğunluğa ulaşılabilmesi ihtimali ile pek çok ülkede karşılaşmıştır. Bilhassa birden fazla adayın seçim yarışına girmesi halinde adayların ilk turda mutlak çoğunluğu elde etme ihtimali de düşmektedir. Bu durumda en çok oyu alan iki adayın, ikinci turda tekrar yarışması şeklinde seçimler yenilenmektedir. Yapılan bu turda adaylardan birinin mutlak çoğunluğu kazanması beklenmektedir. Nijerya’da ise öngörülen şartlar çerçevesinde seçimlerin ikinci turda dahi tamamlanmama ihtimali mevcuttur. Bu durumda seçimler üçüncü tura sarkmakta ve kazanan, bu turda belirlenmektedir.⁵³

Bu noktada, %50’nin bir fazlası ibaresinin anlamının ülkeden ülkeye değiştiğini ve üç farklı yöntemin uygulandığını belirtmek gerekmektedir. Birinci yöntemde, kullanılan geçerli oylar üzerinden hesap yapılmaktadır. Böylece protesto oylar veya dikkatsizlik sonucu yanlış kullanılan oyların, seçim yarışındaki adayların oy oranları üzerinde bir etkisi olmamaktadır. Bu yöntem en yaygın kullanılan metot olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıdaki yöntemlerin uygulandığı ülkeler hariç tutulursa mutlak çoğunluk sisteminin uygulandığı ülkelerde geçerli oylar üzerinden hesaplama yapılmaktadır.

İkinci yöntemde, devlet başkanının daha geniş bir kitle tarafından seçilmesinin arzu edilmesi sebebiyle temel alınan %50 oran, kayıtlı seçmenler üzerinden hesaplanmaktadır. Böylesi bir uygulama sadece Kuzey

Anayasası, 2015, m. 67/1; Kuzey Makedonya Anayasası, 1991, m. 81; Liberya Anayasası, 1986, m. 83/2. Litvanya Anayasası, 1992, m. 81/1; Madagaskar Anayasası, 2010, m. 47/3. Maldivler Anayasası, 2008, m. 111/1. Mali Anayasası, 1992, m. 30/1. Mısır Anayasası, 2014, m. 143/1. Moğolistan Anayasası, 1992, m. 31/4,5; Moritanya Anayasası, 1991, m. 26/1. Moldova Anayasası, 1994, 78/4. Mozambik Anayasası, 2004, m. 148. Namibya Anayasası, 1990, m. 28/2-b. Nijer Anayasası, 2010, m. 48/1,3,9. Nijerya Anayasası, 1999, m. 133, 134; Orta Afrika Cumhuriyeti Anayasası, 2016, m. 35/1. Palau Anayasası, 1981, m. 8/3. Polonya Anayasası, 1997, m. 127/4,5; Portekiz Anayasası, 1976, m. 126/1,2. Romanya Anayasası, 1991, m. 81/2,3. Rusya Anayasası, 1993, m. 81/1,4. Sao Tome ve Principe Anayasası, 1975, m. 78; Senegal Anayasası, 2001, m. 33/2,3. Seyşeller Anayasası, 1993, Ek m. 3/5. Sırbistan Anayasası, 2006, m. 114/1; Slovakya Anayasası, 1992, m. 101/4,5. Slovenya Anayasası, 1991, m. 103/2; Suriye Anayasası, 2012, m. 86/2. Şili Anayasası, 1980, m. 26/1,2. Tacikistan Anayasası, 1994, m. 65/1; Tanzanya Anayasası, 1977, m. 41/6. Tunus Anayasası, 2014, m. 75/2. Türkiye Anayasası, 1982, m. 101. Türkmenistan Anayasası, 2008, m. 70/1,2. Uganda Anayasası, 1995, m. 103/4,5. Ukrayna Anayasası, 1996, m. 103. Uruguay Anayasası, 1966, m. 151. Özbekistan Anayasası, 1992, m. 90/2. Yemen Anayasası, 1991, m. 108/1-f. Zambiya Anayasası, 1991, m. 101/2,3. Zimbabve Anayasası, 2013, m. 92.

⁵³ Dünya’da devlet başkanlığı seçimlerinin üçüncü tura kalabildiği tek ülke olan Nijerya’da uygulanan sistem de mutlak çoğunluktur. Ancak Nijerya’da uygulanmakta olan sistem oldukça karmaşık “ilave şartlar” ihtiva ettiğinden dolayı, bu sistemin uygulandığı Endonezya ve Kenya’daki sistem ile birlikte aşağıda ayrı bir başlık altında irdelenecektir.

Makedonya’da devlet başkanının seçiminin birinci turunda görülmektedir. Birinci turda adayların seçimi kazanabilmesi için kayıtlı tüm seçmenlerin %50’sinden bir fazlasının oyunu alması şart koşulmuştur.⁵⁴ Nitekim 2014 yılında yapılan Kuzey Makedonya Devlet Başkanlığı seçiminde Gjorge Ivanov, kullanılan oyların %51,67’sini almış olmasına rağmen seçimler ikinci tura kalmıştır.⁵⁵

Seçimi kazanabilmek için aranan %50 nisabının hesaplanmasında kullanılan üçüncü yöntemde, “kullanılan oylar” üzerinden hesaplamalar yapılmaktadır. Bir diğer ifade ile geçersiz ve boş atılan oylar da %50’nin hesaplanmasında kullanılmaktadır. Kuzey Makedonya ve Moğolistan’da ikinci turda bu sistemin uygulandığı görülmektedir.⁵⁶ Bu ülkelerde ilk turda belirtilen nisaba ulaşan bir aday çıkmadığı takdirde, ikinci tur seçimleri yapılmakta ve bu turda kullanılan oyların %50’sinden bir fazlasını alan aday seçimi kazanmaktadır. Son tura iki adayın kaldığı seçimde, geçersiz ve boş oyların da bulunması söz konusu olduğundan dolayı bir adayın mutlak çoğunluğa ulaşamaması söz konusu olabilecektir. Bu durumda da seçimlerin yeniden yapılması hüküm altına alınmıştır. Böylece aranan nisap zorlaştırılmış ve seçilecek kişinin daha geniş bir uzlaşıyla seçilmesi teşvik edilmiştir. Nitekim Moğolistan’da 2017 yılında yapılan devlet başkanlığı seçiminin ikinci turunda Khaltmaagiin Battulga, rakibinden oldukça yüksek oy almış olmasına rağmen, sistem gereği geçersiz ve boş oyların da sayıma dahil edilmesi kuralı sebebiyle az bir farkla devlet başkanı seçilebilmiştir. Geçersiz oyların, toplam oylar içindeki yüzdesinin %8’i aştığı bu seçimde Battulga, %50,6 ile seçilebilmiştir. Esasen geçerli oylar üzerinden hesap yapılırken Battulga’nın %55,15 ile rakibinden %10 daha fazla oy aldığı görülmektedir.⁵⁷

Sırbistan’da da geçersiz ve boş oylar %50’nin tespit edilmesinde hesaba katılmaktadır. Ancak Moğolistan ve Kuzey Makedonya’nın aksine ikinci turda yarışan iki adaydan hiçbirinin %50’ye ulaşamaması durumunda seçimler iptal edilerek yenilenmemektedir.⁵⁸ 2012 yılında gerçekleşen devlet başkanlığı

⁵⁴ Kuzey Makedonya Anayasası, 1991, m. 81.

⁵⁵ İkinci turda, kullanılan oyların %55,27’ünü alan Ivanov seçilmiştir. Election Guide, Republic of North Macedonia Election for President, <electionguide.org/elections/id/2790/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁵⁶ Moğolistan Anayasası, 1992, m. 31/4,5; Kuzey Makedonya Anayasası, 1991, m. 81.

⁵⁷ Bkz. General Election Committee of Mongolia, Results of the Second Vote of the Presidential Election of Mongolia 2017, <gec.gov.mn/blog/2188> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁵⁸ Sırbistan Anayasası, 2006, m. 114/1.

seçiminin ikinci turunda Tomislav Nikolic her ne kadar geçerli oyların %51,15'ini almış olsa da, sistem gereği geçersiz oylar üzerinden hesaplama yapılmış ve Nikolic %49,54 ile Devlet Başkanı seçilmiştir.⁵⁹

Mutlak çoğunluk sisteminin birtakım olumlu ve olumsuz yanları mevcuttur. Bu sistemin en önemli olumlu yanı, seçilecek kişinin basit çoğunluk yerine, seçmenlerin en az yarısının oluru ile göreve gelmesinin gerekmesidir. Geniş bir kabul ile devlet başkanının seçilmesinin sağlandığı bu sistemde, göreve gelecek kişinin basit çoğunluk sisteminde karşılaşma ihtimali olan meşruiyet sorunları daha az yaşanacaktır.⁶⁰ Zira basit çoğunluk sisteminde, mutlak çoğunluğun oldukça altında alınan oy oranları ile göreve başlanması söz konusu olabilmektedir.

Mutlak çoğunluk sisteminde, seçimlerin basit çoğunluk ile bitmesi mümkün olmadığından dolayı yarışın ikinci tura kalma ihtimali bulunmaktadır. Bu durum, seçime katılan adayların sayısında bir artışın yaşanmasına yol açabilen bir husustur.⁶¹ Ayrıca bu sistemde ilk tur, sayıca az olan etnik veya dini kesimlere veya siyasi yapılara, seçmen nezdindeki gücünü ikinci tura kalacak olan adaylara gösterme fırsatı sunmaktadır. İlk turda kaybedenler, elde ettikleri oy oranları ile ikinci tura kalan adaylarla adil bir pazarlık yapabilme imkanına kavuşabilmektedir. Böylece bu kesimlerin, ikinci turda yaşanacak muhtemel koalisyon görüşmelerine daha güçlü katılımı mümkün olabilmektedir.

Mutlak çoğunluk sisteminin bir diğer önemli yanı ise seçimlerin ilk turda tamamlanmaması halinde seçmenler, ikinci tura kalan adaylar arasından ikinci bir tercihte bulunma imkanına kavuşmaktadırlar. Böylece seçimin ikinci turda galibini, ilk turda “kaybedenler” belirlemektedir. Bu da çoğulculuğu sağlama açısından oldukça önemli bir fırsattır. Hatta seçimlerin ilk turunda ikinci sırada olan adayların, ittifaklar ile ikinci turda kazanma ihtimali dahi bulunmaktadır. Böylesi bir durum, 2012 yılında yapılan Sırbistan devlet başkanlığı seçiminde görülmüş ve esasen ilk turu %25,05 ile ikinci sırada tamamlayan Nikolic,

⁵⁹ OSCE, Republic of Serbia Parliamentary and Early Presidential Elections 6 and 20 May 2012, <osce.org/files/f/documents/d/e/92509.pdf> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁶⁰ Laurent Bouton/ Gabriele Gratton, “Majority Runoff Elections: Strategic Voting and Duverger’s Hypothesis”, 2015, 10(2), Theoretical Economics, s. 284.

⁶¹ Her ne kadar Duverger, iki turlu mutlak çoğunluk sisteminin iki büyük aday arasında yarışın geçmesi gibi bir sonucu doğuracağını zikrediyor olsa da bilhassa mevcut devlet başkanının yapılacak seçimlere katılmadığı pek çok seçim verilerinden bu yargının yanlış olduğu çıkarımı yapılmaktadır. Bkz: Shugart/ Taagepera s. 333; Mark P. Jones, “Presidential and Legislative Elections”, in Erik S. Herron, Robert J. Pekkanen, Matthew S. Shugart, (Eds.) The Oxford Handbook of Electoral Systems, Oxford University Press, 2018, s. 288-291.

ikinci turda yapılan ittifaklar neticesinde seçimi kazanmıştır.

Mutlak çoğunluk sisteminin olumsuz yanlarına bakıldığında ilk bahsedilmesi gereken husus, seçim maliyetidir.⁶² Bir diğer husus ise ikinci turun 2-3 hafta gibi kısa bir zaman zarfı içerisinde gerçekleşecek olması ve bu turun gerçekleşmesinden öncesi yaşanma ihtimali bulunan şiddet olayları ve kutuplaşma riskidir. Nitekim Afrika özelinde bu çekinceler bağlamında mutlak çoğunluk sisteminden vazgeçilerek basit çoğunluk sisteminin benimsendiği görülmüştür. Bu bağlamda Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Gambia ve Togo söz konusu gerekçeler ile basit çoğunluk sistemini benimsemiştir.⁶³

C. Şartlı Basit Çoğunluk Sistemi⁶⁴

Latin Amerika ülkelerinde, basit ve mutlak çoğunluk sisteminin bir tür karma hale getirildiği bu seçim modeli yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu seçim sisteminin özünde, ilk turda devlet başkanının mutlak çoğunluk ile seçilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Belli şartların gerçekleşmesi halinde basit çoğunluk ile devlet başkanının ilk turda seçilmesi mümkün olmaktadır. Şartın gerçekleşmemesi durumunda ise, mutlak çoğunluk sisteminde olduğu gibi en çok oyu alan iki aday ikinci turda yarışmakta ve mutlak çoğunluğun oyunu alan aday seçimi kazanmaktadır. Seçim sisteminin isimlendirmesini de bu maksatla şartlı basit çoğunluk olarak nitelendirmek uygun görülmüştür.

Bu sistemin ilk turunda seçimi kazanabilmek için gereken şartları sırasıyla incelemek uygun olacaktır. Öncelikle ilk turda hangi oranın, bir kişinin şartsız koşulsuz devlet başkanı seçilmesi için yettiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Kosta Rika ve Nikaragua’da ilk turda devlet başkanı seçilebilmek için geçerli oyların %40’ından fazlasını alarak birinci olma şartı aranmaktadır. Arjantin’de %45’in bir fazlası olan bu oran; Bolivya, Haiti ve Ekvator’da ise %50’nin bir fazlası olarak belirlenmiştir.

İlk turda söz konusu oranlara ulaşamadığı durumda normalde ikinci turun yapılması beklenir. Ancak şartlı basit çoğunluk sisteminde, seçimin ikinci tura sarkmaması için bir şart daha getirilmiştir. Buna göre Arjantin, Ekvator ve Bolivya’da ilk turu birinci sırada bitiren ancak aranan nisaba

⁶² Seçim masrafları ile alakalı basit çoğunluk sistemi başlığı altında örnekler verilmiştir.

⁶³ Abebe/ Bulmer, s. 21.

⁶⁴ Bu seçim sistemi “double complement rule” olarak ifade edilmektedir. Seçimi basit çoğunluk ile kazanarak ikinci turdan kaçınmak için iki şartın tamamlanması gerektiğinden dolayı bu isimlendirme kullanılmaktadır. Shugart/ Taagepera, s. 323.

ulaşamayan aday, en az %40 oranında oy almış ve en yakın rakibi ile arasında en az %10 fark varsa bu aday devlet başkanı olarak ilk turda seçilmektedir. Nikaragua’da 2000 yılında yapılan reform neticesinde, ilk turda birinci olan adayın ikinci tura gerek kalmadan seçilebilmesi için en yakın rakibinden %5 fazla oy almak şartı ile %35 oy alması gerekmektedir. Haiti’de ise belirlenen fark yüksek tutulmuş ve ilk turda mutlak çoğunluğu alamayarak birinci olan adayın ikinci tura gerek kalmadan devlet başkanı olarak seçilebilmesi için en yakın rakibi ile arasında %25 fark olması 2011 Anayasa değişikliği ile getirilmiştir.⁶⁵ Bir örnek ile söz konusu şartı somutlaştırmak gerekirse; 2006 yılında yapılan Nikaragua devlet başkanlığı seçiminde Daniel Ortega, %38,07 oy almış ve en yakın rakibi ise %28,3 oy almıştır. Basit çoğunluk ile seçimi kazanma şartı olan %5’lik fark sağlandığı için Ortega, Başkan olmuştur.⁶⁶

Basit çoğunluk ve mutlak çoğunluk sistemi için zikredilen olumlu ve olumsuz yanlar, bu karma sistem için de aynen söylenebilir. Düşük oranlar ile göreve gelen devlet başkanının meşruiyet sorunu, seçimlerin tek turda bitirilerek masrafların ve siyasi tansiyonun azalması, ikinci turun yapılma ihtimalinin olması sebebiyle daha yüksek oy ile bir kişinin seçilebilmesi, kaybedenlerin ikinci turda kazananın belirlenmesinde rol alması gibi pek çok olumlu ve olumsuz yanı zikretmek mümkündür. Jones’un da belirttiği üzere basit çoğunluk sisteminde seçimler tek turda yapılmakta ve oldukça düşük oylar ile bir kişi seçimi kazanabilmektedir. Şartlı basit çoğunluk sistemi ile bir ara yol bulunarak belirlenen kotayı geçmek kaydıyla bir aday basit çoğunluk ile seçilebilmektedir. Jones, basit ve mutlak çoğunluk sistemine atfen bu seçim sistemini, “iki dünyanın en güzel özelliklerini alan bir sistem”⁶⁷ olarak nitelendirmektedir.

D. İkinci Tur Seçimlerin Mecliste Yapılması

Günümüzde devlet başkanlığı seçiminin ikinci turunun yasama organında yapılmasının bir örneği bulunmamaktadır. Yukarıda zikredildiği üzere, Filipinler ve Güney Kore özelinde gerçekleşmesi imkansıza yakın bir ihtimal olan, seçimin ilk turunda eşit oy ile iki tane birinci çıkması durumunda devlet

⁶⁵ Kosta Rika Anayasası, 1949, m. 138/1; Nikaragua Anayasası, 1987, m. 146/1; Arjantin Anayasası, 1853, m. 97; Bolivya Anayasası, 2009, m. 166/1; Haiti Anayasası, 1987, m. 134; Ekvator Anayasası, 2008, m. 43/1.

⁶⁶ European Union Election Observation Mission, Presidential and Parliamentary Elections Nicaragua 2006, <aceproject.org/ero-en/regions/americas/NI/nicaragua-eo-reports/nicaragua-presidential-and-parliamentary-elections> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021, s. 61-62.

⁶⁷ Jones, s. 287.

başkanı, mecliste yapılacak oylama ile belirlenmektedir. Esasen bu iki ülkede sistem, basit çoğunluk şeklinde kurgulanmıştır. Bu ülkeler, basit çoğunluk tasnifinde değerlendirildiği için ve ikinci turun mecliste yapılma ihtimalinin azlığı sebebiyle burada incelenmemiştir. Bu başlık altında, seçimlerin ikinci tura gitme ihtimalinin hayatın olağan akışı içerisinde mevcut ve olası olduğu bir sistem irdelenecektir. Bir diğer ifade ile bu başlık altında asıl bahsedilecek olan sistem, seçimlerin ilk turunda mutlak çoğunluğa ulaşılamadığı durumda, en çok oyu alan iki aday arasından devlet başkanını meclisin belirlemesidir.

Geçmişte sadece iki ülkede uygulanan bu sistem hükümet sistemleri bakımından da şerhe muhtaç bir uygulamadır. Zira başkanlık sistemi ile yönetilen iki ülkede, Bolivya'da 2009 öncesinde ve Şili'de ise 1925-1973 yılları arasında bu sistem uygulanmıştır. Devlet başkanının seçiminin ikinci turunun mecliste yapılması sayesinde seçim masrafından kaçınılmış olmaktadır. Ayrıca başkanlık sistemlerinde yasama ve yürütmenin farklı siyasi ekollerin eline geçmesi sebebiyle oluşabilecek siyasi buhranların yaşanma ihtimali de azalmış olacaktır. Zira bu sistemde ikinci turda devlet başkanı, mecliste en fazla desteği alarak seçilmektedir. Böylece devlet başkanının meclis desteğinden yoksun olması gibi bir ihtimal teorik manada ortadan kalkmaktadır.

Uygulamaya bakıldığında Şili'de Meclisin, kendini bir adım geri çektiği ve 1970 seçimleri haricinde her zaman halk tarafından en çok oyu alan kişiyi destekleyerek başkanlık koltuğunun sahibini belirlediği görülmüştür. Buna karşın Bolivya'da Meclis, *king maker* olarak tabir edilen kral tayin edici bir konuma oturmuştur.⁶⁸ 1979 yılında Meclis'te yapılan ikinci turda, 6 kez oylama yapılmış ama devlet başkanı seçebilmek için kabul edilen nisaba ulaşamadığı için erken seçim yapılmak zorunda kalınmıştır. Ayrıca, Meclis'in, iki kez halkın birinci sırada gönderdiği adayı seçmediği görülmüştür. 1985 yılında yapılan devlet başkanlığı seçiminin birinci turunda Hugo Banzer, halktan aldığı %32,83 oy ile birinci olmasına rağmen, 157 kişilik Meclisten sadece 51 oy alarak seçimi kaybetmiştir. 1989 devlet başkanlığı seçiminde %25,65 oy ile seçimi birinci sırada bitiren Gonzalo Sanchez de Lazada, Meclis'te yapılan ikinci tur oylamada 50 milletvekilinin desteği ile seçimi kaybetmiştir.⁶⁹ Bolivya'da bu sistemin 2009'da kaldırılmasından önce yapılan reform ile değiştirildiği görülmüştür. Halk oylamasında mutlak çoğunluğu alan adayın çıkmaması halinde en çok oy almış iki adayın Meclis'te yapılacak ikinci tur ile

⁶⁸ Abebe/ Bulmer, s. 30.

⁶⁹ Lazarte R. Jorge, "Bolivia", in Dieter Nohlen, (Ed.) Elections in the Americas a Data Handbook, Vol. II, Oxford University Press, 2005, s. 151-152.

seçilmesi öngörülmüştür. Buraya kadar eski sistemle aynı olan usul, buradan sonra bambaşka bir boyut kazanmıştır. Şöyle ki en fazla oy alan iki aday Meclis'te en fazla iki kez yapılacak oylamada mutlak çoğunluğun desteğini alamadığı takdirde seçimler iptal edilecek ve başvuran tüm adayların katıldığı halk oylamasında basit çoğunluk, kazanmak için yeterli görülecektir. Ancak seçimde en çok oyu alan ikinci aday ise devlet başkan yardımcısı olacaktır. Her ne kadar bugüne kadar hiç uygulanmamış olsa da bu hüküm, farklı siyasi ekollerden gelen kişilerin bir arada çalışmasını zorlaması açısından eşsiz bir uygulamadır. Bu sayede yukarıda zikredildiği üzere 1979 yılında yaşandığı gibi devlet başkanının seçilememesi ihtimali ortadan kaldırılmıştır. Unutulmamalıdır ki 1980 yılında yapılan erken seçim sonrası tekrar yaşanan devlet başkanı seçme krizi darbe ile sonuçlanmıştır.⁷⁰

Bu seçim sistemini özellikle başkanlık sistemi için oldukça ilginç kabul etmek gerekmektedir. Zira başkanlık sistemlerinde genel kabul, başkanın seçiminin doğrudan halk tarafından yapılmasıdır. Meclisin, başkanın seçimine dahil edilmesinde şu temel sebebin etkin olduğu söylenebilir: Başkanın meclis desteğinden yoksun kalması sebebiyle yürütmenin etkisiz kalması ve ortaya çıkan siyasi tikanıklıkların ülkeyi kutuplaştırması. Zira Latin Amerika ülkelerinde başkanların basit çoğunluk ile seçilmesi sebebiyle veya başkanların mutlak çoğunlukla seçilmesine rağmen farklı zamanlarda yapılan meclis seçimleri ile meclislerde sayısal kompozisyonların değişmesi nedeniyle başkanın sürekli meclis desteğinden yoksun kaldığı görülmektedir.⁷¹ Bolivya'da siyasi tikanıklıkların bedelinin askeri darbeler ile ödenmesi riskinin de bulunması sebebiyle bu anayasal reformun hayata geçirilerek ikinci turda seçilecek başkanın, seçilmesinden önce meclis desteğini garanti etmiş olması aranmıştır. Bu bağlamda Linz, Bolivya'daki sistemi, parlamenterleştirilmiş başkanlık sisteminin vücut bulmuş hali olarak; Gamarra ise karma başkanlık sistemi olarak nitelendirmiştir.⁷² Böylece Meclis ile uyumlu çalışabilecek ve halk ve meclis tarafından desteklenerek "çifte meşruiyete sahip" olan

⁷⁰ Jorge, 130-133.

⁷¹ René Antonio Mayorga, "Electoral Reform in Bolivia: Origins of the Mixed-Member Proportional System", in Matthew Soberg Shugart, Martin P. Wattenberg, (Eds.) Mixed-Member Electoral Systems The Best of Both Worlds?, Oxford University Press, 2001, s. 198-199.

⁷² Juan J. Linz, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?" in Juan J. Linz, Arturo Valenzuela, (Eds.) The Failure of Presidential Democracy, Johns Hopkins University Press, 1994, s. 86; Eduardo Gamarra "Hybrid Presidentialism and Democratization: The Case of Bolivia." in Scott Mainwaring, Matthew Soberg Shugart, (Eds.) Presidentialism and Democracy in Latin America, Cambridge University Press, 1997, s. 363-364.

bir başkanın göreve getirilmesi sağlanmış olmaktadır, en azından temenni edilmektedir.

Başkanlık sistemlerinde meclis desteğine sahip olmanın önemi hususunu kısaca vurgulamak yerinde olacaktır. Öncelikle başkanlık sistemlerini, siyasi partilerin konumu ve özellikleri üzerinden ikiye ayırmak gerekir. ABD'deki başkanlık sistemini partiler üzerinden tanımlamak gerekirse, "serbest" iki partili başkanlık sistemi ifadesi uygun düşmektedir. Diğer ülkelerdeki başkanlık sistemini ise "disiplinli" çok partili başkanlık sistemi olarak nitelemek mümkündür. ABD'de Başkanların pek çok kez Meclis desteği olmadan görevini icra ettiği görülmüştür. Kendine muhalif bir Meclis ile etkin bir şekilde faaliyet yürüten Başkanlar, siyasi tıkanıklıkların az yaşandığı bir siyasi atmosferde görevlerini icra etmişlerdir. Örneğin George Bush 8 yıllık başkanlık süresinin son 2 yılında, Clinton 4 yılında, Obama ise 2 yılında meclis desteğinden yoksun kalmış ancak bütçenin gecikmeli geçmesi, atamaların onaylanmaması gibi ufak siyasi tıkanıklıklar hariç uyumlu bir siyaset güdülmüştür. ABD'de serbest partiler olduğu için Başkan'ın atamalarının veya meclise sunduğu reform paketlerinin rakip parti çoğunluğunca desteklendiği sıklıkla görülmüştür.⁷³ Buna karşın çok partiden oluşan başkanlık sistemlerinde mecliste başkanın sayısal çoğunluğu sağlaması çoğu zaman kolay olmamaktadır. Disiplinli partilerin varlığı da düşünüldüğünde başkanın meclis ile sürekli çatışması kaçınılmaz hale gelebilmektedir.⁷⁴ Bolivya'da sistemin kaldırıldığı 2009 yılına kadar, uzun bir süreden sonra ilk defa kutuplaşmış ve etkisiz çok partili görünümün sona erdirilmesi mümkün olabilmiş, siyasette sakinliğin pekiştirilmesi ile sürekli askeri darbeler ile yüzleşen ülkede askerin bir adım geri çekilmesini sağlamıştır.⁷⁵

III. Devlet Başkanının Seçiminde Aranılan İlave Şartlar

Devlet başkanının seçiminde uygulanan sistemler yukarıda izah edilmiştir. Bu başlık altında ise seçilecek adayın halk nezdindeki meşruiyetini

⁷³ Örneğin Bill Clinton'ın partisi Senato'da muhalefette iken yapmış olduğu atamaların %74'ünün Senato'dan onay aldığı görülmüştür. Atamış olduğu bakanların da Senato desteğini alması da bu yargıyı destekler niteliktedir. Clinton'un atamalarda yakaladığı oranı az görmemek gerekir. Zira Barack Obama kendi partisinin Senato'da çoğunlukta olduğu dönemde yapmış olduğu atamaların ancak %87'sine Senato'dan onay alabilmiştir. ABD'de, serbest iki partili başkanlık sistemi olması sebebiyle Başkan'ın meclis desteğinden yoksun olması halinde çok ciddi siyasi tıkanıklıkların görülmediği hususunda daha fazla örnek ve izahat için Bkz. Tekin, s. 226, 253-254, 335-338.

⁷⁴ Linz, s. 7

⁷⁵ Mayorga, s. 198; Gamarra, s. 363-372.

artıracak birtakım şartlardan bahsedilecektir. Seçim sistemlerinde getirilen ilave şartlar ile seçime katılımın artırılması; ülkede bulunan dini veya etnik kimliklerin yeteri kadar desteğini almadan devlet başkanının seçilememesi; devlet başkanının farklı dini veya etnik kimliklerden olması sağlanmaktadır. Tüm bu şartlar sayesinde daha çoğulcu bir seçim sistemi kurgulanmış olmaktadır.

A. Asgari Seçime Katılım Şartı

Devlet başkanı seçiminde getirilen şartların başında seçime katılım kotası görülmektedir. Devlet başkanının geniş bir mutabakat ile seçilerek meşruiyetinde bir sarsıntı olmamasını sağlamak için bu uygulamanın getirildiğini söylemek mümkündür. Devlet başkanının seçiminde belirlenen kotanın altında bir katılım olması durumunda seçimlerin geçersizliği ve tekrarı gündeme gelecektir. Esasen bu hüküm ile seçmenlere bir tehditte bulunmaktadır. Şöyle ki katılımın az olması sebebiyle devlet başkanının belirlenememesi durumunda yönetimde boşluk oluşacak ve siyasi tikanıklık riski ile karşılaşılacaktır. Ayrıca seçimlerin yenilenmesi ile oldukça maliyetli olabilen seçim masraflarına bir kez daha katlanılmak zorunda kalınacaktır.

Seçime asgari bir oranda katılım şartı getirilmesi ile seçimlerin boykot edilmesi tehlikesini de göz ardı etmemek gerekmektedir.⁷⁶ Genellikle seçimi kazanma hususunda şüphesi olan kesimlerin bu yola tevessül edebileceği düşünülebilir. Seçime katılım hususunda dünya genelindeki tüm demokrasilerde gerek meclis gerek devlet başkanı gerekse de yerel seçimlerde “en az” %10'luk bir kesimin çekimser kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta seçim verileri incelendiğinde özellikle Avrupa ülkelerinde seçime katılım oranlarının %50-70 bantlarında olduğu görülmektedir.⁷⁷ Seçime katılmayan seçmenlere ilaveten, devlet başkanı seçimini boykot edecek olan adaylar/partiler de eklendiğinde seçimlerin nihayete ermemesi olası bir durum olarak karşımıza çıkacaktır. Örneğin Belarus, Tacikistan, Bulgaristan'da seçimlerin geçerliliği için kayıtlı seçmenlerin yarısından bir fazlasının oy kullanmış olması şartı aranmaktadır.⁷⁸ Litvanya'da ilk turda %50'den fazla katılım aranmaktayken Kuzey Makedonya'da seçimlerin

⁷⁶ Abebe/ Bulmer, s. 26.

⁷⁷ Dünya'da seçimlerdeki katılım oranları hakkında daha fazla istatistik ve bilgi için Bkz. Abdurashid Solijonov, Voter Turnout Trends around the World, IDEA, 2016, s. 23-33.

⁷⁸ Belarus Anayasası, 2004, m. 82/1; Tacikistan Anayasası, 1994, m. 66/1; Bulgaristan Anayasası, 1991, m. 93/3

ikinci turunda %40 katılım şartı aranmaktadır.⁷⁹ Bu hükümler ışığında yapılan seçimlere bakıldığında yukarıda zikredilen yargının doğruluğu ortaya çıkmaktadır. Örneğin Bulgaristan'da 2016 yılında yapılan devlet başkanlığı seçiminin birinci turunda %56,28, ikinci turunda ise %50,44 oranında katılım olmuştur. Seçimin ikinci turda galibi olan Rumen Radev katılan %50,44 seçmenin %59,37'sinin oyunu almıştır. Bir diğer ifade ile tüm seçmenlerin %29,94'ünün oyunu almıştır.⁸⁰ İkinci turda, seçimi kaybedeceğini düşünen adayın seçime katılmaması durumunda ve ona oy verecek kişilerin de oy kullanmaması durumunda, seçimi Radev'in kazanması mümkün olmayacaktı. Zira ikinci turda seçime katılım oranı, Radev'in almış olduğu oy olan %29,94 olacaktı. Bu gibi örnekleri her ülke için vermek mümkündür. Örneğin, Kuzey Makedonya'da 2019 yılında yapılan seçimlerde ikinci turda seçime katılım oranı %46,70 olmuş ve seçimin galibi Stevo Pendarovski katılanların %51,66'sının oyunu almıştır.⁸¹ Kaybeden kişinin seçimi boykot etmesi durumunda aynı yukarıdaki örnekte zikredildiği gibi seçimin yenilenmesini gerekecekti.

Sonuç olarak asgari seçime katılım şartını, seçilecek kişinin meşruiyetini artırıcı bir şart olarak görmek gerekse de sistemi tıkayabilecek ve siyasi krizleri kolaylıkla tetikleyecek bir araç olarak da addetmek yanlış olmayacaktır.⁸² Bu noktada seçimin "sadece" ilk turunda asgari katılım kotasının belirlenmesinin yerinde olduğunu söylemek gerekecektir. Zikredildiği üzere Litvanya'da durum bu şekildedir. Her ne kadar hiç uygulanmamış olsa da Litvanya'da bu şarta bir istisna getirilerek seçimlerin ikinci tura sarkmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Şöyle ki ilk turda bir aday geçerli oyların %50'den fazlasının oyunu almasına rağmen seçime katılım oranı %50'den az olduğunda, seçimin ikinci tura gitmemesi için kazanan adayın, tüm kayıtlı seçmenlerin 1/3'ünden fazla oyu almış olması aranmaktadır.⁸³ Bu gibi hükümler ile seçime katılmayan seçmenlerin ülke siyasetini derinden etkileme gücü bir nebze kırılabilmiş olacaktır.

⁷⁹ Litvanya Anayasası, 1992, m. 81/1; Kuzey Makedonya Anayasası, 1991, 31st amendment

⁸⁰ Election Guide, Republic of Bulgaria Election for President, <electionguide.org/elections/id/2992/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁸¹ Council of Europe, Observation of the Presidential Election in North Macedonia, 2019, <assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27699&lang=en> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁸² Ömer Temel, Kuzey Makedonya, in Abdurrahman Tekin, Ömer Temel, İlyas Fırat Cengiz (Eds.) Osmanlı Ardıl Devletlerinin Siyasal Sistemleri, 2. Bs, Adalet, 2020, s. 379.

⁸³ Litvanya Anayasası, 1992, m. 81/1.

B. Sıralı Devlet Başkanlığı Sistemi: Singapur Modeli

İdeolojik, etnik veya dini çeşitliliğin etkin olduğu kimi ülkelerde devlet başkanının, bir sıra içerisinde (hiatus-triggered model) ideolojik/etnik/dini gruplara mensup kişiler içinden seçilmesi öngörülmüştür. Sayıca çoğunlukta olan ideolojik, etnik veya dini grubun sürekli devlet başkanlık makamına sahip olması, bu ülkelerde siyasette tansiyonun düşmemesine yol açabilmektedir. Makam sahibinin meşruiyetini derinden etkileyebilecek bu durumun önüne geçmek için çoğulcu bir yapı kurulmaya çalışıldığı söylenebilir.

Bu sisteme sahip göze çarpan ilk ülke Singapur'dur. Esasen siyasi tansiyon saikinden ziyade tamamen hoşgörü sebebiyle sıralı devlet başkanlığı modelinin benimsendiği görülmektedir. Singapur'da parlamenter sistem uygulanmakta ve devlet başkanı sembolik yetkiler ile donatılmıştır. Malay kökenlilerin 1970'den beri devlet başkanı seçilememesi gerçeğinden hareketle, toplumdaki tüm etnik yapıların devlet başkanlığı makamına ulaşabilir olması arzu edilerek Singapur Anayasası'nda 2016 yılında değişikliğe gidilmiştir.⁸⁴ Bu değişiklik ile ülkede üç ana etnik grubun varlığı zikredilmiştir: Malaylar, Çinliler ve "Hintli ve diğer azınlıklar" şeklinde bir sınıflandırmaya gidilmiştir. Devlet başkanının sıralı seçimi sisteminde geçmiş beş dönem ele alınmaktadır. Buna göre son beş dönemde hiç görev almamış bir etnik grup var ise bir sonraki devlet başkanı bu gruptan seçilecek ve başka etnik gruptan bir aday seçim yarışına alınmayacaktır.⁸⁵ Mecliste çoğunluğa sahip Malay dışı etnik yapıların bahsettiği bu çoğulcu düzenleme ile 2017 devlet başkanlığı seçiminde Malay kökenli Halimah Jacob seçilmiştir. Tek aday olan Jacob, seçime gerek kalmadan devlet başkanı ilan edilmiştir.⁸⁶ Liyakatin temel alınması şartıyla⁸⁷, çok etnik yapıları ülkelerde siyasetin işlevsel bir şekilde devamı için bu tür paylaşımlar kamunun genel hoşnutluğu adına zaruri görülmelidir.⁸⁸

⁸⁴ Mohamed Nawab Mohamed Osman/ Prashant Waikar, "The People's Action Party and the Singapore Presidency in 2017: Understanding the Contradictions Between State Discourse and State Practice", 2019, 59(2), Asian Survey, s. 382-385; Review of Specific Aspects of the Elected Presidency the Constitution of the Republic of Singapore (Amendment) Bill, 2016, <nas.gov.sg/archivesonline/government_records/Flipviewer/grid_publish/1/1fd8053f-8632-11e6-9af5-0050568939ad-28092016Cmd.7of2016/web/resources/_pdfs/_GovernmentRecords_.pdf> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021, s. 1-2.

⁸⁵ Singapur Anayasası, 1963, m. 19B.

⁸⁶ Elections Department Singapore, Presidential Election Results, <https://www.eld.gov.sg/elections_past_results.html> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁸⁷ Osman, Waikar, 390.

⁸⁸ Etnik çeşitliliğin Singapur'da ayrılıktan ziyade zenginlik olarak addedilmesi gerektiği ve

Yazılı olmasa da uygulamadan kaynaklanan bir diğer sıralı devlet başkanlığı uygulamasını Nijerya’da görmek mümkündür. Singapur’un aksine sıralı devlet başkanlığı sistemi Nijerya’da dini rekabet ve çatışmayı önleme amacıyla benimsenmiştir. Zira Nijerya iki dinin oldukça güçlü olduğu ve bölgesel manada da ayrılmış bir ülkedir. Arap ve Osmanlı ardıl devletlerine komşu olan Nijerya’nın kuzey kesimleri, genel olarak Müslüman ve gelir düzeyi oldukça düşük olup; güney kesimler ise İngiliz sömürgeciliği ve yoğun misyonerlik faaliyetleri sonucu Hristiyanlaşmış ve petrol sebebiyle oldukça zenginleşmiştir. Ülkede iki büyük dinin etkin olması ve sömürgecilik döneminde hiçbir Müslüman liderin ülke yönetiminde etkin olamaması ve Müslüman bölgelerin ekonomik bakımdan geri bırakılması sonucu ülkede siyasi tansiyon, günümüze kadar harareti ile devam edegelmiştir.⁸⁹ Buna karşın askeri darbe sonrası demokrasiye geçiş ile 1999 seçimlerinden sonra göreve gelen devlet başkanlarının seçiminde bir uzlaşma arayışı içerisinde olunmaya çalışılmıştır. Ülkenin en büyük partisi olan Halkın Demokratik Partisi (PDP), başkan adaylarını yapılan uzlaşma ile farklı dinlere mensup kişiler arasından çıkarmıştır. Seçilen devlet başkanlarının yardımcılarının da devlet başkanından farklı dine mensup olmasına dikkat edilmiştir. Nitekim son iki seçimde partiler arası güç dengesi değişmiş ve Müslüman adaylar seçimi kazanmış olsa da devlet başkan yardımcısı bağlamında farklı dine mensup kişi seçimi usulünde bir değişim yaşanmamıştır. Seçimin kazanan ve kaybedenin her ikisinde de farklı dinlere ait ikili adaylıklar gösterilmiştir.⁹⁰

halkın refahı ve mutluluğu için eşit imkanlar sunulmanın önemi hususunda daha fazla bilgi için Bkz. Chua Beng Huat, “Political Culturalism, Representation and the People’s Action Party of Singapore”, 2007, 14(5), Democratization, 913-918.

⁸⁹ Max Siollun, What Britain Did to Nigeria, Hurst & Company 2021; Chika J. B. Gabriel Okpalike/ Kanayo Louis Nwadior, “The Evolution of Modern Nigeria through Missionary Activities Within Colonial Schemata, 1840-1960”, International Conference of Interdisciplinary Studies, 2015; Aliyu Mukhtar Katsina, Colonialism, Post-colonialism and Ethnic Cleavages in Africa: Nigeria Since Independence, International Conference of the School of Arts and Social Sciences, 2012. Nijerya’da dinler arası çekişmenin daha detaylı boyutları ve farklı dine mensup insanların devlet kurumlarına, yönetim şekline dair görüşlerini yansıtan pek çok istatistikî veri için Bkz. Robert Ruby/ Timothy Samuel Shah, “Nigeria’s Presidential Election: The Christian-Muslim Divide”, 2007, <pewforum.org/2007/03/21/nigerias-presidential-election-the-christian-muslim-divide/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁹⁰ Emmanuel O. Ojo, “The Religious Factor in Nigeria’s 2019 Presidential Election”, 2020, 19(3), Journal of African Elections, s. 142-153; Nijerya’da etnik ve dini yapıların, devlet başkanlığı seçiminde seçmenlerin tercihi ve adayların belirlenmesi üzerinde ne gibi etkileri olduğu hususunda daha fazla bilgi için Bkz: Dele Babalola, “Ethno-Religious Voting in Nigeria: Interrogating Voting Patterns in the 2019 Presidential Election”, 2020,109(4), The Commonwealth Journal of International Affairs, s. 377-385.

C. Birden Fazla Devlet Başkanı Seçilmesi: Bosna Modeli

Devlet yönetiminde hangi kademede olursa olsun eş yetkiler ile donatılmış birden fazla kişiye bir makamın verilmediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak Bosna Hersek'te devletin her bir kurumunda eş yetkiler ile donatılmış kişilere “tek bir makamın” paylaştırıldığı görülmektedir.⁹¹ Meclis, Anayasa Mahkemesi gibi kolektif organlarda ise eş temsiliyet kuralı getirilerek yetki paylaşımının her noktaya yayılması sağlanmıştır. Ülkede özellikle yürütme konusunda hiçbir konuda ve makamda tek bir karar vericinin olmaması için özel uğraşlar verilerek bir anayasa hazırlanmıştır. Çalışmanın konusu açısından bakılacak olursa, ülkede üç adet devlet başkanı bulunmaktadır. Devlet başkanlarının her biri, ülkeyi oluşturan üç etnik yapıdan, yani Boşnak, Hırvat ve Sırp tarafından ayrı ayrı seçilmektedir.⁹² Bosna Hersek'te benimsenen bu nevi şahsına münhasır yöntem ile ülkede etkin olan üç büyük etnik yapının eşit ama adil olmayan temsili sağlanmış olmaktadır.⁹³

Bu uygulamayı değerlendirirken ilk bakışta oldukça çoğulcu ve kapsayıcı bir uygulama olduğu hissiyatına kapılmak mümkündür. Hatta İsviçre'de ve Belçika'da olan bakanlık paylaşımlarında etnik ve dilsel paylaşımlar akla gelmektedir.⁹⁴ Ancak bu paylaşımların bakanlar kurulu gibi “heyet” halinde teşekkül eden organlarda görülmesi normaldir. Devlet başkanlığı gibi bir kişinin sahip olması gereken bir makamda bu paylaşımı görmek şaşırtıcıdır.

⁹¹ Burada vurgulanan hususun, “bir makam” olduğunu söylemek gerekir. Elbette meclis, komisyon, anayasa mahkemesi veya herhangi bir kurulda birden fazla kişiye eşit imkanlarda makam tahsis edilmektedir. Ancak hangi kolektif yapı olursa olsun, bu yapıların içerisinde mutlaka bir kişi seçilmekte ve idare bu kişinin tekeline bırakılmaktadır. Ancak Bosna'da bahsedilen durum, tek bir kişinin karar alıcı noktada bulunması gereken kolektif olmayan makamların kolektifleştirilmesidir. Örneğin, Bosna Hersek Futbol Federasyonu'nun başında üç etnik yapıyı temsilen üç başkanın olması gerektiği kuralı sebebiyle Uluslararası Futbol Federasyonu'nun (FIFA) yaptırımlarına maruz kalmış ve yıllar sonra atılan geri adım ile tek başkanlı yapıya geçilerek uğranılan yaptırımlar kaldırılmıştır. Bkz. Deutsche Welle, FIFA, UEFA Suspend Bosnia-Herzegovina over Tripartite Presidency, <dw.com/en/fifa-uefa-suspend-bosnia-herzegovina-over-tripartite-presidency/a-14960205> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁹² Bosna Hersek Anayasası, 1995, m.5/1-a.

⁹³ Zira ülke nüfusunun yarısını oluşturan etnik yapı ile 1/7'sini oluşturan bir etnik yapıya Devlet Başkanlığında, Mecliste, Anayasa Mahkemesi üyeliğinde vs. eşit yetkiler tanınmıştır. Bkz. Bosna Hersek Anayasası, 1995; World Heritage Encyclopedia, Demographic History of Bosnia and Herzegovina, <http://www.self.gutenberg.org/Home> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

⁹⁴ Arend Lijphart, Patterns of Democracy, Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, 2. bs., Yale University Press, 2012, s. 33-34;

Dikkat edilmelidir ki “her ülkede” etnik, dil, din gibi alanlarda farklı kesimler bulunmaktadır. Hatta bu yapıların oranları birbirine yakın da olabilmektedir. Ancak sadece Bosna’da, ülkeyi oluşturan etnik yapıların her birinin Devlet Başkanlık Konseyinde yeri olacağına dair hüküm bulunmaktadır. Esasen bu tür bir paylaşımı, birbiri ile hiçbir sorunu olmayan etnik veya dini gruplar arasında uzlaşa ile alınan bir karar sonrasında görmek gerekir. Zira getirilen paylaşım sistemi, oldukça önemli bir makamın paylaşımını öngörmekte ve siyasi tikanıklıklara kolaylıkla sebep olacak türdendir. Ancak Bosna Hersek’teki durum bunun tam tersidir. Böyle bir hükmün getirilmesinin esas sebebini, bağımsızlığın sağlandığı 1995 yılına kadar ki süreçte Sırpların soykırım dahil pek çok savaş suçu işlemesi ve bu sebeple Bosna’daki üç büyük etnik grubun birbiri ile derin ayrılıklara düşmesi ve acı hadiselerin tekrar etmeme temennisi şeklinde görmek mümkündür.⁹⁵ Sonuç olarak bu denli ayrışmanın yaşandığı bir toplumda getirilen bu uygulamanın “empoze edilmiş bir yönetim şekli”⁹⁶ olduğunu zikretmek mümkündür. Nitekim pek çok akademik çalışmaya da konu olan bu üçlü yapı eleştirilerin odağı haline gelmiştir.⁹⁷

D. Ulusal Çoğunluk ve Bölgesel Başarı Şartı

Devlet başkanının seçiminde getirilen ilave şartlara bakıldığında, incelenmeye değer bir diğer uygulama ise devlet başkanının sadece mutlak çoğunluğun oyu ile seçilmesinin yetmemesidir. Etnik veya dini gruplar arasında çatışmanın sık yaşandığı ve derin ayrılıkların olduğu kimi toplumlarda, devlet başkanının mutlak çoğunluğa ilaveten, ülkenin çeşitli coğrafi kesimlerinde de belli bir oranda başarıya ulaşmış olması aranmaktadır. Bu sistemin uygulandığı üç ülke bulunmaktadır. Nijerya, Kenya ve Endonezya’da farklı etnik ve dini grupların heterojen bir görünüm ile ülkenin belli coğrafyalarında yaşadığı görülmektedir. Seçilecek devlet başkanının “sadece” ülkede çoğunlukta

⁹⁵ Senada Zatagic, Bosna Hersek, in Abdurrahman Tekin, Ömer Temel, İlyas Fırat Cengiz (Eds.) Osmanlı Ardıl Devletlerinin Siyasal Sistemleri, 2. Bs, Adalet, 2020, s. 139.

⁹⁶ Soeren Keil, Multinational Federalizm in Bosnia and Herzegovina, Taylor and Francis, 2016. Dayton Antlaşması ile kurulan bu düzen, savaşın Müslüman Boşnakların lehine döndüğü bir zamanda anlaşma masası kurulup, Müslüman Boşnaklara savaşın adeta masada kaybettirilmeye çalışılması olarak düşünülebilir.

⁹⁷ Bkz. Zatagic, s. 137-172; Don Hays/ Jason Crosby, “From Dayton to Brussels”, 2006, 175, United States Institute of Peace; Aydın Babuna, “European Integration, Bosnia-Herzegovina and Stability in the Western Balkans: A New Strategy”, 2014, 19(2), Perceptions, s. 1-32; Ludovica Benedizione/ Valentina Rita Scotti, Twenty Years After Dayton - The Constitutional Transition of Bosnia and Herzegovina, Rome, Luiss University Press, 2021; Aleksandar Savanovic, “Crises of Bosnia”, 2013, 4(9), Mediterranean Journal of Social Sciences, s. 539-546.

bulunan etnik veya dini bir yapıya mensup kişilerin tercihi ile seçilmemesi istendiği için bu uygulamanın hayata geçirildiği söylenebilir. Aksi takdirde çoğunlukçu bir yönetim tarzına sahip olunmuş ve azınlıkta olduğu için her daim yönetim dışı kalmış bir kesimin varlığı söz konusu olacaktır. Örneğin Nijerya’da bir Müslüman aday seçimi kazanacaksa, mutlaka Hristiyanların yaşadığı bölgelerden de belirli bir oranda oy alması gerekecektir. Aynı şekilde Kenya’da da seçimi kazanacak kişinin, farklı kabile ve etnik kökene mensup olan eyaletlerde belirli bir oranda oy alınması gerekmektedir.

Endonezya ve Kenya’da bir devlet başkanı adayının, seçimi ilk turda kazanabilmesi için geçerli oyların mutlak çoğunluğuna ulaşması gerekmektedir. Buna ilaveten adayın, Endonezya’da 34 şehrin en az yarısında %20; Kenya’da ise 47 bölgenin en az yarısında %25’ten fazla oy almış olması gerekmektedir. İlk turda adayın bu iki şartı da sağlayamaması durumunda ikinci tura, ilk turda en fazla oy alan iki aday katılmakta ve mutlak çoğunluğun oyunu alan aday devlet başkanı olmaktadır.⁹⁸

Nijerya’da ise tek adayın seçime katılması durumunda, referandum şeklinde seçimler yapılır ve evet oylarının mutlak çoğunluğa ulaşması aranır. Buna ilaveten adayın, federal başkent de dahil, ülkedeki tüm eyaletlerin en az 2/3’ünde 1/3’ten fazla oy alması gerekmektedir. Bu şartların sağlanamaması durumundaseçimler yenilenmektedir. GörüldüğüüzereNijerya’da seçilebilmek için “bölgesel başarı nisabı” diğer ülkelere göre yüksek tutulmuştur. İki kişinin seçime katılması durumunda da mutlak çoğunluğa ilaveten bölgesel başarı şartı aranmakta, hiçbir adayın başarılı olamaması durumunda ise seçimler yenilenmektedir.⁹⁹ İkiden fazla adayın seçime girmesi durumunda ise seçimlerin ilk turu, yukarıda zikredilen usule göre yapılmaktadır. Hiçbir adayın bu şartı sağlayamaması durumunda ise en çok oyu alan birinci aday ikinci tura kalmaktadır. İkinci tura kalan “ikinci aday” ise aldığı oy sayısına göre değil, “kazandığı eyalet sayısına göre” belirlenmektedir. Seçimin ikinci turuna katılacak ikinci kişinin belirlenmesinde aynı sayıda eyalet kazanan iki adayın olması ihtimali de unutulmamış ve bu durumda ülke genelinde en çok oy alan adayın ikinci turdaki seçimlere katılması düzenlenmiştir. Böylece, ilk turda üçüncü olan adayın ikinci tura kalması gibi ilginç bir durum ile karşılaşılması da söz konusu olabilecektir. İkinci turda da mutlak çoğunluk ile bölgesel başarı şartı aranmaktadır. Ancak yine bir kazananın çıkmaması

⁹⁸ Endonezya Anayasası, 19, m. 6A/1,3,4; Kenya Anayasası, 2010, m. 138/4,5.

⁹⁹ Nijerya Anayasası, 1999, m. 133/1-a,b.

durumunda üçüncü tur oylamalar yapılmakta ve burada sadece mutlak çoğunluk şartı aranmaktadır.¹⁰⁰

Devlet başkanının seçiminde aranan bu şart ile ülkedeki farklı etnik ve dini kesimlerin desteğini almadan kimsenin bu makama oturmaması temin edilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar Endonezya ve Kenya'da seçimin son turunda bölgesel başarı şartı aranmıyor olsa da bu durumu makul görmek gerekmektedir. Zira bu ülkeler başkanlık sistemi ile yönetilmekte ve devlet başkanı seçiminin katı kurallar sebebiyle sonuçlanamamasıyla iptal edilmesi ülkede bir yönetim krizine sebep olabilecektir. Buna karşın Nijerya'da ikiden fazla adayın katıldığı seçimin üçüncü turunda bölgesel başarı şartı aranmamaktadır. Diğer tüm ihtimallerde bu şart aranmaktadır. Bu durumu, ülkedeki dini rekabetin geldiği seviye ile açıklamak mümkündür. Sonuç olarak, bugüne kadar üç ülkede de bölgesel başarı şartının sağlanamaması sebebiyle hiçbir zaman seçimler ikinci tura kalmamıştır.¹⁰¹

Sonuç

Modern demokrasilerde yürütmenin artan etkinliği göze çarpmaktadır. Bu artan etkinliği devlet başkanının sahip olduğu yetkilerdeki artıştan da tespit etmek mümkündür. Demokrasiye geçen ülkelerde de tercihin, güçlü devlet başkanından yana olduğu görülmektedir. Artan bu yetkiler, devlet başkanlarının halk tarafından seçilmeye başlanması ile sonuçlanmaktadır. Örneğin demokrasiye geçen Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri Romanya, Slovenya, Hırvatistan, Sırbistan, Ukrayna ve Kuzey Afrika ülkeleri Cezayir, Tunus ve 2012-2014 arasında Mısır'da olduğu gibi devlet başkanının halk tarafından seçilmesi yönünde bir tercihin yapıldığı göze çarpmaktadır. Hatta parlamenter sistem olarak kabul edilen Avusturya, Portekiz, Singapur ve İzlanda gibi ülkelerde de devlet başkanının halk tarafından seçilme usulünün benimsendiği görülmektedir.

Günümüzde Dünya'daki ülkelerin çoğunda devlet başkanı halk tarafından seçilir hale gelmiştir. Sayının fazlalığı, uygulamada farklı seçim sistemlerinin benimsenmesine ve hatta bu sistemlerin ülke gerçeklerinden hareketle yoğurularak farklılaştırılmasına da yol açmıştır. Uygulanan seçim sistemlerini iki ana başlık altında, tek turda biten ve bitmeyebilen seçim sistemleri şeklinde ayırmak mümkündür. Bu iki ana tasnif altında incelenen

¹⁰⁰ Nijerya Anayasası, 1999, m. 134/1,2,3,4,5.

¹⁰¹ Adam Carr, Election Archive, <psephos.adam-carr.net> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

7 farklı seçim sisteminin kendine has olumlu ve olumsuz yanları mevcuttur. Hangi seçim sisteminin en iyi olduğunu söylemek elbette ki mümkün değildir. Zira her sistemin ülkeden ülkeye farklı sonuçlar vermesi doğal bir durumdur.

Uygulanan seçim sistemleri incelenirken, seçim sistemlerinde tespit edilen birtakım ilave şartların varlığı da göze çarpmaktadır. İlave şartların getirilmesi ile seçilecek kişiye ve devlet başkanlığı makamına toplum nezdinde duyulan bağlılığın artırılması amaçlanmıştır. Bu şartların ilki, devlet başkanının daha fazla kişinin seçime katıldığı bir yarışmada belirlenmesini sağlayan seçime katılım kotasıdır. İkincisi, sıralı devlet başkanlığı şartı olup, farklı etnik ve dini grupların sırayla devlet başkanlığı makamına oturması amaçlanmaktadır. Üçüncü tespit edilen şart, etnik açıdan her kesimin kendi devlet başkanını seçmesi ve makamın bu kişilerce bir konsey şeklinde yürütülmesidir. Son şart ise devlet başkanı olarak seçilebilmek için sadece ülke çapında çoğunluğun elde edilmesi değil, buna ilaveten etnik ve dini grupların yaşadığı bölgelerden de asgari bir oranda oy alınması gerektiğidir. Elbette bu noktada da her bir şart için olumlu ve olumsuz sonuçlar çıkarmanın mümkün olduğu zikredilmelidir.

Son olarak belirtilmelidir ki bu çalışmada, Türkiye’de devlet başkanının nasıl seçilmesi gerektiği üzerine bir değerlendirme veya öneri yapılmamaktadır. Zira bu ayrı bir çalışmanın konusudur. Burada Dünya’da uygulanan farklı sistemler incelenmiş ve söz konusu çalışmayı yapacak akademisyen ve siyasilere rehber olunması amaçlanmıştır.

Kaynakça

Abebe A/ Bulmer E, Electing Presidents in Presidential and Semi-Presidential Democracies, IDEA, 2019.

Anayasalar, <<https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en>> Erişim Tarihi 10 Ocak 2021.

Anayurt Ö, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 3. Baskı, Seçkin, 2020.

Babalola D, “Ethno-Religious Voting in Nigeria: Interrogating Voting Patterns in the 2019 Presidential Election”, 2020, 109(4), The Commonwealth Journal of International Affairs, 109(4), 2020.

Babuna A, “European Integration, Bosnia-Herzegovina and Stability in the

- Western Balkans: A New Strategy”, 2014, 19(2), *Perceptions*, s. 1-32.
- Benedizione L/ Rita Scotti, V, *Twenty Years After Dayton - The Constitutional Transition of Bosnia and Herzegovina*, Luiss University Press, 2021.
- Best J, *The Case against Direct Election of the President: A Defense of the Electoral College*, Ithaca, Cornell University Press, 1971.
- Boudreaux P, “The Electoral College and its Meager Federalism”, 2004, 88(2), *Marquette Law Review*, s. 195-249.
- Bouton L/ Gratton G, “Majority Runoff Elections: Strategic Voting and Duverger’s Hypothesis”, 2015, 10(2), *Theoretical Economics*, s. 283-314.
- Bulut, N, *Siyasal İktidar Tipleri ve Bir Siyasal İktidar Tipi Olarak (Modern) Devlet*, 2020, <<http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=siyasal-iktidar-tipleri-vebir-siyasal-tipi-olarak-modern-devlet.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2020.
- Calabresi S. G/ Berghausen, M. E/ Albertson, S, “The Rise and Fall of the Separation of Powers”, 2012, 106(2), *Northwestern University Law Review*, s. 527-550.
- Carr A, *Election Arcive*, <psephos.adam-carr.net> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Council of Europe, *Observation of the Presidential Election in North Macedonia*, 2019, <assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27699&lang=en> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Croissant A, “Electoral Politics in South Korea”, in Aurel Croissant, (Ed.) *Electoral Politics in Southeast and East Asia*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002.
- Deutsche Welle, *FIFA, UEFA Suspend Bosnia-Herzegovina over Tripartite Presidency*, <dw.com/en/fifa-uefa-suspend-bosnia-herzegovina-over-tripartite-presidency/a-14960205> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Elections Department Singapore, *Presidential Election Results*, <https://www.eld.gov.sg/elections_past_results.html> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Election Guide, *Republic of Bulgaria Election for President*, <electionguide.org/elections/id/2992/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Election Guide, *Republic of North Macedonia Election for President*, <electionguide.org/elections/id/2790/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

- Elections Ireland, Presidential Election 27 October 2011, <electionsireland.org/counts.cfm?election=2011p&cons=194> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Eren A, Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Seçkin, 2020.
- European Union Election Observation Mission, Presidential and Parliamentary Elections Nicaragua 2006, <aceproject.org/ero-en/regions/americas/NI/nicaragua-eo-reports/nicaragua-presidential-and-parliamentary-elections> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Favereu L, Droit Constitutionnel, Paris, Dallos, 1998.
- Federal Election Commission, Election results, <fec.gov/introduction-campaign-finance/election-and-voting-information/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Gabriel Okpalike C. J. B/Nwadiakor, K. L, “The Evolution of Modern Nigeria through Missionary Activities Within Colonial Schemata, 1840-1960”, International Conference of Interdisciplinary Studies, 2015.
- Gamarra E, “Hybrid Presidentialism and Democratization: The Case of Bolivia.” in Scott Mainwaring, Matthew Soberg Shugart, (Eds.) Presidentialism and Democracy in Latin America, Cambridge University Press, 1997.
- General Election Committee of Mongolia, Results of the Second Vote of the Presidential Election of Mongolia 2017, <gec.gov.mn/blog/2188> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Gözler K, Devlet Başkanları, 2. Baskı, Ekin, 2016.
- Hakyemez Y. Ş, “Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, 2007, 24, Anayasa Yargısı, s. 525-568.
- Hardaway R. M, The Electoral College and the Constitution: The Case for Preserving Federalism, Praeger, 1994.
- Hays D/ Crosby J, “From Dayton to Brussels”, 2006, 175, United States Institute of Peace.
- Horowitz D. L, A Democratic South Africa: Constitutional Engineering in a Divided Society, University of California Press, 1991.
- Huat C. B, “Political Culturalism, Representation and the People’s Action

- Party of Singapore”, 2007, 14(5), Democratization, s. 911-927.
- Instituto Nacional Electoral Mexicali, Estadísticas y Resultados Electorales, <portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/Elecciones/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Jones M. P, “Presidential and Legislative Elections”, in Erik S. Herron, Robert J. Pekkanen, Matthew S. Shugart, (Eds.) The Oxford Handbook of Electoral Systems, Oxford University Press, 2018.
- Jorge L. R, “Bolivia”, in Dieter Nohlen, (Ed.) Elections in the Americas a Data Handbook, Vol. II, Oxford University Press, 2005.
- Katsina A. M, Colonialism, Post-colonialism and Ethnic Cleavages in Africa: Nigeria Since Independence, International Conference of the School of Arts and Social Sciences, 2012.
- Kaufman I. R, “The Essence of Judicial Independence”, 1980, 80(4), Colombia Law Review, s. 671-701.
- Keil S, Multinational Federalizm in Bosnia and Herzegovina, Taylor and Francis, 2016.
- Keyssar A, Why Do We Still Have The Electoral College?, Harvard University Press, 2020.
- Kochmar-Tymoshenko, S, Ukraine’s heated presidential campaign most expensive ever, 2019, <euromaidanpress.com/2019/03/28/ukraines-heated-presidential-campaign-most-expensive-ever/> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Lewis W. A, Politics in West Africa, Oxford University Press, 1965.
- Lijphart A, “The Alternative Vote: A Realistic Alternative for South Africa?”, Politikon, 1991, 18(2), s. 91-101.
- Lijphart A, Patterns of Democracy, 2. Baskı, Yale University Press, 2012.
- Lijphart A, Patterns of Democracy, Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, 2. bs., Yale University Press, 2012.
- Linz J. J, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?” in Juan J. Linz, Arturo Valenzuela, (Eds.) The Failure of Presidential Democracy, Johns Hopkins University Press, 1994.
- Linz J. J, “Perils of Presidentialism”, Journal of Democracy, s. 51-69.
- Mayorga R. A, “Electoral Reform in Bolivia: Origins of the Mixed-Member Proportional System”, in Matthew Soberg Shugart, Martin P., Wattenberg,

(Eds.) Mixed-Member Electoral Systems The Best of Both Worlds?, Oxford University Press, 2001.

Mohamed-Osman M. N/ Waikar P, “The People’s Action Party and the Singapore Presidency in 2017: Understanding the Contradictions Between State Discourse and State Practice”, *Asian Survey*, s.382-405.

National Archives, 2020 Electoral College Results, <[archives.gov/electoral-college/2020](https://www.archives.gov/electoral-college/2020)> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

Ojo E. O, “The Religious Factor in Nigeria’s 2019 Presidential Election”, *Journal of African Elections*, s. 136-155.

OSCE, Republic of Serbia Parliamentary and Early Presidential Elections 6 and 20 May 2012, <osce.org/files/f/documents/d/e/92509.pdf> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

Özsoy-Boyunsuz Ş, Başkanlı Parlamenter Sistem, On İki Levha, 2014.

Review of Specific Aspects of the Elected Presidency the Constitution of the Republic of Singapore (Amendment) Bill, 2016, <[nas.gov.sg/archivesonline/government_records/Flipviewer/grid_publish/1/1fd8053f-8632-11e6-9af5-0050568939ad-28092016Cmd.7of2016/web/resources/_pdfs_/GovernmentRecords_.pdf](https://www.nas.gov.sg/archivesonline/government_records/Flipviewer/grid_publish/1/1fd8053f-8632-11e6-9af5-0050568939ad-28092016Cmd.7of2016/web/resources/_pdfs_/GovernmentRecords_.pdf)> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

Roskin M. G/ Cord Robert L/ Medeiros J A/ Jones W. S, *Political Science an Introduction*, 12. bs., Pearson, 2012.

Ruby R/ Shah T. S, “Nigeria’s Presidential Election: The Christian-Muslim Divide”, 2007, <[pewforum.org/2007/03/21/nigerias-presidential-election-the-christian-muslim-divide/](https://www.pewforum.org/2007/03/21/nigerias-presidential-election-the-christian-muslim-divide/)> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

Sartori G, “Political Development and Political Engineering”, in J.D. Montgomery, A.O. Hirschman, (Eds.) *Public Policy*, Harvard University Press, 1968.

Savanovic A, “Crises of Bosnia”, 2013, 4(9), *Mediterranean Journal of Social Sciences*, s. 539-546.

Shugart M. S/ Taagepera R, “Plurality versus Majority Election of Presidents: A Proposal for a “Double Complement Rule”, *Comparative Political Studies*, s. 323-348.

Shugart M. S, “Extreme Electoral Systems and the Appeal of the Mixed-Member Alternative”, in Matthew Soberg Shugart, Martin P., Wattenberg,

(Eds.) Mixed-Member Electoral Systems The Best of Both Worlds?, Oxford University Press, 2001.

Sierra Leone National Election Commission, Presidential Election Results, <nec.gov.sl/site/elections_results> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

Singapoure Elections Department, Presidential Election Results, <eld.gov.sg/elections_past_results_presidential.html#Y2011> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

Siollun M, What Britain Did to Nigeria, Hurst & Company 2021.

Solijonov A, Voter Turnout Trends around the World, IDEA, 2016.

Tanör B/ Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, Beta, 2020.

Teehanke J, “Electoral Politics in the Philippines”, in Aurel Croissant, (Ed.) Electoral Politics in Southeast and East Asia, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002.

Tekin A, Liberal Anayasal Sistemlerde Parlamento İçi Muhalefetin Rolü, On İki Levha, 2019.

Tekin A/ Temel, Ö, “Political and Constitutional Developments in Tunisia and Egypt in the aftermath of the Arab Spring”, Law & Justice Review, s. 193-239.

Temel Ö, “Kuzey Makedonya”, in Abdurrahman Tekin, Ömer Temel, İlyas Fırat Cengiz, (Eds.) Osmanlı Ardıl Devletlerinin Siyasal Sistemleri, 2. Bs, Adalet, 2020.

United States Code, Title 3, 1948, <govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2019-title3/pdf/USCODE-2019-title3.pdf> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

World Heritage Encyclopedia, Demographic History of Bosnia and Herzegovina, <http://www.self.gutenberg.org/Home> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.

Zatagic S, “Bosna Hersek”, in Abdurrahman Tekin, Ömer Temel, İlyas Fırat Cengiz, (Eds.) Osmanlı Ardıl Devletlerinin Siyasal Sistemleri, 2. Bs, Adalet, 2020.

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI: YASAL ŞARTLARIN YERİNDELİĞİ VE KARARIN HUKUKİ ETKİLERİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

M. Emre TULAY*

ÖZ

Ceza muhakemesinde erteleme kurumunun yansımalarından olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, uygulamada sıklıkla başvuru kurumlar arasındadır. Sanığın hukuki menfaati gözetilerek ihdas edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, yasal şartları yönüyle bu amaçla ne ölçüde bağdaştığı, yargılamanın yürüyüşü ve ceza muhakemesine hakim ilkeler ışığında irdelenmelidir. Bu gayeyi takiben eserde, kurumun hukuki niteliği tartışılmış, yasal koşul ve istisnalar değerlendirilmiş, sanık hakkında doğurduğu sonuçlar incelenmiştir. Ayrıca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı öngörülen itiraz kanun yolunun kapsamı, itiraz merciin bağlı olduğu sınırlar ve kanun yolu tercihinin yerindeliliği ele alınmıştır. Konuyla ilgili içtihat ve doktrinde yer alan görüşler değerlendirilmiş, tespit edilen hukuki sorunlara ilişkin çözüm önerileri paylaşılmıştır.

***Anahtar Kelimeler:** Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Erteleme, Sanığın Kabulü, İkrar, İtiraz*

DEFERRAL OF THE ANNOUNCEMENT OF VERDICT: AN ASSESSMENT ON THE APPROPRIATENESS OF LEGAL CONDITIONS AND THE LEGAL EFFECTS OF THE DECISION

ABSTRACT

The institution of deferral of the announcement of verdict, which is one of the reflections of the deferment institution in criminal procedure, is among the institutions that are frequently applied in the Turkish Criminal Law practice. It should be examined to what extent the institution of deferral of the announcement of verdict, which was created with the claim that it is in favor of the defendant, is compatible with this purpose in terms of legal conditions of institution. Therefore, in our study, the legal nature of the institution was discussed, the legal conditions and exceptions defined in

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı/ISPARTA **e-posta:** muhammedtulay@sdu.edu.tr,
ORCID: 0000-0002-7828-8302.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018786

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/09/2021

Article 231 of the Criminal Procedure Code were evaluated, and the consequences of the decision on the defendant were examined. In addition, the scope of the objection legal remedy foreseen against the decision of deferral of the announcement of verdict, the limits which the objection authority is bound in the analysis of the decision, and the appropriateness of the choice of legal remedy have been discussed. The opinions contained in the supreme court decisions and doctrine on the subject have been evaluated. Solutions for the identified legal problems have been shared.

Keywords: *Deferral of the Announcement of Verdict, Deferral, Conviction, Consent of the Defendant, Objection*

I. GENEL OLARAK

Türk Ceza Muhakemesi uygulamasında sıklıkla başvurulanan hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumu¹, öncelikle 15.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 23'te düzenlenmiş, 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile CMK sistemine dahil edilmiştir.

Sanık ile devlet arasındaki yargılama ve ceza ilişkisini geçici olarak sona erdiren HAGB kurumu² ile cezai yönden hafif suçlarda³ toplum barışına katkıda bulunmak⁴, mahkemelerin iş yükünü kısmen azaltmak⁵, cezaevi

¹ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından açıklanan son verilere göre, 2019 yılında karara bağlanan 4.447.362 adet dosyanın 562.854 tanesi HAGB ile neticelenmiştir. Bu sayı, toplam dosya adedinin %12,7'sine tekabül etmektedir. Ancak 2012-2019 arası dönem baz alındığında, HAGB açısından 2014 yılından itibaren oransal bir düşüş olduğu gözlemlenmektedir. Nitekim toplam dosya sayısında çok yakın olunan 2013 yılında bu oran %17,7'dir (bkz. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2021). Söz konusu düşüşün temelinde alternatif çözüm yollarının, bu anlamda yıl aralığı dikkate alındığında uzlaştırma kurumunun daha uygulanabilir hale gelmesinin etkili olduğu söylenebilir.

² Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınevi, 2019, s. 715.

³ Madde gerekçesi (5560 sayılı Kanun m. 23).

⁴ Madde gerekçesi (5560 sayılı Kanun m. 23): “Cezaya mahkumiyete bağlı yoksunlukların doğmaması için, kişi açısından, denetim süresi zarfında yeni bir suç işlememesi ve özellikle mağdurun mağduriyetini gidermek amacıyla yönelik olarak kendisine yüklenen belirli yükümlülüklerle uygun davranması koşuluyla, hakkında cezaya hükmedilmemesi, toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyete nazaran daha etkili olabilecektir. Bu amaca hizmet eden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, müessesese olarak hukuk sistemimize kazandırılmasında bir gereklilik bulunmaktadır”.

⁵ Yusuf Solmaz Balo, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumu Üzerinden Ulaşılmak

yoğunluğunu düşürmek ve cezaevi kültürünün kişi üzerinde bıraktığı olumsuz etkiyi, denetim süresi öngörerek şartlı şekilde kaldırmak amaçlanmıştır.⁶ Diğer yandan, henüz cezanın infazına geçilmeden kişinin ıslahı istenmekte⁷,

İstenen Hedeflerin Türkiye Bakımından Gerçekleştirilebilirliği”, 2016, 11(30), CHD, s. 197. HAGB kurumunun ihdasının ana nedeni, özellikle kanun yolu dikkate alındığında–Yargıtay’ın iş yükünün azaltılmasıdır, Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, 2016, s. 561. Esasen HAGB kurumu ile ceza mahkemelerinin iş yükünü azaltmak pratikte mümkün değildir. Çünkü HAGB kararı verilebilmesi için evvela işlendiği iddia olunan suçun sabit görülmesi, bunun için de bir ceza yargılamasının tüm koşullarıyla tamamlanması gerekir. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacı, daha çok “duruşma açılmasının ertelenmesi” kurumu ile sağlanabilir, Veli Özer Özbek/İsa Başbüyük, “Hükmün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine”, 2013, 8(21), CHD, s. 18. HAGB ile mahkemelerin iş yükünün arttığı, esasen kurumla güdülen amacın kanunda yer alan erteleme kurumlarıyla pekala sağlanabileceği yönünde Hakan A. Yavuz, Ceza Muhakemesinde Kovuşturmayla Alternatif Yöntemler, Adalet Yayınevi, 2019, s. 243.

⁶ Balo, s. 169; Can Yalçın, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 85; Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku –II–, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 194; Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 445; Enver Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 25; Fahri Gökçen Taner, “Hükmün Açıklanmasının Ertelelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, 2011, 4, AnkBd, s. 292; Murat Volkan Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınevi, 2021, s. 936; Mustafa Artuç, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2008, 3(21), THD, s. 108; Mustafa Artuç/Tahir Hırslı, Hükmün Kurma Esasları, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2011, s. 317; Turan Temur, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2014, 88(5), THD, s. 143. Doktrinde *Yurtcan*, HAGB için dile getirilen hukuki gerekçeyi genel olarak paylaşmakla birlikte, karşılaştırmalı hukukta da kabul gören hapis cezasının ertelenmesi kurumunun yanı sıra HAGB’nin düzenlenmiş olmasını, hem ceza hukuku sistemi, hem de kurumun amacı bakımından isabetsiz bulmaktadır, Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 563. Belirtilen yönleriyle HAGB, şarta bağlı af yöntemi olarak da anılmaktadır, bkz. Ersan Şen/Mert Maviş, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), Seçkin Yayınevi, 2014, s. 14. CMK m. 231/5 ile benzerlik gösteren ve ceza saklı tutularak adli tevbih ve koşullarını düzenleyen Alman Ceza Kanunu m. 59 (§59 StGB) hükmüyle güdülen amacın, fiili ceza yaptırımını uygulanmadan failin ıslahının sağlanması olduğu belirtilmektedir, Strafgesetzbuch Kommentar Schönke/Schröder, 30. Baskı, C.H.Beck Yayınevi, 2019 (S/S-Kinzig), §59 StGB Rn. 2.

⁷ “... *Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir*”, AYM, E. 2009/222, K. 2009/55, 07.05.2009 (RG: 07.10.2009, S: 27369). Ayrıca bkz. Anıl Akyıldız, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar”, 2020, 17(3), YÜHFD, s. 69; Eser Dursun, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Teorik Bir İnceleme”, 2014, 9(26), CHD, s. 146; Kubilay Taşdemir, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, (Yazarın kendi yayını), 2016, s. 4; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 596; Nevzat Toroslu/Metin Fezyioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, 2020, s. 364.

adeta sanığa ikinci bir şans tanınmaktadır.⁸ Kamu davasının mecburiliği ilkesi, HAGB kurumunun öngörülmesiyle kovuşturma evresi için de yumuşatılmıştır.⁹ Bütüncül bakıldığında, yasal şartları açıkça belirlenmiş olan HAGB ve benzeri kurumların varlığı, hümanist bir cezalandırma siyasetinin tezahürü olarak görülmektedir.¹⁰

Mahkeme hükmünün sanık hakkında sonuç doğurmaması olarak karşımıza çıkan HAGB kurumunun düzenleniş gerekçeleri arasında sanığın lekelenmeme hakkı da gösterilmektedir.¹¹ Ancak HAGB kararında hükmün açıklanması ertelense de, sanık hakkında adli para cezası ya da iki yıla kadar hapis cezasına karar verilmiş, işlediği suç sabit görülmüştür.¹² Bu yönüyle HAGB kurumunun ihdasına gerekçe olarak lekelenmeme hakkının gösterilmesinin çok yerinde olmadığı belirtilmelidir.¹³

HAGB kurumunun uygulama sınırları iyi bir şekilde tespit edilmezse, lehe görünen bu kurumun adeta bir suç patlamasına yol açması da muhtemeldir. Bu sebeple kanun koyucu, HAGB kararını objektif ve sübjektif şartların varlığına bağlamıştır.¹⁴ Sanık lehine bir kurum ihdas edilirken sanığın başka suçlara eğiliminin önlenmek istenmesi, yasal şartların tahlilinde tercih edilen yorum açısından da belirleyici olacaktır.

Aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, erteleme kurumunu genişleten nitelikte olan HAGB’de (CMK m. 231/5-son)¹⁵, aslında hükmün açıklanması

⁸ Ahmet Gökcen/Murat Balcı/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 630; Devrim Güngör/Güneş Okuyucu-Ergün, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2016, 65(4), AÜHFD, s. 1954; Emir Kaya, “İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2013, 3, AnkBD, s. 415; Taner, AnkBD, s. 292.

⁹ Y. CGK, E. 2009/9-7, K. 2009/24, 17.02.2009. Ayrıca bkz. Ali İhsan İpek, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Adalet Yayınevi, 2010, s. 18.

¹⁰ Özbek/Başbüyük, s. 16.

¹¹ Y. CGK, E. 2011/2-376, K. 2012/90, 13.03.2012. Ayrıca bkz. Adem Kartal, “Hapis Cezasının Ertelenmesi ile Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Sonuçları Bakımından Karşılaştırılması”, 2016, 11(114), THD, s. 69; Ali Parlar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme*, 2. Bası, Bilge Yayınevi, 2015, s. 14; Taşdemir, s. 4.

¹² Bahri Öztürk (Editör), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 644; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 714; Aruç/Hırsılı, s. 321; Balo, s. 171.

¹³ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 705.

¹⁴ Sevinç Olgun, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2008, 3(22), THD, s. 69.

¹⁵ CMK m. 231/5-son: “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık*

değil, hukuki sonuç doğurması ertelenmektedir.¹⁶ Çalışmamızda, HAGB'nin hukuki etkileri ile kurumun kanuni tanımı ve ihdas gayesinin ne derece örtüştüğü titizlikle irdelenecektir.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ YASAL ŞARTLARI

Kanun koyucu, HAGB kararı için objektif ve sübjektif nitelikte şartlar öngörmüş ve kurumun CMK m. 231 kapsamında tatbikini hakimnin takdirine bırakmıştır.¹⁷ Ancak kurum için aranan objektif şartlar oluşmasına rağmen hükmün açıklanması durumunda, HAGB kararının niçin uygulanmadığının gerekçesi, kararda açıkça yer almalıdır.¹⁸ Ayrıca, HAGB'nin hükmün hukuki sonuç doğurmaması yönüyle daha lehe olduğu dikkate alındığında, öncelikle bu kurumun gözetilmesi, kararın bu yönde olmaması halinde ise diğer lehe kurumların (TCK m.50, 51) tercih edilebileceği önemle belirtilmelidir.¹⁹

hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder". Madde gerekçesi (5560 sayılı Kanun m. 23): "...bu hüküm (HAGB) sanık hakkında hukuki sonuç doğurmamaktadır. Başka bir ifadeyle, kurulan hükmün hukuki sonuç doğurup doğurmaması, belli bir süreye ve bazı şartlara bağlı kılınmaktadır".

¹⁶ Kurumun adının "mahkumiyet hükmünün açıklanmasının ertelenmesi" şeklinde düzenlenmesi gerektiği görüşünde Uğur Güner, "Türk Ceza Hukukunda Mahkumiyet Hükmünün Açıklanmasının Ertenilmesi", 2014, 9(25), CHD, s. 182. "Hükmün sonuç doğurmasının şartlı olarak ertelenmesi" kavramının daha isabetli olacağı yönünde Seyithan Güneş, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, On İki Levha Yayınevi, 2018, s. 3.

¹⁷ CMK m. 231/5'te öngörülen HAGB esas olarak mahkemenin takdirine bırakılmakla birlikte, kanunda farklı düzenlemeler öngörülebilir. Nitekim TCK m. 191 kapsamındaki koşulların varlığı halinde HAGB kararı verilmesi zorunludur. §59 StGB hükmünde kullanılan "*kann... verwarnen*" ifadesi de, yasal şartlar dahilinde kurumun tatbikinin mahkemenin takdirine bırakıldığını göstermektedir, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Baskı, C.H.Beck Yayınevi, 2020 (MüKoStGB/Groß/Kulhanek), § 59 Rn. 10.

¹⁸ "Şartları oluştuğu halde hükmün açıklanması ile ilgili hiçbir değerlendirme yapılmaması hakimnin takdir hakkına taalluk eden bir husus değildir", Y. CGK, E. 2014/4-128, K. 2015/388, 10.11.2015. Ayrıca bkz. Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınevi, 2020, s. 873; Öztürk, s. 649; Şahin/Göktürk, s. 199.

¹⁹ Artuç/Hırslı, s. 317; Centel/Zafer, s. 874; Demirbaş, s. 701; Dülger, s. 936; Kartal, s. 68; Kumbasar, s. 47; Özgenç, s. 723; Öztürk, s. 644; Şahin/Göktürk, s. 200; Yurtcan, s. 784. Bu konuda, 3359 Sayılı Kanun Ek Madde 12'de yapılan değişiklik örnek bir inceleme olarak ele alınmalıdır. Söz konusu değişiklik, sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı işlenen yaralama, tehdit, hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarında TCK m. 51 uygulanamazken, şartları dahilinde HAGB uygulanabilecektir. Yasal kurumların uygulanmasına elbette özel düzenlemelerle istisna getirilebilir. Ne var ki kanun koyucunun, hapis cezasının ertelenmesini kapsam dışı bırakıp, daha lehe olan HAGB kurumunda herhangi bir istisna getirmemesi tutarsız olmuştur.

Nitekim Yargıtay, aksi bir tutumun hukuka aykırı olacağı görüşündedir.²⁰

A. Objektif Şartlar

1. Daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkum olmamak

HAGB için öngörülen ilk şart, sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkum olmamasıdır (CMK m. 231/6-a). Burada yer alan “kast”, doğrudan veya olası kast olabilir.²¹ Mahkumiyetin türü, süresi ve miktarına bağlı olmaksızın, basit ya da bilinçli taksirle işlenen ve mahkum olunan suç ise, sonraki fiil için yapılan yargılamada HAGB’ye mani değildir.²² Daha önceki suçtan dolayı yapılan yargılamada sadece güvenlik tedbirine hükmedilmesi de, kurumun uygulanmasını önlemez.²³

CMK m. 231/6-a’da yer alan şartta kişinin daha önceki bir suçtan mahkumiyeti arandığı için, söz konusu hükmün kesinleşmesi, hükmün infazına geçilmesi ya da infazın tamamlanması şart değildir.²⁴

Önceki kasıtlı suçtan dolayı HAGB kararı verilmişse, bu karara ilişkin denetim süresi içinde işlenen yeni kasıtlı suçta HAGB uygulanamayacaktır (CMK m. 231/8). Ancak önceki HAGB için geçerli olan denetim süresi geçmiş ve düşme kararı verilmişse, artık mahkumiyet hükmü açıklanmadığından, sonraki suçta HAGB mümkündür.

Önceki kasıtlı suçtan mahkum olunan cezanın hapis ya da adli para cezası olması veya cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesinin etkisi aynıdır. Bu noktada, kamu davasının açılmasının ertelenmesinde CMK m. 171/3-a’da yer alan “*Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkum olmamış bulunması*” şartı ile kıyaslandığında, hem adli para cezasının, hem de sonuç cezanın TCK m. 50 kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilmesinin, C.Savcısının kamu davası açmada takdir yetkisini engellemediği görülmektedir. Henüz soruşturma evresinde C.Savcısına tanınan bu imkanın, kovuşturma evresinde HAGB yönünden mahkemeye tanınmaması kanaatimizce tutarsız olmuştur.

²⁰ Y. CGK, E. 2014/3-86, K. 2015/200, 09.06.2015.

²¹ Aras, s. 74; Şahin/Göktürk, s. 196; Şen/Maviş, s. 17.

²² Bahattin Aras, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar”, 2008, 3(22), THD, s. 74; Karakehya, s. 566; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 799; Özgenç, s. 715.

²³ Özgenç, s. 714; Şahin/Göktürk, s. 197.

²⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 799.

Daha önce işlenmiş olan suç hakkında verilen hapis cezasının TCK m. 51 uyarınca ertelenmiş olması, sadece hükmün infazı açısından etki doğurduğundan, mahkumiyet hükmü varlığını ve haliyle HAGB engeli vasfını korur.²⁵ Hapis cezası ertelenen kişi, kendisi için geçerli olan denetim süresini iyi halli geçirse dahi, kararın HAGB'ye etkisi değişmez.²⁶ Keza önceki hüküm, TCK m. 58/2'deki süreler uyarınca artık tekerrüre esas olmasa bile HAGB engeli olmaya devam eder²⁷; çünkü CMK m. 231/6'daki koşulda, önceki suçta dair bir zaman sınırlaması yoktur.²⁸

Sanığın daha önce işlediği ve mahkum olduğu suçun işlenmesi anında çocuk olması, sonraki yargılamada HAGB açısından aranan şartlarda bir farklılık doğurmamaktadır.²⁹ Oysa yasal örneklere bakıldığında, fiili işlediği sırada çocuk olan kişi hakkında tekerrür hükümleri kapsam dışı bırakılmıştır (TCK m 58/5). Keza bu kişiler, hak yoksunluklarından (TCK m. 53/1) etkilenmemektedir (TCK m. 53/4).³⁰ Failin ıslahı temeline dayanan

²⁵ Dülger, s. 938; Şahin/Göktürk, s. 196. TCK m. 51/8'e göre, hapis cezası ertelenen hükümlü, denetim süresini yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirmesi halinde cezası infaz edilmiş sayılmakta, mahkumiyet hükmü varlığını devam ettirmektedir. Bu konuda bkz. Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", 2006, X(3-4), EÜHFD, s. 28.

²⁶ Şahin/Göktürk, s. 196. Ancak erteleme kararı eski TCK ve İnfaz kanuna göre verilmiş ve erteleme süresi olaysız geçmişse, sonradan işlenen suç nedeniyle HAGB kararı verilmesine engel teşkil etmez. Çünkü eski sistemde erteleme süresinin olaysız geçmesi halinde mahkumiyet vaki olmamış sayılmaktaydı, bkz. Turhan, "Cezaların Ertelenmesi", s. 28.

²⁷ Aras, s. 74; Dülger, s. 937; Necati Meran, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri", 2008, 3(23), THD, s. 66; Özgenç, s. 715; Şahin/Göktürk, s. 196. Ne var ki Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2009 tarihli kararında "*Eski yasa döneminde işlenip, adli sicilden silinme koşulları oluşmuş olan mahkumiyetler ile ertelenmiş ve vaki olmamış sayılmasına karar verilen mahkumiyetlerin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayacağı, yeni dönemde işlenen suçlar açısından ise, infazdan sonra 5237 sayılı Yasa'nın 58. maddesinde belirtilen tekerrür sürelerinin esas alınmasının hakkaniyete uygun bir çözüm olacağı*" yönünde karar vermiştir, Y. CGK, E. 2008/11-250, K. 2009/13, 03.02.2009. Yüksek Mahkeme içtihadı ile aynı yönde M.Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 841; Ali Tanju Sarıgül, "Türk ve Alman Hukuku'nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", 2015, 118, TBB, s. 148; Hail Çıgılı, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasında Daha Önceden Kasıtlı Bir Suçtan Mahkum Olmama Şartına İlişkin Bir Değerlendirme", 2014, 9(100), THD, s. 22; Karakehya, s. 566.

²⁸ Önceki kasıtlı suç üzerinden belirlenen şartların, TCK m. 50 ve m. 51'de yer alan lehe düzenlemelere kıyasla daha sıkı olduğu ve bu durumun HAGB kurumunun işlerliğini sınırladığı görüşünde, Özgenç, s. 716; Şahin/Göktürk, s. 196.

²⁹ Özgenç, s. 715; Yalçın, s. 166.

³⁰ Taksirli suçlarda ise TCK m. 53/6 uyarınca hak yoksunluklarına karar verilebilir, bkz.

HAGB kurumunda da, 18 yaşından küçüklerin işlediği suç –objektif koşul bakımından– HAGB engeli olmamalı ve bu konuda CMK m. 231/5 ya da ÇKK m. 23’te yasal düzenleme yapılmalıdır.³¹

Üzerinde durulan yasal şart açısından son olarak, “*daha önce*” ibaresi üzerinde durulmalıdır. HAGB engeli olan “*daha önceki kasıtlı suç*”ta esas alınacak zaman, HAGB’ye konu edilen suçun işlenme anı mı, yoksa bu suça ilişkin mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi anı mıdır? Buradaki anlam karmaşasının sebebi, “*daha önce işlenen suç*” ibaresinin değil, “*daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmaması*” ifadesinin tercih edilmesidir. Yargıtay bu şartı, kişi hakkında adli sicil kaydında yer alan ve infaz edilen ya da edilebilir mahkumiyet hükmünün varlığı şeklinde yorumlamaktadır.³² Bu yorum neticesinde, önceki tarihli suç dosyası, sonradan işlenen suçun yargılaması sona erdiğinde hala derdest ise, sonraki tarihli suçta HAGB uygulanabilir. Aynı şekilde, önceki tarihli suç dosyası hakkında karar verileceği an, halihazırda sanık hakkında verilmiş HAGB kararı “mahkumiyet” niteliğinde olmadığından, dava HAGB ile sonlandırılabilir. Haliyle aynı sanık hakkında birden fazla HAGB kararı bulunabilir.³³ Ancak bu tutum, CMK m. 231’de belirtilen subjektif koşullar açısından tutarlı olmadığı gibi³⁴, failin ıslahı amacıyla da uyumsuzdur. Ne var ki, kanun metninde kullanılan ifade bu tür bir yorumu mümkün kılmaktadır. O halde kanaatimizce, CMK m. 231/6-a’da yer alan şart, “*daha önceki tarihli ve kasten işlenmiş bir suçtan mahkum olmamak*” şeklinde yeniden düzenlenmelidir. Önerilen bu yasal değişiklik sonrasında mahkeme; bakmakta olduğu davada sona geldiğinde, dava konusu suçtan önceki tarihli olup devam eden bir yargılama söz konusuysa, ilgili davadaki neticeyi beklemelidir. Bu çerçevede, sonraki tarihte işlenen ve fakat mevcut yargılamadan daha önce mahkumiyetle sonuçlanan dosya ise, sanık açısından subjektif kriter yönüyle olumsuz kanaat doğuracak ve HAGB engeli oluşturacaktır. Hukuki önerimiz karşısında yargılama sürecinin uzaması ihtimali doğsa da, kurumun amacıyla bağdaşan bir çözüm bulmak daha elzemdir. Çünkü böylece, dava konusu suçtan önce veya sonraki tarihte işlenmiş olan suç HAGB’ye engel oluşturacak ve sanık hakkında birden fazla HAGB kararı verilmesi önlenecektir.

Ahmet Hulusi Akkaş, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları), Adalet Yayınevi, 2021, s. 199.

³¹ Ayrıca bkz. Balo, s. 179; Yenisey/Nuhoğlu, s. 805.

³² Y. 3. CD, E. 2014/19721, K. 2014/41611, 15.12.2014. Aynı yönde Şen/Maviş, s. 18.

³³ Şahin/Göktürk, s. 197.

³⁴ Şahin/Göktürk, s. 197.

Adli sicil arşiv kaydına alınan mahkumiyetler, sonraki suçta HAGB engeli olmaya devam ederken³⁵, adli sicil bilgilerinin silinme koşulları oluştuğunda önceki mahkumiyet hükmünden bahsedilemeyeceğinden, CMK m. 231/6-a açısından sorun oluşmayacaktır.³⁶

2. Somut ceza sınırı

CMK m. 231/5 uyarınca, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası ise HAGB uygulanabilir. Görüldüğü üzere, somutlaştırılmış hapis cezasında süre sınırı varken, adli para cezasında³⁷ herhangi bir miktar sınırı öngörülmemiştir.³⁸

Mahkeme tarafından sanık hakkında hem hapis, hem adli para cezasına karar verilmişse HAGB uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmalıdır. Kanun metninde ceza türleri arasında “veya” ibaresinin kullanımı tereddüt doğursa da, ilgili fıkradaki kullanımın ceza tür ve sınırlarını belirtmekten ibaret olduğu kabul edilmelidir. O halde sanık hakkında hem hapis, hem adli para cezasına karar verilmiş ve hapis cezasının süresi iki yıl ya da daha az ise

³⁵ Aras, s. 74; Dülger, s. 938. Aksi görüşte Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 1038. Anılan durumun HAGB uygulamasını son derece sınırlayacağı görüşünde Sarıgül, s. 147.

³⁶ Y. 3. CD, E. 2011/8-460, K. 2012/230, 12.06.2012. Aksi görüşte Şen/Maviş, s. 95.

³⁷ CMK m. 231/5'te yer alan adli para cezası, TCK m. 52 kapsamında belirlenen yaptırım olup, seçenek yaptırım (TCK m. 50) değildir, Demirbaş, s. 702.

³⁸ §59 StGB hükmünde ise ceza nisabı çok düşük tutulmuş, hafif ağırlıktaki suçlar (Vergehen) uygulama kapsamına alınmıştır. §59 StGB hükmüne, ancak yüz seksen gün birimine kadar adli para cezasına mahkumiyetlerde başvurulabilir. Hapis cezalarında ve hapis cezasıyla birlikte ya da başlıca hükmedilen güvenlik tedbirlerinde §59 StGB uygulanmaz, bkz. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Baskı, C.H.Beck, 2019, §59 Rn. 2; MüKoStGB/Groß/Kulhanek, § 59 Rn. 11. Bu yönüyle §59 StGB'da öngörülen yaptırım, Alman Ceza Hukukundaki en hafif yaptırımlar arasında yer alırken, bir ceza veya güvenlik tedbiri niteliğinde olmayıp, kendine has bir hukuki niteliği haizdir, bkz. Beck'sche Online Kommentare, Strafgesetzbuch, 48. Edition-1.2.2021, (BeckOKStGB/Heintschel-Heinegg), § 59 Rn. 4; S/S-Kinzig, §59 StGB Rn. 3. Alman Ceza Hukuku doktrininde; sanık lehine görünen §59 StGB hükmünün çok sınırlı uygulandığı, günümüz ihtiyaçlarını gözetmediği, ceza nisabı artırılarak ya da kapsamı genişletilerek kurumun daha yaygın kullanımın önünün açılması ve bu amaçla yasa değişikliği yapılması gerektiği yönünde görüşlerin paylaşıldığı belirtilmelidir, bkz. Christian Kropp, “Ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt noch zeitgemäß?”, 2004, ZRP, s. 241. Aynı kanaat ve beklentiyi paylaşmakla birlikte, kurumun revize edilmesinin sadece sanığı değil, cezayı bireyselleştirmekle görevli mahkeme için de elzem olduğu yönünde Frank Füglein/Pascal Lagardère, “Geld habe ich keines, aber arbeiten kann ich- Die Verwarnung mit Strafvorbehalt”, 2013, ZRP, s. 48.

HAGB mümkün görülmelidir.³⁹ Kasten işlenen suçta cezayla birlikte güvenlik tedbirine hükmedilmesi de, HAGB kararına mani değildir.⁴⁰

Ceza sınırlarına ilişkin açıklamalarda tartışılması gereken diğer husus, birden fazla suç hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ihtimalidir. Sanık hakkında, aynı dava kapsamında birden fazla suç için iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına hükmedilmişse HAGB uygulanabilecek midir? Konuyla alakalı olarak kanunda açık bir düzenleme yoktur. Yargıtay, kanaatimizce isabetli olarak, HAGB'nin doğurduğu sonucu dikkate alıp düşme kararı ile ilgili yasal sonuçları kıyaslamış ve HAGB açısından her bir suç için ayrı değerlendirme yapılarak sonuca varılması gerektiğine hükmetmiştir.⁴¹ Zincirleme suçta ise kişiye tek ceza verileceğinden, somut ceza üzerinden değerlendirme yapılmalıdır.⁴² Ancak bu anılan olasılıklar, sanığın suç işleme eğilimi yönünden (sübjektif koşul) dikkate alınmalıdır.⁴³

3. Zararın giderilmesi

Onarıcı adaletin yansıması olarak, HAGB için aranan diğer bir şart, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir (CMK m.231/6-c).⁴⁴

CMK m. 231/6-c kapsamındaki “zarar” kavramıyla; varsayımsal olmayan, somut nitelikteki⁴⁵ maddi zararlar kastedilmektedir.⁴⁶ HAGB açısından, mağdurun manevi zararının karşılanması şart değildir.⁴⁷ Bununa

³⁹ Özgenç, s. 714; Şahin/Göktürk, s. 196; Yenisey/Nuhoğlu, s. 798. Kanun koyucu, yasal düzenlemede HAGB için özel suç tiplerine münhasır farklı koşullar öngörebilir. Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçu (TCK m. 191) buna örnektir.

⁴⁰ Dülger, s. 940.

⁴¹ Y. CGK, E. 2008/11-250, K. 2009/13, 03.02.2009. Ayrıca bkz. Gökçen/Balçı/Alşahin/Çakır, s. 632; Karakehya, s. 564; Yenisey/Nuhoğlu, s. 798; Zafer, s. 715.

⁴² Özen, s. 1036.

⁴³ Gökçen/Balçı/Alşahin/Çakır, s. 632; Öztürk, s. 646; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 678.

⁴⁴ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 703; Mahmut Kaplan, “Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları”, 2015, 5(1), AkdHFD, s. 78.

⁴⁵ Aras, s. 75; Artuç/Hırsılı, s. 325; Dülger, s. 939; Taşdemir, s. 43.

⁴⁶ Zararın tespitinde suç anının dikkate alınması gerektiği görüşünde Özen, s. 1040.

⁴⁷ “... zarar yönünden, kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas

birlikte, CMK m. 231/6-c'ye dayanan zarar tazmininin aynı olay ve sanık hakkında manevi tazminat davasına engel oluşturmadığı vurgulanmalıdır.⁴⁸ Keza maddi zararının eksik kalan kısım için de, özel hukuk hükümlerine göre maddi tazminat davası açılabilir.⁴⁹

Suç sonucunda herhangi bir maddi zarar doğmamışsa, HAGB için zararın tazmini koşulu aranmaz.⁵⁰ Haliyle, tehlike suçuna ilişkin yargılamada HAGB kurumu işletilebilir.⁵¹ Mağdurun kendisine ya da ölümü sonrası mirasçılara ulaşamadığı hallerde ise, suçun konusu ele geçirilmişse, artık zarar tazmini aranmadan HAGB kararı verilebileceği, aksi halde HAGB'nin uygulanamayacağı ifade edilmektedir.⁵²

Mağdurun ya da kamunun zararı, sanık veya onun adına üçüncü kişi tarafından giderilebilir.⁵³ Birden fazla sanığın yer aldığı dosyada mağdurun zararının sanıklardan biri tarafından karşılanması halinde, diğer sanıkların zararı kabul etmelerinin, kendileri açısından verilecek HAGB kararında şart olduğu savunulmaktadır.⁵⁴ Kanaatimizce burada zararın objektif olarak giderilmesi yeterlidir, ek bir koşul aranmamalıdır.⁵⁵

Zararı karşılayan ödeme tek seferde yapılamıyorsa, sanık hakkında

alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği", Y. CGK, E. 2008/11-250, K. 2009/13, 03.02.2009; CGK, E. 2012/2-1418, K. 2013/424, 22.10.2013. Aynı yönde Aras, s. 75; Artuç, s. 120; Centel/Zafer, s. 876; Dülger, s. 939; Demirbaş, s. 703; Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1955; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 707; Öztürk, s. 648; Parlar, s. 16; Şen/Maviş, s. 29; Ünver/Hakeri, s. 681; Yalçın, s. 210; Yenisey/Nuhoğlu, s. 800. Kanunda açıkça maddi-manevi zarar ayrımı yapılmadığından, manevi zararın da şart kapsamında mütalaası gerekir, bkz. Karakehya, s. 567; İpek, s. 178. CMK hükmünün maddi-manevi zararlar şeklinde anlaşılmasına müsait olduğu, mağdurun zararın tazmini için ayrıca özel hukuk mahkemelerine yönlendirilmesinin HAGB kurumunun amaçlarından olan onarıcı adalet ile bağdaşmadığı görüşünde Balo, s. 195.

⁴⁸ Y. 11. CD, E. 2016/8334, K. 2018/7310, 29.06.2018. Ayrıca bkz. Centel/Zafer, s. 877; Dülger, s. 939; Özgenç, s. 718; Yenisey/Nuhoğlu, s. 800.

⁴⁹ Dursun, s. 156; Kumbasar, s. 184; Özen, s. 1040; Özgenç, s. 718; Şen/Maviş, s. 33.

⁵⁰ Artuç, s. 120; Centel/Zafer, s. 877; Demirbaş, s. 703; Dülger, s. 938; Şahin/Göktürk, s. 199; Ünver/Hakeri, s. 682.

⁵¹ Centel/Zafer, s. 877; Demirbaş, s. 703; Özen, s. 1039; Şahin/Göktürk, s. 199.

⁵² Kumbasar, s. 185.

⁵³ Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1957; Soyaslan, s. 446; Ünver/Hakeri, s. 682; Yenisey/Nuhoğlu, s. 800.

⁵⁴ Aras, s. 76; Kumbasar, s. 183. Ödemeye katılmayan sanıklar hakkında HAGB uygulanamayacağı yönünde Epözdemir, s. 214.

⁵⁵ Ayrıca bkz. Özen, s. 1041.

mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da HAGB kararı verilebilir (CMK m. 231/9).

Zararın giderilmesi bakımından, gerek CMK m. 231, gerek başka yasal kurumlar açısından (mesela CMK m.171) kanunda açık bir belirleme olmamasına rağmen, zarar konusu aynen iade edilebiliyorsa, öngörülen telafinin amacına binaen öncelikli olarak aynen iadenin gerçekleştirilmesi gerekir.

CMK m. 231/6-c ile etkin pişmanlık ilişkisinde; örneğin, TCK m. 168 kapsamında sanığın, malvarlığına karşı işlenen suçta oluşan zararı bizzat pişmanlık göstererek aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde cezada indirim uygulanmaktadır.⁵⁶ Etkin pişmanlık nedeniyle ceza indirimine gidildikten sonra, sanık hakkında HAGB kararı verilmesinin mümkün olduğu belirtilmelidir.⁵⁷

Zararın belirlenmesi ve giderilmesi konusunda mağdurun rızasına ilişkin yasal bir düzenleme yapılmamıştır. CMK m 231/6 kapsamında, ceza mahkemesi tarafından tespit edilen zararın karşılanması yeterlidir, mağdurun ekonomik mağduriyetinin devam edip etmediği önemsizdir.⁵⁸ Bu sebeple doktrinde, yasal eksikliğin giderilmesi ve sanık ile mağdurun anlaşması ile zararın giderilmiş olduğunun benimsenmesi; bu noktada, ödenen tazminatın mağdur tarafından kabul edilip edilmediğinin araştırılması gerektiği, mağdurun sözlü ya da kendisinden sadır olan yazılı beyanıyla bu hususun ispat edilebileceği ifade edilmektedir.⁵⁹

ÇKK m. 23'e göre, çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, CMK'daki koşulların varlığı halinde, mahkemece HAGB kararı verilebilir. İlgili hükümde CMK m. 231'deki koşulların aynen tatbiki kabul edildiğinden, çocuk hakkında tesis edilecek HAGB için de doğan zararın

⁵⁶ Özgenç, s. 717.

⁵⁷ Y. CGK, E. 2014/4-567, K. 2015/11, 24.02.2015.

⁵⁸ “Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması ... gerektiği”, Y. CGK, E. 2008/11-250, K. 2009/13, 03.02.2009; CGK, E. 2012/2-1418, K. 2013/424, 22.10.2013; Dülger, s. 938.

⁵⁹ Zafer, s. 717. Mağdurun rızasının aranmaması, onarıcı adalet anlayışıyla çelişir, bkz. Akyıldız, s. 69.

giderilmesi şarttır.⁶⁰

B. Sübjektif Şartlar

1. Sanık hakkındaki kanaat

HAGB kararının uygulanabilmesi için, sanığın şahsına bağlı koşullar da oluşmalıdır. Bunlardan ilki, sanığın mahkeme nezdinde bıraktığı izlenimdir. Öyle ki mahkeme, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurarak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varmalıdır. Duruşmadaki izlenim elbette somut ve sınırlı gözleme dayanır. “*Kişilik özellikleri*” bakımından ise, sadece muhakeme sürecindeki hal ve hareketler değil, sanığın adli sicil kaydı⁶¹, sosyal çevre ile uyumu, hatta gerektiğinde bir disiplin cezası alıp almadığı gibi hususlar birlikte değerlendirilmelidir.⁶² Çünkü burada aranan şart, sadece duruşma sırasındaki kişisel tutum ve davranışlarla yetinilmeye müsait değildir.⁶³ Yargıtay da, sanığın kişilik özelliklerine göre yeniden suç işleyip işlemeyeceği yönündeki nihai kanaatin soyut ifade ve gerekçeye dayandırılmasını yetersiz görmektedir.⁶⁴ Ayrıca, iştirak halinde işlenen suçlarda her bir suç ortağının kişilik özelliklerinin ayrı analiz edilmesi gerektiği unutulmamalıdır.⁶⁵

2. Sanığın kabulü

a. Genel olarak

22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, sanığın kabul etmemesi halinde HAGB kararı verilemeyeceği kabul edilmiştir (CMK m. 231/6-son cümle).⁶⁶

⁶⁰ Ünver/Hakeri, s. 682.

⁶¹ Adli sicil kaydının silinmesine ilişkin koşulların oluşması sebebiyle adli sicilden silinen önceki mahkumiyetler CMK m. 231/6-a yönünden bir engel oluşturmasa da, kişinin suç işleme eğilimi yönünden yapılan değerlendirmeye esas alınabilir, Y. CGK, E.2010/4-71, K. 2010/76, 06.04.2010.

⁶² Dursun, s. 155.

⁶³ Sarıgül, s. 152; Yenisey/Nuhoğlu, s. 799. Karş. Aras, s. 77; Öztürk, s. 648.

⁶⁴ Y. CGK, E. 2011/253, K. 2012/117, 27.03.2012.

⁶⁵ Ünver/Hakeri, s. 680.

⁶⁶ 6008 sayılı Kanun Geçici Madde 2’de, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında HAGB kararı verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren on beş gün içinde mahkemeye başvurmaları halinde, mahkemece bu kararının geri alınacağı ve CMK m. 231/7’deki kayıtlı bağı olmaksızın başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulacağı belirtilmiştir. Zaman açısından artık bu hükmün uygulanması

HAGB kararının sanığın kabulüne bağlanması yönündeki yasa değişikliğinin temelinde, –ileride detaylı şekilde inceleneceği üzere–, HAGB kararına itiraz halinde mercii sadece kurumun yasal şartları üzerinden inceleme yapması, böylece beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın verilmesi gereken bir dosyanın dahi denetlenememesi tehlikesinin doğması, gerekçe olarak gösterilmiştir.⁶⁷ Bu yönüyle sanığın kabulü, aklanma hakkı kapsamında sunulan bir imkan olarak değerlendirilebilir.⁶⁸ Buna karşın ilgili kabul şartının benimsenmesiyle, sanık harici diğer süjelerin hak arama özgürlüğünün dikkate alınmadığı tespit ve eleştirisi dile getirilmektedir.⁶⁹

Doktrinde, HAGB'nin reddedilmesi sebebiyle hükmün açıklanması, fakat kanun yolunda hükmün bozulması sebebiyle yeniden yargılama yapılması durumunda, sanığın yeniden HAGB isteyemeyeceği, haliyle HAGB kararı verilemeyeceği ifade edilmektedir.⁷⁰ Kanaatimizce, hem kurumun amacı ve sanık hakları, hem de bozmadan sonra serbestlik ilkesi gereğince bu görüş isabetli değildir. Bozmadan sonraki yargılamada HAGB için aranan koşullar ve sanığın kabulü dahilinde HAGB uygulanabilir.

HAGB'yi kabul edip etmediği sorusuna karşı sessiz kalan sanığın, lehe olduğundan bahisle HAGB'yi kabul etmiş sayılamayacağı belirtilmektedir.⁷¹ Gerçekten, HAGB'yi her koşulda lehe bir kurum olarak görmek doğru olmadığı gibi, sükutun kabule eşdeğer olması için kanunen açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

söz konusu olmamakla birlikte, daha önce HAGB kararı verilmiş olmasına rağmen, yeni hükümde erteleme ya da kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevirme kararının verilebilmesine imkan tanıdığı ifade edilmelidir.

⁶⁷ Şahin/Göktürk, s. 202; Akif Yıldırım, “Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi”, 2018, 11, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 450. Bu minvalde doktrinde, sanığın kabulü şartıyla HAGB kurumunun yargılama makamlarınca kötüye kullanılmasının önüne geçildiği ifade edilmektedir, Toroslu/Feyzioğlu, s. 365. Ayrıca, uygulamada sanık dinlendikten sonra CMK m. 196 gereği sanığın duruşmadan başışık tutulmasının doğurduğu hukuki sonuçların dikkate alınarak ilgili şartın ihdas edildiği belirtilmektedir, Taner, AnkBD, s. 294. Doktrinde Şen/Maviş de, esasen HAGB uygulamasının şartlar dahilinde re'sen tatbikinin doğru olduğunu, ama uygulamadaki sıkıntılar sebebiyle bu koşulun öngörüldüğünü vurgulamaktadır, Şen/Maviş, s. 37.

⁶⁸ Özbek/Başbüyük, s. 8.

⁶⁹ Özbek/Başbüyük, s. 8.

⁷⁰ Yurtcan, s. 565.

⁷¹ Şen/Maviş, s. 38; Yalçın, s. 196. Aksi görüşte Rezan Epözdemir, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2017, s. 103.

Sanığın kabulünün HAGB açısından şart olması konusunda, suç fiili neticesinde ortaya çıkan maddi zararın giderilmesi ile kabul beyanının birlikte yorumlanması düşünülebilir. Fakat önemle belirtilmelidir ki, maddi zararın sanık tarafından giderilmesi tek başına HAGB'nin kabulü anlamına gelmemeli ve sanığa mutlaka bu konudaki iradesinin ne olduğu açıkça sorulmalıdır.⁷²

b. Müdafin rolü

CMK m. 231/6-son'da yer alan koşul lehte bir düzenleme görünümünde olmakla birlikte; bu şartın icrası sırasında, isnat olunan suçun mahkeme tarafından sabit görüldüğü⁷³ ve sanık hakkında en az iki yıl hapis ve/veya adli para cezası yaptırımının takdir edildiği unutulmamalıdır. Bu olgu dikkate alındığında, sanığın kabulünde zorunlu müdafî şartının olmaması, kanaatimizce ciddi bir eksikliklerdir. Çünkü sanığın, HAGB'nin hukuki ayrıntılarını bilmemesi ve muhakeme sürecinde kendisini pozisyon itibarıyla baskı altında hissetmesi halinde, kendisinden sadır olan iradenin sıhhati etkilenecektir.⁷⁴ Bu olumsuzluk, ancak müdafî yardımıyla dengelenebilir.⁷⁵ HAGB'nin kabul edilmesi de, aslında sanığın kendisi hakkında tesis edilen mahkumiyet hükmüne, yani isnat olunan suçun sabit görüldüğüne katılma anlamı taşır ve bunun tek başına sanık tarafından tahlil edilmesini beklemek güçtür.⁷⁶ Diğer yandan, HAGB'nin hukuki etkilerinin tam olarak anlaşılabilmesi sebebiyle reddedilmesi ve sanığın aleyhe sonuçlarla karşılaşması da olasıdır.⁷⁷ O halde, sanığın iradesine bağlanan emsal kurumlardan seri muhakeme usulünde olduğu gibi (CMK m. 250/3), HAGB'nin uygulanmasına dair iradenin müdafî huzurunda açıklanması, yasada açıkça şart koşulmalıdır. Bu doğrultuda, CMK m. 231/6-son cümlesinin “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanık tarafından müdafî huzurunda kabul edildiği takdirde uygulanabilir*” şeklinde yeniden kaleme alınması isabetli olacaktır. Ne var ki uygulamada, duruşmaya

⁷² Centel/Zafer, s. 877; Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1958; Zafer, s. 717.

⁷³ Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1955; Şahin/Göktürk, s. 195.

⁷⁴ Bu durum, aynı zamanda silahların eşitliğiyle doğrudan ilgilidir, bkz. Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 179. Ayrıca bkz. Holm Putzke/Jörg Scheinfeld, Strafprozessrecht, 3. Baskı, C.H.Beck Yayınevi, 2011, s. 81.

⁷⁵ Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 8. Baskı, C.F.Müller,2010, §9 Rn. 170; Putzke/Scheinfeld, s. 81; Taner, Silahların Eşitliği, s. 179.

⁷⁶ Kaya, s. 435. Sanığa tanınan hakkın ilerleyen süreçte sanık aleyhine kullanılmasının genel hukuk kaidelerine aykırı olacağı görüşünde Özen, s. 1046.

⁷⁷ Benzer hukuki endişe için bkz. Karakehya, s. 563.

katılmayan sanığın⁷⁸, HAGB'yi zımnen kabul etmiş olduğu benimsenmektedir ki, dile getirdiğimiz çekinceler karşısında bu tutumu isabetli görmek mümkün değildir.⁷⁹ Diğer yandan Yargıtay'ın⁸⁰, müdafinin bulunduğu duruşmada özel vekaletname şartıyla müdafinin iradesini kabul beyanı için yeterli sayması doğru değildir.⁸¹ Müdafî yardımını hukuken ne kadar gereklirse, sanığın kabul ya da ret iradesini bizzat açıklaması da o kadar kaçınılmazdır.

c. İradenin açıklanma anı ve mahkemenin pozisyonu

Bu bölümde üzerinde durulması gereken diğer bir tartışmalı nokta, sanığın işlediği suçun mahkeme tarafından sabit görülmesidir. Mahkeme, elbette bu kanaatini duruşmayı sonlandırırken, yani hüküm aşamasında açıklamak zorundadır (CMK m. 223). Nitekim tüm muhakeme işlemlerinin esas amacı, iddia olunan vaka hakkında mevcut deliller değerlendirilerek maddi gerçeğe ulaşmak ve bu yönde hüküm tesis etmektir. Fakat HAGB hakkındaki soru evresinde henüz yargılama sona ermemiştir. Yargılama devam ederken sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğinin sorulması, mahkeme nezdinde sanığın suç işlediğinin sabit görüldüğünün yansımasıdır. Bu yansıma neticesinde hakimin, henüz nihai karar öncesinde dava konusu olayla ilgili ulaştığı sonucu paylaşarak “ihzas-ı rey”de bulunduğu iddia edilebilir.⁸² Nitekim CMK m. 24/1'e göre, hakimin davaya bakamayacağı hallerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir. Acaba hakimin sanığa karşı HAGB konusundaki iradesini

⁷⁸ Emsal düzenleme §59 StGB kapsamında, davanın sanığın yokluğunda yürütülebilmesi mümkündür (§232 StPO). Ancak kurumun uygulama kapsamı dikkate alındığında, ceza nisabının CMK m. 231/5'e nazaran çok düşük olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca anılan durumda sanık, belli koşullarda istinaf (Berufung) başvurusunda bulunma hakkına sahiptir, bkz. Kühne, §63 Rn. 1041.

⁷⁹ Y. 4. CD, E. 2012/31570, K. 2013/17818, 06.06.2013. Yargıtay'ın bu değerlendirmeye, yasada öngörülen usulü son derece geniş yorumladığı görüşünde Ünver/Hakeri, s. 683.

⁸⁰ Y. CGK, 2015/225, 2019/616, 22.10.2019.

⁸¹ Akyıldız, s. 77. Doktrinde Özen'e göre, sanığın müdafî ile temsil edilmesi durumunda, HAGB'nin kabul edilip edilmediği mutlaka müdafî de sorulmalıdır. Hatta yazara göre, zorunlu müdafî olarak görev yapan temsilcinin iradesi ile sanığın iradesi çelişirse, kurumun hukuki sonuçlarına daha hakim olan müdafî iradesine öncelik tanınmalıdır, Özen, s. 145. Artuç/Hırslı'ya göre, müdafî HAGB'ye dair beyanda bulunsa bile, kanun metninde sanığın iradesinin esas alındığı açıktır, Artuç/Hırslı, s. 327. Şen/Maviş ise, CMK m. 216 ve m. 226/4'e dayanılarak HAGB konusundaki iradenin müdafîden beklenebileceğini; ancak öncelikli iradenin sanığa ait olduğunu; buna karşın, sanığa kanuni temsilci atanmışsa, artık temsilcinin iradesinin ön plana çıktığını vurgulamaktadır, Şen/Maviş, s. 37.

⁸² Benzer hukuki endişe için bkz. Öztürk, s. 645.

sorması, tarafsızlığı şüpheye düşürecek sebep olarak algılanabilir mi? Hakimın HAGB kararının uygulanabilirliği konusundaki sorusu, içeriğinde suçun sabit görülmesini barındırır da⁸³, tarafsızlığı şüpheye düşürecek mahiyette değildir. Çünkü HAGB'nin sanık tarafından kabul edilmemesi, takdir edilen yaptırımın HAGB dışındaki kurumlar gözetilerek uygulanması sonucunu doğurur.

Özetle; HAGB müessesesi, hükmün gizli tutulması anlamında değildir⁸⁴ ve mahkeme, hükmü tüm yasal unsurlarıyla ve aleni şekilde açıklayıp, sanığa HAGB konusundaki iradesini sormalıdır.⁸⁵ Karar evresinden önce, sanığa HAGB konusundaki iradesinin sorulmasının hukuken tasvip edilmeyeceği kuvvetle vurgulanmalıdır.⁸⁶ Ayrıca, henüz yargılamaya devam olunurken sanığın kendi iradesiyle HAGB'yi reddettiğini söylemesi durumunda, mahkeme tarafından yine HAGB şartları değerlendirilmeli ve son aşamada sanığa yine HAGB'yi kabul edip etmediği sorusu yöneltilmelidir.⁸⁷

3. Sanığın kabul beyanının delil değeri

Sanığın HAGB uygulamasını kabul etmesine dair beyanının suçu ikrar anlamına gelip gelmeyeceği, tartışılması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sanık hakkında beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi imkanı varken HAGB'ye imkan yoktur. Kuruma başvurulması, isnat olunan suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olduğunu gösterir. O halde sanığın HAGB'ye ilişkin kabul beyanı, esasında suçu işlediğini ikrar

⁸³ Sanık sıfatının devam etmesi ve masumiyet karinesine dayanarak aksi kanaatte Şen/Maviş, s. 15.

⁸⁴ Madde gerekçesi (5560 sayılı Kanun m. 23).

⁸⁵ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 635; Güneş, s. 140; Kumbasar, s. 46; Taner, AnKBD, s. 296; Temur, s. 140; Yıldırım, s. 437. Alman Hukuku bakımından aynı yönde Fischer, §59 Rn. 2. Buna karşın doktrinde *Centel/Zafer*, CMK m. 231/5 kapsamında karar verilirken öngörülen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının HAGB kurumunun niteliği ile bağdaşmayacağı, kurumu hapis cezasının ertelenmesi gibi cezanın infazına yönelik bir niteliğe evireceği, mahkumiyete ilişkin hususların aleni duruşmada paylaşılmasıyla HAGB'nin felsefi temellerinden uzaklaşılacağı ve kurumun adeta cezaevlerini rahatlatan bir araca dönüşeceği görülmektedir, *Centel/Zafer*, s. 871.

⁸⁶ Akyıldız, s. 78; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 843; Güner, s. 198; Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1959; Karakehya, s. 565; Şen/Maviş, s. 39; Taner, AnKBD, s. 296; Taşdemir, s. 63; Ertuğrul Ünal, "Uzlaştırma ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi", 2018, 17(1), İKÜHFD, s. 212. Karş. Artuç/Hırsılı, s. 327.

⁸⁷ Şen/Maviş, s. 32.

anlamındadır.⁸⁸ Bu hukuki tablonun ortaya çıkardığı sakıncayı gidermek adına ilk önerimiz, bu iradenin müdafii huzurunda açıklanmasıdır.⁸⁹ Burada ise ele alınması gereken iki esaslı problem göze çarpmaktadır: İlk problem, HAGB’yi kabul eden sanığın itiraz kanun yoluna başvuru hakkı ve başvuru halinde sanık açısından hukuki yarar meselesidir. Bu sorun, kanun yolunu incelediğimiz bölümde çözümlenecektir. Diğer problem ise, HAGB kararından sonra yasal nedenler sonucunda hükmün açıklanması ve bu hükme karşı kanun yoluna başvurulduktan sonra yapılan yargılamada, sanığın halihazırdaki kabul beyanının suçu ikrar gibi delil değeri taşıyıp taşımayacağıdır. Kanun yolu veya sonrasında görevli mahkemenin, sanığın daha önce HAGB’ye dair kabul beyanını suçu ikrar olarak delil kapsamında ele almasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak HAGB kurumunun uygulanabilirliği açısından öngörülen usul sebebiyle sanığın, kendi aleyhine olan böyle bir hukuki durumla karşılaşması, ilkesel açıdan sorun oluşturmaktadır. Böylece sanığın kabul ya da ret beyanının özgür iradeye dayanması sakatlanmaktadır. O halde çözüm olarak; emsal düzenlemelerden CMK m. 250/10 gibi, HAGB kararına ilişkin kabul beyanının ikrar niteliği taşımadığı yasa da açıkça yer almalıdır. Bu bakımdan CMK m. 231/6-son cümleden sonra şöyle bir cümle eklenebilir: *“Sanığın, müdafii huzurunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ettiğine ilişkin beyanı, takip eden veya aynı konu hakkındaki başka bir soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılamaz”*. Böylelikle sanığın iradesinin suçu ikrar endişesinden bağımsız olarak şekillenip açıklanmasına ilişkin koşullar yasal açıdan elverişli hale gelecektir.

Bu bölümde son olarak belirtelim ki, HAGB kararının sanığın kabulüne bağlanmasına ilişkin yasal düzenleme hakkında, Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açılmış, ancak Mahkeme oybirliğiyle davayı reddetmiştir.⁹⁰

⁸⁸ Aksi kanaatte Şen/Maviş, s. 31. Paylaştığımız endişeyi dile getiren Güneş, kurumun niteliği itibarıyla sanığın beyanın suçun kabulünden bağımsız olarak algılanması gerektiği görüşündedir, Güneş, s. 138.

⁸⁹ Bkz. II B 2 b.

⁹⁰ *“Hükmün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin olarak kanunda öngörülen tüm koşulların oluşması durumunda ceza hakiminin takdiri ile verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz konusu kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra sanığın talebine bağlı olarak verilebilecektir. Ceza sistemimizde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi koşullarına ilaveten getirilen ve sanığa kararı temyiz incelemesine götürülebilme hakkı tanıyan kural, Anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmayıp, yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. İtiraz konusu kuralda sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması söz konusu olmadığı gibi, iptali istenilen kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra, sanığın iradesine önem verilerek, sanığın iradesi dışında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması*

Mevcut yasal koşulları gözetererek yaptığımız değerlendirmeler çerçevesinde Mahkeme'nin vardığı nihai karara hukuken katılmıyor; ilgili şartın müdafii huzurunda yapılan irade açıklaması ve kabulün suçu ikrar anlamı taşımayacağı kaydına yasa metninde açıkça yer verilmesi gerektiği yönündeki önerimizi yineliyoruz.

C. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilemeyecek Haller

1. Genel Olarak-Özel Suç Tipleri

Anayasa m. 174'te koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak HAGB uygulanmaz (CMK m. 231/14). Karşılıksız çek keşidesi suçunda da HAGB imkanı yoktur (5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/10). Yine 5739 sayılı Kanun ile getirilen istisnalar ile 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'da yer alan özel düzenleme dikkate alınmalıdır.⁹¹

2. Suçun Uzlaşmaya Tabi Olması

Alternatif çözüm yolu olarak düzenlenen uzlaştırma kurumu, uygulama bakımından HAGB'ye göre önceliğe sahiptir.⁹² Uzlaştırmanın söz konusu olduğu durumda mahkeme, dosyayı uzlaştırma bürosuna göndermek zorundadır. Esas olarak soruşturma evresinde gündeme gelen uzlaştırmanın edimli ya da edimsiz olarak sonuçlanması halinde zaten bir kovuşturma evresinden bahsedilmeyecek, kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilerek soruşturma evresi sonlandırılacaktır (CMK m. 253/19). HAGB'ye göre öncelikli konumda olan uzlaştırma kurumu ise, kovuşturma evresinde uzlaştırmada karşımıza çıkmaktadır. "Mahkeme tarafından uzlaştırma" başlığı taşıyan CMK m 254/1'e göre, kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde kovuşturma

engellenmiştir. Sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürebilme imkânı veren kural, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemez. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. Kuralın Anayasa'nın 5., 10., 11., 12. ve 13. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir", AYM, E. 2011/41, K. 2012/25, 16.02.2012 (RG: 13.10.2012, Sayı: 28440).

⁹¹ HAGB kapsamı dışında bırakılan özel suç tipleri hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. Yalçın, s. 122 vd.

⁹² Berrin Akbulut/Murat Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 42.

dosyası, uzlaştırma işlemlerinin yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir. Uzlaşma gerçekleştiği ve uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde mahkeme davanın düşmesine hükmeder (CMK m. 254/2). Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, CMK m. 231'deki şartlar aranmaksızın HAGB kararı verilir (CMK m. 254/2). Bu karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde mahkeme tarafından, CMK m. 231/11'de belirlenen şartlar aranmaksızın hüküm açıklanır (CMK m. 254/2).

Sonuç olarak, uzlaştırmaya tabi bir suç hakkında, ancak uzlaştırmının olumsuz neticelenmesi sebebiyle yargılamaya devam olunmuşsa, hüküm aşamasında HAGB kararı (CMK m. 231/5) verilebilir.⁹³

3. AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları

CMK m. 231/14 ve münhasıran özel kanunlarda yer alan bazı suçlar hariç, HAGB uygulanamayacak suçlar yönünden doğrudan suç tipini niteleyen herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Başka deyişle, bu kapsama giren suçlar prensip olarak objektif açıdan, ilgili suç için öngörülen ceza tür ve miktarına göre belirlenmiştir. O halde, yasa metnindeki ifade tahlil edildiğinde, dava konusu suç tipinden bağımsız olarak, mahkeme tarafından tespit edilen ceza miktarının CMK m. 231/5'te yer alan sınırlar içinde kalması halinde HAGB tartışılacaktır. Ne var ki bu noktada AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarının dikkate alınması elzemdir. Nitekim AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kötü muameleden korumaya yönelik amacı ve HAGB uygulamasının hükmü etkisiz bırakma sonucu doğurması gerekçesine dayanarak, bilhassa kötü muamele ve işkence içeren suçlarda HAGB kararı verilmesini Sözleşme hükümlerine aykırı bulmuştur.⁹⁴ Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru üzerine verdiği kararda, cinsel saldırı suçunun faili hakkında HAGB kararı verilmesinin Anayasa m. 17/3'ü⁹⁵ ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁹⁶

AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları dikkate alındığında; işkence,

⁹³ Akbulut/Aksan, s. 42; Olgun Değirmenci, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 315.

⁹⁴ Taylan/Türkiye kararı, B. No: 32051/09, 03.07.2012. Ayrıca bkz. Şahin/Göktürk, s. 200; Yenisey/Nuhoğlu, s. 798.

⁹⁵ Anayasa m. 17/3: "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz".

⁹⁶ E.A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19112, 17.05.2018 (RG: 01.08.2018, Sayı: 30496).

kötü muamele ve cinsel saldırı suçlarında HAGB uygulamasına başvurulması AİHS ve Anayasa'nın ruhuna aykırı görülmüştür. Böylece, anılan suçlarda CMK m. 231'de yer alan objektif koşullar oluşsa bile HAGB kararı verilemeyecektir. Böylece HAGB açısından içtihat yoluyla yeni şartlar eklenmiş görünmektedir.⁹⁷ Bu tutum kabul edilebilir olmakla birlikte, aslında başka suçlarda da aynı etkinliğin gözlemlenmesi ve bu yönüyle HAGB'nin işlevsel olmadığı sonucuna varmak mümkündür. Nitekim emsal kararların dayanağını oluşturan Anayasa m. 17/3 hükmü, her suç açısından geniş yorumlanmaya müsaittir. Çünkü insan haysiyetiyle bağdaşma kriteri olarak mağdur ve toplum nezdinde bırakılan etki açısından kanunda somut düzenleme yapılmadıkça, söz konusu hukuki yaklaşım geniş yorumlanabilecektir. Bu anlamda, dava konusu olayın değerlendirilmesinde vücut dokunulmazlığı, irade özgürlüğü, şeref gibi temel insan haklarına karşı yönelen kasten yaralama, tehdit, hakaret suçlarında da, haksız saldırının karşılığında etkili bir yaptırım beklenir. Bu açıdan uygulamada sıklıkla karşılaşılan suçlar hakkında da HAGB uygulanmaması gerektiği pek tabii savunulabilir.

Mahkeme içtihatlarında belli suçlara özgü geliştirilen yorumun sonucu olarak kanaatimizce; CMK m. 231 kapsamına giren suçlar açıkça belirtilerek, HAGB için ceza miktarı üzerinden çizilen çerçeve daha somut hale getirilmelidir.⁹⁸ Böylelikle, AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulan şekliyle AİHS ve Anayasa hükümleri ile uyumluluk sağlanabilir ve ayrıca mahkeme içtihatları arasında doğabilecek farklılıkların önü alınabilir.

D. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Zaman Bakımından Uygulanma Koşulları

HAGB kurumunun zaman bakımından uygulanmasının analizinde, kurumun hukuki niteliği ve ilgili normatif düzenlemede yer verilen özel hükümler değerlendirilmelidir.

⁹⁷ Yıldırım, s. 469.

⁹⁸ 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde HAGB, ancak şikayete tabi suçlar açısından mümkündü (5560 sayılı Kanun m. 23- CMK m. 231/14). İlgili koşula ilişkin gerekçe ise şu şekildeydi: "...söz konusu kurumun sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için, kapsamına giren suçların sınırlı tutulması düşünülmüştür. Bu mülahazayla, 231 inci maddeye eklenmesi öngörülen beşinci fıkradaki somut olayda hükmolunan hapis cezasına ilişkin iki yıllık sınır bir yıla indirilmiştir. Keza, onördüncü fıkarda yapılması önerilen değişikliklerle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilmesi amaçlanmıştır". Yapılan değişikliğin kurumun amacına aykırı düştüğü görüşünde Yurtcan, s. 564.

Kanunilik ilkesinin doğal sonuçlarından biri, ceza hukuku kurallarının derhal uygulanmasıdır.⁹⁹ Fakat suç ve cezaya ilişkin hükümler ile güvenlik tedbirlerinde, fail hakkında –zaman bakımından– uygulanabilecek birden fazla normun varlığı halinde lehe olan hüküm tatbik olunur (bkz. TCK m. 7).¹⁰⁰ Böylelikle, maddi ceza hukuku normları failin lehine olacak şekilde geriye yürür.¹⁰¹ Şekli ceza hukuku normları ise, kanunda aksine bir belirleme yapılmadıkça, failin leh veya aleyhine olmasına bakılmaksızın derhal uygulanır.¹⁰² İnceleme konumuz açısından, CMK m. 231/5’te öngörülen HAGB, fail tarafından işlenen fiil üzerinde herhangi bir etkisi olmayan, suçun unsurlarında değişiklik doğurmayan, ama failin cezalandırılmasını önleyen bir kurumdur. Burada düşme hükmü ile ortaya çıkan cezasızlık durumu, özel bir muhakeme işleminden ibarettir. Tek başına failin lehine olması, HAGB’nin maddi ceza hukuku normu olarak kabulünü gerektirmez. Sonuç olarak HAGB, bir ceza muhakemesi hukuku normudur¹⁰³ ve bu nedenle kanun koyucunun ayrı ve açık iradesi olmadıkça kurum hakkındaki yasal değişikliklerin yürürlük bakımından geriye yürütmesi doğru değildir.¹⁰⁴

Yargıtay, HAGB’nin kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yarar bulunması kaydıyla infaz edilmiş hükümlere de uygulanabileceği, kesinleşmiş hükümlerde kuruma ait objektif koşullar açısından dosya üzerinden, sübjektif koşullar bakımından ise duruşma açılarak değerlendirme yapılacağı, HAGB ya da HAGB’nin reddi kararına karşı itiraz edilebileceği, kanaatindedir.¹⁰⁵

⁹⁹ M.Emre Tulay, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, 2016, 22(3), MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 2720 vd.

¹⁰⁰ Geçici ve süreli kanunla ilgili öngörülen istisna ayrı tutulmalıdır, bkz. TCK m. 7/4: “Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir”.

¹⁰¹ Özgenç, s. 141; Tulay, s. 2721.

¹⁰² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 159 vd.; Koca/Üzülmez, s. 77.

¹⁰³ Karakehya, s. 561. Hem maddi, hem şekli ceza hukuku ile irtibatı olan HAGB kurumunun muhakeme hukuku ile ilişkisinin daha yoğun olduğu ve zaman bakımından uygulama meselesinin bu doğrultuda çözümlenmesi gerektiği yönünde Özgenç, s. 723. HAGB kurumunun karma nitelikte bir hukuk normu olduğu görüşünde Dülger, s. 936; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 632; Güneş, s. 13; Kaya, s. 414; Kumbasar, s. 53; Öztürk, s. 645; Taşdemir, s. 9. HAGB’nin karma nitelikte olmasına karşın maddi ceza hukuku normu yönünün daha baskın olduğu görüşünde Akyıldız, s. 68; İpek, s. 19. Kurumun maddi ceza hukuku normu olduğu görüşünde Aras, s. 72; Sarıgül, s. 132; Taner, AnkBD, s. 290; İhsan Baştürk, Hükmün Açıklanmasının Ertelemesi, Adalet Yayınevi, 2014, s. 487.

¹⁰⁴ Özgenç, s. 723. Aksi görüşte Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 632; Öztürk, s. 645.

¹⁰⁵ Y. CGK, E. 2008/11-250, K. 2009/13, 03.02.2009. Ayrıca bkz. Ünver/Hakeri, s. 677.

Oysa bu içtihadın hukuken doğruluğunu teyit edecek normatif bir düzenleme yoktur.¹⁰⁶ Yüksek Mahkeme bu kararıyla, görünüşte sanık lehine bir tutum sergilerken, aslında yasama organına ait yetkiyi kullanmıştır. HAGB kurumunun zaman bakımından geriye yürütülerek kesinleşmiş ve hatta infazı tamamlanmış dosya üzerinde etki doğurması isteniyorsa, bunun içtihatlarla değil, yasal düzenlemeyle sağlanması şarttır. Neticeten, zaman bakımından uygulama açısından Yüksek Mahkeme içtihadının hukuken yerinde olmadığı bir kez daha vurgulanmalıdır.¹⁰⁷

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ HUKUKİ ETKİLERİ

A. Sanık Açısından Getirilen Yükümlülükler Bakımından

1. Zorunlu Denetim Süresi

Kanun koyucu, HAGB kararında zorunlu bir denetim süresi öngörmüş, böylece sanık hakkında ceza içeren hükmün askıda beklemesi süreye bağlanmıştır.¹⁰⁸ Denetim süresi kural olarak beş (CMK m. 231/8), suçta sürüklenen çocuklarda ise üç yıldır (ÇKK m. 23). Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha HAGB kararı verilemez (CMK m. 231/8).¹⁰⁹ Yasa metnindeki “*kasıtlı bir suç nedeniyle*” ibaresi tıpkı CMK m. 231/6’da olduğu gibi tartışmaya açık olup, bu şart yönünden kanaatimizce suçun işlenme anı esas alınmalıdır.¹¹⁰

Beş yıllık denetim süresi içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri

¹⁰⁶ Ünver/Hakeri, s. 677.

¹⁰⁷ Ayrıca bkz. Ünver/Hakeri, s. 677.

¹⁰⁸ Dursun, s. 158; Sarıgül, s. 131; Şahin/Göktürk, s. 195; Toroslu/Feyzioğlu, s. 364; Yenisey/Nuhoğlu, s. 801; Yurtcan, s. 784.

¹⁰⁹ Doktrinde Centel/Zafer’e göre, esasında hukuki sonuç doğurmayan, teknik anlamda mahkumiyet niteliği taşımayan HAGB kararının, sonradan işlenen suçta aynı kurumun uygulanmasına engel olmaması beklenir. Ancak kanun koyucu CMK m. 231/8’de yer verdiği istisnayla, suçu işlediği sabit olan sanık hakkında birçok kez cezasızlık durumunun ortaya çıkmasını engellemiştir. Diğer yandan, bu düzenlemeyle birlikte HAGB’nin şartlı mahkumiyet olarak kabul edildiği de söylenebilir, Centel/Zafer, s. 876.

¹¹⁰ Doktrinde Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre, kanun koyucunun bu hükümde yer verdiği şart muğlak bir ifade olup, “*kasıtlı bir suç nedeniyle*” denilerek hangi anın belirleyici olduğu tespit edilememektedir, Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 707. Suça dair yapılan yargılamada hükmün verildiği anın dikkate alınması gerektiği görüşünde Akyıldız, s. 72; İzlem Uludaş, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun ve 6545 Sayılı Yasa ile Getirilen Değişikliğin Değerlendirilmesi”, 2014, 6(56), FHD, s. 18.

olarak; bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine (CMK m. 231/8-a), bir meslek veya sanat sahibi olması halinde ise, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilebilir (CMK m. 231/8-b). Sanığın belli yerlere gitmekten yasaklanması, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınması ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesi denetim seçenekleri arasındadır (CMK m. 231/8-c).¹¹¹ Burada dikkat çeken husus, denetim süresinin zorunlu, denetimli serbestlik tedbirinin ise ihtiyari olduğudur.¹¹²

2. Kasıtlı Suç İşlememe Yükümlülüğü

CMK m. 231/10'da yer alan “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir” hükmü ile CMK m. 231/11’de düzenlenen “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar” normu, denetim süresi içinde sanığa ilk olarak, kasıtlı suç işlememe yükümlülüğü getirmektedir.¹¹³

Denetim süresi içinde işlenen taksirli suçlar hakkında yeniden HAGB kararı verilebileceği gibi, bu suç, önceki HAGB kararına tesir etmeyecektir.¹¹⁴ Fakat denetim süresi içinde kişinin kasten yeni bir suç işlemesi, keza denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde mahkeme hükmü açıklar (CMK m. 231/9). Burada yer alan “*kasten bir suç işleme*” tabiri nedeniyle, öncelikle yeni suçtan dolayı yürütülen muhakemenin

¹¹¹ Özen’e göre, güvenlik tedbiri niteliğinde olan somut yükümlülüklerin hakim takdirine bırakılması (CMK m. 231/8-c) kanunilik ilkesine aykırıdır, Özen, s. 1048. Türk Hukuk uygulamasında denetimli serbestlik tedbirine iş yükü gerekçesiyle çok sık başvurulmadığı, bu sebeple ÇKK’na benzer bir düzenlemeyle denetimli serbestlik müdürlüklerince takibe yasal olarak yer verilmesi ve tedbirin her durumda uygulanması gerektiği görüşünde Balo, s. 173.

¹¹² Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1963; Dülger, s. 942; Özgenç, s. 722; Şahin/Göktürk, s. 203; Toroslu/Feyzioğlu, s. 66. Bu genel düzenlemeye karşın, TCK m. 191’de öngörülen denetimli serbestlik tedbiri hem zorunlu, hem de kapsam itibarıyla farklıdır.

¹¹³ Suçun yurtdışında işlenmesinin öngörülen şart bakımından aynı etkiye sahip olduğu belirtilmelidir, bkz. Fischer, §56f Rn. 3.

¹¹⁴ Öztürk, s. 646; Soyaslan, s. 447.

tamamlanması, yani tesis edilen hükmün kesinleşmesi gerekir.¹¹⁵ Bu hükmün, HAGB için öngörülen denetim süresinden sonra kesinleşmesi halinde nasıl bir yol izleneceği kanunda gösterilmemiştir. Bu aşamada, mevcut dosya ile ilgili muhakeme sonlandırılırken, sanık hakkında halihazırda kesinleşmiş bir hüküm yoksa hükmün ertelenebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁶ Bu görüş takip edilirse, önceki fiil sebebiyle devam olunan yargılama, sübjektif koşullar açısından da dikkate alınmamalıdır. Çünkü aksi tutum, “masumiyet” karinesiyle çelişir.¹¹⁷ Tartışılan husus CMK m. 231/10 hükmü ile birlikte yorumlandığında, en isabetli çözüm kanaatimizce şu şekilde olmalıdır: Denetim süresi geçmesine rağmen, kişi hakkında söz konusu süre içinde işlendiği iddia olunan suç sebebiyle devam eden bir muhakemenin varlığı halinde, mahkeme düşme kararı vermeyip yeni olaya ilişkin yargılamanın tamamlanmasını beklemelidir.¹¹⁸

CMK m. 231/9 ve diğer fıkralarda, kişinin kasten yeni bir suç işleyip işlemediği belirleyicidir. Bakıldığında, söz konusu koşulda kişi hakkında mahkumiyet hükmü tesis edilmesine değinilmemiştir. O halde, TCK sistematığında benimsenen suçun yapısal unsurları dikkate alındığında¹¹⁹, kişinin haksızlık teşkil eden bir fiili ihlali yeterlidir.¹²⁰ Bu düzenleme kanaatimizce eksiktir ve sorunlu sonuçlara gebe dir. Mesela kleptomani hastası olan A'nın, hastalığıyla alakalı olmayan bir fiil sebebiyle yargılandığını ve hakkında HAGB uygulandığını düşünelim. A, kendisi için öngörülen denetim süresi içinde başkasına ait taşınır malı zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden almış olsun. Fail A, söz konusu eylemde TCK m. 141'de tanımlı suçu işlemiş, haksızlık teşkil eden eylemi gerçekleştirmiştir. Ancak kusur yokluğu sebebiyle (TCK m. 32/1) ceza almayacaktır. Ne var ki kast, haksızlığı meydana getiren tipik hareketin bir parçası olarak görüldüğünde, aslında fail bilerek

¹¹⁵ Bkz. Antalya BAM 1. CD, E. 2020/2925, K. 2021/944, 31.03.2021.

¹¹⁶ Öztürk, s. 646.

¹¹⁷ Karş. Öztürk, s. 646.

¹¹⁸ Artuç'a göre de, denetim süresi içinde işlendiği iddia olunan suçun yargılamasında Cumhuriyet savcısı ya da mahkeme, CMK m. 231/13 kapsamında bir araştırma yaparak HAGB kararı veren mahkemeyi bilgilendirmeli ve böylece mahkeme, düşme kararı için diğer suçtan yapılacak yargılamanın sonucunu beklemelidir, Artuç, s. 126; karşı. Karakehya, s. 570. Ayrıca bkz. “İkinci suçu denetim süresi içinde işlenmesi ve kasıtlı bir suç olması yeterlidir: İkinci suçun kesinleşme tarihinin önemi yoktur”, Y. CGK, E. 2014/8-145, 2015/145, 05.05.2015. Alman Hukukunda emsal düzenlemede (§56f StGB) belirleyici zaman suçun işlenme anıdır, Fischer, §56f Rn. 3.

¹¹⁹ Bkz. Koca/Üzülmez, s. 88.

¹²⁰ Aksi görüşte Özen, s. 1050.

ve isteyerek, yani kasten hareket etmiştir. Her ne kadar A, ikinci eyleminden ötürü ceza almasa da (CMK m. 223/3) kasıtlı bir suç işlemiştir ve bu sebeple, fail hakkında daha önce verilen HAGB kararının kaldırılması gerekir. Varılan neticenin tutarsızlık doğurduğu söylenmelidir. Çünkü örnek olayda A hırsızlık suçu yerine taksirli bir suç sebebiyle cezalandırılıyorsa, önceki HAGB kararına etkisi olmayacaktı. Failin sonraki suçta cezalandırılmasının HAGB'ye tesiri yokken, cezalandırılmadığı eylem dolayısıyla HAGB kararının kaldırılması ve hükmün açıklanması kendi içinde çelişkili görünmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, TCK'da benimsenen suçun yapısal unsurlarıyla uyumlu olması bakımından “*kasten yeni bir suç işleme*” ifadesi “*kasten işlediği bir suçtan mahkum olmadığı*” şeklinde güncellenmelidir.

Denetim süresi içinde bilinçli taksirle işlenen suçun önceki HAGB kararı üzerinde etkisinin somut olay ve failin kişiliği tahliliyle farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekliliği de tartışılmaya değerdir. Çünkü bilinçli taksirde fail, neticeyi öngörmektedir. Halihazırda hakkında isnat olunan suç sabit görülmüş olan şahsın, denetim süresi içinde ayrı bir duyarlılıkla hareket etmesi zorunluluğu, HAGB'nin amaçları arasındadır. O halde bilinçli taksirle icra edilen eylemin, somut olayın şartları dikkate alınarak, HAGB'nin failden beklenen dikkat ve özene hanel getirip getirmediği değerlendirilmeli, HAGB'nin varlığı ya da hükmün açıklanmasına bu cihette karar verilmelidir. Nitekim –§59 StGB atfıyla– §56f StGB'ye göre, deneme süresi içinde suç işlenerek cezanın ertelenmesinin temelinde yatan beklentinin yerinde olmadığı gözlemlendiği takdirde hüküm açıklanacaktır.¹²¹ Benzer bir düzenlemenin –en azından– bilinçli taksirle işlenen fiiller için öngörülmesi isabetli olacaktır. Bu amaçla, CMK m. 231/10 veya m. 231/11'in sonuna olmak üzere, “*Sanığın, denetim süresi içinde bilinçli taksirle işlediği bir suçtan mahkum olması halinde mahkeme, fiilin işlenişi ve sanığın durumunu değerlendirerek hükmü açıklayabilir*” şeklinde bir cümle eklenmesi tarafımızca önerilmektedir.

3. Öngörülen Tedbirlere Uygun Davranma Yükümlülüğü

CMK m. 231/10'a göre, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. CMK m. 231/11 uyarınca, sanığın denetim

¹²¹ Buradaki değerlendirmede tek başına suçun tür ve ağırlığı değil, sanığın başka suçlar işleyip işlemeyeceğine ilişkin mahkeme nezdinde uyanan kanaat belirleyicidir, Fischer, §56f Rn. 8a.

süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar.

Kurulan hükmün sanık hakkında sonuç doğurmamasını ifade eden HAGB kararında, sanığa yüklenen tedbir yaptırım olarak değil, bir nevi adli kontrol tedbiri gibi görülmelidir.¹²²

CMK m 231/8-c’de “... ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine” şeklindeki ifadeyle, denetimli serbestlik tedbirinin somutlaştırılması mahkemenin yetkisine bırakılmıştır. Mahkemenin tespit edeceği yükümlülüğün, sabit görülen suç ve açıklanması ertelenen ceza tür ve miktarıyla orantılı olmalıdır.¹²³ HAGB kurumunda yetkili itiraz merci, olası bir kanun yolu müracaatında bu hususu da mutlaka değerlendirmelidir.

Kanunda öngörülen denetime uygun davranılıp davranılmadığı konusunda, kanunda açıklık olmasa da, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu hükümleri gözetilerek, denetimli serbestlik müdürlüklerince takip yapılacağı belirtilmiştir.¹²⁴ Suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanacak denetimde ise, ÇKK m. 36 vd. dikkate alınmalıdır.¹²⁵

Denetimli serbestlik tedbiri, denetim süresi boyunca değil, en fazla bir yıl süreyle getirilebilir (CMK m. 231/8).¹²⁶ Suça sürüklenen çocuk hakkında öngörülen denetim için süre sınırı belirtilmemişse de (ÇKK m. 36), bu sürenin ÇKK m. 23’le uyumlu şekilde üç yıl ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

Tedbire aykırılık halinde HAGB kararının ortadan kaldırılacağı dikkate alındığında, denetim süresi için öngörülen beş yıl ile yükümlülük için belirlenen bir yıllık süre sınırı arasında uyumsuzluk göze çarpmaktadır. Sanık hakkında denetim süresinin zorunlu kılınmasının birincil amacı, bu süre zarfında cezanın somut yansımasından bağımsız olarak kişinin ıslahıdır.

¹²² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 714.

¹²³ Genel ilkeye rağmen Alman Hukukunda §59a StGB hükmünde, yükümlülüklerin somut durum açısından orantılı olması koşuluna açıkça yer verilmiştir.

¹²⁴ Olgun, s. 65.

¹²⁵ ÇKK m. 37: “Denetim altına alınan çocukla ilgili olarak denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından bir denetim görevlisi görevlendirilir. Ancak, korunma ihtiyacı olan çocuklar veya suç tarihinde oniki yaşını bitirmemiş suça sürüklenen çocuklar ile çocuğun aileye teslimi yönünde karar verilmesi hâlinde, bu çocuklar hakkında denetim görevi gözetim esaslarına göre Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından yerine getirilir”.

¹²⁶ Karş. TCK m. 191/3.

Keza denetimli serbestlik yükümlülüğün gayesi de, cezai yaptırım yerine ilgili tedbirin işletilerek yine ceza ile ulaşılmak istenen ıslah amacını hayata geçirebilmektir. Denetimli serbestlik tedbiri için geçerli olan bir yıllık süre, kanunda ayrıca düzenleme olmadığından, HAGB kararının kesinleşmesiyle birlikte sonuç doğuracaktır. Azami haddeden tedbir uygulandığı varsayılırsa, geriye kalan dört yıllık sürede yeni bir yükümlülüğe karar verilmesi mümkün değildir. Bir yıldan sonra, kalan dört yılın herhangi bir tedbir olmadan geçirilmesi, kişi hakkında bir tedbir getirilmiş olmasını da işlevsiz kılmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, ya denetim süresi daha kısa tutulmalı, ya da açıklanması ertelenen ceza miktarını aşmamak üzere, işlenen suçun niteliğine göre tedbirin uygulanma süresi daha uzun belirlenebilmelidir.

Denetimli serbestlik tedbiri açısından son olarak, denetim süresi ve mahkeme tarafından hükmedilen tedbirin başlangıç anı önem taşımaktadır. Kanunda buna ilişkin bir belirleme yapılmadığından, acaba HAGB kararına ilişkin hükmün tefhim ya da tebliği mi esas alınmalı, yoksa ilgili kararın kesinleşmesi mi beklenmelidir? CMK m. 269/1’de yer alan “*İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz*” düzenlemesi de dikkate alındığında, kararın açıklanmasının yeterli görüldüğü düşünülebilir. Fakat kanaatimizce, açıklanması ertelenen hüküm, esasında bir mahkumiyet hükmü ve karar (HAGB) mahkeme kararı niteliğini haiz olduğundan, bu kararın kesinleştiği tarih itibarıyla denetim süresi başlamalıdır.

Denetimli serbestlik yükümlülüğünün hukuki gereklilik ve yerindeligiine ilişkin, doktrinde *Centel/Zafer* tarafından dile getirilen eleştiriyi bu bölümde paylaşmak gerekir. Yazarlara göre, CMK m. 231 kapsamındaki denetimli serbestlik hükmüyle kamu düzeninin korunması amaçlansa da¹²⁷, aynı gaye takip edildiğinde sanığın belli haklardan yoksun bırakılabileceği ya da hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği iddia edilebilir ve bu iddia HAGB kurumunun hukuki niteliğiyle bağdaşmaz. Aynı şekilde, aslında hukuki sonuç doğurmayan bir kurum için, herhangi bir tazmin fırsatı tanınmadan denetim serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler getirilebilmesi hukuken isabetli değildir. Denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerin öngörüldüğü sistemde, anılan ihtimale binaen, oluşan zararın tazmin edilmesini mümkün kılan açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.¹²⁸ Kanaatimizce,

¹²⁷ Ayrıca bkz. “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasakoyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir*”, AYM, E. 2007/14, K. 2009/48, 12.03.2009 (RG: 25.06.2009, Sayı: 27269).

¹²⁸ Centel/Zafer, s. 878. Aynı endişe, Anayasa Mahkemesi’nin HAGB ile ilgili 2009 tarihli

esasen suçu sabit görülmesine rağmen hakkındaki hükmün uygulanması askıya alınan kişinin, bu imkan karşısında belli yükümlülüklerle katlanması doğaldır. Ancak yine de, doktrinde paylaşılan çekince ve öneriyi karşılamak için yasal bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Bu noktada, Alman Hukukundaki emsal düzenleme örnek olabilir. Böylece, askıda bekleyen hükmün açıklanmasını gerektiren bir durum ortaya çıktığında, belli yükümlülükleri yerine getiren sanık hakkında, bu edimine karşılık cezadan mahsup imkanı tanınabilir (Bkz. §59 StGB atfıyla §56f/3).¹²⁹

Nihayet, denetim süresi içindeki ihlal sebebiyle açıklanan hükmün kanun yolu denetiminde bozularak sanık lehine sonuçlanması halinde, yargılamanın makul sürede sonuçlanması gerekliliği yönüyle adil yargılanma hakkının da ihlal edileceği vurgulanmalıdır.¹³⁰

B. Nihai Hüküm Bakımından

1. Genel Olarak

HAGB kararının verildiği dosya içeriğinde, suçun sanık tarafından işlendiği sabit görülmüş ve kişi hakkında hapis ya da adli para cezası

kararında yer alan karşı oy gerekçelerinde de paylaşılmıştır: “231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir” denilmektedir. 5271 sayılı Yasa’nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen “temyiz” yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından “itiraz”, diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükmün karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289. maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlallerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir. Anayasa aykırılığın hangi şekilde giderileceği ise kuşkusuz, yasakoyucunun takdirinde olan bir husustur”, “Ceza sistemine yeni getirilen ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı olarak uygulanan denetimli serbestlik kurumunun dayanağı olan mahkumiyet hükmünün esasının incelenmesine olanak vermeyen, “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir” biçimindeki (12) numaralı fıkranın Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” kuralına aykırıdır” AYM, E. 2009/222, K. 2009/55, 07.05.2009 (RG: 07.10.2009, Sayı: 27369).

¹²⁹ Fischer, §56f Rn. 18.

¹³⁰ Kaya, s. 421.

belirlenmiştir. Ancak HAGB halinde ceza içeren hüküm askıda beklemekte¹³¹, şartlı mahkumiyet durumu ortaya çıkmaktadır.¹³² Doktrinde HAGB, CMK m. 223/8 ile karşılaştırılarak bir durma kararı olarak da yorumlanmaktadır.¹³³ Başka bir görüşe göre HAGB, hüküm dışında kalan bir ara karar niteliğindedir.¹³⁴ Yüksek Mahkeme'nin deyimiyile ise burada “*koşullu bir düşme kararı*” söz konusudur.¹³⁵

Denetim süresi içinde dava zamanaşımının işlemeyeceğinin belirtilmesiyle de (CMK m 231/8-son cümle)¹³⁶, HAGB halinde hükmün açıklanmadığı, başka deyişle davanın sona ermediği anlaşılmaktadır.

Hükmün sonuç doğurmaması nedeniyle, –TCK m. 54/4 hariç– bu aşamada müsadere hükümleri de uygulanamayacak¹³⁷, hak yoksunluğundan bahsedilemeyecektir.¹³⁸ Keza kişi, sanık sıfatını taşımaya devam edecektir.¹³⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından

¹³¹ Şahin/Göktürk, s. 195; Toroslu/Feyzioğlu, s. 364.

¹³² Centel/Zafer, s. 876.

¹³³ Akyıldız, s. 67; Balo, s. 172; Centel/Zafer, s. 873; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 714.

¹³⁴ Karakehya, s. 562.

¹³⁵ Y. CGK, E. 2009/4-13, K. 2009/12, 03.02.2009. *Balo*'ya göre, Yüksek Mahkeme'nin bu yorumu, kurumun niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü düşme kararı, ancak denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde verilir. Bu nedenle kurumu durma kararı ile kıyaslamak daha doğru olacaktır, Balo, s. 172.

¹³⁶ Denetim süresi içinde kasten bir suç işlenmesi halinde zamanaşımının yeniden başlama anının nasıl tespit edileceğinin kanun metninden anlaşılamadığı ve sanık aleyhine yoruma açık olan CMK m. 231/8 hükmünün açıklığa kavuşturulması gerektiği görüşünde Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 716. Bu durumda zamanaşımının denetim süresi sonunda işlemeye başlayacağı yönünde Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1963.

¹³⁷ Devrim Güngör/Haluk Toroslu, “Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, 2016, 65(4), AÜHFĐ, s. 1977; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 631; Kartal, s. 73; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 715. §59/2 StGB hükmünde ise, müsadereye hükmedilebileceği, ancak güvenlik tedbiri uygulanamayacağı açıkça öngörülmüştür.

¹³⁸ Kumbasar, s. 195; Şahin/Göktürk, s. 201. Ancak mahkeme, açıklamayı geriye bıraktığı hükümde hak yoksunluğuna ilişkin kararını da vermelidir. Denetim süresi sonunda düşme kararı verildiğinde, hak yoksunluğu da sonuç doğurmayacaktır, bkz. Akkaş, s. 197.

¹³⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 839; Centel/Zafer, s. 872; Dülger, s. 942; Kaya, s. 436; Kumbasar, s. 48; Özgenç, s. 714; Şahin/Göktürk, s. 201; Yıldırım, s. 438. Alman Hukukunda aynı yönde MüKoStGB/Groß/Kulhanek, § 59 Rn. 16.

istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir (CMK m. 231/13).¹⁴⁰

HAGB kararının, –ilgili mevzuatta özel şart söz konusu olmadıkça–¹⁴¹ kişinin memuriyete girişinde engel oluşturmayacağı, keza tek başına memuriyetten çıkarmaya sebebiyet vermeyeceği ifade edilmektedir.¹⁴² Yine doktrinde, HAGB kararının mahkumiyet kararına konu maddi vaka ile sınırlı şekilde hukuk hakimini bağlayacağı savunulmaktadır.¹⁴³

CMK m. 325/2 uyarınca, HAGB kararı verilmesi halinde tüm yargılama giderleri sanığa yüklenir. Yargıtay, HAGB kararının yargılama giderlerini kapsamadığı görüşündedir.¹⁴⁴ Yüksek Mahkeme kararında, ilgili yorumun

¹⁴⁰ “...5352 Sayılı Kanun’un 6. maddesine aykırı şekilde elde edilen bilgi ve belgelere dayalı olarak yapılan arşiv araştırması üzerine tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ayarlık, İdare Mahkemesi’nin davanın reddine yönelik ısrar kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır” D. İDDK, E.2019/2425, K. 2020/715, 12.03.2020. Buna karşın, 17.04.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu m. 4/1-ç’ye göre, HAGB kararı arşiv araştırması kapsamına alınmıştır.

¹⁴¹ 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu m. 4/1-ç dikkate alındığında, istisnai durumun genişlediği söylenmelidir. Yine örnek olarak, 6.6.2015 tarihli Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği m. 8’de, aday ve evliyse eşi hakkında belli suçlar hakkında verilen HAGB kararı, POMEM’lere başvuruda engeldir. Konuyla ilgili ayrıca bkz. D. 8. D., E. 2019/786, K.2019/8187, 03.10.2019. Yine Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu m. 10/1-f’de, belli suçlar yönünden HAGB kararı verilmiş olması, başdenetçi veya denetçi seçilebilmenin önünde engeldir. İlgili yasal düzenlemeyi paylaşan Akkaş’a göre; kanun koyucunun bu tercihi, HAGB kurumunun hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır, bkz. Akkaş, s. 197.

¹⁴² Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1955; Harun Kale, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi”, 2011, 6(60), THD, s. 47. Doktrinde bu görüşü paylaşan Çınarlı/Arslan Hızal, Devlet Memurları Kanunu m. 48/A-5 hükmü üzerinden ek bir değerlendirme yapmaktadır. İlgili hüküm dikkate alındığında, HAGB kararına “af”tan, yani kanun koyucunun iradesinden daha öte bir anlam yüklendiği ve bu durumun HAGB kurumunun amacıyla bağdaşmadığı görülmektedir, bkz. Serkan Çınarlı/Sevinç Arslan Hızal, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi”, 2017, 12(134), THD, s. 23 vd.

¹⁴³ Bu konudaki görüş ve Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirmeler için bkz. Kadir Berk Kapancı, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, 2016, 7(1), İnÜHFD, s. 525; Sıla Sencer/Ali Suphi Kurşun, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Hukuk Davalarına Etkisi”, 2017, 12(129), THD, s. 46.

¹⁴⁴ “Her ne kadar önce verilen ve sonra bütünüyle kaldırılan bir cezanın varlığı nedeniyle tertip olunmuş ücreti vekalet ve yargılama gideri sorumluluğu söz konusu ise de bu tür tali yükümlülüklerin, yasa koyucunun amaçladığı düzeyde ceza olmadığı ve salt bu nedenle hükümün açıklanmasının ertelenmesinden yararlanılmak gerekmeyeceği kabul edilmelidir. Kaldı ki, 5271 sayılı CYY’nun 325. maddesinin 5560 sayılı Yasayla değişik 2. maddesi hükmü ‘hükümün açıklanmasının geri bırakılması hallerinde de yargılama giderlerinin sanıklara yükletileceğini öngörmekle, bu atfetten yararlanmanın katılan sanıklar yararına bir sonuç

sanık lehine olduğu da değerlendirilmektedir. Ne var ki bu durum, hem HAGB'nin hukuki sonuç doğurması¹⁴⁵, hem de denetim süresinin iyi halli geçirilmeyeceğinin peşinen kabul edilmesi yönüyle hukuken isabetsiz görünmektedir.¹⁴⁶

2. Düşme Kararı veya Hükmün Açıklanması

HAGB kararı sonrasındaki süreçte mahkeme, duruma göre ya düşme kararı verecek, ya da hükmü açıklayacaktır.

CMK m. 231/10'a göre, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, duruşma açılarak HAGB kararı kaldırılır ve davanın düşmesine karar verilir.¹⁴⁷

CMK m 231/11 uyarınca, sanığın denetim süresi içinde kasten yeni suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde¹⁴⁸ mahkeme, askıda bekleyen hükmü aynen açıklar.¹⁴⁹

Mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar

doğurmayacağını, aksine hükmün açıklanması ertelendiğinde 5 yıllık bir denetim süresine hükmedileceğinden daha aleyhe bir sonuç doğuracağını ortaya çıkarmaktadır...", Y. CGK, E. 2007/4-115, K. 2008/53, 18.3.2008. Aynı görüşte Aras, s. 84; Artuç, s. 120; Olgun, s. 67.

¹⁴⁵ Hukuki sonuç doğuran ve istisnai nitelikte olan bu durumun yasal olarak CMK m. 231/5'te yer alması gerektiği görüşünde Caner Gürühan, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 2014, 26(111), TBBD, s. 145.

¹⁴⁶ Ayrıca bkz. Taşdemir, s. 385. Yüksek Mahkemenin bu tutumunun masumiyet karinesine aykırı olduğu görüşünde Akyıldız, s. 80.

¹⁴⁷ Temur, s. 153. Ayrıca bkz. Şen/Maviş, s. 59.

¹⁴⁸ (§59 StGB atfıyla) §56f StGB'ye göre, denetim süresi içinde suç işlenerek cezanın ertelenmesinin temelinde yatan beklentinin yerinde olmadığı gözlemlenir ya da yükümlülüklerle aykırılık söz konusu olursa, saklı tutulan hüküm açıklanacaktır, ayrıca bkz. Fischer, §56f Rn. 8a.

¹⁴⁹ Y. 18. CD, E. 2015/24509, K 2017/6355, 23.05.2017. Ayrıca bkz. Akyıldız, s. 84; Gürühan, s. 150; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 710. Öyle ki mahkeme, açıklanmasını ertelediği kararda sonradan bir hukuka aykırılık tespit etse bile, hükmü aynen açıklamak durumundadır. Karardaki hukuka aykırılıklar, artık kanun yolunda çözümlenecektir, bkz. Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1964. Bu evrede esasen yeni bir hüküm kurulduğundan, önceki karara atıfla yetinilmemeli, karar mutlaka gerekçelendirilmelidir, bkz. Şahin/Göktürk, s. 205.

verebilir.¹⁵⁰ Denetimli serbestlik tedbirine aykırılık halinde suçun niteliğine dair bir değerlendirme yapmadan, sanığın sübjektif durumu dikkate alınarak cezanın infaz süresi kısaltılabileceği gibi, yasal şartları dahilinde erteleme veya seçenek yaptırımlara başvurulabilmektedir.¹⁵¹ Bu ihtimalde, yine ceza tür ve miktarı değişmemekte, yalnızca hükmün infazı açısından farklı bir sonuç doğmaktadır.¹⁵²

CMK m. 231/7'ye göre, “*Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez*”. Bu düzenlemenin aksi düşünüldüğünde, HAGB kurumunun amacı ile çelişen bir durum ortaya çıkmaktadır.¹⁵³ Fakat CMK m. 231/11'de, denetimli serbestlik tedbirine aykırılığın sonucunda mahkemeye, aynı dosyada erteleme ya da seçenek yaptırımlara çevirme imkanı verilmiştir. Bu hukuki yolun cezanın işlevselliği yönüyle tahlili gerekir. Seçenek yaptırımlara başvurulması halinde uygulamada asıl mahkûmiyet, çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (TCK m. 50/5). Kendisine yüklenen denetimli serbestlik tedbirine uymayan kişi hakkında tesis edilecek nihai kararda, yine sanığın lehine olan bir başka kurumun (TCK m. 50/5) kullanılabilmesi isabetsiz olmuştur. Kanaatimizce, hakime bu yönde bir takdir yetkisi bırakılacaksa, CMK m. 231/11 açısından kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesini –TCK m. 50/2'de yer alan istisnayı gözeterek– adli para cezası ile sınırlamak cezanın amaç ve işlevselliğine daha uygun düşecektir.

HAGB sonrası öngörülen denetim süresi içinde lehe kanun değişikliği söz konusu olursa, lehe durum mutlaka dikkate alınmalı; dosyada beraat verilmesini gerektiren bir değişiklik olursa da derhal beraat kararı verilmelidir.¹⁵⁴ Aksi uygulamayla sanığın açıklanan hükmü istinaf veya temyize konu etmeye zorlanması, adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisiyle çelişecektir.

¹⁵⁰ Y. CGK, E. 2014/8-145, K. 2015/145, 05.05.2015.

¹⁵¹ HAGB açısından ayrı düzenleme içeren “*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak*” suçunda verilen hükmün ertelenmesi kararında ise, TCK m. 191/9 gereği hem CMK m. 231/10-11, hem de TCK m. 191/3 vd. birlikte dikkate alınacaktır. Fakat yorum yoluyla ulaşılan bu sonucun, TCK m. 191 ya da CMK m. 231'de açık şekilde düzenlenmesi isabetli olacaktır.

¹⁵² Özgenç, s. 722.

¹⁵³ Dülger, s. 940; Özgenç, s. 718; Şahin/Göktürk, s. 200.

¹⁵⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 714.

IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA KARŞI KANUN YOLU

Kanun koyucu, HAGB kararına karşı itiraz imkanı tanımıştır (CMK m. 231/12). HAGB kararında hükmün açıklanması ertelendiği ve böylece istinaf ya da temyize konu bir hüküm söz konusu olmadığından itiraz kanun yolunun tercih edildiği¹⁵⁵, yine HAGB'nin durma kararı mahiyetinde olduğundan bahisle itiraz kanun yolunun benimsenmesinin doğal olduğu¹⁵⁶ doktrinde ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, HAGB için itiraz kanun yolunun öngörülmesinde herhangi bir hukuki sorun tespit etmemiştir.¹⁵⁷ Anılan kararda paylaşılan yorumla uyumlu olarak, CMK m. 231/10'a göre verilen düşme kararına ve sanığın denetim süresi içinde kasten bir suç işlemesi ya da öngörülen denetimli serbestlik tedbirine aykırı davranması sonucu mahkeme tarafından açıklanan hükme karşı istinaf ve temyiz kanun yolu açıktır.¹⁵⁸

A. Yetkili Mercii

Hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK m. 267). HAGB kararına karşı itiraz kanun yolu öngörüldüğüne göre, sürecin tabii olduğu usul ve esaslar hakkında CMK m. 268 vd. maddeleri belirleyicidir.

CMK m. 268/1'de itiraz usulü düzenlendikten sonra, m. 268/2'de, kararına itiraz edilen hakim veya mahkemenin, itirazı yerinde görürse kararını düzeltereği; yerinde görmezse en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan mercie göndereceği hüküm altına alınmış, yetkili merci ise CMK m

¹⁵⁵ Şahin/Göktürk, s. 201; Rezzan İtişgen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf", 2014, 5(16), TAAD, s. 380; Yıldırım, s. 444; Yalçın, s. 228.

¹⁵⁶ Centel/Zafer, s. 874; Karakehya, s. 572.

¹⁵⁷ "(12) numaralı fıkırdaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu, verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuracak kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır" AYM, E. 2009/222, K. 2009/55, 07.05.2009 (RG: 07.10.2009, Sayı: 27369).

¹⁵⁸ Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1963; Toroslu/Feyzioğlu, s. 368. Olağan kanun yolunun açık olduğu yönünde bkz. Y. CGK, E. 2009/4-13, K. 2009/12, 03.02.2009. Düşme kararı yönünden karşı. İtişgen, s. 380.

268/3'te tanımlanmıştır.¹⁵⁹

İtiraz konusunda, bölge adliye mahkemelerinin rolü de ele alınmalıdır. CMK m. 280/2'de “*Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar*” şeklindeki düzenleme, bölge adliye mahkemelerince HAGB kararı verilebilmesini sorgulamayı gerektirir.¹⁶⁰ Çünkü “hüküm” tabiri hukuken CMK m. 223'te karşılık bulmaktadır. Oysa HAGB, bünyesinde mahkumiyet barındırsa da, teknik olarak hüküm çeşidi değildir.¹⁶¹ Şayet HAGB, CMK m. 223'ün bir parçası sayılırsa, bu durumda HAGB kurumu ile hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51) arasında niteliksel bir fark kalmayacak ve bu tutum, hükmün sonuç doğurmamasına bağlanan neticeleri etkileyecektir. Yine HAGB, CMK m. 223'ün bir parçası ise, istinaf ya da temyiz yerine itiraz kanun yolunun mümkün görülmesi de tutarsızlık oluşturacaktır. Ancak uygulamada, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulması ve bölge adliye mahkemesinin CMK m. 280/1-g ve 2 kapsamında yeniden duruşma yapması halinde HAGB kararı verilmektedir.¹⁶² Böylece bölge adliye mahkemesince verilen HAGB kararına karşı itiraz da mümkündür (CMK m. 268/3-e).¹⁶³

B. Yetki Sınırları

İtiraz kanun yoluna başvurulması halinde yetkili merciin ne yönde işlem tesis edeceği noktasında CMK m. 271 yol göstericidir. İlgili maddeye göre, kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir (CMK m. 271/1) ve itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir (CMK m. 271/2).¹⁶⁴

HAGB kapsamında aslında iki karar verilmiş görünmektedir. İlki, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası, yani suçun işlendiğinin sabit olmasıdır. İkinci husus ise, işlendiği sabit görünen suçla ilişkin tespit

¹⁵⁹ Soyaslan, s. 445.

¹⁶⁰ Nitekim CMK m. 223'e göre hüküm kurulacağı yönünde İtişgen, s. 400. HAGB kararı verilmesinin hukuken mümkün olduğu görüşünde Öztürk, s. 731; Ayrıca bkz. Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Adalet Yayınevi, 2019, s. 306.

¹⁶¹ Baştürk, s. 67.

¹⁶² Uygulamadan örnek olarak bkz. Antalya BAM 1. CD, E. 2017/2731, K. 2018/345, 07.02.2018; Gaziantep BAM 15. CD, E. 2017/1978, K. 2018/735, 12.04.2018.

¹⁶³ Öztürk, s. 732.

¹⁶⁴ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Asil Yayınevi, 2006, s. 405.

edilen ceza tür ve miktarıdır.¹⁶⁵ O halde şu soru hukuken tatmin edici şekilde cevaplanmalıdır: HAGB'nin itiraz konusu edilmesi halinde, sadece HAGB'nin yasal şartları mı tahlil edilecektir, yoksa yerel mahkemenin dava konusu olaya ilişkin hukuki değerlendirmeleri de gözden geçirilecek midir?¹⁶⁶

Doktrinde, HAGB kararına konu olay üzerinde itiraz merci tarafından hukuki değerlendirme yapılması halinde, kanun yolunun istinafa dönüşeceği görüşü paylaşılmıştır.¹⁶⁷ Gerçekten, itiraz mercinin aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verebileceğine ilişkin hüküm (CMK m. 271/2) değerlendirildiğinde¹⁶⁸, dava konusu olayın farklı mütalaa edilmesi ihtimalinde HAGB kararı kaldırılmakla kalmayıp, yine merci tarafından yeni bir hüküm tesis edilecektir. Fakat ele alınan ve yeniden değerlendirilen karar, mahkumiyet barındıran bir mahkeme kararıdır. O halde, mahkeme kararının esastan incelenmesi isteniyorsa, kanaatimizce de ilgili kanun yolu istinaf olmalıdır.¹⁶⁹ Çünkü ertelenen hükmün kendisi, esasen mahkemenin takdir ettiği bir mahkumiyet hükmüdür. Ancak mevcut düzenlemedeki bu tutarsızlık, HAGB'nin objektif koşullarla sınırlı incelenmesi sonucunu doğurmamalıdır.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Olgun Değirmenci, "Yargı Kararları Çerçevesinde HAGB Kararının Hukuki Denetimi ve İtirazın Kapsamı", 2019, 1(2), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 81. Ayrıca bkz. MüKoStGB/Groß/Kulhanek, § 59 Rn. 15.

¹⁶⁶ CMK'da yer alan itiraz kurumu öngörüldüğünde henüz HAGB'nin yasal olarak düzenlenmemiş olması ve HAGB'nin nihayetinde hüküm üzerinden verilmesinden dolayı, itiraz denetimine ilişkin duraksamaların yaşanması doğaldır, bkz. Değirmenci, "İtirazın Sınırları", s. 82.

¹⁶⁷ Centel/Zafer, s. 883; Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1961; Yenisey/Nuhoğlu, s. 801; Yıldırım, s. 453.

¹⁶⁸ Turhan, Ceza Muhakemesi, s. 405.

¹⁶⁹ Şahin/Göktürk'e göre, itiraz kurumu, diğer olağan kanun yolları istinaf ve temyiz gibi, karar ve hükümlerin denetlenmesi için getirilmiştir. Bu yönüyle HAGB kararına itiraz halinde de suçun vasfı ve sübutuna ilişkin değerlendirme yapılmalıdır. HAGB halinde bir hüküm söz konusu olmadığı için itiraz kanun yolu benimsenmiştir, Şahin/Göktürk, s. 201. HAGB kararına karşı istinaf ya da temyiz kanun yolu yerine itirazın mümkün görülmesiyle birlikte, sanık lehine getirilen bir düzenlemenin sanık aleyhine kullanıldığı görüşünde, Ünver/Hakeri, s. 686. Yıldırım'a göre, HAGB kararına karşı itiraz halinde yapılan geniş hukuki değerlendirme, kararın denetlenmesi yönünden olumlu, ancak hakimin takdir yetkisine müdahale boyutuna varması sebebiyle olumsuz görünmektedir. HAGB kurumunda itiraz yerine istinaf kanun yolunun benimsenmesi, sanık ve uygulama yönünden daha isabetli olacaktır, Yıldırım, s. 455; benzer görüşte Ali Tanju Sarıgül, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu", 2016, 29(125), TBBD, s. 83; Gürühan, s. 158. Yalçın'a göre de, HAGB'nin hukuki niteliği gereği istinaf mümkün olmamakla birlikte, HAGB kararının kanun yolu bakımından hüküm sayılmasına dair CMK m. 231/11'e eklemeye yapılmalıdır, Yalçın, s. 279.

¹⁷⁰ "İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir

Çünkü “itiraz konusu” olan HAGB kararı aslında sabit görünen suç fiiline dayandığına göre, suçun sübut ve vasfına ilişkin değerlendirme hukuken kaçınılmazdır ve öngörülen (itiraz) kanun yolunun parçasıdır. Sonuç olarak, CMK m. 231/12 kapsamında yapılan itiraz üzerine yetkili merci HAGB kararının koşullarına ilişkin değerlendirme yapacak, bu aşamada hükme konu suçun sübut ve vasfını da dikkate alacaktır.¹⁷¹ Öyle ki, suçun sübutuna etki etmesi nedeniyle delillerin hukuka uygunluğu da değerlendirilecektir.¹⁷² Yargıtay’ın son dönem içtihadı da, HAGB kararına itiraz halinde şekli ve maddi yönden inceleme yapılacağı yönündedir.¹⁷³

Önemle belirtelim ki, sadece HAGB’nin yasal şartlarıyla sınırlı bir inceleme halinde sanık hakkında verilen mahkumiyet kararının denetlenememesi sebebiyle adil yargılanma hakkı ile hak arama özgürlüğünün gerektirdiği etkin başvuru yolu sınırlanacak ve sanık adeta HAGB’yi reddedip diğer kanun yollarına başvurmaya zorlanacaktır.¹⁷⁴ Ayrıca mahkeme kararına karşı elverişli bir denetim mekanizmasının yokluğu, sadece sanık yönünden değil, mağdur/suçtan zarar gören açısından da hak arama özgürlüğünü kısıtlayacaktır.¹⁷⁵ Sonuç itibarıyla, Yargıtay’ın güncel içtihadının AİHS m. 13 ve Ek 7 No’lu Protokolü ile uyumlu olduğu söylenmelidir.¹⁷⁶

(CMK m. 271/2)” hükmüyle, yetkili merciin yalnızca HAGB kararının şartları üzerinden şekli bir denetim yapabileceği, görüşünde Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1961. Bir başka görüşe göre itiraz merci, HAGB kararını sadece maddi koşulların varlığı yönünden denetler. Suçun vasfı ve ceza miktarı gibi bu kapsamın dışına çıkan hususlar temyiz kapsamında değerlendirilmelidir, Meran, s. 70.

¹⁷¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 845; Değirmenci, “İtirazın Sınırları”, s. 99; Dülger, s. 941; Şahin/Göktürk, s. 201; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 712; Veli Özer Özbek/Serkan Meraklı, “Karar İncelemesi: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, 2013, 19(2), MÜHF-HAD, (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 228; Yenisey/Nuhoglu, s. 803.

¹⁷² Şahin, s. 290.

¹⁷³ Y. CGK, E. 2012/10-534, K. 2013/15, 22.01.2013. Buna karşın Yargıtay’ın önceki tutumu “...itiraz merciin yetisi, 5271 sayılı CYY’nin 231/6. maddesinde üç bent halinde sıralanan uygulama koşullarının varlığını denetlemekle sınırlıdır...” şeklindeydi, Y. 4. CD, 11.02.2009, E. 2008/19326, K. 2009/2363. Yargının güncel tutumu nedeniyle, HAGB kararına itirazın şartlarına ilişkin kanunda özel bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç kalmadığı, görüşünde Şahin, s. 290 vd.

¹⁷⁴ Değirmenci, “İtirazın Sınırları”, s. 93; Özbek/Meraklı, s. 230; Yıldırım, s. 453. Bu durumun masumiyet karinesiyle de bağdaşmayacağı görüşünde Ünal, s. 211.

¹⁷⁵ Özbek/Başbüyük, s. 9 vd.

¹⁷⁶ Kaya, s. 420; Yıldırım, s. 456. Ayrıca bkz. Özbek/Meraklı, s. 233.

HAGB için öngörülen sübjektif koşullar¹⁷⁷ ile iddianamedeki eksiklikler ve vekalet ücreti gibi konular, itiraz incelemesinin dışındadır.¹⁷⁸ Diğer yandan, HAGB kararının içeriğini oluşturan ve hakimın takdirine bırakılan denetimli serbestlik tedbirinin hukuken ölçülü olmadığı iddiası, itiraz kanun yolunda değerlendirilebilir.¹⁷⁹

HAGB kararının hukuki olmadığı kanaatine ulaşan itiraz merci yeni bir hüküm vermeyecek, sadece HAGB kararını kaldırarak dosyayı esas mahkemeye geri gönderecektir.¹⁸⁰ Yargıtay'a göre de itiraz merci, görevsizlik, düşme ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile sınırlı kalarak hükmü değiştirebilecek, fakat bunun haricindeki hallerde esas mahkemenin yerine geçerek yeni bir hüküm tesis edemeyecektir.¹⁸¹

İtiraz kanun yolunda HAGB'nin kaldırılarak dosyanın esas mahkemeye gönderilmesi halinde karara karşı direnme hakkı yoktur.¹⁸² Doktrinde, itirazın kabulü halinde, gerekçe olarak suç vasfının farklı değerlendirilmesine dayandırılrsa da, esas mahkemenin görev yönünden yetkisizlik kararı dahil yeni bir hüküm tesis edemeyeceği, açıklanması ertelenen hükmü açıklamakla yetineceği savunulmaktadır.¹⁸³ Kanaatimizce, itiraz mercii HAGB kararını maddi bakımından inceleyebiliyorsa, itirazın kabulünden sonra esas

¹⁷⁷ Kumbasar, s. 225; Özbek/Meraklı, s. 228.

¹⁷⁸ Şahin, s. 290.

¹⁷⁹ Toroslu/Feyzioğlu, s. 368.

¹⁸⁰ Akyıldız, s. 83; Artuç, s. 124; Dursun, s. 168; Meran, s. 70; Yıldırım, s. 456. Karş. Centel/Zafer, s. 884. Doktrinde *Özbek/Meraklı*'ya göre, itiraz mercii yeni bir karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi şeklinde bir yetki, yasada açıkça tanımlanmamıştır. O halde, HAGB kararına itiraz halinde yetkili merci, itirazı haklı bulduğu takdirde, –muhakeme eksiklikleri dahil– gerekli hükmü tesis etmek durumundadır. Özbek/Meraklı, s. 232. *Öztürk*'e göre ise, sanığın beraat etmesi gerekiyorsa, itiraz merci beraat kararı vermelidir, *Öztürk*, s. 652 vd.

¹⁸¹ “...*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına itiraz halinde, mercii CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ve hem maddi hem de hukuki anlamda işin esasına girmek suretiyle aykırılık görmesi halinde sadece gerekçesini göstermek suretiyle kararı bozup başkaca bir işlem yapmaksızın mahkemesine gönderecek; yeniden dosyayı ele alan hâkim bozma gerekçesi ile sınırlı kalarak Ceza Genel Kurulu'nun 22.01.2013 tarih, 2012/10-534 esas ve 2013/15 sayılı kararı doğrultusunda görevsizlik, düşme ya da ceza verilmesine yer olmadığına şeklinde karar vermek suretiyle sınırlı olarak hükmü değiştirebilecektir*” Y. 13. CD, E. 2014/32524, K. 2014/37202, 29.12.2014.

¹⁸² Artuç, s. 124; Yıldırım, s. 457.

¹⁸³ Şahin, s. 294.

mahkeme de yeni bir hüküm kurabilmelidir.¹⁸⁴ Hatta itiraz üzerine verilen kararlara karşı direnme yasağı söz konusu olduğundan, suç vasfına ilişkin farklı değerlendirmeler halinde, esas mahkemenin buna uyması ve yeni bir hüküm tesis etmesi zorunludur. Ayrıca mahkemenin, önceki karardan farklı gerekçelere dayanmak kaydıyla yeniden HAGB uygulaması mümkün görülmelidir.¹⁸⁵

HAGB kararına yalnızca sanık tarafından itiraz edilmesi ve HAGB kararının kaldırılması sonrasında, sanık hakkında verilecek cezada, açıklanması ertelenen ceza miktarının geçilemeyeceği belirtilmekte ve bu görüş “*aleyhe bozma yasağı*”na dayandırılmaktadır.¹⁸⁶ Kanaatimizce, aleyhe bozma yasağının CMK m. 231/11 kapsamında geçerli olabilmesi, ancak açık yasal düzenleme halinde mümkündür.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Aynı yönde Şen/Maviş, s. 50.

¹⁸⁵ Aynı yönde Yıldırım, s. 458; karşı. Karakehya, s. 574. Buna karşın Yargıtay’ın tutumu, hükmün açıklanması yönündedir: “...Sanık ... hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin itiraz sonucu mercii tarafından kaldırılmasını müteakip mahkemece duruşma açılarak, sanığın duruşmaya çağırılması, varsa diyetleri ve son sözü sorularak yapılan yargılama sonucuna göre aynı Kanunun 230. maddesi uyarınca hüküm fıkrasında bulunması gereken bütün hususlar da gözetilerek yeniden hüküm kurulması ve bu hükmün açıklanması gerektiği gözetilmeden, savunma hakkını kısıtlayacak biçimde sanık duruşmaya davet edilmeksizin ek karar verilmesi...” Y. 18. CD, E. 2010/8615, K.2012/898, 18.01.2012.

¹⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 712. “...kıyas metodunun ceza hukukunun aksine ceza muhakemesi hukukunda kural olarak serbest olduğu ve ceza muhakemesi hukukunda genişletici yorum yapılabileceği gözetildiğinde aleyhe bozma yasağının düzenlediği 5320 sayılı Kanunun 8. Maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’nın 326/son maddesinin, itiraz kanun yolunda uygulanması mümkün olduğundan, somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aleyhine yalnızca sanık tarafından itiraz kanun yoluna başvurulduğu, bu sebeple aleyhe değiştirme (bozma) yasağı gereği ilk verilen ceza miktarından daha fazla cezaya karar verilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...”, Y. 4. CD, E. 2017/7422, K. 2018/7718, 24.12.2018. Buna karşın önceki tarihli kararında Yargıtay, itiraz kanun yolunda aleyhe bozma yasağının uygulanamayacağı görüşünü paylaşmıştır, “Ceza mahkemeleri tarafından verilen “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” dair kararın, 5271 Sayılı CMK’nın 223/1. maddesinde öngörülen davayı esaslan sonlandırıcı, hüküm niteliğinde olmadığı ve bu suretle temyizinin mümkün bulunmadığı, ancak itiraz yolunun açık bulunduğu, 1412 Sayılı CMUK’un 326/son, 5271 Sayılı CMK’nın 283 ve 307/4. maddelerinde düzenlenen aleyhe bozma veya aleyhe değiştirme yasağının sadece davanın esasını çözümlen hükümlerle sınırlı olarak istinaf veya temyiz yasa yolunda kabul edilmesi sebebiyle aleyhe bozma yasağının ve ceza bakımından kazanılmış hak ilkesinden itiraz mercii tarafından verilen kararlar açısından söz edilemeyeceği anlaşılmalı tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiş olup...”, Y. 12. CD, E. 2013/27999, K. 2015/9190, 28.05.2015.

¹⁸⁷ Yıldırım, s. 442. Karşı. Centel/Zafer, s. 884. Doktrinde Ersoy’a göre, CMK’da açık bir düzenleme olmamasından dolayı, HAGB kararına itiraz halinde, yorum ya da kıyas yoluyla

Esas mahkemesi tarafından verilen karar artık yeni bir hükümdür ve genel kurallara göre kanun yoluna tabidir.¹⁸⁸ İstinaf ya da temyize başvurulmadan kesinleşen karar ya da hükme karşı kanun yararına bozma işletilebildiğinden, kesinleşen HAGB kararına karşı da kanun yararına bozmaya başvurulabilir.¹⁸⁹ Diğer yandan, HAGB kararına karşı yargılamanın yenilenmesi yolu açık tutulmamıştır.¹⁹⁰

C. Sanığın İtiraz Hakkı Üzerine Bir Değerlendirme

CMK m 268/1’de, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm doğrultusunda muhakeme süjeleri kanun yoluna başvurabilir. Ancak HAGB’nin tabi olduğu koşullardan birinin sanığın kabulü olduğu düşünüldüğünde, bu bapta sanığın itiraz hakkı ayrıca irdelenmelidir.¹⁹¹

Kanun yolu safhası, maddi gerçeğe ulaşma çabasıyla şekillenen ceza muhakemesinde, yargılamada oluşan kanaatin hukuka uygun ve adil

dahi aleyhe değiştirme yasağının uygulanması mümkün değildir. Ancak bu halde; kanun yoluna başvuracak sanığın, daha ağır bir ceza ile karşılaşma endişesi yaşayacağı açıktır. Dolayısıyla mevcut durum, adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Bu kanaat ve tespiti paylaşılan yazar, CMK m 231/11’de yasal bir değişiklik yapılmasını ve aleyhe bozma yasağının HAGB kararına itiraz halinde de geçerli olmasını önermektedir, Uğur Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 390 vd. Doktrinde Kaymaz, CMK m. 265 hükmünün kıyasen uygulanarak itiraz kanun yolunda da geçerli olması ve bu şekilde HAGB kararına itiraz halinde de aleyhe değiştirme yasağının işletilebileceği kanaatindedir, Seydi Kaymaz, “Aleyhe Değiştirme Yasağı”, 2013, 19(2), MÜHF-HAD, (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 1416.

¹⁸⁸ Şahin, s. 293.

¹⁸⁹ Y. CGK, E. 2014/15-487, K. 2018/151, 10.04.2018. Ayrıca bkz. Güngör/Okuyucu-Ergün, s. 1962; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 713; Ünver/Hakeri, s. 685. Kanun yararına bozma halinde, karar sadece şekli açıdan incelenmektedir, Özbek/Başbüyük, s. 11.

¹⁹⁰ “CMK’nın 311 ve devamı maddelerinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi, ancak kesin hükümlere karşı başvurulabilecek olağanüstü bir yasa yolu olup, hüküm niteliğinde bulunmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yargılamanın yenilenmesi isteminin, CMK’nın 318/1. maddesi uyarınca kabule değer olmaması nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, anılan madde uyarınca istemin kabulüne karar verilip, yargılama yapılarak yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”, Y. 2. CD, E. 2012/4860, K. 2012/3949, 22.02.2012. Aynı yönde Güçlü Akyürek, Yargılamanın Yenilenmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 54. Bu kanun yolunun, “yargılama” kavramının geniş yorumu ve lekelenmeme hakkına dayanarak mevcut yasal koşullarda içinde mümkün görülmesi gerektiği yönünde Şen/Maviş, s. 58.

¹⁹¹ Nitekim doktrinde Özen’e göre, müdafî huzurunda bilgilendirilen sanığın itiraz hakkı yoktur, Özen, s. 1057.

olabilmesinin teminatıdır.¹⁹² Bu haktan ilk yararlanacak süje, masumiyet karinesiyle korunan sanıktır.¹⁹³ Kanun yoluna başvuran sanığın, bu yetkiyi ancak kendi lehine kullanabileceği ifade edilmektedir.¹⁹⁴ O halde HAGB kararına itiraz eden sanık, yalnızca daha lehe bir kurumun uygulanması gerekçesiyle bu yola başvurabilir. Fakat burada tartışmalı olan husus, HAGB’yi kabul eden sanığın, kabul ettiği kararın kaldırılmasını talep etmesidir. Aslında olması gereken, kararın hukuka aykırı olduğunu düşünen sanığın, HAGB’yi kabul etmeyip, hükme karşı istinaf ya da temyize başvurusudur. Ne var ki, – yukarıda değindiğimiz üzere– sanıktan HAGB kararına dair hukuki sonuçları tahlil edebilmesini beklemek mümkün olmadığı gibi, muhakeme sürecinde HAGB’nin kabulü noktasında bir kanaatin oluşması da doğaldır. Diğer yandan, HAGB tatbikinin kabulünün itiraz hakkını ortadan kaldıracağı savunulursa; karar, diğer ilgililer başvurmadıkça kanun yolu denetiminde geçmeden kesinleşecektir. Kanunda açık bir istisnaya yer verilmemişken bu tutumun benimsenmesi hukuka aykırı olacağı gibi, sanık lehine görünen HAGB’yi son tahlilde aleyhe bir kuruma dönüştürecektir. Tüm bu değerlendirmelerle, sanığın HAGB’ye karşı kanun yoluna başvuru hakkı istisnasız şekilde kabul edilmelidir.

V. GENEL DEĞERLENDİRME VE HUKUKİ ÖNERİLERİMİZ

HAGB kurumu hakkında tespit ettiğimiz temel sorunlara ilişkin genel değerlendirme ve hukuki önerilerimiz, şu şekilde özetlenebilir:

1- HAGB’nin objektif şartlarından biri olarak sonuç ceza sınırı esas alınmış, katalog suç düzenlemesi tercih edilmemiştir. AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ise, temel olarak insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele yasağına dayanılarak, bazı suçlar hakkında HAGB uygulanması AİHS ve Anayasa’ya aykırı görülmektedir. Bu istisna dairesinin içtihadı terk edilmesi yerine, HAGB uygulanabilecek suçların yasada açıkça düzenlenerek, sorunlu görülen suçların kapsam dışı bırakılması daha isabetli olacaktır. Çünkü içtihatlarda dayanan çekince, kişilere karşı suçların birçoğunda ileri sürülebilir.

2- CMK m. 231/6-a’da yer alan “*Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması*” şartında “*daha önce*” ibaresi, HAGB’ye

¹⁹² Karakehya, s. 602; Ali Şahin Kılıç, “Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yoluna Teorik Bir Bakış”, 2019, 1(2), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 112.

¹⁹³ Kılıç, s. 113.

¹⁹⁴ Karakehya, s. 608.

konu suçtan önceki tarihte işlenen fiile ilişkin mahkumiyet hükmü, şeklinde anlaşılmalıdır. Bu yorum, cezanın işlevselliği doğrultusunda desteklenmelidir. Ancak hükümdeki ifade farklı yorumlara açık kapı bıraktığından, CMK m. 231/6-a'da yer alan şart *“daha önceki tarihli ve kasten işlenmiş bir suçtan mahkum olmamak”* şeklinde güncellenip açık ve anlaşılır kılınmalıdır. Diğer yandan, yorum farkından bağımsız olarak, önceki suçun çocuk tarafından işlenmesine farklı bir sonuç bağlanmaması önemli bir eksikliklerdir. 18 yaşından küçüklerin işlediği suç –objektif koşul bakımından– HAGB engeli olmamalı ve bu konuda CMK m. 231/5 veya ÇKK m. 23'te düzenleme yapılmalıdır.

3- Maddi zarar tazmini olarak anlaşılan CMK m. 231/6-c hükmünde, mağdurun iradesinin dikkate alınmaması mühim bir eksikliklerdir. Somut zararın tazmini yönüyle, mağdurun iradesi yasal koşula dahil edilmelidir. Sanık açısından ise, ileride beraat etme ihtimalinde başvurulacak özel bir tazmin düzenlemesi getirilmesi isabetli olacaktır.

4- Özel bir erteleme kurumu olan HAGB'nin içeriği hakkında sadece mahkeme tarafından yapılacak bilgilendirme yeterli değildir. Bu evrede müdafî yardımı şart koşulmalı, irade açıklaması da müdafîin katılımıyla gerçekleşmelidir. Ayrıca, HAGB'nin içeriğinde mahkeme tarafından sabit görülen suç ve karşılığında kararlaştırılan bir mahkumiyetin varlığı yatmaktadır. Bu temelde sanığın HAGB'yi kabulü, suçun ikrarı anlamı taşımaktadır. Beraat edeceğini düşünen sanığın HAGB'yi zaten reddedeceği savunulabilirse de, hem mevcut yasal düzenlemede müdafî yardımının şart olmayışı, hem de sanığın HAGB'yi lehe kurum olarak algılaması, genel nitelikteki yorumları boşa çıkaracaktır. Böylece kabul beyanı, sanık hakkında devam eden veya aynı konuda bir başka yargılamada delil değeri taşıyacaktır. O halde, tıpkı CMK m. 250/10'da olduğu gibi, CMK m. 231'e şu şekilde bir ekleme yapılmalı ve sanık iradesi hukuki güvenceye kavuşturulmalıdır: *“Sanığın, müdafîi huzurunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ettiğine ilişkin beyanı, takip eden veya aynı konu hakkındaki başka bir soruşturma ve kovuşturma işleminde delil olarak kullanılamaz”*.

5- Sanığın kabulüne ilişkin diğer tespit ve eleştirimiz ise, bizzat kabul şartının varlığına ilişkindir. HAGB'yi kabul eden sanığın, kabul ettiği kuruma itiraz etme hakkı olması, içerik itibarıyla çelişkili görünmektedir. Sanığın kabulü şartı yasadaki varlığını koruyacaksa, kabul şekline ilişkin önerimizin yanında, bu karara karşı öngörülen kanun yolunun da istinaf olması, sorununun aydınlatılmasına katkı sunacaktır.

6- Denetim süresi ve denetimli serbestlik tedbiri için öngörülen süre üst sınırları, her iki kurumun amacı dikkate alındığında, birbirleriyle uyumsuz görünmektedir. Bu nedenle, ya denetim süresi daha kısa tutulmalı, ya da açıklanması ertelenen hükümde yer alan ceza miktarını aşmamak üzere, işlenen suçun niteliğine göre tedbirin uygulanma süresi daha uzun belirlenebilmelidir.

7- Sanığın devam eden muhakeme sürecinde beraat etmesi halinde, önceden kendisine yüklenen denetimli serbestlik tedbirinin, sanık hakkında aleyhe sonuç doğuracağı açıktır ve bu sonucun hukuken nasıl telafi edilebileceğinin yasada gösterilmemesi mühim bir eksikliklerdir. Ayrıca, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranılması halinde mahkemenin TCK m. 50'ye istisnasız şekilde başvurabilmesine imkan tanınması, cezanın etkinliğini olumsuz etkileyeceğinden, doğru bir tercih olarak görünmemektedir.

8- Suçu sabit görülmesine rağmen hakkındaki hükmün uygulanması askıya alınan sanığın, bu imkan karşısında belli yükümlülükler katlanmasını beklemek doğaldır. Ancak askıda bekleyen hükmün açıklanmasını gerektiren bir durum ortaya çıktığında, belli yükümlülükleri yerine getiren sanık hakkında bu edimine karşılık cezadan mahsup imkanı tanınması da isabetli olacaktır.

9- Denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde hükmün açıklanacağına ilişkin düzenleme (CMK m. 231/10-11), failin kusurluluk değerlendirmesini dikkate almadığından TCK'da benimsenen suç tanım ve yapısıyla uyumsuzdur. Öyle ki bu şartlarda; taksirli bir suç işlenmesi halinde HAGB kararı etkilenmezken, sanığın mesela TCK m. 28 şartlarında bir suç işlemesi, askıdaki hükmün açıklanmasını gerektirecektir. Bu endişenin giderilmesi için yasa metnindeki ifadenin "*kasten işlediği bir suçtan mahkum olmadığı*" şeklinde değiştirilmesi gerekir.

10- Denetim süresi içinde ancak kasten işlenen suç, hükmün açıklanması sonucunu doğuracaktır. Oysa neticenin fail tarafından öngörüldüğü bilinçli taksir durumunda da, somut olayın şartları dikkate alınarak, HAGB'nin failden beklenen dikkat ve özene hâle getirip getirmediği mahkemece tahlil edilmeli ve HAGB'nin varlığı ya da hükmün açıklanmasına karar verilmelidir. Bu amaçla tarafımızca, CMK m. 231/10 veya m. 231/11'in sonuna olmak üzere, "*Sanığın, denetim süresi içinde bilinçli taksirle işlediği bir suçtan mahkum olması halinde mahkeme, failin işlenişi ve sanığın durumunu değerlendirerek hükmü açıklayabilir*" şeklinde bir cümle eklenmesi önerilmektedir.

11- CMK m. 280/2'de, "*yeniden hüküm kurar*" ifadesiyle, "hüküm"

kavramına açık bir atıf yapılmıştır. Hüküm çeşitleri CMK m. 223'te tanımlandığı halde, istinaf aşamasında HAGB kararı verilmektedir. Bu tutum, HAGB'nin mahkumiyet kararına dayanması yönüyle desteklenebilir. Ancak bu yorum ile HAGB için öngörülen kanun yolu tanımlanmasının kendi içinde uyumsuz olduğu söylenmelidir. Ayrıca, itiraz merciinin yetki sınırlarının, HAGB'nin doğurduğu hukuki neticeler ölçüsünde içtihatla genişletilmesi, ucu açık bir çabadır. Nitekim itirazın yerinde bulunması halinde dosyanın esas mahkemeye gönderilmesi, itiraz ve HAGB arasında bir uyum yakalama gayretinin işaretidir. Bunun yerine, kanun yolunun istinaf olarak benimsenmesi hem birçok hukuki sorunu açıklığa kavuşturup kurumlar arası uyumluluğa hem de usul ekonomisi ve adil yargılanma hakkına önemli derecede katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2021.
- Akbulut B/Aksan M, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019.
- Akkaş A.H, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları), Adalet Yayınevi 2021.
- Akyıldız A, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar”, 2020, 17(3), YÜHFD, s. 65-88.
- Akyürek G, Yargılamanın Yenilenmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018.
- Aras B, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar”, 2008, 3(22), THD, s. 71-88.
- Artuç M, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2008, 3(21), THD, s. 107-126.
- Artuç M/Hırslı T, Hüküm Kurma Esasları, 4. Baskı, Adalet Yayınevi 2011.
- Artuk M.E/Gökçen A/Alşahin M.E./Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi 2018.

- Balo Y.S, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumu Üzerinden Ulaşılmak İstenen Hedeflerin Türkiye Bakımından Gerçekleştirilebilirliği”, 2016, 11(30), CHD, s. 165-206.
- Baştürk İ, Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi, Adalet Yayınevi 2014.
- Beck’sche Online Kommentare, Strafgesetzbuch (48. Edition-1.2.2021) (BeckOKStGB/Yazar).
- Birtek F, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Adalet Yayınevi 2019.
- Centel N/Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınevi 2020.
- Çıglı H, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasında Daha Önceden Kasıtlı Bir Suçtan Mahkum Olmama Şartına İlişkin Bir Değerlendirme”, 2014, 9(100), THD, s. 17-23.
- Çınarlı S./Arslan Hızal S, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi”, 2017, 12(134), THD, s. 14-30.
- Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020.
- Dursun E, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Teorik Bir İnceleme”, 2014, 9(26), CHD, s. 145-170.
- Dülger M.V, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınevi 2021.
- Değirmenci O, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, Seçkin Yayınevi 2020.
- Değirmenci O, “Yargı Kararları Çerçevesinde HAGB Kararının Hukuki Denetimi ve İtirazın Kapsamı”, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları, 2019, 1(2), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 71-106.
- Epözdemir R, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2017.
- Ersoy U, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı, Adalet Yayınevi 2018.
- Fischer T, Strafgesetzbuch, 66. Baskı, C.H.Beck 2019.
- Füglein F/Pascal L, “Geld habe ich keines, aber arbeiten kann ich- Die Verwarnung mit Strafvorbehalt”, 2013, ZRP, s. 48-50.

- Gökçen A/Balcı M/AIşahin M.E/Çakır K, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi 2020.
- Güner U, “Türk Ceza Hukukunda Mahkumiyet Hükmünün Açıklanmasının Ertelenmesi”, 2014, 9(25), CHD, s. 181-200.
- Güneş S, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, On İki Levha Yayınevi 2018.
- Güngör D/Okuyucu-Ergün G, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2016, 65(4), AÜHFD, s. 1951-1965.
- Güngör D/Toroslu H, “Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, 2016, 65(4), AÜHFD, s. 1967-1980.
- Gürühan C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 2014, 26(111), TBBD, s. 133-162.
- İpek A. İ, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi 2010.
- İtişgen R, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, 2014, 5(16), TAAD, s. 373-404.
- Kale H, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi”, 2011, 6(60), THD, s. 45-47.
- Kapancı K. B, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, 2016, 7(1), İnÜHFD, s. 511-552.
- Kaplan M, “Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları”, 2015, 5(1), AkdHFD, s. 59-86.
- Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınevi 2016.
- Kartal A, “Hapis Cezasının Ertelenmesi ile Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Sonuçları Bakımından Karşılaştırılması”, 2016, 11(114), THD, s. 67-74.
- Kaya E, “İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2013, 3, AnkBD, s. 411-436.
- Kaymaz S, “Aleyhe Değiştirme Yasağı”, 2013, 19(2), MÜHF-HAD, (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 1397-1451.
- Kılıç A.Ş, “Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yoluna Teorik Bir Bakış”,

- 2019, 1(2), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, s. 107-130.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020.
- Kropp C, “Ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt noch zeitgemäß?”, 2004, ZRP, s. 241.
- Kumbasar E, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi 2012.
- Kühne H, Strafprozessrecht, 8. Baskı, C.F.Müller 2010.
- Meran N, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri”, 2008, 3(23), THD, s. 61-73.
- Münchener Kommentar zum StGB, 4. Baskı, C.H.Beck Yayınevi 2020 (MüKoStGB/Yazar).
- Olgun S, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2008, 3(22), THD, s. 63-69.
- Özbek V.Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019.
- Özbek V.Ö/Başbüyük İ, “Hükümün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine”, 2013, 8(21), CHD, s. 7-19.
- Özbek V.Ö/Meraklı S, “Karar İncelemesi: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, 2013, 19(2), MÜHF-HAD, (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 221-236.
- Özen M, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayınevi 2018.
- Öztürk B (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019.
- Parlar A, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, 2. Bası, Bilge Yayınevi 2015.

- Putzke H/Scheinfeld J, Strafprozessrecht, 3. Baskı, C.H.Beck Yayınevi 2011.
- Sarıgül A.T, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu”, 2016, 29(125), TBBD, s. 59-84.
- Sarıgül A.T, “Türk ve Alman Hukuku’nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2015, 118, TBBD, s. 125-162.
- Sencer S/Kurşun A. S, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Hukuk Davalarına Etkisi”, 2017, 12(129), THD, s. 33-49.
- Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2018.
- Strafgesetzbuch Kommentar Schönke/Schröder, 30. Baskı, C.H.Beck Yayınevi 2019 (S/S-Yazar).
- Şahin C, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), MÜHF-HAD, (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), s. 283-294.
- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku –II–, 7. Bası, Seçkin Yayınevi 2018.
- Şen E/Maviş M, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB), Seçkin Yayınevi 2014.
- Taner F.G, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınevi 2019.
- Taner F.G, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, 2011, 4, AnkBD, s. 287-298.
- Taşdemir K, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, (Yazarın kendi yayını) 2016.
- Temur T, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 2014, 88(5), THD, s. 140-159.
- Toroslu N/Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi 2020.
- Tulay M.E/Doğan Y, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü”, 2020, 10(2), AkdHFD, s. 349-376.
- Tulay M.E, “Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından

Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu”, 2016, 22(3), MÜHF-HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 2715-2736.

Turhan F, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Asil Yayınevi 2006.

Turhan F, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, 2006, X(3-4), EÜHFD, s. 27-54.

Uludaş İ, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun ve 6545 Sayılı Yasa ile Getirilen Değişikliğin Değerlendirilmesi”, 2014, 6(56), FHD, s. 15-19.

Ünal E, “Uzlaştırma ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, 2018, 17(1), İKÜHFD, s. 195-216.

Ünver Y/ Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Adalet Yayınevi 2020.

Yalçın C, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi 2021.

Yavuz H.A, Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler, Adalet Yayınevi 2019.

Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020.

Yenisey, F/Plagemann G, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, Beta Yayınevi 2015.

Yıldırım A, “Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi”, 2018, 11, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 435-480.

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayınevi 2019.

Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınevi 2019.

ALMAN HUKUKUNDA YAĞMA BENZERİ HİRSIZLIK SUÇU IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA HİRSIZLIK VE YAĞMA SUÇLARININ TAMAMLANMA VE SONA ERME ZAMANLARININ TESPİTİ

Ercan YAŞAR*

ÖZ

Bu çalışma ile öncelikle Alman Ceza Kanunu'nun 252. maddesinde düzenlenmiş olan yağma benzeri hırsızlık suçu ele alınacaktır. Akabinde 765 sayılı TCK'nın 495. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen ancak 5237 s. TCK'ya alınmamış olan yağma benzeri hırsızlık düzenlemesine kısaca yer verilip, ACK m. 252 ile 765. s. TCK m. 495/2 düzenlemelerinin barındırdığı kıstaslar çerçevesinde Türk hukukunda hırsızlık ve yağma suçlarının tamamlanma ve sona erme anları tespit edilecek ve yağma benzeri hırsızlık suçuna dönüşen fiillerin Türk hukukunda nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda görüş bildirilecektir. Suçun tamamlanması ve sona ermesi zamanlarının gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık bağlamında etkileri söz konusu olduğundan benzer olaylar üzerinden bu hususlara açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Hırsızlıktan yağmaya dönüşen fiil, Hırsızlık, Yağma, Yağma benzeri hırsızlık, Dolaylı yağma*

DETERMINATION OF THE COMPLETION AND TERMINATION OF THEFT AND ROBBERY UNDER TURKISH LAW IN THE LIGHT OF ROBBERY-LIKE THEFT UNDER GERMAN LAW

ABSTRACT

With this study, the crime of robbery-like theft, regulated in section 252 of the German Penal Code, will be discussed, and then, within the framework of the obtained criteria, the time of completion of the theft and robbery crimes in Turkish law will be determined. Hereinafter we will try to explain how the cases that are similar to the acts that are transformed from theft to robbery-like theft will be determined in current Turkish law. Since the completion and termination of the crime have effects in the context of voluntary abandonment and active remorse, these issues will be clarified through similar cases.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / Erzincan **e-posta:** ercanyasar279@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9076-6795>

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018791

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 06/04/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/09/2021

Keywords: *Theft using force or threats to retain possession of stolen property, Theft, Robbery, Robbery-like theft, Theft-like robbery*

GİRİŞ

Çalışma konumuz iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Alman hukukunda yer verilen yağma benzeri hırsızlık suçu bütün unsurlarıyla ele alınacaktır. İkinci bölümde ise bu bilgiler ışığında mülga 765. s. TCK'da yer alan yağma benzeri hırsızlık suçu ile karşılaştırmalı olarak Türk hukukundaki hırsızlık ve yağma suçlarının başlama, tamamlanma ve sona erme zamanları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede uygulama ve öğretideki görüşlerin tutarlılığına da yer verilmeye çalışılacaktır. Bilhassa hırsızlık ve yağma suçlarının temadi gösterdiği kabul edildiğinde gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık ayırımlarına yer verilecektir.

I. ALMAN HUKUKUNDA YAĞMA BENZERİ HIRSAZLIK SUÇU

A. Genel Olarak

Alman Ceza Kanunu'nun 252. maddesinde yer verilen ve düzenlendiği 15/05/1871 tarihinden bu yana hiç değiştirilmeyen¹ “räuberischer Diebstahl” suçunun Türkçeye çevrildiğinde “hırsızlıktan yağmaya dönüşen fiil”² olarak nitelendirildiği görülmektedir. Hırsızlıktan yağmaya dönüşen bir fiil söz konusu olursa yağma suçunun tipikliğinden bahsedileceğinden kanun koyucunun ayrı bir düzenleme yapmasına gerek kalmaz. Ancak Alman düzenlemesinde durumun bu şekilde algılanmadığı ve kanun koyucunun bu sebeple ayrı bir düzenlemeye yer verdiği görülmektedir. Madde başlığını bu şekilde çeviren müelliflerin madde metnini şu şekilde çevirdiği görülmektedir:

“Her kim, hırsızlık suçunu işlerken suçüstü rastlandığı sırada, çaldığı malı elinde bulundurmaya devam etmek için, insana karşı cebir kullanır veya onu vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederse, yağma

¹ Sander Günther, § 252 StGB, in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2017, § 252 Kn. 3.

² Bkz. Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, 2. B., Beta, 2015, Madde 252 çevirisi, s. 364.; Bu suçun “Yağma sayılan hırsızlık / Dolaylı hırsızlık” olarak çevrildiği de görülmektedir. Bkz. Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I., 4.B., Beta, 2017, s. 311.

*suçunun faili gibi cezalandırılır*³.

Madde çevirisine bakıldığında başlığın çevirisinden farklı olarak failin yağma suçunun faili gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir. O halde hırsızlıktan tam olarak yağmaya dönüşen bir fiil söz konusu değildir, ki yağma olarak değil de yağma gibi (ona benzetilerek onun yaptırımıyla) cezalandırılır, denmiştir. Madde başlığının Almancasından da (räuberischer Diebstahl) anlaşılacağı üzere bu maddede yağma benzeri hırsızlık suçu söz konusudur. Yağma benzeridir, çünkü yağma suçuna benzemekle birlikte tipik bir yağma suçu değildir.⁴ O sebeple kanun koyucu bu suçun failinin, fiilin içerdiği haksızlık eşdeğer olduğundan yağma suçunun faili gibi cezalandırılacağını belirtmiştir.⁵ Burada tipik fiilin bir kanun maddesinde, ilgili yaptırımın ise başka bir kanun maddesinde düzenlenmesi söz konusudur. Yaptırım konusunda atif yapmak suretiyle yağma suçuna ilişkin nitelikli hallerin de yeri geldiğinde bu suça uygulanacağı belirtilmek istenmiştir. Böylece bu suçu yaptırım ve nitelikli halleriyle yeniden düzenleme zahmetinden kaçınılmıştır.

Bağımsız bir suç olan yağma benzeri hırsızlık suçu⁶ oluştuğunda faile yağma suçunda yer verilen yaptırım aralığına göre bir ceza verilmektedir. Nitelikli hal söz konusu olduğunda da ceza buna göre artmaktadır. Anılan bu gerekçe ile ACK m. 252’de düzenlenen suçu “*Yağma Benzeri Hırsızlık Suçu*” olarak nitelendirmeyi tercih ettik.⁷ Alman öğretisinde de bu suçun “*Yağmaya Benzeyen Suçlar / Raubähnliche Delikte*” üst başlığı altında ve yağma ve hırsızlık suçlarından bağımsız şekilde ele alındığı görülmektedir.⁸

³ Bkz. Yenisey/Plagemann, Madde 252 çevirisi, s. 364.

⁴ Öğretide “raubähnliches Sonderdelikt/yağma benzeri özel suç” olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Volker Krey/ Uwe Hellmann/ Manfred Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Band II, 17. Auflage, Kohlhammer, 2015, s. 125.; Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 22. Auflage, Grundrisse des Rechts, C.H. Beck, 2020, § 10, Kn. 1, s. 182.

⁵ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 1.; Jörg Eisele, Strafrecht Besonderer Teil II, Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte, 5. Auflage, Studienreihe Rechtswissenschaften, Kohlhammer, 2019, § 13, Kn. 397, s. 137.

⁶ “Yağma benzeri hırsızlık suçu ACK m. 242’de yer verilen hırsızlık suçunun nitelikli bir hali olmayıp bağımsız bir suç tipidir.” Aynı yönde Eisele, § 13, Kn. 397, s. 137.; MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 1.; Nikolaus Bosch, in Schönke/Schröder/Bosch Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck, 2019, § 252 Kn. 1.

⁷ “Yağma benzeri hırsızlık suçu hırsızlık suçunun ganimetinin yağma suçunun araçları ile müdafaa edilmesinden ibarettir.” Bosch, § 252 Kn. 1.

⁸ Eisele, § 13, s. 136.; Böyle bir üst başlık vermemekle birlikte bağımsız bir suç olarak ele alan eser için bkz. Urs Kindhäuser / Martin Böse, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 10. Auflage, Nomos, 2019, § 16, Kn. 1, s. 163.

Bu suçun hırsızlıktan yağmaya dönüşen fiil olmadığı şu şekilde de açıklanabilir: Türk hukukunda da bilindiği üzere cebir veya tehdit suçları yağma suçunda araç suçları olarak nitelendirilmektedirler. Bu araç suçları amaç suçun gerçekleştirilmesine öncülük etmektedirler. Yani, suç yolu öncelikle araç suçlardan birinin gerçekleştirilmesini akabinde de amaç suçun gerçekleştirilmesini şart koşmaktadır. O halde önce amaç suçun sonra araç suçun gerçekleşmesi bileşik suç olarak algıladığımız yağma suçuna vücut vermeyecektir.⁹ Her ne kadar durumu formüle ettiğimizde cebir (C) veya tehdit (T) suçlarından biri artı hırsızlık suçu birleşiminden (toplamından) yağma (Y) suçu oluşur denilse de ve formül $C+H=Y$ yahut $T+H=Y$ olsa da burada yer değiştirmeye gidildiğinde Y sonucunu vermeyen bir formül söz konusudur. Yani, $C+H$ eşit değildir $H+C$ 'ye aynı şekilde $T+H$ eşit değildir $H+T$ 'ye ve o da Y'ye.

$$C+H = Y$$

$$T+H=Y$$

$$H+C \text{ eşit değildir } Y$$

$$H+T \text{ eşit değildir } Y$$

Hırsızlık ve cebir veya tehdidin birleşmesi şu yönden de yağma suçuna eşdeğer düşmemektedir. Yağma suçunda kullanılan cebir veya tehdit malı teslimine veya malın teslim alınmasına karşı konulmasını engellemeye (direncini kırmaya) yönelik iken, yağma benzeri hırsızlık suçunda kullanılan cebir veya tehdit elde edilmiş malın (zilyetliğinin / tam anlamıyla güvenceye alınmamış fiili hakimiyetinin) muhafazasına yöneliktir.¹⁰

Alman hukukunda yağma benzeri suçun tipikliğinin iki türlü oluşabileceği belirtilmektedir.¹¹ Buna göre yağma benzeri hırsızlık suçunun yukarıda belirtilen şeklin (tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık + elde edilmiş malın zilyetliğinin muhafazasına yönelik olarak üçüncü kişiye yöneltilen cebir veya tehdit) yanı sıra tamamlanmış ama sona ermemiş yağma + elde edilmiş malın zilyetliğinin muhafazasına yönelik olarak üçüncü kişiye yöneltilen cebir veya tehdit şeklinde de işlenmesi mümkündür.¹² Yağma

⁹ Kindhäuser/Böse yağma benzeri hırsızlık suçunu şu şekilde tanımlamaktadır: “Yağma benzeri hırsızlık suçu yağma suçunun elementlerinden oluşmakla birlikte bu elementlerin dizilişi yağma benzeri hırsızlık suçunda farklı bir sıralama içindedir”. Bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 1, s. 163.

¹⁰ Aynı yönde Eisele, § 13, Kn. 397, s. 137.; MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 1.

¹¹ Eisele, § 13, Kn. 401, s. 138.

¹² İlk suçun yağma olması halinde de bu suçun oluşabileceği görüşü için bkz. Eisele, § 13, Kn. 401, s. 138.; Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 2, s. 163.; Aynı yönde

benzeri hırsızlık suçunun tipikliğinin yağma suçunun tipikliğinden farklı olduğu ve bağımsız bir suç teşkil ettiği tipikliğin bu ikinci gerçekleşme şeklinden de anlaşılmalıdır. Çünkü uygulama ve öğretide genel kabul gören bu görüşe göre tamamlanmış yağma artı, yağmalanan malın muhafazası adına uygulanan cebir veya tehdit de yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğine vücut vermektedir.¹³ Kanuni tipte hırsızlık suçu vurgulandığı ve yağma suçuna yer verilmediği gerekçesiyle ikinci halde yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmadığını düşünmekteyiz.¹⁴ Ancak biz yine de uygulama ve öğretide genel kabul gördüğü için ve Türk hukuku boyutunda benzer durumlarda çözümün ne olduğunu tartışmak için çalışma konumuzu hırsızlık artı cebir veya tehdit kombinasyonlarıyla sınırlı tutmayacağız, yeri gelince kısaca yağma artı cebir veya tehdit kombinasyonlarına da örnekler bazında yer vereceğiz.

B. Korunan Hukuksal Değer/Yarar

Alman öğretiminde savunulan bir görüşe göre hırsızlık suçu ile korunan hukuksal değer/yararın yalnızca mülkiyet olduğu, bununla zilyetliğin korunmadığı belirtilmektedir.¹⁵ Bu görüş çerçevesinde suçun şikâyete tabi olması durumunda şikâyet hakkının yalnızca malikte olacağı ve hukuka

MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 5.; Bosch, § 252 Kn. 3.; Eric Hilgendorf/ Brian Valerius, Strafrecht Besonderer Teil II, C.H. Beck, 2017, s. 181.; Aynı yazarlar diğer malvarlığına karşı suçların tamamlanma ve sona erme sahalari arasında yağma benzeri hırsızlık suçunun mümkün olmayacağını savunmaktalar.

¹³ Uygulama ve öğretide genel kabul gören bu görüşün kanunilik ilkesi ve adil/orantılı cezalandırma ile örtüşmediği görüşündeyiz. Zira kanun metninde hırsızlık suçunu işlerken suçüstü fark edilen (rastlanan) kimsenin, hırsızlık konusu malı vermemek veya muhafaza etmek için cebir veya tehdide başvurusu yağmaya eşdeğer kabul edilip yağma gibi cezalandırılmak istenmektedir. Yağma suçunu işlerken suçüstü fark edilen failin yağma konusu malı elde tutmak yahut muhafaza etmek için cebir veya tehdide başvurusu ayrı bir tipiklik arz eder ve gerçek içtima (kesintisiz suç ve ani suç arasında gerçek içtima) kabul edilip son fiilin ayrıca cezalandırılması gerekir. Aksi durumda hırsızlık artı cebir veya tehdit fiilini gerçekleştiren fail ile haksızlık içeriği daha yoğun olan yağma artı cebir veya tehdit suçunu gerçekleştiren kişinin aynı cezayı alması söz konusu olacaktır ki bu da cezalandırmada (kusurla) orantılılık ilkesi ile örtüşmeyecektir.

¹⁴ Aksi görüşü savunanların önemsiz sayılmayacak bir argümanı ise şudur: Kanun koyucu, tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık suçunu yağma benzeri hırsızlık suçu için şart koşturmuştur. Yağma suçunu açtığımızda içinde cebir veya tehdit suçu artı tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık suçu bulunabilir, o halde hala tamamlanmış ama sona ermemiş bir hırsızlık mevcut, bu da bizi yağma suçunda da yağma benzeri hırsızlık suçunun ortaya çıkabileceği sonucuna götürmektedir. Yaptığımız kıyas değil, o halde kanunilik ilkesi ile de çelişmemektedir. Rengier, § 10, Kn. 4, s. 183.; BGH NJW 2002, 2043, 2044; BHGSt 21, 377, 379 vd.

¹⁵ Eisele, § 2, Kn. 8, s. 5.

uygunluk sebebi taşıyan rızanın da yalnızca malik tarafından verilebileceği belirtilmektedir.¹⁶ Daha geniş taraftarı olan bir diğer görüşe göre ise hırsızlık suçunda mülkiyetin yanı sıra fiili hakimiyet (Gewahrsam) de korunmaktadır; bu sebeple malikten bağımsız olarak fiili hakimiyet sahibi kimse de şikâyet dilekçesi verebilir.¹⁷

Yağma suçunda ise mülkiyet (ve fiili hakimiyet) hakkının yanı sıra özgürce irade oluşturma ve bu irade çerçevesinde hareket edebilme hürriyetinin korunduğu belirtilmektedir.¹⁸

Bu iki suçun birtakım özelliklerini taşıyan yağma benzeri hırsızlık suçunda ise mülkiyetin ve özgürce irade oluşturma korunduğu belirtilmektedir.¹⁹ Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (BGH) de belirttiği üzere, hırsızlık suçu korunan hukuksal değerleri teşebbüs sahasından suçun tamamlanması (bize göre sona erme) sahasına kadar korur iken yağma benzeri hırsızlık suçu koruduğu değerleri ön suçun/fiilin (Vortat) tamamlanma sahasından yine ön suçun sona erme sahasına kadar korumaktadır.²⁰

Korunan hukuksal değer üzerinden giderek yağma suçunun tamamlanmasından sonra fakat sona ermesinden önce malı muhafazaya (iade etmemeye) yönelik uygulanan cebir veya tehdit suçlarının yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermemesi gerektiğini gerekçelendirebiliriz. Bu gerekçe ile öğreti ve uygulamadaki baskın görüşün tutarlı olmadığını gerekçelendirmiş oluruz. Şöyle ki, hırsızlık suçuyla korunan hukuksal değerlerin suçun devamında eklenen ve korunması gereken (özgürce irade

¹⁶ Zilyetliği elinde bulunduran kimsenin (Besitzer) daha doğrusu konu üzerinde hakimiyeti elinde bulunduran kimsenin (Gewahrsaminhaber) göstermiş olduğu rıza hukuka uygunluk sebebi sayılmasa da fiilin hırsızlık suçu bağlamında tipik olmasını engellemektedir. Böylece kiracının elindeki malı birine vermesi durumunda hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Eisele, § 2, Kn. 8, s. 5.

¹⁷ “Gewahrsam hâkim olma arzusu doğrultusunda bir mala fiili hâkim olmaktır. Kişinin elinde veya üzerinde taşıdığı şeyler bu kapsamda olduğu gibi kişinin evinde, arabasında, gemisinde bulundurdukları da bu kapsamdadır. Bu sebeple fiili hakimiyet, özel hukuktaki zilyetlikle de eşanlamlı değildir. Bu yüzden zilyet olmayan zilyet yardımcısı da fiili hakimiyeti elinde bulundurabilir. Buna karşılık dolaylı zilyet ise fiili hakimiyeti olan kişi olmaz.” Yazarlar bu açıklamalarla, zilyet yardımcısının hırsızlık mağduru olabileceğini, dolaylı zilyedin ise olamayacağını vurgulamıştır. Bkz. Krey/Hellmann/Heinrich, s. 6 ve 7.; Aynı yönde Wolfgang Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil II, 3. Auflage, Springer, 2015, s. 4.

¹⁸ Eisele, § 10, Kn. 299, s. 103.

¹⁹ Eisele, § 13, Kn. 397, s. 137.

²⁰ Bkz. BGH 18/04/2002 – 3 StR 52/02.

oluşturma ve bu doğrultuda hareket etme) hukuksal değerini korumadığı gerekçesiyle yağma benzeri hırsızlık suçuna yer verme ihtiyacı duyan kanun koyucu, bileşik suça yer vermek suretiyle o ana kadar ihlal edilmemiş özgürce irade oluşturma ve oluşturulan irade doğrultusunda hareket etme değerini ihlallerden korumayı amaçlamıştır. Yağma suçunun varlığı halinde bu iki değeri zaten koruma altına almış olduğu gibi yağma suçu tamamlanana kadar zaten ihlal edilmiş bulunmaktadır (bu ihlal ilgili suç sona erene kadar devam etmektedir). Zaten ihlal edilmiş olan bir değeri ihlalden korumak için kanun koyucunun yağma benzeri hırsızlık suçuna yer verdiğini iddia etmek tutarlı olmayacaktır.²¹ Kaldı ki yağma suçunun tamamlanmasından sonra meydana gelen cebir ve tehdidi hırsızlık suçunun tamamlanması sonrasında gelen cebir ve tehditle eşdeğer haksızlıkta görmek mümkün değildir. Haksızlık içerikleri farklı olan suçlara bileşik suç demek suretiyle, ilgili fiilleri aynı yaptırıma tabi tutmak da orantılı/ölçülü olmayacaktır. Bu sebeple takip eden davranışın ayrı bir suç olarak nitelendirilmesi ve temadi gösteren suç ile ani gelişen suçlarda olduğu gibi gerçek içtima uygulamasına tabi tutulması daha yerinde olacaktır.

C. Suçun Maddi Unsurları

1. Fiil

Yağma benzeri hırsızlık suçu salt hareket suçudur, bunun için ayrıca bir neticenin veya zararın meydana gelmesine gerek yoktur.²²

Alman kanununda hırsızlık ve yağma suçlarının ne zaman tamamlandığı (Vollendung) ve ne zaman sona erdiği (Beendigung) yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliği için önem arz etmektedir. Zira yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğinden söz edebilmek için ilgili cebir veya tehdidin yalnızca bu suçların tamamlanma ve sona erme sahalarında gerçekleşmesi gerekmektedir. Alman hukukunda genel kabule göre bulunduğu yerden alma fiilinin tamamlanması (Ergreifen/tutma, Festhalten/sıkıca tutma, Einstecken in die Kleidung oder in eine mitgebrachte Tasche/cebe veya birlikte getirilen çantanın içine koyma) hırsızlık suçunun tamamlanması için yeterli olup ayrıca malın hakimiyet sahasına konulmasına gerek bulunmamaktadır.²³ Hakimiyet

²¹ Aynı yönde BGH 18/04/2002 – 3 StR 52/02.

²² Krey/Hellmann/Heinrich, s. 124.

²³ “Die Vollendung des Diebstahls setzt keinen gesicherten Gewahrsam/Herrschaft über die Sache voraus.” Bkz. BGH 27/02/1975 – 4 StR 310/74.; Aynı yönde Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 2, Kn. 119 vd, s. 64.; Rengier, § 2, Kn. 195, s. 54.

sahasına koyma suçun sona ermesi için şarttır.²⁴

Bu suçta tipik fiilden söz edebilmek için malın bulunduğu yerden alınmış olması ön şartının gerçekleşmiş olması gerekir. Daha doğrusu genel kabule göre tamamlanmış ama sona ermemiş bir hırsızlık (veya yağma) suçunun vücut bulmuş olması gerekir. Buna “geeignete Vortat / uygun ön suç/fiil” denilmektedir.²⁵ Bu ön fiil oluşmadan yağma benzeri hırsızlık suçunun tipik fiilinin gerçekleşmesinden söz edilemez. Dolayısıyla öncelikle tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık (veya yağma) suçunun tipik hareketi gerçekleşmelidir. Fail, malı (bulduğu yerden) almış olmakla (Wegnahme) birlikte, suç halen sona ermemiş olmalıdır. Daha doğrusu suçüstü hali devam ediyor olmalıdır. Bu suçüstü hali, muhakeme hukukundaki yahut meşru savunmadaki anlamından farklı olup, alma fiilinin (Wegnahmehandlung) yapılması/tamamlanması ile başlayıp failin suç konusu malı egemenlik alanına tamamen sokmasına kadar geçen zaman dilimini kapsamaktadır.²⁶ Başka bir deyişle yağma benzeri hırsızlık suçunda suçüstü hali hırsızlık (yahut yağma) suçunun tamamlanmasıyla başlayıp sona ermesine kadar devam eden zaman dilimini kapsamaktadır. Bu sebeple Vortat olarak nitelendirilen hırsızlık (yahut yağma) suçu ile zamansal ve mekânsal bağlantının devam ediyor olması şarttır.²⁷

Bu bakışla baktığımızda daha ön fiil olarak nitelendirilen tamamlanmış bir hırsızlık suçu söz konusu değilse yahut ön fiil olarak nitelendirilen tamamlanmış bir yağma suçu söz konusu değilse ve fail bir kimseye cebir veya tehdit uygularsa yağma benzeri hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Keza anılan bu suçlar sona ermişlerse ve fail bir kimseye cebir veya tehdit uygularsa yağma benzeri hırsızlık suçu yine oluşmayacaktır.²⁸

İlk halde baskın Alman uygulaması ve öğretisine göre teşebbüs aşamasındaki hırsızlık önce başlamış olsa da buna eklenen bir cebir veya

²⁴ Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 2, Kn. 120, s. 64.; Rengier, § 2, Kn. 195, s. 54.

²⁵ Eisele, § 13, Kn. 401, s. 138.

²⁶ “Burada kullanılan suçüstü hali kavramı ceza muhakemesinde kullanılan suçüstü hali kavramından ayrı bir anlama gelmektedir.” Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 10, s. 164.

²⁷ BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15; BGHSt 9, 255 (257).; Eisele, § 13, Kn. 402, s. 138.

²⁸ “Sıcak takibe alınan ancak bir süreliğine kaybedilen failin akabinde tesadüfen görülmesi halinde bu suç bağlamında suçüstü halinden söz edilemez, zira takip kesintiye uğramış ve hırsızlık suçu kesinti ile birlikte sona ermiştir.” Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 12.

tehdit söz konusu ise oluşan suç yağma suçu olacaktır; bize göre ise teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık ve takiben gerçekleşen tehdit veya cebir suçunun söz konusu olduğu kabul edilmelidir.²⁹ Kullanılan cebir veya tehdit sonrası malın bulunduğu yerden alımı da gerçekleşmişse tamamlanmış hırsızlık ve takiben gerçekleşen tehdit yahut cebir suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.³⁰ Örnek vermek gerekirse, fail çalmak için bir arabanın içine girer ve düz kontak yapmak suretiyle arabayı çalıştırır, vitesi sürüş moduna getirir ve tam harekete geçme aşamasında iken araç sahibine yakalanır (araç sahibi ile karşı karşıya gelir), bunun üzerine fiiline devam eden fail araç sahibine önümden çekilmezsen seni ezerim der, bu tehditten korkan araç sahibi kenara çekilir ve fail aracı sürerek oradan uzaklaşır. Bu örnek üzerinden gidersek, fiilin yağma suçunu oluşturmadığını söylememiz gerekir.³¹ Zira araç sahibine yönelen tehdit bir malın alımına müsaade edilmesine yönelik değil, baskın Alman uygulama ve öğretisine göre teşebbüs aşamasına geçmiş hırsızlık suçunun tamamlanmasına yöneliktir. Oysa yağma suçunda önce cebir veya tehdit uygulanır daha sonra mağdurun malı teslim etmesi veya malın alımına girişilmesine karşı koymaması sağlanır ve akabinde mal mağdurdan teslim alınır yahut fail tarafından bulunduğu yerden alınır. Suç yolu cebir veya tehditle başlayıp hırsızlığa teşebbüs ve hırsızlığın tamamlanması şeklinde ilerler ve nihayetinde yağma suçu gerçekleşir. Bu olayımızda ise fail hırsızlık suçuna teşebbüs etmiş akabinde tehdit/cebir fiiline başvurmuştur. Tehdit/cebir somut olayımızda hırsızlık suçuna başlanması için değil teşebbüs aşamasındaki hırsızlık suçunun tamamlanabilmesi için yönelmektedir. Bu sonuca ulaşmak mağdurun tespiti yönünden de doğru olacaktır. Yukarıdaki kurguda araç sahibi değil de olayı gören herhangi biri failin karşısına çıksaydı ve fail ilgili tehdit

²⁹ “Yağma suçunda başvuru olan cebir suçunun işlevi malı almak olduğuna göre, cebir ile malı almak arasında zorunlu bir zamansal sıralama vardır. Cebir alma fiilinden önce veya onunla eş zamanlı olmalıdır. Alma fiilini takip eden bir cebir yağma suçunun tipikliğini oluşturmayacaktır.” Mitsch, s. 510 ve 512.

³⁰ Baskın görüşe göre hırsızlık suçu, zorlama aracının (cebir veya tehdidin) devreye girdiği esnada daha tamamlanmamışsa yağma suçunun oluşacağını, tamamlanmışsa yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşacağını belirtmektedir. Burada bize göre elementlerin sırası yine değişmiş olduğundan yağma suçunun oluştuğunu söylemek güçtür. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 1, s. 163.; Rengier, § 10, Kn. 5, s. 183.; Hans Kudlich/ Derya Aksoy, “Eins, zwei oder drei? Zum Verhältnis von Raub, räuberischem Diebstahl und räuberischer Erpressung in der Fallbearbeitung”, 2014, JA, s. (81), 85.

³¹ Genel kabul gören aksi görüşe göre Alman hukukundaki yağma suçunda cebir aracılığıyla (durch Nötigungsmittel) kavramı değil cebrin uygulanmasıyla kavramı kullanılmıştır bu da cebir ile alma arasında öncelik ve sonralık ilişkisini önemsiz kılmaktadır. Bkz. Kudlich/Aksoy, s. 83.

fiilini bu üçüncü kişiye yöneltseydi, mağdurlar farklılaşacağı için muhtemelen birçok kimse burada bağımsız hırsızlık ve tehdit suçlarının varlığını kabul ederdi.³² Zira malı etkilenenin iradesine bir baskı yokken, iradesine baskı verilenin malına yönelik bir saldırı yoktur.

İkinci halde bize göre sona ermiş bir hırsızlık yahut yağmanın yanı sıra, bu suçun mağduruna yönelmiş yeni bir tehdit veya cebir söz konusudur. Misal yukarıdaki örnekte fail aracı düz kontak yapıp götürmüş ve kendi hakimiyet alanına sokmuş, aradan zaman geçtikten sonra araç sahibi failin yanına gelmiş ve aracını geri istemiştir. Ancak fail aracı araç sahibine vermemek için araç sahibine cebir veya tehdit kullanmıştır. Burada suçüstü hali söz konusu olmadığından ve ilk suç sona erdiğinden yağma benzeri hırsızlık suçundan söz edilemez. Burada da bize göre fail tamamlanmış hırsızlık (veya yağma) suçundan ve daha sonra gerçekleştirdiği tehdit yahut cebir suçundan sorumlu olmalıdır. Nitekim Alman uygulama ve öğretisinde de bu konuda fikir birliği mevcuttur.

Kanuni tipte yer verilen “suçüstü halinde fark edilme / auf frischer Tat betroffen” kavramının nasıl anlaşılması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Kavram şu iki sorunun farklı cevaplandırılması çerçevesinde tartışmalı kabul edilmektedir: faile rastlama, faili herhangi bir duyu ile fark etmek midir yoksa kişi faili fark etmese bile failin kişiyi fark etmesi yeterli midir? Fark edenin faili fark etmesi yeterli midir yoksa onun ön suçu işlediğini de fark etmesi gerekli midir?

Yargı kararına konu olan bir olayda hırsızlık için bir eve girmiş olan fail (ç)almak istediği tüm eşyaları sırt çantasına koyup evden çıkmak üzere kapıya yönelmişken kapının açılmaya çalışıldığını görür hemen kapının arkasına saklanır, içeri giren ev sahibi daha faili ve evde bir hırsızlık olduğunu fark etmeden fail sırtı dönük ev sahibinin kafasına sert bir cisim ile vurur ve kadını etkisiz hale getirip (bayıltıp) olay yerinden uzaklaşır.³³ Öğretide ve uygulamada uzun bir süre baskın olan ancak şu anda baskın olmamasına rağmen öğretide çok sayıda yazarca savunulan görüşe göre failin birini fark etmesi ve etkisiz hale getirmesi yetmez, aksine failin bir başkası tarafından fark edilmesi (rastlanması) gerekir.³⁴ Aksi durumda yağma benzeri hırsızlık

³² Bu yönde yargı kararı için bkz. Bkz. s. 12 BGH 18/04/2002 – 3 StR 52/02.

³³ BGH 27/02/1975 – 4 StR 310/74.

³⁴ BGH 27/02/1975 – 4 StR 310/74; BGHSt 9, 255 (257); Öğretide bu görüşte olan yazarlar için bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 5 vd, s. 164.; MüKoStGB/Sander, §

suçundan söz etmek mümkün değildir. Konuyu ele alan 4. Ceza Dairesi ise —öğreti ve uygulamada baskın olan görüş doğrultusunda— failin fark edilmeden hemen önce bir insanı etkisiz hale getirmesi (cebir veya tehdit uygulaması) ile fark edilmesinden hemen sonra birini etkisiz hale getirmesi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır; önemli olan fail ile faili fark edecek kişinin zamansal ve mekânsal anlamda birbirine yakın olmasıdır. Bu sebeple kanun koyucunun bu iki kurguda da aynı cezaya hükmetmemesi için sebep yoktur. Bu da her iki halde de yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğunu kabul etmeyi gerektirir.³⁵ Bize göre haksızlık içerikleri eşdeğer olabilir. Ancak ceza dairesinin ilgili değerlendirmesi kanun koyucunun amacına ve orantılı ceza belirleme ilkesine uygun olsa da kanunilik ilkesine ve lafza göre yorum ilkesine ters düşmektedir.³⁶ Bu halde failin hırsızlık suçundan ve ayrıca akabinde meydana gelen suçtan cezalandırılması gerekmektedir.³⁷

Suçüstü halinde fark edilme (karşılaşma/rastlama) durumundan söz edebilmek için kişinin, failin suç işlediğini anlamasına gerek yoktur. Fail ile karşılaşmaları/rastlaşmaları yeterlidir.³⁸ Bize göre bu rastlaşma kanun metninde de belirtildiği üzere üçüncü kişinin faili fark etmesiyle tipik olacaktır. Failin kişiyi fark etmesi ve cebir uygulayıp kişiyi etkisizleştirmesi ve olay yerinden uzaklaşması, savunduğumuz ve azınlıkta da olsa çok sayıda kişi tarafından savunulan görüşe göre yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermeyecektir.³⁹

Bir başka karara konu olayda hırsızlık yapmak için sabaha doğru bankaya giren kişiler polis tarafından fark ediliyor (hırsızlık teşebbüs aşamasında) ve

252 Kn. 11.; Aynı yönde “bu okuma kanunun konuluş amacına/ratio legis’e uygun olsa da lafzına uygun değildir.” Krey/Hellmann/Heinrich, s. 126.; Michael Heghmanns, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, Springer, 2009, s. 329.

³⁵ Yargı kararlarında istikrar gösteren örnekler için bkz. BGH 27/02/1975 – 4 StR 310/74.; BGHSt 26, 95 (96); 28, 224 (117 vd.); BGH NStZ 2015, 700 (701).; Öğretide bu yönde görüşler için bkz. Petra Wittig, Beck Online Kommentar StGB, 49. Auflage, C.H. Beck, 2021, StGB § 252 Kn. 8a.

³⁶ Bu yorumun Alman Anayasası’nın 103. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirtmekle birlikte bu halde suçun kapsamının aşırı genişleyeceği ve bu sebeple bu yorumun tasvip edilmemesi gerektiği görüşü için bkz. MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 10 vd.; İhlal ettiğini savunan görüş için bkz. Rengier, § 10, Kn. 8 vd., s. 185.

³⁷ Aynı yönde Heghmanns, s. 329.

³⁸ Bu konuda fikir birliği bulunmaktadır. Bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 8, s. 164.

³⁹ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 11. Görüşler için ayrıca yukarıdaki açıklamalarımıza bakınız.

etrafları sarılıyor ancak bunlar bir miktar parayı alıp araçlarıyla olay yerinden uzaklaşmaya başlıyorlar, polis güçleri de bu kimseleri takibe geçiyor ve en nihayetinde önlerini kesip durmalarını sağlıyor (olay yerinden 35 km uzakta), polis memurları inip araca yaklaşmaya başladıklarında failer aracı polislerden birinin üzerine sürüp onu yaralayıp olay yerinden uzaklaşıyorlar. Aradan birkaç saat geçtikten sonra yakalanıyorlar.⁴⁰ Yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğinden söz edebilmek için hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ama sona ermesinden önce failin fark edilmesi gerekmekte ve fark edilen failin bu aşamadan sonra cebir veya tehdide elde ettiği malı güvence altına almak (iade etmemek/mutlak hakimiyetine geçirmek) için başvurması gerekmektedir. Somut olayımızda “fark edilme” hırsızlık suçu teşebbüs aşamasındayken başlamış ancak müdahale ve failin cebire veya tehdide başvurması ise hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra yapılmıştır. Bu durum ise suçüstü haline kavramsal olarak uysa da suçun gerçekleşme zaman çizelgesine görünüşte uymamaktadır. İlgili ceza dairesi bu durumda da yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.⁴¹ Süreci faile göre belirlememiz gerektiğinden ve failin cebir veya tehdide başvurması bu suça vücut vereceğinden, hırsızlık suçunun cebre yahut tehdide başvuru esnasında tamamlanıp tamamlanmadığı esas alınmalıdır.⁴² Yukarıdaki olayda cebre başvuru esnasında hırsızlık suçu tamamlanmış olduğundan yağma benzeri hırsızlıktan söz etmek gerekir.⁴³ Zira failin fark edilmesi tek başına yağma benzeri suçun teşebbüs sahasından söz etmek için yeterli olmayacaktır. Fark edilme bir kıstas ancak, esas olan failin cebir veya tehdit fiiline başvurduğu zamandır. Bu cebre veya tehdide başvurma zamanında ön suçun tamamlanmış olup olmadığı yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşumunda belirleyici olmaktadır.

Yağma benzeri hırsızlıktan söz edebilmek için hırsızlık suçunun tamamlanması ancak sona ermemiş olması gerekir. Fail tamamlamış olduğu hırsızlık suçuna konu malın mutlak fiili hakimiyetine sahip olmak için cebir veya tehdide başvurmalıdır. Misal ayakkabı dükkanına girip yırtık ayakkabılarını çıkaran fail, ayağına güzel bir çift ayakkabı giydikten sonra

⁴⁰ BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15.

⁴¹ BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15; Aynı yönde Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, 10. A., § 16, Kn. 1, s. 163.

⁴² Aynı yönde Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 9, s. 164.; MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 6.

⁴³ Aynı yönde Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 1, s. 163.

ödeme yapmadan çıkmak için kapıya yönelir ancak onu durdurmak isteyen dükkân sahibi ile karşı karşıya kalır, ayakkabıları iade etmemek için dükkân sahibini hızlıca kenara iterek olay yerinden ayrılırsa,⁴⁴ Alman uygulama ve öğretisine göre hırsızlık suçu ayakkabıyı giymekle tamamlandığından ve halen sona ermemiş olduğundan failin kendisini durduran hak sahibine cebir uygulaması yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut verecektir. Bize göre de bu görüş yerindedir.

Hırsızlık suçu sona erdikten sonra kişinin fark edilmesi yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşumunu sağlamaz. Bu durumda suçüstü halinde fark edilme kısmı gerçekleşmemiş olduğundan,⁴⁵ yağma benzeri hırsızlık suçundan söz edilemez.

2. Konusu

Yağma benzeri hırsızlık suçunun konusunun ne olduğu Alman uygulamasında hırsızlık suçuna göre belirlenir. Buna göre tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık suçunun konusunu teşkil eden mal yağma benzeri hırsızlık suçunun da konusunu oluşturmaktadır. Uygulama ve öğretinin hemfikir olduğu bu kısma biz de katılmaktayız. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere Alman öğretisinde baskın görüş ve uygulamada genel kabul gören görüşe göre bu suçun konusunu tamamlanmış ama sona ermemiş yağma suçunun konusunu oluşturan mal da oluşturabilmektedir. Yukarıda gerekçesi açıklandığı üzere bu görüş ve uygulamaya katılmamaktayız. Bize göre bu ikinci halde faile yağma suçundan ve akabinde gerçekleştirdiği cebir veya tehdit suçundan ayrı ayrı ceza verilmelidir. Ancak bu halde de yağma benzeri hırsızlık suçunun olduğu kabul edilirse, ilgili suçun konusu değişmeyecektir. Zira yağma suçunun konusu ile hırsızlık suçunun konuları aynıdır. Yağma suçunda bu konuya iradesi baskıya maruz kalan kimse de eklenmiş bulunmaktadır. Zira bu kimse hem mağdur hem de üzerinde suç işlenen kimse yani suçun konusunu oluşturan süjüdür.

⁴⁴ Örnek için bkz. BGH NStZ 1984, 454 ve Heghmanns, s. 330.

⁴⁵ Karara konu bir olayda tren içinde yolculuk yapan fail, girdiği vagonun üç beş kişinin eşyalarını çalıyor. Diğer vagona geçiyor. Oradan da bir sonraki yataklı vagon bölmesine geçince bilet kontrol görevlisi daha önce hırsızlık yaptığını bildiği bu kişinin biletini kontrol etmek için yanına yaklaşıyor. Fail de bunun üzerine acil fren düğmesine basıyor ve bilet görevlisine bıçak doğrultup oradan kapıyı açıp kaçıyor. İlgili ceza dairesi bu halde suçüstü hali söz konusu olmadığından yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmadığına karar vermiştir. Bkz. BGH 22/11/2012 – 1 StR 378/12.

3. Fail

Bu suçta faillik durumu özellik arz etmez. Herkes bu suçun faili olabilir. Ancak konu aşağıda yer verilen sorulara verilen cevaplar açısından tartışmalıdır. Bu tartışmalar daha çok suçun birden çok kişi tarafından işlendiği hallerde ortaya çıkmaktadır. Müşterek failliğin söz konusu olduğu hallerde, iş bölümü gereği malı (suçun konusunu) elinde bulunduran failin, eldeki malı iade etmemek / muhafaza etmek için (zur Beutesicherung) cebir veya tehdit suçlarına başvurması halinde bu suçun oluşacağı tartışmasız kabul edilmektedir. Tartışmalı olan, malı elinde bulundurmeyen müşterek failin cebir veya tehdide yine malın muhafazası (iadesini önlemek) için üçüncü kişiye karşı başvurması halinde bu suçun oluşup oluşmayacağıdır. Aynı şekilde ilk suçta şerik olanın takiben işlenen yağma benzeri suçun faili olup olamayacağı kısmı da tartışmalıdır. Bu bağlamda akla gelebilecek bir diğer husus da ilk suça (Vortat) hiç katılmamış kimsenin, akabinde başlayan yağma benzeri suçun faili olup olamayacağıdır.⁴⁶ Müşterek failliğin söz konusu olduğu hallerde suçun oluşacağı baskın olarak kabul edilen görüştür.⁴⁷ Vortat olarak nitelendirilen ilk suça şerik olarak katılan kimsenin bu suçun faili olup olmayacağı tartışmalı olmakla birlikte, bu kişilerin yağma benzeri hırsızlık suçunun faili olamayacağı görüşü baskındır.⁴⁸ Bize göre de bu görüşler yerindedir.

Keza ilk fiile hiç katılmamış birinin yağma benzeri hırsızlık suçunun faili olmayacağı genel kabul görmektedir.⁴⁹ Ancak temadi gösteren ve tamamlanmış ama sona ermemiş suça iştirak mümkün olduğundan, tamamlanma sonrası suça katılan kimsenin akabinde elde edilmiş malı muhafaza için ilk faille birlikte hareket etmesi ve cebir veya tehdide başvurması halinde yağma benzeri hırsızlık suçunun failine dönüşmesi mümkün gözükmektedir.⁵⁰

⁴⁶ Dehne-Niemann, Jan, "Räuberischer Diebstahl eines nicht beutebesitzenden Vortatmittäters?", 2015, NStZ, s. 254 vd.

⁴⁷ Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 17.; Rengier, § 10, Kn. 19, s. 188.

⁴⁸ Bosch, § 252 Kn. 9 vd.; Tartışma için bkz. Dehne-Niemann, s. 254 vd.

⁴⁹ Bosch, § 252 Kn. 11.

⁵⁰ Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda hırsızlık suçunun tamamlanması ve sona etmesi arasında geniş bir zaman aralığının mümkün olması genel kabul görmesine rağmen bu hırsızlık suçunun temadi gösteren bir suç olduğu hiç vurgulanmamıştır. "Tamamlanma ve sona erme sahaları arasında fark bulunmaktadır: eşya üzerinde hakimiyet el değiştirdiği anda bulunduğu yerden alma gerçekleşmiş ve bununla suç tamamlanmıştır. Ancak eşya üzerindeki hakimiyeti elinden alınan kişi (mağdur) doğrudan müdahale suretiyle malını geri alma hakkına halen sahiptir (BGB m. 859/2). Mağdurun doğrudan müdahale edip malını

4. Mağdur

Hırsızlık suçunun mağdurunun malik veya mal üzerinde fiili hakimiyeti olan kimsenin olabileceğini (olması gerektiğini) korunan hukuksal değere/yarar ilişkin bölümde belirtmiştik. Faili tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık esnasında fark eden (onunla karşılaşan) ve bu sebeple fail tarafından cebir veya tehdit edilen kimse yağma benzeri hırsızlık suçunun da mağduru olacaktır. Bu durumda malik yalnızca bu yeni bileşik suçun mağduru olarak kabul edilir. Ancak mülkiyete karşı suçlar içinde değerlendirilmesine rağmen suçüstü fark edilmenin yalnızca malik yahut o esnada zilyet olan kişice mi yapılması gerektiği yoksa başkalarının da bu fark etmeyi yapabileceği ve fail tarafından tehdit veya cebre maruz kalabileceği açık değildir. Aslında açıktır. Madde metni malik dışında üçüncü kişilerin de fark etmeyi gerçekleştirebileceğini ve bu çerçevede cebre yahut tehdide maruz kaldıklarında failin yağma benzeri hırsızlıktan cezalandırılacağını yorumlamaya müsaittir.⁵¹ Ancak buna rağmen durum tartışmalıdır.

Somut olayda mal varlığı (mülkiyet üzerindeki hakkı ihlal edilen) zarar gören kimse malik iken, tamamlanan ancak sona ermeyen bu hırsızlık suçunda faili gören ve bu sebeple fail tarafından cebir yahut tehdit fiiline maruz kalanın üçüncü kişi olması durumunda sorunun nasıl çözümleneceği tartışmalıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında bu hallerde iki ayrı fiilden söz etmek gerektiği ve yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmadığı belirtilmektedir.⁵² Zira ilk fiilde mülkiyet hakkı zedelenen kişi ile ikinci fiilde özgürce irade oluşturma ve iradesi çerçevesinde davranma hukuksal değerleri ihlal edilen kişi farklı kişilerdir. İlkinin irade oluşturma ve bu çerçevede hareket etme hürriyeti engellenmediği gibi ikincisinin de mülkiyet hakkına yönelik bir saldırı söz konusu değildir. Hatta ikincisi (ilk kişinin) mülkiyet hakkına yönelmiş saldırı tamamlanıp suç tamamlandıktan sonra olaya dahil olmaktadır. O halde her biri kendine yönelmiş suçun mağdurunu oluşturmaktadırlar.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında⁵³ ve öğretide

geri alma imkânı olduğu sürece, failin malı güvenceye (mutlak fiili hakimiyete) aldığı söylenemez. Mal, mağdur tarafından alınmaya çalışılmayacak duruma geldiğinde (...) (BGB m. 858/1), alma sona erer." Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 2, Kn. 120, s. 64

⁵¹ "Faili fark eden herhangi bir üçüncü kişi olabilir" Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 9.

⁵² Bkz. s. 12 BGH 18/04/2002 – 3 StR 52/02.

⁵³ "Bir banka soygunu gerçekleştirilmekte, polis tarafından takip edilen failer, elde ettikleri hırsızlık malını muhafaza etmek için polise karşı cebir ve tehdit kullanıp olay yerinden

savunulan diğer bir görüşe göre karşılaşan/rastlayan kişi ile ön fiilin mağduru farklı kişiler olsa da yağma benzeri hırsızlık suçu oluşacaktır.⁵⁴ Madde metninin lafzı bu şekilde okumaya müsaittir. Ancak burada yeni bir suça (bileşik suça) dönüşen yağma benzeri hırsızlık suçunun mağdurunun kim olacağı konusu açık değildir. Bazı Alman mahkeme kararlarında bu kişinin görgü tanığı gibi nitelendirildiği görülmektedir.⁵⁵ Öğretide savunulan bir görüşe göre, ilk suçun mağduru ile kullanılan cebir veya tehdidin mağduru farklı kişilerden oluşuyorsa, fail hem malik olana karşı işlemiş olduğu yağma benzeri hırsızlık suçundan ceza alır hem de üçüncü kişiye karşı işlemiş olduğu cebir veya tehdit suçundan ceza alır; bu durumda cebir veya tehdide maruz kalan üçüncü kişi işlenen cebir veya tehdit suçunun mağduru olur.⁵⁶ Bize göre bu durum kişinin bir fiilden bir kez cezalandırılabileceğini belirten *ne bis in idem* ilkesi ile örtüşmemektedir ve bu sebeple kabul edilmemelidir. Bu halde tehdit yahut cebir fiili hem yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermekte hem de üçüncü kişiye karşı bağımsız cebir yahut tehdit suçuna vücut vermektedir. Bize göre bu durumda bir içtima değerlendirilmesi yapılması ve en nihayetinde faile yalnızca ağır olan suçtan ceza verilmesi gerekmektedir. Bir başka görüşe göre üçüncü kişiler de bu suçun mağduru olurlar.⁵⁷

Bize göre üçüncü kişiye uygulanan cebir veya tehditle meydana gelen yağma benzeri hırsızlık suçunun mağduru yalnızca suç konusu malın maliki (yahut fiili hâkimi) olan kimsedir. Zira kanun koyucu suç tipinde failin yağma benzeri hırsızlıktan cezalandırılabilmesi için, hırsızlık suçunu tamamladıktan sona ama sona ermeden önce, ilgili malı muhafaza etmek için herhangi bir kimseye cebir veya tehdit uygulamasını yeterli bulmuştur. Bu durum suçun tipikliğinin tespitinde ve failin alacağı cezanın tespitinde belirleyici olsa da mağdurun tespitinde belirleyici değildir. Zira suç malvarlığına karşı işlenen

uzaklaşmaktalar. Mahkeme yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğuna kanaat getirmiştir.” BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15.; “Girdiği dükkândan bir şeyler alıp çıktığı esnada olayı fark eden biri tarafından durdurulmaya çalışılan fail, eldeki mallarını vermemek için cebir kullanmak suretiyle kendini bu adamdan kurtarmış ve olay yerinden uzaklaşmıştır. Mahkeme bu halde yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.” BGH 28/02/1967 – 5 StR 17/67.

⁵⁴ “Rastlayan kişi mal üzerinde hakimiyeti olan kimse olabileceği gibi herhangi bir üçüncü kişi de olabilir.” Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 9, s. 164.; Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 9.

⁵⁵ Bkz. BGH 04/08/2015 – 3 StR 112/15.;

⁵⁶ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 20.

⁵⁷ “Yağma benzeri hırsızlık suçunun mağdurları, malı çalınanın kendisi, dükkan muhafızları, güvenlik personelleri yahut yardıma hazır üçüncü kişilerdir.” Hilgendorf/Valerius, s. 180.

suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Burada öncelikli koruma malvarlığına yöneliktir. Özgürce irade oluşturma ikincil olarak, bu malla bağlantılı olarak korunmaktadır. Faili fark eden ve bu sebeple failden malı bırakmasını isteyen ve bu gerekçe ile failin cebirine veya tehdidine maruz kalan üçüncü kişi ise yağma benzeri hırsızlık suçunda suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir. Ancak bu durum kendisine karşı işlenen cebir yahut tehdit suçunun varlığını inkâr etmemizi gerektirmez. Bu halde hem malın malikinin mağdur olduğu (üçüncü kişinin ise suçtan zarar gören olduğu) bir yağma benzeri hırsızlık suçu ortaya çıkmış⁵⁸ hem de üçüncü kişiye karşı işlenmiş olan münferit bir cebir veya tehdit suçu ortaya çıkmıştır ve bu suçlar içtima çerçevesinde yarışan suçlar olarak kabul edilmeli ve faile yalnızca ağır olan suçtan ceza verilmelidir (böylece ne bis in idem ilkesine aykırılık da giderilmiş olur). Zira cebir yahut tehdit fiili bir yandan yağma benzeri hırsızlığa vücut vermişken diğer yandan münferit cebir yahut tehdit suçuna vücut vermiştir. Bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumu söz konusu ise farklı neviden fikri içtima yoluyla çözümlenmesi gerekmektedir.⁵⁹ Mevcut Alman yağma benzeri hırsızlık düzenlemesi çerçevesinde yapmış olduğumuz bu yorum, olması gereken hukuk anlamında doğru bir yorum değildir. Kanaatimizce suç tipinin üçüncü kişilere karşı başvurulmuş cebir veya tehdit halini kapsamaması sorunludur. Zira malvarlığına yönelik saldırıya maruz kalan ile iradesi baskıya maruz kalan ayrı kişilerse, suçun mağdurunun tespiti sorunlu hale gelmektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemesini, üçüncü kişileri kapsamayacak şekilde sınırlandırması kanaatimizde daha yerinde olacaktır.⁶⁰

Yağma benzeri suçun mağduru olmak için, malik olmak (veya fiili hakimiyet sahibi olmak) gerektiğini belirtmekle birlikte, üçüncü kişilere karşı yönelen eldeki suç konusunu korumaya yönelik cebir veya tehdidin uygulanması halinde de yağma benzeri hırsızlık suçunun (mağdur yine de malik yahut fiili hakimiyeti olan kimsedir) oluşabileceğini kabul etmiştik. Ancak bu kişilerin mağdur değil suçtan zarar gören olabileceklerini belirtmiştik. Üçüncü kişiye yönelmiş cebir veya tehdit olmasına rağmen, yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmayacağı kabul edildiği haller de mevcuttur. Bu durum daha çok

⁵⁸ Yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliği bu yoruma müsaittir.

⁵⁹ A'ya ait cam vitrininin arkasındaki düşmanı B'ye ateş edip onu öldüren F olay kurgusunda A nasıl B'ye karşı işlenen öldürme suçunun mağduru addedilmiyorsa, yukarıda anılan hallerde de bu suçların mağduru kabul edilmemelidir.

⁶⁰ Aksi durumda bu suç tipinin topluma karşı suçlar kapsamına taşınması ve mağdurunun da toplumu oluşturan tüm bireyler olarak belirlenmesi daha yerinde olur. Nihai kanaatimiz düzenlemenin bulunduğu yerde kalması ancak kapsamının daraltılması şeklindedir.

faildeki manevi unsur çerçevesinde değerlendirilmekte ve buna göre yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşup oluşmadığı netleşmektedir. Örneğin M'ye ait eşyayı kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan F (genel kabule göre suç tamamlandı), malı daha kendi hakimiyet sahasına koymamışken onu gören T, F'den çaldığı malı kendisine vermesini isterse (T'nin niyeti malı alıp malike iade etmek değil, bundan kendisine veya başkasına yarar sağlamak) ve F bu kişiye karşı (T'ye karşı) cebir veya tehdit araçlarına başvurursa, F'nin suçu hırsızlıktan yağma benzeri hırsızlık suçuna dönüşmeyecektir. Zira F'nin kastı malın hak sahibine bırakılmasını talep eden birinin direncini kırıp malı teslim etmemeye yönelik değildir. Aksine malı kendisi için isteyen yeni faile (Nebentäter) karşı elde ettiği malı korumak istemektedir. Aynı durum malı elinde bulunduran failin maldan pay almak isteyen müşterek faille karşı elindeki malın zilyetliğini/hakimiyetini korumak için cebir veya tehdide başvurması halinde de geçerlidir.⁶¹ Oysa bu halde de maddi unsurlar açısından ve manevi unsurlar açısından tipik bir davranış söz konusudur. Karşı taraftaki kişinin iradesine (malı F'den hangi maksatla istediğine) bir değer bağlamak fail odaklı oluşturulan suç teorisi mantığına aykırıdır. Bu suçta manevi unsur aşağıda da yer verdiğimiz üzere fail odaklı belirlenir ve fail bilerek ve isteyerek malı muhafaza için karşısındakine cebir veya tehdit uygular.

5. Nitelikli Haller

Kanun koyucu yağma benzeri hırsızlık suçunun işlenmesi halinde failin yağma suçunun faili gibi cezalandırılmasını düzenleme altına almış olduğundan yağma benzeri hırsızlık suçunda yağma suçunun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde (ACK m. 250, 251) faile bu nitelikli haller de uygulanacaktır.⁶² Misal tamamlanmış fakat daha sona ermemiş hırsızlık esnasında tehdit fiili gerçekleştirilirken failin yahut şeriklerden birinin silah taşınması söz konusu ise ACK m. 250/1, 1-a bendine göre hükmedilecek cezanın alt sınırı 3 yıldan aşağı olamayacaktır.⁶³

⁶¹ Örnekler ve aynı yönde sonuç için bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 14, s. 166.

⁶² Eisele, § 13, Kn. 397, s. 137.

⁶³ Aynı şekilde hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin tamamlanmasından sonra da sona erme aşamasına kadar zorlama araçlarının kullanımı halinde yağma benzeri hırsızlık suçu oluşacağından, anılan bu hususların da cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması mümkündür. Bkz. Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 2, s. 163.

D. Suçun Manevi Unsurları

Suç kasten işlenebilmektedir. Ön olay/fiil (Vortat) olarak nitelendirilen hırsızlık ve yağma suçları manevi unsur açısından da yağma benzeri hırsızlık suçundan ayrılmaktadırlar. Hırsızlık suçundan fail bir malı kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alırken, yağma benzeri hırsızlık suçunda fail tamamlanmış hırsızlık sayesinde elde etmiş olduğu malı/ganimeti (Gute/Beute) muhafaza etmeyi amaçlamakta ve bu amaçla cebir veya tehdit fiiline yön vermektedir. Yağma suçunda fail daha bir mal elde etmemişken cebir veya tehdit fiiline başvurmakta ve bunu mağduru bir şeyi teslim zorlamak yahut bir şeyi almasına engel olmasını önlemek için uygulamaktadır. Yağma benzeri hırsızlıkta maksat ön fiil esnasında (hırsızlık yahut yağma sonucu) elde edilmiş malı iade etmemek, kendinde tutmak için hareketine (cebir veya tehdit fiillerine) yön vermektedir.⁶⁴

Failin hırsızlık suçunu tamamladığı ama suçun daha sona ermediği aşamada fark edilmesi ve failin cebir veya tehdide başvurması gereklidir ancak yeterli değildir. Zira fail bu fark edilme halinde elde ettiği (böylece fiili hakimiyetine koyduğu ama üzerinde tam hakimiyet kurmadığı) malı bıraktıktan sonra kaçışına izin verilsin diye cebir veya tehdit fiiline başvurursa, yağma benzeri hırsızlık suçu oluşmayacaktır.⁶⁵

E. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Suç, hukuka aykırılık bakımından özellik arz etmemektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin ortaya çıkması mümkündür.

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme, Etkin Pişmanlık ve İştirak İlişkisi

Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak kasten işlenen tüm suçların teşebbüs sahasında kalan kısımları cezaya layık kabul edilmediğinden, öncelikle yağma benzeri hırsızlık suçunun hangi kategoride değerlendirildiğini ve dolayısıyla bu suça teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmadığını tespit etmemiz gerekmektedir. Yağma benzeri hırsızlık suçunun haksızlık içeriği ağır kabul edildiğinden bu suç Alman hukukunda yapılan Vergehen (cünha veya hafif suç) – Verbrechen (cürüm veya ağır suç) ayırımında

⁶⁴ Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 14, s. 166.

⁶⁵ Aynı yönde Rengier, § 10, Kn. 14, s. 187.; 765 s. TCK m. 495/2 düzenlemesi bu yönüyle Alman düzenlemesinden ayrılmaktaydı.

kanun koyucu tarafından Verbrechen olarak nitelendirilmiştir.⁶⁶ Alman hukukunda Vergehen olarak nitelendirilen hafif suçlara teşebbüs ancak ayrıca belirtilmişse cezalandırılmaktayken, Verbrechen olarak nitelendirilen ağır suçlara teşebbüs ise her zaman cezalandırılmaktadır.⁶⁷ Yağma benzeri hırsızlık suçu Vergehen olarak nitelendirilmiş olsaydı ve kanun metninde “bu suçta teşebbüs cezalandırılır / der Versuch ist strafbar” ibaresinde yer verilmemiş olsaydı, suçun özel görünüşleri başlığı altında teşebbüs incelemesine ihtiyaç kalmayacaktı.⁶⁸ Kanun koyucu bu suçu Verbrechen olarak nitelendirdiği için suç incelemesinde bu başlığa da ayrıca yer verilip teşebbüs hususunun açığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yağma benzeri hırsızlık suçu, failin önceki suçta (Vortat) konu malı güvence altına almak için cebire veya tehdide başvurması ile tamamlanır.⁶⁹ Sona ermesi ise bu güvenceye almanın gerçekleşmesi veya olay yerinde yakalanmasıyla gerçekleşir.⁷⁰ Cebre veya tehdide yeltenme aşaması kısıtlı olduğundan teşebbüs sahası çok sınırlıdır. Ancak kesintisiz suçlarda tamamlanma ile sona erme arasında suçta iştirak mümkün olduğundan, suçta katılım uygulamada zor olsa da teorik olarak bu safhada da mümkündür.

Alman Ceza Kanunu'nda yer verilen gönüllü vazgeçme kurumu da (ACK m. 24), suçun tamamlanması aşamasına kadar bir cezasızlık sebebi öngördüğünden ve yağma benzeri hırsızlık suçunda ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden, gönüllü vazgeçme hususunun bu suç tipinde gerçekleşmesi güçtür.⁷¹ Ancak yine de belirtmek gerekir ki, yağma benzeri hırsızlık suçuna teşebbüs eden fail, gönüllü vazgeçme koşulları çerçevesinde fiilini devam ettirmekten vazgeçerse, bu suçta teşebbüsten ceza almayacaktır. Ancak Vortat olarak nitelendirilen ön suç (duruma göre hırsızlık veya yağma) varlığını ve cezalandırılabilirliğini korumaya devam edecektir. Böylece yağma benzeri hırsızlık suçundaki maksatla tehdit yahut cebir suçlarına başvurmak

⁶⁶ Hilgendorf/Valerius, s. 180.

⁶⁷ Bkz. ACK m. 23 ve m. 12; Rolf Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Auflage, RS Verlag, 2015, s. 253.; Urs Kindhäuser/ Till Zimmermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Nomos, 2020, § 30 Kn. 1, s. 260.; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, De Gruyter, 1991, s. 716.

⁶⁸ Schmidt, s. 253.

⁶⁹ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 18.; Kindhäuser/Böse, Strafrecht BT II, § 16, Kn. 16, s. 166.

⁷⁰ “Fail, üçüncü kişiye karşı cebir kullanmış olmasına rağmen, malın elinden alınmasına engel olamamışsa da suç tamamlanmış olur.” Bosch, § 252 Kn. 8.

⁷¹ Rengier, § 2, Kn. 196, s. 54.

isteyen failin, başvurmuş olduğu bu cebir suçuna teşebbüs etmişken yahut tehdit suçuna teşebbüs etmişken anılan bu suçları tamamlamaz ve fiilini devam ettirmekten gönüllü olarak vazgeçerse gönüllü vazgeçme gereği yağma benzeri hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar tamamlanmış bulunan hırsızlık suçundan cezalandırılabilir. Tabii hırsızlığa konu malı da iade etmişse bu durumda kanuni düzenlemenin olması halinde etkin pişmanlıktan söz edilebilecektir.

Yağma suçunun tamamlanmasından sonra ama sona ermesinden önce başvuru baskın veya tehdidi (baskın görüş çerçevesinde) yağma benzeri hırsızlık olarak kabul ettiğimizde gönüllü vazgeçme durumu anlamsızlaşmaktadır. Zira yağma suçu tamamlandıktan ancak sona ermeden önce fail mağdura karşı malı iade etmemek için cebir uygulamaya karar verir bu cebir veya tehdit (hareketin bölünebilirliği çerçevesinde) teşebbüs aşamasındayken gönüllü vazgeçerse, faile yağma benzeri hırsızlık suçundan ceza verilmeyecektir. Ancak o ana kadar tamamlanmış olan yağma suçundan ceza verilecektir. Oysa fail gönüllü vazgeçmemiş olsaydı da baskın görüşe göre yine yağma suçundan cezalandırılacaktır. Kişiye gönüllü vazgeçme kapısının açık bırakılmasının hiçbir faydası yoksa, kişinin suç yolundan kendini alıkoymasına için de sebep yoktur. Anılan bu sebeple yağma sonrası başvuru baskın veya tehdidin yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermemesi gerektiğini savunmaktayız.

2. İçtima

Alman uygulama ve öğretisinde baskın görüş olmamakla birlikte birçok kişi tarafından savunulan alternatif görüşü savunduğumuz için, mağdur faili fark etmediği hallerde gerçekleşen cebir kullanımı durumunda (tehdit failin fark edilmesini gerektireceğinden bu durum yalnızca cebirin kullanıldığı ve mağdur faili fark etmesine imkân verilmediği hallerde mümkündür) gerçek içtima durumunun söz konusu olacağını savunmaktayız.⁷² Fail, tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık fiilinin suçüstü halinde iken gördüğü ama kendisini fark etmeyen üçüncü kişiyi başına sert bir cisimle vurup etkisiz hale getirmişse ve oradan etkisiz hale getirdiği kişi kendine gelmeden ayrılmışsa, tamamlanmış hırsızlık suçundan ve daha sonra meydana gelen suçtan (yerine göre cebir veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan) sorumlu tutulmalı ve cezalandırılmalıdır.⁷³

⁷² Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 11.

⁷³ Aynı yönde MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 11.

Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçunun hırsızlık artı cebir veya tehdit kombinasyonunun haricinde yağma artı cebir veya tehdit kombinasyonu ile işlenebileceğinin genel kabul gördüğünü belirtmiştik. Failin yağma suçunu mu işlediği yahut yağma artı yağma benzeri hırsızlık suçunu mu işlediği şüpheden arı olarak tespit edilemiyorsa, Alman uygulamasında genel kabul gören seçimlik fiil cezalandırması (Wahlfeststellung⁷⁴) yoluna gidileceği ve failin buna göre ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacağı kabul edilmektedir.⁷⁵

Yağma benzeri hırsızlık suçu anılan suçları barındıran bağımsız, bileşik bir suç olduğundan, fail ayrıca hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarından cezalandırılmaz.⁷⁶ Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, ön suçun/failin (Vortat) mağduru ile bu ön suçtan elde edilmiş malın muhafazası için uygulana cebir yahut tehdit suçunun mağduru farklı kişilerden oluşuyorsa, farklı neviden fikri içtima düzenlemesine başvurup failin yalnızca ağır suçtan cezalandırılması gerektiğini kabul etmek gerekir.⁷⁷

II. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

A. GENEL OLARAK

Bu kısa çalışmada Türk hukukunda hırsızlık ve yağma suçlarına kapsamlı bir şekilde yer vermek mümkün olmadığı gibi çalışma ile amaçlanan da bu değildir. Çalışmamızda Alman hukukunda yer verilen yağma benzeri hırsızlık suçunun veya bu düzenlemeye büyük oranda paralellik arz eden 765. s. TCK'nin 495. maddesinin 2. fıkrası gibi bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'muzda düzenlenmemiş⁷⁸ olmasının doğurabileceği sakıncalara

⁷⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Yaşar, "Alman Hukukunda Seçimlik Fiil/Suç Cezalandırması", in Mahmut Koca (ed.), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, Seçkin, 2020, s. 1265 vd.

⁷⁵ MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 22.; Bosch, § 252 Kn. 13.

⁷⁶ Bosch, § 252 Kn. 13.

⁷⁷ Bu durum birleşik suç anlayışı ile örtüşmemektedir. Zira bileşik suçlarda içtima değerlendirmesine ihtiyaç duyulmadan faile yalnızca bileşik suçtan ceza verilmektedir. Ancak yine de şu iddia edilebilir. Bu hallerde gizli bir farklı neviden fikri içtima yapılmış ve ağır olana hükmedilmiştir. Tabii bu gizli suçların yarışması (Konkurrenz) değerlendirmesi kanun koyucu tarafından yapılmış ve bileşik suçun her halükârda daha ağır olacağı soyut bir şekilde kabul edilmiştir. Bu sebeple somut olaylarda bu değerlendirme yapılmaz. Bileşen suçların mağdurlarının farklı olması halinde suç tipi bu suçun oluştuğuna müsait ise farklı neviden fikri içtima okuması yapıp sorunu bu şekilde çözümlenmek mümkündür.

⁷⁸ 5237 s. Kanunun yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğin kapsayan bir yağma düzenlemesine yer verdiği görüşü için bkz. Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız,

ve mevcut kanun düzenlemeleriyle bulunan çözümlerin doğurduğu teorik problemlere yer vermekle yetineceğiz. Bu çerçevede ilgili suçların yalnızca karşılaştırma ihtiyacı bulunan hususlarına ve ilgili konuda görüşlerimize yer vereceğiz.

Karşılaştırma kısmına başlamadan önce her iki hukuk sisteminde ilgili suçlara ilişkin kanun düzenlemeleri arasında tamamıyla bir paralellik olmadığını belirtmek isteriz.⁷⁹ Zira Alman hukukundaki hırsızlık suçunda zilyetlik ve rıza kavramlarına yer verilmediği halde bizde bu iki kavrama yer verilmiştir. Keza Alman hukukunda bu iki suçun tamamlanması ile sona ermesi sahaları arasında cebir yahut tehdit kullanımına ayrı bileşik bir suç denilmişken bizde 5237 s. TCK'ya geçişten bu yana böyle bir düzenleme söz konusu değildir. Bu sebeple karşılaştırma ve değerlendirmelerimiz bu normatif düzenlemeleri de dikkate alacak şekilde yapılacaktır.

Türk hukukuna ilişkin konuyu ele alırken hırsızlık ve yağma suçlarının unsurlarına kısaca yer verip, öğreti ve uygulamanın bu unsurları nasıl anlamlandırdığına yer vereceğiz. Suçların tamamlanma ve sona erme zamanları ağırlıklı olarak fiil unsuru ile ilgili olduğundan yoğunluğu bu unsura ve buna bağlı olarak suçun özel görünüş şekillerine vereceğiz. Akabinde verilen bu anlamların doğurduğu tartışmalara yer verip, eski Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiş ancak yeni Türk Ceza Kanunu'na alınmamış *yağma benzeri hırsızlık*⁸⁰ suçunun bir kanun boşluğu oluşturup oluşturmadığı ve yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı hususlarını ele alacağız.

Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14.B., Seçkin, 2019, s. 659.

⁷⁹ Çeviri için bkz. Yenisey/Plagemann, Alman Ceza Kanunu, 242. ve 249. madde çevirileri şu şekildedir: Hırsızlık (242/1) “Her kim, başkasına ait taşınır bir malı, hukuka aykırı bir şekilde kendisine mal edinmek veya üçüncü kişiye mal edindirmek maksadıyla (...) bulunduğu yerden alırsa, (...) cezalandırılır.” Yağma (249/1) “Her kim, diğer bir kişiye karşı cebir kullanarak veya vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederek, başka birinin taşınır malını kendisine veya üçüncü bir kişiye hukuka aykırı bir şekilde edindirmek maksadıyla, (...) bulunduğu yerden alırsa, (...) cezalandırılır.

⁸⁰ Öğretide bu suçun “yağmaya dönüşen hırsızlık/ hırsızlığın yağmaya dönüşmesi / dolaylı yağma / yağma sayılan hırsızlık” olarak nitelendirildiği görülmektedir. Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16.B., Beta 2001, s. 433.; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. B., Adalet, 2019, s. 642.; Köksal Bayraktar ve diğerleri, Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, Onikilevha, 2018, s. 79.; İsmail Malkoç, “Hırsızlık Suçunun Yağma Suçuna Dönüşmesi”, 1990, TBB Dergisi, 1990/2, s. 219 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 311.; M. Ruhan Erdem/ Candide Şentürk, “Hırsızlığın Yağmaya Dönüşmesi (Dolaylı Yağma)”, 2017, İKÜHFD, C. 16, S. 2, Y. 2017, s. 651.

B. TÜRK HUKUKUNDA HIRSIZLIK VE YAĞMA SUÇLARININ TAMAMLANMASI VE SONA ERMESİ ZAMANI

1. Genel Olarak

Hırsızlık ile yağma suçlarının değerlendirilmeleri paralellik arz eden bir tutarlılıkla yürütülmelidir. Çünkü genel olarak kabul edildiği üzere yağma suçu araç suçlar olan cebir veya tehdit suçları ve amaç suç olan hırsızlık suçunu içeren çok hareketli bir suçtur.⁸¹ Öğretide de vurgulandığı üzere araç suçlar ile amaç suç arasında öncelik ve sonralık ilişkisi bulunmaktadır.⁸²

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda yer verilen zilyetlik kavramından ne anlaşılması gerektiği, ilgili eylemin hangi suç altında değerlendirileceğini belirlediğinden kısaca bu kavrama açıklık getirmek gerekmektedir. Zilyetliğin özel hukuktaki kavram ile aynı anlamı taşıdığı görüşünü savunanlar, bu kavramın çerçevesini özel hukukun zilyetliğe vermiş olduğu anlam ile şekillendirmekte ve ilgili suçları da buna göre açıklamaktalar. Biz de bu görüşü benimsemekteyiz. Aksi görüşe göre ise zilyetlik özel hukuktan farklı bir anlam taşımakta, özel hukuktaki anlamından farklı olarak tüm fiili durumları kapsamakta ve fiilen malı elinde bulduranın malı otonom kullanım yetkisini de barındırmaktadır; bu sebeple özel hukukta zilyet sayılmayanlar da ceza hukukunda zilyet kabul edilebilmektedirler.⁸³ Ancak belirtmek gerekir ki bu ayırım yalnızca mağdurun, buna bağlı olarak rıza gösterebilecek kişinin ve işlenen suç tipinin (hırsızlık, güveni kötüye kullanma, yağma vs.) tespiti için yol gösterici olabilir. Malın bulunduğu yerden alınması kavramını açıklamak için ise bize göre zilyetlik kavramına başvurmaya gerek yoktur. Zira kanun koyucu bu durumda zilyetliği anlamadan malın bulunduğu yerden alınmasına

⁸¹ Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 630.

⁸² Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 630.; Bayraktar ve diğerleri, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 89.; Erdem/Şentürk, s. 672.; Kimi yazarlar bu öncelik sonralık ilişkisini kabul etmekle birlikte teşebbüs aşamasına girmiş hırsızlık suçunda suç daha tamamlanmadan başvuru olan cebir ve tehdit hallerinde de yağma suçunun oluştuğu kabul etmek suretiyle kendi içlerinde bir çelişki yaşamaktadırlar. Öncelik sonralık ilişkisi varsa önce araç suçlar sonrasında da hırsızlık suçu gerçekleşmelidir. Bu yazarlara göre hırsızlığın tamamlanması (alma fiili; malın el değiştirmesi) cebir veya tehdit kullanımından sonra olduğu sürece öncelik sonralık ilişkisi bozulmuş sayılmaz. Bize göre bu görüş eski TCK düzenlemesi ışığında değerlendirildiğinde yanlıştır. Öyle olsaydı kanun koyucu eski TCK'da hırsızlık suçuna teşebbüs halinde iken eklenen cebir veya tehdit durumunu yağma benzeri (dolaylı yağma) sayıp cezasını yağma suçuna göre belirlemezdi. Anılan yazarlar için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 392.; aynı şekilde Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 642.

⁸³ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. B., Yetkin, 2014, s. 376.; Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 575.

yer vermiştir. Ancak ceza hukukunda zilyetlik kavramına ayrı bir anlam veren kimi yazarların bu kavram üzerinden malın bulunduğu yerden alınmasını da açıklamaya çalıştıkları görülmektedir.⁸⁴ Bize göre bu yanlıştır.

Konuya başlamadan önce, yaptığımız değerlendirmelerin doğru anlaşılabilmesi için hırsızlık ve yağma suçlarında genel olarak şunları savunduğumuzu söylemek isteriz. Bize göre son verilen zilyetliğin haklı yahut haksız olmasının bir önemi yoktur.⁸⁵ Zilyet her durumda mağdura dönüşür. Zilyetlik ile mülkiyet başka kişilerde ise mağdur yalnızca zilyet olur. Malik ise suçtan zarar gören olarak kabul edilir. Bu açıklamalar malikin kendi malını çalabileceği şeklinde yorumlanamaz. Zira öğreti ve uygulamada da savunulduğu üzere davranış tipik olmayacaktır.⁸⁶ Çünkü başkasının zilyetliğinde bir mal olsa da başkasına ait mal bu hallerde söz konusu olamayacaktır.

2. Korunan Hukuksal Değer

Alman hukukunda zilyet kavramına yer verilmediği için suçla korunan hukuksal değer ne olduğu tartışması yukarıda da kısaca yer verdiğimiz üzere, mülkiyet ve zilyetliği gerektirmeyen mal üzerinden dolaysız/doğrudan fiili hakimiyet (Gewahrsam) çerçevesinde yürütülmüştür.⁸⁷ Türk hukukunda

⁸⁴ Soyaslan, s. 383.; Kişilerin üzerinden bir şeylerin alınması şeklinde yapılan hırsızlıklarda malın zilyetliğinin el değiştirmesi o anda gerçekleşmekle birlikte belirli bir yerden yapılan eşya hırsızlıklarında zilyetlik el değiştirmekle gerçekleşmemektedir. Bu sebeple hırsızlığın tamamlandığı anı, taşınabilir malın failin egemenlik alanına girdiği an olarak kabul etmek gerekir. Bu gerekçeyle malın alındığından ve suçun tamamlanmasından bahsedebilmek için zilyetliğin el değiştirmiş olması gerekir. Bkz. Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 573.

⁸⁵ Aynı yönde M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18.B., Adalet, 2019, s. 524.; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 320.; “Hırsızdan malı çalan da hırsızlık suçunun faili olur” Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18.B., Seçkin, 2020, s. 735.

⁸⁶ Görüş ve yargı kararları için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 518.

⁸⁷ Gewahrsam kavramı şu yönüyle zilyetlikten (Besitz) ayrılmaktadır. Her doğrudan zilyet aynı zamanda Gewahrsam iken, her Gewahrsam durumu aynı zamanda doğrudan yahut dolaylı zilyet olmak zorunda değildir. Ceza hukuku açısından doğrudan en önemli ayırım zilyet yardımcısının durumunda ortaya çıkmaktadır. Zilyet yardımcısı zilyet olamamasına rağmen, Gewahrsam sahibi kimsedir. O sebeple Alman hukukunda zilyet yardımcısına karşı da hırsızlık suçu işlenebilmektedir. Aynı şekilde zilyet yardımcısı yağma suçunun da mağduru olabilmektedir. Zilyet yardımcısının zilyede karşı işlediği fiil de bu sebeple hırsızlık suçuna vücut vermemektedir. Bizim hırsızlık düzenlememiz mal üzerinde doğrudan hâkim olan (Gewahrsam) kavramına yer vermediğinden, bu okuma bizim normatif düzenlemelerimizle örtüşmemektedir. Ancak buna rağmen öğretilerde zilyet yardımcısının ceza hukukunda zilyet olduğu ve bu sebeple zilyede karşı işlediği fiilin hırsızlık olarak nitelendirilemeyeceği de

kanun koyucu zilyet kavramına yer verdiği için bu tartışmalar mülkiyet ve zilyetlik etrafında şekillenmiştir. Ülkemizde de bu suçla yalnızca mülkiyetin, mülkiyetten söz edilmediği için yalnızca zilyetliğin⁸⁸, mülkiyet ve zilyetliğin⁸⁹, son olarak mülkiyet ve zilyetliği de içine alan fiili hakimiyetin (Gewahrsam) korunduğu savunulmaktadır.⁹⁰ Yağma suçu cebir veya tehdit suçları ile hırsızlık suçunun bileşiminden meydana geldiği için anılan bu hukuksal değerlere irade özgürlüğü ve bu irade doğrultusunda hareket etme özgürlüğü değeri de eklenmektedir.⁹¹

Yağma benzeri hırsızlık suçunda, elementlerin yer değiştirmiş olduğu bileşik bir suç söz konusudur. Bu bileşik suç yağma suçundaki cebir veya tehdit suçu artı hırsızlık suçları yerine hırsızlık suçu artı cebir veya tehdit suçundan oluşmaktadır. Bu sebeple korunan hukuksal değerler yağma suçu ile aynıdır.

Alman hukukunda korunan hukuksal değerler bağlamında yaptığımız eleştiri ile paralel olarak Türk hukukunda da yağma benzeri hırsızlık suçunun yağma artı cebir veya tehditten oluşamayacağı görüşüdeyiz. Türk hukukunda bu halde yağma benzeri hırsızlık suçunun oluştuğunu belirten yazarlar mevcuttur.⁹² Ancak bize göre yağma suçunun işlenmesiyle korunması gereken hukuksal değerlerin ikisi de ihlal edilmiştir, yağmaya eklenen cebir veya tehditle ihlal edilmiş değerlerin ihlal edilmemiş sayılmasını koruyamayacağına göre böyle bir düzenlemeye de ihtiyaç yoktur. Bu halde yağma suçunun içinde korunmuş hukuksal değer in akabinde gerçekleşen cebir yahut tehdit dolayısıyla yeniden ihlali söz konusudur ki bu halde failin ayrıca cezalandırılması şarttır. Aksi durumda yağma suçunun faili ile yağma artı cebir veya tehdit gerçekleştirenin faili somut olayda aynı cezayı alacaktır. Bu durum ne korunan hukuksal değer ile ne de adil, kusur ve haksızlıkla orantılı ceza anlayışı ile örtüşmektedir.

savunulmaktadır. Görüş için bkz. Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 578.

⁸⁸ Bayraktar ve diğerleri, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 13 ve s. 83.; Yılmaz Yazıcıoğlu, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayırımı”, 2013, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üni. HAD, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 767.

⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 734.

⁹⁰ Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 573, 578.

⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 792.

⁹² Erdem/Şentürk, s. 667.

3. Suçun Maddi Unsurları

a. Fiil

Taşınır bir malı bulunduğu yerden almak hırsızlık suçunun tipik hareketini oluşturmaktadır. Hırsızlık suçu bu yönüyle salt hareket suçudur.⁹³ Kişinin malvarlığında yahut tasarruf sahasında bulunan malın alınması suçun sona ermesiyle birlikte bir azalıma neden olduğundan aynı zamanda bir zarar suçudur.⁹⁴

Burada taşınır bir malı “bulduğu yerden alma” fiilinden ne anlaşılması gerektiği hususuna girmeden önce korunan hukuksal değerle bağlantılı olarak şunu belirtmek isteriz. Bu suçla mülkiyetin yahut zilyetliğin korunduğunu kabul ettiğimizde, bu kabul bizi zorunlu olarak ilgili suçun tamamlanması için zilyetliğin yahut mülkiyetin tamamlanma ile birlikte el değiştirmesi gerektiği sonucuna götürmemelidir. Mala zarar verme suçunda da korunan hukuksal değer mülkiyet hakkı olmasına rağmen suçun tamamlanması için mülkiyetin el değiştirmesi gerekmemektedir. Hırsızlık veya yağma suçlarında zilyetliğin (veya mülkiyetin) korunan hukuksal değer olmasının tipik fiilin gerçekleşmesi açısından etki etmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Özel hukukun veya ceza hukukçularının zilyetliğin el değiştirmesine verdiği anlam çerçevesinde hırsızlık suçundaki *bulduğu yerden alma* fiilini açıklamak bize göre yanlış bir değerlendirme olur. Zilyetlik değerlendirmesi rızayı vermeye ehil olanı, suçun mağdurunun tespiti gibi konularda belirleyici olacaktır. Alma fiilinin kapsamı —kanun koyucu madde metninde ayrıca bir açıklamaya yer vermediği sürece— malın bulunduğu yerden fiziken alınması (malın yer değiştirmesi) şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi bir düşünce, aksi bir yorum aşağıda ele alacağımız üzere hırsızlık suçunda görünüşte fail lehine kıyas olarak nitelendirilebilirse de teşebbüste kaldığı sürece yağmaya dönüşümü (biz bu görüşe de katılmıyoruz) dikkate alındığında kesinlikle fail aleyhine bir kıyas olmaktadır. Bu duruma yorum denilemez. En iyi ihtimalle kanun koyucunun lafız ile dışa vurmadığının, öğretisi ve uygulama değerlendirmesi ile kanun koyucuya atfedilmesidir. Bize göre bu da kanun metnini kıyasen değiştirme/genişletme olarak addedilebilir. Anılan bu gerekçe ile bulunduğu yerden alma fiilinin zilyetlikle bağlantılı açıklanmaya çalışılmasını doğru bulmuyoruz.

“Bulduğu yerden alma” fiilinden ne anlaşılması gerektiği konusuna ilişkin tartışmaya gelince; *alma* fiilinin ne zaman tamamlanmış olacağı,

⁹³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 519.

⁹⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 519.; Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 630.

hem teşebbüs açısından önem arz etmekte hem de hırsızlık suçuna teşebbüs edildikten sonra eklenen cebir veya tehdidi yağma suçu olarak kabul eden görüşe göre eklenen cebir veya tehdit fiillerinin hangi suçu oluşturacağı hususu için belirleyici olmakta ve bu sebeple önem arz etmektedir.⁹⁵

Bizim de savunucusu olduğumuz görüşe göre alma fiilinden manevi unsur doğrultusunda malın bulunduğu yerden alınması anlaşılmalıdır. Bunun için zilyetliğin el değiştirmesine gerek yoktur. Zilyetliğin el değiştirmesi suçun sona ermesi açısından önem arz edebilir. Alma ile birlikte zilyetlik de geçmişse, mal üzerinde mutlak fiili hakimiyet kurulmuşsa, alma ile suç tamamlandığı gibi sona da ermiş olur. Örneğin kimsenin üzerinden bir eşyanın alınmasıyla birlikte suç tamamlanır. Kişi o esnada alma fiilini hiç fark etmemişse, suç sona erer. Kişi fark etmişse, takibin kesilmesiyle suç sona erer. Aynı şekilde bir evden hırsızlık yapılmaktaysa, malın alınmasına yeltenilmesiyle icra hareketleri başlar, malın alınması ile suç tamamlanır, failin ev ve eklentilerinden çıkmasıyla suç sona erer. Bize göre yağma suçunda araç ve amaç suçlar arasında öncelik sonralık söz konusu olduğundan, hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlanmasıyla birlikte, suçun yağma olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yağma suçundan söz edebilmek için failin suç yoluna cebir veya tehdidin icra hareketleriyle girmesi gerekir. Ancak biz hırsızlık suçunun icra hareketlerini almaya ön gelen ve dolayısıyla almaya yeltenme olarak algıladığımızdan, failin bir eve girip çelik kasayı keserek açmaya çalışması esnasında yakalanması/fark edilmesi ve failin bu fark edilmeye rağmen mağdura cebir veya tehditle karşılık verip kesme fiilini devam ettirmesi ve açtığı kasadan malı almaya yeltenmesi halinde suçun yağma olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Fail bu fark edilme halinde çelik kasayı kesmekten vazgeçer ve mağdura cebir yahut tehdit savurup olay yerinden bir şey almadan veya almaya yeltenmeden ayrılırsa bize göre suç yağma suçu olarak kabul edilemez.

Alma fiilini zilyetlik ve fiili hakimiyet çerçevesinde netleştiren görüşler ise şu şekilde tamamlanma ve sona erme zamanlarını belirlemektedirler.

Bir görüşe göre almak fiili ile amaçlanan mağdurun zilyetliğine son vermektir; bu da suç konusu üzerindeki fiili hakimiyetin el değiştirmesi

⁹⁵ “Henüz alma tamamlanmadan önce cebir veya tehdide başvurulması halinde, eylemin yağma kapsamında olacağı kuşkusuzdur.” Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 313.

olarak anlaşılmalıdır.⁹⁶ Bu el değiştirmenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanır, suçun sona ermesi ise yeni fiili hakimiyet kuranın bu fiili hakimiyeti sağlamaştırması, güvenceye alması halinde mümkündür. Bu görüşe göre fiili hakimiyet (zilyetlik) malın elde edilmesi ile el değiştirmekte, failin bunu saldırılardan koruyacak aşamaya vardırması ise mutlak fiili hakimiyet olarak kabul edilmektedir.

Türk hukukunda yer verilen hırsızlık ve yağma suç düzenlemelerini bu görüş çerçevesinde ele aldığımızda, Alman hukukunda ve eski TCK'da yağma benzeri hırsızlık olarak nitelendirilen fiillerin hangi suç tipi altında değerlendirilmesi gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yağma benzeri hırsızlık suçundan söz edebilmek için hırsızlık suçunun tamamlanması ancak sona ermemiş olması gerekir⁹⁷ ve failin bu tamamlanma ile sona erme arasında elde etmiş olduğu malı iade etmemek (elinde muhafaza etmek) için cebir veya tehdit yoluna başvurması gerekmektedir. Türk hukukunda yağmadan söz edebilmek için Alman hukukunda da genel kabul gördüğü üzere cebir/tehdit artı hırsızlık sıralaması bozulsa da (suç yolu hırsızlık suçunun işlenmesiyle başlasa da) hırsızlık suçu tamamlanmadan (hırsızlık henüz teşebbüs aşamasındayken) başvuru cebir veya tehdit de yağma suçuna vücut verecektir;⁹⁸ Mülga 765 s. TCK'nın 495. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen yağma benzeri hırsızlık suçunun tipikliğinde teşebbüs aşamasındaki hırsızlığa eklenen cebir veya tehdit de sayılmaktaydı. Bu da bize göre yer değiştirmenin olduğu her halükârda yağma suçundan ayrılan yeni bir durumun ortaya çıktığına işaret etmektedir. Dolayısıyla suç yolunun elementleri hırsızlıkla başlamışsa artık bu hırsızlığa (teşebbüs aşamasında olsa da) yağma demek mümkün değildir. Kanun koyucu bu fiili ancak yağmaya benzetmek suretiyle cezalandırabilir. Nitekim eski TCK'da durum bu şekilde çözümlenmişti. Anılan bu sebeplerle biz elementlerin dizilişinin

⁹⁶ “Hizmetçinin çalıştığı evden aldığı bilezikleri, müsait bir zamanda evine götürmek üzere, evin bir köşesine gizlemesi halinde, alma unsuru gerçekleşmiş olur.” Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 332. “Örneğin, failin takip edilmemesi için kişiye karşı cebir veya tehdide başvurması halinde bu olayın ayrıca cebir veya tehdit suçları bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Bu halde fail hem hırsızlıktan hem de cebir veya tehditten sorumlu tutulabilir.” Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 386.; Savunmamakla birlikte Dönmezer bu fikri suçun tamamlanması için malın bulunduğu yerden alınması görüşü olarak nitelendirmektedir. Dönmezer, s. 347.

⁹⁷ Eski TCK m. 495/2 düzenlemesinde hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasında olduğu hallerde eklenen cebir veya tehdit de yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermekteydi. Düzenleme bu yönüyle Alman düzenlemesinden ayrılmaktadır.

⁹⁸ Bayraktar ve diğerleri, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 91.

bozulduğu bu halde de yağma suçundan söz edilemeyeceğini olsa olsa gerçek içtima konusu iki ayrı suçtan söz edilebileceğini Alman hukukuna ilişkin açıklamalarımızda belirtmiştik. Hırsızlık suçunun tamamlanmadığı aşamalarda başvurulmuş cebir veya tehdit yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut vermediğinden, bu konuda Türk hukuk uygulama ve öğretisi (bu görüş bazında) ayrılmamaktadırlar. Ancak fail hırsızlık suçunu tamamladıktan sonra ancak suç konusu malı mutlak fiili hakimiyetine koymadan önce biri tarafından fark edilir ve malın iadesi kendisinden istenirse ve fail de cebir yahut tehdit suretiyle bunu iade etmekten kaçınırsa, bize göre tamamlanmış ama sona ermemiş bu sebeple de temadi gösteren bir hırsızlık ile cebir veya tehdit suçlarının zamansal olarak yakınlığından söz edilebileceğinden, bu hallerde bağımsız değerlendirilmesi ve cezalandırılması gereken ayrı suçların varlığını kabul etmek gerekmektedir. Bu görüş bakımından da hırsızlık suçunun tamamlanması sonrası gerçekleşen cebir veya tehdidin Türk hukukuna göre de yağma suçu olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Anılan fiiller bağımsız olarak değerlendirilip cezalandırılmalıdırlar. Bu görüş ölçü alındığında Türk hukukunda tamamlanan hırsızlık suçu daha sona ermeden hırsızlık suçunun mağduruna yönelen cebir veya tehdidin bağımsız bir suç olarak ele alınması adil bir cezanın tesisine yetmemektedir. Bu sebeple yağma benzeri hırsızlık düzenlemesine ihtiyaç vardır. Ancak yağma benzeri hırsızlık düzenlemesinin yokluğu cezasız kalan bir haksızlığa sebebiyet vermediğinden bu durum kanun boşluğu olarak nitelendirilemez. Ancak tüm bileşik suçlarda olduğu gibi yağma benzeri hırsızlık suçunda da iki suçun birleşiminden meydana gelen haksızlığı birlikte (ve dolayısıyla daha ağır şekilde) cezalandırma ihtiyacı bu suçta da devam etmektedir.

Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçunun iki ayrı ön suç kombinasyonu ile gerçekleşebildiğini belirtmiştik. Bunların ilki yukarıda yer verdiğimiz üzere tamamlanmış ama sona ermemiş hırsızlık suçuna cebir veya tehdidin eklenmesiydi. İkincisi ise tamamlanmış ama sona ermemiş yağma suçuna cebir veya tehdidin eklenmesidir. Yukarıda anılan görüş çerçevesinde Türk hukukunda tamamlanmış ama sona ermemiş yağma suçuna cebir veya tehdit suçlarının eklenmesi halinde sorumluluk nasıl belirlenecektir.⁹⁹ Fail, mağdura cebir uygular, sonra bu baskı yoluyla kendisine bir malın verilmesini (teslimini veya almasına ses çıkarmamasını sağlamak suretiyle alımını) sağlarsa, yağma suçu (bu görüşe göre) tamamlanmış ama daha sona ermemiş

⁹⁹ Bu halde eski TCK döneminde dolaylı yağma (yağma benzeri hırsızlık) suçunun oluştuğunu savunan görüş için bkz. Erdem/Şentürk, s. 667.

olacaktır. Zira fiili hakimiyet gerçekleşmiş olmakla birlikte mutlak fiili hakimiyet (malın güvenceye alınması) daha gerçekleşmemiştir. Tamamlanmış ama sona ermemiş bu safhada fail malı iade etmemek için cebir veya tehdide başvurursa yağma benzeri hırsızlık suçunun (Almanlarda kabul gören ikinci kombinasyonunun) tipik durumu ortaya çıkmaktadır. Türk hukukuna göre tamamlanmış bir yağma suçundan sonra yağma suçuna konu malın iade edilmemesi için başvuru için cebir yahut tehdit —yağma benzeri hırsızlık düzenlemesine TCK’da yer verilmediğinden ve fiil artık yağma suçu olarak nitelendirilemeyeceğinden—, bağımsız bir suç olarak kabul edilecektir. O halde bu görüşe göre Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçu olarak kabul edilen ikinci kombinasyona ait fiiller Türk hukukunda yağma suçundan bağımsız, cebir yahut tehdit suçuna vücut vereceklerdir.

Bir başka görüşe göre malın el değiştirmesi yani failin malı alması suçun tamamlanması için yetmemekte ve bu sebeple alma fiili ile (mutlak) fiili hakimiyet arasındaki sahada suç halen tamamlanmamış olmaktadır.¹⁰⁰ Bu görüşü yukarıdaki görüşten ayıran nokta şudur: yukarıdaki görüşte alma fiili ile birlikte zilyetlik (fiili hakimiyet) el değiştirmekte ve suç tamamlanmaktadır ama suçun sona ermesi için failin malı müdahalelerden uzak mutlak fiili hakimiyetine sokması gerekmektedir. Bu görüşe göre ise fiili (fiziken) almanın bir önemi yoktur. Fiili alma ancak mutlak fiili hakimiyete (dolayısıyla zilyetliğin mutlak olarak geçmiş olduğu halde) koyma ile sonuçlanmışsa kanuni anlamda alma şeklinde değerlendirilebilir ve suç ancak o zaman tamamlanır. Dolayısıyla yukarıdaki görüşün suçun sona ermesi dediği sahne, bu görüş için suçun tamamlanma sahnesi olmaktadır. Bu görüşe göre muhtemelen sona erme tamamlanma ile eş zamanlı gerçekleşmektedir. Bulunduğu yerden almaya bu denli geniş ve (bize göre) keyfi bir anlam vermek bize göre kanunilik ilkesi ile örtüşmemektedir. Hırsızlık suçunda teşebbüs sahasının bu denli geniş tutulması, faile gönüllü vazgeçme imkânı verme bağlamında iyi olarak addedilebilse de kanunilik ilkesine uygun bir yorum olmamaktadır. Her ne kadar madde gerekçesinde de bu görüşü destekler cümlelere yer verilmiş olsa da bu kanunilik ilkesine aykırılığı gidermemektedir.

¹⁰⁰ Dönmezer’e göre “Bir malın bulunduğu yer, malın konulduğu yer değildir; fakat malın bulunduğu alan, mekandır; malik veya zilyedinin nüfuz ve egemenlik alanıdır.” Dönmezer, s. 347.; Ancak aynı yazar mevcut baskın görüşten farklı olarak failin kişilerin üzerinden bir şey çaldığı hallerde malın alınması ile fiili hakimiyetin el değiştirdiğini ve hırsızlık suçunun tamamlandığını kabul etmektedir. Bu bakışla bakıldığında o esnada sıcak takip yapılsa ve fail kişiye karşı malı iade etmemek için cebir veya tehdide başvursa yağma suçu oluşmayacaktır.; Benzer yönde Koca/Üzülmez, CHÖH, 6.B., s. 573.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 533.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.615.

Türk hukukunda yer verilen hırsızlık ve yağma suç düzenlemelerini bu görüş çerçevesinde ele aldığımızda, Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık olarak nitelendirilen fiillerin yağma olarak nitelendirilmesi kaçınılmazdır. Çünkü Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçu olarak kabul edilen suç yolu dilimi (bu görüş açısından) hırsızlık suçunun tamamlanma ve sona erme safhaları olarak kabul edilen fiil/zaman dilimine tekabül etmektedir. Ancak bu zaman dilimi Türk hukukunda savunulan bu görüşe göre hırsızlık suçunun teşebbüs aşamasına tekabül eden dilim olduğu için bu aralıkta başvuru cibir veya tehdit (hırsızlık suçuna teşebbüs halinde başvuru cibir veya tehdit, öğreti ve uygulamada baskın şekilde yağma olarak nitelendirildiği için) yine yağma suçunun oluşumuna sebebiyet verecektir. Yine bu görüşe göre hırsızlık suçunun tamamlanması ile sona ermesi mutlak fiili hakimiyetin kurulmasıyla gerçekleşmiş olacağından fiil temadi göstermeye elverişsiz hale gelmiş olacaktır. Bu halde yağma benzeri hırsızlık suçunun yokluğu bir kanun boşluğu doğurmamaktadır. Ancak durum hırsızlık suçunun temadi göstereceği hallerde (m. 142/3) yine sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Tamamlanmış ama sona ermemiş bir hırsızlık suçunda mağdura yönelik başvuru cibir veya tehdit bu görüşe göre (özel bir yağma benzeri hırsızlık düzenlememiz mevcut olmadığından) bağımsız suç olarak kabul edilmeli ve faile gerçek içtima gereği hem hırsızlık suçundan hem de sonradan gerçekleşen cibir yahut tehdit suçundan ceza verilmelidir.¹⁰¹ Bu görüşe göre yol aldığımızda yağma suçunun tamamlanmasından sonra fakat sona ermesinden önce başvuru cibir veya tehdit de bağımsız yeni suç olarak kabul edilmeli ve cezalandırılmalıdır. Bize göre bu görüş savunulduğunda da yağma benzeri hırsızlık suçuna yer veren bir düzenlemeye (zorunlu temadi gösteren hırsızlık suçlarıyla) sınırlı da olsa ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu ihtiyaç bir önceki görüşteki kadar elzem bir ihtiyaç değildir.

Yağma suçu hırsızlık suçunu da içinde barındıran bileşik ama bağımsız bir suç olduğundan hırsızlık konusundaki açıklamalarımız yağma suçu için de geçerlidir.¹⁰² Nitekim üst paragraflarda yeri geldikçe yağma suçunun tipik fiiline ve fiilin tamamlanmasına yer verdik.

Hırsızlık suçunun tamamlanma zamanına ilişkin bu değerlendirmeleri buraya uyarladığımızda yağma suçunun teşebbüs sahasından çıkıp,

¹⁰¹ “Hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, cibir veya tehditle çalınan malın zilyetliğinin korunması halinde fiil yağma teşkil etmeyecektir.” Koca/Üzülmez, CHÖH, 6. B., s. 641.; Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 382.

¹⁰² Yazıcıoğlu, s. 764.

tamamlanmış yağmaya dönüşmesi için bizim savunduğumuz görüşe göre failin malı (günlük anlamıyla, fiziken) teslim alması yahut alması yeterlidir. Teslim alma yahut alma ile yağma suçu tamamlanmış olacaktır. Yağma suçunun sona ermesi ise yine hırsızlık suçunun sona ermesinde olduğu gibi mutlak fiili hakimiyetin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Malın teslim alınmasından sonra (yani bize göre yağma suçunun tamamlanmasından sonra ama sona ermesinden önce), fail malı iade etmemek veya muhafaza etmek için cebir veya tehdide başvurursa bu halde mevcut TCK düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirdiğimizde faile yağma ve eklenen yeni suçtan ceza vermek dışında bir imkân kalmamaktadır. Bize göre yağma benzeri hırsızlık suçu bu safhayı kapsamayacağından, buna ilişkin bir düzenleme olsaydı da ulaştığımız netice değişmeyecekti. İkinci görüşe göre ise yağma suçunun tamamlanması için fiili hakimiyetin el değiştirmesi yeterlidir, bu görüşe göre bu aşamada zilyetlik de geçmektedir. Failin zilyetliği güvenceye alması yahut mal üzerinde mutlak fiili hakimiyet kurması ile yağma suçu sona ermiş olacaktır. Bu görüş çerçevesinde değerlendirdiğimizde tamamlanmış ama sona ermemiş yağma suçuna konu malı iade etmemek yahut muhafaza etmek için fail cebir veya tehdide başvurursa mevcut TCK düzenlemelerine göre failin yağma ve sonradan gerçekleşen yeni suçtan cezalandırılması gerekir. Bize göre yağma benzeri hırsızlık düzenlemesi bu kısmı kapsamayacağından buna ilişkin bir düzenleme olsaydı da netice değişmeyecekti.

Son görüşe göre ise yağma suçunun tamamlanabilmesi için failin malı mutlak fiili hakimiyet sahasına geçirmesi gerekmektedir. Alman hukukunda yağma benzeri hırsızlık suçunun fiili kabul edilen davranışlar bu halde de teşebbüs sahasındaki yağma içinde değerlendirileceklerinden faile yalnızca bir adet yağma suçundan ceza verilecektir. Bu halde yağma benzeri hırsızlık suçunun yokluğu bir kanun boşluğu doğurmamaktadır.

b. Konu

Başkasına ait taşınır mal ve cebre yahut tehdide maruz kalan kimse bu suçun konusunu¹⁰³ oluşturmakla birlikte zilyetlik kavramına verilen anlam bu suçun konusunu tartışmalı hale getirmektedir.

Bir görüşe göre burada yer verilen zilyetlik kavramı özel hukuktan daha geniş bir şekilde değerlendirilmeli ve özel hukukta zilyet olmayanlar

¹⁰³ Mahmut Koca, Yağma Cürümleri, Seçkin, 2003, s. 89.

da zilyet kabul edilmelidir.¹⁰⁴ Bu görüşe göre zilyet yardımcısının malı (ç) alması halinde, oluşan suç güveni kötüye kullanma suçu yahut dolandırıcılık suçu olacaktır; zira bu görüşe göre zilyet yardımcısı ceza hukuku anlamında zilyettir.¹⁰⁵ Bu görüşe göre zilyet yardımcısının elindeki malın kapkaç suretiyle alınması halinde zilyet yardımcısı ceza hukuku anlamında zilyet olduğundan suçun mağduru olacaktır.¹⁰⁶ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise burada (Alman hukukundaki düzenlemeden farklı olarak) özel hukuktan ayrılmayı gerektiren bir sebep bulunmamaktadır; zilyet yardımcısı zilyet değildir; o halde oluşan suç da hırsızlık suçudur.¹⁰⁷ Keza zilyet yardımcısının elindeki malın kapkaç suretiyle alınması halinde zilyet yardımcısı ceza hukuku anlamında da zilyet olmadığından suçun mağduru gerçek zilyet yahut malik olacaktır.¹⁰⁸ Türk hukuku düzenlemesinde de Alman hukukunda olduğu gibi zilyet kavramına yer verilmemesi gerektiği ve malı (fiili hakimiyeti=Gewahrsam) elinde bulundurana karşı hırsızlık suçunun işlenebilmesi gerektiği düşüncesine biz de katılmaktayız. Ancak kanunilik ilkesine sadık kalındığında vaziyet yukarıda açıkladığımız şekildedir.

Hırsızlık suçunun konusunu oluşturmeyen bir mal yağma suçunun konusunu oluşturamayacağından¹⁰⁹, yukarıda yer verilen açıklamalar yağma suçu için de geçerlidir. O halde zilyet yardımcısı hırsızlık suçunun mağduru olamayacağına göre, kendisine karşı malın teslimine yahut alınmasına karşı koymamasına yönelik cebir veya tehdit kullanımı halinde de yağma suçunun oluşmadığı sonucuna varmak gerekmektedir. Zira 765 s. TCK düzenlemesinden farklı olarak burada zilyet dışında bir kimseye cebir veya tehdit uygulanabileceği vurgulanmamıştır. 765 sayılı TCK'nın 495. maddesinin ilk fıkrasında "her kim, menkul malın zilyedini veya cürüm mahallinde bulunan bir başkasını cebir veya şiddet kullanarak veya (...) tehdit ederek o malı teslim yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı sükut etmeye mecbur kılırsa (...)" ifadesine yer vermek suretiyle suç mahallinde bulunan üçüncü kişilerin de bu suçun mağduru olacağı daha doğru bir ifadeyle üçüncü kişiye karşı cebir veya tehdit

¹⁰⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 522.

¹⁰⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 522.

¹⁰⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 525.

¹⁰⁷ Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 320.

¹⁰⁸ Aynı gerekçe ile cebir veya tehdit kullanımı sonrası zilyet yardımcısından malın alınması halinde yağma suçu oluşmayacaktır. Oluşan suçlar, hırsızlık ve cebir yahut tehdit olacaktır. Her birinin mağdurları da ayrı kimseler olacaktır.

¹⁰⁹ Yazıcıoğlu, s. 763.

kullanımının da yağma suçunun tipikliği oluşturacağı belirtilmiştir. 5237 s. TCK’da ise üçüncü kişilere karşı işlenebileceği kısmı belirtilmediğinden suç sahasını daralttığı söylenmelidir.¹¹⁰ Keza olay mahallinde olan birinin hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehditten söz edebilmek ve bu tehdidi yağma suçunun araç suçu sayabilmek için, tehdidin yöneldiği kişinin ya mağdurun kendisi (malik, zilyet) yahut mağdurun yakınları olması gerekmektedir. Bu sebeple olay yerinde olan üçüncü bir kişiye saldırı gerçekleştireceği gerekçesiyle zilyedi tehdit edip, zilyedin malı teslim etmesini sağlama halinde (zilyede yönelik başkaca bir tehdit veya cebir söz konusu değilse; misal zilyet kurşun geçirmez camın arkasında ve cebir veya tehdit de kendisine yönelmemişse) yağma suçu oluşmayacaktır.¹¹¹

c. Fail

Fail konusu tartışmalı olmadığından ayrıntılı bilgiye yer verilmeyecektir. Ayrıca malik olan kimsenin fail olamayacağına yukarıda yer vermiştik.¹¹² Yağma suçunun amaç suçu hırsızlık suçu olduğundan önceki yağma yahut hırsızlık suçunun mağduru olan kimse, halen mülkiyetinde olan ama haksız zilyedin elinde bulunan malı zorla alırsa bize göre yağma suçu oluşmayacaktır. Zira malik bu suçun da faili olamayacaktır. Çünkü hırsızlık suçunda aranan başkasına ait taşınır bir mal (suçun konusu) anılan bu olayda mevcut olmayacaktır. Bu da bulunduğu yerden alma fiilini tipik hale getirmeyecektir

¹¹⁰ Öğretide zilyet yardımcısının hırsızlık suçunun mağduru olamayacağını ve yağma suçunu da cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilen hırsızlık suçu olarak nitelendiren yazarların, zilyet yardımcısının elinden zorla alınan mal söz konusu olduğunda yağma suçunun oluştuğundan bahsettikleri görülmektedir (Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 381.). Bu görüş şu yönüyle sıkıntılıdır. Hırsızlık suçunun mağduru kabul edilmeyen zilyet yardımcısı nasıl olur da yağma suçunun mağduru olur? Anılan yazarların yağma suçunun mağdurunu şu şekilde nitelendirdikleri görülmektedir: “Mağdur, malı alınan kişidir. Yağma suçunda mağdur, malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur edilen kişidir.” Bkz. a.g.e. s. 385. Bu okumaya göre zilyet yardımcısı malı teslimine mecbur edilmiş o halde zilyet/malik kimsenin yanı sıra o da mağdurdur (bkz. a.g.e. s. 387). Oysa aynı zilyet yardımcısı anılan müelliflerce hırsızlık söz konusu olduğunda mağdur kabul edilmemektedir. Eksi kanun döneminde bu iki suçun mağdurlarının/muhatablarının farklı olabileceği açıkça yazılmış olduğundan bu kimselerin tek olan yağma suçunun çoklu mağdurları olduğunu kabul etmek mümkündür. Ancak mevcut kanunumuz bu yoruma müsait görünmemektedir. Bu halde bir fiille birden fazla kişiye yağma suçunun işlendiğini iddia etmek güç zira zilyet yardımcısının malvarlığına yönelik bir saldırı yok, aynı şekilde zilyedin ise kişi özgürlüğüne yönelik bir saldırı yoktur.

¹¹¹ Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 381.

¹¹² Aksi yönde görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 323.

(tipiklik maddi unsurlar bağlamında eksik kalmış olacaktır).

d. Mağdur

Bu konuda sorunlu olan alanlardan biri de hırsızlık ve yağma suçlarının mağdurlarının kim yahut kimler olacağıdır. Tartışmalı olmakla birlikte bize göre hırsızlık suçunun mağduru zilyet yahut malik kimse olacaktır.¹¹³ Zira mağdur, zarar verilen yahut tehlikeye sokulan hukuksal değer/yararın sahibi olan kişidir.¹¹⁴ Yağma suçunun mağduru da bu bakışla suçun konusunun ve korunan hukuksal değer sahibi olan kimse yahut kimseler olacaktır.¹¹⁵ O halde yağma suçunun mağduru cebre yahut tehdide maruz kalan malik veya zilyet olan kimse olabilir.

Biz de hırsızlık ve yağma suçlarında zilyetlik ve mülkiyetin farklı kişilerde olması durumunda zilyedin mağdur, malikin ise suçtan zarar gören kimse olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.¹¹⁶ Bu halde zilyedin suçtan zarar gören, malikin ise mağdur olacağı görüşü de savunulmaktadır.¹¹⁷ Ancak yağma suçuna konu teşkil eden malın sahibi (zilyet yahut maliki) ile kendisine karşı cebir veya tehdide başvurulmuş kişilerin farklı olması durumunda yağma suçunun oluşup oluşmayacağı ve mağdur yahut mağdurların kimler olacağı açık değildir. Bize göre bu halde yağma suçundan söz edilemeyecektir.¹¹⁸ Örneğin otel lobisinde, ayrılmak üzere olanlar müşterilerin, girişe bırakmış oldukları çantaları almak isteyen failin, otelde çalışan hamalı tehdit etmek suretiyle bu çantaları failin aracına taşınmasını sağlaması halinde (malı teslim zorlama) yağma suçu oluşmayacaktır.¹¹⁹ Zira iradesine etki edilen ile mal varlığı hakkı ihlal edilen kimseler aynı kimseler olmamaktadırlar. Yargıtay'ın

¹¹³ Aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 597.

¹¹⁴ Koca, Yağma Cürümleri, s. 84.

¹¹⁵ Öğretide mürekkep suçlarda birden fazla korunan hukuksal değerler söz konusu ise ve bu değerlerin sahipleri farklı kişiler ise, bu halde tüm bu kişilerin oluşan mürekkep suçun mağdurları olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Koca, Yağma Cürümleri, s. 85.

¹¹⁶ Aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 524.; Bayraktar ve diğerleri, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 84.

¹¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 735.

¹¹⁸ Aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 597, 629.

¹¹⁹ Aynı örneğin başvurulmuş hile durumunda dolandırıcılık suçuna dönüşmediği görüşü için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 629.

bu durumda da yağma suçunun oluştuğuna dair kararları mevcuttur.¹²⁰¹²¹ Öğretide de bu görüş savunulmaktadır.¹²²

Suçun mağdurunun yaşayan bir kimse olacağı tartışılmayacak düzeyde açıktır. Ancak ölü bir kimsenin üzerinden bu durumdan faydalanılarak bir şey çalınması durumunda fiili nitelikli hale getiren durum mağdurun sıfatından kaynaklı sebep değildir. Ölmesinden yararlanılarak suç işlenmesi durumunda mağdur şu şekilde tespit edilmelidir. Şayet ölen kimse suç konusu malın maliki idiyse, mirasçıları bu suçun mağduru kabul edilmelidir.¹²³ Şayet ölen kimse suç konusu malın zilyedi olmakla birlikte maliki değil idiyse bu halde mağdur malik olan kimsedir.

4. Suçun Manevi Unsurları

Bu unsur çalışma konumuz açısından önem arz etmediğinden ayrıntılı açıklanmayacaktır. Kasten işlenebilen bir suç tipidir. Taksirle işlenmesi suç olarak düzenlenmemiştir. Bize göre de maksat unsurunun gerçekleşmiş olması halinde olası kastla işlenmesi mümkündür.¹²⁴

5. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık hususu tartışmalar barındırmakla birlikte çalışma konumuz açısından önem arz etmediğinden ayrıntılı açıklanmayacaktır.

¹²⁰ Özetle fail, yakınan Ali'nin işyerine girerek cep telefonlarını poşete koyduğu sırada kapıyı açık gören Volkan faile ne yaptığını sormuştur. Fail poşete doldurmuş olduğu cep telefonları ile kapıya doğru yöneldikten sonra belindeki silahı çıkarıp Volkan'ın göğsüne dayamış ve abisi işime karışma, çekil yolundan, yol ver yoksa seni vururum, demiştir. Bunun üzerine Volkan ona yol vermiş ve fail kaçarak olay yerinden uzaklaşmakta iken takip edilmeye başlanmış ve kendisini takip edenleri korkutmak için ateş etmiş ve bir bahçeye saklanmış ancak orada hemen yakalanmıştır. Yargıtay bu halde yağma suçunun oluştuğuna ve suçun ise tamamlandığına hükmetmiştir (Y. 6. CD., 05/07/2011, E. 2010/20129, K. 2011/9208). Bize göre burada tamamlanmış bir hırsızlık suçu, akabinde başka bir mağdura karşı işlenmiş tehdit suçu ve akabinde kendisini takip edenlere karşı yeni bir tehdit suçu ve bununla fikri içtima içinde olan genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu işlenmiş bulunmaktadır. Fikri içtima gerektiren suçlardan ağır olanından ve diğer bağımsız suçların her birinden cezalandırılması gerekir. Ancak olayda yağma suçu söz konusu değildir.

¹²¹ Y. 6. CD. 25/10/1988, E. 1988/8078, K. 1988/11387 (YKD Mayıs 1989, S. 5, C. 15, s. 742).

¹²² Koca, Yağma Cürümleri, s. 85.; Dönmezer, s. 430 vd.

¹²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 525.; Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.B., Adalet 2019, s. 665.

¹²⁴ Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 335.

6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık

Fiil başlığı altında yer verdiğimiz üzere öğretilerde savunulan bir görüşe göre alma fiilinin gerçekleşmesi ile hırsızlık ve yağma suçları tamamlanır. Bunun için failin suç konusunu mutlak fiili hakimiyet sahasına sokmasına gerek yoktur.¹²⁵ Bu görüş çerçevesinde değerlendirildiğinde teşebbüs, failin alma fiilini gerçekleştirmesinden hemen önceye kadar mümkündür. Bu da gönüllü vazgeçme sahasını daraltmaktadır (bize göre bu haksız bir daraltma değildir; aksine kanun koyucunun ve kanunun lafzına uygun bir belirlemedir.). Suçun tamamlanmasından sonra failin fiili devam ettirmekten vazgeçmesi, malı iade etmesi, bırakıp olay yerinden ayrılması halinde gönüllü vazgeçmeden söz edilemeyeceğinden, etkin pişmanlık hükümlerine başvurmak gerekmektedir.¹²⁶ Bu görüşe göre gönüllü vazgeçme sahası daraltılmış görüldüğünden fail aleyhine olarak addedilebilir. Ancak yağma suçu ile bağlantılı olarak düşünüldüğünde bu okumanın fail lehine olduğu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki: Hırsızlık suçunda teşebbüs sahasını ne kadar geniş tutarsak (mevcut uygulama ve baskın öğretisi görüşü çerçevesinde yoruma devam ettiğimizde¹²⁷) teşebbüs aşamasındaki hırsızlık suçuna eklenen cebir ve tehditleri yağma suçu olarak nitelendirme sahamız da o kadar genişleşmiş olacaktır.¹²⁸ Bu ise failin hırsızlık ve duruma göre cebir veya tehdit suçlarından cezalandırılmasına oranla yağma

¹²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 784 ve s. 823.; Erdem/Şentürk, s. 653.; Yargıtay'ın bu halde hırsızlık suçunun tamamlandığına ilişkin kararlar mevcuttur. Bkz. Y. 6. CD., 08/12/2005, E. 2003/18679, K. 2005/11620.; “Özetle: Kapkaç suretiyle mağdurun telefonunu alıp kaçmaya başlayan faili takip eden mağdur, faili yakalar ve telefonunu almaya çalışır, fail bu esnada faille bıçak çeker ve olay yerinden uzaklaşır. Yargıtay bu durumda tamamlanmış hırsızlık ve teşebbüs aşamasında kalmış yaralama söz konusudur demiştir.” bkz. Y. 6. CD., 05/07/2007, E. 2007/8476, K. 2007/95.; Yargıtay'ın bu halde yağma suçunun tamamlandığına ilişkin kararları da mevcuttur. Bkz. Y. 6. CD., 15/01/2018, E. 2017/4043, K. 2018/4.; Y. 6. CD., 03/07/2012, E. 2008/23725, K. 2012/13851.; Y. 6. CD., 05/07/2011, E. 2010/20129, K. 2011/9208.

¹²⁶ “Suçun icrası tamamlanmıncaya, neticenin ayrıca bir unsur oluşturduğu suçlarda netice gerçekleşinceye kadar gönüllü vazgeçme mümkündür.” İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Seçkin, 2018, s. 512.; Aynı yönde Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22.B., Adalet, 2019, s. 508.; Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. B., Beta, 2020, s. 473.; Koca/Üzülmez, CHGH, 13.B., s. 440.

¹²⁷ Yukarıda da belirttiğimiz üzere baskın Alman uygulaması ve öğretisi teşebbüs aşamasında bulunan hırsızlık suçuna cebir veya tehdidin eklenmesi halinde yağma suçunun oluştuğunu kabul etmektedir. Aynı görüş Türk hukukunda da ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 382.

¹²⁸ Görüşü daha önce savunan müellif için bkz. Malkoç, s. 222.

gibi ağır bir suçtan cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. Bu durumun fail aleyhine olacağı kesindir. Ancak belirtmemiz gerekir ki burada amacımız fail lehine yahut aleyhine bir sonuç elde etmek değil aksine kanun lafzına uygun yorum yapmaktır.

Bu görüşü savunmalarına rağmen, hırsızlık suçunun tamamlanması ile sona ermesi arasındaki vazgeçmelerin gönüllü vazgeçme sayılması gerektiğini savunan ve bize göre bu yönüyle tutarsız olan görüşler de mevcuttur.¹²⁹ Bu görüş savunulduğunda gönüllü vazgeçme sahasının daraldığından da söz edilmeyecektir.

Türk hukukunda uygulama ve öğretide sıklıkla savunulan bir başka görüşe göre hırsızlık suçu malın alınmasıyla tamamlanmaz. Suçun tamamlanması için ayrıca failin ilgili suç konusunu kendi mutlak fiili hakimiyet sahasına koyması yani kurmuş olduğu fiili hakimiyeti sağlamış, güvence altına almış olmasını aramaktadır. Teşebbüs de bu çerçevede failin mutlak fiili hakimiyet kurması aşamasına kadar mümkündür.¹³⁰ Örnek vermek gerekirse eve girmiş hırsızın malı alıp oradan uzaklaşmış olması gerekir. Araba çalınması durumunda arabanın yerinden alınması yetmez, sıcak takibin yapılamayacağı safhaya geçirilmiş olması gerekir.¹³¹ Bu görüşe göre gönüllü vazgeçme koşullarının varlığı halinde mal üzerinde mutlak fiili hakimiyet kurana kadar mümkündür. Mutlak anlamda fiili hakimiyet kurulduktan sonraki gönüllü davranışlar ise etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilebilecektir. Anılan bu görüş savunulduğunda ve teşebbüs aşamasında bulunan hırsızlık suçuna cebir veya tehdit suçlarının eklenmesi halinde yağma suçu oluşur denildiğinde fail

¹²⁹ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 823.; Aynı yazarlar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu da kesintisiz suç olarak kabul etmelerine rağmen bu halde gönüllü vazgeçmenin suçun tamamlanması anına kadar mümkün olacağını savunmak suretiyle tutarsız görünmektedirler. Bkz. a.g.e. s. 569. Kesintisiz suçlarda gönüllü vazgeçmeyi sona erme anına kadar mümkün gören görüş için bkz. Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. B., Seçkin, 2020, s. 368.; Aynı yönde görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 671.

¹³⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 533.

¹³¹ Bu görüşü savunan kimi müelliflere göre söz konusu eşya küçük (?) bir küpe ise ve bu küpe cebe konulursa fiili hakimiyet o esnada kurulacağından suç o esnada tamamlanır. Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18.B., s. 523. Bu okumayla evden alınan bir cep telefonunun, bir tam (yarım? Çeyrek? Gram?) altının, bir külçe altının alınması halinde de suç tamamlanacaktır. O halde evin içinde üzerinde küpe bulunan veya anılan bu eşyalar bulunan fail yakalandığında suç tamamlanmış olduğundan teşebbüsten söz edilmeyecektir. Suçun tamamlandığı kabul edilirse, hak sahibinin malın iadesini istemesi ve failin bunu iade etmemek için cebir veya tehdide başvurması yağma suçuna vücut vermeyeceği için ayrı/müstakil suçlar olarak kabul edilip cezalandırılacaklardır.

aleyhine bir durumun ortaya çıktığı söylenmelidir. Bize göre bu görüş aleyhe kıyas olarak nitelendirilebilecek ve bu sebeple de kanunilik ilkesine aykırı kabul edilebilecek niteliktedir.

Hırsızlık suçunun tamamlanmasından sonra ancak sona ermesinden önce cebir veya tehdit fiillerine başvurulması halinde ilgili suçların yağma suçu olarak nitelendirilemeyeceği genel kabul görmektedir.¹³²

b. İştirak

Suçun tamamlanma ve sona erme zamanlarının tespiti yukarıda da açıkladığımız üzere iştirak üzerinde de etki doğurmaktadır. Suçun tamamlanma aşamasını mutlak fiili hakimiyetin kurulması anına kadar ileriye götüren görüş açısından, fiil sıcak takip veya ev içinde bulunma halinde teşebbüs aşamasında olduğundan, her türlü iştirak mümkündür. Suçun tamamlanma anını fiilen bulunduğu yerden alma görüşü çerçevesinde ele aldığımızda, suç almakla birlikte tamamlanmış ancak sıcak takip yahut ev içinde bulunma söz konusu olduğunda halen sona ermediğinden, iştirak temadi gösteren suçlarda olduğu gibi mümkün olacaktır. Konu iştirak düzenlemelerine ilişkin genel okumalardan ayrışmayı gerektirmediğinden ayrıntılı ele alınmamıştır.

c. İçtima

Hırsızlık suçunu temadi gösteren bir suç olarak kabul ettiğimizde içtima durumunu Alman hukukuna ilişkin bölümde de belirttiğimiz şekilde genel hükümler doğrultusunda çözümlenmek gerekmektedir. Ani suç olarak kabul ettiğimizde de teşebbüs sahasının geniş tutulduğu süreçte içtima durumu yine genel hükümler çerçevesinde çözümlenmektedir. Konu içtima düzenlemelerine ilişkin genel okumalardan ayrışmayı gerektirmediğinden ayrıntılı ele alınmamıştır.

SONUÇ

Hırsızlık ve yağma suçlarına ilişkin madde metinlerini okuduğumuzda, her iki suçun da ani hareketle işlenen, temadi gösterebilen, salt hareket suçları olduğu o sebeple alma, teslim alma fiillerinin gerçekleşmesiyle tamamlandıkları ancak suç konusu üzerinde mutlak fiili hakimiyet kurmalarıyla suçların sona erdiği kabul edilmelidir.

Buna karşılık her iki maddeyi madde gerekçeleriyle birlikte okuduğumuzda malı (teslim) almanın suçun tamamlanmasına yetmediği

¹³² Aynı yönde Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 382.

bunun için failin ayrıca hırsızlık veya yağma suçuna konu malı mutlak fiili hakimiyet sahasına koyması gerektiği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır.

Hırsızlık suçunun madde gerekçesinde “*almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir*” şeklindeki paragraf ile yağma suçunun madde gerekçesinde “*malın teslim edilmesi veya alınması, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesini, mağdurun bu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesini ifade eder*” şeklindeki paragraf eş anlama tekabül etmektedirler. Hırsızlık suçunda ilgili paragrafın devamında “*bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır*” cümlesine yer verilmişken, yağma suçunda bu cümleye yer verilmemiştir. Bu durum uygulama ve öğretide iki suçun tamamlanma ve sona erme zamanlarını farklı değerlendirme, farklı zaman aralıklarına koymaya sebebiyet vermiştir. Ancak paralellik gösteren hırsızlık ile yağma suçlarının tamamlanma ve sona erme zamanlarının da aynı olması şarttır.¹³³ Zira yağma suçunun içinde de bir hırsızlık suçu vardır.¹³⁴ Eğer yağma suçunun içinde bulunan hırsızlık suçu (mal failin mutlak fiili hakimiyetine geçmediği gerekçesiyle) tamamlanmamıştır diyeceksek, cebir/ tehdit suçu ile hırsızlık suçunun toplamından oluşan bileşik suç olan yağma suçu da tamamlanmamıştır demeliyiz. Şayet ilkinde tamamlanmıştır diyorsak, ikincisine de tamamlanmıştır demeliyiz. Aksi/bağımsız bir okuma bu suçlar arasında bir bağ olmadığı anlamına gelir ki bu kabul edilemez. Öğretide bu paralellikten uzaklaşmış yazarlar bulmak mümkün olduğu gibi uygulamada bu paralellikten uzak sayısız karar bulmak mümkündür.¹³⁵

¹³³ Aynı yönde Dönmezer, s. 433.

¹³⁴ Aynı yönde görüş ile yağma suçunun manevi unsurunun tespit edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Fatih Birtek, “Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı”, 2020, S. 44, CHD, Aralık 2020, s. 697.

¹³⁵ Öğretide yağma suçunun tamamlanma zamanı ile hırsızlık suçunun tamamlanma zamanını farklı değerlendiren görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, CHÖH, 18. B., s. 533, s. 614.; aynı şekilde Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 615, 659.; Hırsızlık suçunun oluşumunda malın alınmasını fiili alma olarak nitelendiren kimi yazarların yağma suçunun tamamlanması açısından açıklama yaparken iki suçun farklı zamanlarda tamamlandığı görüşünü belirtmek suretiyle çelişkiye düşmüşlerdir. Anılan bu yazarlar yine de yağma suçunun malın fail tarafından fiziki olarak ele alınmasıyla tamamlanacağını belirtmek suretiyle hırsızlık suçundaki görüşleriyle paralel bir sonuca ulaşmış oldukları görülmektedir. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 406.; Bize göre paralellik sağlamak şart olduğundan hırsızlıkta suçun tamamlanması için mutlak fiili hakimiyet aranıyorsa aynı kıstas yağma suçunda da aranmalıdır. Bu yönde paralel görüş için bkz. Koca/Üzülmez, CHÖH, 6.B., s. 666.

Bize göre bu yorum kabul edilemez ve bu sebeple hırsızlık ve yağma suçları alma fiilinin gerçekleşmesi ile tamamlanır.¹³⁶ Ancak Türk öğreti ve uygulamasında failin malı mutlak fiili hakimiyetine koyması gerektiği görüşü hırsızlık suçu için yerleşmiştir.¹³⁷ Aynı şekilde yağma suçunda ise fiili hakimiyetin suçun tamamlanması için aranmadığı fikri yerleşmiştir.

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, hırsızlık suçunun mağduru suçta konu malın zilyedir. Zilyedin haklı yahut haksız zilyet olmasının bir önemi yoktur. Zilyet aynı zamanda malik değilse, işlenen suçun mağduru zilyet, suçtan zarar göreni ise malik olacaktır. Bize göre zilyetlik özel hukuktan farklı değerlendirilemeyeceğinden zilyet yardımcısı ceza hukukunda da zilyet yardımcısıdır ve zilyet olarak kabul edilemez. Zilyetlik korunan hukuksal değer, mağdur ve rıza vermeye ehil kişi bazında ehemmiyetli olduğundan ancak bu başlıklarla bağlantılı olarak hırsızlık ve yağma suçlarında belirleyici olmalıdır. Bu sebeple malın bulunduğu yerden alımı, zilyetlikle veya farazi (malın fiziki olarak bulunduğu yerden alınmasından ayrık) herhangi bir şekilde açıklanamaz (açıklanamamalıdır). Kanunilik ilkesi de bu şekilde değerlendirme yapmamızı zorunlu kılmaktadır. Bulduğu yerden almayı bu şekilde açıkladıktan sonra, suçun tamamlanma esnasını da bununla açıklamış olacağız. Suçun sona ermesi ise mutlak fiili hakimiyetin kurulmasıyla gerçekleşmiş olacaktır.

Hırsızlık suçundan elde ettiğimiz bu kıstaslarla yağma suçunu değerlendirdiğimizde, yağma suçunun tamamlanması ve sona ermesi de hırsızlık suçunun tamamlanması ve sona ermesi ile eşzamanlı olmalıdır. Dolayısıyla biz hırsızlık ve yağma suçlarının alma (teslim alma veya alımına ses çıkarmama halinde alma) ile tamamlandığını, mutlak fiili hakimiyetin kurulmasıyla da sona erdiğini kabul etmekteyiz. Bu bakışla hırsızlık ve yağma suçlarının tamamlanması ile sona ermesi aşamalarında başvuru cebir veya tehdidin bağımsız yeni suç olarak cezalandırılması gerektiğini savunmaktayız. Öğretide de savunulduğu üzere yağma benzeri hırsızlık suçuna 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.¹³⁸ Ancak bu düzenleme getirilmiş olsa da kanuni tipte yer verilmediği sürece bu durumun yağma sonrası başvuru cebir veya tehdidi kapsamayacağı düşüncesindeyiz. Olması gereken kanun düzenlemesinde de yağma sonrası başvuru malı

¹³⁶ Aynı yönde Malkoç, s. 221.

¹³⁷ Eski TCK döneminde de bu uygulamanın olduğu gözlemlenmektedir. Bkz. Malkoç, s. 221.

¹³⁸ Erdem/Şentürk, s. 673.

korumaya yönelik cebir veya tehdidin yağma benzeri hırsızlık suçuna vücut verebileceğine yer verilmemelidir. Aynı şekilde bize göre yağma suçunun araç ve amaç suçları arasında bir öncelik ve sonralık ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Eski TCK (m. 495/2) düzenlemesi incelendiğinde kanun koyucunun, mevcut yağma düzenlemesi kapsamında kalmadığı gerekçesi ile hırsızlık suçunun icra hareketleri ile başlayan ve daha sonra cebir veya tehdit suçlarının eklenmesiyle sonuçlanan halleri ayrıca düzenleme gereği duyduğu görülmektedir.¹³⁹ O halde hırsızlık suçu teşebbüs¹⁴⁰ aşamasındayken yahut hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra (ama sona ermeden önce) failin malik yahut zilyede (eski kanun ve mevcut ACK düzenlemelerine göre herhangi bir üçüncü kişiye¹⁴¹) karşı cebir veya tehdide başvurusu doğrudan yağma olarak nitelendirilip cezalandırılmaz. Öyle ki eski TCK kanun koyucusu da bu boşluğu dikkate almış ve bu hallere ikinci bir fıkrada yer vermiş ancak failin yağma suçunun cezasıyla cezalandırılacağını belirtmiştir. Kanun değişikliği yapılması halinde Alman ve eski TCK düzenlemelerinden farklı olarak bu suçun yalnızca hırsızlık suçuna konu malın sahibine karşı

¹³⁹ Malkoç, s. 221.

¹⁴⁰ YCGK'nın o dönem vermiş olduğu bir kararda, kurul somut olaydaki fiili hırsızlık suçuna teşebbüs olarak kabul etmiş olmasına rağmen, evden bir şey almadan kaçan failin yakalanmak üzereyken ev sahibine bıçak çekmesi halinde yağma benzeri hırsızlık suçunun oluşmadığı neticesine varmıştır. "Sanığın eve girmek ve çalınacak bir şeyler aramakla başlayıp, müştekinin karısının bağırması üzerine kaçmasıyla biten hareket ve davranışlardan oluşan eylemi hırsızlık suçunu oluşturur. Bu fiil, çalınacak bir şeyi almadan kaçmakla son bulmuştur. Bundan sonraki devrede kaçarken kendisini yakalamak isteyen müştekiye direnmesi ve bıçak çekmesi, ne hırsızlık suçunu yağmaya dönüştürür, ne de bunu birinci eylemiyle bağlantılı kılar. Sanığın ikinci eyleme yeni, değişik, ayrı bir kasıtle işlenmiştir. Bu sebeple hırsızlık suçundan verilen hükmün onanmasına". Karar için bkz. YCGK 24.10.1988, 6/305-387; Kararı daha önce zikreden Malkoç, s. 225. Bize göre bu olayda hırsızlık suçunun tipik alma fiiline ön gelen bir hareket söz konusu olmadığından (fail almak istediği bir şey görüp onu almaya yeltenmemiş olduğundan) hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusu değildir. Hırsızlık suçuna teşebbüs söz konusu olmadığından yağmaya dönüşen hırsızlıktan söz etmek de doğru olmayacaktır. Konut dokunulmazlığının ihlali ve sonradan gerçekleşen cebir suçlarının oluştuğu ve tamamlandığı ise kabul edilmelidir. Ancak baskın olarak kabul gören ve hırsızlık ile cebir veya tehdit suçları arasında öncelik ilişkisini kabul etmeyen görüşe göre yol aldığımızda ortada bir hırsızlığa teşebbüsün olduğunu kabul ettiğimiz anda olayda fiilin yağma suçuna teşebbüse dönüştüğünü kabul etmek gerekecektir. Bize göre bu yanlış bir yorum olacaktır.

¹⁴¹ Alman hukukundaki düzenlemede hırsızlığın tamamlanmış olduğu haller yağma benzeri hırsızlık suçu olarak nitelendirilirken, hırsızlığın teşebbüs aşamasında olduğu hallerde eklenen cebir veya tehdit hallerinin yağma olarak nitelendirildiği baskın görüş olarak kabul görmektedir. Eski Türk kanun koyucusunun ise bu teşebbüs sahasını da yağma benzeri hırsızlık olarak nitelendirdiği görülmektedir. Aynı şekilde Alman hukukunda yer verilmeyen kendisini veya şerikini cezadan kurtarmak kastı/maksadıyla cebir veya tehdit kullanımı da Türk hukukunda ilgili davranışı yağma benzeri hırsızlık suçuna dönüştürmektedir.

işlenebileceği düzenlenmelidir. Olay esnasında suç mahallinde bulunan üçüncü kişilere karşı malı iade etmeme yahut yakalanmama amaçlı cebir veya tehdit kullanımı yağma benzeri suçun tipikliğinin dışında tutulmalıdır. Aksi durumda malvarlığına karşı suçun mağdurunun tespiti sorunlu hale gelecektir. Bu hallerde fiillerin ayrı değerlendirilip cezalandırılması kişilere karşı işlenen suç olmaları hasebiyle daha tutarlı olacaktır.

Sonuç olarak hırsızlık suçuna ilişkin madde gerekçesine rağmen, alma fiiline ilişkin yapılan değerlendirmelerin kanunilik ilkesi ile örtüşmediği ve bu geniş değerlendirmeden vazgeçilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Artuk M. E / Gökçen A / Alşahin M. E / Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. B., Adalet, 2019.
- Bayraktar K ve diğerleri, Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, Onikilevha, 2018.
- Birtek F, “Yağma Suçu Bakımından Yarar Sağlama Amacı”, 2020, 44, CHD, s. 673-709.
- Bosch N, Schönke/Schröder/Bosch Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Centel N / Zafer H / Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, 4.B., Beta, 2017.
- Centel N / Zafer H / Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. B., Beta, 2020.
- Dehne-Niemann, J, “Räuberischer Diebstahl eines nicht beutebesitzenden Vortatmittäters?”, 2015, NStZ, s. 251- 255.
- Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. B., Beta, 2001.
- Eisele J, Strafrecht Besonderer Teil II, Eigentumsdelikte und Vermögensdelikte, 5. Auflage, Studienreihe Rechtswissenschaften, Kohlhammer, 2019.
- Erdem, M. R / Şentürk C, “Hırsızlığın Yağmaya Dönüşmesi (Dolaylı Yağma)”, 2017, 16(2), İKÜHFD, s. 651-674.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. B., Adalet, 2019.

- Heghmanns M, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, Springer, 2009.
- Hilgendorf E / Valerius B, Strafrecht Besonderer Teil II, C.H. Beck, 2017.
- Jakobs G, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, De Gruyter, 1991.
- Kindhäuser U / Böse M, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 10. Auflage, Nomos, 2019.
- Kindhäuser U / Zimmermann T, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Nomos, 2020.
- Koca M, Yağma Cürümleri, Seçkin, 2003.
- Koca M / Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. B., Seçkin, 2020.
- Koca M / Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. B., Adalet, 2019.
- Krey V / Hellmann U / Heinrich M, Strafrecht Besonderer Teil, Band II, 17. Auflage, Kohlhammer, 2015.
- Kudlich H / Aksoy D, “Eins, zwei oder drei? Zum Verhältnis von Raub, räuberischem Diebstahl und räuberischer Erpressung in der Fallbearbeitung”, 2014, JA, 81-87.
- Malkoç İ, “Hırsızlık Suçunun Yağma Suçuna Dönüşmesi”, 1990(2), TBB Dergisi, s. 219-228.
- Mitsch W, Strafrecht Besonderer Teil II, Vermögensdelikte, 3. Auflage, Springer, 2015.
- Özbek V / Doğan K / Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. B., Seçkin, 2019.
- Özen M, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. B., Adalet, 2019.
- Rengier R., Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 22. Auflage, Grundrisse des Rechts, C.H. Beck, 2020.
- Sander G, § 252 StGB, in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2017, (MüKoStGB/Sander, § 252 Kn. 1.).
- Schmidt R, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Auflage, RS Verlag, 2015.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. B., Yetkin, 2014.
- Tezcan D / Erdem, M. R / Önok, R. M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,

18. B., Seçkin, 2020.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. B., Seçkin, 2018.

Öztürk B / Erdem M. R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. B., Seçkin, 2020.

Yaşar E, “Alman Hukukunda Seçimlik Fiil/Suç Cezalandırması”, in Mahmut Koca (ed.), Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin, 2020, s. 1265-1298.

Wittig P, Beck Online Kommentar StGB, 49. Auflage, C.H. Beck, 2021, StGB § 252

Yazıcıoğlu Y, “Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayırımı”, 2013, 19(2), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üni. HAD, s. 757-795.

Yenisey F / Plagemann G, Alman Ceza Kanunu / Strafgesetzbuch (StGB), 2. B., Beta, 2015.

CEZA HUKUKUNDA YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÇATIŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Ziya KOÇ*

ÖZ

Ceza hukukunun temel görevi hukuki değerleri korumaktır. Hukuki değerlerin korunması amacıyla ceza kanunlarında çeşitli yükümlülükler öngörülmüştür. Bu yükümlülükler genellikle kaçınma şeklindedir. Ancak, hukuki değerlerin aktif bir biçimde korunması amacıyla istisnai hallerde hareket yükümlülüklerine de yer verilmiştir. Bu yükümlülükler arasında bazı durumlarda çatışmalar meydana gelebilir. Doktrinde buna yükümlülüklerin çatışması denilmektedir.

Yükümlülüklerin çatıştığı hallerde öncelikle yükümlülük öngören normların bir muhatabı bulunmalıdır. Bu yükümlülükler aynı anda meydana gelmeli ve bunların yan yana yerine getirilmeleri mümkün olmamalıdır. Yükümlülüklerden birinin yerine getirilmesi ile kişi sorumluluktan kurtulmalıdır.

Yükümlülüklerin çatışması iki düzeyde gerçekleşir: Birinci düzey, hukuki değerlerle bağlantılı olarak menfaatler düzeyidir. İkinci düzey ise yükümlülükler seviyesinde meydana gelir. Görünüş şekilleri itibarıyla yükümlülüklerin çatışması farklı şekillerde görülebilir. Çatışma türlerine göre uygulanacak hükümler değişmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Yükümlülük, çatışma, hukuki değer, ceza hukuku, hukuka uygunluk nedeni.*

LEGAL NATURE AND APPEARANCE OF CONFLICT OF DUTIES IN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The main duty of criminal law is to protect legal values. In order to protect legal values, various obligations are stipulated in the criminal laws. These obligations are usually in the form of avoidance. But in exceptional cases, obligations to act are also included in order to actively protect legal values. Conflicts may occur between these obligations in some cases. In the doctrine, this is called a conflict of obligations.

* **Dr.**, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Bölge Adliye Mahkemesi/ADANA, **e-posta:** ziyakoc@yahoo.com

ORCID: 0000-0002-0160-1997

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018797

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18/08/2021

In cases where obligations conflict, first of all there must be an addressee of the norms that stipulate obligations. These obligations must occur at the same time and cannot be fulfilled side by side. With the fulfillment of one of the obligations, the person must be escaped of responsibility.

Conflict of obligations occurs at two levels. The first level is the level of interests in relation to legal values. The second level occurs at the level of obligations. In terms of their appearance, the conflict of obligations can be occur in different ways. The provisions to be applied vary according to the types of conflict.

Keywords: *Conflict of duties, clash, legal value, criminal law, reason for lawfulness.*

GİRİŞ

Yükümlülük içeren normlar sadece ceza hukukunun konusunu oluşturmaz. Ahlaki ve dinî hükümler gibi diğer sosyal düzen kuralları da yükümlülükler öngörebilir. Yükümlülüklerin çatışması temel olarak ceza hukukunda düzenlenen yükümlülükler arasında meydana gelir. Bazı durumlarda dinî ve ahlaki yükümlülüklerle ceza hukukunda öngörülen yükümlülükler arasında bir çatışma gerçekleşebilir.

Mitolojik kaynaklarda yükümlülüklerin çatışmasına rastlanmaktadır: Eski Yunan'da Agamemnon, komutasındaki askerler ile deniz seferine çıkar ve yolculuk esnasında rüzgâr kesilince hareket edemezler. Gemide bulunan din adamı, rüzgârın yeniden esmesi için Agamemnon'a kızını kurban etmesini ve bunun bir Tanrı buyruğu olduğunu söyler. Agamemnon, kızının hayatını korumakla yükümlü olduğu gibi komutan olması sebebiyle askerlerini kıyıya çıkarmakla da yükümlüdür. Felsefede bu hikâye yükümlülüklerin çatışmasına örnek gösterilmiştir¹. Yine semavi dinlerde kabul edilen İbrahim kıssası da yükümlülüklerin çatışmasına verilebilecek bir diğer örnektir. İbrahim, Tanrının buyruğunu bir peygamber olarak yerine getirmek ve oğlu İsmail'i öldürmemek üzere iki yükümlülükten birini seçmek zorunda kalır².

¹ William A. Hart, "Nussbaum, Kant and Conflicts Between Duties", 1998, 73(286), The Journal of the Royal Institute of Philosophy, s. 609.

² Stephen R. Palmquist/Philip McPherson Rudisill, "Three Perspectives on Abraham's Defense against Kant's Charge of Immoral Conduct", 2009, 89(4), The Journal of Religion, s. 467; Philip L., Quinn, "Agamemnon And Abraham: The Tragic Dilemma Of Kierkegaard's Knight Of Faith", 1990, 4(2), Literature and Theology, s. 181.

Ceza hukuku bakımından yükümlülüklerin çatışması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Kaçınma ve hareket yükümlülükleri bağlamında çeşitli görünüş şekilleri ortaya çıkabilir. Kaçınma yükümlülükleri, kaçınma ve hareket yükümlülükleri, hareket yükümlülükleri arasında bir çatışma meydana gelebilir.

Doktrinde yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliği ve çatışma hallerinde uygulanacak hükümler ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Kimi görüşler meseleyi zorunluluk hali bağlamında ele almakta; kimi görüşler ise bunun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmektedir. Bunun yanında yükümlülüklerin çatışmasının bağımsız bir kurum olup olmadığı da tartışma konusudur. Çalışmamızda doktrindeki görüşlerin bir değerlendirmesine ve kurumun hukuki niteliği ve yükümlülüklerin çatışmasının görünüş şekilleri ile ilgili tespitlere yer verilecektir.

Çalışmamızın birinci bölümünde yükümlülük ve yükümlülüklerin çatışması kavram boyutu ile ele alınacaktır. İkinci bölümde kurumun hukuki niteliği ile çatışma düzeyleri incelenecektir. Üçüncü bölümde ise yükümlülüklerin çatışmasının görünüş şekillerine yer verilerek çatışmanın türlerine göre uygulanması gereken hükümlerin tespitine çalışılacaktır.

I. KAVRAM-TANIM

Yükümlülük, sözlük anlamı itibarıyla “*Yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu, yükümlülük, yüküm, mükellefiyet, mecburluk, mecburiyet*” anlamlarına gelir³. Doktrinde yükümlülük ile aynı anlamda görev terimi de kullanılmaktadır⁴. Görev, başka bir deyişle vazife “*bir kimsenin yapmakla yükümlü olduğu iş*” demektir⁵. Kanaatimizce, doktrinde, genel olarak kabul edildiği üzere, yükümlülük teriminin kullanılması daha uygundur⁶.

³ www.sozluk.gov.tr erişim tarihi 22.04.2021.

⁴ Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, 2010, 5(45), Terazi Hukuk Dergisi, s. 87-104; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 319.

⁵ İsmail Parlatur, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, 5. Bası, Yargı Yayınları, 2012, s. 1784.

⁶ Terim için bkz. Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 414; Hakan Hakeri, Genel Hükümler, 22. Bası, Adalet Yayınevi, 2019, s. 379; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 523; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 343; Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, 2013, 8(21), Ceza Hukuku Dergisi, s. 119.

Yükümlülük öncelikle bir tekliften ziyade bir zorunluluğu ifade eder. Dolayısıyla içeriği itibarıyla, iki özne arasındaki insan davranışına yönelik belirli bir ilişkidir. Şayet bir talep insanın yerine getiremeyeceği bir şeye yöneltilirse bu talep anlamlı olmaktan çıkar ve keyfi olmaktan öteye geçemez⁷. Bunun yanında, bir yükümlülük varsa bir de bunu yerine getirmesi gereken bir kişinin bulunması gerekir. Kendisine özgürlük ve akıl verildiği için yalnızca insan yükümlülüğün taşıyıcısı olabilir. Aynı zamanda bu kişi çeşitli olasılıklar içinden birini seçme yeteneğine sahip olmalıdır⁸.

Yükümlülüklerin kaynağı çeşitli olabilir. Bu yükümlülükler hukuki olabileceği gibi dinî, sosyal ya da bireysel ilişkilerden de kaynaklanabilir. Dinî yükümlülükler insanın Tanrı ile sosyal yükümlülükler insanların birbiri ile bireysel yükümlülükler ise kişinin kendisi ile ilgilidir. Hukuki yükümlülüklerin kaynağı ise hukuki normlardır⁹.

Ceza hukuku bakımından yükümlülük kavramı doktrinde öncelikle bu yükümlülüğün kaynağı bağlamında ele alınmıştır. Kimi yazarlara göre dikkate alınması gereken yükümlülükler sadece pozitif hukuk normlarının öngördüğü yükümlülüklerdir. Diğer bazı yazarlar ahlaki normların da bir yükümlülük kaynağı olabileceğini kabul ederler. Ancak, her halde bağlayıcı nitelikte bir yükümlülüğün varlığı aranmaktadır. Bu sebeple yükümlülük terimi ile ihmali suçlar arasında yakın bir ilişki vardır¹⁰.

Ceza hukuku, suç teşkil eden fiilleri ve bunlara uygulanacak yaptırımların neler olduğunu gösterir. Ceza normlarının temelinde bir zorlama vardır. Bu sayede kişilerin hukuk kurallarına uygun davranmaları sağlanır¹¹.

Ceza hukuku emir ve yasaklar içeren normları ile toplumsal yaşamı korur¹². Dolayısıyla her ceza normunun temelinde yaşamsal bir yarar hakkındaki olumlu bir değer yargısı bulunur. Temel toplumsal değerlerin

⁷ Konu ile ilgili olarak doktrinde Hruschka, biri yükümlülük düzeyi ötekisi yapılabirlik düzeyi olmak üzere iki düzeyin olduğunu ileri sürmüştür. Kişiyi “kapıyı kapat” diye emrediliyorsa, muhatabının kapıyı kapatabilecek durumda olması gerekir. Joachim Hruschka, “Justifications and Excuses: A Systematic Approach”, 2005, 2(2), Ohio State Journal Of Criminal Law, s. 409.

⁸ Otto Harro, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, de Gruyter, 1965, s. 5.

⁹ Harro, s. 5, 15.

¹⁰ Görüşler için bkz. Bacaksız, s. 124.

¹¹ Koca/Üzülmez, s. 29-30.

¹² Koca/Üzülmez, s. 29-30.

ihlal edilmesi halinde ceza hukuku müdahale etmek suretiyle görevini yerini getirir¹³.

Hukuki değerler, fiilin üzerinde icra edildiği ve suçun konusunu oluşturan insan veya şey gibi somut, gerçek, duyu organları aracılığıyla algılanabilir varlıklar değil; toplumsal düzenin devamı için korunması gereken soyut, manevi, ideal değerlerdir. Kişi suç işlemekle bu ideal değerleri tanımadığını, bunların geçerliliğine karşı çıktığını göstermiş olur¹⁴.

Ceza hukuku belli davranışları yasaklamak veya belli davranışları emretmek suretiyle hukuki değerleri korur. Bu yasak veya emir içeren hükümlerin arkasında temel toplumsal-etik yükümlülükler bulunur. Bu yükümlülükleri diğer yükümlülüklerden ayıran husus, ihlal edilmeleri halinde bir ceza yaptırımını öngörülmesidir¹⁵.

Ceza hukukunda normların çoğu yasak içeren normlardır. Örneğin, birinin kafasına silah dayamak yasaktır. Keza, başkasına ait bir malı o kişinin rızası olmaksızın bulunduğu yerden almak da yasaktır. Şayet kişi kasten hukuken korunmuş bir değeri ihlal ederse belli bir biçimde davranışta bulunmama şeklindeki yükümlülüğüne de uymamış olur. Bu tür normlar bir kaçınma yükümlülüğü (Unterlassungspflicht) öngören normlardır¹⁶. Buna göre, fail başkasının kafasına silah dayarsa nitelikli tehdit suçu (TCK m. 106/2-a); başkasına ait bir malı bulunduğu yerden alırsa hırsızlık (TCK m. 141) suçu oluşur.

Ceza hukukunda bir hareketin yapılmasının emredildiği (Handlungspflichten) yükümlülükler de vardır. Kanun koyucu bazı durumlarda hukuki değerlerin korunması amacıyla aktif bir davranışta bulunmayı emretmiştir. Bunlar emir normlarıdır. Örneğin, bir baba çocuklarının açlıktan ölmemesi için onları beslemekle yükümlüdür. Babanın bu yükümlülüğünü ihmal etmesi

¹³ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Adalet Yayınevi, 2019, s. 46.

¹⁴ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 436.

¹⁵ Koca/Üzülmez, s. 31. Ceza hukukunun üstlenmiş olduğu bu fonksiyon TCK'nın 1. maddesinde ifade edilmiştir: “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir*”.

¹⁶ Till Zimmermann, “Justification or Excuse-The Collision of Positive Duties in German Criminal Law”, 2014, 78(3), The Journal of Criminal Law, s. 263.

halinde öldürme suçu işlenmiş olur¹⁷.

Yükümlülüklerin çatışması veya yükümlülük nedenlerinde çatışma (Kollision von Pflichtgründen), ihmali suçlarla bağlantılı olarak, failin birden çok hukuki yükümlülük ile karşılaştığı, ancak bunlardan birini yerine getirebildiği, kanunda düzenlenmeyen, kendine has bir hukuka uygunluk nedenidir¹⁸. Yükümlülüklerin çatışması kanunda düzenlenmemekle beraber doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir¹⁹.

Başka bir tarife göre yükümlülüklerin çatışması, normun muhatabının birden çok hukuki manada hareket yükümlülüğü ile karşılaştığı; bu yükümlülüklerden ancak birini yerine getirilebildiği ve ne yaparsa yapsın diğer yükümlülüğü ihlal ettiği durumlarda vardır²⁰. Doktrinde, yükümlülüklerin çatışmasının objektif unsurunun en az iki yükümlülüğün çatışması olduğu ifade edilmiştir²¹. Ancak, fail en başından beri alternatif yükümlülüklerden birini yerine getirmekle sorumludur. Bu görevlerin kümülatif bir biçimde yerine getirilmesi mümkün değildir. Yerine getirilen yükümlülük bakımından norma uygun davranılmakta, yerine getirilmeyen yükümlülük bakımından ise bir norm ihlali bulunmamaktadır²². Hukuken kabul edilmek koşulu ile bu yükümlülüklerin kaynağının bir önemi yoktur. Bu yükümlülükler, genel yardım yükümlülüğünden kaynaklanabileceği gibi garantör yükümlülüklerden de kaynaklanabilir²³.

Yükümlülüklerin çatışmasında fail, kaçınılmaz biçimde bir ikilemin içine düşmekte ve iki yükümlülüğün birini yerine getirme noktasında tercih

¹⁷ Zimmermann, s. 263.

¹⁸ Doktrinde, yükümlülüklerin çatışmasını ifade etmek üzere “ekstra sistematik hukuka uygunluk nedeni (extrasystematischer Rechtsfertigung)” terimi kullanılmıştır. Açıklamalar için bkz. Detlev Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Bası, C.H. Beck, 2019, § 32 ff, Rn. 71/72.

¹⁹ Özbek-Doğan/Bacaksız, s. 343; Hakeri, Genel Hükümler, s. 379; Koca/Üzülmez, s. 414; Markus Ebner, “Die Rechtfertigende Pflichtenkollision im Verkehrsstraf Und-Ordnungswidrigkeitenrecht”, 2006, 6, Zeitschrift Für Die Praxis Des Verkehrsjuristen, s. 202.

²⁰ Johannes Welzel/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Bası, C.F. Müller Verlag, 2009, § 16, Rn. 735; Hakeri, Genel Hükümler, s. 379.

²¹ Thomas Rönnau, “Grundwissen-Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision”, 2013, 63(1), JuS, s. 115.

²² Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Bası, Springer, 2009, § 3, Rn. 43, 71.

²³ Joachim Bohnert/Benjamin Krenberger/Carsten Krumm, Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar, 6. Bası, C.H. Beck, 2020, § 16, Rn. 26.

zorunluluğu ile karşılaşmaktadır. A ya da B şeklinde ortaya çıkan, en az iki yükümlülüğün söz konusu olduğu ve bunlardan sadece birinin diğerinin pahasına yerine getirilmesinin mümkün olduğu durumlara yükümlülüklerin çatışması denir²⁴. Yükümlülüklerin muhatabının bu ikilemin bilincinde olması gerekir. Doktrinde buna yükümlülüklerin çatışmasının sübjektif unsuru denilmiştir²⁵.

II. HUKUKİ NİTELİK

Yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliği ile ilgili temel tartışma, kurumun bir zorunluluk hali veya bir hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Meselenin hukuki niteliğinin belirlenmesi yükümlülüklerin çatışmasına bağlanacak hukuki sonuçların tayini bakımından önemlidir.

Alman hukukunda konu ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yükümlülüklerin çatışmasının kusurluluğu ortadan kaldırdığını savunan yazarlara göre, fail aynı anda birden fazla yükümlülük ile karşılaştığında yerine getiremediği yükümlülükler bakımından hukuk sistemi bir ölçüt belirlememiştir. Bunun yanında faile ceza hukuku bakımından bir sorumluluk yüklenemeyeceği de açıktır. Fiil hukuka aykırı olmakla birlikte fail kusurlu sayılamayacaktır²⁶.

Kusur taraftarlarına göre, her koşulda Anayasa tarafından tanınan bireysel haklara saygı gösterilmelidir. Özellikle yaşam hakkı faydacı bir yaklaşıma tabi tutulamaz. Bu sebeple, bir kişinin başka bir kişinin kurtarılması için kurban edilmesi kabul edilemez. Bu kişiler arasında hangi saiklerle tercihte bulunulursa bulunulsun keyfiliğin önüne geçilemeyecektir. Bu ise bir nevi birinin yaşamasına, diğerinin ise ölmesine izin verildiği anlamına gelir. Böyle bir çözüm sadece Anayasa'da kabul edilen eşit muamelede bulunma kuralını ihlal etmez, aynı zamanda yaşama hakkının faydacı bir yaklaşıma tabi tutulamayacağı ilkesini de ihlal eder²⁷. Bu durum hukuk sisteminin adaletsizliğinden ziyade istisnai şartların bulunduğu ve bu suretle mağduriyetlerin oluştuğu bir duruma işaret etmektedir. Kurtarmakla yükümlü

²⁴ Rudolf Rengier, in Karlsruher Kommentar zum Gesetz Über Ordnungswidrigkeiten, 5. Bası, C.H. Beck, 2018, §§ 15, 16, Rn. 3.

²⁵ Rönnau, s. 115.

²⁶ Görüşler için bkz. Bacaksız, s. 129.

²⁷ Zimmermann, s. 272.

kişinin yaşadığı ikilem gerçek bir ikilem olmadığından hukuk sistemi bu tür halleri öngören düzenlemelerde bulunamaz. Hukuk sistemi kurtarıcının yaşadığı ikileme cevap veremediğinden bu bağlamda bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemez²⁸. Bu nedenlerle yükümlülüklerin çatışması haksızlığın mazur görüldüğü hallerde tamamlayıcı bir özellik göstermektedir²⁹.

Türk hukuk doktrininde kişinin yerine getirme imkânı olmayan yükümlülükleri ihmal etmesi halinde muaheze edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Buna göre yükümlülüklerin çatışması kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedendir. Söz gelimi, baba çocuklarından ikisini kurtarmakla yükümlüdür. Kanun, bu konuda babaya bir ihmal izni vermemiştir. Keza, kaza nedeniyle ağır yaralanan iki yaralıdan birisini solunum cihazından yoksun bırakma hususunda doktora izin verilmemiştir. Aynı zamanda iki görevin yerine getirilmesinin fiilen mümkün olmadığı böyle olaylarda yükümlülüklerden birisinin yerine getirilmesi, diğerinin ihmal edilmesi kadar önemlidir. Fail, çaresizlik durumunda bilinçli ve yasağı bilerek hareket etmesine rağmen mazur görülür. Bunun nedeninin, failin haksızlığının ve kusurunun kapsamının esaslı olarak azalması olduğu ifade edilmiştir³⁰.

Alman hukukunda meseleyi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşe göre; hukuk sistemi yerine getirilmeyen yükümlülüğe *ex ante* bir değerlendirme ile hukuka aykırı davranış gözüyle bakmadığı için burada bir hukuka uygunluk sebebi vardır. Failin hem daha önemli olan değeri kurtarması hem de eş değerde yükümlülüklerden birini yerine getirmesi halinde fiil hukuka uygun olup, ortada bir haksızlık bulunmamaktadır³¹.

Bu görüş taraftarlarına göre, gerek icrai gerek ihmali suçlarda failin haksızlığı hukuka aykırılık unsurunu da içerdiğinden bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu hallerde fiil suç teşkil etmez ve ceza hukukunda kabul edilen genel hukuka uygunluk nedenlerinin yanında yükümlülüklerin

²⁸ Görüşler için bkz. Zimmermann, s. 272.

²⁹ Görüşler için Fletcher George P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, s. 852.

³⁰ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 240; Demirbaş, s. 319-320.

³¹ Wessels/Beulke, § 16, Rn. 736. Görüşler için bkz. Zimmermann, s. 271. Lencker'e göre kanun koyucu bunun tespitini somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirme yapmak üzere yargıçlara bırakmalıdır. Theodor Lencker, "The Principle Of Interest Balancing As A General Basis Of Justification", 1986, 1986(3), *BYU Law Review*, s. 659.

çatışması da meydana gelir³².

Konuyu hukuka uygunluk kapsamında ele alan yazarlar, Latince bir deyiş olan “impossibilium nulla obligato” ilkesi gereğince hukuk sisteminin kişilerden imkânsız olanı istemeyeceğini, bu sebeple ortada bir haksızlığın bulunmadığını ve fiilin hukuka aykırı olmadığını ileri sürmüşlerdir. Hukuk düzeninin böylesi durumlarda vatandaşına tuzak kuramayacağı, bunun Anayasal açıdan problemlili ve hukuken kabul edilemeyecek sonuçlara yol açacağı ileri sürülmüştür³³. Bu tespitlere bağlı olarak, iki yükümlülükten birinin tercih edilmesi halinde kaderine terk edilen kişi bakımından yükümlülüğün muhatabına karşı meşru savunmada bulunulamaz. Aksi halde mesele zorunluluk hali bağlamında (kusurluluk kapsamında) ele alınacak olursa kurtarılmayı bekleyen kişi ya da onun yakınlarının kurtarıcıya karşı zor kullanmaları hukuka uygundur. Keza, zor kullanılarak normun muhatabının diğer kişiyi tercih etmesi sağlansa dahi bu sefer de kurtarılmasından vazgeçilen kişi bakımından zor kullanma söz konusu olacaktır. Bu ise kurtarma yükümlülüğünün bloke olmasına, hiç kimsenin kurtarılamaması gibi bir tehlike ile karşılaşılmasına sebep olabilir³⁴.

Anglo-Sakson hukukunda zorunluluk hali ile ilgili çalışmalara rastlanmasına rağmen, yükümlülüklerin çatışması pek rağbet görmemiştir. Ancak, Anglo-Sakson hukukunda Fletcher, “Rethinking Criminal Law” adlı eserinde Alman hukukuna atıflarda bulunarak konuyu ele almıştır. Yazar Alman doktrininde zorunluluk, cebir, akıl hastalığı, sarhoşluk gibi gerek dış etkenler ve gerekse bazı yetersizlikler sebebiyle failin iradesini etkileyen nedenlerle pek ilgisi olmayan ek bir kusurluluğu ortadan kaldıran durumun kabul edildiğini ifade etmiştir. Ancak, yükümlülüklerin çatışması esaslı bir biçimde kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden ayrılmaktadır. Bazen öyle durumlar meydana gelir ki fail hangi yükümlülüğü yerine getirirse getirsün öteki yükümlülük ihlal edilmiş olur. O halde hangi yükümlülük tercih edilirse

³² Wessels/Beulke, § 16, Rn. 735.

³³ Ulfried Neumann, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Bası, Nomos, 2017, § 34 Rn. 133; Detlev Sternberg-Lieben, “Corona-Pandemie, Triage Und Grenzen Rechtfertigender Pflichtkollision”, 2020, 38(8), MedR, s. 630. Doktrinde Hruschka, yükümlülük düzeyi ve yapılabirlik düzeyinin “impossibilium nulla obligatio” kuralı ile bağlantılı olduğunu ifade etmiştir. Hruschka, s. 409.

³⁴ Zimmermann, s. 269-272; Ivo Coco Vila, “Conflicting Duties In Criminal Law”, 2019, 22(1), New Criminal Law, s. 39; Michael Bohlander, Principles Of German Criminal Law, Hart Publishing, 2008, s. 96.

edilsin hukuka uygun bir tercih söz konusudur³⁵.

Hukukumuz bakımından doktrinde benzer gerekçelerle yüklümlülüklerin çatışmasının hukuka uygunluk nedenleri kapsamında olduğu ve fiilin suç teşkil etmediği yönünde görüşlere rastlanmaktadır³⁶.

Uygulamada yüklümlülüklerin çatışması eski tarihli bir Yargıtay kararında incelenmiştir. Yargıtay kararına konu olayda, ilçe sağlık ocağında çalışan doktor, ayrıca adli hekimlik görevini de yürütmektedir. Aynı anda hem annesi hastalanmış hem de kuşku bir ölüm sebebiyle Cumhuriyet savcısı tarafından adli hekimlik görevini yapmak üzere çağrılmıştır. Doktor, annesinin tedavisi ile ilgilenmiş, tedavi bittikten sonra savcılığa gitmiştir. Bu arada, otopsi için başka bir doktor çağrılmış ve otopsi işlemi o doktora yaptırılmıştır. Doktor hakkında görevi ihmal suçlaması ile kamu davası açılmış ve doktor mahkûm edilmiştir. Yargıtay, doktorun görevi ihmal kastı ile hareket etmediği kanaati ile yerel mahkemenin kararını bozmuştur³⁷. Yargıtay, meseleyi kast kapsamında değerlendirmiş, hukuka uygunluk nedeni veya zorunluluk hali bağlamında bir değerlendirmede bulunmamıştır. Son dönemde verilen kararlarda da benzer uygulamanın sürdürüldüğü görülmektedir³⁸. Yargıtay'ın meseleyi suçun manevi unsuru kapsamında ele alması kanaatimizce yerinde değildir. Burada iki farklı yüklümlülüğün aynı anda yerine getirilmesinin mümkün olmadığı bir yüklümlülüklerin çatışması durumu vardır.

Yukarıdaki tartışmalardan anlaşılacağı üzere doktrinde yüklümlülüklerin çatışmasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşlere karşın,

³⁵ Fletcher, s. 852-855.

³⁶ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 1992, s. 263; Selçuk, s. 90; Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 258-262; Koca/Üzülmez, s. 414.

³⁷ Yargıtay CGK, 12.10.1981, 281/338. Karar için bkz. Selçuk, s. 93.

³⁸ “sanığın aşamalarda tespit olunan savunmalarında, izinden döneceği sırada 24-25 Ağustos 2016 tarihlerinde babasını Elazığ Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürdüğünü, babasının yaklaşık 1 ay hastanede yattığını, babasının yanında kendisinden başka bakacak bir kardeşinin bulunmaması nedeniyle izinden zamanında dönemediğini belirtmiş olması, sanığın bu savunmalarının kolluk kuvvetleri vasıtasıyla mahallinde yaptırılan araştırma sırasında köy muhtarı A. K.’ın “Sanığın babası M. A.’ın hasta olduğu süreçte yanında hiçbir evladının bulunmadığı, sanık E. A.’ın bu süreçte babasının tedavisi için onu hastaneye götürdüğü” şeklindeki beyanlarıyla doğrulanmış olması ve izin tecavüzünde kaldığı sürenin kısalığı birlikte değerlendirildiğinde, sanığın üzerine atılı suçun manevi unsur itibarıyla oluşmadığı, en azından mevcut delil durumu itibarıyla şüpheli kaldığı sonucuna varılarak, yüklenen suç açısından kast veya taksirinin bulunmaması nedeniyle atılı suçtan sanığın beraatine karar vermek gerekmiştir”. Ankara BAM 9. CD, 20/06/2019, 8798/4941 UYAP.

meseleyi kusurluluk kapsamında kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Konu ile ilgili bir hususu belirtmekte yarar vardır: Hukukumuz bakımından Alman hukukundan farklı olarak zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiştir. Zorunluluk hali kusurluğu ortadan kaldıran; ancak fiilin haksızlığını ortadan kaldırmayan bir nedendir³⁹.

Zorunluluk hali ile yükümlülüklerin çatışması birbirine yakın hukuki kurumlardır. Her iki durumda da fail bir hukuki değeri korumak amacıyla başka bir hukuki değere müdahale etmek zorunda kalır⁴⁰. Ancak, yükümlülüklerin çatışmasının söz konusu olması için ortada fail tarafından yerine getirilmesi gereken birden fazla yükümlülüğün bulunması gerekirken; zorunluluk halinde yükümlülük bağının bulunması şart değildir⁴¹. Keza, mağdurun bakış açısı ile meseleye yaklaşıldığında, zorunluluk halinde diğer bir menfaat daha önemli olduğu için mağdurun katlanma mecburiyeti vardır. Doktrinde bunun sosyal dayanışma ilkesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir. Yükümlülüklerin çatışması halinde ise iki veya daha çok kurtarma çıkarından birisi tercih edilir, diğeri/diğerleri ise ihmal edilir. Bu durum zorunluluk halinin aksine daha çok normun muhatabını ilgilendirir ve onu sorumluluktan kurtarır⁴².

³⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 578; Özgenç, s. 437.

⁴⁰ Bohnert/Krenberger/Krumm, § 16, Rn. 25.

⁴¹ Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 414; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 582.

⁴² Jansen Scarlett, “Pflichtenkollision Bei Triage-Entscheidungen”, 2021, 16(3), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, s. 157. Doktrinde Zimmermann’a göre, daha az kötü olanın tercih edilmesi faydacı bir karaktere sahip gibi görünse de, aslında değildir. Esasen bu hükümler dayanışma ilkesine dayanırlar. Yazara göre Reinhard Merkel’in ifade ettiği üzere dayanışma ilkesi daha az kötülüğün tercih edilmesi ilkesi çerçevesinde uzun vadede bireylerin çıkarlarını koruyamaya hizmet eden bir işbirliği kurumudur. Merkel, Alman CK’nın 34. maddesini bir anlamda yeni tip sözleşmeye dayanan bir düzenleme (neo-contractual arrangement) olarak yorumlamış ve ünlü filozof Rawls tarafından ileri sürüldüğü üzere bir nevi “sosyal sigorta poliçesi” olarak adlandırmıştır: Bugün daha az kötülüğü tercih ederek arabamın camının kırılmasına başka birinin daha üstün çıkarının korunması için vazgeçmekle aslında yarın için karşılıklı olarak tüm vatandaşlardan karşılaşabileceğim ama bilemediğim bir tehlikeden dolayı onlardan fedakârlıkta bulunma hakkı elde etmiş oluyorum. Kim bilir yarın ben de bir telefon kulübesinde sıkışıp kalacağım, yangın tehlikesi geçireceğim ve komşumun arabasındaki yangın söndürücüyü almak için onun da arabasının camı kırılacak. Yazara göre bu yaklaşım, vagon örneği bağlamında farklı sonuçlar doğurmaktadır. Şayet benim hayatım beş kişinin hayatının kurtarılması için feda edilecekse ben öldükten sonra alacağım bir karşılık kalmamış demektir. Rawls’ın teorisi uyarınca meseleye bakıldığında, insanlar bir gün kendi canlarını feda etmeye yol açabilecek hiçbir dayanışma kuralını asla düzenlemeyeceklerdir. Karşılıklılık açısından, kişinin kendi hayatını feda etmesi faydasızdır. Açıklamalar için bkz. Zimmermann, s. 273.

Bir fiilin hukuka aykırılığı tüm hukuk düzeni ile ilgilidir⁴³. Fiil, hukuka uygun kabul edildiğinde hukukun diğer alanlarında da haksız bir davranıştan bahsedilemeyecektir. Bu sebeple, meşru savunmadan veya failin tazmin yükümlülüğünden bahsedilemez. Şayet kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal söz konusu ise o zaman fiil haksız olmaya devam edecektir. Dolayısıyla, fail verdiği zararlar bakımından tazminle yükümlüdür. Keza, iki yükümlülüğün aynı anda yerine getirilmesinin imkânsız olduğu hallerde hukuk kişilerden bunu isteyemez. *Ex post* bir değerlendirme ile failin yaşadığı bu ikilem hakkında bir karar verilmesi mümkün değildir.

Doktrindeki görüş ayrılığının bir diğer yansıması yükümlülüklerin çatışmasının bağımsız bir karakterinin olup olmadığı ile ilgilidir. Doktrinde, yükümlülüklerin çatışmasını zorunluluk halinin bir görünümü olarak kabul eden görüş, kurumun bağımsız bir niteliğinin olmadığını ileri sürmektedir. Alman doktrininde hukuka uygunluk nedeni olan (ve kanunda kabul edilmesi halinde) zorunluluk halinin şartlarının gerçekleştiği durumlarda bu nedenin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu gibi hallerde kanunda öngörülmeyen hukuka uygunluk nedenine gidilmemesi, zorunluluk halinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁴⁴. Günümüzde kabul gören ve baskın olan görüş ise yükümlülüklerin çatışmasının bağımsız ve *sui generis* bir yapıya sahip olduğu yönündedir⁴⁵. Yükümlülüklerin çatışmasının uygulama alanının zorunluluk halinden bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Buna göre yükümlülüklerin çatışması kanunda öngörülmeyen bir hukuka uygunluk nedenidir⁴⁶. Bir başka görüşe göre ise yükümlülüklerin çatışması ekstra sistematik bir hukuka uygunluk nedenidir (extrasystematischer Rechtsfertigung)⁴⁷.

Bunun yanında, kanaatimizce doktrinde yükümlülüklerin çatışmasını bağımsız ve *sui generis* bir yapıda olduğunu kabul eden görüş yerindedir. Aynı zamanda yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliğinin çatışmanın görünüş şekillerine ve eş değerde / farklı değerde yükümlülüklerin çatışmasına göre belirlenmesinde yarar vardır. Bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeni, bazı durumlarda ise zorunluluk halinin gerçekleşmesi mümkündür.

⁴³ Hukuka uygunluk bir kişinin şahsı ile alakalı olmayıp, hareket ile bağlantılıdır. Kişiden ziyade hareketin hukuka uygun olup olmaması söz konusudur. Hruschka, s. 413.

⁴⁴ Akbulut, s. 523.

⁴⁵ Sternberg-Lieben, 32, § Rn. 71/72; Bohlander, s. 95.

⁴⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s. 379. Hruschka, yükümlülüklerin çatışmasının henüz kanunlaştırılmadığını ifade etmiştir. Hruschka, s. 631.

⁴⁷ Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 71/72.

Yükümlülüklerin çatışmasının görünüş şekilleri incelendiğinde çatışmanın türlerine göre hukuki nitelik ile ilgili görüşlerimize yer verilecektir.

III. YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÇATIŞMA DÜZEYİ-ÇİFTE ÇATIŞMA (DOPPELTE KOLLISION)

Doktrinde ifade edildiği üzere yükümlülüklerin çatışmasının bulunduğu hallerde esasen çifte çatışma (doppelte Kollision) vardır⁴⁸. Örneğin, bir kurtarma yükümlülüğünden bahsettiğimizde aynı zamanda bir kurtarma menfaatinden de söz edilir. Buna “hukuki değerlerin korunması yararı” (Rechtsgutserhaltungsinteressen) denilmektedir⁴⁹. Buna göre çatışma iki düzeyde gerçekleşmektedir: Biri yükümlülükler yani kurtarma yükümlülükleri düzeyinde (Pflichtebene); diğeri ise kurtarma yararları düzeyinde (Interessenebene). Ancak, her iki çatışma düzeyi arasında bir paralellik vardır⁵⁰. Madalyonun iki tarafı gibi meselenin bir tarafında yükümlülükler bağlamında normun muhatabı; diğeri tarafında ise korunan hukuki değerler bakımından değerlerin taşıyıcısı temsil edilmektedir⁵¹.

Doktrinde, asıl çatışmanın menfaatler düzeyinde olduğu ifade edilmiş ve yükümlülüklerin çatışmasının temelinde menfaatler çatışmasının olduğu ileri sürülmüştür⁵². Örneğin, babanın görevi boğulmak üzere olan iki çocuğunu da kurtarmaktır. Şayet baba bunlardan sadece birini kurtarabilecek durumda ise o halde asıl çatışan, iki çocuğun kurtarılma menfaatidir. Ancak, kurtarma kapasitesi tüm çıkarları korumak için yeterli olmadığından yardıma ihtiyacı olanlardan birinin hayal kırıklığına uğraması muhakkaktır⁵³.

Bu bağlamda menfaatler düzeyi, yükümlülüklerin değerlerinin belirlenmesi amacına hizmet eder. Bir yükümlülüğün diğeri yükümlülüğe göre daha önemli olup olmaması, korunan hukuki değere ilişkin menfaat ile bağlantılıdır. Bir hareket yükümlülüğünün diğeri göre daha yüksek, daha düşük veya eş değer olarak nitelendirilmesi aynı zamanda daha yüksek, daha düşük veya eş değer olan ilgili kurtarma çıkarının varlığı ile alakalıdır. Bu

⁴⁸ Wilfried Küper, “Probleme der “defizitiaeren” Rechtfertigenden Pflichtenkollision”, 2016, 56(12), JuS, s. 1071.

⁴⁹ Küper, s. 1071.

⁵⁰ Küper, s. 1071.

⁵¹ Küper, s. 1071.

⁵² Coco Vila, s. 41.

⁵³ Jakobs Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Bası, De Gruyter, 1991, §§ 15, Rn. 6.

sebeple, menfaatler düzeyi yüklümlülüklerin çatışmasında birinci düzeyi oluşturmaktadır⁵⁴.

IV. YÜKÜMLÜLÜKLERİN ÇATIŞMASININ GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Bu bölüm altında yüklümlülüklerin çatışmasının görünüş şekilleri incelenecektir. Çatışmanın doktrinde kabul edilen türlerini incelemeye geçmeden önce dar ve geniş manada yüklümlülüklerin çatışmasının ayırt edilmesinde fayda vardır.

Yüklümlülüklerin çatışması doktrinde dar ve geniş manada olmak üzere ikiye ayrılmıştır⁵⁵. Dar manada yüklümlülüklerin çatışması, birden çok hareket yüklümlülüğünün birlikte yerine getirilmesinin mümkün olmadığı bir kombinasyondur. Bununla ilgili bilinen temel örnek, bir babanın boğulmak ya da yanmak üzere olan iki çocuğundan sadece birini kurtarabilmesidir⁵⁶. Günümüzde baskın görüş, yüklümlülüklerin çatışmasını bu tip için öngörmekte, buna gerçek manada yüklümlülüklerin çatışması demektedir⁵⁷. Yüklümlülüklerin çatışması bu birinci türe hasredilmekte ve böylece yüklümlülüklerin çatışmasının, ihmali suçlara has bir durum olduğu vurgulanmaktadır⁵⁸.

Yüklümlülüklerin çatışmasının sadece hareket yüklümlülüklerine hasredilmesi, beraberinde başka tartışmaları da getirmektedir. Çatışmanın birden fazla kaçınma yüklümlülüğü şeklinde meydana gelip gelemeyeceği hususu bu tartışma ile bağlantılıdır⁵⁹.

Geniş manada yüklümlülüklerin çatışması ise hareket ve kaçınma yüklümlülüklerinin birlikte gerçekleşmesidir. Buna verilecek en tipik örnek, apandisti patlayan eşini hastaneye yetiştirmek üzere failin komşusunun arabasını rızası olmadan almasıdır. Bu durumda hareket ve kaçınma

⁵⁴ Küper, s. 1072.

⁵⁵ Rönnau, s. 113.

⁵⁶ Jakobs, §§ 15, Rn. 6.

⁵⁷ Erb Volker, in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Bası, C. H. Beck, 2020, §§ 34, Rn. 47; Rönnau, s. 113; Freund, § 6, Rn. 96.

⁵⁸ Rönnau, s. 113; Hakeri, Genel Hükümler, s. 379.

⁵⁹ Rönnau, s. 113.

yükümlülüklerinin çatışması söz konusudur⁶⁰.

B. KAÇINMA(NEGATİF)YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÇATIŞMASI

Doktrinde birden çok kaçınma yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde de bir yükümlülükler çatışmasının meydana gelebileceği kabul edilmektedir. Yazarlar, bir sürücünün ters yönde ilerlemesi halinde durma, dönme, devam etme ve geri dönme şeklinde tüm hareketlerinin yasak olduğu hatalı sürücü örneği üzerinden bunun mümkün olduğu görüşündedir⁶¹. Bu durumda fail ne yaparsa yapsın bir hareket yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Pozitif yükümlülüklerin yapısı ile benzer şekilde burada bir çatışmanın olabileceği kabul edilmektedir⁶².

Doktrinde aksi yönde kaçınma yükümlülüklerinin çatışmasının mantıken mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Bu durumu ifade etmek üzere “Leges prohibitiva nuanquam inter se colliduntur” (yasak normlar çatışmaz) ifadesi kullanılmıştır⁶³. Buna göre, kaçınma yükümlülükleri sayısız bir biçimde hayatımızda vardır ve sonsuz bir olasılıkta çatışma halinde bulunabilirler. Bu yükümlülükler, failin hareket alanını tüketmediğinden yükümlülüklerin çatışması mümkün değildir⁶⁴. Doktrinde bunun sebebinin basit olduğu, şayet kaçınma yükümlülükleri hareketsiz kalmayı ifade ediyorsa bu tür yükümlülüklerin çatışmasının her zaman mümkün olduğu belirtilmiştir. Söz gelimi evinde oturmak suretiyle kişi komşusunu öldürmemiş, başkasının malını çalmamış, park yerini işgal etmemiş olur⁶⁵.

Doktrinde kaçınma yükümlülüklerinin aynı anda meydana gelmesi

⁶⁰ Rönnau, s. 113.

⁶¹ Doktrinde Hruschka kaçınma yükümlülükleri arasında bir çatışmanın olabileceğini bir örnek olayla izah etmiştir. Bu örnek doktrinde kabul görmüştür. Hamburg Elb Tüneli olayı (Hamburger Elbtunnel-Fall) olarak adlandırılan örnek olayda, trafiğin yoğun olduğu saatlerde şeritlerden bir kısmı bir kez kuzeye, bir kez de güneye doğru serbest bırakılmaktadır. Bu saatlerde ters yönde seyahat eden araç sürücüsünün olası tüm hareketlerinin yasak olduğu ve durma, devam etme, dönme şeklinde birden çok kaçınma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmiştir. Walter Gropp, “Die Pflichtenkollision: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision”, in Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, De Gruyter, 1999, s. 219; Ebner, s. 201.

⁶² Sternberg-Lieben, § 32 ff, Rn 76; Rengier, § 15, 16, Rn. 7; Akbulut, s. 523.

⁶³ Bu görüş ilk kez Christian Woff tarafından 1738 tarihli “Philosophia Practica Universalis” adlı eserde ileri sürülmüştür. Açıklamalar için bkz. Zimmermann, s. 265-266.

⁶⁴ Bir yükümlülüklerin çatışmasından bahsedildiğinde bu durum olmazsa olmazdır. Coco Vila, s. 37.

⁶⁵ Gropp, s. 218.

halinde çatışmanın unsurlarının eksik olduğu, mantıksal açıdan çatışmanın mümkün olmadığı, muhatabı tarafından yüklümlülüklerin hepsinin aynı anda ve kısıtlama olmaksızın yerine getirilebildiği ifade edilmiştir. Gropp buna çatışmanın mantıksal imkânsızlığı demiştir. Yine Gropp, yukarıda verilen hatalı sürücü örneğinde aslında hareket ve kaçınma yüklümlülükleri arasında gizli bir çatışmanın olduğunu iddia etmiştir⁶⁶.

Kanaatimizce, her ne kadar uygulamada karşılaşılmaması zor gibi görünse de kaçınma yüklümlülüklerinin çatışması mümkündür. Bu sebeple, aksi yöndeki görüşlere katılmamaktayız. Doktrinde verilen sürücü olayında, manevra alanında bulunan tüm hareketler yasaklanmıştır. Hangi hareketi tercih ederse etsin, fail bir kaçınma yüklümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Dolayısıyla failin bir ikilem içerisinde olduğu açıktır.

Alman hukukunda mesele, uygulamada, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁷. Doktrinde ihlal edilen hukuki değer, korunan hukuki değerden ağır bastığı durumlarda bunun doğru olduğu ifade edilmiştir. Ancak, kaçınma yüklümlülüklerinin eşit hukuki değerleri ihlal etmesi halinde ise meselenin zorunluluk hali kapsamında olmayacağı, yüklümlülüklerin çatışması bağlamında hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir. Bazı endişelere rağmen, diğer sürücüleri tehlikeye atan eş değer yüklümlülüklerin söz konusu olduğu durumlarda bu görüşün kabul edilebileceği ifade edilmiştir⁶⁸. Bazı yazarlar ise her iki durumda da hukuka uygunluk nedeni olan yüklümlülüklerin çatışmasının söz konusu olacağını belirtmektedir⁶⁹.

Kanaatimizce, her iki durumda da yüklümlülüklerin çatışması vardır. Araç sürücüsü ne yaparsa yapsın bir trafik kuralını ihlal edeceğinden bir negatif yüklümlülüğün ihmali kaçınılmazdır. Fail, bir tercih yapmak zorunda olduğundan hangi tercihte bulunursa bulunsun eş değerdeki yüklümlülüklerden birini ihlal etmesi sebebiyle fiil hukuka uygun olacaktır. Keza, bu

⁶⁶ Gropp, s. 219. Benzer yönde Bacaksız'a göre sözü edilen örnekteki hukuk kuralları konulu amaçlarına (ratio legis) uygun yorumlandıklarında ortada bir çatışmanın olmadığı görülecektir. Bacaksız, s. 132. Doktrinde Hruschka'ya göre bu durumda kanunda neticesi öngörülen suçlar bakımından actio illicita in cause (sebebinde serbest hareket) ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmiştir. Sternberg-Lieben, § 32 ff, Rn 76.

⁶⁷ OLG Köln VRS 56, 63, Karar için bkz. Rengier, § 15, 16, Rn. 7.

⁶⁸ Rengier, § 15, 16, Rn. 7; Ebner, s. 203.

⁶⁹ Bohnert/Krenberger/Krumm, § 16, Rn. 28; Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 76; Görüşler için bkz. Akbulut, s. 524; Lencker, s. 658.

yükümlülüklerin eş değer olmadığı hallerde de fail, daha önemli yükümlülüğü tercih etmesi halinde kanaatimizce hukuka uygun davranmış olacaktır.

C. KAÇINMA VE HAREKET YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÇATIŞMASI

Bir hareket yükümlülüğü ile kaçınma yükümlülüğünün çatışması mümkündür⁷⁰. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş yükümlülüklerin çatışmasını hareket yükümlülükleri arasındaki çatışmaya hasretmekte, kısmen kaçınma ve hareket yükümlülükleri arasında bir çatışmanın olabileceğini kabul etmektedir⁷¹.

Bu çatışma, eş değerde yükümlülüklerin çatışması şeklinde gerçekleşebileceği gibi eş değerde olmayan yükümlülüklerin çatışması şeklinde de meydana gelebilir. Eş değerde olmayan yükümlülüklerin çatışması halinde baskın görüş, meselenin zorunluluk hali hükümlerine göre değerlendirilmesi yönündedir⁷².

Söz gelimi bir trafik kazasında yardım yükümlülüğünün yerine getirilmesi başka bir trafik kuralının ihlali suretiyle mümkün olabilir. Kaza yapan sürücü, yaralıyı hastaneye götürürken aynı zamanda kaza mahallini terk etmeme şeklindeki yükümlülüğü ihlal etmiş olabilir⁷³. Ağır bir biçimde yaralanan oğlunu hastaneye yetiştirmek isteyen baba, üçüncü bir kişinin aracını zor kullanarak ele geçirebilir. Keza, telefon kulübesinde mahsur kalan çocuğunu kurtarmak amacıyla bir anne komşusunun arabasının camını kırarak arabadan gerekli aletleri alabilir. Bu örneklerden anlaşılacağı üzere hareket yükümlülüğünün yanında bir de kaçınma yükümlülüğü vardır ve yükümlü bakımından bir ikilem söz konusudur⁷⁴.

⁷⁰ Rönnau, s. 113.

⁷¹ Neumann'a göre fenomenolojik (olgusal) olarak bir kaçınma ve hareket yükümlülüğünün çatıştığı durumlarda yükümlülüklerin çatışması vardır. Aksi yöndeki görüş ise kendi içerisinde tutarsızdır. Meselenin hukuka uygun zorunluluk kurallarına (Alman CK'nın 34. maddesi) veya yükümlülüklerin çatışması kurallarına göre mi çözüleceği ise tartışmalıdır. Bu sorunun cevabı yükümlülüklerin çatışması kurumunun niteliği ve 34. maddenin konuluş amacına göre belirlenmelidir. Yükümlülüklerin çatışması ile hukuka uygun zorunluluk hali arasındaki normatif fark, risk altındaki çıkarın kurtarılmasının ihmali ile hukuken korunan çıkarın aktif ihlali arasındaki farktır. Neumann, § 34, Rn. 124.

⁷² Rönnau, s. 113; Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 71/72; Rengier, § 15, 16, Rn. 8; Scarlett, s. 167.

⁷³ Rengier, § 15, 16, Rn. 8.

⁷⁴ Zimmermann, s. 266.

Alman Ceza Kanunu'nda konu ile ilgili hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halini düzenleyen 34. maddede bir hüküm bulunmaktadır⁷⁵. Bu düzenleme 1975 yılında kanunlaştırılmıştır⁷⁶. Düzenlemeden önce kaçınma ve hareket yükümlülükleri arasındaki çatışma, kanunda öngörülmeyen bir zorunluluk hali olarak kabul edilmekteydi⁷⁷. 34. madde failin çatışan menfaatleri tartmasını ve daha az kötülüğü tercih etmesini öngörmektedir⁷⁸. Buna göre, ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi, korunan menfaat ile tehlikeye giren menfaatler karşılaştırıldığında, korunan menfaat önemli ölçüde ağır basmakta ise fail, hukuka aykırı hareket etmiş sayılmaz⁷⁹. Şayet, hareket yükümlülüğü ağır bastığı için daha zayıf olan

⁷⁵ Alman CK'nın 34. Maddesine göre: “*Her kim, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki menfaate yönelik olan, o anda ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç işlese, tarafların çatışan menfaatleri, özellikle ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi, korunan menfaat ile tehlikeye giren (beeintraechtigt) menfaatler karşılaştırıldığında, korunan menfaat önemli ölçüde ağır bastıyorsa, fail, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen fiilin, tehlikeyi def etmek için ölçülü bir araç olduğu durumlarda uygulanır*”. Çeviri için bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), 2. Bası, Beta, 2015, s. 25-26.

⁷⁶ Zimmermann, s. 266. Alman CK'nın 34. paragrafı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen zorunluluk hali ile ilgilidir. Ancak, Alman hukukunda zorunluluk hali ayrıca 35. paragrafta düzenlenmiştir. 35. Maddede mazeret sebebi olan zorunluluk hali öngörülmüştür. Hukukumuz bakımından ise zorunluluk hali tek bir maddede düzenlenmiştir. Fakat doktrinde zorunluluk halinin ikili karakterinin var olduğu ileri sürülmüştür. Veli Özer Özbek/Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, 2007, 9(2), DÜEHFD, s. 195.

⁷⁷ Doktrinde Lencker'e göre Alman ceza hukuku teorisinde Güterabwaegung olarak adlandırılan menfaatlerin dengelenmesi, daha az kötülüğün tercih edilmesi şeklindeki ilke, 1927 tarihli eski Alman Temyiz Mahkemesi'nin verdiği ve uygulamaya yanlış bir biçimde yön veren bir kararına dayanmaktadır. Davaya konu olayda tıbben gebeliğe son verilmesi gündeme gelmiş, mahkeme bu ilkeyi geliştirmiştir. Mahkeme meseleyi zorunluluk kapsamında ele almıştır. Bir hukuki değer korunmasının, diğerinin ihlal edilmesinin menfaatler çatışmasına ait bir mesele olduğuna kanaat getirmiştir. Bu sebeple annenin sağlığının ve vücut bütünlüğünün ceninden daha değerli olduğuna karar verilmiştir. Lencker, mahkemenin kabulünün menfaatlerin dengelenmesini zorunluluk hali savunması ile hukuki değerlerin soyut bir karşılaştırması ile sınırlandırdığını, hukuki değerler arasındaki dengelemenin münhasıran bu değerlerin soyut hiyerarşik sıralamasına tabi olacağını, bunun da çatışmanın çözümü için yeterli olmadığını ifade etmiştir. Lencker, s. 645-674.

⁷⁸ Alman hukukunda doktrinde baskın görüş bu gibi hallerde hukuka uygun zorunluluk halini düzenleyen 34. maddenin uygulanması yönündedir. Rengier, § 15, 16, Rn. 8.

⁷⁹ Alman CK'nın 34. maddesinin esas aldığı daha önemli olan menfaatin tercih edilmesi gerektiğine dair görüş eleştirilmiştir. Buna göre baskın çıkar ilkesi ikna edici olmaktan uzaktır. Bir kimsenin başka birinin üstün çıkarı sebebiyle kurtarılmamaya veya maddi kayıplara tahammül etmesi beraberinde bir keyfiliği de getirebilir. Liberal bir hukuk sisteminde tüm vatandaşların özgürlük alanları vardır ve üçüncü kişilerin saldırılarından korunmuştur. Kimsenin bu yönde bir dayatma ile karşılaşmaması gerekir. Coco Vila, s. 47.

kaçınma yükümlülüğü ihlal edilmişse bu yükümlülükle korunan hukuki değer yönünden bir ihlal meydana gelmez. Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde kaçınma yükümlülüğünün ihmali, hukuka uygun bir davranış kabul edilmektedir⁸⁰. Ancak, özel hukuk hükümleri saklıdır. Alman Medeni Kanunu'nun 904. maddesi uyarınca fail zararı tazmin ile yükümlüdür⁸¹.

Alman hukukunda, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ile yükümlülüklerin çatışması arasındaki belirgin fark, zorunluluk halinde, failin üçüncü bir kişinin hukuki alanına saldırması ve aktif bir davranışta bulunmasıdır. Yükümlülüklerin çatışması halinde ise fail, yarışan yükümlülüklerden birini ihmal etmektedir⁸².

Hukukumuzda da meselenin zorunluluk hali kapsamında ele alınmasına yönelik görüşler mevcuttur. Bacaksız'a göre, hareket yükümlülüğü ile bir kaçınma yükümlülüğünün çatıştığı durumlarda hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin koşullarına göre karar verileceğinden burada maddi anlamda bir yükümlülük çatışmasından söz edilemez. Zira, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin çatışma kurallarının menfaat çatışmasını sonuca bağladığı ve maddi bir yükümlülük çatışmasının ortaya çıkmasını engellediği yazar tarafından ileri sürülmüştür⁸³.

Bu görüşe dayanak noktası itibarıyla katılmamaktayız. Hukukumuzda zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiştir. Alman hukuku bakımından böyle bir durumdan bahsetmek Alman CK'nın 34. maddesi uyarınca mümkündür. Ancak, TCK'da zorunluluk halini düzenleyen 25. maddenin 2. fıkrasından bu yönde bir sonuç çıkmamaktadır⁸⁴.

Kanaatimizce, meselenin suç teorisine göre çerçevesinin çizilmesinde yarar vardır. Suçun iki temel unsuru vardır: Bunlardan ilki tipiklik, ikincisi

⁸⁰ Zimmermann, s. 266. Doktrinde bu durumda daha önemli yükümlülüğün zaten 34. madde uyarınca seçileceği, kaçınma yükümlülüğünün ortadan kalktığı ve gerçek bir yükümlülükler çatışmasının bulunmadığı ileri sürülmüştür. Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 74; Bohnert/Krenberger/Krumm, § 16, Rn. 30.

⁸¹ Zimmermann, s. 267.

⁸² Rönnau, s. 113.

⁸³ Bacaksız, s. 131.

⁸⁴ TCK m. 25/2: "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez".

ise hukuka aykırılık unsurudur. Fiilin tipe uygun olması hukuka aykırı oluşuna karine teşkil eder. Ancak, fiil hukuka aykırı ise yani bir hukuka uygunluk nedeni mevcut ise o vakit suçun unsurlarının gerçekleşmesinden, dolayısıyla haksızlığın bulunmadığından bahsetmek gerekir. Keza, bir fiilin hukuka aykırı olması, onun bütün hukuk sistemine aykırı olması anlamına gelir. Uygulamada iş bölümü kolaylığı sağlaması nedeniyle hukukun çeşitli disiplinlere ayrılması, bu disiplinler arasında hukuka aykırılık veya hukuka uygunluk bakımından farklı ölçütler olduğu anlamına gelmez. Bu itibarla, bir fiil ya hukuka uygundur ya da aykırıdır. Bir davranışın, örneğin medeni hukukta hukuka aykırı; ceza hukukunda hukuka uygun olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Aksine bir kabul, hukuk düzeninin tekliği/bütünlüğü ilkesi ile çelişmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzeninin tamamından ortaya çıkarılmalıdır⁸⁵.

Şayet hareket yükümlülüğünün koruduğu hukuki değer, kaçınma yükümlülüğünün koruduğu hukuki değerden önemli ölçüde baskın ise kaçınma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde bir sorumluluk doğmaz. Bu nedenle, telefon kulübesinde mahsur kalan çocuğunu kurtarmak üzere aracın camını kıran annenin davranışı, çocuğun daha üstün kurtarma çıkarı uyarınca cezalandırmayı gerektirmez. Ancak, özel hukuk bakımından annenin tazminat sorumluluğu ortadan kalkmaz. Keza, apandisti patlayan eşini hastaneye yetiştirmek isteyen kişinin, komşusunun aracını izinsiz olarak bulunduğu yerden alması halinde hırsızlık fiili mazur görülebilir. Kanaatimizce, bu durumda yükümlülüklerin çatışması sebebiyle hukuka uygunluk halinden ziyade bir zorunluluk halinden bahsetmek gerekir. Buradaki davranışlar mazur görülebilecek ancak haksızlığı ortadan kaldırmayan, kusursuz ceza olmaz ilkesi gereğince cezalandırılmayan hareketlerdir.

Buna karşın failin, isterse garantör yükümlülükten kaynaklansın, ölmek üzere olan komşusunun kanaryasını acil durum sebebiyle veterinerine götürmek amacıyla bir başkasının aracını izinsiz olarak bulunduğu yerden alması halinde hareket yükümlülüğünün kaçınma yükümlülüğüne üstünlüğünden bahsedilemez⁸⁶. Kaçınma yükümlülüğü hareket yükümlülüğüne göre daha önemli olduğundan üçüncü kişinin hukuki alanına yapılan bu müdahale hukuka aykırı olup, zorunluluk halinin koşulları da gerçekleşmemektedir.

Çatışan yükümlülüklerin eş değerde olmaması halinde sorunun çözümü

⁸⁵ Önder, s. 221; Koca/Üzülmöz, s. 265-266.

⁸⁶ Örnek olay için bkz. Zimmermann, s. 267.

önemli ölçüde baskın olan hukuki değere göre belirlenecektir. Bu hususun tespiti nispeten kolaydır. Hareket ve kaçınma yükümlülüklerinin eş değerde olması halinde sorunun nasıl çözüleceği ise belirsizdir. Doktrinde eş değer yükümlülüklerin söz konusu olduğu durumlarda aktif hareketin (kaçınma yükümlülüğünün ihlalinin) yasak olduğu; kaçınma yükümlülüğünün tercih edilmesinin hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir⁸⁷. Çatışan yükümlülüklerin eş değerde olması halinde, her iki görevin muhatabının hareket yükümlülüğünü ihmal etmesine izin verildiği; ancak kaçınma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yasak olduğu belirtilmiştir⁸⁸.

Bu duruma, geçirdiği trafik kazası nedeniyle yerde yatan motosiklet sürücüsünü gören çiftçinin, bu kişiyi kurtarmak için traktörünü karşı şeritten gelen ve yaralıyı göremeyecek durumda olan diğer araç sürücülerini engellemek amacıyla şerit hizasında park etmesi örnek verilebilir. Çiftçinin aracını park etmemesi halinde motosiklet sürücüsünün diğer araç sürücüleri tarafından ezilme ihtimali; traktörü park etmesi halinde ise karşı yönden gelen aracın sürücüsünün ölme ihtimali yüksektir⁸⁹.

Weichensteller-Fall (makasçı olayı) olarak adlandırılan, Alman hukukçu Hans Welzel tarafından ortaya atılan tramvay ikilemi, öncelik meselesini ortaya koymak bakımından yararlıdır. Bu trajik seçim senaryosunda kontrolden çıkmış bir tramvay vagonu hızlıca raylarda ilerlemektedir. Makasçı olarak görev yapan şahsın müdahale etmemesi halinde vagona bulunan beş kişi büyük ihtimalle ölecektir. Makası değiştirmesi halinde ise masum başka bir kişi ölecektir. Bu olayı yükümlülüklerin çatışması bağlamında ele aldığımızda makasçı, çatışan iki yükümlülüğün muhatabıdır. Kaçınma yükümlülüğü tek kişiyi öldürmemektir; hareket yükümlülüğü ise beş kişinin hayatını kurtarmaktır. Bu yükümlülüklerden hangisi daha önemlidir?

Örnek olayımızda beş kişinin hayatının kurtarılmasının daha doğru olduğu ileri sürülebilir. Bir kişiye karşı beş kişinin hayatının daha ağır bastığı söylenebilir⁹⁰. Ancak, hâkim görüş insan yaşamının Anayasal bir hak olduğu ve faydacı bir yaklaşıma tabi tutulamayacağı yönündedir. Beş kişinin yaşama

⁸⁷ Rengier, § 15, 16, Rn. 8.

⁸⁸ Zimmermann, s. 267.

⁸⁹ Ebner, s. 203.

⁹⁰ Bacaksız, s. 132. Fletcher'e göre bu nedenle ahlaki yükümlülükler arasında öldürmeme ve ölü sayısını azaltma şeklinde faydacı yaklaşımın benimsendiği bir kaçınılmaz çatışma vardır. Fletcher, s. 853.

çıkarı ile tek kişinin yaşama çıkarı eş değerdir. İnsan yaşamı nicelik olarak ölçülemez, bu nedenle hayata karşı hayat şeklinde takas yapılamaz⁹¹. Başka bir deyişle, daha az kötülük tercih edilerek fiil hukuka uygundur, denilemez. “Yasak, emir hükmünü gölgeler” kuralı gereğince, makasçı kaçınma yükümlülüğünü yerine getirerek sorumluluktan kurtulmuş olur. Bu nedenle, hareket yükümlülüğünün ihmali hukuka uygundur⁹².

Bu çözüm şekli çiftçi örneği bakımından da geçerlidir. Benzer şekilde çiftçinin motosiklet sürücüsünü kurtarmak amacıyla karşı yönden gelen araç sürücüsünün ölümüne sebep olmaması gerekir. Hukuk sistemi bireylerin eşit menfaatlere sahip olduğu hallerde henüz zarar görmemiş yabancı menfaatlere yönelik aktif müdahaleye izin vermez. Failin kaçınma yükümlülüğünü ihlal ederek zarar vermek istediği hukuki menfaat henüz tehdit altında değildir. Failin aktif hareketi ile bir tehlike yaratılmış olacağından hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmez⁹³.

Doktrinde, yükümlülüklerin çatışmasının, meslek sırrının açıklanması suçu karşısında söz konusu olabileceği, söz gelimi bir yandan suçları ihbar yükümlülüğü, öte yandan da avukatın müvekkilinden öğrendiği sırları saklama yükümlülüğünün çatışabileceği ifade edilmiştir. Bu halde, suçları ihbar yükümlülüğü daha ağır bastığından sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde sorumluluk doğmadığı, fiilin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir⁹⁴.

⁹¹ Freund, 3, § Rn. 71.

⁹² Zimmermann, bu durumda olağanüstü şartlar bulunduğundan, şayet makasçı beş kişiyi kurtarmak amacıyla aktif bir harekette bulunur ve bir kişi ölürse bu halde zorunluluk hali sebebiyle kanunda öngörülmeleyen kusurluluğu kaldıran bir durumun söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür. Açıklamalar için bkz. Zimmermann, s. 269; benzer yönde Stephen Ast, “Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht”, 2020, 15(6), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, s. 271.

⁹³ Ebner, s. 204. Benzer yaklaşımı iki çocuğundan birini kurtarmak zorunda kalan baba yönünden de benimsek mümkündür. Birbirine sarılı vaziyette bulunan iki çocuğundan birini kurtarmak amacıyla, diğerini suyun altına itmek suretiyle kurtaran baba hukuka uygun davranmış kabul edilemez. Baba, adeta kaderi elinde tutmuş, diğer çocuğu kaderine terk etmek yerine aktif bir hareketle ölümüne sebep olmuştur. Bu ise hukuka uygun bir yükümlülük çatışması olarak nitelendirilemez. Christian Jäger/Johannes Gründel, “Zur Notwendigkeit Einer Neuorientierung Bei Der Beurteilung Der Rechtfertigenden Pflichtenkollision Im Angesicht Der Corona-Triage”, 2020, 15(4), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, s. 155.

⁹⁴ Hakeri, İhmal Suçları, s. 261. Doktrinde aksi yönde söz gelimi bir avukatın müvekkili tarafından kendisine bırakılan uyuşturucu maddeyi müvekkili adına bulundurması halinde bir hukuka uygunluk nedeni olan yükümlülüklerin çatışmasının gerçekleştiği, avukatın hem

Çatışan yükümlülüklerden birinin ikincil olması sebebiyle geri planda kalması durumunda yükümlülüklerin çatışmasından bahsedilemez. Bu tür durumlarda sadece görünüşte bir çatışma (Scheinkollision) vardır ve esasen tek bir yükümlülük bulunmaktadır. Görünüşte çatışma; hareket ve kaçınma yükümlülüklerinin çatıştığı durumlarda da meydana gelebilir. Babanın ağır bir biçimde yaralanan çocuğu için acil kan ihtiyacı doğduğunda, kan bağışı yapmak istemeyen kişinin vücut bütünlüğünü ihlal ederek zorla kan aldırması hali bu duruma örnek verilebilir. Görünüşte çatışma hallerinde ikinci planda kalan yükümlülüğün ihmal edilmesi hukuka aykırı değildir. Bu durumda zorunluluk hali kurallarının düşünülebileceği ileri sürülmüştür⁹⁵. Aksi yönde benzer bir örnek üzerinden yapılan değerlendirmede çocuğunun böbrek ihtiyacı için babanın üçüncü kişiden zorla böbrek nakli yaptıramayacağı; bunun hukuki temelinin “casum sentit dominus” olduğu yani kişinin hukuken korunan varlıklarında (şahıs veya malvarlığı) meydana gelen zarara bizzat katlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu sebeple, normun muhatabı tehlikeyi kusuru olmayan üçüncü bir kişiye yöneltmemelidir⁹⁶. Bu örnekler aslında menfaatlerin dengelenmesi ilkesinin yetersiz kaldığı halleri göstermektedir. Dolayısıyla, daha yüksek değeri korusa dahi saldırgan hareketlerin hukuka uygun olduğundan bahsedilemez⁹⁷.

Kaçınma ve hareket yükümlülüklerinin çatıştığı durumlarda hareket yükümlülüğü ahlaki gerekçelere dayanmakta ise kaçınma yükümlülüğü ihlal edilebilir. Söz gelimi, Kovid-19 hastalığına yakalanması sebebiyle doktorun bildirim yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda tıbbi gizlilik ilkesi de ihlal edilmiş olur. Ancak, toplumun ve bireylerin sağlığının korunması öncelikli ve baskın olduğundan hukuka uygunluk nedeninden ziyade zorunluluk

suçu bildirmek hem de gizliliğe riayet etmekle yükümlü olduğu ve cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. Herald Hans Körner/Jörn Patzak, Betäubungsmittelgesetz, 9. Bası, C.H. Müller, 2019, § 29, Rn. 65. Bu örnek olay bir mahkeme kararında tartışılmış ve sanık avukatın, suça konu kokaini karakola teslim etmeden önce kırk sekiz saat kasasında saklamasının hukuka aykırı olmadığı, sanığın iki davranıştan birini seçmek zorunda olduğu, gizliliğin ihlali sebebiyle cezalandırılmayacağı karara bağlanmıştır. Ayrıca sanık avukatın müvekkiline danıştıktan ve kolluk görevlileri ile irtibata geçtikten sonra uyuşturucu maddeyi teslim etmesinin, kırk sekiz saat süreyle bu maddeyi kasasında saklamasının hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. OLG Jena, Beschluss vom 18.05.2010 - 1 Ss 36/10, karar için bkz. www.beck-online.de erişim tarihi 10.05.2021.

⁹⁵ Alman hukukunda bu durumda hukuka uygun zorunluluk hali hükümlerinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Wessels/Beulke, § 16, Rn. 735.

⁹⁶ Coco Villa, s. 43.

⁹⁷ Lencker, s. 649.

hali kapsamında değerlendirme yapılmalıdır⁹⁸. Keza, özellikle çocuklara kötü muamele ve çocukların cinsel istismarı gibi ağır suçların öğrenilmesi durumunda ve yine özellikle tekrarlanma tehlikesi varsa, durumun polise bildirilmesi de zorunluluk hali çerçevesinde değerlendirilmelidir. Hukukumuzda ise TCK'nın 279 ve 280. maddeleri, aslında bu zorunluluk halinin kanuni görünüş şekillerinden ibarettir⁹⁹.

Yüklümlüklerin, mantıken birbirleri ile uyumlu olsalar da, somut olayda yan yana yerine getirilemediği (materyal çatışma) hallerde bir çatışmadan bahsedilemez. Bir yüklümlüğün diğer bir yüklümlüğü sınırladığı bu gibi hallerde mantıksal bir çatışma da bulunmaz. Nitekim Alman hukukunda bir mahkeme kararında vurgulandığı gibi söz konusu şeyin bir suçun işlenmesinde kullanılması ihtimali varsa sahibine teslim edilmemesi gerekir. Aksi halde suçun işlenmesine yardım etme fiilinden sorumluluk doğar. Bu durumda kanunda öngörülme zorunluluk kuralının da uygulanamayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁰.

Benzer bir örneği, uygulamamız bakımından vermek mümkündür. Bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında; “Sanığın Erzin Asliye Ceza Mahkemesinin 2016/159 Esas, 2017/240 Karar sayılı ilamı ile verilen 3.000TL adli para cezasına mahkûmiyet hükmünden ödenmeyen bakiye adli para cezasının hapse çevrilmesi nedeni İskenderun Açık Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunurken 29.05.2019 tarihinde kaçtığı, sanığın yakalama mahkemesinde alınan savunmasında “...Hakkımda bulunan para cezasını ödeyip cezaevinden çıkabilmek için firar ettim. Para cezasını ödeyebilmek için tek çarem bu idi. Firar ettikten sonra da borç para temin etmek suretiyle sözünü ettiğim adli para cezasını ödedim..” şeklindeki beyanı karşısında; sanığın savunmasının doğruluğu araştırılarak koşulların oluşması durumunda sanık hakkında TCK'nın 293/1. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde uygulama yapılması...¹⁰¹” şeklinde hüküm kurulmuştur. Mahkeme kararına konu olayda sanığın ceza infaz kurumundan firar etme yasağını içeren bir kaçınma yüklümlüğü bir de borçlarını ödemesi için hareket yüklümlüğü

⁹⁸ Aynı yönde bkz. Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 71/72.

⁹⁹ Açıklamalar için bkz. Hakan Hakeri, Tıp Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, 23. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 228.

¹⁰⁰ Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 71/72.

¹⁰¹ Adana BAM 3. CD, 10.02.2020, 2020/183 E., 2020/281 K. (UYAP)

bulunmaktadır. Hukuken her iki yükümlülüğe uyulması ve her ikisinin yerine getirilmesi mümkündür. Bu sebeple, hukuka uygunluk nedeni olan yükümlülüklerin çatışmasından bahsedilemeyeceğinden, mahkemenin haksızlığın tespitine yönelik hükmü yerindedir.

D. HAREKET YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÇATIŞMASI

Hareket yükümlülükleri arasında çatışma farklı değerlerde veya eş değerde yükümlülüklerin çatışması şeklinde meydana gelebilir. Söz gelimi bir itfaiye görevlisi yangına müdahale ettiği sırada alevlerin arasındaki kişiyi ve başka bir evdeki çok kıymetli bir tabloyu kurtarmak durumunda kalabilir. Bu halde itfaiye görevlisi iki hareket yükümlülüğü ile karşı karşıyadır; ancak her ikisinin kümülatif bir biçimde yerine getirilmesi mümkün değildir. Keza, bir babanın boğulmak üzere olan iki çocuğunu kurtarma yükümlülüğü bu duruma örnek olarak verilebilir. Güncel bir örnek olarak; yoğun bakım ünitesindeki son bir yatak veya solunum cihazı için bir ya da birden çok Covid-19 hastası talipli olabilir. Bununla birlikte hukuken iki yükümlülüğün birine uyulması, normun muhatabının ancak bir olası hareket yükümlülüğünü yerine getirmekle sorumlu olduğu anlamına gelir. İhmal edilen yükümlülük ise diğer yükümlülük ile yan yana yerine getirilemediği için hukuka uygundur¹⁰².

Bu tür durumlarda nasıl bir uygulama yapılacağına dair TCK'da hüküm bulunmamaktadır. Alman hukukunda eş değerde olmayan hareket yükümlülüklerinin çatışması halinde genel yardım yükümlülüğünü düzenleyen Alman CK'nın 323c maddesinin muğlak ifadesi dışında Kanunun bu konuda sessiz kaldığı ifade edilmiştir. Her ne kadar 34. maddenin lafzında sınırlayıcı bir ifade bulunmasa da hukuka uygun zorunluluk halini düzenleyen bu maddenin sorunun çözümünde yardımcı olamayacağı ifade edilmiştir¹⁰³. Alman doktrininde eş değerde olmayan hareket yükümlülüklerinin çatışması

¹⁰² Küper, s. 1073; Jäger/Gründel, s. 151, Anne Franziska Streng-Baunemann, „Corona“-Triage-verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive”, 2021, 16(3), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, s. 171. Esas itibarıyla yaşam değeri veya fiziksel bütünlük malvarlığı değerinden yüksektir. Somut olayın koşulları içerisinde önceliğin değişmesi mümkündür. Söz gelimi vücut bütünlüğüne yönelik tehdidin uzak olduğu ancak bir malvarlığı değerinin tamamen yok olması tehlikesinin bulunduğu durumlarda menfaatlerin dengelenmesi gözetilerek tablonun kurtarılmasına öncelik verilebilir. Lencker, s. 645; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 345. Aleyhte Özen'e göre yanmak üzere olan ve birçok kişinin hayatının kurtarılması anlamına gelebilecek bir belge söz konusu ise belgeye öncelik verilmelidir. Özen, s. 584.

¹⁰³ Doktrinde bu durumun hukuk sistemine karşı bir meydan okuma olduğu ifade edilmiştir. Zimmermann, s. 269. Aksi yönde Alman CK'nın 34. maddesi uyarınca problemin çözülebileceğine dair bkz. Jäger/Gründel, s. 154.

halinde daha üstün değeri koruyan yükümlülüğün tercih edilmesinin hukuka uygun olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Somut olayda hareket yükümlülüklerinden hangisinin daha güçlü olduğunun belirlenmesinde sıklıkla 34. maddede ifadesini bulan daha az kötülüğün tercih edilmesi ilkesine atıf yapılmaktadır¹⁰⁴. Ancak, hareket yükümlülüklerinin çatıştığı durumlarda kaçınma ve hareket yükümlülükleri arasındaki çatışmadan farklı olarak, mutlaka bir yükümlülüğün diğerine göre daha önemli olması aranmamaktadır. Biraz da olsa baskın olması yeterli görülmektedir¹⁰⁵.

Hangi hukuki değer bir çatışma halinde üstün olduğu meselesi esasen klasik hukuka uygunluk nedeni problemdir¹⁰⁶. Doktrinde baskın görüş, eş değerde olmayan hareket yükümlülüklerinin çatışması halinde daha üstün hukuki değeri (hayat, vücut bütünlüğü, sağlık) koruyan yükümlülüğe öncelik verilmesidir¹⁰⁷. Bu durumda kanunda öngörülmeleyen bir kuralın olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Uygulama da doktrinle benzer şekilde yükümlülüklerden daha önemli olanın tercih edilmesi görüşündedir. Bir mahkeme kararında izin tecavüzü suçu bağlamında mesele ele alınmıştır. Fail, izin süresinin sonunda teslim olmamış, gerekçe olarak teyzesinin oğlunun vefat ettiğini, bu kişinin annesine baktığını, annesine bakacak kimsesi olmadığından birliğine teslim olamadığını ileri sürmüştür. BAM ilgili dairesi, sanığın ileri sürdüğü sebeplerin askerlik hizmetinden üstün bir menfaati koruması halinde geçerli olduğunu kararında vurgulamıştır¹⁰⁹. Mahkeme, iki menfaat çatışmasından

¹⁰⁴ Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 73; Erb, § 34, Rn. 41; Jäger/Gründel, s. 154; Rengier, 15, 16, Rn. 4. Alman hukukunda bu durumlarda hukuka uygun zorunluluk halinin uygulanacağı yönünde görüşler mevcuttur. Görüşler için bkz. Scarlett, s. 156.

¹⁰⁵ Bohnert/Krenberger/Krumm, § 16, Rn. 27; Rengier, § 15, 16, Rn. 4-5.

¹⁰⁶ Rönnau, s. 113.

¹⁰⁷ Scarlett, s. 156.

¹⁰⁸ Wessels/Beulke, § 16, Rn. 736.

¹⁰⁹ “İzin tecavüzü suçunun düzenlendiği AsCK’nın 66/1-b maddesinde, “Kıt’asından ve görevini yapmakta olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi olarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur buldukları günden itibaren ‘özürsüz’ olarak gelmeyenler”in cezalandırılacağı hüküm altına alınmış olup, maddenin açık ifadesinden, kabul edilebilir bir özür nedeniyle birliğe zamanında katılma olanağının bulunmadığı hallerde sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiğinden söz edilemeyecektir. Ancak, özür kavramı Kanunda tanımlanmamış olup, Askeri Yargıtay’ın yerleşik kararlarında, TSK İç Hizmet Yönetmeliği’nin 57 ve 58. maddelerinde sayılan ve bunlara benzerlik arz eden durumlar yasal ve geçerli özür olarak kabul edilmektedir. Sanık tarafından özür olarak ileri sürülen hususların, askerlik hizmetine üstün tutulabilir nitelikte bulunup bulunmadığı, beklenen bir durum olup olmadığı, aniden

hareketle sanığın ileri sürdüğü koruma menfaati ile askerlik hizmeti suretiyle elde edilmesi hedeflenen menfaat arasında bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre, Askeri Ceza Kanunu'nun 66. Maddesinin 1. fıkrasının b bendi ve TSK İç Hizmetleri Yönetmeliği'nin 57. maddesi uyarınca aile fertlerinden birinin ağır hastalığı veya ölümü, kaza, doğum, yangın gibi beklenmeyen felaket karşısında kalmaları halinde bu kişilere yönelik yükümlülüklerin askerlik yapma yükümlülüğünden daha önemli olacağı kararda vurgulanmıştır¹¹⁰. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu özel bir hüküm koymak suretiyle hangi menfaatin üstün tutulacağını belirlemiştir (Askeri Ceza Kanunu m. 66/1-b).

Yukarıda verilen örnekler bağlamında insan yaşamı her türlü mülkiyet değerinden üstün olduğundan itfaiye görevlisinin alevlerin arasında ölüm

ortaya çıkıp çıkmadığı, sanığın özür nedeniyle ne kadar süreyle birliğinden ayrı kaldığı, birliğine katılmakta geciktiği süre içinde özür hali oluşturan hali gidermeye ve bir an önce birliğine katılmaya yönelik olarak ne gibi davranışlar sergilediği dikkate alınarak, her somut olayda sanığın suç işleme kastıyla hareket edip etmediğinin tartışılıp irdelenmesi, yapılacak değerlendirmelerde de “özür” unsurunun kanun koyucunun amacını aşacak şekilde yorumlanmaması gerekmektedir (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 02/06/2011 tarihli, 2011/64-53; 17/03/2017 tarihli, 2011/26-26; 24/02/2011 tarihli, 2011/17-17; 17/05/2007 tarihli, 2007/60-58; 12/10/2006 tarihli, 2006/164-166; 26/05/2005 tarihli, 2005/52-48; 08/01/2004 tarihli, 2004/3-1; 13/11/2003 tarihli, 2003/88-95; 16/10/2003 tarihli, 2003/74-81; 08/05/2003 tarihli, 2003/51-50; 27/03/2003 tarihli, 2003/27-29 ve 04/10/2001 tarihli, 2001/80-84 Esas ve Karar sayılı kararlarının kabul tarzları da bu yöndedir). Somut olayda sanık izin süresi içerisinde teyzesinin oğlunun tren kazasında vefat ettiğini annesine vefat eden teyzesinin oğlunun baktığını o vefat edince annesini emanet edecek kimse bulamadığından izin sonunda birliğine dönmediği aynı zamanda çürük raporu aldığını belirtmiştir. Somut olayda sanığın ihlal etmiş olduğu izin süresinin uzunluğu, annesine bakacak kimsenin bulunmaması halinde bulunduğu yer mülke amirliğine müracaat ederek annesini koruma altına almasının mümkün bulunması ve suç tarihlerinde askerliğe elverişli olduğunun saptanması karşısında ileri sürdüğü mazereti geçerli mazeret olarak kabul edilemez. Bu nedenle sanığın izin tecavüzü suçundan cezalandırılması yerine beraatine karar verilmesi hukuka aykırı olduğundan ilk derece mahkemesince verilen mahkumiyet hükmünün kaldırılmasına karar verilmiştir”. Ankara BAM, 9. CD, 18/02/2021, 1051/611 UYAP.

¹¹⁰ Benzer başka kararda “TSK İç Hizmet Yönetmeliğinin 57. maddesinde “izinli bulunurken vaktinde kıt'asına veya memuriyetine dönemeyecek kadar sıhhi mazereti çıkanlar ile ailesi fertlerinden birinin ağır hastalığı veya ölümü, kaza, doğum, yangın gibi beklenmeyen felâket karşısında kalanlar”dan ve 58. maddesinde ise “hava ve yol halleri nakil vasıtalarının vaziyeti sebepleri ile vukua gelecek gecikmeler”den bahsedilmesi karşısında TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin 57 ve 58. maddelerinde sayılan ve bunlara benzerlik arz eden durumların izin tecavüzü suçunun oluşumuna engel olacak “özür” olarak kabul edilebileceği görülmekte olup, bu madde metinleri irdelendiğinde, beyan olunan özrün önceden beklenmesi mümkün olmayan ve birliğe zamanında dönmeyi zorlaştıran ciddi olay bir olması, önlenemez karakter arzemesi ve geçirilen süre ile çelişmeyen bir orantı taşınması gerektiği anlaşılmaktadır”. İzmir BAM 11. CD, 24/11/2020, 5580/3172 UYAP.

kalım mücadelesi veren kişiye yardım etmesi gerekir. Tablo ne kadar kıymetli olursa olsun kurtarma yükümlülüğünün ihlal edilmesi hukuka uygundur. Aksi halde, fail daha önemli olan kurtarma yükümlülüğü yerine daha düşük değerde olanı tercih ederse cezai sorumluluktan kurtulamaz. Ancak, bu durum failin en azından bir yükümlülüğü yerine getirdiği göz önünde bulundurularak cezanın belirlenmesinde lehine değerlendirilebilir¹¹¹.

Daha yüksek değeri koruyan bir yükümlülüğe uyulması, başka bir deyişle daha düşük değerdeki bir yükümlülüğün ihlal edilmesi hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülükler çatışmasının iki düzeyinde de gerçekleşebilir. Yükümlülükler düzeyinde çatışma daha yüksek değerdeki yükümlülüğün daha düşük değere göre tercih edilmesi ile gerçekleşir. Buradaki uyumsuzluk hukuk sistemi tarafından onaylanmaktadır. Menfaatler düzeyinde çatışma ise (ihmalin hukuka uygun olması), yükümlülüğün muhatabının daha düşük değerdeki kurtarma menfaatine göre daha yüksek değerdeki kurtarma menfaatini korumasından kaynaklanmaktadır¹¹².

Yükümlülüklerin çatışmasının ilk düzeyi kurtarma çıkarlarının çatışması olup, esasen çatışan kurtarma çıkarlarının değeri ile alakalıdır¹¹³. Yükümlülüklerin önem derecesi (söz gelimi birden çok garantör yükümlülük) bu yükümlülüklerin koruduğu hukuki değerlerin önem derecesi ile bağlantılıdır. Burada kastedilen elbette hukuki değerlerin soyut sıralaması değildir. Somut olayın koşulları içerisinde tehlikenin yakınlığı ve ağırlığı, meydana gelen zarar, yaralının başının çaresine bakabilecek durumda olup olmaması gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir yanda uzak bir hayati tehlike bulunurken, diğer yanda güncel tehlike yaşamı daha ciddi bir biçimde tehdit ediyor olabilir¹¹⁴.

Eş değerde olmayan yükümlülüklerin çatışması halinde baskın yükümlülüğün tercih edilmesi hukuka uygundur. Bu durum hareket yükümlülüklerinin çatışması bakımından problemlidir. Eş değerde yükümlülüklerin çatışması halinde ise hangisinin öncelikli olacağı tartışmalıdır¹¹⁵. Bir trafik kazası için çağrılan doktor aynı kazada yaralanan iki

¹¹¹ Rönnau, s. 125.

¹¹² Küper, s. 1072.

¹¹³ Küper, s. 1073.

¹¹⁴ Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 74.

¹¹⁵ Rengier, § 15,16, Rn. 4.

kişiden hangisine yardım edecektir?¹¹⁶ Elbette hukuk sistemi her iki yaralının kurtarılmasını talep eder. Ancak, yükümlülüklerin her ikisi eş değer olup, içlerinden baskın olan da yoktur. Bu kombinasyon aynı zamanda faydacı bir yaklaşımın önüne geçer¹¹⁷. Bu sebeple farklı değerlerde hareket yükümlülükleri arasındaki çatışma için geçerli olan kurallar burada geçerli değildir¹¹⁸.

Doktrinde yazarların üzerinde birleştiği görüş, hangisini seçerse seçsin yükümlünün cezalandırılmaması yönündedir. Tartışmalı olan husus meselenin zorunluluk hali¹¹⁹ veya hukuka uygunluk nedeni kapsamında olup olmadığı ile ilgilidir¹²⁰.

Kanaatimizce, hareket yükümlülüklerinin çatışmasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş yerindedir¹²¹. Aktif hareket yükümlülükleri ister eş değerde isterse farklı değerlerde olsun hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülüklerin çatışması hükümleri uygulanabilir¹²². Hukuk düzeni alternatif hareket yükümlülüklerinden hangisinin normatif bir biçimde tercih edileceğini *ex ante* bir değerlendirmeyle tespit edemeyeceğinden ve kişiyi hareket anında yalnız bıraktığından kurtarıcının seçiminin hukuka aykırı olduğu iddia edilemez. Karşı görüş, hukuk düzeninin vatandaşına tuzak kuramayacağı, böyle bir durumun Anayasal açıdan problemlili ve hukuken kabul edilemeyecek sonuçlara yol açması muhtemel olduğundan kabul edilemez¹²³.

Bunun yanında bir zorunluluk hali söz konusu olduğunda kişiye herhangi bir yükümlülük yüklenmemektedir. Hâlbuki yükümlülüklerin çatışmasının bulunduğu hallerde eş değer olmasalar da alternatif yükümlülüklerden daha önemli olanın yerine getirilmesi ile kişi sorumludur. Baskın olan yükümlülüğün

¹¹⁶ Örnek olay için bkz. Harro, s. 20.

¹¹⁷ Bu durumda kusuru ortadan kaldıran bir mazeret sebebinin bulunduğu ve kanunda öngörülme, sui jeneris zorunluluk kurallarının uygulama yeri olmadığı hakkında bkz. Momsen-Savic, Beck'sche Online-Kommentare, § 34, Rn. 24, www.beck-online.de erişim tarihi 10.05.2021.

¹¹⁸ Coco Vila, s. 39.

¹¹⁹ Bacaksız, s. 133; Özen, s. 583.

¹²⁰ Doktrinde bu durumun adeta bir kördüğüm olduğu, meseleyi hukuka uygunluk nedeni veya mazeret sebebi olarak kabul eden görüşlerin haklılık payının olduğu, ikilemin çözümünün kendi içinde bir ikilem yarattığı ileri sürülmüştür. Görüşler için Zimmermann, s. 271-272.

¹²¹ Aynı yönde Rengier, § 15, 16, Rn. 5; Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 74; Neumann, § 34 Rn. 133; Freund, § 3, Rn. 71; Lencker, s. 657; Erb, § 34, Rn. 47.

¹²² Aynı yönde Rengier, § 15, 16, Rn. 5; Scarlett, s. 159.

¹²³ Neumann, § 34 Rn. 133.

seçilmesi zorunlu olsa da ortada iki yükümlülüğün varlığı tartışmasızdır. Benzer durum eş değerde yükümlülüklerin çatışması halinde de geçerlidir¹²⁴. Kaldı ki meseleyi zorunluluk hali bağlamında ele aldığımızda, söz gelimi, hastane servisindeki son solunum cihazı için iki hastanın yakınlarının doktora karşı zor kullanması meşru kabul edilebilir. Bu durum kurtarma girişimini başarısız kılabileceğinden kabul edilemez¹²⁵.

Eş değerde hareket yükümlülüklerinin çatıştığı hallerde bu yükümlülüklerden birinin yerine getirilmesi ile fail sorumluluktan kurtulur. Yükümlülükler arasında az da olsa birinin baskın olmasına gerek yoktur¹²⁶. Kurtarma çıkarları eş değer olduğu için fail seçim yapmak zorundadır (Auswahlzwang)¹²⁷. Şayet fail her ikisini yerine getirmez ise sorumluluktan kurtulamaz. Bu seçimin nasıl yapılacağı ise açık değildir. Ancak, doktrinde baskın görüş seçimin kurtarıcıya bırakılması yönündedir¹²⁸. Yükümlülüklerin eş değerde olduğu ve kurtarılmayı bekleyen kişilerin içinde buldukları tehlike itibarıyla eş değer tehdit altında olduğu durumlarda kurtarıcının rasgele seçim yapmasından başka bir çözüm şekli bulunmamaktadır¹²⁹. Doktor örneğimize dönersek, trafik kazasında yaralanan ve masum olan iki yaralıdan biri rastgele seçilebilir. Doktorun seçim yapması aynı zamanda maddi bir gerçekliği ifade eder. Aksi halde her iki yaralının kurtarılma olasılığı düşmekte, ölüm riski ise en yüksek seviyeye çıkmaktadır¹³⁰. Doktorun seçim yapması durumunda her ikisinin şansları eşitlenmekte âdetâ üzere yüzde elli olmaktadır¹³¹.

¹²⁴ Bohnert/Krenberger/Krumm, § 16, Rn. 30.

¹²⁵ Böyle bir sonucun absürt olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Jäger/Gründel, s. 153. Keza, benzer yönde Mehmet Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları Ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel Ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 2020, 24 (3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 376.

¹²⁶ Neumann, § 34 Rn. 127.

¹²⁷ Rönnau, s. 125.

¹²⁸ Wessels/Beulke, § 16, Rn 735.

¹²⁹ Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 74. Doktrinde kura çekilmesi önerilmiştir. Arslan, s. 368.

¹³⁰ Doktrinde bu durumu anlatmak amacıyla Fransız filozof Jean Brudian’ın eşek örneği verilir. Felsefede “Brudian’ın eşeği” olarak adlandırılan örnekte, aynı anda hem acıktığı için hem de susadığı için ölmek üzere olan bir eşeğe eşit mesafede su ve saman konur. Hayvanın bunlardan birini tercih etmesi beklenir. Suyu veya samanı tercih edeceğim diye kararsız kalan eşek sonunda ölür. Zimmermann, s. 274.

¹³¹ Zimmermann bu durumu sayısal lotoya benzetir. Buna göre seçtiğiniz rakamlar çıkmazsa bu şansınızın yaver gitmediği anlamına gelir. Piyango size vurmamıştır. Ancak, seçtiğiniz rakamlar çarka hiç konmamış ise o zaman eşit bir şansınızın olduğundan bahsedilemez. Bu

Rastgele seçim kriterine Anayasa’da düzenlenen ayrımcılık yapılmaması ilkesi çerçevesinde itiraz edilebilir. Ancak, ayrımcılık yasağı kişilerin çıkarlarını koruyan bir düzenlemedir. Doktorun kimi kurtaracağına karar vermesi herkesin yararınadır. Böylesi istisnai bir durumda doktorun tercihi ayrımcılık olarak kabul edilemez ve birilerinin çıkarlarının ihlal edildiğinden söz edilemez. Doktrinde insanların hayatta kalma şansını rastgele dağıtan hukuk fikrinin endişe verici bulunmasının anlaşılabilir olduğu; ancak yine de insanların çıkarlarına hizmet etmesi beklenen hukuk sisteminin, eş değerde hareket yükümlülüklerinin çarpıştığı durumlarda muhatabına seçme hakkı vermesinin bu çıkarları en iyi şekilde koruduğu ifade edilmiştir. Esasen hukuk sisteminden ziyade, endişe verici olanın gerçek yaşamın ihtimalleri olduğu ifade edilmiştir¹³².

Seçim yaparken doktorun sübjektif olarak yükümlülüklerin çatışması hali içinde olduğunu ve somut olayın şartları gereğince yükümlülüklerden birini seçmek zorunda olduğunu bilmesi yeterlidir. Doktorun seçimi rasgele yapabileceği kabul edildikten sonra hangi saikle hareket ettiğinin önemi yoktur. Pekâlâ, doktor hemşerisi olan birini, daha güzel olan bayanı veya daha genç olanı tercih edebilir. Bu seçiminden dolayı hukuka aykırı hareket ettiğinden söz edilemez¹³³. Aksine bir çözüm şekli kurtarma faaliyetine zarar verebilir. Söz gelimi yükümlülüklerin çatışması bağlamında bir triyaj¹³⁴ durumunda olabildiğince çok sayıda insan hayatının kurtarılması esastır. Zararın boyutları itibarıyla maksimum sayıda çıkar korunmalıdır. Doktrinde daha çok sayıda insan hayatını korumayı öngören yükümlülüklerin daha değerli olduğu, aksi halde triyaj yapanın hukuka aykırı davranmış sayılacağı ifade edilmiştir. Ancak,

durumda en azından dolandırıldığınızı iddia edebilirsiniz. Hukuken farklı bir biçimde ifade edilse de aslında durum bundan farklı değildir. Zimmermann, s. 274.

¹³² Zimmermann, s. 276; Ast, s. 268.

¹³³ Neumann, § 34, Rn. 132a. Aksi yönde adalet ilkesi kapsamında olumsuz farklılaştırma nedenlerine başvurulmaması gerekir. Buna göre doktor ve sağlık çalışanlarının seçim yaparken cinsiyet, sosyal sınıf, malvarlığı, din, mezhep, dünya görüşü, ırk veya renk gibi hususları esas almamaları gerektiği ileri sürülmüştür. Bu ve benzeri durumların ayrımcılığa sebep olacağı ve adalet ilkesini ihlal edileceği ifade edilmiştir. Görüşler için bkz. Arslan, s. 371.

¹³⁴ Triyaj, Fransızca bir sözcüktür. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğine göre triyaj: “Çok sayıda hasta ve yaralının bulunduğu durumlarda, bunlardan öncelikli tedavi ve nakil edilmesi gerekenlerin tespiti amacıyla, olay yerinde ve bunların ulaştırıldığı her sağlık kuruluşunda yapılan hızlı seçme ve kodlama işlemi” olarak tanımlanmıştır(m. 4/1-y). Acil durumların dışında özellikle savaş, doğal ve insan kaynaklı afetler hallerinde de, mevcut sınırlı kaynakların nasıl tahsis edilmesi gerektiğine yönelik yerleşik bazı triyaj usul ve kuralları mevcuttur. Konu ile ilgili açıklamalar için bkz. Arslan, s. 365.

bu düşünce tartışmaya açıktır. Günümüz ceza hukukunda kabul edildiği üzere insan yaşamı üzerinden matematiksel hesaplar yapmak mümkün değildir. Acil durum sebebiyle de olsa insan yaşamını tartan bir yaklaşım kabul edilemez. Dolayısıyla, doktor daha az yaşama şansı olan bir hastayı kurtarmaya karar verse dahi tercihi hukuka uygundur. Aksi halde doktorun risk hesabı yaparak cezai takibata uğrama endişesi ile karar vermekten kaçınmasına, görevini doğru bir biçimde yerine getirememesine sebep olunabilir¹³⁵.

Eş değerde yükümlülüklerin çatışması halinde bir garantör yükümlülük ile genel yardım yükümlülüğü çatıştığında doktrindeki baskın görüş garantör yükümlülüğün öncelikli olduğu yönündedir. Nitekim, genel yardım yükümlülüğü daha önemli başka bir yükümlülüğün söz konusu olmadığı durumlarda geçerlidir. Bir garantör yükümlük söz konusu olduğunda bu görevin ihmal edilmesi kurtarılmayı bekleyen kişinin hukuki alanına yönelik bir saldırı mahiyetindedir. Dolayısıyla aktif hareket ile eş değerdir¹³⁶. Doktrinde aksi yönde özellikle insan yaşamının faydacı bir yaklaşıma tabi tutulamayacağı, iki insanın yaşamının söz konusu olduğu durumlarda garantör yükümlülüğe üstünlük tanınmanın diğer kişinin kurtarılmasının yasaklanması anlamına geleceği, bu nedenle hukuka uygunluk nedeninin bu durumda da uygulanması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁷.

Kanaatimizce, garantör yükümlülüğe üstünlük tanıyan görüş yerindedir. Aynı kazada yaralanan iki kişiden biri kurtarıcının çocuğu ise onu kurtarması gerekir. Bu durumda baba, hukuka uygunluk nedeninden yararlanır. Şayet baba çocuğu yerine üçüncü bir kişiyi tercih etmişse bu halde hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Ancak, babanın bu seçimi zorunluluk hali kapsamında kusuru kaldıran bir sebep olarak kabul edilebilir.

Bir garantör yükümlülük ile genel yardım yükümlülüğünün çatıştığı her durumda aynı sonuca ulaşamaz. Genel yardım yükümlülüğü somut olayda daha yüksek bir değeri koruyabilir. Hukuki değerlerin eş değer olması halinde yükümlülüklerin de eş değer olduğu kabul edilmektedir. Bir garantör yükümlülük ile genel yardım yükümlülüğü söz konusu olduğunda (örneğin hastasına yetişmek üzere yola çıkan doktorun trafik kazası yapmış bir kişiye yardım etmesi) garantör yükümlülük önceliklidir. Şayet garantörlük kapsamındaki hastanın durumu öncelikli değilse ertelenebilecek

¹³⁵ Jäger/Gründel, s. 153.

¹³⁶ Wessels/Beulke, § 16, Rn. 736; Neumann, § 34, Rn. 129; Bacaksız, s. 134.

¹³⁷ Hakeri, İhmal Suçları, s. 260.

ya da müsamaha edilebilecek durumdaysa veya herhangi bir yaşam tehlikesi bulunmuyorsa o zaman doktorun genel yardım yükümlülüğüne öncelik vermesi, yaşam tehlikesi olan diğör hastaya yardım etmesi hukuka uygundur¹³⁸. Söz gelimi soğuk bir havada buzlu suya düşen çocuğunu daha sonra kurtarması halinde sadece soğuk algınlığı ile çocuğın kurtulması mümkünse baba, acil durum sebebiyle daha büyük bir tehlike altında olan diğör bir çocuğu kurtarabilir¹³⁹.

Eş değerde yükümlülüklerin atışması bazen sadece kurtarma menfaatleri düzeyinde gerçekleşebilir. Örneğın, bir sağlık görevlisi kıyıdan denizi izlerken bir tekne kazasına şahit olur. Kazazedelerden biri kendi imkânları ile yüzerek kıyıya çıkar ve somut olayın koşulları içerisinde yakın bir hayati tehlike altında değildir. Kazada yaralanan diğör kişi boğulmak üzeredir ve iyi derecede yüzme bilmeyen sağlık görevlisi dalgaların arasına atlayarak, kendisinden beklenmediği halde diğör yaralıyı kurtarır¹⁴⁰. Doktrinde bu durumda yükümlülükler düzeyinde bir çatışmanın olmadığı ifade edilmiştir. Sağlık görevlisi deta bir süper kahraman gibi davranmıştır. İyi derecede yüzme bilmediği için tehlikeyi göze alarak diğör yaralıyı kurtarması kendisinden beklenen bir durum değildir. Esasen böyle bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ancak, bu durum kurtarma çıkarları düzeyinde bir çatışmanın varlığını etkilememektedir. Bu nedenle, sağlık görevlisinin kıyıdaki kişiyi ihmal etmesi hukuka uygundur. Çünkü ihmali hukuka uygun kılan sebep, yükümlülükler düzeyindeki çatışmadan bağımsız olarak kurtarma çıkarları seviyesinde gerçekleşmiştir. Doktrinde, bu durumun bir nevi yükümlülüklerin çatışmasında bir eksiklik olduğu (Die defizitre Pflichtenkollision) ifade edilmiřtir¹⁴¹.

Yükümlülüklerin dayandığı menfaatlerin ceza hukuku tarafından korunup korunmaması önemlidir. Sadece medeni hukuk hükümleri ile korunan bir yükümlülük ile ceza hukuku hükümleri ile korunan yükümlülüğün atışması halinde elbette ceza hukuku ile korunan yükümlülüğe öncelik tanınır. Ancak, her olayda bunun istisnasız bir biçimde kabul edildiği söylenemez. Somut

¹³⁸ Sternberg-Lieben, § 32, Rn. 75; Andreas Spikhoff, Medizienrecht, 3. Bası, C.H. Beck, 2018, § 323c, Rn. 28.

¹³⁹ Erb, § 34, Rn. 48.

¹⁴⁰ Neumann, § 34, Rn. 127.

¹⁴¹ Küper, s. 1070.

olayın koşullarına göre değerlendirme yapılmalıdır¹⁴². Söz gelimi, özel hukukta kabul edildiği üzere alacağın tahsilini garanti altına almak amacıyla restoran sahibi hesabı ödmeden işletmeden ayrılmak isteyen, kimlik ve adres bilgileri bulunmayan müşterisini alıkoyabilir. Kolluk görevlileri olay yerine gelinceye kadar veya kimlik bilgileri tespit edilinceye kadar müşteri tutulabilir (TBK m. 64/3¹⁴³). Hâlbuki kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmama yükümlülüğü ceza kanununda düzenlenmiştir. Ancak, bu durumda mülkiyet hakkına öncelik tanındığı görülmektedir¹⁴⁴.

Başlamış olan bir tedavi programından yararlanan kişinin diğer bir kişiye göre önceliğinin olup olmadığı, bunun başka bir kişi lehine geri alınmasının mümkün olup olmadığı yükümlülüklerin çatışması bağlamında tartışmalıdır¹⁴⁵. Akut ölüm tehlikesinin varlığı halinde kurtarma önlemlerinin başka bir hasta lehine kesilmesi genel olarak kabul edilmez. İnsan yaşamı nicelik veya nitelik olarak değerlendirilemeyeceğinden başlamış bir tedavinin önemli derecede baskın (veya az da olsa baskın) olması sonucu değiştirmez¹⁴⁶. Bunun yapılabilmesi için durumu haklı kılacak değişikliklerin olması gerekir. Örneğin, hasta yeterince iyileşmiş olabilir. Ancak, kişinin ölüm süresinin uzatıldığı, tedavinin başarısız olmasının kaçınılmaz olduğu durumlarda

¹⁴² Neumann, § 34, Rn. 129a.

¹⁴³ TBK m. 64/3: “*Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz*”.

¹⁴⁴ Lencker, s. 650.

¹⁴⁵ Söz gelimi İtalya ve İsviçre Kovid-19 hastalarının tedavisinde bazı ilkeler belirlemiştir. Hastanın kalan ömrü hesaplanarak öncelik tanınmaktadır. Doktrinde bu durum eleştirilmiştir. Mümkün olduğu kadar çok kişinin hayatta kalmasını amaçlayan ancak yaşlılık veya azalan yaşam beklentisi nedeniyle insan yaşamına daha düşük değer veren tipik olmayan triyaj kriterlerinin uygulanması eleştirilmiştir. 85 yaşında olan ancak daha önce ciddi bir hastalık geçirmemiş ve göreceli olarak hayatta kalma şansı 30 yaşındaki bir hastaya göre yüksek olan birinin sırf yaşından dolayı tercih edilmemesi eleştirilmiştir. Bu durum hukuken mümkün olsa bile, etik olarak sorunlu kabul edilmektedir. Başarı beklentisi içinde hareket eden görevlilerin şeffaf bir biçimde davranacakları hususunda tereddütlerin oluşması kaçınılmazdır. Jäger-Gründel, s. 152. Benzer yönde bir görüş için bkz. Arslan, s. 370.

¹⁴⁶ Doktrinde bu durumu izah etmek üzere “*wer hat, das hat*” ifadesi kullanılmıştır. Buna göre kim bir kurtarma anında neyi elde etmiş ise onda kalmalıdır. Örneğin solunum cihazını kim kullanmakta ise kullanmaya devam etmelidir. Dakikalar ile yarışan menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda kim önce geldiyse elde ettiği tedavi devam ettirilmelidir. Böyle bir çözüm şekli Anayasa’ya da uygundur çünkü insan yaşamı üzerinden hesaplama yapılması mümkün değildir. Açıklamalar için bkz. Scarlett, s. 169. Benzer yönde Sternberg-Lieben, Corona-Pandemie, s. 627.

başlamış tedavi bir başkasını kurtarma amacıyla kesilebilir¹⁴⁷.

Başlamış bir tedavi programı hastanın başka bir hasta lehine kurtarılmaya faaliyetinden vazgeçmesi halinde hukuka uygundur. Söz gelimi bir Kovid-19 hastası kendisine verilen solunum cihazından yararlanmaktan diğer bir hasta lehine, kendisini feda etmek suretiyle vazgeçebilir. Bu durumda doktorun sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁴⁸.

Kendi kusuru sebebiyle tehlike altındaki kişilere yardım edilmesi, yükümlülüklerin çatışması bakımından olumsuz olarak değerlendirilmemelidir. Aksi takdirde, kusurun varlığına önem verilmesi bir çatışma durumunda kusurlu tarafın kurtarılmasının yasaklanması anlamına gelir. Kusurlu da olsa yaralanan kişi ile kurtarıcı arasında gönüllü veya bir garantör yükümlülük bağı bulunabilir. Bu halde kurtarma tercihinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez¹⁴⁹.

SONUÇ

Yükümlülüklerin çatışması kanunda düzenlenmeyen, doktrinde ve uygulamada kabul edilen kendine has bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu çatışma, niteliği itibarıyla, ihmali suçlarla bağlantılı olup failin birden çok hukuki yükümlülük ile karşılaştığı durumlarda gerçekleşir. Fail bu yükümlülüklerden birini yerine getirmekle sorumluluktan kurtulur. Yerine getirilen yükümlülük bakımından norma uygun davranılmakta; ihmal edilen yükümlülük bakımından ise bir norm ihlali bulunmamaktadır.

Failin birden çok yükümlülüğü yerine getirmekle yükümlü olması, yükümlülüklerin çatışmasının objektif unsuru oluşturur. Bunun yanında, failin kaçınılmaz biçimde bir ikilemin içine düştüğü hallerde bir tercih zorunluluğundan bahsedilebilir. Normun muhatabının bu ikilemin bilincinde olması gerekir. Bu duruma yükümlülüklerin çatışmasının subjektif unsuru denilmektedir.

¹⁴⁷ Neumann, § 34, Rn. 129a. Alman Etik Komisyonu, doktrinle paralel olarak Kovid-19 hastalarının tedavisinde daha az umut verici olsa da solunum cihazına bağlı bir hastanın tedavisi kesilerek başka bir hastaya verilmesini uygun görmemiştir. Jäger/Gründel, s. 155. Aksi yönde mazeret sebebinin gerçekleşeceğine dair Özen, s. 584. Benzer gerekçe ile bu gibi durumlarda doktorun mazur görülmesinin mümkün olduğu hakkında bkz. Arslan, s. 380.

¹⁴⁸ Jäger/Gründel, s. 155.

¹⁴⁹ Rönnau, s. 115.

Yükümlülüklerin çatışmasının bulunduğu hallerde esasen çift taraflı bir çatışma vardır. Bir kurtarma yükümlülüğünden bahsedildiğinde, aynı zamanda bir kurtarma menfaatinden de bahsedilir. Biri kurtarma yararları düzeyinde; diğeri ise kurtarma yükümlülükleri düzeyinde iki farklı çatışma meydana gelir.

Yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliğinin çatışmanın görünüş şekillerine; eş değerde veya farklı değerde yükümlülüklerin çatışması hallerine göre belirlenmesinde yarar vardır. Bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeni, bazı durumlarda ise zorunluluk halinin gerçekleşmesi mümkündür.

Yükümlülüklerin çatışması farklı şekillerde gerçekleşebilir. Öncelikle kaçınma yükümlülüklerinin çatışması mümkündür. Doktrinde, hatalı sürücü örneğinden hareketle failin alternatif hareket yükümlülüklerinden birini ihlal etmesinin kaçınılmaz olduğu ileri sürülmüştür. Durma, dönme, devam etme ve geri dönme şeklindeki tüm hareketlerin yasak olduğu bir durumda, failin ne yaparsa yapsın bir hareket yükümlülüğünü ihlal etmesi kaçınılmaz olduğundan yükümlülüklerin çatışması meydana gelir. Kaçınma yükümlülüklerinin çatıştığı durumlarda fail bir tercih yapmak zorunda olduğundan, hangi tercihte bulunursa bulunsun eş değerdeki yükümlülüklerden birini ihlal etmesi sebebiyle fiil hukuka uygun olacaktır. Keza, bu yükümlülüklerin eş değer olmadığı hallerde fail daha önemli yükümlülüğü tercih etmesi nedeniyle hukuka uygun davranmış olacaktır.

Yükümlülüklerin çatışmasının ikinci görünüş şekli, kaçınma ve hareket yükümlülükleri arasındaki çatışma halidir. Doktrinde bu çatışma haline geniş anlamda yükümlülüklerin çatışması denilmektedir. Kaçınma ve hareket yükümlülükleri arasında çatışma, eş değerde veya eş değerde olmayan yükümlülüklerin çatışması şeklinde gerçekleşebilir.

Çatışan yükümlülüklerin eş değerde olmaması halinde baskın olan hukuki değere göre mesele çözüme kavuşturulacaktır. Buna göre, kaçınma veya hareket yükümlülüklerinden hangisi daha önemli ise o yükümlülük yerine getirilecektir. Doktrinde de kabul edildiği üzere bu durumlarda bir zorunluluk halinden bahsedilebilir. Failin davranışları mazur görülebilen ancak haksızlığı ortadan kaldırmayan hareketlerdir. Dolayısıyla, failin özel hukuktan doğan sorumluluğu her halde ortadan kalkmaz.

Çatışan yükümlülüklerin eş değerde olması halinde hareket yükümlülüğünün ihmal edilmesine izin verildiği; kaçınma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yasak olduğu kabul edilmektedir. Makasçı örneğinde

failin kaçınma yükümlülüğünü tercih ederek beş kişi yerine bir kişinin yaşamını kurtarması hukuka uygun bir fiildir. İnsan yaşamı faydacı bir yaklaşıma tabi tutulamayacağından nicelik bakımından ölçülemez. Yasakların emir hükümlerini gölgede bıraktığı kabul edilerek hareket yükümlülüğünün ihmal edilmesi haksız bir fiil olarak nitelendirilemez.

Yükümlülüklerin çatışmasının üçüncü görünüş şekli hareket yükümlülükleri arasında çatışmadır. Doktrinde bu duruma dar anlamda yükümlülüklerin çatışması da denilmektedir. Hareket yükümlülükleri arasında çatışma da farklı değerlerde veya eş değerde yükümlülüklerin çatışması şeklinde meydana gelebilir. Bu tür durumlarda nasıl uygulama yapılacağına dair TCK'da bir hüküm bulunmamaktadır.

Eş değerde olmayan hareket yükümlülüklerinin çatışması halinde baskın yükümlülüğün tercih edilmesi hukuka uygundur. Eş değerde yükümlülüklerin çatışması, başka bir deyişle bu yükümlülüklerden birinin diğerine baskın olmaması durumunda, normun muhatabı yükümlülüklerden birini tercih edebilir. Hukuk düzeni seçim anında normun muhatabını yalnız bıraktığından, fail bu yükümlülüklerden birini tercih ederek sorumluluktan kurtulur. Bu sebeple fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanır. Aksi durumda, meseleyi zorunluluk hali kapsamında ele aldığımızda, sözelimi hastane servisindeki son yatağı paylaşmak durumunda kalan hasta yakınlarının zor kullanmasını meşru kabul etmek gerekir. Bu durum kurtarma çıkarlarının tehlikeye düşmesine, doktorun her iki yükümlülüğü yerine getirememesine sebep olabilir.

Normun muhatabı eş değerde olan hareket yükümlülüklerinden birini seçmekle yükümlüdür. Bu seçimin nasıl yapılacağı ise kurtarıcıya bırakılmıştır. Kurtarma yükümlüsü bu seçimi yükümlülüklerin eş değer tehdit altında olduğu durumlarda rasgele yapabilir. Failin hangi saikle hareket ettiğinin ise bir önemi yoktur. Bu seçim Anayasa'da düzenlenen ayrımcılık yasağı ilkesine de aykırı değildir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Arslan M, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları Ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel Ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 2020, 24(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 361-384.
- Artuk, M. E/Gökçen A-Alşahin M. E/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Ast S, “Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht”, 2020, 15(6), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, s. 268-274.
- Bacaksız P, “Ceza Hukukunda Yüklümlüklerin Çatışması”, 2013, 8(21), Ceza Hukuku Dergisi, s. 119-138.
- Bohländer M, Principles Of German Criminal Law, Hart Publishing, 2008.
- Bohnert J/Krenberger B/Krumm C, Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar, 6. Bası, C.H. Beck, 2020.
- Coco Vila I, “Conflicting Duties in Criminal Law”, 2019, 22(1), New Criminal Law, s. 34-72.
- Demirbaş T, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Ebner M, “Die Rechtfertigende Pflichtenkollision im Verkehrsstraf Und-Ordnungswidrigkeitenrecht”, 2006, 6, Zeitschrift Für Die Praxis Des Verkehrsjuristen, s. 201-207.
- Erb V, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Bası, C. H. Beck, 2020.
- Fletcher G. P, Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, 2000.
- Freund G, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Bası, Springer, 2009.
- Gropp W, “Die Pflichtenkollision: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision”, in Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, De Gruyter, 1999, s. 207-224.
- Hakeri H, Genel Hükümler, 22. Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Hakeri H, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri,

Seçkin Yayınevi, 2003.

Hakeri H, Tıp Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, 23. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021.

Harro O, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, de Gruyter, 1965.

Hart W. A, “Nussbaum, Kant and Conflicts Between Duties”, 1998, 73(286), The Journal of the Royal Institute of Philosophy, s. 609-618.

Hruschka J, “Justifications And Excuses: A Systematic Approach”, Bahar 2005, 2(2), Ohio State Journal Of Criminal Law, s. 407-413.

Jäger C/Gründel J, “Zur Notwendigkeit Einer Neuorientierung Bei Der Beurteilung Der Rechtfertigenden Pflichtenkollision Im Angesicht Der Corona-Triage”, 2020, 15(4), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, s. 151-163.

Jakobs G, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Bası, De Gruyter, 1991.

Koca M/Üzülmez İ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2020.

Körner H. H-Patzak J, Betäubungsmittelgesetz, 9. Bası, C.H. Müller, 2019.

Küper W, “Probleme der “defizitiaeren” Rechtfertigenden Pflichtenkollision”, 2016, 56(12), JuS, s. 1070-1075.

Lencker T, “The Principle Of Interest Balancing As A General Basis Of Justification”, 1986, 1986(3), BYU Law Review, s. 645-668.

Momsen-Savic, Beck’sche Online-Kommentare, www.beck-online.de erişim tarihi 10.05.2021.

Neumann U, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Bası, Nomos, 2017.

Önder A, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 1992.

Özbek V. Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2020.

Özbek V. Ö/Doğan K, “Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği”, 2007, 9(2), DÜEHFD, s. 195-222.

Özen M, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2019.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2020.

Palmquist S. R/Rudisill McPherson P, “Three Perspectives on Abraham’s Defense against Kant’s Charge Of Immoral Conduct”, Ekim 2009, 89(4),

- The Journal of Religion, s. 467-497.
- Parlatır İ, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, 5. Bası, Yargı Yayınları, Ankara 2012.
- Rengier R, Karlsruher Kommentar zum Gesetz Über Ordnungswidrigkeiten, 5. Bası, C.H. Beck, 2018.
- Rönnau T, “Grundwissen-Strafrecht: Rechtfertigende Pflichtenkollision”, 2013, 63(1), JuS, s. 113-115.
- Quinn P. L, “Agamemnon And Abraham: The Tragic Dilemma Of Kierkegaard’s Knight Of Faith”, Haziran 1990, 4(2), Literature and Theology, s.181-193.
- Scarlett J, “Pflichtenkollision Bei Triage-Entscheidungen”, 2021, 16(3), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, s. 155-169.
- Selçuk S, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yüklümlüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, 2010, 5(45), Terazi Hukuk Dergisi, s. 87-104.
- Spikhoff A, Medizinrecht, 3. Bası, C.H. Beck, 2018.
- Sternberg-Lieben D, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Bası, München 2019.
- Sternberg-Lieben D, “Corona-Pandemie, Triage Und Grenzen Rechtfertigender Pflichtkollision”, 2020, 38(8), MedR, s. 627-637.
- Streng-Baunemann A. F, “„Corona“-Triage-verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive”, 2021, 16(3), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, s. 170-192.
- Ünver Y, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, 2003.
- Yenisey F-Plagemann G, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), 2. Bası, Beta, 2015.
- Welzel J/Beulke W, Strafrecht Allgemeiner Teil, 39. Bası, C.F. Müller Verlag, 2009.
- Zimmermann T, “Justification or Excuse- The Collision of Positive Duties in German Criminal Law”, 2014, 78(3), The Journal of Criminal Law, s. 263-276.

ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHMALİ HALİNDE YÜKÜMLÜNÜN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

Fatma Umay GENÇ*

ÖZ

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'da öngörülmüş olan şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü, hukukumuzda yükümlü olarak kabul edilenlerin, nezdinde veya aracılığıyla “yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde”, bu işlemleri MASAK'a bildirmelerini gerektirir. Bu bağlamda, “bilgi”, “şüphe” ve “şüpheliyi gerektirecek husus” ifadelerinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması önemlidir. Zira, özellikle “bilgi” ifadesinin anlamı, yükümlünün şüpheli işlem bildiriminden farklı bir bildirim yükümlülüğünü de gerektirebilir. Nitekim, işleme konu malvarlığı suçtan elde edilmişse ya da bu malvarlığının yasa dışı amaçlarla kullanılması aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, işlemin yapıldığı sırada ya da işlem tamamlandıktan sonra bu konuda “bilgi” sahibi olan yükümlünün, ayrıca suçu bildirme yükümlülüğü de söz konusu olabilir. Suçu bildirme yükümlülüğünün ihmali, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, suç teşkil etmektedir. Bu makalede, Türk hukukunda şüpheli işlem bildirim yükümlülüğüne dair açıklamalarda bulunulmuş ve bu yükümlülüğün ihmali halinde bildirimle yükümlü olan kişinin ceza hukuku sorumluluğu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Şüpheli işlem, şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü, 5549 sayılı Kanun, suçu bildirme yükümlülüğü, yükümlülüğün ihmali.

CRIMINAL LAW RESPONSIBILITY OF THE OBLIGED PARTY IN CASE OF NEGLIGENCE OF THE OBLIGATION TO REPORT SUSPICIOUS TRANSACTION

ABSTRACT

The obligation of suspicious transaction reporting provided for in the Law on the Prevention of Laundering of the Proceeds of Crime (Law No. 5549) requires those

* **Dr. Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA, **e-posta:** umay.genc@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0003-1587-1776.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018800

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/09/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26/10/2021

who are considered as obliged parties to report the transactions to MASAK, if “there is any information, suspicion or reasonable grounds to suspect that the asset, which is subject to the transactions carried out or attempted to be carried out within or through the obliged parties, has been acquired through illegal ways or used for illegal purposes”. In this context, it is important to clarify what is to be understood from the expressions of “knowledge”, “suspicion” and “reasonable grounds for suspicion”. Because, especially, the meaning of the term “knowledge” may also require a different reporting obligation than the obligation of suspicious transaction reporting for the obliged party. Indeed, if the asset subject to the transaction has been obtained from a crime or the use of the asset for illegal purposes also constitutes a crime, the obliged party who has “knowledge” about this, at the time the transaction is carried out or after the transaction is completed, may also have an obligation to report the crime. The negligence of the obligation to report the crime constitutes crime, if the conditions prescribed in the Turkish Criminal Code (Law No. 5237) are fulfilled. In this article, explanations concerning the obligation of suspicious transaction reporting in Turkish law are given and the criminal law responsibility of the person who is obliged to report in case of negligence of this obligation is examined.

Keywords: *Suspicious transaction, obligation of suspicious transaction reporting, Law No. 5549, obligation to report a crime, negligence of the obligation.*

I. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ

A. Şüpheli İşlem Bildiriminin Kanuni Dayanağı ve Yükümlüler

“Şüpheli işlem bildirimini”, suç gelirlerinin aklanmasının veya malvarlıklarının yasa dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesine ve bu fiiller gerçekleştirilmişse bunların tespitine yönelik tedbirlerden¹ birisi olup

¹ Suç gelirlerinin aklanmasıyla mücadele bakımından, failerin etkin bir şekilde tespiti, yargılanması ve cezalandırılmasına yönelik olarak ceza hukukunun kullanılması büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, bu mücadelede bastırıcı tedbirlerin yanı sıra önleyici tedbirler de önemli bir yere sahiptir. Önleyici tedbirler, suçta araç olarak kullanılma olasılığı bulunan kişi veya kurumlara yüklenen yükümlülükler vasıtasıyla, suçun işlenmesini zorlaştırmak suretiyle faileri caydırmak, suçu ve suçluyu izlemek ve henüz suç tamamlanmadan failerin tespit edilmesini sağlamak amaçlarına yönelik tedbirlerdir. Bkz. Murat Volkan Dülger, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar, Seçkin, 2011, s. 240 vd.

Biraz daha kapsamlı bir yaklaşımla, önleyici tedbirler ile amaçlanan, “suç işleme imkânlarının azaltılması ve yakalanma riskinin artırılması suretiyle potansiyel suçluları suç işlemekten vazgeçirmek veya suçun işlenmesini zorlaştırmak, bu mümkün olmazsa bu kişileri suç işlenmeden veya işlenirken tespit etmek”tir. Bkz. Hasan Aykın, “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi”, Haziran 2008, 19(65),

hukukumuzdaki kanuni dayanağını 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un "Şüpheli işlem bildirimini" başlıklı 4. maddesinden almaktadır. İlgili hükmün ilk fıkrasına göre;

"Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde bu işlemlerin yükümlüler tarafından Başkanlığa bildirilmesi zorunludur."

Bu düzenlemenin temelini, Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF)², suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı bakımından üye devletlerce uyulması gereken kurallara dair 40 Tavsiye Kararı'nda³ yer alan, "Şüpheli işlem bildirimini" başlıklı 20 No'lu Tavsiye oluşturmaktadır. Zaman zaman "şüpheli faaliyet bildirimini" (ing. suspicious activity reporting) olarak da ifade edilen "şüpheli işlem bildirimini"ne (ing. suspicious transaction reporting) ilişkin bahsi geçen Tavsiye;

"Bir finansal kuruluş, fonların bir suç faaliyetinden elde edilen gelir olduğundan veya terörün finansmanı ile ilgili olduğundan şüphe duyar veya şüphelenmek için makul sebepleri/gerekçeleri haiz olursa, bu şüphelerini derhal mali istihbarat birimine bildirmesi kanunla zorunlu kılınmalıdır."

şeklinde. Bu Tavsiye'de yer alan "suç faaliyeti" ifadesiyle kastedilen, karaparanın aklanması için öncül suç teşkil edebilecek her türlü fiil ya da en azından, 3 No'lu Tavsiye'nin⁴ gerektirdiği şekilde karaparanın aklanması

Bankacılar Dergisi, s. 38, 39, <<https://www.tbb.org.tr/dosyalar/dergiler/dokumanlar/65.pdf>> Erişim Tarihi 15 Ocak 2021.

Bu açıklamalar ışığında, şüpheli işlem bildirimini de bir önleyici tedbir niteliğindedir.

² Bu kuruluşa dair bilgi edinmek için bkz. FATF, "About", <<https://www.fatf-gafi.org/about/>> Erişim Tarihi 19 Ekim 2021.

³ Tavsiyeler için bkz. FATF, "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations.", 2012-2021, <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2021.

⁴ Karaparanın aklanması suçuna ilişkin 3 No'lu Tavsiye şu şekildedir:

"Ülkeler karapara aklamayı, Viyana ve Palermo Konvansiyonlarını esas alarak suç saymalıdır. Ülkeler karapara aklama suçunu, öncül suçları en geniş şekilde ihtiva edecek şekilde, bütün ağır suçlara uygulamalıdır."

bakımından öncül suç teşkil edecek fiillerdir⁵. Tavsiye'deki “terörün finansmanı” ibaresi ise terör eylemlerinin, terör örgütlerinin ya da belirli bir terör eylemi veya eylemleri ile bağlantısı olmasa bile bireysel teröristlerin finansmanını ifade eder⁶.

5549 sayılı Kanun'daki düzenlemede, bahsi geçen 20 No'lu Tavsiye'den farklı olarak “finansal kuruluş” değil, “yükümlü” kavramına yer verilmiş; açıkça “terörün finansmanı”ndan söz edilmemiş ve ayrıca, “şüphe” ve “şüpheyi gerektirecek bir husus”un yanı sıra “herhangi bir bilgi”nin varlığı da bildirim için gerekli görülmüştür. Ayrıca, sadece işleme konu malvarlığının suçtan elde edilen gelir olduğuna değil, herhangi bir şekilde “yasadışı yollarla elde edildiği”ne dair bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir husus mevcutsa yükümlülerin bildirim yükümlülüğü söz konusudur. Bununla birlikte, bu farklılıklar Tavsiye'ye uygunluk bakımından bir eksiklik olmayıp, FATF tarafından 2019 yılının Aralık ayında ülkemize ilişkin olarak yayımlanan “Karşılıklı Değerlendirme Raporu”nda da belirtildiği üzere⁷, 5549 sayılı Kanun'daki ve diğer ilgili mevzuattaki şüpheli işlem bildirimine dair düzenlemeler FATF'ın bahsi geçen Tavsiyesi ile uyumludur.

5549 sayılı Kanun'un “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre, “yükümlü” kavramıyla;

“Bankacılık, sigortacılık, bireysel emeklilik, sermaye piyasaları, ödünç para verme ve diğer finansal hizmetler ile posta ve taşımacılık, talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler; döviz, taşınmaz, değerli taş ve maden, mücevher, nakil vasıtası, iş makinesi, tarihi eser, sanat eseri ve antika ticareti ile iştigal edenler veya bu faaliyetlere aracılık edenler ile noterler, spor kulüpleri, savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif

⁵ Ancak, devletlerin bu alternatiflerden ilkinin benimsemesi şiddetle tavsiye edilmektedir. Bkz. 20 No'lu Tavsiye'ye ilişkin yorumlayıcı not, paragraf 1. FATF, “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations.”, s. 87.

⁶ Bkz. 20 No'lu Tavsiye'ye ilişkin yorumlayıcı not, paragraf 2. FATF, “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations.”, s. 87.

⁷ FATF, “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures. TURKEY. Mutual Evaluation Report”, December 2019, s. 200, 201, <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar ve Cumhurbaşkanınca belirlenen diğer alanlarda faaliyet gösterenler”

ifade edilmektedir. Bununla birlikte, Kanun’un 27. maddesinde, bu hükümde belirtilen hususlara ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmeliklerle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, bu Kanun’un uygulanmasında “yükümlü” kavramından ne anlaşılacağı, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik’in “Yükümlü” başlığını taşıyan 4. maddesinde yer almaktadır⁸.

⁸ Bu hüküm şu şekildedir:

“(1) Kanunun uygulanmasında yükümlü, aşağıda sayılanlar ile bunların şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleridir:

a) Bankalar.

b) Bankalar dışında banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz kuruluşlar.

c) Kambiyo mevzuatında belirtilen yetkili müesseseler.

ç) Finansman ve faktoring şirketleri.

d) Sermaye piyasası aracı kurumları ve portföy yönetim şirketleri.

e) Ödeme kuruluşları ile elektronik para kuruluşları.

f) Yatırım ortaklıkları.

g) Sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri ile sigorta ve reasürans brokerleri.

ğ) Finansal kiralama şirketleri.

h) Sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde takas ve saklama hizmeti veren kuruluşlar.

ı) Kıymetli Madenler ve Kıymetli Taşlar Piyasasına ilişkin saklama hizmeti ile sınırlı olmak üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi.

i) Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi ile kargo şirketleri.

j) Varlık yönetim şirketleri.

k) Kıymetli maden, taş veya mücevher alım satımı yapanlar ile bu işlemlere aracılık edenler.

l) Cumhuriyet altın sikkeleri ile Cumhuriyet zîynet altınlarını basma faaliyeti ile sınırlı olmak üzere Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü.

m) Kıymetli madenler aracı kuruluşları.

n) Ticaret amacıyla taşınmaz alım satımıyla uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler.

o) İş makineleri dâhil her türlü deniz, hava ve kara nakil vasıtalarının alım satımı ile uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler.

B. Şüpheli İşlem Bildirimine Konu Olacak İşlemler

5549 sayılı Kanun'un 4. maddesinin yukarıda sözü edilen 1. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, şüpheli işlem bildirimine konu olacak işlemler, "yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemler"dir. Maddenin 3. fıkrasına göre ise;

"Yükümlülerin hangi faaliyetlerinden dolayı ve hangi usûl ve esaslara göre şüpheli işlem bildiriminde bulunacağı yönetmelikle belirlenir."

Yükümlüler nezdinde ya da bunlar aracılığıyla "yapılan" ya da "yapılmaya teşebbüs edilen" her türlü işlem, şüpheli işlem bildirimini gerektirmemektedir. 5549 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ilk fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere, bu işlemlere "konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması" halinde şüpheli işlem bildiriminde bulunulması zorunludur. Bu düzenlemede yer alan, "yasa dışı yollardan

ö) Tarihi eser, antika ve sanat eseri alım satımı ile uğraşanlar veya bunların müzayedeciliğini yapanlar.

p) Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Türkiye Jokey Kulübü ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığı dâhil talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler.

r) Spor kulüpleri.

s) Noterler.

ş) Savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyumsuzluk çözümleri kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar;

t) Bir işverene bağlı olmaksızın çalışan serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirler.

u) Finansal piyasalarda denetim yapmakla yetkili bağımsız denetim kuruluşları.

(ü) Kripto varlık hizmet sağlayıcılar.

(v) Tasarruf finansman şirketleri.

(2) Merkezi yurt dışında bulunan yükümlünün Türkiye'deki şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleri birinci fıkra kapsamında yükümlü sayılır.

(3) Merkezi Türkiye'de bulunan yükümlünün yurt dışındaki şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleri, faaliyet gösterdikleri ülkenin mevzuatı ve yetkili otoritelerinin izin verdiği ölçüde asgari olarak bu Yönetmelikte yer alan tedbirleri uygulamak zorundadır. İlgili ülke mevzuatının bu tedbirlerin uygulanmasına izin vermemesi halinde durum Başkanlığa bildirilir."

elde edildiğine” ibaresi, işleme konu malvarlığının herhangi bir şekilde yasadışı yollarla elde edilmiş olabileceğine işaret etmektedir⁹. Bu bağlamda, işlemlere konu malvarlığının suç geliri olduğu haller de bu kapsamdadır. Hatta işleme konu malvarlığının herhangi bir yasadışı yoldan değil, “suç”tan elde edildiğinin tespit edilebilmesi ve böylece suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi, şüpheli işlem bildirimisiyle güdülen esas amaçlardan birisidir. “Suç geliri”, 5549 sayılı Kanun’da tanımlandığı üzere “*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini*” ifade eder (m. 2/1-f). Bir başka deyişle, “suç geliri”, bir suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilen malvarlığı değeridir. Literatürde “karaparanın aklanması” şeklinde de ifade edilen “suç gelirinin aklanması” ise “*yasadışı yollardan elde edilen kazançların, kaynağının gizlenmesi ve niteliğinin değiştirilmesi suretiyle yasal görüntü kazandırılarak ekonomik sisteme sokulması*”dır¹⁰.

Diğer taraftan, “şüpheli işlem bildirimisi” tedbiri sadece suç gelirlerinin aklanmasının değil, malvarlıklarının “yasa dışı amaçlarla kullanılması”nın da önlenmesine yöneliktir. Zira 5549 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ilk fıkrasında yer alan, işlemlere konu malvarlığının “*yasa dışı amaçlarla kullanıldığına*” şeklindeki ifadeyle bu hususa işaret edilmektedir. Yasa dışı amaçlarla kullanılan malvarlıkları yasa dışı yollardan elde edilmiş olabileceği gibi yasal yollardan da elde edilmiş olabilir. Bu kapsamda, şüpheli işlem bildirimisi, terörizmin finansmanı ile mücadelede de kullanılmaktadır¹¹. Nitekim, Suç

⁹ Özgenç, şüpheli işlem bildirimisinde bulunma yükümlülüğünün doğması için; işleme konu malvarlığının mutlaka suçtan elde edilen gelir olması değil, herhangi bir şekilde yasadışı yollarla elde edilmesi gerektiğini şu şekilde açıklamaktadır:

“...işlem konusu malvarlığı değerinin suçtan elde edilmese bile, kayıt dışı ekonomik faaliyetten elde edildiği ve vergilendirmeye tabi tutulmamış olduğu hususunda şüphe sebebinin varlığı halinde, şüpheli işlem bildirimisinde bulunma yükümlülüğü doğar. Örneğin kişinin sosyal ve ekonomik durumuyla telifi kabil olmayan çok yüksek miktarda çek bedeline sahip hamiline çeki bankaya ibraz ederek karşılığını tahsil etmeye çalışması halinde, bir şüpheli işlem durumunun mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.”

Bkz. İzzet Özgenç, “Şüpheli İşlem Bildirimisinin Hukuki Mahiyeti, MASAK’ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler”, 2021, 25(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 274, 275.

Buna karşılık, *Değirmenci*’ye göre ise bu ibare ile kastedilen, işleme konu malvarlığının suç geliri olmasıdır. Bkz. Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu* (Karapara Aklama Suçu), Turhan, 2007, s. 255.

¹⁰ MASAK, Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi, Mali Suçları Araştırma Kurulu Yayın No.9, 2006, s. 1.

¹¹ Aykın, “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi”, s. 40.

Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik'in 27. maddesinin ilk fıkrasında “şüpheli işlem”in ne olduğu tanımlanırken de bu durum özel olarak vurgulanmaktadır¹². Öte yandan, Yönetmelik'te yer alan bu ibareye Kanun'da bilahare yer verilmemiş olması ise bir eksiklik değildir. Zira terörizmin finansmanının, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasının aksine, meşru ya da gayrimeşru kaynaklardan sağlanması mümkündür.

Bir işlemin şüpheli işlem bildirimine konu edilebilmesi için aranan, “işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair” “bilgi”, “şüphe” ve “şüpheli gerektirecek husus” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği de bilahare açıklığa kavuşturulmalıdır. “Bilgi”, Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından; “öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, malumat, vukuf” şeklinde tanımlanmaktadır¹³. TDK'ya göre, “şüphe” ile eş anlamlı nitelikteki “kuşku” ise “bir olguyla ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlık, kuruntu, işkil, şüphe, acaba” anlamına gelmektedir¹⁴. FATF'ın 40 Tavsiye Kararı'nda yer alan 20 No'lu Tavsiye'de şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü öngörülmüş ve fakat şüphe kavramından ne anlaşılacağı belirtilmeyerek üyelerin takdirine bırakılmıştır. Doktrinde ise 5549 sayılı Kanun'un bu hükmünde yer alan “şüphe” ifadesinden anlaşılması gereken; “işleme konu fon veya malvarlığının yasadışı kaynaktan elde edilmiş olabileceği konusunda işlemi gerçekleştiren görevlide oluşacak, subjektif bir durum” olduğu ve “şüpheli gerektirecek husus”tan ise “işlemin niteliği ve yapılış tarzı nedeniyle işlemi yapan herhangi bir görevlinin işlemin şüpheli olduğunu düşünebileceği veya şüphelenmesi gerektiği durum”un anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵. Doktrindeki yaklaşım ışığında, “şüphe”, işlemi

¹² İlgili düzenlemeye göre;

“Şüpheli işlem, yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işleme konu malvarlığının; yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına, bu kapsamda terörist eylemler için ya da terör örgütleri, teröristler veya terörü finanse edenler tarafından kullanıldığına veya bunlarla ilgili ya da bağlantılı olduğuna dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheli gerektirecek bir hususun bulunması halidir.”

¹³ Bkz. Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>>, Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

¹⁴ Bkz. Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <<https://sozluk.gov.tr>>, Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

¹⁵ Hasan Aykın, “Şüpheli İşlem nedir? ‘Şüphe’ ve ‘Şüpheli Gerektirecek Husus’ Kavramları Nasıl Yorumlanmalı?”, 2017, <https://vergidosyasi.com/2017/03/28/supheli-islem-nedir>

gerçekleştiren görevlinin subjektif değerlendirmeleri sonucunda ulaştığı bir sonuca ilişkin iken, “şüpheliyi gerektirecek husus” ise ilgili görevlinin ortada şüpheli bir işlemin bulunduğu yönünde kanaate varmasını sağlayacak objektif şartların varlığı halinde söz konusu olmaktadır¹⁶.

Belirtilmelidir ki, Kanada’da Suç Gelirleri (Karaparanın Aklanması) ve Terörizmin Finansmanı Yasası (Proceeds of Crime [Money Laundering] and Terrorist Financing Act/PCMLTFA) ve ilgili yönetmelikler uyarınca, bildirimle yükümlü kuruluşların ve bu kuruluşların çalışanlarının şüpheli işlemleri Kanada Mali İşlemler ve Raporlar Analiz Merkezi’ne (Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada / FINTRAC) bildirmeleri gerekmekte olup bu kuruluşların faaliyetleri sırasında yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen mali işlemin karaparanın aklanması veya terörizmin finansmanı suçlarının işlenmesi ya da bu suçların işlenmesine teşebbüs ile ilgisinin bulunduğu şüphelenilmesi için makul sebeplerin/gerekçelerin bulunması halinde bildirim gerçekleştirilecektir¹⁷. Kanada’daki mevzuat gereğince bildirim için aranan “şüpheli için makul sebeplerin bulunması” koşulu, 5549 sayılı Kanun’daki “şüpheliyi gerektirecek husus”a karşılık gelmektedir. Nitekim, 5549 sayılı Kanun’da öngörülen, “şüpheliyi gerektirecek husus”, işleme konu fon veya malvarlığının yasadışı bir kaynaktan elde edilmiş olabileceğinden ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığından kuşulanılmasını gerektiren “makul” bir sebep olmalıdır. Zira Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik’te “*şüpheli veya şüpheliyi gerektiren makul bir sebebin olup olmadığı hususu*”nun “*gerektiğinde birden çok işlem bir arada ele alınarak*” değerlendirileceği ifade edilmiştir¹⁸. Ayrıca, FATF’ın 40 Tavsiye Kararı’nda yer alan 20 No’lu Tavsiye’de de bildirim için, “*fonların bir suç faaliyetinden elde edilen gelir olduğundan ya da terörün finansmanı ile ilgili olduğundan*” şüphelenmek için “makul sebepler”in bulunması gerekliliğinin arandığı görülmektedir. Kanada’da şüpheli işlem

suphe-ve-supheyi-gerektirecek-husus-kavramlari-nasil-yorumlanmalı/, Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

¹⁶ Aykın, “Şüpheli İşlem nedir? ‘Şüpheli’ ve ‘Şüpheliyi Gerektirecek Husus’ Kavramları Nasıl Yorumlanmalı?”

¹⁷ Bkz. Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada, “What is a suspicious transaction report?”, June 2021, <<https://www.fintrac-canafe.gc.ca/guidance-directives/transaction-operation/Guide2/2-eng#s3>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, Part 1, section 7, <<https://lois-laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-24.501/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

¹⁸ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 27/3.

bildirimi için aranan “şüpheli için makul sebeplerin bulunması” ibaresinden anlaşılması gerekenin ne olduğunun belirlenebilmesi için, Kanada ceza hukukunda şüpheli seviyelerinin giderek artan şekilde “basit şüpheli”, “şüpheli için makul sebeplerin bulunması” ve “inanmak için makul sebeplerin bulunması” olmak üzere üçe ayrıldığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda, 5549 sayılı Kanun’da öngörülen “şüpheli”ye karşılık gelen “basit şüpheli” hislere ya da sezgilere dayalı olmasına rağmen, bu hislerin doğruluğuna işaret eden ya da karaparanın aklanması veya terörizmin finansmanı suçlarının işlendiği sonucuna makul bir şekilde ulaşılmasını sağlayacak herhangi bir olgu, belirti veya delil söz konusu değildir¹⁹. “Şüpheli için makul sebeplerin bulunması” ise benzer bilgi, deneyim veya eğitime sahip kişilerce, çeşitli olgu, belirti veya deliller göz önünde bulundurulduğunda belirli bir mali işlemin karaparanın aklanması veya terörizmin finansmanı suçlarının işlenmesiyle ilişkili olduğu sonucuna varılmasının muhtemel olması anlamına gelmektedir. Ancak, bu çerçevede, söz konusu suçların gerçekten işlenip işlenmediğinin kanıtlanması gerekmemekte olup şüphelinin makul ve önyargıdan uzak olması yeterlidir. Son olarak, “inanmak için makul sebeplerin bulunması” ise en yüksek şüpheli seviyesi olup karaparanın aklanması ya da terörizmin finansmanı suçlarının işlenmesi olasılığını destekleyen doğrulanmış olguların var olduğu ve makul ve eğitilmiş bir kişinin bu suçların meydana geldiğine inanmak için sadece şüphesinin değil, yeterli delilinin mevcut olduğu anlamına gelmektedir²⁰.

Buna ek olarak, Birleşik Krallık’ta, Suçtan Elde Edilen Gelirler Yasası’nın (Proceeds of Crime Act / POCA) “Kara Paranın Aklanması” başlıklı 7. bölümünde bildirim yükümlülüğünün ihmaline ilişkin düzenlemelere ve suçlara yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden 330. madde, düzenlemeye tabi tutulan sektörde bildirimde bulunma yükümlülüğünün ihmaline; 331. madde, düzenlemeye tabi tutulan sektörde, görevlendirilmiş bir yetkili tarafından bildirimde bulunma yükümlülüğünün ihmaline, 332. madde ise diğer görevlendirilmiş yetkililer tarafından bildirimde bulunma yükümlülüğünün ihmaline ilişkindir²¹. 330. maddeye göre;

“(1) Bir kimse, (2) ila (4) numaralı fıkralardaki koşulların gerçekleşmesi

¹⁹ Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada, “What is a suspicious transaction report?”.

²⁰ Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada, “What is a suspicious transaction report?”.

²¹ Bkz. Proceeds of Crime Act 2002, Part 7, Money Laundering, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

halinde suç işlemiş olur:

(2) Birinci koşul şudur ki, bu kişi, bir başka kişinin karaparanın aklanması faaliyetinde bulunduğunu;

(a) biliyor veya bundan şüpheleniyor, ya da

(b) bunu bilmek veya bundan şüphelenmek için makul sebeplere/gerekçelere sahiptir.

(3) İkinci koşul şudur ki, bu kişi;

(a) bilgisinin veya şüphesinin dayandığı, ya da

(b) böyle bir bilgi veya şüphe için makul sebepler/gerekçeler sunan, bilgi veya diğer hususlara, düzenlenen sektördeki bir iş esnasında muttali olmuştur.

(3A) Üçüncü koşul şudur ki, bu kişi;

(a) Fıkra (2)'de bahsedilen diğer kişiyi veya aklanan mallardan²² herhangi birinin nerede olduğunu belirleyebiliyor, ya da

(b) Fıkra (3)'te bahsedilen bilgilerin veya diğer hususların, o diğer kişinin veya aklanan malların herhangi birinin nerede olduğunun belirlenmesine yardımcı olacağına veya yardımcı olabileceğine inanıyordur veya buna inanmasını beklemek makuldür.

(4) Dördüncü koşul şudur ki, bu kişi yapılması gerekli bildirim;

(a) görevlendirilmiş bir yetkiliye veya

(b) Ulusal Suç Ajansı Genel Müdürü tarafından, bu Bölüm'ün amaçları çerçevesinde yetkilendirilmiş bir kişiye,

fıkra (3)'te bahsedilen bilgiler veya diğer hususlar kendisine ulaştıktan sonra mümkün olan en kısa sürede yapmamıştır.

...”

Görüldüğü gibi, bu düzenlemeye göre düzenlemeye tabi tutulan sektörde

²² Maddenin (5A) fıkrasına göre;

“Aklanan mal, bu kişinin bildiği veya şüphelendiği ya da bilmesi veya şüphelenmesi için makul sebepleri/gerekçeleri bulunduğu, diğer kişinin karapara aklama faaliyetinin konusunu oluşturan maldır.”

çalışan bir kişinin, bir başkasının karaparanın aklanması faaliyetinde bulunduğunu bilmesi, bundan şüphelenmesi veya bunu bilmek ya da bundan şüphelenmek için makul sebeplere/gerekçelere sahip olması hallerinde bildirimde bulunma yükümlülüğü mevcuttur. Bahsi geçen maddede ve POCA'daki muhtelif hükümlerde aranan “bilgi”, “şüphe” ve “bilgi veya şüphe için makul sebeplerin bulunması” şartlarının anlamının belirlenmesi, aynı kavramlar kullanıldığı için, 5549 sayılı Kanun'da yer alan “bilgi”, “şüphe” veya “şüpheyi gerektirecek husus” ifadelerinin yorumlanması bakımından daha yol gösterici olabilir. “Bilgi” veya “şüphe” sözü edilen 330. ila 332. maddelerin hepsinde öngörülen şartlar olup failin sorumlu tutulabilmesi için, bu konudaki bilgisinin veya şüphesinin varlığının kanıtlanması gerekmektedir²³. 330. ve 331. maddelerde öngörülen “bilmek ya da bundan şüphelenmek için makul sebeplere/gerekçelere sahip olmak” ise failin sorumlu tutulabilmesi için bu durumu biliyor veya bundan şüpheleniyor olması gereken hallere işaret etmekte olup failin gerçekte bu durumu biliyor veya bundan şüpheleniyor olup olmaması önemli değildir²⁴. Bu çerçevede, POCA bağlamında, “bilgi” sahibi olmak, bir şeyin gerçekten doğru olduğunu, gerçekte var olduğunu bilmek anlamına gelmektedir²⁵. “Şüphe” sahibi olmak ise kişinin, ilgili hususun var olduğuna dair bir ihtimal olduğu düşüncesi olup mahkeme kararlarından da hareketle, şüphenin her ne kadar açık ve belirli olgulara dayanması gerekmesede, kişide “belirsiz bir huzursuzluk hissi”nin veya salt “bir kurgunun/hayal ürününün” ötesine geçen bir kanaatin mevcut olması gerektiği belirtilmektedir²⁶. Bunların yanı sıra, POCA kapsamında “bilgi veya şüphe

²³ Dolayısıyla, fail açısından bir değerlendirme söz konusudur (subjektif test).

“Money laundering. Money laundering and terrorist financing. Criminal offences. The secondary money laundering offences”, <<https://www.mylawyer.co.uk/the-secondary-money-laundering-offences-a-A76810D76834/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

²⁴ Dolayısıyla, makul ve basiretli bir kişi esas alınarak yapılan bir değerlendirme söz konusudur (objektif test).

“Money laundering. Money laundering and terrorist financing. Criminal offences. The secondary money laundering offences”, <<https://www.mylawyer.co.uk/the-secondary-money-laundering-offences-a-A76810D76834/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

²⁵ Gambling Commission, “The prevention of money laundering and combating the financing of terrorism.

Guidance for remote and non-remote casinos: fifth edition”, 27.05.2021, <[https://www.gamblingcommission.gov.uk/guidance/the-prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism-part-8-Suspicious-activities-and-reporting](https://www.gamblingcommission.gov.uk/guidance/the-prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism/prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism-part-8-Suspicious-activities-and-reporting)> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

²⁶ Bkz. *R v Da Silva* [2006] EWCA Crim 1654, <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/>

için makul sebeplerin bulunması” ise bir kişinin, bir başkasının karaparanın aklanması veya terörizmin finansmanı faaliyetleri ile uğraştığına dair bilgi sahibi olabileceği ya da bundan şüphe duyabileceği olguların veya koşulların varlığını bilmesi halinde söz konusu olacaktır²⁷. İlgili düzenlemelerde “bilgi veya şüphe için makul sebeplerin bulunması” ifadelerine yer verilmesinin sebebinin, düzenlenen sektörde faaliyet gösteren kişilerin işlemleri ele alırken diğer sektörlerde çalışanlardan daha yüksek düzeyde titizlik göstermelerinin beklenmesi olduğu ifade edilmektedir²⁸. Bu çerçevede, ilgili kişinin eğitimi ve konumu itibarıyla bu durumu biliyor veya bundan şüpheleniyor olması gerektiğini düşünmek makul olmalıdır²⁹.

Kanaatimizce, ilgili yükümlünün, subjektif değerlendirmeleri sonucunda, işleme konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğinden ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığından kuşkulandığı hallerde 5549 sayılı Kanun’da öngörülen “şüphe”den söz edilmelidir. Bununla birlikte, bu şüphe herhangi bir olgu veya delilden kaynaklanmasa da kişideki salt bir huzursuzluk hissine, sezgiye de dayalı olmamalıdır. Diğer taraftan, sadece ilgili yükümlünün değil, somut olayın şartları itibarıyla benzer eğitim, bilgi ve deneyime sahip herhangi bir kişinin bu gibi bir durumun varlığından kuşkullanması gereken hallerde ise “şüphelyi gerektirecek husus” söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla, salt bir “şüphe”nin varlığı, bir “şüphelyi gerektirecek husus”un varlığına göre daha hafif bir şüphe haline işaret etmekte olup “şüphelyi gerektirecek husus”un; diğer bir ifadeyle, “şüphelyi gerektiren makul bir sebebin varlığı” sadece bir şüphenin varlığına göre daha kuvvetli nitelikte bir kuruntuya karşılık gelmektedir. Şüphelyi gerektiren makul bir sebebin varlığı, salt bir şüphenin varlığından farklı olarak, bir işlemin neden şüpheli görüldüğüne dair

Crim/2006/1654.html> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Gambling Commission, <<https://www.gamblingcommission.gov.uk/guidance/the-prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism/prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism-part-8-Suspicious-activities-and-reporting>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

²⁷ Gambling Commission, <<https://www.gamblingcommission.gov.uk/guidance/the-prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism/prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism-part-8-Suspicious-activities-and-reporting>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

²⁸ CPS, “Money Laundering Offences”, 11.06.2021, <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/money-laundering-offences>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

²⁹ “Money laundering. Money laundering and terrorist financing. Criminal offences. The secondary money laundering offences”, <<https://www.mylawyer.co.uk/the-secondary-money-laundering-offences-a-A76810D76834/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

gerekçelerin ortaya konulabilir olmasını; yani işleme konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğinden ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığından şüphe duyulmasına yol açabilecek olguların veya koşulların var olmasını gerektirir. Bu bağlamda, yükümlü tarafından belirli olgular, gösterge veya deliller ile somut olayın şartları göz önünde bulundurulmak suretiyle ilgili işlemin şüpheli bir işlem olduğu sonucuna varılması gerekmektedir. Bir başka anlatımla, “şüpheyi gerektirecek husus”, hayatın olağan akışına göre; benzer bilgi, deneyim veya eğitime sahip başka kişilerin genellikle şüphe duymasına yol açan hallerde söz konusu olmalıdır. Ancak, Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanlığı’nca 04.05.2021 tarihinde yayımlanan “Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar” başlıklı Rehber’de “şüphe” kavramının “işleme konu fon veya malvarlığının yasadışı kaynaktan elde edilmiş olabileceği veya yasadışı bir amaçla kullanılacağı konusunda işlemi gerçekleştiren ve/veya aracılık edenlerde oluşacak, subjektif bir durumu” ifade ettiği; bu subjektif değerlendirmelerin, “işlemin yapılması sırasında müşterinin davranışları, müşteri ile ilgili olarak daha önce elde edilen bilgiler, yapılan işlemin ve işlem tutarının müşterinin mali profili ile uyumu ve diğer unsurlar” dikkate alınmak suretiyle yükümlüde oluşacak kanaate göre belirleneceği belirtilmektedir³⁰. Rehber’de, ayrıca, “şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun varlığının nasıl tespit edileceği” sorusunun önemi vurgulanmakta ve fakat bu sorunun cevabına yer verilmemektedir³¹. Kanaatimizce, MASAK’ın “şüphe”nin nasıl oluşacağına dair bu açıklamaları, “şüphe” ile “şüpheyi gerektirecek husus” kavramlarının birbirinden ayırt edilebilmesi bakımından yetersizdir. Zira yükümlüde oluşacak şüpheye esas teşkil edebileceği belirtilen örnek niteliğindeki unsurların “şüpheyi gerektirecek husus” bakımından da temel alınabilmesi mümkündür. Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından, 5549 sayılı Kanun’da yer alan “bilgi”, “şüphe” ve “şüpheyi gerektirecek husus” kavramlarının ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

Gerek “şüphe”nin gerekse “şüpheyi gerektirecek husus”un bulunduğu her iki ihtimalde de ilgili yükümlünün, hakkında şüpheli işlem bildirimini

³⁰ MASAK, “Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar”, Mayıs 2021, s. 11, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

³¹ MASAK, “Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar”, s. 13.

yapılan işlemlere konu malvarlığının gerçekten yasa dışı yollardan elde edilip edilmediği ya da yasa dışı amaçlarla kullanılıp kullanılmadığı konularında kesin bir bilgisi olmadığı halde böyle bir durumun var olabileceği düşüncesi bulunmalıdır. Kaldı ki, yükümlünün, bu hususta kesin bir bilgisinin bulunması veya şüphesinin ya da şüpheye yol açabilecek makul sebeplerin gerçeğe işaret ediyor olduğunu kanıtlaması da gerekmez. Aksinin kabulü, şüpheli işlem bildiriminin bir önleyici tedbir olma niteliğine aykırı olacaktır.

Kanaatimizce, ilgili yükümlü bakımından, işleme konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiği ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığı bir düşünceden; bir başka deyişle, bir varsayımdan ibaret değilse ve yükümlü böyle bir durumun varlığını biliyorsa, 5549 sayılı Kanun anlamında “şüphe” veya “şüpheliyi gerektirecek husus”tan değil, “bilgi”den söz edilmelidir. Bir diğer anlatımla, böyle bir durumda, yükümlü; işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edilmiş ya da yasa dışı amaçlarla kullanılmış olabileceği değil, yasa dışı yollardan elde edildiği ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığı malumatını haiz olmalıdır³². Elbette ki “şüpheliyi gerektirecek husus” a nazaran daha yüksek bir şüphe seviyesine tekabül eden bu durumda, yükümlünün bu yöndeki düşüncesi bazı olgu ve delillere dayanmalıdır.

“İşlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair” “bilgi”, “şüphe” ve “şüpheliyi gerektirecek husus” hallerinden hangisi mevcut olursa olsun, şüpheli işlem bildirimini bir “ihbar” niteliğinde değildir³³. Aşağıda açıklayacağımız üzere, bildirim üzerine, gerekli hallerde konuyu Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmek MASAK Başkanlığı’nın görevleri arasındadır.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, MASAK Başkanlığı -5549 sayılı Kanun’daki ifadesiyle, “Başkanlık”-, şüpheli işlem tipleri belirlemeye yetkilidir³⁴. Bu bağlamda, hem bütün “yükümlü gruplarına yönelik olarak

³² MASAK tarafından hazırlanan ve yukarıda bahsi geçen Rehber’de ise “bilgi” ibaresine ilişkin olarak; “*Şüpheli işlem bildirimine konu işlemler ve müşterilerle ilgili basın veya benzeri kaynaklara dayanılarak bir ‘bilgi’ bulunması halinin doğrudan şüpheli işlem bildiriminde bulunulmasını gerektiren bir durum olduğu aşikârdır.*” ifadelerine yer verilmeyle yetinilmektedir. Bkz. MASAK, “Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar”, s. 13.

³³ MASAK, “Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar”, s. 11.

³⁴ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 27/5.

genel mahiyette ve terörün finansmanı ile bağlantılı şüpheli işlem tipleri” hem de “yükümlülerin faaliyet alanları dikkate alınarak bazı yükümlü grupları için sektörel mahiyette şüpheli işlem tipleri” belirlenebilir ve belirlenen şüpheli işlem tiplerine Başkanlık tarafından yayımlanan şüpheli işlem bildirim rehberlerinde yer verilir³⁵. Bununla birlikte, belirlenen şüpheli işlem tipleri kılavuz niteliğindedir. Dolayısıyla, yükümlülerin, belirlenen tiplerden herhangi birine uymamakla birlikte şüphe doğuran her türlü işlemle ilgili olarak şüpheli işlem bildiriminde bulunmaları gerekir³⁶.

C. Şüpheli İşlem Bildiriminin Usulü

Şüpheli nitelikteki işlemlerin, işleme ilişkin şüphenin oluştuğu tarihten itibaren en geç on iş günü içinde, Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanlığı’na bildirilmesi gerekmektedir³⁷. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik’in 32. maddesi uyarınca, söz konusu işlemin yükümlülerin MASAK’a devamlı bilgi vermek zorunda oldukları bir işlem olması nedeniyle devamlı bilgi verme kapsamında şüpheli işlemin de bildirilmiş olması, şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır³⁸. Bu bildirim, “*gerçek kişi yükümlünün bizzat kendisi, tüzel kişi yükümlünün kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği bulunmayanların yöneticileri veya bunlar tarafından yetkili kılınanlar, uyum görevlisi atanan yükümlülerde ise bu görevliler*” tarafından yapılacaktır^{39,40}. Bu bağlamda, herhangi bir tutar gözetilmeksizin, şüpheli

³⁵ Bkz. Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği (Sıra No: 13) m. 8/1.

³⁶ Bkz. Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği (Sıra No: 13) m. 8/3.

³⁷ Bkz. 5549 sayılı Kanun, m. 4/1; Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 28/2.

³⁸ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 27/4.

³⁹ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 27/2.

⁴⁰ “Uyum görevlisi”, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik’in “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde;

“Kanun ve Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuatla getirilen yükümlülüklerle uyumu sağlamak amacıyla istihdam edilen ve gerekli yetkiyle donatılmış görevli”

şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik’in 18. maddesine göre;

“(1) Yönetim Kurulu, uyum görevlisinin bu Yönetmelikle getirilen görev ve sorumluluklarını etkin bir şekilde yerine getirebilmesini sağlamak amacıyla yükümlünün, işletme büyüklüğü, işlem hacmi, şube ve personel sayısı ya da karşılaşabileceği risklerin yüksekliği gibi unsurları göz önünde bulundurarak uyum görevlisine doğrudan bağlı olan ve uyum

nitelikteki her türlü işlemin bildirilmesi gerekmektedir⁴¹. Bu düzenleme, FATF'ın 40 Tavsiye Kararı'nda yer alan 20 No'lu Tavsiye'nin yorumlayıcı notunda yer verilen, teşebbüs edilen işlemler de dahil olmak üzere bütün şüpheli işlemlerin, işlem tutarına bakılmaksızın bildirilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalarla da uyumludur⁴².

Yükümlülerin, gerekli olduğu takdirde, "kendi yetki ve imkanları ölçüsünde" şüpheli nitelikteki işlem hakkında araştırma yapmaları ve böylelikle elde ettikleri bilgi ve bulguları göz önünde bulundurarak şüpheli işlem bildiriminde bulunmaları mümkündür⁴³. Bu kapsamda, değerlendirilmesi gereken bir husus da yükümlülerin, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 282. maddesinde öngörülen yaptırım eşliğine uygunluk göstermediği için öncül suç olarak nitelendirilemeyecek bir suçtan elde edildiğinden şüphelendikleri gelirlere ilişkin işlemleri bildirmeleri gerekip gerekmediğidir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, yükümlülerin, bir işlemde şüphelendikleri her halde böyle bir değerlendirme yapmaları veya her türlü suçun yaptırımını bilmeleri mümkün olmayabileceğinden, böyle

programının yürütülmesiyle görevli uyum biriminin oluşmasını ve uyum birimine yeterli personel ve kaynak tahsisi yapılmasını sağlar.

(2) Uyum biriminde çalışacak personel, şüpheli işlemlere konu teşkil edebilecek dahili bildirimlerin Kanun ve Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelik ve tebliğler ile diğer bilgiler ışığında değerlendirilmesi sürecinde görev alabilir, ancak işlemin şüpheli işlem olarak Başkanlığa bildirilip bildirilmemesine karar veremez ya da Başkanlığa doğrudan şüpheli işlem bildiriminde bulunamaz. Şüpheli işlem kapsamında uyum görevlisine yapılan dahili bildirimler de gizlilik kapsamında olduğundan, personelin bu yükümlülüğü ihlal etmeyecek şekilde çalışması için gereken tedbirler yönetim kurulu ve uyum görevlisi tarafından alınır."

"Kendisine iletilen veya resen öğrendiği şüpheli olabilecek işlemler hakkında yetki ve imkânları ölçüsünde araştırma yaparak edindiği bilgi ve bulguları değerlendirmek ve şüpheli olduğuna karar verdiği işlemleri Başkanlığa bildirmek" uyum görevlisinin görevleri arasındadır (bkz. m. 19/1-e). Ancak, uyum görevlisinin, bu Yönetmelik'in 19. maddesinde öngörülen görev ve yetkilerini kısmen veya tamamen, yazılı olmak kaydıyla ve açık bir şekilde uyum görevlisi yardımcısına devretmesi mümkündür. Bununla birlikte, böyle bir yetki devrinin varlığına rağmen, uyum görevlisinin bu konudaki sorumluluğu devam eder (m. 16/5).

⁴¹ Bkz. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik, m. 27/2.

⁴² Bkz. 20 No'lu Tavsiye'ye ilişkin yorumlayıcı not, paragraf 3. FATF, "International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations.", s. 87.

⁴³ Bkz. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik, m. 28/1.

bir değerlendirmeye girmeksizin şüphe duydukları her türlü işlem hakkında bildirimde bulunmaları yerinde olacaktır⁴⁴. Kaldı ki, -daha önce de ifade ettiğimiz gibi- yükümlüler, “yasa dışı yollardan elde edildiği”ne dair şüphe duydukları her türlü işlemi bildirme yükümlülüğü altındadır.

Bildirim, “Şüpheli İşlem Bildirim Formu” doldurulması suretiyle gerçekleştirilecektir^{45,46}. Şüpheli işlem bildirim rehberlerinde de belirtildiği üzere, yükümlülerin, şüpheli işlem bildirim formunu doldururken formda bulunan “Açıklama” alanında “*şüphe duyulan eylem veya eylemlere ilişkin detaylı açıklama*” yapmaları ve “*şüpheli işleme dair yükümlü nezdinde yapılan araştırma ve incelemeler sonucunda elde edilen tüm bulguları*” belirtmeleri gerekmektedir. Keza, şüpheli işlem bildirim rehberlerinde, şüpheli işlem bildirim formu doldurulurken “*şüpheli işlem bildirimine konu olan mali unsurların elde edilmesinde ve şüpheli işlem ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan kişilerin faaliyetlerinde yasadışı unsurlar olduğu veya olabileceğine dair herhangi bir bilgi, bulgu veya şüpheye sahip olunması hâlinde ilgili yasadışı faaliyetler*”in, “*yükümlü tarafından herhangi bir şekilde vakıf olunan ve çoğu zaman açıklama alanında ifade edilmekte olan bilgilerin*” yapısal olarak elde edilmesi amacıyla, ilgili tabloda bulunan suça ilişkin şüphe kategorilerinden birisi seçilerek belirtileceği ifade edilmektedir. İşleme konu malvarlığının suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması veya terörizmin finansmanı suçları ile ilişkili olduğu hususunda şüpheyi destekleyen bir belge ya da ciddi emare mevcutsa, şüpheli işlem bildirim ile birlikte işlemin ertelenmesi talebi de, gerekçeli bir şekilde, Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanlığı’na gönderilecektir⁴⁷. İşlemin ertelenmesi; işlemin askıya alınması ya da gerçekleşmesine izin verilmemesi anlamına gelmektedir⁴⁸. Böyle bir durumda, bildirim konu işlemin;

⁴⁴ Aynı yönde; Dülger, s. 267; Değirmenci, s. 254.

⁴⁵ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 28/1.

⁴⁶ Şüpheli işlem bildirim formunda yer alması gereken hususlar için şüpheli işlem bildirim rehberlerine bkz. MASAK, “Sektörel ŞİB Rehberleri”, <<https://masak.hmb.gov.tr/sektorel-sib-rehberleri>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021.

⁴⁷ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesi Kapsamında İşlemlerin Ertelenmesine Dair Yönetmelik m. 4/1.

⁴⁸ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesi Kapsamında İşlemlerin Ertelenmesine Dair Yönetmelik m. 3/1-d.

“olağandışı nitelikli olması, çeşitli veri tabanlarından ya da diğer kaynaklardan yapılan kontroller sonucunda işlemi yapan kişi ya da kişilerin suçla ilgili olduğunun veya olabileceğinin anlaşılması, işlemin tamamlanmasının terörizmin finansmanı ile ilgili olduğu düşünülen fonlara ya da suçtan elde edilen gelirlere el koymayı engelleyeceğine veya zorlaştıracığına ilişkin tehlikeli bir halin bulunması gibi göstergelere haiz olması”

gerekir⁴⁹. Şüpheli işlem bildirimini ile birlikte işlemin ertelenmesi talebinde de bulunulmuşsa, böyle bir talepte bulunan yükümlülerin bu konuda Maliye Bakanı tarafından verilecek kararın kendilerine tebliğine kadar işlemi gerçekleştirmemeleri gerekmekte olup işlemin ertelendiği süre, “şüpheli işlem bildiriminde bulunulan tarihten itibaren yedi iş gününü geçemez”⁵⁰. Bunlara ek olarak, bildirim gerçekleştirilen işleme ilişkin olarak yeni bilgi ve bulguların elde edilmesi halinde de daha önceki bildirim ek nitelikte yeni bir “Şüpheli İşlem Bildirim Formu”nun doldurularak gecikmeksizin Başkanlık’a gönderilmesi gerekmektedir⁵¹.

D. Yükümlülerin Korunması

Şüpheli işlem bildiriminde bulunanların zarar görmesinin önlenmesi ve böylelikle yükümlülerin şüpheli işlem bildiriminde bulunmaya teşvik edilmesi için, 5549 sayılı Kanun’un “Yükümlülerin korunması” başlıklı 10. maddesinde; yükümlülüklerini yerine getiren kişilerin herhangi bir şekilde hukuki ve cezai sorumluluklarının söz konusu olmayacağı, şüpheli işlem bildiriminde bulunanlarla ilgili olarak sadece mahkemelere bilgi verilebileceği ve mahkemelerin de bu kişilerin kimliklerinin gizli tutulması ve güvenlikleri

⁴⁹ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesi Kapsamında İşlemlerin Ertelenmesine Dair Yönetmelik m. 4/2.

⁵⁰ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesi Kapsamında İşlemlerin Ertelenmesine Dair Yönetmelik m. 4/3.

⁵¹ Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 28/3.

Ayrıca, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 28’in 4. ve 5. fıkralarına göre;

“(4) Bakanlık, Şüpheli İşlem Bildirim Formlarının düzenlenmesine, bildirimlerin elektronik ortam ve bilgi iletişim araçları kullanılarak yapılması zorunluluğu getirilmesine ve şüpheli işlem bildirimlerinde elektronik imza kullanılmasına ilişkin usul ve esasları yükümlüler bazında ayrı ayrı belirlemeye yetkilidir.

(5) Başkanlıkça, bildirimlere yönelik rehberler çıkarılabilir ve bu rehberler elektronik ortamda yayımlanabilir. Bildirimler bu rehberlere uygun şekilde yapılır.”

için gerekli önlemleri alacağı öngörülmüştür⁵². Şüpheli işlem bildiriminde bulunanlarla ilgili olarak görevi dolayısıyla bilgi edinen ve fakat bahsi geçen 10. maddede öngörülen gizliliğe riayet etmeyenlerin, diğer şartları da mevcutsa, 5549 sayılı Kanun'un "Sırrın ifşası" başlıklı 22. maddesi uyarınca ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır⁵³.

E. Şüpheli İşlem Bildiriminin Sonucu

Şüpheli işlem bildirimini, bildirim yapılan işleme konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiği ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığı ve bu nedenle ilgililer hakkında ceza hukuku yaptırımlarının uygulanacağı anlamına gelmez. Zira ancak usulüne uygun şekilde gerçekleştirilen ceza yargılaması sonucunda böyle bir karar verilebilir.

Başkanlık, aldığı şüpheli işlem bildirimlerini analiz etmek ve gerekli görüldüğünde analiz sonuçları hakkında ilgili birimleri bilgilendirmekle görevlidir⁵⁴. Ayrıca, "5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, ilgili mevzuat ve bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren hususlar"la ilgili analiz, inceleme ve araştırmalar yapmak, yaptırmak⁵⁵ ve bunun sonucunda suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin

⁵² İlgili düzenleme şu şekildedir:

"(1) Bu Kanun gereğince yükümlülüklerini yerine getiren gerçek ve tüzel kişiler hiçbir şekilde hukukî ve cezaî bakımdan sorumlu tutulamaz.

(2) Özel kanunlarda hüküm bulunsa dahi şüpheli işlem bildiriminde bulunanlara dair; mahkeme dışında, üçüncü kişi, kurum ve kuruluşlara bilgi verilemez. Bu kişilerin kimliklerinin saklı tutulması ve güvenliklerinin sağlanması için mahkemece gerekli önlemler alınır."

⁵³ 22. maddede yer alan hüküm aşağıdaki şekildedir:

"(1) Aşağıda yazılı kimseler görevlerinden ayrılırsalar dahi, görevleri dolayısıyla kişilerin ve bu kişilerle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine ve mesleklerine ilişkin olarak öğrendikleri sırları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar:

a) Koordinasyon Kurulu Başkan ve üyeleri, denetim elemanları ile Kurul personeli.

b) Bilgilerine ve ihtisaslarına başvuru alan kişiler.

c) Bu bilgileri görevleri dolayısıyla öğrenen diğer kamu görevlileri.

(2) Bu kişiler, öğrendikleri sırları ifşa etmeleri halinde, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu sırlar maddi menfaat karşılığında ifşa edildiğinde verilecek hapis cezası iki yıldan az olamaz.

(3) Bu Kanun uyarınca yabancı ülkelerdeki muadil kuruluşlara Başkanlıkça bilgi verilmesi sırrın ifşası sayılmaz."

⁵⁴ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 231/1-ç.

⁵⁵ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 231/1-d.

aklanması ya da terörizmin finansmanı suçlarının işlendiğine dair olguların mevcut olduğunun tespit edilmesi durumunda “*Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmak*”⁵⁶ ve böyle bir analiz, inceleme ve araştırma olmasa dahi bu suçların işlendiğine ilişkin olarak “*ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmek*”⁵⁷ de Başkanlık’ın görevleri arasındadır. Bunlara ek olarak, şüpheli işlem bildirimini ile birlikte işlemin ertelenmesi talebinde de bulunulmuşsa, Başkanlıkça şüphenin teyit edilmesi, işlemin analiz edilmesi ya da gerekli görüldüğünde analiz sonuçlarının yetkili makamlara intikal ettirilmesi amacıyla işlemin yedi iş günü süreyle askıya alınıp alınmamasına veya gerçekleşmesine izin verilip verilmemesine Maliye Bakanınca veya Bakan tarafından bu yetkinin devredildiği bakan yardımcısınca karar verilecektir⁵⁸.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı suçlarından dolayı gerçekleştirilen soruşturma kapsamında uygulanabilecek koruma tedbirleri bakımından 5549 sayılı Kanun’un 17. maddesinde özel bir hüküm mevcuttur⁵⁹. İlaveten, bu suçlardan dolayı gerçekleştirilen soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ya da düzenlenen iddianame ile kovuşturma sonucunda verilen hükmün bir örneği Başkanlık’a da gönderilecektir⁶⁰.

⁵⁶ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 231/1-f.

⁵⁷ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 231/1-e.

⁵⁸ 5549 sayılı Kanun, m. 19/A/1.

⁵⁹ Bu hüküm şu şekildedir:

“(1) Aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesindeki usûle göre malvarlığı değerlerine elkonulabilir.

(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı da elkoyma kararı verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim en geç yirmi dört saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir. Hâkimin onaylaması hâlinde 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinde belirtilen değere ilişkin rapor üç ay içinde alınır ve tekrar hâkim onayına sunulur. Onaylanmama veya raporun üç ay içinde alınmaması hâlinde Cumhuriyet savcılığının kararı hükümsüz kalır.

(3) Aklama suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın, Ceza Muhakemesi Kanununun 139 uncu maddesinde yer alan hükümlere göre gizli soruşturmacı görevlendirilebilir ve 4208 sayılı Kanunda yer alan hükümlere göre kontrollü teslimat tedbirine karar verilebilir.”

⁶⁰ 5549 sayılı Kanun, m. 18.

II. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHMALİ NEDENİYLE YÜKÜMLÜLERİN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

A. Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmali Açısından Değerlendirme

5549 sayılı Kanun'un "Şüpheli işlem bildirimini" başlıklı 4. maddesinin 2. fıkrasında yükümlülere bilahare şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunu açıklamama yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

"Yükümlüler, Başkanlığa şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunu, yükümlülük denetimi ile görevlendirilen denetim elemanları ile yargılama sırasında mahkemeler dışında, işleme taraf olanlar dahil hiç kimseye açıklayamazlar."

Bu yükümlülüğün ihlali karşılığında ceza hukuku yaptırımları öngörülmüştür⁶¹. Bununla birlikte, her ne kadar şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğü ile aynı başlık altında düzenlenmiş olsa da bahsi geçen 4. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen yükümlülüğün, şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğünden farklı olarak, bildirimde bulunulduğunu açıklamama yükümlülüğü olduğu izahattan varestedir. 4. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen ve inceleme konumuz olan şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünün ihmali karşılığında ise yükümlüler hakkında, 5549 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca idari para cezası yaptırımı uygulanacaktır⁶². Dolayısıyla, 5549

⁶¹ Bkz. 5549 sayılı Kanun, m. 14:

"(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile 7 ve 8 inci maddelerindeki yükümlülükleri ihlâl eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suç dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."

⁶² Hükme göre;

"(1) Başkanlıkça bu Kanunun ... 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan yükümlülüklerini ihlâl eden yükümlülere elli bin Türk lirası idari para cezası verilir. Yükümlünün banka, finansman şirketi, faktoring şirketi, ikrazatçı, finansal kiralama şirketi, sigorta ve reasürans şirketi, emeklilik şirketi, sermaye piyasası kurumu, yetkili müessese, ödeme ve elektronik para kuruluşu ile yönetmelikle belirlenecek diğer finansal kuruluşlar olması hâlinde, idari para cezası işlem tutarının yüzde beşinden az olmamak üzere iki kat olarak uygulanır.

...

(5) Maddenin birinci ve ikinci fıkrası kapsamında uygulanacak idari para cezasının toplam tutarı; her bir yükümlülük için, ihlalin yapıldığı yıl itibarıyla, birinci fıkrada kapsamında iki kat olarak uygulanacak yükümlüler için kırk milyon Türk lirasını, bunlar dışında kalan yükümlüler için dört milyon Türk lirasını aşamaz. Üst tutardan ceza uygulanan yükümlüler nezdinde takip eden yılda aynı neviden bir yükümlülük ihlali olması durumunda bu hadler

sayılı Kanun'da, yükümlülerin şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünü ihmal karşılığında ceza hukuku yaptırımları öngörülmemiştir. Bir başka anlatımla, 5549 sayılı Kanun'da, şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihmal; suç değil, kabahat oluşturmaktadır. Bunlara ek olarak, yükümlüler, Başkanlık tarafından belirlenen şüpheli işlem tipleri arasında yer alan işlemler hakkında bildirimde bulunulmadığı takdirde şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihmal nedeniyle sorumlu tutulacakları halde, şüpheli işlem tipleri arasında yer almayan işlemler hakkında bildirimde bulunulmadığı takdirde yükümlülerin bu nedenle sorumlu tutulup tutulamayacağı her bir somut olayın özellikleri çerçevesinde ayrıca belirlenmelidir⁶³.

iki kat olarak uygulanır.

(6) Yükümlülüğün ihlal edildiği tarihten itibaren sekiz yıl geçtikten sonra idari para cezası verilemez.

... ”

Belirtilmelidir ki, bu hükümde “yükümlüler” ifadesi ile kastedilenin “gerçek ya da tüzel kişi yükümlü”ler olduğu; bir başka deyişle, ilgili hükümde, tüzel kişi yükümlülerin söz konusu olduğu hallerde bu yükümlüler adına bildirimde bulunması gereken kişiler hakkında değil, tüzel kişiler hakkında idari yaptırım uygulanacağına öngörüldüğü açıktır.

⁶³ *Dülger'e göre ise “tipolojide yer almasına rağmen bildirilmeyen şüpheli işlemler açısından ilgililerin sorumluluğu söz konusu olacakken, tipolojide yer almayan şüpheli işlemler açısından böyle bir sorumluluk söz konusu olamayacaktır.” Bkz. Dülger, s. 264.*

B. Suçu Bildirme Yükümlülüğünün İhmali Açısından Değerlendirme

TCK'nin 278.⁶⁴, 279.⁶⁵ ve 280.⁶⁶ maddelerinde suççu bildirme yükümlülüğünün ihmali suç olarak düzenlenmiştir. Her üç suç da gerçek ihmali suç niteliğindedir. Çalışma konumuz bağlamında, nezdinde veya aracılığıyla yapılan işlemlere konu “malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair” herhangi bir bilgisi, şüphesi ya da şüpheyi gerektirecek bir husus bulunduğu halde “yetkili makamlar”^{a67} bildirimde bulunmayı ihmal eden yükümlünün, “sağlık mesleği mensuplarının suççu bildirmemesi” suçunu nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olmamakla birlikte TCK m. 278'deki veya 279'daki suçlar nedeniyle sorumlu tutulup tutulamayacağı değerlendirme konusu edilebilir. Belirtilmelidir ki, kimlerin bir suçun faili olabileceğine ilişkin olarak doktrinde var olan farklı görüşler arasındaki taraftar olduğumuz görüş uyarınca sadece gerçek kişiler

⁶⁴ 278. maddede yer alan “Suçu bildirmeme” suçuna ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“(1) İşlenmekte olan bir suççu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suççu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suççu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”

⁶⁵ 279. maddede yer alan “Kamu görevlisinin suççu bildirmemesi” suçuna ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁶⁶ 280. maddede yer alan “Sağlık mesleği mensuplarının suççu bildirmemesi” suçuna ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

⁶⁷ Bildirimin yapılacağı yetkili makamlar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 158. maddesinde öngörülen makamlardır.

suç faili olabilir⁶⁸. Bu nedenle, tüzel kişi yükümlülerin söz konusu olduğu hallerde, işlenen suçun faili, bildirimde bulunması gereken gerçek kişi olabilir. Dolayısıyla, çalışmamızın bu kısmında, değerlendirme konusu edilen suçlarla ilgili açıklamalarımızda suç faili olarak “yükümlü” kavramı ile kastettiğimiz, bildiri gerçekleştirilmesi gereken gerçek kişilerdir.

TCK m. 278’de düzenlenen “suçu bildirmeme suçu”nun oluşumu için, “işlenmekte olan” yahut “işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan” bir suç söz konusu olmalıdır. “İşlenmekte olan” suçtan anlaşılması gereken, doğrudan doğruya ve elverişli hareketlerle icrasına başlanılmış ve fakat henüz bütün unsurlarıyla tamamlanmamış bir suçtur. Diğer bir deyişle, suç henüz teşebbüs aşamasındadır⁶⁹. Kasıtlı veya taksirli bir suç olması ya da takibinin şikâyete bağlı olup olmadığı fark etmeksizin her türlü suç bu kapsamda değerlendirilmelidir⁷⁰. Diğer taraftan, “işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan” suçtan

⁶⁸ Bkz. Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin, 2021, s. 114 vd.; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, Seçkin, 2021, s. 213 vd.

Diğer taraftan, tüzel kişiler hakkında her ne kadar ceza yaptırımını uygulanamazsa da Kanun’un öngördüğü hallerde güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanması mümkündür. Bkz. TCK m. 20/2, m. 60.

⁶⁹ Aynı yönde; Mustafa Ruhan Erdem, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, 2019, (80), TBB, s. 112; Mustafa Ruhan Erdem / Durmuş Tezcan / R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin, 2020, s. 1405, 1406; Ümit Kocasakal, Suçu Bildirmeme Suçları, Vedat, 2017, s. 58 vd.; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019 Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019, s. 329; Yener Ünver, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar), Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, 2019, s. 316; Osman Yaşar / Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, Md. 252-345, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet, 2014, s. 8289; Fatih Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, in F. Yenisey / İ. Özgenç / A. Nuhoğlu. / A. Sözüer / F. Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin, 2018, s. 766.

Ayrıca, “işlenmekte olan suç”tan anlaşılması gerekenin, CMK’nin m. 2/1-j hükmünde yer alan “suçüstü” tanımında belirtilen “işlenmekte olan suç” olduğuna ilişkin olarak bkz. İsa Döner, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, 2005, 9(3-4), AÜEHFD, s. 73, 74; Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, 2016, s. 186.

⁷⁰ Aynı yönde; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8289; Yurtly, s. 768.

Buna karşın, takibi şikâyete bağlı suçların hariç olduğuna dair bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 186.

anlaşılması gereken ise öncelikle, tamamlanmış olan bir suçtur. Ancak, işlenip bitirilmiş olan suçun sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılmasının halen mümkün olmasının ne anlama geldiği her bir somut olay açısından ayrıca değerlendirme konusu edilmelidir. Doktrindeki bir görüşe göre, işlenen suçun neticeli bir suç olması ve fiilin sebebiyet verdiği “neticeler”in tipik netice ile sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir⁷¹. Kanaatimizce, “işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan” ibaresinde yer verilen “neticeler” tabiri ile kastedilen, sadece tipik neticeden ibaret değildir. Bahsi geçen ifade geniş yorumlanmalı ve tamamlanmış olan suçun tipik neticelerinin yanı sıra, dolaylı netice ve etkileri, suçtan kaynaklanan zarar veya tehlikenin azaltılması ve failin suçtan elde edebileceği yararın önlenmesi gibi hususlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir^{72,73}. Madde gerekçesinde, işlenip bitmiş olan bir hırsızlık suçundan elde edilmiş olan malların saklandığının bilinmesine rağmen yetkili makamların haberdar edilmemesi bu duruma örnek olarak gösterilmektedir⁷⁴.

Herkes, TCK m. 278’de düzenlenen “suçu bildirmeme suçu”nun faili olabilir. Bu bağlamda, TCK’nin 279. ve 280. maddeleri kapsamı dışında kalan hallerde kamu görevlilerinin ya da sağlık mesleği mensuplarının da bu suçun faili olarak sorumlu tutulmaları mümkündür⁷⁵. Dolayısıyla, yükümlülerin

⁷¹ Bkz. Erdem, s. 112, 113; Erdem/Tezcan/Önok, s. 1406. Hükümdeki “neticeler” ifadesinin Fransız Kanununun yanlış çevirisinden kaynaklandığından da bahisle aynı yönde; Kocasakal, s. 50, 63 vd.

⁷² Ünver, s. 327, 333, 334; Döner, s. 76; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8289, 8290. Aynı yönde; Hasan Kaya, “Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirmeme Suçları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2019, s. 24.

⁷³ Kanaatimizce, mütemadi suçlar da temadi devam ettiği sürece bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira mütemadi suçlarda suçun tamamlanması ve bitmesi ayrı değerlendirmelerin konusu olup mütemadi suça teşebbüs, suç tamamlanana kadar mümkündür. Bu nedenle, doktrindeki bazı yazarlarca kabul edilen aksine, mütemadi suçların temadi devam ettiği sürece “işlenmekte olan” suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Aynı yönde; Erdem, s. 112, dn. 33; Erdem/Tezcan/Önok, s. 1405, dn. 303; Kocasakal, s. 68, 69. Bahsi geçen görüş için bkz. Ali Parlar / Mustafa Öztürk, Adliye Karşı Suçlar, Aristo, 2018, s. 279; Ünver, s. 336; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8289. Aynı yönde; Toroslu, s. 329.

⁷⁴ Doktrinde bir görüş, bu örneğin Kanun metnine uygun düşmediği; zira artık ortaya çıkan neticeleri sınırlandırma olanağının kalmadığı düşüncesindedir. Bkz. Erdem, s. 113; Erdem/Tezcan/Önok, s. 1406; Kocasakal, s. 68 vd.

⁷⁵ Aynı yönde; Döner, s. 71-73; Erdem, s. 108; Erdem/Tezcan/Önok, s. 1402, 1403; Hafizoğulları/Özen, s. 184; Kaya, s. 10, 11; Kocasakal, s. 34, 35; Ünver, s. 304, 311; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8288; Yurtlu, s. 770.

Aksi yönde; Parlar/Öztürk, s. 278, 279; Toroslu, s. 329.

de suçu bildirmeme suçunun faili olması mümkündür. Ancak, yükümlüler, işlenmekte veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan bir suça fail veya şerik olarak iştirak etmişlerse, suçu bildirmeme suçu nedeniyle cezalandırılmayacaklardır⁷⁶. Ayrıca, neticeyi önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında bulunan; bir başka anlatımla, garantör konumunda bulunan kişilerin de suçu bildirmeme suçundan dolayı sorumlu tutulması mümkün olmayıp böyle bir durumda, bu kişiler, bildirim konu suça şerik sıfatıyla iştiraktan sorumlu tutulmalıdır^{77,78}. Bununla birlikte, ilgili yükümlülüğün ihmali kanunda ayrıca bir suç olarak düzenlenmişse, garantör konumunda bulunan kişinin bildirim konu suçtan dolayı şerik sıfatıyla değil, sadece bu suçtan dolayı fail sıfatıyla sorumlu tutulması gerekir⁷⁹. Bunlara ek olarak, suçu bildirmeme suçu nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, bildirim yükümlülüğünü ihmal eden kişinin “işlenmekte olan” yahut “işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan” suç hakkında, bildirim yapılması gereken sırada, inandırıcı şekilde bilgi edinmiş olması lazımdır⁸⁰.

⁷⁶ Maddenin ilk hali bakımından bu kişilerin suçu bildirmeme suçunun faili olamayacaklarının savunulamayacağına ve halihazırdaki düzenlemede de bildirim konu suçun fail ve şerikleri bakımından şahsi cezasızlık sebebinin öngörülmüş olduğuna ilişkin olarak bkz. Ünver, s. 306-310.

Buna karşın, bizim de iştirak ettiğimiz, herhangi bir şahsi cezasızlık sebebi öngörülmemiş olsa bile hiç kimsenin fail veya şerik olarak iştirak ettiği bir suçu bildirimle yükümlü tutulamayacağı; zira bunun, hiç kimsenin kendisini ya da yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağına dair yasağın (Anayasa m. 38/5) ihlali anlamına geldiği hakkında bkz. Erdem, s. 109, 110; Erdem/Tezcan/Önok, s. 1403; Kaya, s. 11, 12; Kocasakal, s. 35 vd., 130, 131; Yurtlu, s. 770. Ayrıca, düzenlemenin lafzı itibarıyla, suçu işleyen kişilerin suçu bildirmeme suçunun faili olarak sorumlu tutulamayacağına yönelik olarak bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8288. Bunlara ilaveten, suçun düzenlenme biçimi ve yapısal özelliği nedeniyle, suça iştirak eden kişilerin suçu bildirmeme suçunun faili olarak sorumlu tutulamayacağına dair bkz. Kocasakal, s. 35-40.

⁷⁷ Zira katıldığımız görüşe göre, icrai davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla müşterek fail sıfatıyla iştirak etmek mümkün değildir. Bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 459, 460; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 611.

⁷⁸ Doktrinde başka bazı yazarlar da failin böyle bir durumda suçu bildirmeme suçundan değil, ön suçtan dolayı cezalandırılacağını belirtmektedir. Bkz. Erdem, s. 119, Erdem/Tezcan/Önok, s. 1410. Aynı yönde; Kocasakal, s. 122. Diğer taraftan, doktrinde bir görüşe göre ise böyle bir durumda bu kişiler, işlenmekte olan suça fail veya şerik sıfatıyla iştiraktan dolayı sorumlu tutulmalıdır. Bkz. Yurtlu, s. 772.

⁷⁹ Bunun sebebi, failliğin şerikliğe göre asliliği kuralıdır. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 611; İzzet Özgenç, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Amayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 7, 8; Yurtlu, s. 772.

⁸⁰ Erdem, s. 113, 114; Erdem/Tezcan/Önok, s. 1407.

Diğer taraftan, TCK m. 279'da düzenlenen “kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu”nun oluşumu için ise bir kamu görevlisinin, “kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak” öğrenmesi ve fakat yetkili makamlara “bildirimde bulunmayı ihmal etmesi” veya “bu hususta gecikme göstermesi” gerekmektedir. Dolayısıyla, TCK m. 278'deki düzenlemede öngörülenden farklı olarak, ilgili kamu görevlisinin bildirim yükümlülüğünün mevcut olması için, “işlenmiş” bir suç söz konusu olmalıdır⁸¹. O halde, işlenmiş ve artık neticeleri sınırlandırılabilir olmayan bir suçun, bir kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak öğrenilmesi halinde, ilgili kamu görevlisinin bildirim yükümlülüğünü ihmal TCK m. 278'deki değil, TCK m. 279'daki suçun oluşumuna sebebiyet verecektir⁸². Ayrıca, bildirim ihmal edilen ya da bu hususta gecikme gösterilen suçun “kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suç” olması, şikâyete tabi bir suç olmaması gerekmektedir. Ancak, şikâyete tabi bir suç işlenmiş ve fakat bu suçun sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün ise, bu suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenen kamu görevlisinin TCK m. 278 uyarınca ceza hukuku sorumluluğu doğabilir⁸³. Bunlara ek olarak, kamu görevlisinin, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini “göreviyle bağlantılı olarak”; diğer bir deyişle, görevinin gereği olarak yürüttüğü faaliyetlere bağlı şekilde öğrenmesi gerekmektedir⁸⁴. Nihayet, suçun oluşumu için, fail, bildirim yükümlülüğünün mevcut olmasına karşın “bildirimde bulunmayı ihmal etmeli” veya “bu hususta gecikme göstermeli”dir. Failin “bildirimde bulunmayı ihmal etmesi”, bildirimde bulunmaması ya da “yetkili” olmayan bir makama bildirimde bulunması anlamına gelmektedir⁸⁵. Failin “bu hususta gecikme göstermesi” ise “makul bir süre” geçtikten sonra bildirimde

⁸¹ Erdem, s. 108, 109; Kocasakal, s. 14.

⁸² Aynı yönde; Erdem, s. 113, dn. 41; Kocasakal, s. 129.

⁸³ Aynı yönde; Kocasakal, s. 138.

⁸⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 191; Ünver, s. 364; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8302.

Diğer taraftan, “göreviyle bağlantılı olarak” ifadesinden; kamu görevlisinin, görevini yaptığı süre zarfında suçu öğrenmiş olmasının anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Kocasakal, s. 142-144. Aynı yönde; Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Adalet, 2020, s. 1096; Toroslu, s. 332.

Ayrıca, bu ifadede anlaşılması gereken olarak nitelendirmeseler de *Hafizoğulları/Özen de “hüküm gelişinden”*, kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada suçu öğrenmesi gerektiğinin anlaşıldığı görüşündedirler. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 191.

⁸⁵ Aynı yönde; Kocasakal, s. 146; Ünver, s. 359 vd.

bulunması demektir⁸⁶. Bu bağlamda, sürenin makul olup olmadığı, her bir somut olayın şartları çerçevesinde belirlenmelidir.

TCK m. 279'daki suçun faili ise ancak bir "kamu görevlisi" olabilir. TCK m. 6/1-c'de tanımlandığı üzere, ceza kanunlarının uygulanmasında, "kamu görevlisi" kavramı; "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" anlamına gelmektedir⁸⁷. Kamu görevlisi olan bir kişinin, kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği bir suçu ise bildirme yükümlülüğünün varlığından söz edilemez. Bir başka anlatımla, böyle bir durumda, ilgili kamu görevlisinin TCK m. 279'da düzenlenen suçun faili olarak sorumlu tutulması mümkün değildir⁸⁸. Zira, suçun düzenlenme biçimi itibarıyla ilgili kamu görevlisinin bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak "öğrenmesi" gerekmektedir⁸⁹. Kaldı ki, hükmün düzenlenme biçimi bu şekilde olmasaydı bile, TCK m. 278 ile ilgili olarak da daha önce belirttiğimiz gibi Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası uyarınca hiç kimsenin fail veya şerik olarak iştirak ettiği bir suçu bildirimle yükümlü tutulamayacağı düşüncesindeyiz⁹⁰.

Bütün bu açıklamalardan sonra, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ya da terörizmin finansmanı suçlarının işlendiği yönünde ciddi şüphelerin mevcut olması veya yaptığı analiz, inceleme ve araştırmalar sonucunda bu suçların işlendiğine dair olguların varlığı hallerinde Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmak, MASAK Başkanlığı'nın görevleri arasındadır. Düşüncemize göre, yükümlüler, her ne kadar suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasının ya da işleme konu malvarlığının yasa dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesi ya da bu fiillerin gerçekleştirildiğinin tespiti amaçlarıyla şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü altında olsalar da bu suçların önlenmesi bakımından garantör konumda da değildir. Ancak, 5549 sayılı Kanun uyarınca "*yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi*

⁸⁶ Aynı yönde; Kocasakal, s. 147 vd.; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8300.

⁸⁷ Döner, s. 71; Hafizoğulları/Özen, s. 190; Kocasakal, s. 129, 135, 136; Toroslu, s. 332; Ünver, s. 353; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8299.

⁸⁸ Aksi yönde; Ünver, s. 355 vd.; 374 vd.

⁸⁹ Aynı yönde; Kocasakal, s. 129, 130; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8300.

⁹⁰ Bkz. dn. 76.

bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde bu işlemlerin yükümlüler tarafından Başkanlığa bildirilmesi zorunlu” olup bu bildirim gerçeğeştirilmemesi halinde, bu Kanun’un 13. maddesi uyarınca idari para cezası yaptırım uygulanması söz konusu olacaktır⁹¹. Diğer taraftan, kanaatimizce, yükümlüler, kendileri nezdinde ya da aracılığıyla “yapılan”; başka bir anlatımla, “tamamlanan” işlemlere konu malvarlığının “suçtan” elde edildiğine dair “bilgileri” mevcut olduğu halde “yetkili makamlar” a bu hususta bir bildirimde bulunmamışlarsa, somut olayın şartlarına göre TCK m. 278’deki veya TCK m. 279’daki suçlardan dolayı sorumlu tutulabilirler. Ancak, böyle bir ihtimalde, yükümlülerin, işlem tamamlanmadan önce bu konuda bilgi sahibi olmamaları gerekir. Zira işlem tamamlanmadan önce bu konuda bilgi sahibi olan ve fakat buna rağmen işlemi gerçekleştiren bir kişi, somut olayın şartları çerçevesinde, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun işlenişine iştirak etmiş olacaktır⁹². Keza, tamamlanan işlemlere konu malvarlığının yasadışı amaçlarla kullanılması aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, buna dair bilgisi olduğu halde “yetkili makamlar” a bu hususta bir bildirimde bulunmayan yükümlülerin de, somut olayın şartlarına göre, TCK m. 278’deki veya TCK m. 279’daki suçlardan dolayı sorumluluğu değerlendirilmelidir. Ancak, ilgili yükümlü, işlemin yapıldığı esnada, işleme konu malvarlığının yasadışı amaçlarla kullanıldığı bilgisini haizse; örneğin, ilgili işlem, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 3. maddesinde sayılan fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla bir teröriste fon sağlanması için gerçekleştiriliyorsa ve işlemin, kendisi nezdinde ya da aracılığıyla yapıldığı yükümlü de bu durumu bildiği halde işlemin gerçekleştirilmesini sağlıyorsa, terörizmin finansmanı suçunun işlenişine iştirak etmiş olacaktır. Zira, 6415 sayılı Kanun’un 4. maddesine göre; “3 üncü madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fülle ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine” fon sağlanması

⁹¹ İlgili hüküm uyarınca hakkında idari yaptırım uygulanacak olanların, bizzat gerçek veya tüzel kişi yükümlüler olduğu hakkında bkz. dn. 62.

⁹² Özgenç, Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK’ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler, s. 275.

Kanun’da öngörülen şartlar mevcutsa, bu suçun işlenmesi dolayısıyla, tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Bkz. TCK m. 60, m. 282/5. Ayrıca, bu suçun tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, Kanun’da öngörülen diğer şartlar da mevcutsa, bu tüzel kişiye 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 43/A uyarınca idari para cezası verilmesi de mümkündür.

ya da toplanması suç teşkil etmekte olup⁹³ bu suçtan dolayı ceza verilebilmesi için “fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmaz”⁹⁴. Dolayısıyla, bu açıklamalarda yer alan ihtimallerde, söz konusu işlemin yapıldığı esnada, yani henüz “işlem tamamlanmadan önce” bu konuda “bilgi sahibi” olan yükümlünün işlemi yerine getirmeyerek yetkili makamları durumdan haberdar etmesi gerekir. “Bilgi sahibi olduğu” halde bilerek yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden ve işlemi gerçekleştiren yükümlü, TCK m. 278’de düzenlenen suçu bildirmeme suçu nedeniyle değil, işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır. İşlemlere konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair, işlem tamamlandıktan sonra bilgi sahibi olan ve buna rağmen bilerek yetkili makamlara bildirimde bulunmayan yükümlünün ise, somut olayın şartlarına göre, TCK m. 278’deki veya TCK m. 279’daki suçlardan dolayı sorumlu tutulması mümkündür.

Bu sayılan ihtimallerde, yükümlülerin bildirimde bulunması gereken “yetkili makam”lar, CMK m. 158’de öngörülen makamlardır. Suçu bildirme yükümlülüğü kanunla öngörülmüş bir yükümlülük olup ilgili yükümlünün, şüpheli işlem bildiriminde bulunmuş ve fakat CMK m. 158’de öngörülen yetkili makamlara işlenmekte ya da işlenmiş olan suçla ilgili olarak bildirimde bulunmamış olması, cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira şüpheli işlem bildiriminin yapıldığı MASAK, CMK m. 158’de öngörülen makamlar arasında yer almamaktadır. Ayrıca, şüpheli işlem bildirimi ile birlikte işlemin ertelenmesi talebinde de bulunulmuş olmasına rağmen bu talebin kabul görmemesi nedeniyle yükümlü tarafından işlemin gerçekleştirilmiş olması da onun işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmasına engel teşkil etmeyecektir. Nitekim, şüpheli işlem bildiriminde ve işlemin ertelenmesi talebinde bulunulmuş olması ya da erteleme talebinin reddedilmiş olması, bu bağlamda bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyecek ve bu kişinin fiilini hukuka uygun hale getirmeyecektir. Çünkü, ilgili yükümlünün; söz konusu işlemi, yani suç teşkil eden bir fiili yerine getirmemek için işlemin ertelenmesi talebinde bulunmasına ya da böyle bir talebin kabulüne gerek yoktur. Bunların yanı sıra,

⁹³ Bkz. 6415 sayılı Kanun m. 4/1.

⁹⁴ Bkz. 6415 sayılı Kanun m. 4/3.

Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Bkz. 6415 sayılı Kanun m. 4/5. Ayrıca, bu suçun tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, Kanun’da öngörülen diğer şartların da mevcut olması kaydıyla, bu tüzel kişiye Kabahatler Kanunu m. 43/A uyarınca idari para cezası da verilebilir.

şüpheli işlem bildiriminde bulunan yükümlü gibi MASAK'taki görevlilerin de konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmemeleri halinde, onların da TCK m. 278 veya 279 uyarınca ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olacaktır. Birleşik Krallık'ta ise daha önce sözünü ettiğimiz POCA'nın 330. maddesi uyarınca, ilgilinin, bildirimleri almakla görevlendirilmiş bir yetkiliye veya Ulusal Suç Ajansı Genel Müdürü tarafından görevlendirilmiş bir yetkiliye bildirimde bulunmuş olması gerekmektedir. Ayrıca, POCA'nın 331. maddesinde de, 330. madde uyarınca kendisine bildirim yapılması gereken yetkilinin; bir başka deyişle, bildirimleri almakla görevlendirilmiş kişinin, Ulusal Suç Ajansı Genel Müdürü tarafından görevlendirilmiş bir yetkiliye bildirimde bulunmaması müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir⁹⁵. Hukukumuzda da, işleme konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç da teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair "bilgisi" olan yükümlünün ister MASAK'a ister CMK m. 158'de öngörülen makamlara suçla ilgili olarak bildirimde bulunabileceğine ve eğer böyle bir bildirim MASAK'a yapılmışsa, MASAK'ın konuyu Cumhuriyet savcılığına

⁹⁵ Bahsi geçen hükümde, suçun oluşumu için aranan şartlar, kural olarak, şu şekildedir:

"(1) 330. madde uyarınca yapılan bildirimleri almakla görevlendirilmiş bir kimse, (2) ila (4) numaralı fıkralardaki koşulların gerçekleşmesi halinde suç işlemiş olur:

(2) Birinci koşul şudur ki, bu kişi, bir başka kişinin karaparanın aklanması faaliyetinde bulunduğunu;

(a) biliyor veya bundan şüpheleniyor; ya da

(b) bunu bilmek veya bundan şüphelenmek için makul sebeplere/gerekçelere sahiptir.

(3) İkinci koşul şudur ki, bu kişi;

(a) bilgisinin veya şüphesinin dayandığı, ya da

(b) böyle bir bilgi veya şüphe için makul sebepler/gerekçeler sunan,

bilgi veya diğer hususlara, 330. madde uyarınca yapılan bir bildirim sonucunda muttali olmuştur.

(3A) Üçüncü koşul şudur ki, bu kişi;

(a) 330. madde uyarınca yapılan bir bildirim sonucunda, fıkra (2)'de bahsedilen diğer kişinin kimliğini veya aklanan mallardan herhangi birinin nerede olduğunu biliyordur, ya da

(b) o diğer kişinin kimliği veya aklanan malların herhangi birinin nerede olduğu, fıkra (3) 'te bahsedilen bilgilerden veya diğer hususlardan belirlenebiliyordur; veya

(c) bilgilerin veya diğer hususların, o diğer kişinin veya aklanan malların herhangi birinin nerede olduğunun belirlenmesine yardımcı olacağına veya yardımcı olabileceğine inanıyordur veya buna inanmasını beklemek makuldür.

(4) Dördüncü koşul şudur ki, bu kişi yapılması gerekli bildirim; Ulusal Suç Ajansı Genel Müdürü tarafından, bu Bölüm'ün amaçları çerçevesinde yetkilendirilmiş bir kişiye, fıkra (3)'te bahsedilen bilgiler veya diğer hususlar kendisine ulaştıktan sonra mümkün olan en kısa sürede yapmamıştır.

..."

intikal ettirme görevi gereği, yükümlünün CMK m. 158’de öngörülen yetkili makamlara suçü bildirme yükümlülüğünün ortadan kalkacağına dair bir düzenleme yapılabilir. Ancak, böyle bir düzenleme yapılsa bile, daha işlem tamamlanmadan önce suç hakkında “bilgi sahibi” olan yükümlünün, işlemini yerine getirmemesi gerektiği; aksi halde işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulacağı izahtan varestedir.

Bunlara ilave olarak, tartışılması gereken hususlardan birisi de gerek işlemin yapıldığı sırada gerekse işlem tamamlandıktan sonra işleme konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç da teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair “bilgisi” olan ve yetkili makamlara bu konuda bildirimde bulunan yükümlünün bilahare MASAK’a şüpheli işlem bildiriminde de bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Bir başka deyişle, CMK m. 158’de öngörülen makamlara suçla ilgili olarak bildirimde bulunan yükümlü hakkında bilahare şüpheli işlem bildiriminde bulunmamak nedeniyle 5549 sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca idari para cezası yaptırımını uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir. Zira hem suçü bildirme yükümlülüğü hem de şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü, kanundan kaynaklanan yükümlülüklerdir. Ancak, CMK m. 158’de öngörülen makamlara suçla ilgili olarak bir bildirim yapılmışken, MASAK’a ayrıca bir “şüpheli işlem bildirimini”nde bulunması anlamsız hale gelmektedir. Zira, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, yaptığı veya yaptırdığı analiz, inceleme ve araştırmalar sonucunda suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ya da terörizmin finansmanı suçlarının işlendiğine dair olguların mevcut olduğunun tespit edilmesi veya herhangi bir analiz, inceleme ve araştırma olmasa bile bu suçların işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda MASAK’ın da konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, 5549 sayılı Kanun’da açıkça “herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir husus” ifadelerinin kullanılmış olması karşısında, işleme konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç da teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair “bilgisi” olan bir yükümlünün şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğünün ortadan kalkacağını söylemek de mümkün değildir. Dolayısıyla, kanaatimizce, her ne kadar anlamsız olsa da, CMK m. 158’de öngörülen yetkili makamlara bu konuda bildirimde bulunan bir yükümlünün bilahare MASAK’a da şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü devam etmektedir⁹⁶. Bu yükümlülüğün

⁹⁶ Aksi yönde; Özgenç, Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK’ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler, s. 276.

yerine getirilmemesi halinde, gerçek ya da tüzel kişi yükümlü hakkında 5549 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca idari para cezası yaptırımını uygulanması gerekecektir. Bununla birlikte, bu gibi hallerde pratikte hiçbir anlamı olmayan şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihmal edilmesi karşılığında böyle bir yaptırım uygulanmasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından, 5549 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklikle işleme konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç da teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair “bilgisi” olan ve “yetkili makamlar” a bu konuda bildirimde bulunan yükümlünün bilahare MASAK'a şüpheli işlem bildiriminde de bulunmasının gerekmediğinin açıkça düzenleme altına alınması yerinde olacaktır. Belirtmek gerekir ki, bildirimde bulunması gereken kişinin ne CMK m. 158'de öngörülen makamlara ne de MASAK'a bildirimde bulunmuş olması halinde ise, bildirimlerin yapılacağı merciiler birbirinden farklı olduğu için, gerçek kişi yükümlü hakkında hem suç hem de kabahat nedeniyle ayrı ayrı yaptırımlar uygulanması gerekecektir⁹⁷.

SONUÇ

“Şüpheli işlem bildirim”, suç gelirlerinin aklanmasının veya malvarlıklarının yasa dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesine ve bu fiiller gerçekleştirilmişse bunların tespitine yönelik tedbirlerden birisidir. Hukukumuzdaki kanuni dayanağını 5549 sayılı Kanun'dan alan bu tedbir gereğince, 5549 sayılı Kanun'da ve bu Kanun hükümlerine uygun şekilde Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik'te öngörülen yükümlülerin, kendileri nezdinde ya da aracılığıyla “*yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde*” bu işlemleri MASAK Başkanlığı'na bildirmeleri zorunludur. Bu bağlamda, öncelikle, bir işlemin şüpheli işlem bildirimine konu edilebilmesi için aranan, “*işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair*” “bilgi”, “şüphe” ve “şüpheliyi gerektirecek husus” kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira bu kavramlardan anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Kanaatimizce, “şüphe”

⁹⁷ Tüzel kişi yükümlünün söz konusu olduğu hallerde ise -daha önce de belirttiğimiz gibi- 5549 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca, bizzat tüzel kişi yükümlü hakkında idari yaptırım uygulanacaktır. Diğer taraftan, işlediği suç nedeniyle hakkında ceza yaptırım uygulanacak olanın ise bildirimde bulunması gereken gerçek kişi olduğu izahtan varestedir.

ve “şüpheli gerektirecek husus”un bulunduğundan söz edilebilmesi için, ilgili yükümlünün, hakkında şüpheli işlem bildirim yapılan işlemlere konu malvarlığının gerçekten yasa dışı yollardan elde edilip edilmediği ya da yasa dışı amaçlarla kullanılıp kullanılmadığı konularında kesin bir bilgisinin bulunmaması ve fakat böyle bir durumun var olabileceği düşüncesinin olması gerekmektedir. Bu çerçevede, “şüpheli”nin varlığı, “şüpheli gerektirecek husus”un varlığına göre daha hafif bir şüphe haline işaret etmektedir. Kanaatimize göre, ilgili yükümlünün, subjektif değerlendirmeleri sonucunda, işleme konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğinden ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığından kuşkulandığı hallerde 5549 sayılı Kanun’da öngörülen “şüpheli”den; sadece ilgili yükümlünün değil, somut olayın şartları itibarıyla benzer eğitim, bilgi ve deneyime sahip herhangi bir kişinin bu gibi bir durumun varlığından kuşkulandığı gereken hallerde ise “şüpheli gerektirecek husus”tan söz edilmesi mümkündür. Diğer taraftan, “bilgi”nin ise bu ikisine göre çok daha ağır bir şüphe haline işaret ettiği ve ilgili yükümlünün, işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edilmiş ya da yasa dışı amaçlarla kullanılmış olabileceği değil, yasa dışı yollardan elde edildiği ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığı malumatını haiz olduğu hallerde “şüpheli” veya “şüpheli gerektirecek husus” yerine “bilgi”den söz edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, ilgili yükümlü bakımından, işleme konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiği ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığı bir varsayımdan ibaret değilse ve yükümlü böyle bir durumun varlığını biliyorsa, “bilgi” sebebiyle şüpheli işlem bildirim yapılması gerekmektedir. Böyle bir durumda, ilgili yükümlünün bu yöndeki düşüncesi bazı delillere dayanmalıdır. Diğer taraftan, belirtmek isteriz ki, MASAK tarafından, “şüpheli” ile “şüpheli gerektirecek husus” kavramlarının birbirinden keskin bir şekilde ayrıldığı ve hukukumuzda, bahsi geçen üç kavramdan ne anlaşılması gerektiğine dair yeterli veri bulunmadığı görülmektedir. Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından, 5549 sayılı Kanun’da yer alan “bilgi”, “şüpheli” ve “şüpheli gerektirecek husus” kavramlarının ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. Bunlara karşın, “bilgi”, “şüpheli” ve “şüpheli gerektirecek husus” hallerinden hangisine dayalı olarak şüpheli işlem bildirim yapılması gerekirse gereksin, bu bildirim bir “ihbar” niteliğinde olmayacaktır.

Şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihmali halinde, 5549 sayılı Kanun’da şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünü ihmal eden yükümlüler hakkında ceza hukuku yaptırımları öngörülmemiş olup bu yükümlüler hakkında, 5549 sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca idari para cezası

yaptırımı uygulanacaktır. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik uyarınca, MASAK Başkanlığı şüpheli işlem tipleri belirlemeye yetkili olup belirlenen şüpheli işlem tiplerine Başkanlık tarafından yayımlanan şüpheli işlem bildirim rehberlerinde yer verilir. Bu bağlamda, yükümlüler, Başkanlık tarafından belirlenen şüpheli işlem tipleri arasında yer alan işlemler hakkında bildirimde bulunmadıkları takdirde şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihmali nedeniyle sorumlu tutulacaklardır. Öte yandan, Başkanlık tarafından belirlenen şüpheli işlem tipleri kılavuz niteliğinde olup yükümlülerin belirlenen tiplerden herhangi birine uymamakla birlikte şüphe doğuran her türlü işlemle ilgili olarak şüpheli işlem bildiriminde bulunmaları gerekmektedir. Dolayısıyla, yükümlülerin, şüpheli işlem tipleri arasında yer almayan işlemler hakkında bildirimde bulunmadıkları hallerde de şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihmali nedeniyle sorumlu tutulmaları mümkündür. Yükümlülerin şüpheli işlem tipleri arasında yer almayan işlemler hakkında bildirimde bulunmadıkları için sorumlu tutulup tutulamayacakları her bir somut olayın özellikleri çerçevesinde ayrıca belirlenmelidir.

Bunlara ek olarak, yükümlülerin, kendileri nezdinde ya da aracılığıyla “yapılan”; bir başka anlatımla, “tamamlanan” işlemlere konu malvarlığının “suçtan” elde edildiğine dair “bilgileri”nin mevcut olduğu ve fakat CMK’nin 158. maddesinde öngörülen yetkili makamlara bu hususta bir bildirimde bulunmadıkları hallerde, somut olayın şartlarına göre TCK m. 278’deki veya TCK m. 279’daki suçlardan dolayı sorumlu tutulmalarının da mümkün olduğu kanaatindeyiz. Keza, tamamlanan işlemlere konu malvarlığının yasadışı amaçlarla kullanılması aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, buna dair bilgisi olduğu halde “yetkili makamlar” a bu hususta bir bildirimde bulunmayan yükümlülerin de, somut olayın şartlarına göre, TCK m. 278’deki veya TCK m. 279’daki suçlardan dolayı sorumluluğunun değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Diğer taraftan, kanaatimizce, ilgili yükümlünün, işlemin yapıldığı sırada; yani henüz “işlem tamamlanmadan önce” işleme konu malvarlığının “suçtan” elde edildiğine dair “bilgi” sahibi olmasına rağmen işlemi gerçekleştirmesi durumunda, somut olayın şartlarına göre, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu nedeniyle sorumlu tutulabilmesi gerekmektedir. Keza, düşüncemize göre, ilgili yükümlü, işlemin yapıldığı esnada, işleme konu malvarlığının aynı zamanda suç da teşkil eden yasadışı amaçlarla kullanıldığı bilgisini haiz olması ve buna rağmen işlemi gerçekleştirmesi durumunda da işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır. Bu durumlarda, ilgili yükümlünün şüpheli işlem bildiriminde bulunmuş

olmasının bir önemi olmayacaktır. Nitekim, suçu bildirme yükümlülüğü kanunla öngörölmüş bir yükümlölük olup ilgili yükümlölünün, şüpheli işlem bildiriminde bulunmuş ve fakat CMK m. 158’de öngörölen yetkili makamlara işlenmekte ya da işlenmiş olan suçla ilgili olarak bildirimde bulunmamış olması, MASAK bu makamlar arasında yer almadığından, cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Ayrıca, ilgili yükümlölü, şüpheli işlem bildirimini ile birlikte işlemin ertelenmesi talebinde de bulunulmuş olmasına rağmen bu talebin kabul görmemesi nedeniyle de işlemi gerçekleştirmiş olabilir. Ancak, bu durum da ilgili yükümlölünün işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmasını önlemeyecektir. Zira suç teşkil eden bir fiilin yerine getirilmemesi için şüpheli işlem bildiriminde ve işlemin ertelenmesi talebinde bulunulmasına ya da böyle bir talebin kabulüne ihtiyaç bulunmamaktadır. Bunların yanı sıra, ilgili yükümlölünün CMK m. 158’de öngörölen yetkili makamlara işlenmekte ya da işlenmiş olan suçla ilgili olarak bildirimde bulunmamış ve fakat şüpheli işlem bildiriminde bulunmuş olmasına rağmen MASAK’taki görevlilerin de bu yükümlölü gibi konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmemiş olmaları da mümkündür. Bu durumda, ilgili yükümlölünün cezai sorumluluğu devam etmekle birlikte, MASAK’taki görevlilerin de TCK m. 278 veya 279 uyarınca ceza hukuku sorumluluğunun söz konusu olacağı düşüncesindeyiz. Ancak, kanaatimizce, işleme konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç da teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair “bilgisi” olan yükümlölünün ister MASAK’a isterse de CMK m. 158’de öngörölen makamlara suçla ilgili olarak bildirimde bulunabilmesi, kanuni bir düzenlemeyle mümkün kılınmalıdır. Bu bağlamda, eğer böyle bir bildirim MASAK’a yapılmışsa, MASAK’ın konuyu Cumhuriyet savcılığına intikal ettirme görevi gereği, ilgili yükümlölünün bilahare CMK m. 158’de öngörölen yetkili makamlara da suçu bildirme yükümlölülüğü olmamalıdır.

Son olarak, gerek işlemin yapıldığı sırada gerekse işlem tamamlandıktan sonra işleme konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç da teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair “bilgisi” olan ve CMK m. 158’de öngörölen yetkili makamlara bu konuda bildirimde bulunan yükümlölünün ayrıca MASAK’a da şüpheli işlem bildiriminde bulunması gerekmektedir. Buna rağmen, MASAK’a şüpheli işlem bildiriminde bulunulmaması durumunda, gerçek veya tüzel kişi yükümlölü hakkında 5549 sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca idari para cezası yaptırımını uygulanması gündeme gelecektir. Ancak, yaptığı veya yaptırdığı analiz, inceleme ve araştırmalar sonucunda suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ya da terörizmin finansmanı suçlarının işlendiğine dair olguların

mevcut olduğunun tespit edilmesi veya herhangi bir analiz, inceleme ve araştırma olmasa bile bu suçların işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda MASAK'ın da konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmesi gerektiğinden, CMK m. 158'de öngörülen makamlara suçla ilgili olarak bir bildirim yapılmışken, MASAK'a ayrıca bir "şüpheli işlem bildirimini"nde bulunması anlamsızdır. Diğer taraftan, 5549 sayılı Kanun'da şüpheli işlem bildirimini bakımından açıkça "herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir husus" ifadeleri kullanılmış olup hem suçu bildirme yükümlülüğü hem de şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü, kanundan kaynaklanan yükümlülüklerdir. Bu nedenle, kanaatimizce, her ne kadar anlamsız olsa da, işleme konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç da teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair "bilgisi" olan bir yükümlünün, CMK m. 158'de öngörülen makamlara suçla ilgili olarak bir bildirimde bulunması nedeniyle şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğünün ortadan kalkacağını kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, böyle bir durumda, şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle, ilgili gerçek veya tüzel kişi yükümlü hakkında 5549 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca idari para cezası yaptırımı uygulanabilir. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda, pratikte hiçbir anlamı kalmayan şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünün ihmal edilmesi karşılığında böyle bir yaptırım uygulanması yerinde değildir. Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından, 5549 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklik ile işleme konu malvarlığının suçtan elde edildiğine veya aynı zamanda suç da teşkil eden yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair "bilgisi" olan ve yetkili makamlara bu konuda bildirimde bulunan yükümlünün bilahare MASAK'a şüpheli işlem bildiriminde de bulunmasının gerekmediğinin açıkça düzenleme altına alınmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bunlara ilaveten, bildirimde bulunması gereken kişinin hem CMK m. 158'de öngörülen makamlara hem de MASAK'a bildirimde bulunmamış olması durumunda ise, bildirimlerin yapılacağı merciiler birbirinden farklı olduğu için, hem suç hem de kabahat nedeniyle ayrı ayrı yaptırımlar uygulanması gerekecektir. Bu durumda, gerçek kişi yükümlü hakkında hem suç hem de kabahat nedeniyle ayrı ayrı yaptırımlar uygulanması; tüzel kişi yükümlünün mevcut olduğu durumlarda ise bizzat tüzel kişi yükümlü hakkında kabahat nedeniyle yaptırım uygulanması söz konusu olacaktır. Öte yandan, tüzel kişi yükümlünün söz konusu olduğu hallerde, işlediği suç nedeniyle hakkında ceza yaptırım uygulanacak olanın ise bildirimde bulunması gereken gerçek kişi olduğu izahtan varestedir.

KAYNAKÇA

- “Money laundering. Money laundering and terrorist financing. Criminal offences. The secondary money laundering offences”, <<https://www.mylawyer.co.uk/the-secondary-money-laundering-offences-a-A76810D76834/>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Aykın H, “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi”, Haziran 2008, 19(65), Bankacılar Dergisi, s. 37-65, <<https://www.tbb.org.tr/dosyalar/dergiler/dokumanlar/65.pdf>> Erişim Tarihi 15 Ocak 2021.
- Aykın H, “Şüpheli İşlem nedir? ‘Şüphe’ ve ‘Şüpheliyi Gerektirecek Husus’ Kavramları Nasıl Yorumlanmalı?”, 2017, <https://vergidosyasi.com/2017/03/28/supheli-islem-nedir-suphe-ve-supheyi-gerektirecek-husus-kavramlari-nasil-yorumlanmalı/>, Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- CPS, “Money Laundering Offences”, 11.06.2021, <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/money-laundering-offences>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Değirmenci O, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Karapara Aklama Suçu), Turhan, 2007.
- Döner İ, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, 2005, 9(3-4), AÜEHFD, s. 63-94.
- Dülger M V, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar, Seçkin, 2011.
- Erdem M R, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, 2019, (80), TBB, s. 105-120.
- Erdem M R, Tezcan D, Önok R M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin, 2020.
- FATF, “About”, <<https://www.fatf-gafi.org/about/>> Erişim Tarihi 19 Ekim 2021.
- FATF, “Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures. TURKEY. Mutual Evaluation Report”, December 2019, <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation->

Report-Turkey-2019.pdf> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

FATF, “International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations.”, 2012-2021, <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2021.

Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada, “What is a suspicious transaction report?”, June 2021, <<https://www.fintrac-canafe.gc.ca/guidance-directives/transaction-operation/Guide2/2-eng#s3>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

Gambling Commission, “The prevention of money laundering and combating the financing of terrorism. Guidance for remote and non-remote casinos: fifth edition”, 27.05.2021, <<https://www.gamblingcommission.gov.uk/guidance/the-prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism/prevention-of-money-laundering-and-combating-the-financing-of-terrorism-part-8-Suspicious-activities-and-reporting>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

Hafizoğulları Z / Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, 2016.

Kaya H, “Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirmeme Suçları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2019.

Koca M / Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin, 2021.

Koca M / Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Adalet, 2020.

Kocasakal Ü, Suçu Bildirmeme Suçları, Vedat, 2017.

MASAK, “Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar”, Mayıs 2021, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

MASAK, “Sektörel ŞİB Rehberleri”, <<https://masak.hmb.gov.tr/sektorel-sib>>

rehberleri> Erişim Tarihi 1 Haziran 2021.

MASAK, Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi, Mali Suçları Araştırma Kurulu Yayın No.9, 2006.

Özgenç İ, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Amayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 1-10.

Özgenç İ, “Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK’ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler”, 2021, 25(3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 273-328.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, Seçkin, 2021.

Parlar A / Öztürk M, Adliye Karşı Suçlar, Aristo, 2018.

Proceeds of Crime Act 2002, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, <<https://lois-laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-24.501/>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2021.

R v Da Silva [2006] EWCA Crim 1654, <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2006/1654.html>> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

Toroslu N, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.

Ünver Y, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, 2019.

Yaşar O / Gökcan H T / Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6. Cilt, Md. 252-345, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet, 2014.

Yurtlu F, “Suçu Bildirmeme Suçu”, in F. Yenisey / İ. Özgenç / A. Nuhoglu. / A. Sözüer / F. Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin, 2018, s. 757-784.

DEEFAKE’İN CEZA HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE DE LEGE FERENDA ÖNERİLER

Beşir BABAYİĞİT*

ÖZ

“Deepfake”, eldeki verilerden derin öğrenme tekniği kullanılarak, gerçek olmamasına rağmen gerçeğe çok yakın görüntü, video ve ses biçimindeki içeriklerin üretilmesi faaliyeti ve bu faaliyet sonucu üretilen içeriklerin genel adıdır. Bu çalışmada, Türkçeye henüz çevrilmemiş bir terim olan “deepfake” kavramı ele alınmış, bu sahteciliklerin Türk ceza hukuku bakımından ortaya çıkarabileceği sorumluluk halleri incelenmiştir. Ayrıca “deepfake”in tehlikelerine karşı mücadelede diğer ülkelerde bu konuda yapılması planlanan yasal düzenlemeler ve ülkemizdeki mevcut durum ile ülkemiz bakımından yapılması gerekenler değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: yapay zekâ, derin öğrenme, derin sahtecilik, kişisel veri, büyük veri.

AN EVALUATION OF DEEFAKE IN THE CONTEXT OF CRIMINAL LAW AND DE LEGE FERENDA SUGGESTIONS

ABSTRACT

“Deepfake” is the activity of producing contents in forms of images, videos and sounds that are very realistic, although not real, using the deep learning technique, and the general name of the contents produced as a result of this activity. In this study, the concept of “deepfake”, a term that has not yet been translated into Turkish, is discussed, and the liability situations that these forgeries may cause in the context of Turkish criminal law are examined. In addition, in the fight against the dangers of “deepfake”, the legal regulations planned to be made in other countries, the current situation in our country and what needs to be done in terms of our country were evaluated.

Keywords: artificial intelligence, deep learning, deep fake, personal data, big data.

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** besir.babayigit@hbv.edu.tr

ORCID : 0000-0002-3710-5792.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018877

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26/10/2021

GİRİŞ

Teknolojideki gelişmeler, salt teknolojiyi değil, aynı zamanda hukuku da ilgilendiren yönleriyle yeni kavramlar ve teknikleri ortaya çıkarmaktadır. Bu gelişmelerden biri de yapay zekâ teknolojilerinden biri olan “*deepfake*”tir. Yapay zekânın getirilerinin yanında, hakların ihlali bağlamında olumsuzlukları da bulunabilmektedir. Nitekim yapay zekâ, kullanım amacına göre bilimsel ve sanatsal çalışmalar yapılmasında araç olduğu kadar suç işlenmesinde de kullanılabilir¹.

Dünya, son dört yılda, “*deepfake*” kavramıyla tanışmış bulunmaktadır. Yapay zekâ içinde değerlendirilen derin öğrenme metoduyla üretilen sahte içerikler; görüntü ve ses manipülasyonu olarak karşımıza çıkan *deepfake*'e vücut vermektedir. Keza bu söz konusu sahte içerikler çeşitli suçların işlenmesinde bir araç olarak kullanılabilir².

Günümüzde ücretsiz programlarla bile herkes tarafından kolayca *deepfake* içeriklerin üretilbildiği³ göz önüne alındığında bu içeriklerin yol açabileceği tehlikelerin artacağını söyleyebiliriz. Bu tehlikelerin önemine binaen, *deepfake* kavramının ne olduğu, bu içeriklerle işlenebilecek suçlar ve *deepfake*'in tehlikelerine karşı ne şekilde mücadele edilebileceği hususları çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu çalışmayla, Türk hukuk literatüründe *deepfake* hususunun gündeme getirilmesi amaçlanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, “*deepfake*” tabiri için çalışmada Türkçe bir tabir kullanılmayacak, anlamını kaybetmemesi açısından kavram bu haliyle kullanılacaktır³.

¹ Alexander P. Sukhodolov/Artur V. Bychkov/Anna M. Bychkova, “Yapay Zekâ Teknolojileri Kullanılarak İşlenen Suçlar İçin Ceza Politikası: Devlet, Sorunlar, Beklentiler” in Jocylyne Alayan (Çev.), Yener Ünver (Ed.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21, Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 209; Eylem Aksoy Retornaz, Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake), On İki Levha Yayıncılık, 2021, 101.

² Tobias Lantwin, “Strafrechtliche Bekämpfung missbräuchlicher Deep Fakes – Geltendes Recht und möglicher Regelungsbedarf”, 2020, 2, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, s. 78; Norbert Lossau, “Deep Fake: Gefahren, Herausforderungen und Lösungswege”, 2020, 382, Analysen und Argumente, Konrad-Adenauer-Stiftung, s. 3.

³ Bazı terimlerin Türkçeye çevrilmenden kullanılması, o terimin kapsamının daralmaması bakımından tercih edilmektedir. Çalışmamızda bu sebeple yeni bir terim olan “*deepfake*”e karşılık olarak bir Türkçe tabir kullanılmayacaktır. Buna karşılık, “*deepfake*” teriminin Türkçeleştirilmesinde “*derin öğrenme teknolojisinin kullanımıyla sahte içerik oluşturma*”, “*derin öğrenme teknolojisinin kullanımıyla oluşturulan sahte içerik*”, “*ileri sahtecilik*”, “*de-*

I. GENEL OLARAK YAPAY ZEKÂ, BÜYÜK VERİ, MAKİNE ÖĞRENMESİ VE DERİN ÖĞRENME

Çalışmanın altyapısını yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesiyle ortaya çıkan derin öğrenme tekniği oluşturmaktadır. Bu sebeple yapay zekâ (“*artificial intelligence (AI)*”), büyük veri (“*big data*”), makine öğrenmesi (“*machine learning*”) ve derin öğrenme (“*deep learning*”) kavramlarına kısaca değinmek çalışmanın anlaşılması açısından önem arz etmektedir⁴.

İnsanlar, bazı icatlarında tabiatı taklit etmişlerdir. Örneğin gözün çalışma mekanizmasının anlaşılmasıyla, fotoğraf makinesi icat edilmiştir. İnsan beyninin anlamlı karar verme mekanizmasının anlaşılmasıyla birlikte de insanı taklit eden makineler tasarlanmaya başlanmıştır⁵. Bu noktada, yapay zekâ, *makinelere programlanıp insan gibi adeta “şuurlu” davranışlar gösterebilmesi* olarak tanımlanmaktadır⁶. Yapay zekâ, insan zekasının kullanım sürecinin makinelerle taklit edilmesi olarak da ifade edilmektedir⁷.

Olaylar karşısındaki deneyimler aracılığıyla insanlar o durum ve benzer durumlarla ilgili görüş oluşturur, belli düşünce kalıpları geliştirir. Görüşler, o olay karşısında ne şekilde hareket edeceğimizi, yani tutumumuzu belirler.

rin taklit”, “*derin hile*”, “*derin sahtecilik*” ve “*dip düzmece*” gibi ifadeler kullanılabilir. Bu ifadeler arasından “*dip düzmece*” ve “*derin sahtecilik*” ifadelerinin kullanılmasının, “*deepfake*” teriminin kapsamına yakınlaşması ve kısa ifadeler olması sebebiyle uygun olabileceği kanaatindeyiz. Ancak bu terimin Türkçeleştirilmesinde ideal olanın, terimin bilişim alanında bir terim olması sebebiyle bilişim alanındaki ve dil alanındaki uzmanlarca Türkçeleştirilmesi olduğunu ifade etmeliyiz. Güncel bir çeviri faaliyetinde “*deepfake*” ifadesi, “*derin sahte*” olarak çevrilmiştir. Bkz. Sukhodolov/Bychkov/Bychokova, s. 209. Güncel bir başka çalışmada ise, “*deepfake*” ifadesi olabildiğince çevrilmeden kullanılsa da çalışma bağlamında yapılan açıklamalar doğrultusunda bazı yerlerde “*yüz değiş tokuşu*”na karşılık olarak kullanılmaktadır. Bkz. Aksoy Retornaz, s. 32, 99, 115, 142. “*Yüz değiş tokuşu*” ifadesinin “*faceswap*” kavramına karşılık kullanılması gerektiğini ve faceswap’ın deepfake teknolojisiyle yapılabileceklerden en yaygını olsa da deepfake’in bundan ibaret olmadığını belirtmeliyiz.

⁴ Belirtmek gerekir ki, bu kavramlar henüz Türk Dil Kurumu’nun (TDK) sözlüklerinde kendine yer bulamamıştır.

⁵ Anand Deshpande/Manish Kumar, *Artificial Intelligence for Big Data*, Packt, 2018, s. 8.

⁶ Harun Pirim, “Yapay Zeka”, 2006, 1(1), *Journal of Yaşar University*, s. 85.

⁷ Sachin Ramar, *Artificial Intelligence How It Changes the Future*, Kendi Basımı (Independently Published), 2019, s. 7, <<https://www.scribd.com/document/466365329/Artificial-Intelligence-How-It-Changes-the-Future>> Erişim Tarihi 25.10.2019. Yapay zekâ ayrıca sözlükte şu şekilde tanımlanmaktadır: “1. *Bilgisayarlarda akıllı davranış simülasyonu ile uğraşan bir bilgisayar bilimleri dalı.* 2. *Bir makinenin akıllı insan davranışını taklit edebilme yeteneği.*” Bkz. <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/artificial%20intelligence>> Erişim Tarihi 24.10.2019.

Nihayet, hareketlerimiz de ortaya bir sonuç çıkarır. Buna “*sonuçlar piramidi teorisi*” (“*the results pyramid theory*”) denilmektedir⁸. Yani sonuçlar piramidi teorisine göre, tabanda deneyimler yer almakta, üstünde deneyimlere dayalı görüşler ve düşünce kalıpları, onun üstünde görüş ve düşünce kalıplarına dayalı hareketler-tutumlar ve en üstte hareketlerin sonuçları yer alır. Yapay zekâda bilgisayarın çalışma mantığı da bu şekilde gerçekleşmektedir. Veriler deneyimlere, modeller görüşlere ve çıktılar harekete-sonuçlara denk düşmektedir⁹. Burada *a posteriori*, *ampirik* bir bilgidен bahsedildiği söylenebilir. Dolayısıyla buradaki bilginin kaynağını algılar ve deneyim oluşturmaktadır. *Deepfake* bağlamında önemli olanın bu tür bir bilgi olduğunu ifade etmeliyiz.

Bir diğer kavram olan “*büyük veri*”, sözlükte şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Geleneksel veritabanı yönetimi araçları tarafından işlenemeyecek kadar büyük ve karmaşık veri birikimi*”¹⁰. Büyük veri terimi, eskiye nazaran ortaya çıkan verilerin artmasını ifade etmek için kullanılmaktadır. Önceden günlük 100 GB (“*gigabyte*”¹¹) elektronik veri ortaya çıkarken, 2018 yılında saniyede 50.000 GB veri üretildiği ifade edilmektedir¹². Keza 2018 yılında 33 ZB (“*zettabytes*”¹³) olan dünyadaki toplam verinin 2025 yılında 175 ZB’ta çıkacağı öngörülmektedir¹⁴.

⁸ Deshpande/Kumar, s. 9.

⁹ Deshpande/Kumar, s. 9.

¹⁰ <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/big%20data>> Erişim Tarihi 24.10.2019.

¹¹ 1 gigabyte, 1024 MB’tan (“*megabytes*”), 1 megabyte, 1024 KB’tan (“*kilobytes*”), 1 kilobyte, 1024 “*bytes*”tan oluşmaktadır. Byte ise 8 adet “*bit*”ten müteşekkildir. Bit’ler, bilgisayarın en küçük verisini ifade eder. 1 gigabytes, 1,073,741,824 bytes içerir. Bkz. <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/gigabyte>> Erişim Tarihi 24.10.2019; <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/megabyte>> Erişim Tarihi 24.10.2019; <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/kilobyte>> Erişim Tarihi 24.10.2019; <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/byte>> Erişim Tarihi 24.10.2019; <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/bit>> Erişim Tarihi 24.10.2019.

¹² Deshpande/Kumar, s. 14.

¹³ 1 zettabyte, 1.099.511.627.776 GB’a (yaklaşık bir trilyon GB) denk düşmektedir. Bkz. <<http://www.kylesconverter.com/data-storage/zettabytes-to-gigabytes>> Erişim Tarihi 21.02.2021.

¹⁴ David Reinsel/John Gantz/John Rydning, *The Digitization of the World - From Edge to Core*, IDC White Paper, 2018, s. 3.

Bu devasa değişim günümüzde işlenmiş ve işlenmemiş verilerin inanılmaz boyutlara ulaştığını göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, büyük şirketler, çeşitli ürün ve uygulamalarla bu verilerin artmasına da sebep olmaktadır. Bir teknoloji şirketinin “*akıllı*” gözlüğünün veri toplaması bu bağlamda örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Robert Chesney/Danielle

Günümüzde ulaşılabilir büyük veriyi analiz edebilmek, veri içindeki kalıpları anlamak ve bağlamsal detaylara dayanarak sonuçta değer yaratan hızlı çözümler sunmak büyük verinin en önemli özelliği olarak ifade edilmektedir¹⁵. Yapay zekâ algoritmaları vasıtalarıyla bu verilerin işlenerek bunlardan anlamlı sonuçlar çıkarılması, oluşan büyük verinin kullanılmasıyla mümkün hale gelmiştir. Eldeki verinin miktarı az olduğu müddetçe araştırılan konunun içeriğine veya üretilmek istenen çıktılara yönelik sağlıklı sonuçlar almak da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, deepfake medya içerikleri gerçeğe yakın biçimde üretilmeyecektir.

Büyük veriyi analiz etmek için çeşitli teknikler uygulanmaktadır. Bunlardan birisi, “*makine öğrenmesi*” olarak adlandırılmakta ve yapay zekâ ile öğrenme olarak ifade edilmektedir¹⁶. Daha açık ifadeyle makine öğrenmesi, makinenin bir konuyu kavramadan önce o konuyla ilgili çok fazla veri topladığı ve bu verilere dayanarak belli bir görevin nasıl gerçekleştirileceğini öğrendiği bir süreçtir¹⁷. Yapay zekâyâ sahip bir makinenin insan gibi hareket etmesi için makine öğrenmesine sahip olması beklenmektedir¹⁸.

Keats Citron, “21st Century-Style Truth Decay: Deep Fakes and the Challenge for Privacy, Free Expression, and National Security”, 2019, 78(4), Maryland Law Review, s. 890, 891. Böyle bir cihazın fonksiyonunu yerine getirebilmesi için etraftaki objelerin görüntü ve ses verilerini elde etmesi gerekmektedir. Bu da internete bağlı cihazlar vasıtasıyla sürekli olarak verilerin birikmesi ve işlenmesi anlamına gelmektedir.

¹⁵ Deshpande/Kumar, s. 15.

¹⁶ Metin Turan, Bilişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 218.

¹⁷ Ramar, s. 10. Makine öğrenmesi, sözlükte şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Bir bilgisayarın, sürekli olarak mevcut bir istatistiksel modele dahil edilmesiyle (görüntü dosyalarının analiz edilmesinde olduğu gibi) kendi performansını iyileştirebildiği süreç.*” Bkz. <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/machine%20learning>> Erişim Tarihi 24.10.2019. Makine öğrenmesine Türk araştırmacıların yaptığı bir çalışma örnek olarak verilebilir. Söz konusu çalışmada; araştırmacılar Hürriyet Gazetesi’nde yirmi yazara ait toplam yirmi bin köşe yazısını makine öğrenmesi tekniğiyle programa tanıtmış ve program ilgili yazıların ortak karakteristik özelliklerine göre hangi yazının hangi yazara ait olduğunu tespit ederek öğrendikten sonra, sisteme bu yazarlardan birinin daha önce tanıtılmamış yeni bir yazısı eklendiğinde bu yazının kime ait olduğunu yüksek bir oranla bilebilir hale gelmiştir. Araştırmacılar gelecekte, benzer teknikleri kullanarak cinsiyet ve içerik sınıflandırması üzerinde çalışmayı planladıklarını belirtmektedir. Çalışma için bkz. Mustafa Sarı/A. Murat Özbayoğlu, “Classification of Turkish Documents Using Paragraph Vector”, 2018, 2018 International Conference on Artificial Intelligence and Data Processing (IDAP), s. 1-5, <<https://ieeexplore.ieee.org/document/8620813>> Erişim Tarihi 24.10.2019.

¹⁸ Stuart J. Russell/Peter Norvig, Artificial Intelligence A Modern Approach, Third Edition, Pearson Publishing, 2011, s. 2.

Buna karşılık, derin öğrenme terimi sözlüklerde kendine yeni yer bulabilmektedir¹⁹. Bu da terimin makine öğrenmesi teriminden daha yeni olarak ortaya çıktığına bir kanıt niteliğindedir. Derin öğrenme, bilgisayarla görme ve doğal dil işleme gibi alanlarda daha karmaşık sorunları işleyen gelişmiş bir “*yapay sinir ağı*” (“*artificial neural nets*”) türü olarak ifade edilmektedir²⁰. Derin öğrenmedeki yazılım, bir problemin tek yönlü olarak salt çözümü için programlanmış olmak yerine, karşılıklı yönlerde tepki verecek biçimde önceki verilere dayanan deneyimlerle eğitilmektedir²¹. Tanımdan anlaşıldığı üzere derin öğrenme, makine öğrenmesinin daha karmaşık yapıdaki bir görünümüdür. Bu karmaşık yapısının daha zor becerilerin de üstesinden gelmesini sağladığını ifade edebiliriz. Derin öğrenmede makine, işlem sonucunda yaptığı çıkarımın sonucundaki hataların farkına varmakta, geri besleme (“*backpropagation*”) yaparak daha sonraki hesaplamalarda bu hatayı en aza indirmektedir²². Deepfake içerik üretiminde ne kadar çok veriye

¹⁹ Örneğin Marriam-Webster sözlüğünde bu terim henüz yer almamaktaiken Cambridge sözlüğünde yer almaktadır. Bkz. <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/deep-learning>> Erişim Tarihi 14.03.2021.

²⁰ Agnieszka M. Walorska, “Deepfakes & Desinformation”, 2020, Mai, Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, Mai 2020, s. 9. Derin öğrenme terimi yerine yapay sinir ağları (“*artificial neural nets*”) ifadesi de tercih edilebilmektedir. Bkz. Eugene Charniak, Introduction to Deep Learning, The MIT Press, 2018, s. 1; Walorska, s. 10. Deepfake içeriklerin oluşturulmasında “*üretken çatışan (çekişmeli) ağlar*” (“*generative adversarial networks-GAN*”) teknolojisi kullanılmaktadır. Bkz. Anna Yamaoka-Enkerlin, “Disrupting Disinformation: Deepfakes and the Law”, 2020, 22(3), New York University Journal of Legislation and Public Policy, s. 726; Matthew F. Ferraro, Deepfake Legislation: A Nationwide Survey - State and Federal Lawmakers Consider Legislation to Regulate Manipulated Media, WilmerHale, 2019, s. 3, <https://www.wilmerhale.com/-/media/files/shared_content/editorial/publications/wh_publications/client_alert_pdfs/20190925-deepfake-legislation-a-nationwide-survey.pdf> Erişim Tarihi 18.02.2021; Robert Chesney/Danielle Keats Citron, “Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security”, 2019, 107(6), California Law Review, s. 1760; Walorska, s. 9; Thomas C. King/Nikita Aggarwal/Manosaria Taddeo/Luciano Floridi, “Yapay Zekâ Suçu: Öngörülebilir Tehditleri ve Çözüm Yolları Üzerine Disiplinler Arası Bir Analiz” in Hasan Dursun (Çev.), Yener Ünver (Ed.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21, Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 262. “*Üretken çatışan (çekişmeli) ağlar*” (“*generative adversarial networks-GAN*”) teknolojisinin ayrıntıları için bkz. Çetin Elmas, Yapay Zeka Uygulamaları, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 215; Vasif Nabiyeve, Yapay Zeka, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 615 vd.

²¹ <<https://www.yourdictionary.com/deep-learning>> Erişim Tarihi 24.10.2019; King/Aggarwal/Taddeo/Floridi, s. 262.

²² <<https://towardsdatascience.com/back-propagation-414ec0043d7>> Erişim Tarihi 24.10.2019. Çalışma mekanizması için bkz. Elmas, s. 216, 216. Bu durum ayrıca, “*polis*” ve “*parada sahtecilik yapan kişi*” üzerinden alegori yapılarak anlatılmaktadır. Bu alegoride, “*parada sahtecilik yapan kişi*”, ürettiği ürünün olabildiğince gerçekçi görünmesi için çabalar.

sahip olunursa o kadar gerçekçi bir içerik oluşturulabilecektir²³. Sonuç olarak da büyük veri ve derin öğrenmeyle birlikte daha doğru ve kesin sonuçlar alınmaktadır. Derin öğrenmedeki işlenen bilginin, yukarıda ifade edilen sonuçlar piramidi teorisindeki bilgisayar bakımından “*deneyimsel*” bilgi olduğu görülmektedir.

II. DEEPFAKE TEKNOLOJİSİ VE DEEPFAKE İÇERİKLER

Deepfake kavramının, sözlüklerde kendine yer bulması oldukça yenidir²⁴. Deepfake tabirinin, “*deep (learning)*” (derin öğrenme) ve “*fake (content)*” (sahte içerik) kelimelerinin birleştirilmesi suretiyle üretildiği belirtilmektedir²⁵. Kısaca, sahte medya içeriklerinin derin öğrenme teknolojisi kullanılarak üretilmesi şeklinde tanımlanabilir²⁶. Terim hem üretilen medya içerikleri hem de bu medya içeriklerinin üretilmesi işlemi için kullanılmaktadır²⁷.

“*Polis*” ise, bir ürünün sahteliğini tespit edebilmek yönünde kendini geliştiren kişi olarak yansıtılmaktadır. Dolayısıyla “*polis*” sahteliğin tespit edilmesi, “*parada sahtecilik yapan kişi*” ise sahteliğin tespit edilmemesi bakımından birbirleriyle rekabet halindedir. Aldatıcılık niteliği en üst derecede bir sahte paranın üretilmesi veya aldatıcılık niteliği en üst derecede bir sahte paranın kesin olarak tespit edilebilmesi için “*polis*” ile “*parada sahtecilik yapan kişi*”nin rekabet halinde birbirlerinin deneyimlerinden sonuç çıkarmaları gerekir. Bu rekabetten öğrenilen deneyimler sonucundaki bilgiyle birlikte sahte ürün üretilmesi tekniği gelişirken sahte ürünün tespiti tekniği, sahte ürünün tespiti tekniği gelişirken de sahte ürün üretilmesi tekniği gelişecektir. Derin öğrenme-GAN yazılımı, bu alegoriye göre aynı anda hem “*polis*” (discriminative model) hem de “*parada sahtecilik yapan kişi*” (generative model) gibi davranmaktadır. Bkz. Ian J. Goodfellow/Jean Pouget-Abadie/ Mehdi Mirza/ Bing Xu/David Warde-Farley/Sherjil Ozair/Aaron Courville/Yoshua Bengio, “Generative Adversarial Nets”, 2014, arXiv:1406.2661v1, s. 1, <<https://arxiv.org/pdf/1406.2661.pdf>> Erişim Tarihi 14.03.2021.

²³ Tobias Lantwin, “Deep Fakes - Düstere Zeiten für den Persönlichkeitsschutz? Rechtliche Herausforderungen und Lösungsansätze”, 2019, 9, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, s. 574. Bu da üretilen içeriğin gerçekçiliğini üst seviyelere çıkarmaktadır. Bkz. Chesney/Citron, Looming Challenge, s. 1760.

²⁴ Bkz. <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/deepfake>> Erişim Tarihi 14.03.2021.

²⁵ Travis L. Wagner/Ashley Blewer, “‘The Word Real Is No Longer Real’: Deepfakes, Gender, and the Challenges of AI-Altered Video”, 2019, 3(1), Open Information Science, s. 36; Lossau, s. 2; Walorska, s. 9; Yamaoka-Enkerlin, s. 726.

²⁶ Lantwin, Rechtliche Herausforderungen, s. 574; Aksoy Retornaz, s. 99, 100.

²⁷ Deepfake’in dünya üzerinde ilk olarak ortaya çıkışının, 2017 yılında “*reddit*” internet sitesi kullanıcılarından birinin cinsel nitelikteki sahte görüntüler oluşturmasıyla başladığı ifade edilmektedir. Bkz. Ronit Chawla, “Deepfakes: How a Pervert Shook the World”, 2019, 4(6), International Journal of Advance Research and Development, s. 8; Lantwin, Rechtliche Herausforderungen, s. 575; Walorska, s. 14.

Deepfake'in ne olduğunun, deepfake içerikleriyle temas kurmaksızın anlatılmasında güçlük çekilebilir. Basitçe ifade etmek gerekirse, temelde, orijinal bir medya içeriğinde (fotoğraf ve video gibi) yer alan kişilerin yüzünün tamamen başka kişinin yüzüyle değiştirilmesi (A kişinin yüzü yerine B kişinin yüzünün vücuda uyumlu hale getirilmesi)²⁸, orijinal içerikteki kişinin yüz ifadesinin değiştirilmesi (A'nın yüz ifadesi gülümseme iken, kızgın yüz ifadesine çevrilmesi) veya gerçekte hiç var olmayan bir insanın varmış gibi baştan oluşturulması (farazi bir C kişinin oluşturulması) şeklinde²⁹ görüntü üzerinde gerçekleştirilen gerçekçi değişikliklerdir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu değişiklikler, sadece yüz ile ilgili olmak zorunda değildir. Bir kişiyle ilişkilendirilebilecek şekilde kişinin tüm vücuduna ve vücudunun bölümlerine yönelik değişiklikler de söz konusu olabilir. Ayrıca sadece görüntü değil, bilhassa videolarda ses değişiklikleri de yapılabilmektedir. Örneğin, hiç söylenmemiş sözler, o kişi söylüyormuş gibi gerçekçi biçimde değiştirilebilmektedir³⁰.

III. DEEFAKE'İN HUKUKEN ORTAYA ÇIKARABİLECEĞİ TEHLİKELER

Deepfake, kullanım amacına göre faydalı olabildiği gibi³¹, sahte içeriği sebebiyle hukuki değerleri ihlal de edebilmektedir³². Deepfake'in ortaya çıkarabileceği tehlikelerle ilişkili başlıca hukuki değerlerin; maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı (Anayasa m. 17), özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliği hakkı (Anayasa m. 20/1), kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı (Anayasa m. 20/3), düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma hakkı (Anayasa m. 25, 26), bilim ve sanat hürriyeti (Anayasa m. 27)

²⁸ King/Aggarwal/Taddeo/Floridi, s. 262; Sukhodolov/Bychkov/Bychokova, s. 209; Aksoy Returnaz, s. 99.

²⁹ Mustafa Evren Berk, "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi 'Deepfake'", 2020, 16(28), Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, s. 1512, 1513; Walorska, s. 17, 18.

³⁰ Lantwin, Rechtliche Herausforderungen, s. 574; Walorska, s. 17; Sukhodolov/Bychkov/Bychokova, s. 209.

³¹ Örneğin sinema sektöründe *deepfake* kullanımı verimli olabilmektedir. Söz gelimi, 1994'te ölen oyuncu Peter Cushing'in 2016 yılında Rogue One filminde adeta yaşıyormuş gibi filme dahil edilmesi ve oyunculuk sergiliyor gözükmesi *deepfake* sayesinde mümkün olmuştur. Bkz. <<https://www.youtube.com/watch?v=cu77zS1pagk>> Erişim Tarihi 10.12.2019; Chesney/Citron, Looming Challenge, s. 1770; Walorska, s. 7, 22; Yamaoka-Enkerlin, s. 734.

³² Lantwin, Strafrechtliche Bekämpfung, s. 81; Chesney/Citron, Looming Challenge, s. 1754.

olduğunu söyleyebiliriz³³.

Nitekim bu içeriklerde kişilerin görüntüleri kullanılabilmekte ve kişilerin görüntüsü gerçeğinden ayırt edilemeyecek hale getirilebilmektedir. Örneğin, müstehcen içerikli bir videoda gerçekte yer alan kişi yerine, başka bir kişinin görüntüsü koyularak sahte videolar üretilebilmektedir³⁴. Yine örneğin, bu sahte görüntüler oluşturulduktan sonra içeriğe eklenen kişinin para vermesi istenebilmekte, yoksa bu içeriğin internet sitelerinde yayımlanacağı tehdidinde bulunulabilmektedir³⁵. Keza, siyasi kişiliklerin görüntü ve seslerine ilişkin verilerin internet ortamında kolayca erişilebilir olması ve bu verilerin büyük bir yekûn teşkil etmesiyle bu kişiler bakımından toplanarak analiz edilen verilerin “büyük veri” bağlamında değerlendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla, deepfake içeriklerde bilhassa siyasi kişiliklerin kullanılması daha kolay ve gerçekçi olmaktadır. Bunun en meşhur örneği, Jordan Peele’nin Barack Obama’nın sesi ve görüntüsünü manipüle ederek oluşturduğu ve deepfake’in tehlikesine dikkat çektiği videosudur³⁶. Bu türden videoların toplumun tamamını ve devletler arası ilişkileri etkileyebilecek düzeyde olduğu açıktır³⁷.

Dolayısıyla, *Deepfake*’in bireysel zararları olabildiği gibi ulusal güvenliği etkileyici yönleri de bulunmaktadır³⁸. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Temsilciler Meclisi İstihbarat Daimî Seçim Komitesi (“U. S.

³³ Temel haklar olarak saydığımız bu değerlerin yanında, aşağıda deepfake’in kullanılmasıyla işlenebilecek suçların koruduğu hukuki değerlerin de bu kapsamda olduğunu belirtmeliyiz.

³⁴ Danielle Keats Citron, “Prepared Written Testimony and Statement for The Record”, 2019, House Permanent Select Committee on Intelligence, s. 4, <<https://docs.house.gov/meetings/IG/IG00/20190613/109620/HHRG-116-IG00-Wstate-CitronD-20190613.pdf>> Erişim Tarihi 26.10.2019.

³⁵ Bu hususta bir örnek olay için bkz. <<https://www.abc.net.au/news/2019-08-30/deepfake-revenge-porn-noelle-martin-story-of-image-based-abuse/11437774>> Erişim Tarihi 26.10.2019.

³⁶ Bkz. <<https://www.youtube.com/watch?v=cQ54GDm1eL0>> Erişim Tarihi 21.02.2021.

³⁷ Devletler arası ilişkileri etkileyebilecek deepfake’ler bakımından kurgusal olarak şöyle bir örnek verilmektedir: “*Şimdi gerçekleşmesi muhtemel bir senaryo yazacağız. Malum ABD başkanı Trump, Twitter’den resmi açıklamalar yapıyor ve Trump’ın da hesabından bir tweet atılsa; hem de “deepfake” kullanılarak yani yapay zeka marifetiyle sahte bir video oluşturularak... Uzmanı olmayanın sahteliğini anlayamadığı o videoda; Trump, İran’a ve Çin’e nükleer bomba atacağını bütün gerekçeleriyle Beyaz Saray’da resmi makamı olan oval ofiste anlatsa ve videonun en sonunda kırmızı bir butona bassa... Şu tweetten sonra, dünya piyasasında neler olur; hangi ülkelerde kaos başlar; dünyanın hali ne olur düşünebiliyor musunuz?*” Bkz. Ahmet Yavuz Uşaklıoğlu, Dijital Hukuk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 151.

³⁸ Chesney/Citron, Looming Challenge, s. 1783, 1784.

House of Representatives Permanent Select Committee on Intelligence”) tarafından 13.06.2019 tarihinde Yapay Zekanın Ulusal İstihbarat Sorunları, Manipüle Edilen Medya ve Deepfake’ler (“National Intelligence Challenges of Artificial Intelligence, Manipulated Media, and Deepfakes”) başlıklı bir oturum gerçekleştirilmiştir³⁹. Bu oturuma konuya hâkim kişiler ve çeşitli üniversitelerden akademisyenler katılarak fikirlerini beyan etmiş ve deepfake’in tehlikelerine karşı mücadeleye yönelik öneriler sunulmuştur. Söz konusu tespit ve önerilerden bazıları şu şekildedir⁴⁰:

Gelişmiş yapay zekâya ve büyük veriye erişim imkânı olan ülkeler diğerlerine göre büyük avantajlara sahiptirler. Bir kez gün yüzüne çıkmış sahte bir ses, fotoğraf veya videonun sahteliğinin çürütülebilmesi oldukça zordur. Deepfake teknolojisini devletler, kitlelere yönelik çarpıtılmış içerik sunmak için kullanabilecektir. Yapay zekânın doğru kullanımını ve ses, video gibi medya içeriklerinin gerçekliğini doğrulamaya yönelik teknolojiyi ilerletmek için politikalar geliştirilmelidir. Deepfake vasıtasıyla düzenlenen iftira kampanyaları için acil müdahale planı geliştirilmelidir. Oluşturulacak genel farkındalık, sahte ses ve video içeriklerinin kötü etkilerine karşı koymada önem arz etmektedir.

Deepfake teknolojisiyle oluşturulan videolar gelecekte çokça çeşitlenebilir. Örneğin, toplumda saygın-etkin bir kişi, bir terör örgütünün gerçekleştirdiği eylemi destekleyen bir açıklama yapıyormuş gibi gösterilebilir⁴¹. Deepfake videolar ve sesler, seçimleri manipüle ederek demokratik sürece zarar verebilir⁴². Bu içerikte bir videonun yayılmasıyla birlikte geri dönüşü olmayan sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Deepfake kapsamında içerik üretilmesi ve bunların kullanılması önemli hukuki değerlerle ilişkili hak ihlallerine sebebiyet vererek toplumda katlanılamaz bir noktaya gelebilir. Dolayısıyla bu hallerde ceza hukukunun

³⁹ Bkz. <<https://intelligence.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=653>> Erişim Tarihi 26.10.2019.

⁴⁰ Bkz. <<https://docs.house.gov/meetings/IG/IG00/20190613/109620/HHRG-116-IG00-Wstate-WattsC-20190613.pdf>> Erişim Tarihi 26.10.2019; <<https://docs.house.gov/meetings/IG/IG00/20190613/109620/HHRG-116-IG00-Wstate-WattsC-20190613.pdf>> Erişim Tarihi 26.10.2019.

⁴¹ Başka örnekler için bkz. Lantwin, Rechtliche Herausforderungen, s. 575.

⁴² Lantwin, Strafrechtliche Bekämpfung, s. 79; Chesney/Citron, Looming Challenge, s. 1778, 1779; Walorska, s. 7; Christoffer Waldemarsson, Disinformation, Deepfakes & Democracy, The Alliance of Democracies Foundation, 2020, s. 9, 10.

müdahalesi gündeme gelebilecektir. İlk olarak halihazırdaki mevzuat bağlamında deepfake'in ortaya çıkarılabileceği ceza hukuku sorumluluğunun ele alınması gerekir. Ardından geleceğe yönelik olarak hukuki bir değerlendirme yapılacaktır.

IV. DEEPPFAKE'İN ORTAYA ÇIKARABİLECEĞİ CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

Gelişen teknoloji ve artan internet imkânları bazı suçların internet ortamında bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle ve çeşitli kitle iletişim araçlarıyla işlenmesini kolaylaştırmakta ve yaygınlaştırmaktadır⁴³. Deepfake içeriklerin üretilmesi için geliştirilen programların üretilmesinden başlayarak deepfake içeriklerin kullanılmasına kadar çeşitli aşamalarda farklı ceza hukuku sorumluluklarının ortaya çıkması gündeme gelebilir. Bu bağlamda, deepfake içeriklerinin üretilmesi ve kullanılması halinde en çok gündeme gelebilecek olan halihazırdaki suç tiplerine aşağıda yer verilecektir.

A. Yasak Cihaz ve Programlar

Bir bilgisayar programının bilişim suçlarının veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi amacıyla oluşturulması, imal, ithal, sevk, nakil ve kabul edilmesi veya depolanması, satılması, satışa arz edilmesi, satın alınması, başkalarına verilmesi veya bulundurulması TCK m. 245/A'da yer alan yasak cihaz ve programlar başlıklı suça vücut vermektedir⁴⁴. Esasen maddede ifade edilen suçların işlenmesi açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiiller TCK'da suç olarak tanımlanmıştır⁴⁵.

Deepfake içeriklerini üretmek için, sıradan insanların da bu türden içerik oluşturabilmeleri amacıyla programlar üretilebilmektedir. Örneğin, "DeepNude" adlı bir program, esasen giyinik olan insanların fotoğraflardaki görüntüsünün, yapay zekâ kullanılarak çıplak hale getirilmesi için

⁴³ Berrin Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 38; Hüseyin Akarlan, Bilişim Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 76; Mesut Orta, Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması (Adli Bilişim), Yetkin Yayınevi, 2015, s. 92; Tunç Demircan, Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016, s. 24.

⁴⁴ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 958.

⁴⁵ Akbulut, Bilişim Alanında, s. 348; Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 959.

geliştirilmiştir⁴⁶.

Bununla birlikte yasak cihaz ve programlara ilişkin TCK m. 245/A'da yer alan suçun oluşabilmesi için, *bilişim suçlarının veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için* imal, ithal, sevk, nakil ve kabul edilmesi veya depolanması, satılması, satışı arz edilmesi, satın alınması, başkalarına verilmesi veya bulundurulması gerekir. Örneğin, dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi nitelikli hali (TCK m. 158/1-f) "*bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlar*"dan biri olduğundan, dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi için deepfake içerik üreten bir program bulunduruyor olmak, TCK m. 245/A'da yer alan yasak program bulundurma suçunu oluşturur. Dolayısıyla, amaç unsuruna yer verilmesi sebebiyle, deepfake içeriğinin oluşturulması için üretilmiş her programın salt deepfake içerik ürettiği olmasından bahisle bu suçun oluştuğunu söylemek mümkün değildir.

B. İftira, Suç Uydurma ve Şantaj

Bilhassa basın ve yayın yoluyla ve fakat aynı zamanda yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunmak suretiyle, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmek, iftira suçunu oluşturur (TCK m. 267/1). Deepfake bağlamında iftira suçunun işlenmesi, TCK'nın 267. maddesinin ikinci fıkrası bakımından söz konusu olmaktadır. Yani deepfake içeriklerin üretilmesi ve kullanılmasıyla, fiilin maddî eser ve delillerini uydurarak iftirada bulunmak söz konusu olabilmektedir⁴⁷ (TCK m. 267/2).

Dijital nitelikteki deliller bakımından da deepfake bir sorun teşkil edebilmektedir. Nitekim deepfake teknolojisinin az teknik beceriye sahip kişilerin bile gözle görülmeyen sahtecilik yaratmalarına imkân sağlamasından ötürü, dijital delillerin oluşturulmasında da deepfake teknolojisi kullanılabilir ve böylece sahte deliller oluşturulabilir⁴⁸. Örneğin, kamera kayıtlarında kasten

⁴⁶ Bkz. <<https://www.vice.com/en/article/kzm59x/deepnude-app-creates-fake-nudes-of-any-woman>> Erişim Tarihi 22.02.2021; Aksoy Retornaz, s. 100, dn. 370.

⁴⁷ Sukhodolov/Bychkov/Bychokova, s. 210.

⁴⁸ Rebecca J. Hamilton, "New Technologies in International Criminal Investigations", 2018, 112, Proceedings of the 112th Annual Meeting, International Law in Practice, Cambridge University Press, s. 131, 132. Deepfake içeriklerinin yargı mercileri önüne gelmesiyle birlikte,

öldürme suçunu işleyen A'nın yüzünün, B ile değiştirilerek videonun manipüle edilebilmesi mümkündür.

Keza suç uydurma suçu kapsamında; esasen işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uydurmak deepfake ile mümkündür (TCK m. 271/1). Örneğin, kamera kaydında hekim A'nın bir hastayı tedavi ederkenki görüntüleri yer almasına karşın, gerçekleştirdiği fiilin kasten öldürme suçunu oluşturacak biçimde videoda manipüle edilmesi söz konusu olabilir.

TCK m. 107/2'de yer alan şantaj suçunda, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması cezalandırılmaktadır. Çalışma konusu bakımından özellik arz eden husus, suçun kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların *isnat edilmesi* suretiyle de işlenebilir olmasıdır. Dolayısıyla, suçun işlenme biçimi olarak gerçek hususların açıklanacağı tehdidinin yanı sıra gerçek olmayan, uydurulmuş ama gerçekliğine inanılabilir hususların isnat edileceği tehdidinde bulunulması da bir seçimlik hareket olarak yer almaktadır⁴⁹. Bir deepfake içeriğinin gerçekliğinin inandırıcılığı karşısında, bu içeriklerde kişinin görüntülerinin kullanılacağı ve bu suretle kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki gerçekliğine inanılabilir hususların isnat edileceği tehdidinde bulunulması bu suça vücut verecektir⁵⁰.

C. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi ve Bu Verileri Hukuka Aykırı Verme, Yayma ve Ele Geçirme

Deepfake içeriklerin gerçeğe yakın bir biçimde üretilebilmesi için oldukça fazla verinin mevcut bulunması gerekir. Dolayısıyla, elde ne kadar çok veri mevcut bulunursa, o kadar gerçekçi sonuç alınır. Örneğin yüzlerin değiştirildiği bir medya içeriğinin üretilmesi için kişinin birçok açıdan yüzüne dair verinin toplanmış olması gerekir. Kişisel veri, kimliği belirli veya

delillerin değerlendirilmesi ve yargılama sürecine etkileri hakkında açıklamalar için bkz. Riana Pfefferkorn, “‘Deepfakes’ in the Courtroom”, 2020, 29(2), Boston University Public Interest Law Journal, s. 245-276; Danielle C. Breen, “Silent No More: How Deepfakes Will Force Courts to Reconsider Video Admission Standards”, 2021, 21(1), Journal of High Technology Law, s. 122-164.

⁴⁹ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 536.

⁵⁰ Can Yavuz, Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşımı İntikam Pornosu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 128.

belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi (6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu-KVKK m. 3/1-d) olduğuna göre, derin öğrenme sürecine tabi tutulacak olan kişinin yüzüne, onun dış görünüşüne veya sesine özgü veriler de kişisel veridir.

Bu verinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135) suçunu oluşturabileceği gibi, verilerin işlenmesi ve görüntülerin sunulması da kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme (TCK m. 136) suçuna vücut verir.

Kişisel verilerin işlenmesi, “*kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*” olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Dolayısıyla deepfake içeriğin oluşturulmasında kullanılan verilerin işlenmesinin *kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla* gerçekleştirilmesi halinde, bu durum kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelecek ve hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi, verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi suçları oluşacaktır⁵².

Ç. Müstehcenlik

Deepfake teknolojisiyle, aslında müstehcen nitelikteki bir medya içeriğinde bulunmayan kişilerden elde edilen fotoğraf ve videolar kullanılarak müstehcen medya içeriklerinde bu kişiler yer almışlar gibi gösterilebilmektedir⁵³. Örneğin, Harry Potter filmlerinde ünlü oyuncu Emma Watson'ın cinsel nitelikte olmayan görüntülerinden veriler toplandığı, halihazırda cinsel nitelikte videolardaki kişilerin kafası yerine oyuncunun

⁵¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK), m. 3/1-e.

⁵² Mehmet Maden, Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, 2021, s. 66: “Kanaatimizce, yukarıda belirttiğimiz hususlar dikkate alınarak, TCK m. 135’te ve benzer şekilde m. 136’da, fiilin sınırlarını daha açık biçimde ortaya koyacak şekilde bir değişikliğe gidilebilir. Bu yapılmadığı takdirde dahi, içtihat yoluyla, yukarıda belirttiğimiz hususlar dikkate alınarak yapılacak bir yorumla, en azından KVKK’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren gerçekleştirilen fiiller bakımından, KVKK m. 3 (1)-e kapsamına girmeyen fiillerin, TCK m. 135 ve m. 136 kapsamında da değerlendirilemeyeceği benimsenebilir.”

⁵³ Aksoy Retornaz, s. 32, 100, 101.

kafası yerleştirilerek sahte içerikli videolar hazırlandığı belirtilmektedir⁵⁴. Bu içeriklerin oluşturulmasında kullanılan kişiler çoğunlukla kadınlardır⁵⁵.

Oluşturulan cinsel nitelikteki deepfake medyanın içeriğinin yayımlanması müstehcenlik (TCK m. 226) suçuna vücut verebilecektir. Deepfake'in en sık kullanım alanının cinsel nitelikteki medya içeriklerinin oluşturulması olduğu ifade edilmektedir⁵⁶. Nitekim Deepttrace adındaki bir girişimin, 2019 Temmuz'da yayımladığı rapora göre, internette 2019 Ocak-Temmuz döneminde, 14678 adet deepfake içerik bulunmuş ve bunların %96'sını cinsel nitelikteki (pornografik) medya oluşturmuştur⁵⁷.

Bu bağlamda, esasen ticari amaçlarla yetişkinlere yönelik olarak oluşturulan bir müstehcen içerikteki kişinin bedeni ile gerçekte o fotoğraf

⁵⁴ Citron, s. 4; Lossau, s. 3; Carl Öhman, "Introducing the Pervert's Dilemma: A Contribution to the Critique of Deepfake Pornography", 2021, February, Ethics and Information Technology, s. 2. Aynı şekilde oyuncu Gal Gadot için de benzer içerikler hazırlandığı ifade edilmektedir. Bkz. Wagner/Blewer, s. 37, 38; Douglas Harris, "Deepfake: False Pornography is Here and the Law Cannot Protect You", 2019, 17, Duke Law & Technology Review, s. 100, 109. Bu videoların hazırlanmasında çeşitli motivasyonlar etkili olabilmektedir. Bunlardan birisi, sırf bir kişiden *intikam* almak için oluşturulan sahte pornografik içeriklerin üretilmesi şeklindeki motivasyondur. Bkz. <<https://www.abc.net.au/news/2019-08-30/deepfake-revenge-pornoelle-martin-story-of-image-based-abuse/11437774>> Erişim Tarihi 26.10.2019. Bu içerikler intikam pornosu ("*revenge porn*") olarak da tabir edilmektedir. Bkz. Dean Fido/Craig Harper/Mia Davis/Dominic Petronzi/Sophie Worrall, "Intrasexual Competition As a Predictor of Women's Judgements of Revenge Pornography Offending", 2019, PsyArXiv Preprints, s. 3, <<https://psyarxiv.com/pwmqu/>> Erişim Tarihi 17.02.2021; Walorska, s. 11; <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/405286/revenge-porn-factsheet.pdf> Erişim Tarihi 26.10.2019: "*İntikam pornosu, izni olmaksızın başkalarının utanç verici hale sokulması veya sıkıntıya neden olunması amacıyla, özel nitelikte cinsel materyallerin, fotoğraf veya videoların paylaşılmasıdır. Görüntülere bazen tam adları, adresleri ve sosyal medya profillerine bağlantılar da dahil olmak üzere konu hakkında kişisel bilgiler eşlik eder.*" Bu hususta ayrıntılı açıklama, tartışma ve örnekler için bkz. Yavuz, s. 11 vd.; Aksoy Retornaz, s. 27 vd.

⁵⁵ Aksoy Retornaz, s. 101.

⁵⁶ King/Aggarwal/Taddeo/Floridi, s. 262.

⁵⁷ Bkz. <<https://deeptancelabs.com/mapping-the-deepfake-landscape/>> Erişim Tarihi 11.11.2019. Aynı doğrultuda bkz. Matthew F. Ferraro/Louis W. Tompros, "New York's Right to Publicity and Deepfakes Law Breaks New Ground", 2021, 38(4), The Computer & Internet Lawyer, s. 2; Walorska, s. 7, 20. Eskiden iletişim mektup gibi araçlarla gerçekleştirilirken, günümüzde elektronik vasıtaların yaygınlaşmasıyla mahrem verilerin paylaşılması en çok bu yolla gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda, cinsel mahremiyet ve özerklik göz önüne alındığında, bu hususların hukuken özel bir tanınma ve korunmayı hak ettiği ifade edilmektedir. Bkz. Danielle Keats Citron, "Sexual Privacy", 2019, 128(7), Yale Law Journal, s. 1960. Nitekim günümüzde cinsel içeriklerin korunması özel bir ihtimam gerektirmekte ve deepfake bu ihlallerin aracı olarak kolay bir yol oluşturmaktadır. Bu konulara ilişkin bir ahlakilik tartışması için bkz. Öhman, s. 5-16.

veya videoda bulunmayan bir kişinin yüzünün deepfake teknolojisiyle birleştirilmesi halinde yine müstehcenlik suçunun oluşup oluşmayacağı bir sorun teşkil etmektedir. Nitekim fotoğraf ve videoda A kişinin yüzü kullanılmakla birlikte, A'nın yüzü bir müstehcen içerik değildir. Ancak B'nin müstehcenlik içeren görüntüsüyle birleştirilmesi halinde, içerikteki kişinin A olduğu gibi bir yanıltma söz konusudur. Bu örnekte, A veya B eğer çocuksa, TCK m. 226/3 gereği, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri⁵⁸ kullanmak suçu oluşur. Ancak A ve B, yetişkin ise, böyle bir ürünün salt üretilmesi müstehcenlik bağlamında suç teşkil etmemektedir. Böyle bir içeriğin çocuğa verilmesi, gösterilmesi; çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösterilmesi; içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz edilmesi; bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz edilmesi, satılması veya kiraya verilmesi; sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak verilmesi veya dağıtılması; reklamının yapılması müstehcenlik suçunu oluşturmaya devam edecektir (TCK m. 226/3). Ancak ifade ettiğimiz üzere, her ne kadar deepfake olarak oluşturulmuş olsa da müstehcenlik suçu bağlamında medyada içeriğindeki kişilerin yetişkin olmaları halinde, salt üretilmeleri müstehcenlik suçuna vücut vermeyecektir. Bu hususta ceza hukuku bağlamında yapılması gerekenlere ilişkin değerlendirmeye aşağıda yer verilecektir.

D. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden ve kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse cezalandırılmaktadır (TCK m. 134/1, 2). Bu fiillerin, deepfake teknolojisiyle gerçekleştirilmesi gündeme gelebilir. Bilhassa, cinsel nitelikteki görüntülerin deepfake medya içeriği olarak üretilmesi ve ifşa edilmesi mümkündür. Normalde müstehcen nitelikte bir medya içeriğinde bulunmayan kişilerden elde edilen fotoğraf ve videolar kullanılarak müstehcen nitelikteki medya içeriklerinde bu kişiler yer almışlar gibi gösterilmesi halinde, yüzü yer almamakla birlikte vücudu yer alan kişiler bakımından bunların ifşa edilmesi halinde, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerini hukuka aykırı

⁵⁸ Deepfake teknolojisi, bilhassa “*deepweb-darknet*”te çocukların müstehcen içeriklerde kullanılması ve bunların yayılması bakımından da tehlike oluşturmaktadır. Bu hususta bir değerlendirme için bkz. Sandra Wittmer/Martin Steinebach, “Computergenerierte Kinderpornografie zu Ermittlungszwecken im Darknet”, 2019, 10, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, s. 650-653.

olarak ifşa etme suçu oluşur (TCK m. 134/2). Ancak bu halde, yüzüne yer verilen kişi bakımından bu suç oluşmamaktadır. Nitekim fotoğraf ve videoda A kişinin yüzü kullanılmakla birlikte, A'nın yüzü “*özel hayatına ilişkin*” bir içerik değildir. Ancak B'nin müstehcenlik içeren görüntüsüyle birleştirilmesi halinde, medya içeriğindeki kişinin A olduğu gibi bir yanıltma söz konusu olmaktadır. A'nın maruz kaldığı mağduriyete karşılık olarak özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bir koruma sağlamamaktadır⁵⁹.

E. Hakaret

Bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak hakaret suçunu oluşturmaktadır (TCK m. 125/1). Bu suçun, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi de mümkündür (TCK m. 125/2). Deepfake içeriklerinde aslında yer almayan kişilere yer verildiğinde veya yer aldığı durumdan farklı biçimde gösterildiğinde, söz konusu sesli ve/veya görüntülü medya içeriği o kişilerin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikte olabilir. Örneğin, toplumda saygın bir kişiliğe sahip olan A bir fotoğrafta resmî kıyafetle yer almaktayken, genel ahlak ve adaba aykırı bir kıyafet giyen B'nin fotoğrafıyla kendi fotoğrafı manipüle edilerek, sırf A'nın saygınlığına saldırmak amacıyla B'nin kıyafetleri içinde ve bulunduğu konumda gerçekçi biçimde gösterilebilir. Bu halde, deepfake içeriklerinin üretilmesi ve kullanılması hakaret suçunu oluşturur.

⁵⁹ *Aksoy Retornaz*, manipüle edilen medya içeriğinin ticari amaçlarla yetişkinlere yönelik olarak oluşturulan bir müstehcen içerik olması hususuna değinmeksizin buradaki örnekle benzer açıklamalarından sonra, doktrinde sadece yüzü görünen kişinin mağdur olduğunun kabul edildiğini aktarmakla birlikte, yüzü yer almayan kişinin vücudunun tanınabilir olduğu durumlarda o kişinin de özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahsetmenin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Aksoy Retornaz*, s. 101. Manipüle edilen medya içeriğinin ticari amaçlarla yetişkinlere yönelik olarak oluşturulan bir müstehcen içerik olmaması halinde, yüzüne yer verilmeyen kişi için savunulan görüşe katılmaktayız. Ancak hem müstehcenlik suçu hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından yaptığımız açıklamalar bağlamında yüzü kullanılan kişinin hangi suçtan mağdur olduğu kısmı belirtilmemektedir. Yazar, bu şekilde oluşturulan görüntülerin, TCK'da “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” arasında ayrı bir suç olarak düzenlenmesini önerdiği “*siber alanda cinsel içerikli görüntüleri rızaya aykırı olarak ifşa etme, yayma, erişilebilir kılma veya üretme suçu*”nun (*Aksoy Retornaz*, s. 85) konusunu oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Aksoy Retornaz*, s. 102, 115. Bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, eğer söz konusu suç ihdas edilirse, yüzü kullanılan kişinin ihdas edilecek suçta mağdur olacağını ifade edebiliriz.

F. Fikir ve Sanat Eserleriyle İlgili Manevi, Mali veya Bağlantılı Hakların İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar

Fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakların ihlali suretiyle işlenen suçlar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 71'de düzenlenmektedir. Söz gelimi, *sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerinden* (FSEK m. 1/B-a) bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın değiştirmek bu suçu oluşturmaktadır (FSEK m. 71/1-1). Örneğin, bir sinema filmindeki sahnenin deepfake teknolojisiyle değiştirilmesi mümkündür. Bu değişikliğin hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın yapılması halinde bu suç oluşacaktır.

G. Dolandırıcılık

Deepfake içeriklerin yanıltıcılığı, kişilerin dolandırılması amacına hizmet edebilir⁶⁰. Bu bağlamda, dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi nitelikli hali (TCK m. 158/1-f) irdelenmelidir.

“*Bilgisayar*” tabirinden daha geniş bir kapsamı ihtiva eden “*bilişim sistemi*” tabiri⁶¹, TCK m. 243'te düzenlenen “*bilişim sistemine girme*” suçu bağlamında söz konusu maddenin gerekçesinde tanımlanmaktadır: “*Bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir.*” Bu doğrultuda, dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması bağlamında bilişim sisteminin, “*bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan manyetik sistem*” olarak ifade edildiği görülmektedir⁶². Buna karşılık, bilişim sistemlerinde manyetik sistemlerin yanında elektronik ve optik sistemlerin de kullanılmasından bahisle gerekçedeki ifade eleştirilmiştir⁶³.

Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi için, bilişim sisteminin, aldatıcılığın bir unsuru olması ve aldatıcılığı kuvvetlendirici bir araç olarak kullanılması, böylece muhatabın

⁶⁰ Lantwin, Strafrechtliche Bekämpfung, s. 79.

⁶¹ Bu hususta açıklamalar için bkz. Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 66-69.

⁶² Bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 749.

⁶³ Bkz. Akbulut, Bilişim Alanında, s. 110.

daha kolay aldatılabilmesi gerekir⁶⁴.

Bu bağlamda, deepfake içeriklerin, yani deepfake teknolojisinin kullanılmasıyla ortaya çıkarılan ses, görüntü ve videoların kendisinin bir bilişim sistemi olmadığını belirtmeliyiz. Ancak bu içeriklerin üretilmesi, sadece bilişim sistemlerinin kullanılmasıyla mümkündür. Keza bu içeriklerin muhataba ulaştırılabilmesi ve aldatıcılığından faydalanılabilmesi de çoğunlukla bir bilişim sistemi aracılığıyla mümkün olmaktadır. Bu sebeple dolandırıcılık suçunun işlenmesinde; (I) bu içeriklerin üretilmesi amacıyla kullanılan bilişim sisteminin dolandırıcılık suçunda araç olarak kullanılması, (II) bu içeriklerin üretilmesi amacıyla kullanılan bilişim sisteminin değil, fakat bu içerikleri muhataba ulaştırmak ve aldatıcılığı artırmak için bir bilişim sisteminin kullanılması ve (III) bir bilişim sistemi aracı kılınmaksızın deepfake içeriklerinin kullanılmasının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir:

I. Eğer deepfake içeriklerinin üretilmesi amacıyla kullanılan bilişim sistemi, dolandırıcılık suçunun işlenmesinde araç olarak kullanılıyorsa, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlendiği kabul edilmelidir (TCK m. 158/1-f). Bu hususta bir somut örneğe aşağıya yer verilecektir.

II. Deepfake içeriklerinin muhataba ulaştırılması ve aldatıcılık etkisinin gösterebilmesi için başka bir bilişim sisteminin kullanıldığı durumlarda da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlendiği kabul edilmelidir (TCK m. 158/1-f). Yani deepfake içerikleri bir bilişim sisteminde üretilmiş ve fakat başka bir bilişim sistemi araç olarak kullanılarak dolandırıcılık suçu işlenmiş olabilir. Örneğin, A, kendi ev bilgisayarında deepfake içerik üretiliyor ve bu içeriği X internet sitesine yüklemek suretiyle internet sitesini (bu bilişim sistemini) dolandırıcılık suçunun işlenmesinde araç olarak kullanıyor olabilir.

III. Bir bilişim sistemi aracı kılınmadan deepfake içerikler kullanılarak muhatap aldatılmışsa, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlendiğinden bahsedilemez. Örneğin, bir fotoğraf, bilişim sistemi kullanılarak deepfake teknolojisiyle manipüle edilerek ona aldatıcılık özelliği kazandırılmış olabilir. Ancak bu fotoğraf, fizikî bir kâğıda basılarak muhataba sunulmuş ve kişi aldatılmış olabilir. Bu durumda, sırf söz konusu fotoğrafın üretilmesinde bilişim sistemlerinin kullanılmış olması,

⁶⁴ Bkz. Dülger, Bilişim Suçları, s. 521.

dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlendiği anlamına gelmemektedir. Bu örnekte, somut olayda başka bir nitelikli hal söz konusu değilse, dolandırıcılık suçunun temel halinden (TCK m. 157/1) sorumluluk söz konusudur.

Deepfake içerik üretme ve kullanmayla ilgili olarak, deepfake içeriklerinin üretilmesi amacıyla kullanılan bilişim sisteminin dolandırıcılık suçunun işlenmesinde araç olarak kullanıldığı bir olay Mart 2019'da yaşanmıştır⁶⁵. Olayda, fail, bir enerji firmasının ana şirketinin başındaki yöneticimiş gibi alt şirketin yetkilisiyle telefonla konuşur. Fail, görüşme esnasında sesinin şirketin başındaki yöneticimiş gibi çıkması için yapay zekâ teknolojisini kullanır. Dolayısıyla telefonun karşısındaki kişi, konuştuğu kişinin kendi patronu olduğunu düşünür. Fail, 220.000 Euro'nun belirttiği hesaba acilen aktarılmasını talep eder. Aldatılan yönetici ise bu talebi yerine getirir. Bu olayda, yapay zekânın kullanımıyla bir deepfake içerik üretimi ve içeriğin üretilmesiyle birlikte o anda kullanımı söz konusudur. Söz konusu deepfake içeriğinin gerçekçiliğiyle birlikte aldatıcılığı oldukça artmaktadır. Deepfake teknolojisinde anlık olarak görüntülerin manipüle edilebilmesiyle birlikte, bu olaya benzer biçimde, uzaktan görüntülü konuşma gerçekleştirilmesi suretiyle de dolandırıcılık suçunun işlenmesi gündeme gelecektir. Bu durumlarda, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi söz konusu olur (TCK m. 158/1-f).

Ğ. Seçimlerde Yasak Propaganda

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m. 151'e göre; *oy verme gününden önceki günün saat 18.00'ünden sonra ve oy verme gününde* umumi veya umuma açık yerlerde seçim propagandası için toplantı veya propaganda yapmak veya bu maksatla yayınlarda bulunmak veya *ne suretle olursa olsun seçimin düzenini bozabilecek veya oy vermenin tam bir serbestlikle yapılmasına tesir edebilecek mahiyette söz, yazı veya sair suretlerle propaganda yapmak veya asılsız şayialar çıkarmak* cezalandırılmaktadır.

Hükümde yer alan, “*oy verme gününden önceki günün saat 18.00'ünden sonra ve oy verme gününde*” ifadesinin, sadece “*umumi veya umuma açık*

⁶⁵ Söz konusu olay, telefonla Almanya'dan arıyormuş görüntüsü verilerek İngiltere'den aramak suretiyle ve paranın Macaristan'a ve oradan Meksika'ya aktarılması şeklinde birden fazla ülkeyi ilgilendiren biçimde yaşanmıştır. Ayrıntıları için bkz. <<https://www.wsj.com/articles/fraudsters-use-ai-to-mimic-ceos-voice-in-unusual-cybercrime-case-11567157402>> Erişim Tarihi 12.03.2021; Walorska, s. 20.

yerlerde seçim propagandası için toplantı veya propaganda yapmak veya bu maksatla yayınlarda bulunmak” bakımından mı geçerli olduğu, yoksa aynı zamanda “*ne suretle olursa olsun seçimin düzenini bozabilecek veya oy vermenin tam bir serbestlikle yapılmasına tesir edebilecek mahiyette söz, yazı veya sair suretlerle propaganda yapmak veya asılsız şayialar çıkarmak*” fiillerini de mi kapsadığı metinden anlaşılamamaktadır.

Deepfake içerikleriyle siyasal güvenliğin tehlikeye atılması ve seçimlerin haksız yönlendirilmeleri söz konusu olabilir⁶⁶. Deepfake içerik üretmek-kullanmak suretiyle seçimi etkilemeye çalışmak amacıyla gerçekleştirilen davranış, “*ne suretle olursa olsun seçimin düzenini bozabilecek veya oy vermenin tam bir serbestlikle yapılmasına tesir edebilecek mahiyette söz, yazı veya sair suretlerle propaganda yapmak veya asılsız şayialar çıkarmak*” niteliğinde olacağından, eğer davranışın “*oy verme gününden önceki günün saat 18.00’inden sonra ve oy verme gününde*” gerçekleştirilmesi şartı bu fiil bakımından geçerli değilse, bu düzenlemenin deepfake içeriklerinin üretilmesi-kullanılması suretiyle seçimi manipüle etmek bakımından genel mahiyette bir düzenleme olduğu söylenebilir. Aksi halde, deepfake içeriklerinin üretilmesi-kullanılması suretiyle seçimi manipüle etmek bakımından bu hüküm etkili bir koruma sağlamamaktadır.

H. Diğer Suçlar

Deepfake teknolojisiyle üretilen içeriklerin kullanım şekline göre başka suçlar da gündeme gelebilir. Bilhassa beyanda bulunma suretiyle işlenebilen suçların gündeme geleceğini belirtmeliyiz. Bunlardan bazılarını; halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (TCK m. 213), suç işlemeye tahrik (TCK m. 214), suçu ve suçluyu övme (TCK m. 215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama (TCK m. 216), kanunlara uymamaya tahrik (TCK m. 217), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (propaganda) (TCK m. 220/8), halkı askerlikten soğutma (TCK m. 318), terör propagandası (Terörler Mücadele Kanunu-TMK m. 7/2) suçları şeklinde sayabiliriz.

I. Deepfake İçeriklerin Üretilmesi ve Kullanılması Suretiyle İşlenen Suçlarda Suçun İşlendiği Yerin Tespiti Sorunu

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması suçun işlendiği yere göre belirlenmekle birlikte özellikle suçun bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesi

⁶⁶ Kamshad Mohsin, “Yapay Zekânın Düzenlenmesi ve Yapay Zekâ Suçları” in Jülide Yaşar (Çev.), Yener Ünver (Ed.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21, Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 231.

halinde suçun işlendiği yerin tespitine dair farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu hususta bir görüşe göre, internet ortamında yapılan yayın yoluyla işlenen suçlarda internet ortamındaki içeriğe ulaşılabilen her yerde suç işlenmektedir⁶⁷. Diğer görüş, suç teşkil eden içeriğin Türkiye’de bir yer sağlayıcıya veya bilgisayara yüklenmesi halinde suçun Türkiye’de işlendiğini belirtmektedir⁶⁸. Bir başka görüş ise, içerik sağlayıcının bulunduğu yer ile yer sağlayıcının yer sağlama hizmetini sunduğu yerin suçun işlendiği yer olduğunu kabul etmektedir⁶⁹. Kanaatimizce internetin hemen her ülkede ulaşılabilir olması sebebiyle, internet ortamında yapılan yayın yoluyla işlenen suçlarda internet ortamındaki içeriğe ulaşılabilen her yerde suçun işlendiğini kabul etmek bütün bu ülkelerin ceza kanunlarının uygulanabilmesi sorununu doğuracaktır. Bu sebeple, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlarda içerik sağlayıcının bulunduğu yer ile yer sağlayıcının yer sağlama hizmetini sunduğu yeri suçun işlendiği yer olarak kabul etmek gerekir⁷⁰.

Deepfake içeriklerinin yoğun bilişim sistemi faaliyetini gerektirmesi sebebiyle, deepfake içerikleriyle işlenen suçlarda suçun işlendiği yer sorunu, bu içeriklerin yayılmasının “*deep web*”⁷¹ ağına dahil yer ve içerik sağlayıcılarca

⁶⁷ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, 2016, s. 161; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 1010, dn. 3; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Aşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 1022; Hasan Sınar, “İnternetin Ortaya Çıkardığı Hukuki Sorunlara Bir Ceza Hukuku Yaklaşımı”, 2001, 17(1-2), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 370.

⁶⁸ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 100; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 151.

⁶⁹ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 136; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 153; Veli Özer Özbek, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, 2002, 4(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 127, 128.

⁷⁰ Beşir Babayiğit, Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu, Adalet Yayınevi, 2021, s. 229. Kural olarak bu şekilde ifade etmekle birlikte, işlenen her suç bakımından fiilin kısmen veya tamamen işlendiği yer ile neticenin gerçekleştiği yer değerlendirmesinin yapılması gerekir (TCK m. 8/1). Bu suçlarda, internet ortamında gerçekleştirilen bir yayının, yayının yapıldığı ülke dışındaki bir ülkede sonuç doğurmuş sayılması için, yani neticenin diğer ülkede gerçekleştiğinin kabul edilmesi için, söz konusu yayının doğrudan o ülkeye yönelik yapıldığını gösteren somut bağlantı noktalarının bulunmasının gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. İzzet Erdem Külçür, Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 210

⁷¹ Deep web, günlük olarak kullanılan ve internete erişimi olan herkesin girebildiği internet

gerçekleştirilmesi söz konusu olduğunda daha çok gündeme gelecek, muhakeme sürecinde içeriğin nerede bulunduğu ve nereden yayıldığıнын tespiti de zorlaşacaktır⁷².

V. ÜLKELERİN DEEFAKE'İN TEHLİKELERİNE KARŞI MÜCADELE YÖNTEMLERİ

Deepfake'in tehlikelerine karşı mücadele çok yönlü bir süreci ifade etmektedir. Hak ihlalleri sebebiyle hukuki mücadele yöntemleri kullanılmak istenmekle birlikte, deepfake'in esasen teknolojik bir olgu olması sebebiyle yine teknoloji vasıtasıyla bir mücadelenin yürütülmesi söz konusu olmaktadır. Ceza hukuku yaptırımlarının son çare olma özelliği göz önünde bulundurulduğunda deepfake'in tehlikelerine karşı teknolojik mücadeleye öncelikle başvurulması gerektiğini ifade edebiliriz⁷³. Bu sebeple, ilk olarak bu hususa kısaca yer vermekte fayda görmekteyiz. Ardından deepfake'in tehlikelerine karşı hukuki mücadele ele alınacaktır.

ağından farklı olarak, Invisible Internet Project (I2P) ve The Onion Router (TOR) gibi protokol ve araçlarla erişimin mümkün olduğu internet ağını ifade etmektedir. TOR ağına bağlanmak suretiyle erişilebilir olan ".onion" uzantılı bu internet siteleri, klasik arama motorlarında indekslenmediği için buralara ulaşmak teknik bilgi gerektirmekte ve ulaşım zorlukları çıkarmaktadır. Keza içerik sağlayıcılar kişisel bilgisayarlarını bu internet sitelerinin oluşturulmasında yer sağlama amacıyla kullanabildiklerinden, bilgisayarların kapalı olması halinde siteye erişim de söz konusu olamamaktadır. Ayrıca bu ağda, gerçek kişiler üzerinden ağa bağlanma söz konusu olduğundan internete bağlanarak bir internet sitesine erişen kişinin hangi IP adresine sahip olduğunu bilmek neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Bu hususta bir inceleme için bkz. Göktuğ Sönmez/Emine Çelik, "Anonimlik ile İlegalite Arasında: Deep Web, Dark Web ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Siber Faaliyetleri", 2020, 22(1), Güvenlik Çalışmaları Dergisi, s. 66-88.

⁷² Bilişim sistemleriyle işlenen suçların genel mahiyeti olarak bu suçların soruşturulması, failin tespiti ve suçun ispatı gibi hususların zorluk arz ettiği kabul edilmektedir. Bkz. Mehmet Bedii Kaya, Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 36, 44, 81; Dülger, Bilişim Suçları, s. 103, 646; Emre İkbâl Açıkğöz, Bilişim Sistemi Aracılığıyla Haksız Yarar Sağlama Suçu, Adalet Yayınevi, 2020, s. 36. Bu sorun, uluslararası adli yardımlaşma ve suçluların iadesi prosedürleri çerçevesinde çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır. Ancak deepfake içerikleriyle işlenen suçlarda bu sorunun özünü teşkil eden husus teknik ve teknolojik olup sorunun çözümü uzmanlık gerektirmekte ve bilirkişi incelemesi önem kazanmaktadır. Nitekim söz konusu içeriklerin nerede bulunduğu ve yayına sunulduğunun tespiti bilişim sistemlerine yönelik incelemelerle ortaya çıkabilir.

⁷³ Lantwin, Rechtliche Herausforderungen, s. 577. Keza deepfake'in tehlikelerine karşı mücadelenin yalnızca ceza hukuku yoluyla yürütülemeyeceği, ceza hukukunun teknik tespit yöntemlerine ve sosyal bilinçlenmeye ek olarak başvurulabilecek araçlardan sadece biri olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Lantwin, Strafrechtliche Bekämpfung, s. 82.

A. Teknolojik Mücadele

Deepfake'in tehlikeleriyle mücadelenin hukuki, eğitimsel⁷⁴ ve teknolojik⁷⁵ olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶. Deepfake içeriklerle hukuken mücadele edilmesi önemli olmakla birlikte⁷⁷, bunun tek başına yetersiz olacağı da açıktır⁷⁸. Nitekim aşağıda ele alınacağı üzere, bu konuda hukuki düzenlemeler yapılmaya çalışılmaktadır. Diğer yandan, mücadelenin teknolojik açıdan da yapılması gerekir.

Deepfake teknolojisi geliştikçe bu teknolojiyle üretilen içeriğin tespitine yönelik teknoloji de gelişmektedir. Bu kapsamda örneğin, yüz ifadeleriyle

⁷⁴ “Eğitim” alanı, eğitimcilerin uzmanlık alanı olmakla birlikte, genel anlamda eğitimsel mücadeleyi, başta eğitim-öğretimin her kademesinde yapay zekâ teknolojilerine ilişkin bilgilerin öğrencilere verilmesi ve bunun dışında da diğer kamusal ve özel eğitim alanlarında bu hususta toplumun bilinçlendirilmesi şeklinde ifade edebiliriz. Söz gelimi, yapay zekâ ve deepfake hususunda bilgilendirici kamu spotları oluşturulabilir.

⁷⁵ Çalışmanın kapsamını aşması sebebiyle teknolojik mücadele yöntemlerine ayrıntılı olarak yer verilmeyecek olup çalışmayı tamamlayıcı mahiyette olması amacıyla başlıca bazı teknolojik mücadele yöntemlerine yer verilmekle yetinilecektir. Her ne kadar teknolojik mücadelenin ceza muhakemesini ilgilendiren yönleri bulunuyor olsa da bu hususun başka bir çalışmanın konusunu oluşturması daha isabetli olacaktır. Deepfake içeriklerinin yargı mercileri önüne gelmesiyle birlikte, delillerin değerlendirilmesi ve yargılama sürecine etkileri hakkında açıklamalar için bkz. Pfefferkorn, Deepfakes in the Courtroom, s. 245-276; Breen, How Deepfakes Will Force Courts to Reconsider Video Admission Standards, s. 122-164.

⁷⁶ Ayrıntıları için bkz. Alexa Koenig, “‘Half the Truth is Often a Great Lie’: Deep Fakes, Open Source Information, and International Criminal Law”, 2019, 113, American Journal of International Law, s. 253-255. Deepfake'in tehlikelerine karşı mücadelede ayrıca şu yöntemlerin kullanılması önerilmektedir: medya okuryazarlığının teşvik edilmesi, meşru gazeteciliğin öneminin kavranması, gerçekleri denetleyen kuruluşların oluşturulması, deepfake içerikleri saptamak için ileri teknoloji kullanılması, açık ve şeffaf politikalar oluşturan internet şirketlerinin varlığı, sahte haberleri önlemek için raporlama prosedürleri ve yanlış bilgi ve dezenformasyonun yayılmasına sebep olan finansal teşvikleri azaltan algoritmalarından yararlanılması. Bkz. Holly Kathleen Hall, “Deepfake Videos: When Seeing Isn't Believing”, 2018, 27(1), Catholic University Journal of Law and Technology, s. 75, 76.

⁷⁷ Deepfake gibi sahteliklerin önlenmesi için mevzuatın hızla gelişen teknolojiye göre güncellenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Ashu M. G. Solo, “Combating Online Defamation and Doxing in the United States”, 2019, The 20th International Conference on Internet Computing and Internet of Things, s. 75, 76, <https://www.researchgate.net/publication/334604707_Combating_Online_Defamation_and_Doxing_in_the_United_States/link/5d35856ba6fdcc370a5495c3/download> Erişim Tarihi 24.10.2019; Rebecca A. Delfino, “Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn's Next Tragic Act”, 2019, 88(3), Fordham Law Review, s. 903, 904.

⁷⁸ Marc Jonathan Blitz, “Lies, Line Drawing, and (Deep) Fake News”, 2018, 71(1), Oklahoma Law Review, Symposium: Falsehoods, Fake News, and the First Amendment, s. 116; Lantwin, Rechtliche Herausforderungen, s. 577.

baş hareketleri arasındaki korelasyonun, bir insanı diğer insanlardan ayırmada olduğu gibi, gerçek videoları deepfake videolardan ayırmak için kullanılabilmesi ifade edilmekte ve bunun yöntemleri açıklanmaya çalışılmaktadır⁷⁹. Yöntemlerden biri de dijital filigran uygulamasıdır⁸⁰. Herhangi bir cihazda bir fotoğraf veya video çekildiğinde, ne zaman çekildiğini belirten dijital filigranla bu fotoğraf veya video otomatik olarak etiketlenebilmektedir. Böylece söz konusu içeriğin deepfake medya içeriği olup olmadığı anlaşılabilir⁸¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, özellikle sahte içerikle üretilen siyasi konuşmaların sebebi olarak, statükonun baskıcı tutumu ve azınlık konumunda

⁷⁹ Bu ve benzer teknik tespit yöntemleri için bkz. Shrutu Agarwal/Hany Farid/Yuming Gu/Mingming He/ Koki Nagano/Hao Li, “Protecting World Leaders Against Deep Fakes”, 2019, The IEEE Conference on Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR) Workshops 2019, s. 38-45, <https://openaccess.thecvf.com/content_CVPRW_2019/papers/Media%20Forensics/Agarwal_Protecting_World_Leaders_Against_Deep_Fakes_CVPRW_2019_paper.pdf> Erişim Tarihi 24.10.2019. Aynı amaçla ortaya koyulan çalışmalar için bkz. Umud Aybars Ciftci/ İlke Demir/Lijun Yin, “FakeCatcher: Detection of Synthetic Portrait Videos using Biological Signals”, 2019, arXiv:1901.02212, s. 1-14, <<https://arxiv.org/pdf/1901.02212v2.pdf>> Erişim Tarihi 24.10.2019; Luciano Floridi, “Artificial Intelligence, Deepfakes and a Future of Ectypes”, 2018, 31(3), Philosophy & Technology, s. 317-321; David Güera/ Edward J. Delp, “Deepfake Video Detection Using Recurrent Neural Networks”, 2018, 5th IEEE International Conference on Advanced Video and Signal Based Surveillance (AVSS), s. 1-6, <<https://ieeexplore.ieee.org/document/8639163>> Erişim Tarihi 24.10.2019; Haya R. Hasan/Khaled Salah, “Combating Deepfake Videos Using Blockchain and Smart Contracts”, 2019, 7, IEEE Access, s. 41596-41606, <<https://ieeexplore.ieee.org/document/8668407>> Erişim Tarihi 24.10.2019; Marissa Koopman/Andrea Macarulla Rodriguez/Zeno Geradts, “Detection of Deepfake Video Manipulation”, 2018, The 20th Irish Machine Vision and Image Processing Conference, IMVIP 2018, s. 133-136, <https://www.researchgate.net/publication/329814168_Detection_of_Deepfake_Video_Manipulation/link/5c1bdf7da6fdccfc705da03e/download> Erişim Tarihi 25.10.2019; Pavel Korshunov/Sebastien Marcel, “Vulnerability Assessment and Detection of Deepfake Videos”, 2019, Idiap Publications, The Idiap Research Institute, s. 1-6, <http://publications.idiap.ch/downloads/papers/2019/Korshunov_ICB_2019.pdf> Erişim Tarihi 24.10.2019; Yuezun Li/Siwei Lyu, “Exposing DeepFake Videos By Detecting Face Warping Artifacts”, 2019, arXiv:1811.00656v3, s. 46-52, <<https://arxiv.org/abs/1811.00656>> Erişim Tarihi 24.10.2019; Thanh Thi Nguyen/Cuong M. Nguyen/Dung Tien Nguyen/Duc Thanh Nguyen/Saeid Nahavandi, “Deep Learning for Deepfakes Creation and Detection”, 2019, arXiv:1909.11573, s. 1-16, <<https://arxiv.org/abs/1909.11573>> Erişim Tarihi 24.10.2019; Ekraam Sabir/Jiaxin Cheng/Ayush Jaiswal/Wael AbdAlmageed/Iacopo Masi/Prem Natarajan, “Recurrent Convolutional Strategies for Face Manipulation Detection in Videos”, 2019, arXiv:1905.00582v3, s. 80-87, <<https://arxiv.org/abs/1905.00582v3>> Erişim Tarihi 24.10.2019.

⁸⁰ Lossau, s. 3.

⁸¹ Bkz. <<https://jsis.washington.edu/news/deep-fakes-fake-news-and-what-comes-next/>> Erişim Tarihi 12.12.2019; Lossau, s. 3.

olanlara özgürce konuşma ortamının sağlanmaması gösterilmektedir. Bu da deepfake içeriklerin ortaya çıkmasında bir etken olarak görülmekte ve ifade özgürlüğünün siyasi deepfake içeriklerin oluşturulmasını azaltacağı savunulmaktadır⁸².

B. Hukuki Mücadele

Deepfake, ülkelerin suç siyaseti bağlamında ele alınması gereken bir olgu halini almaya başlamıştır. Bu çalışmada, deepfake'in tehlikelerine karşı hukuki mücadelede temel olarak ABD'deki hukuki gelişmeler ele alınacaktır. Zira ABD'de bu konuda somut hukuki adımlar atılmış ve atılmaya devam etmektedir⁸³. Avrupa Birliği (AB) müktesebatı bakımından ise, Yapay Zekâ ve Robotik Üzerine Kapsamlı Bir Avrupa Sanayi Politikası Hakkında 12 Şubat 2019 Tarihli Avrupa Parlamentosu Kararı ile yapay zekâyâ ilişkin 21.04.2021 tarihli regülasyon teklif belgesine değinilecektir.

1. Amerika Birleşik Devletleri'nde Deepfake'in Tehlikelerine Karşı Hukuki Mücadele

Dünyada deepfake'in tehlikelerine karşı hukuki mücadelede başı çeken ülke ABD olmuştur⁸⁴. Bu bağlamda ilk olarak Virginia'da bazı

⁸² Bkz. Mary Anne Franks/Ari Ezra Waldman, "Sex, Lies, and Videotape: Deep Fakes and Free Speech Delusions", 2019, 78(4), Maryland Law Review, s. 897, 898.

⁸³ Diğer ülkelerde henüz deepfake özelinde hukuki düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir. Örneğin İngiltere, Almanya, Fransa ve Kanada'da deepfake'ten kaynaklanan hak ihlallerinde hukuki yaptırımlar bakımından mevcut hükümler çerçevesinde hareket edildiği, henüz deepfake'e yönelik ayrı bir düzenleme getirilmediği belirtilmektedir. Çin'de, deepfake içeriklerin engellenmesi için çalışmaların yürütüldüğü ifade edilmektedir. Bu değerlendirmeler için bkz. Lantwin, *Rechtliche Herausforderungen*, s. 576; Lantwin, *Strafrechtliche Bekämpfung*, s. 78-82; Walorska, s. 28; Waldemarsson, s. 15-20; Penelope Thornton/ Patrick Fromlowitz/Aissatou Sylla/Rachel Fleeson/Margaret K. Pennisi, "Deepfakes: An EU and U.S. Perspective", 2020, Spring/Summer, Hogan Lovells-Global Media Technology and Communications Quarterly (GMCQ), s. 31, 32; Penelope Thornton/Aissatou Sylla/Patrick Fromlowitz, "The War against Deepfakes", 2020, *Managing Intellectual Property*, 285, s. 29-30; <<https://www.reuters.com/article/us-china-technology/china-seeks-to-root-out-fake-news-and-deepfakes-with-new-online-content-rules-idUSKBN1Y30VU>> Erişim Tarihi 30.11.2019; B. J. Siekierski, *Deep Fakes: What Can Be Done About Synthetic Audio and Video?*, Brief Series Publication No. 2019-11-e, Canada, Library of Parliament, 2019, s. 2, 3; <<https://www.berliner-zeitung.de/zukunft-technologie/deepfake-technologien-china-verbietet-mit-kuenstlicher-intelligenz-kreier-te-fake-news-li.2380>> Erişim Tarihi 12.03.2021.

⁸⁴ Burada deepfake için özel olarak getirilen veya getirilecek olan düzenlemelere yer verilecek olup bu hükümler dışındaki mevcut hükümler çerçevesinde ABD mevzuatına göre deepfake'in değerlendirilmesi için bkz. Delfino, s. 904 vd.

deepfake içeriklerin hukuka aykırı olarak satılması ve yayılması suç haline⁸⁵ getirilmiştir. Bu suç; “*Code of Virginia*”da suçların düzenlendiği bölümde ahlaka ilişkin suçlar arasında yer alan müstehcenlik suçlarından biri olarak düzenlenen “*hukuka aykırı olarak başkasının görüntüsünü satmak veya yaymak*”⁸⁶ suçudur. “*Hukuka aykırı olarak başkasının görüntüsünü satmak veya yaymak*” suçunda, kişilerin sahte olmayan müstehcen görüntülerinin tehdit veya taciz etmek için satılması veya yayılması cezalandırılmaktaydı. 18 Mart 2019 tarihli değişiklikle suç tanımına bir cümle ve fıkra eklenmiştir⁸⁷. Söz konusu ekleme ile birlikte, kişilerin müstehcen nitelikteki sahte olarak oluşturulan görüntüleri de suçun konusunu oluşturmaktadır.

Deepfake’in seçimleri etkileme tehlikesine karşı mücadelede ilk hukuki düzenleme⁸⁸ ise Teksas’ta 1 Eylül 2019’da yürürlüğe girmiştir. Teksas 751 sayılı kanun tasarısının kabulüyle birlikte, Teksas Seçim Kanunu’nun⁸⁹ 255.004 numaralı maddesi değiştirilmiştir⁹⁰. Söz konusu değişiklikle birlikte, seçime katılan adaylara zarar vermek veya seçimin sonucunu etkilemek amacıyla; deepfake video oluşturmak veya seçimi takip eden 30 gün içinde bu nitelikteki deepfake videonun yayınlanması ya da dağıtılmasına sebep olmak suç haline getirilmiştir⁹¹. Madde bağlamında “*deep fake video*” tabiri,

⁸⁵ Hafif ve ağır suç (misdemeanor-felony) ayırımına girilmeksizin söz konusu davranışların ceza hukuku yaptırımına tabi tutulmaları ve karşılığında hapis cezası öngörülmeleri sebebiyle çalışmada bunlar “*suç*” olarak ifade edilecektir.

⁸⁶ Code of Virginia, § 18.2-386.2. Bkz. <<https://law.lis.virginia.gov/vacode/title18.2/chapter8/section18.2-386.2/>> Erişim Tarihi 12.03.2021. Bu suç, “*Class 1 misdemeanor*” olarak sınıflandırılmaktadır. Code of Virginia’ya göre “*Class 1 misdemeanor*” olarak sınıflandırılan haksızlıkların yaptırımı, “*on iki aydan fazla olmayan hapis cezası ve 2,500 dolardan fazla olmayan para cezası, bunlardan biri veya her ikisi*”dir. Bkz. <<https://law.lis.virginia.gov/vacode/title18.2/chapter1/section18.2-11/>> Erişim Tarihi 12.03.2021.

⁸⁷ Değişiklik tasarısı metni için bkz. <<https://lis.virginia.gov/cgi-bin/legp604.exe?191+ful+CHAP0490>> Erişim Tarihi 13.03.2021. Hüküm, 1 Temmuz 2019’da yürürlüğe girmiştir. Bkz. Ferraro, s. 15. Söz konusu düzenlemeyi yapmaya iten olaya, yukarıda bahsettiğimiz “*DeepNude*” adlı programın sebep olduğu belirtilmektedir. Virginia’da öncelikle bu program yasaklanmış ve ardından deepfake’in tehlikelerine karşı mücadele etmek amacıyla düzenleme yapmak yoluna gidilmiştir. Bkz. Ferraro, s. 15.

⁸⁸ Ferraro, s. 14.

⁸⁹ “*Election Code*”, bkz. <<https://statutes.capitol.texas.gov/?link=EL>> Erişim Tarihi 13.03.2021.

⁹⁰ Bkz. <<https://capitol.texas.gov/tlodocs/86R/billtext/html/SB00751F.htm>> Erişim Tarihi 13.03.2021; <<https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/EL/htm/EL.2.htm#2.055>> Erişim Tarihi 13.03.2021.

⁹¹ Teksas Seçim Kanunu, 255.004.d; Sukhodolov/Bychkov/Bychokova, s. 210. Bu suç, “*Class A misdemeanor*” olarak sınıflandırılmaktadır. Teksas Ceza Kanunu’na göre “*Class*

bir kişinin aslında gerçekleştirmediği bir davranışı gerçekleştiriyormuş gibi gösteren ve aldatma amacıyla oluşturulan videoları ifade etmektedir⁹².

Deepfake içeriklerin oluşturulmasına yönelik suç ihdasına ilişkin olarak Massachusetts'te 22.01.2019 tarihinde H.3366 sayılı kanun tasarısı sunulmuştur⁹³. Söz konusu suç tanımına göre; dağıtmak amacıyla deepfake içerikleri oluşturmak veya görsel-işitsel bir kaydın deepfake içerik olduğu bilinmesine rağmen bir suçun işlenmesini ya da haksız bir davranışın gerçekleştirilmesini kolaylaştırmak amacıyla bunları dağıtmak cezalandırılacaktır⁹⁴. Madde bağlamında “*görsel-işitsel kayıt*” tabiri; elektronik formattaki her türlü işitsel veya görsel medya içeriği ve her türlü fotoğrafı, sinema filmini, video kaydını, elektronik görüntüyü veya ses kaydını ifade etmektedir. Madde bağlamında “*deep fake*” tabiri ise; makul bir gözlemciye göre içeriğinin bir kişinin gerçek konuşması veya davranışymış gibi algılanacak şekilde sahte olarak oluşturulmuş veya değiştirilmiş görsel-işitsel kayıtları ifade etmektedir⁹⁵.

Kaliforniya'da da deepfake'in tehlikelerine karşı hukuki düzenleme yapılması hususunda adımlar atılmaktadır. 29.02.2019 yayın tarihli ve 1280 sayılı, 10.04.2019 yayın tarihli ve 730 sayılı kanun tasarılarıyla⁹⁶ birlikte, deepfake içerikleri başkalarına dağıtmak, sergilemek veya başkalarıyla değiş tokuş yapmak veya deepfake içerikleri başkalarına dağıtmayı, sergilemeyi veya başkalarıyla değiş tokuş etmeyi teklif etmek suç olarak tanımlanacaktır⁹⁷. Ayrıca, seçime katılan adayların itibarını zedelemek veya bir seçmeni

A misdemeanor” olarak sınıflandırılan haksızlıkların yaptırımı, “4,000 doları aşmayan bir para cezası veya bir yılı geçmemek üzere hapis cezası ya da hem para cezası hem de hapis cezası”dır. Bkz. <<https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/PE/htm/PE.12.htm#12.02>> Erişim Tarihi 13.03.2021.

⁹² Teksas Seçim Kanunu, 255.004.e.

⁹³ Söz konusu tasarı henüz kanunlaşmamıştır. Bkz. <<https://malegislature.gov/Bills/191/H3366>> Erişim Tarihi 31.05.2021.

⁹⁴ H.3366 sayılı tasarı vasıtasıyla ihdas edilecek General Laws, 266, 37E 1/2. (b) numaralı maddesi. Suçun yaptırımı, “5.000 dolardan fazla olmayan para cezası veya iki buçuk yıldan fazla olmayan hapis veya bu tür para cezası ve hapis cezası”dır.

⁹⁵ H.3366 sayılı tasarı vasıtasıyla ihdas edilecek General Laws, 266, 37E 1/2. (a) numaralı maddesi.

⁹⁶ Bkz. <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB1280> Erişim Tarihi 31.05.2021; <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB730> Erişim Tarihi 31.05.2021.

⁹⁷ 1280 sayılı kanun tasarıyla Kaliforniya “*Penal Code*”a eklenmesi teklif edilen 644. madde.

aday lehine veya aleyhine oy vermesi için kandırmak amacıyla deepfake içeriklerinin kullanılması yasaklanacaktır⁹⁸.

Deepfake hususunda geniş kapsamlı⁹⁹ kanun tasarısı ise, “*United States Code*”a yönelik olarak “*İnsanların Sömürü Öznesi Yapılmasından Kişilerin Sorumlu Tutulması Bağlamında Sahte Görünümlerden Korunması Kanunu*”¹⁰⁰ adıyla 12.06.2019 tarihinde sunulan kanun tasarısıdır¹⁰¹.

Kanunun kısa adı “*DEEP FAKES Accountability Act*” (DAA) şeklindedir (DAA m. 1). Kanunun amacı, deepfake teknolojisi kullanılarak ortaya çıkan dezenformasyonun yayılmasıyla mücadele etmektir.

Tasarıda yer alan tanıma¹⁰² göre deepfake; *esasen görüntü veya sesteki bir konuşma ya da davranışı gerçekleştirilmeyen bir kişinin, o konuşmayı yapıyor ya da davranışı gerçekleştiriyormuş gibi gösterilen veya bir kişinin başkasının fiziksel ya da sözlü olarak kimliğine bürünme kabiliyetinden ziyade teknik araçların kullanılması suretiyle o kişinin fiziksel ya da sözlü olarak kimliğine bürünerek üretilen; her türlü video kaydı, sinema filmi, ses kaydı, bir konuşmanın teknolojik temsili, elektronik görüntü, fotoğraf ve benzerleridir.*

Tasarı ile “*ileri teknolojiyle oluşturulan sahte kişilik kaydı*” suçu ihdas edilmek istenmektedir¹⁰³. Bu suçla birlikte; kişiyi küçük düşürmek veya

⁹⁸ 730 sayılı kanun tasarısıyla değiştirilecek Kaliforniya “*Elections Code*”un 20010. maddesi.

⁹⁹ Kanun tasarısının, deepfake hususunda en geniş kapsamlı kanun tasarısı olduğu belirtilmektedir. Bu tasarıyla, kişinin rızasına aykırı olarak müstehcen içerik oluşturmaktan seçimler ile kamu politikası tartışmalarına müdahale etmeye, şiddeti teşvik etmekten mali dolandırıcılık ve kimlik hırsızlığına kadar deepfake içeriklerin ortaya çıkarabileceği her türlü zararlara karşı koruma sağlamanın amaçlandığı ifade edilmektedir. Bkz. Ferraro, s. 7, 8.

¹⁰⁰ “*Defending Each and Every Person from False Appearances by Keeping Exploitation Subject to Accountability Act of 2019*”.

¹⁰¹ Kanun tasarısının metni için bkz. <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/3230/text>> Erişim Tarihi 07.12.2019. Söz konusu kanun tasarısı, 28.06.2019 tarihinde Suç, Terörizm ve İç Güvenlik Alt Komitesi’ne sevk edilmiş ve henüz kanunlaşmamıştır. Kanunlaşma süreci, tasarının “*Introduced, Passed House, Passed Senate, To President, Became Law*” aşamalarından geçmesiyle son bulmaktadır. Tasarı şu anda “*Introduced*” aşamasındadır. Bkz. <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/3230/all-actions?overview=closed#tabs>> Erişim Tarihi 31.05.2021; <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/3230>> Erişim Tarihi 31.05.2021.

¹⁰² DAA, 5. Bölüm’de yer verilen ve United States Code’da 1041/n-3 maddesi olarak düzenlenecek hükümde yer almaktadır.

¹⁰³ Kanun tasarısının 2. maddesi vasıtasıyla United States Code, Bölüm 18, Ceza ve Ceza Muhakemesi, Suçlar, Sahtecilik ve Yanlış Bildirimler bölümüne 1041. madde olarak

başka şekilde taciz etmek amacıyla oluşturulan görsel nitelikteki sahte kişilik kayıtlarında kişiyi cinsel eylemlere ya da çıplaklık hallerine karışmış gibi göstermek; şiddete veya fiziksel zarara neden olmak, silahlı veya diplomatik çatışmayı kışkırtmak veya resmi bir yargılamaya müdahale etmek; bir ulusal kamu politikasının tartışılmasını etkilemek ve bir seçime müdahale etmek; dolandırıcılık suçlarının işlenmesinde sahte kişilik kaydı kullanmak hallerinde beş yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

Tasarıda, bu suçun kapsamının dışında olarak; bu tür bir kaydın üretilmesi sürecinde deepfake teknolojisinin kullanılması halinde nihai olarak dağıtılan kaydın meşru olması; sanatçılar gibi kişilerin görüntülerini veya ses kayıtlarını içeren ve büyük ölçüde dijital olarak değiştirilmemiş kayıtların söz konusu olması; sinema filmi, televizyon, müzik veya benzeri prodüksiyonların düzenlenmesiyle bağlantılı olarak oluşturulan veya orijinal içeriği bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce oluşturulmuş olmakla birlikte içinde görünen kişinin rıza gösterdiği şekilde üretilmiş görüntülerin olması; bir kişinin makul düzeyde oluşturulan parodi şovları veya yayınları, tarihi canlandırmalar veya kurgusal radyo, televizyon veya sinema filmi gibi içeriklerde bu kişinin gerçekliğini sahte materyallerle haksızlaştırmayacak şekilde oluşturulması; bir kamu görevlisi tarafından veya onun yetkisi altındaki kişi tarafından, kamu güvenliği veya ulusal güvenlik önlemleri kapsamında yapılan üretimlerden olması hallerinde deepfake içeriklerin üretilmesi ve kullanılmasına imkân tanınmak istenmektedir.

Deepfake'in tehlikelerine karşı mücadele için birimlerin oluşturulması da kanun tasarısıyla sunulmaktadır. Kanun tasarısının 7. maddesinde; deepfake'in tespiti için Bilim ve Teknoloji Direktörlüğü bünyesinde "*Deepfake Görev Gücü*"¹⁰⁴ adında bir görev gücünün kurulması öngörülmektedir. Keza,

eklenmesi teklif edilmiştir. Halihazırda ilgili bölümde en son 1040. madde bulunmaktadır. Bkz. <<https://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1/chapter47&edition=prelim>> Erişim Tarihi 31.05.2021. Ayrıca söz konusu kanun tasarısının 5. bölümünde yer alan değişikliklerle, "*kimlik belgeleri, kimlik doğrulama özellikleri ve bilgilerle bağlantılı olarak sahtekarlık ve ilgili faaliyetler*" suçuna birtakım eklemelerin yapılması öngörülmektedir. Buna göre; a bendinde, 1, 4 ve 5. paragraftaki "*veya sahte bir kimlik belgesi*" ifadesinin, "*sahte bir kimlik belgesi veya sahte bir görsel-ışitsel kimlik kaydı*" olarak değiştirilmesi; b bendinde, "*veya sahte bir kimlik belgesi*" ifadesinin, "*sahte bir kimlik belgesi, sahte görsel-ışitsel kimlik kaydı*" olarak değiştirilmesi; c bendinde, "*bir belge*" ifadesinden sonra "*veya sahte görsel-ışitsel kimlik kaydı*" ifadesinin eklenmesi teklif edilmektedir. Söz konusu suçun halihazırdaki hali için bkz. <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section1028&num=0&edition=prelim>> Erişim Tarihi 31.05.2021.

¹⁰⁴ "*Deep Fakes Task Force*".

8. maddeye göre; bu görev gücünün başındaki kişi olarak İç Güvenlik sekreterinin, yılda en az bir kere gizli oturumda brifing vermesi gerekmektedir. Brifingde yabancı devletler tarafından ABD'nin iç işlerine ve seçimlerine etki etmeye yönelik deepfake içerikler ele alınacaktır.

Görüldüğü üzere, deepfake'in tehlikeleriyle mücadele kapsamında ABD'de birimler kurulmakta, deepfake'e özel olarak münferit suç tanımları ve ilgili mevcut suçlara eklemeler yapılmaktadır. Böylece sosyal düzeni bozucu nitelikte olan deepfake içeriklerle mücadele, hukuk zeminine taşınmakta ve deepfake içeriklerinin üretilmesi suretiyle ihlal edilebilecek hukuki değerlerin korunması amacıyla etkin bir mücadele yürütülmeye çalışılmaktadır.

2. Avrupa Birliği Müktesebatında Deepfake'in Tehlikelerine Karşı Hukuki Mücadele

Avrupa Birliği (AB) müktesebatında, ceza hukukunu ilgilendirecek biçimde doğrudan deepfake'e ilişkin hüküm içeren hukuki metin Yapay Zekâ ve Robotik Üzerine Kapsamlı Bir Avrupa Sanayi Politikası Hakkında 12 Şubat 2019 Tarihli Avrupa Parlamentosu Kararı'dır¹⁰⁵.

Bu Karar, *yapay zekâ destekli uygulamaları ve işletmeleri artırmak için* bir grup yapay zekâ uzmanı olan yapay zekâ ittifakı içindeki paydaşlarla iş birliği içinde *taslak yapay zekâ yönergeleri* geliştirerek yapay zekâyâ bir Avrupa yaklaşımı önermeyi taahhüt etmek amacıyla alınmıştır¹⁰⁶. Karar'ın alınmasında etkili olan hususlar sayılırken¹⁰⁷ bunlardan biri olarak, AB'nin diğer ülkeler, özellikle ABD ve Çin tarafından yapılan büyük yatırımlarla rekabet edebilmesi için Avrupa düzeyinde koordineli bir yaklaşıma acilen ihtiyaç duyulması gösterilmektedir¹⁰⁸.

Yapay zekânın kötü niyetli kullanımının dijital güvenliği, kamu güvenliğini ve genel olarak kişilerin kendi kaderini tayin hakkını tehdit edebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca yapay zekânın kötü niyetli bir şekilde kullanılmasının demokrasi ve temel haklar için bir risk oluşturabileceği de

¹⁰⁵ "European Parliament resolution of 12 February 2019 on a comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics (2018/2088(INI))". Karar metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019IP0081&qid=1613925410572&from=EN>> Erişim Tarihi 21.02.2021.

¹⁰⁶ Karar, par. J.

¹⁰⁷ Karar, par. A-I.

¹⁰⁸ Karar, par. I.

vurgulanmaktadır¹⁰⁹.

Karar'da, Komisyon, kişiselleştirilmiş içerik veya haber beslemelerinin, olumsuz sonuçlara yol açabilecek biçimde gerçeklik algısının çarpıtılmasına yol açtığı zaman, (örneğin, seçim sonuçları veya göç gibi sosyal olgularla ilgili çarpık algıların oluşturulması gibi) *algı manipülasyonu uygulamalarını cezalandıran* bir çerçeve önermeye çağrılmaktadır¹¹⁰. Bu türden yapay zekâ uygulamalarının tespitine yarayacak uygulamaların geliştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹¹. Yüz ve ses tanıma dahil olmak üzere yapay zekâ uygulamalarının sosyal istikrarı korumak için “*gözetleme*” programlarında Çin'deki “*sosyal kredi sistemi*”ndeki¹¹² gibi kullanımlarının, Avrupa değerleri ve normlarıyla doğası gereği çelişkili olduğu vurgulanmaktadır¹¹³.

Böylece Avrupa'da, gerçeklik algısının çarpıtılmasına sebep olan deepfake içerikleri bağlamında, seçim manipülasyonu gibi hallerde, *algı manipülasyonu uygulamalarını cezalandıran* bir hukuki düzenleme yapılması yönünde yol alınmaya çalışıldığı görülmektedir.

Keza Karar'da “*algoritmaların şeffaflığı, eğilimi ve açıklanabilirliği*” başlıklı 5.4. maddesinde, Komisyon, deepfake materyal veya sentetik videolar veya gerçekçi olarak yapılmış diğer sentetik videolar üreten herkesin, bunların orijinal olmadıklarını açıkça belirtmesini sağlamaya çağrılmaktadır¹¹⁴.

Bu çalışmalar kapsamında, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi yapay zekâyâ ilişkin 21.04.2021 tarihli bir regülasyon teklif belgesi

¹⁰⁹ Karar, m. 1.2.9.

¹¹⁰ Karar, m. 1.2.10.

¹¹¹ Karar, m. 1.2.11.

¹¹² Sosyal kredi sistemi (*social credit system*), kameralardan bireylerin davranışlarının taranması suretiyle elde edilen büyük verinin işlenmesi suretiyle kişilerin kredilenmesini (notlandırılmasını) sağlayan ve böylece kişiler hakkında kara liste oluşturulabilen bir sistemdir. Ayrıntıları için bkz. Nir Kshetri, “China's Social Credit System: Data, Algorithms and Implications”, 2020, March/April, IT Professional, s. 14-18.

¹¹³ Karar, m. 1.2.12.

¹¹⁴ Karar, m. 5.4.178.

oluşturmuştur¹¹⁵. Bu belge ile yürürlüğe girecek “*Yapay Zekâ Kanunu*”¹¹⁶ için yapay zekâ hususunda uyumlaştırılmış kuralları belirleyen bir regülasyon ortaya koyulmak istenmektedir¹¹⁷. Bu bağlamda, tüm yapay zekâ sistemlerinin temel hakları koruyan mevcut mevzuatın güvenliğini ve bunlara saygı gösterilmesini sağlaması amacıyla, bu sistemlerin sağlayıcılarına ve kullanıcılarına öngörülebilir, orantılı ve net yükümlülüklerin yüküneceği belirtilmektedir. Keza bazı yapay zekâ sistemleri ve özellikle sohbet robotları (“*chatbots*”) ile deepfake’lerin kullanımları bakımından sadece “*asgari şeffaflık yükümlülükleri*”nin¹¹⁸ getirilmesi önerilmektedir¹¹⁹.

Teklif’in yapay zekâ sistemleri için şeffaflık yükümlülüklerini düzenleyen maddesinde¹²⁰ yapay zekâ sistemlerinin, oluşturdukları belirli manipülasyon

¹¹⁵ “*Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts*” başlıklı belge için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&qid=1622473802812&from=EN>> Erişim Tarihi 31.05.2021.

¹¹⁶ “*Artificial Intelligence Act*”.

¹¹⁷ Teklif’in Açıklayıcı Notu, par. 1.1./1.

¹¹⁸ “*Minimum transparency obligations*”. Burada ifade edilen, şeffaflığın sağlanmasına yönelik alt sınırların belirlenmesi olup o alt sınırların seviyesinden daha aşağı bir şeffaflık yükümlülüğüne izin verilmemesi ifade edilmektedir. Dolayısıyla, ifadede şeffaflığın olabildiğince az olduğu kastedilmemekte, esasen asgari bir şeffaflığın sağlanması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.

¹¹⁹ Teklif’in Açıklayıcı Notu, par. 1.1./9.

¹²⁰ Teklif, m. 52, “*Transparency obligations for certain AI systems*”. Maddenin tarafımızca yapılan çevirisi şu şekildedir: “1. (*Yapay zekâ sistemi*) sağlayıcıları, gerçek kişilerle etkileşime girmesi amaçlanan yapay zekâ sistemlerinin, koşulları ve kullanımının bağlamından açıkça anlaşılmadığı sürece, gerçek kişilerin bir yapay zekâ sistemi ile etkileşimde buldukları konusunda bilgilendirilecekleri şekilde tasarlanmasını ve geliştirilmesini sağlayacaktır. Bu yükümlülük, bu sistemler halkın bir suçu bildirmesini mümkün kılması için mevcut olmadığı sürece, suçları tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için kanunen yetkilendirilmiş yapay zekâ sistemleri için geçerli değildir.

2. Duygu tanıma sistemi veya biyometrik sınıflandırma sistemi kullanıcıları, sistemin işleyişi hakkında bu sisteme maruz kalan gerçek kişileri bilgilendirecektir. Bu yükümlülük, suçları tespit etmek, önlemek ve soruşturmak için yasaların izin verdiği biyometrik kategorizasyon için kullanılan yapay zekâ sistemlerine uygulanmayacaktır.

3. Mevcut kişilere, nesnelere, yerlere veya diğer varlıklara veya olaylara önemli ölçüde benzeyen ve bir kişiye yanlış bir şekilde gerçek veya güvenilir gibi görünen görüntü, ses veya video içeriği (“*deep fake*”) üreten veya değiştiren bir yapay zekâ sisteminin kullanıcıları, bu içeriğin yapay olarak üretildiğini veya değiştirildiğini belirtmelidir.

¹²¹ Ancak, suçların tespiti, önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla kullanımına kanunla izin verildiği veya AB Temel Haklar Şartı’nda güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve sanat ve bilim özgürlüğü hakkının kullanıldığı ve üçüncü kişilerin hak ve özgürlükleri için

risklerini hesaba katmaları ile ilgili olarak düzenleme yapıldığı ifade edilmektedir¹²¹. Buna göre; şeffaflık yükümlülükleri, (i) insanlarla etkileşime giren, (ii) duyguları tespit etmek veya biyometrik verilere dayanarak (sosyal) kategorilerle ilişkileri belirlemek için kullanılan veya (iii) içerik üreten veya içeriği değiştiren (“*deep fakes*”) sistemler için geçerlidir. Kişiler, bir yapay zekâ sistemi ile etkileşime girdiğinde, duygu veya karakteristik özellikleri otomatik araçlarla tanındığında bu durum hakkında bilgilendirilmelidir. Gerçek içeriğe önemli ölçüde benzeyen görüntü, ses veya video içeriği oluşturuluyor veya bunları işlemek için bir yapay zekâ sistemi kullanılıyorsa, bunların otomatik araçlarla oluşturulduğunu belirtme yükümlülüğü olmalıdır. Bunun belirtilmesi, kişilerin bilinçli seçimler yapmalarına ve belirli bir durumdan geri adım atmalarına izin vermesini sağlayacaktır.

Bu düzenlemelerin yanı sıra “*Dezenformasyona İlişkin Uygulama Kurallarının Güçlendirilmesine İlişkin Avrupa Komisyonu Rehberi*”nde¹²² COVID-19 hastalığının ortaya çıkardığı güçlüklerden birinin dezenformasyon olduğu ve bu bağlamda dezenformasyonla mücadelede yönelik benimsenen kuralların¹²³ güçlendirilmesi yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Söz konusu güçlendirilmiş kurallarda, izin verilmeyen manipülatif davranışlar alanındaki manipülatif tekniklerin tamamını kapsayan ve bunlara karşı efektif tepkiler gerektiren yeni taahhütlerin ortaya koyulması gerektiği belirtilmektedir. Keza bu taahhütlerde, imza sahiplerinin deepfake gibi gelişen manipülatif teknikleri de ele alması gerekmektedir¹²⁴.

uygun güvencelere tabi olan durumlarda birinci fıkrâ hükmü uygulanmaz.

4. Fıkra 1, 2 ve 3, bu Regülasyonun Başlık III’ünde belirtilen gereklilikleri ve yükümlülükleri etkilemeyecektir.”

¹²¹ Teklif’in Açıklayıcı Notu, par. 5.2.4, “*Transparency Obligations for Certain AI Systems (Title IV)*”.

¹²² “*European Commission Guidance on Strengthening the Code of Practice on Disinformation*”. Rehber metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0262&qid=1622473657967&from=EN>> Erişim Tarihi 31.05.2021.

¹²³ Avrupa müktesebatında dezenformasyonla ilgili atılan güncel adımlar için bkz. 15.12.2020 tarihli “*Dijital Hizmetler Kanunu (Digital Services Act)*” teklifi, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>> Erişim Tarihi 31.05.2021; “*Dezenformasyon İle İlgili Uygulama Kuralları (Code of Practice on Disinformation)*”, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>> Erişim Tarihi 31.05.2021.

¹²⁴ Rehber, m. 6.

VI. TÜRKİYE'DE DEEPFAKE'İN TEHLİKELERİNE KARŞI CEZA HUKUKU VE TEKNOLOJİK İMKÂNLARLA MÜCADELENİN DURUMUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE DE LEGE FERENDA ÖNERİLER

Deepfake'in yurt dışında ortaya çıkmış olması sebebiyle çalışmada deepfake örnekleri de yabancı ülkelerden verilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, ülkemizde deepfake içerik üretiminde gözle görünür bir artış söz konusudur. Örneğin, merhum oyuncu Kemal Sunal'ın The Mask adında yabancı filmdeki başrol oyuncusunun yerine oynuyor gibi¹²⁵ ve bir bankanın reklam filminde kendisini o reklam filminde oynuyor gibi¹²⁶ gösterildiği videolar üretilmiştir. Yine örneğin, İbrahim Tatlıses'in Narcos adındaki yabancı dizide oynuyormuş gibi gösterildiği¹²⁷ videolar üretilmiştir. Teknolojinin yaygınlaşması ve kişiler hakkındaki bilhassa görüntü ve ses verilerinin internette artmasıyla birlikte, bu türden deepfake içeriklerinin ünlü olmayan kişiler için üretilmesi de mümkündür¹²⁸.

Yukarıda ifade edildiği üzere, deepfake teknolojisinin gelişmesiyle birlikte, deepfake içeriklerinin tespit edilmesi teknolojisi de gelişmektedir. Örneğin yakın zamanda ülkemizde bir şirket, deepfake içeriklerini tespit ettiğini belirttiği bir program geliştirmiştir¹²⁹. Bu doğrultuda deepfake'e karşı teknolojik mücadele edilmesi ve teknolojik gelişmelere önem verilmesi gerektiği açıktır.

Deepfake'in tehlikeleriyle hukuken mücadele edilmesi hususu ülkemizde henüz güncel bir sorun haline gelmemiştir. Dolayısıyla bu hususta hukuki bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak özellikle ileride bu hususta çalışmaların yapılması gerekeceğini öngörmek zor değildir. Nitekim bazı ülkelerin bu hususta hukuki düzenleme yapılmasına yönelik adımlar atmaya başladığı yukarıda belirtilmişti. Bu bağlamda, ülkemizde ceza hukuku açısından ne şekilde düzenlemeler yapılabileceğini irdelemek gerekir.

¹²⁵ Bkz. <<https://www.youtube.com/watch?v=HrYe9cEZ8V0>> Erişim Tarihi 21.02.2021; Nabyev, s. 619.

¹²⁶ Bkz. <<https://www.youtube.com/watch?v=fPiwmoxa0QE>> Erişim Tarihi 21.02.2021.

¹²⁷ Bkz. <<https://www.youtube.com/watch?v=22VmhEdv5wA>> Erişim Tarihi 21.02.2021.

¹²⁸ Lossau, s. 3. Özellikle sosyal medya platformlarında paylaşılan (fotoğraf, video, ses gibi) veriler deepfake oluşturmakta kolayca kullanılabilir. Bkz. Aksoy Retornaz, s. 100, 101.

¹²⁹ “Deepware Scanner” adındaki açık kaynaklı (“open-sourced”) bu program için bkz. <<https://deepware.ai/about/>> Erişim Tarihi 21.02.2021.

Yukarıda deepfake içeriklerinin araç olarak kullanılabilceği suçlardan bahsedildi. Söz konusu suçların oluşması bakımından, mevcut düzenlemeler karşısında, bir deepfake içeriğinin oluşturulması bir suçun işlenmesinde kullanılıyorsa oluşan suç bağlamında failin sorumluluğu yoluna gidilecektir. Diğer yandan, deepfake içeriklerinin kullanılmasının bazı suçlarda daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi yoluna gidilebilir. Bilhassa iftira, suç uydurma, şantaj, hakaret, dolandırıcılık ile fikir ve sanat eserleriyle ilgili hak ihlali suretiyle işlenen suçlarda daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak, bu suçların deepfake içerikleri üretmek¹³⁰, kullanmak, ifşa etmek ve yaymak suretiyle gerçekleştirilmeleri düzenlenebilir. Nitekim bu suçların temel halinin işlenmesindeki fiilin gerçekleştirilişi ile deepfake teknolojisinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilişi arasında hem harcanan çaba bakımından hem de hileli bir davranış olması sebebiyle haksızlık bakımından fark bulunduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca her ne kadar deepfake içeriklerinin tespitine yönelik teknoloji gelişse de bunların tam bir güvenilirlikle tespit edilebildiğini söylemek de mümkün değildir. Dolayısıyla bu içeriklerin aldatıcılıkları oldukça yüksektir¹³¹. Bazı suçlar bakımından deepfake hususunda boşlukların bulunması sebebiyle daha ayrıntılı değerlendirme yapmak gerekmektedir:

I. Kişisel verilere ilişkin olarak TCK'da (m. 135, 136, 138) ve KVKK'da (m. 17) yer alan suçlardaki hareketler, hukuka aykırı olarak kişisel veriyi *kaydetmek, vermek, yaymak, ele geçirmek*, yok edilmesi gereken kişisel veriyi *yok etmemek*, silinmesi gereken kişisel veriyi *silmemek* ve anonimleştirilmesi gereken kişisel veriyi *anonimleştirmemek* şeklindedir. Deepfake teknolojisinin kullanılmasındaki hareketin motifi ise, kişisel verileri *bir sürece tabi tutarak manipüle etmektir*. Elbette, deepfake içeriğinin üretilmesi için gerçekleştirilmesi halinde kişisel veriyi kaydetmek, vermek, yaymak ve ele geçirmek hareketleri suç teşkil edecektir. Ancak burada ayrıca veriyi *bir süreçten geçirmek* söz konusudur. Daha açık ifadeyle, orijinal bir kişisel veri, başka verilerle kaynaştırılmak suretiyle manipüle edilmiş bir veri ortaya çıkarılmaktadır. Bu itibarla deepfake içeriğindeki kişisel veri, manipüle edilmiş bir kişisel veridir. Dolayısıyla esasen gerçekle bağdaşmayan ve gerçekmiş gibi görünen, ama bir yönüyle ise gerçek kişisel verileri barındıran

¹³⁰ Almanya'da deepfake ile ilgili bir suçun ihdas edilmesi halinde, bu içeriklerin sadece yayılmasının değil, içerdiği zarar potansiyelinin büyüklüğü sebebiyle üretilmesinin de cezalandırılmasının gerekeceği ifade edilmektedir. Bkz. Lantwin, *Rechtliche Herausforderungen*, s. 578.

¹³¹ Chesney/Citron, *Looming Challenge*, s. 1753.

bir karma ürün elde edilmiş olmaktadır. Keza, elde edilen bu sahte içerik, gerçek bir kişisel veri görünümünde insanları aldatıcı kabiliyeti de haiz bulunmaktadır. Dolayısıyla, gerçek bir kişisel verinin salt kaydedilmesi, verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi değil, aynı zamanda o kişisel veri üzerinde manipülasyon yapılması da söz konusudur. Bu sebeple, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hukuka aykırı bir şekilde; başkasına ait görüntü veya sesi değiştirme ya da başkasına ait olan görüntü veya sesi bir başka kişinin görüntü veya sesinde kullanma ya da üretilen bu içeriği yayma veya ifşa etme fiilleri bakımından bir suç tanımına yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

II. Müstehcenlik suçunun kapsamı dışında kalan hususa burada tekrar değinmek gerekir. Yetişkinlerin rızasıyla yer aldığı bir müstehcen ürünün üretilmesi, TCK m. 226'da sayılan fiillerin gerçekleştirilmesinde kullanılmadıkça müstehcenlik suçuna vücut vermemesi bakımından anlaşılabilir mahiyettedir. Buna karşılık, deepfake içerik olarak bir müstehcen ürünün üretilmesinde, eğer görüntüsü mevcut olan kişilerin rızası söz konusu değilse, böyle bir ürünün salt üretilmesinin de bir haksızlık teşkil ettiğinde şüphe yoktur¹³². Ancak müstehcenlik suçu, bu ürünlerin salt üretilmesi bakımından önleyici mahiyette değildir. Belirtmek gerekir ki, cinsel nitelikte deepfake medya içeriğinin üretilmesinde o içerikte aslında yer almayan ama yer almış gibi gösterilen kişinin yüzü ve bedenine ilişkin diğer görüntüleri kişisel veri niteliğindedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hukuka aykırı bir şekilde; başkasına ait görüntü veya sesi değiştirme ya da başkasına ait olan görüntü veya sesi bir başka kişinin görüntü veya sesinde kullanma ya da üretilen bu içeriği yayma veya ifşa etme fiilleri bakımından bir suç tanımına yer verilmesi gerekmektedir. Böyle bir suç tanımının ihdas edilmesiyle birlikte, hukuka aykırı olarak kişilerin kişisel verilerinin bir sürece tabi tutularak manipüle edilmesi, dolayısıyla bir deepfake medya içeriğinde kişilerin rızası hilafına yer almaları kapsama alınmış

¹³² Benzer şekilde bkz. Lantwin, *Strafrechtliche Bekämpfung*, s. 81. Doktrinde, “*cinsel içerikli görüntüleri rızaya aykırı olarak ifşa etme, yayma, erişilebilir kılma veya üretme*” fiilleri bakımından, TCK'da “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” arasında ayrı bir suçun ihdas edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu suç kapsamında, deepfake medya içeriklerinin de yer alması gerektiği ve bu medya içeriklerinde sadece yüzü kullanılan kişinin de bu ihdas edilecek suç bağlamında mağdur olacağı belirtilmektedir. Bkz. Aksoy Retornaz, s. 85, 115, 142. Keza bu suçun ihdasını öneren yazar, önerdiği suç tanımında deepfake medya içeriklerinin üretilmesine, “*bir kişinin siber alanda cinsel içerikli görüntülerini rızaya aykırı olarak ... siber alanın sağladığı kolaylıktan faydalanarak üreten*” ifadesiyle yer vermektedir. Bkz. Aksoy Retornaz, s. 142

olmaktadır. Bu suçun ihdasında, üretilen medya içeriğinin cinsel nitelikte olması durumuna yönelik olarak daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hale yer vermek isabetli olacaktır. Keza üretilen deepfake medya içeriklerinin kişilerin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikte olması halinde, hakaret suçu da oluşacaktır.

III. Bir başka değerlendirme, seçimlerde yasak propaganda yapmak suçu bakımından yapılmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, suçun tanımında yer alan, “*ne suretle olursa olsun seçimin düzenini bozabilecek veya oy vermenin tam bir serbestlikle yapılmasına tesir edebilecek mahiyette söz, yazı veya sair suretlerle propaganda yapmak veya asılsız şayialar çıkarmak*” fiilinde, eğer davranışın “*oy verme gününden önceki günün saat 18.00’inden sonra ve oy verme gününde*” gerçekleştirilmesi şartı bu fiil bakımından geçerli değilse, bu düzenlemenin deepfake içeriklerinin üretilmesi-kullanılması suretiyle seçimi manipüle etmek bakımından genel mahiyette bir düzenleme olduğu söylenebilir. Nitekim, sadece “*oy verme gününden önceki günün saat 18.00’inden sonra ve oy verme gününde*” geçerli bir zaman için değil, her zaman için bir koruma sağlamaktadır. Ancak aksi halde, deepfake içeriklerinin üretilmesi-kullanılması suretiyle seçimi manipüle etmek bakımından bu hüküm etkili bir koruma sağlamayacaktır. Nitekim bu durumda sadece “*oy verme gününden önceki günün saat 18.00’inden sonra ve oy verme gününde*” geçerli bir zaman için bir yasaklama yoluna gidilmektedir. Bu düzenlemenin anlaşılır hale getirilmesi gerektiği açıktır. Ayrıca deepfake teknolojisinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen bir propagandanın, sıradan bir asılsız propaganda olmadığı, nitelikli ve ikna edici olabilecek içeriklere sahip olabileceği ve gerçekleştirilen davranışın daha fazla haksızlık içeriğine sahip olacağına dikkat edilmelidir.

Keza hem *Texas Seçim Kanunu*’nun 255.004 numaralı maddesi vasıtasıyla hem ABD’de getirilmek istenen *DAA Kanun Tasarısı*’nda hem Kaliforniya’daki kanun tasarılarında hem de *Yapay Zekâ ve Robotik konusundaki Avrupa Komisyonu Kararı*’nda vurgulanan bir hususa tekrar değinmek gerekir. Söz konusu düzenlemelerde, ulusal güvenlik ve seçim manipülasyonu ile deepfake arasında ciddi bir bağlantı kurulmaktadır. Deepfake’in sebep olabileceği en büyük tehlikelerden birinin seçimleri etkileyebilecek olması gösterilmektedir¹³³. Nitekim bu doğrultuda *Texas Seçim Kanunu*’nun

¹³³ Bu husustaki tehlikeler, temel olarak “*seçim manipülasyonu*”, “*sosyal ayrışmanın artması*” ve “*devlet kurumları ve yetkililere olan güvenin azalması*” şeklinde ele alınmaktadır. Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Waldemarsson, s. 9 vd.

255.004 numaralı maddesinde deepfake içeriklerle seçim manipülasyonu suç olarak düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda ABD’de DAA Kanun Tasarısı’nda deepfake aracılığıyla seçime müdahale etmenin suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilmektedir. Ayrıca “*Deep Fake Görev Gücü*”nün kurulması ve bu görev gücünün yılda en az bir kere gizli oturumda ABD’nin iç işlerine ve seçimlerine etki etmeye yönelik deepfake’lerin ele alınması düzenlenmektedir. Keza Kaliforniya’da seçime katılan adayların itibarını zedelemek veya bir seçmeni aday lehine veya aleyhine oy vermesi için kandırmak amacıyla deepfake içeriklerinin kullanılması yasaklanacaktır. Dolayısıyla aktüel olmaması sebebiyle deepfake’lerin seçim üzerinde oluşturabileceği etkilerin ülkeler nezdinde tam olarak deneyimlenmemiş olmasına rağmen, seçimler üzerindeki etkilerinin önemli olacağı öngörülmektedir¹³⁴. Bu hususun, aktüel bir tehlike haline dönüşmeden bir an önce ülkemiz seçim ve ceza hukuku mevzuatı bakımından da değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır. Keza hem benzer bir kamu gücü biriminin oluşturulması hem de mevcut düzenlemedekinden daha fazla miktarda bir soyut cezayı içerecek biçimde seçimlerin manipülasyonuna özel olarak bir suçun ihdas edilmesi; bilhassa, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle başkasına ait görüntü veya sesin değiştirilmesi ya da başkasına ait olan görüntü veya sesin bir başka kişinin görüntü veya sesinde kullanılması suretiyle üretilen medya içeriklerinin ulusal güvenliği ya da seçimin akıbeti veya güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde kullanma, ifşa etme veya yayma fiillerinin cezalandırılması yoluna gidilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Böylece ifade hürriyetinin kullanılmasının tehlikeye düşürülmemesi amacıyla suçun somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinin isabetli olacağı düşüncesiyle¹³⁵ ihdas edilecek bu suçun bir somut tehlike suçu olması gerekmektedir. Keza bu deepfake medya içeriklerinin cinsel nitelikte olması durumuna yönelik olarak daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hale yer vermek isabetli olacaktır.

¹³⁴ Bilhassa, seçimleri ve siyasi hayatı etkilemek için üretilecek deepfake içeriklerinde politikacıların görüntülerinin pornografik medya içeriğinde kullanılması ihtimaline dikkat çekilmektedir. Bkz. Lantwin, *Strafrechtliche Bekämpfung*, s. 79. Deepfake içerik oluşturmaktaki amacın seçimleri doğrudan etkilemesi bakımından değil, fakat politikacıların itibarının zedelenmesi bakımından bu hususta bir örnek 2019 yılında Malezya’da yaşanmıştır. İki siyasetçi arasında geçen müstehcen içerikli sahte olarak oluşturulmuş olduğu iddia edilen bir video yayımlanmıştır. Söz konusu videonun bir deepfake olup olmadığının tespit edilemediği belirtilmekle birlikte, bir deepfake içerik olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Yavuz, s. 37.

¹³⁵ Deepfake içeriklerinin siyasi bağlamda üretilmeleri ve kullanılmalarının ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulması hususunda ifade ve sanat hürriyetinin lehine istisnaların sağlanması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Bkz. Lantwin, *Strafrechtliche Bekämpfung*, s. 82.

IV. Son olarak, deepfake teknolojisinin kullanım sınırlarının belirlenmesi bakımından da bir pozitif hukuk düzenlemesinin gerekliliğini vurgulayabiliriz. Nasıl ki kişisel veriler bakımından özel bir koruma alanı sağlanmaya ve bu alanın düzenlenmesine çalışılmışsa, deepfake teknolojisinin kullanımının da düzenlenmesi gerekir. Nitekim bu teknolojinin kullanım sınırlarıyla birlikte, hukuka uygunluğun maddi şartları ortaya koyulabilecektir. Örneğin, sanatsal bir çalışma kapsamında veya salt parodi amaçlı eğlence içerikli videoların deepfake ile hazırlanmasının şartları böylece pozitif hukuk dayanağına kavuşacaktır. Ancak böyle bir düzenleme yapılırken, yapay zekâ teknolojilerinin gelişmesini engelleyici bir yöntemin benimsenmemesine dikkat edilmelidir.

SONUÇ

Deepfake olarak tabir edilen sahte medya içeriklerinin üretimi gittikçe kolaylaşmakta ve bu sebeple yaygınlaşmaktadır. Başta kişisel verilere ilişkin suçlar ve müstehcenlik suçları olmak üzere pek çok suçun işlenmesinde deepfake teknolojisi ve içerikleri kullanılabilir niteliktedir. Konunun ayrıca ulusal güvenlik ve siyasi yönü de bulunmaktadır.

İç hukukunda deepfake ile ilgili ilk adımı atan ve deepfake içeriklere ilişkin suç tanımlarına yer veren ülkeler Virginia ve Teksas olmuştur. Keza ABD'de deepfake hususunda geniş kapsamlı olarak DAA Kanun Tasarısı sunulmuştur. Avrupa Komisyonu da *algı manipülasyonu uygulamalarını cezalandıran* bir hukuki düzenleme yapılması gerektiğine ve deepfake ile yapay zekânın kötüye kullanımına dikkat çekmektedir. Bu gelişmelere ülkemizin kayıtsız kalmaması gerekir. Büyük olasılıkla, ülkeler milletlerarası sözleşmeler imzalamak suretiyle deepfake'in tehlikeleriyle mücadeleyi genişletecektir. Nitekim sınır aşan suçlar söz konusu olduğunda, bu tür suçlarla mücadele için çeşitli sözleşmelerin imzalanması yoluna gidilmektedir¹³⁶. Yapılması muhtemel sözleşmelerden önce diğer ülke uygulamaları Türkiye için bir yol gösterici nitelik arz edebilir. Keza teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmayan ve ihtiyaçları karşılayan iç hukuk düzenlemeleri öngörülmelidir.

Önemle belirtmek gerekir ki, deepfake'in tehlikeleriyle mücadelede kanun koyucunun suçların ihdas edilmesi yönünde irade sergilemesi halinde ceza hukukunun *ultima ratio* niteliği gözden uzak tutulmamalıdır. Her ne kadar ceza hukuku yaptırımları son çare olsa da yukarıda ifade edildiği gibi

¹³⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 36.

deepfake; maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliği hakkı, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma hakkı, bilim ve sanat hürriyeti gibi hukuki değerlere ilişkin hak ihlaline yol açabilmektedir. Bu hukuki değerler, halihazırda farklı suçlarla korunmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla hukuki değerlerin önemine binaen bu değerlerin korunmasına yönelik olarak suçlar ihdas edilmektedir. Deepfake de bu sebeple diğer ülke hukuklarında ceza hukukunun alanına girmektedir. Elbette deepfake'in tehlikelerine karşı hukuki mücadele, öncelikle özel hukuk ve idare hukuku alanında yapılacak düzenlemelerle sağlanmalıdır¹³⁷. Özel hukuk ve idare hukukunun müdahale alanının yetersiz kaldığının suç politikasıyla tespiti halinde ceza hukuku yaptırımları uygulanmalıdır. Belirtmek gerekir ki, halihazırdaki suç tanımları ve korunan hukuki değerlere bakıldığında, cezaya muhtaçlık ve layıklık bağlamında deepfake haksızlıklarının ceza hukukunun müdahale alanına dahil olması makul görünmektedir.

Ayrıca bu teknolojinin gelişmesine ve faydalı alanlarda kullanılmasına yönelik destekleyici nitelikte hukuki adımların atılması gerekir.

Çalışmanın sonucu olarak deepfake'in tehlikelerine karşı ülkemizde atılması gereken adımları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Salt hukuki düzenlemeler, deepfake'in yol açabileceği tehlikelerin önüne geçebilmek bakımından yeterli olmayacaktır. Ülkemizde, deepfake içeriklerinin tespit edilebilmesine yönelik bilişim programları üretilmeye başlanmış olmakla birlikte, bir ulusal politika olarak da bu tür teknolojik gelişmelerin teşvik edilmesi ve bu konuda yol kat edilmesi gerekmektedir.

- Deepfake ile hukuken mücadele edilmesi hususu ülkemizde güncel hale gelmemiştir. Deepfake'e ilişkin genel mahiyette bir pozitif hukuk metninin yürürlüğe koyulması ve bu teknolojinin hukuk zemininde ele alınmasına gereklilik bulunmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, esasen yapay zekâ uygulamalarına ilişkin ayrı bir kanun düzenlemesi yapılması isabetli olacaktır. Bu kanunda deepfake'e ilişkin düzenlemelere de yer verilmesiyle bu alan hukuki bir temele kavuşabilecektir.

¹³⁷ Belirtmek gerekir ki, çalışmada ceza hukuku bağlamında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu sebeple, özel hukuk ve idare hukuku bağlamındaki yaptırımlar çalışmanın kapsamı dışında olduğundan bu husus ayrıntılı olarak irdelenmemiştir.

- İftira, suç uydurma, şantaj, hakaret, dolandırıcılık ile fikir ve sanat eserleriyle ilgili hak ihlali suretiyle işlenen suçların deepfake içerikleri üretmek ve deepfake teknolojisini kullanmak suretiyle işlenmeleri halleri, haksızlık içerikleri dolayısıyla daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenebilir.

- Deepfake içeriklerin üretilmesi için gerçekleştirilmesi halinde, kişisel veriyi kaydetmek, vermek, yaymak ve ele geçirmek hareketleri suç teşkil edecektir. Ancak deepfake teknolojisinin kullanılmasındaki hareketin motifi esasen kişisel verilerin *bir sürece tabi tutularak manipüle edilmesidir*. Bu sebeple, kişisel verilere ilişkin olarak deepfake teknolojisinin kullanılmasına ayrıca yer verilmesi gerekir. Böylece, deepfake medya içeriklerinin üretilmesi, kullanılması, yayılması ve ifşa edilmesine yönelik olarak genel mahiyette bir suç ihdas edilmiş olacaktır.

- Deepfake içeriklerin seçimlerin manipülasyonunda kullanılması bağlamında, deepfake hususunun aktüel bir tehlike haline dönüşmeden bir an önce ülkemiz seçim ve ceza hukuku mevzuatı bakımından değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır. Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'daki mevcut suç tanımından daha fazla miktarda bir soyut cezayı içerecek biçimde ulusal güvenlik ile seçimlerin manipülasyonuna özel olarak bir suç ihdası yoluna gitmek isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Açıkgöz E. İ, Bilişim Sistemi Aracılığıyla Haksız Yarar Sağlama Suçu, Adalet Yayınevi, 2020.

Agarwal S/Farid H/Gu Y/He M/Nagano K/Li H, “Protecting World Leaders Against Deep Fakes”, 2019, The IEEE Conference on Computer Vision and Pattern Recognition (CVPR) Workshops, s. 38-45, <https://openaccess.thecvf.com/content_CVPRW_2019/papers/Media%20Forensics/Agarwal_Protecting_World_Leaders_Against_Deep_Fakes_CVPRW_2019_paper.pdf> Erişim Tarihi 24.10.2019.

Akarşlan H, Bilişim Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Akbulut B, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.

- Aksoy Retornaz E, Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake), On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Artuk M. E/Gökçen A/Alşahin M. E/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- Babayiğit B, Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu, Adalet Yayınevi, 2021.
- Berk M. E, “Dijital Çağın Yeni Tehlikesi ‘Deepfake’”, 2020, 16(28), Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, s. 1508-1523.
- Blitz M. J, “Lies, Line Drawing, and (Deep) Fake News”, 2018, 71(1), Oklahoma Law Review, Symposium: Falsehoods, Fake News, and the First Amendment, s. 58-116.
- Breen D. C, “Silent No More: How Deepfakes Will Force Courts to Reconsider Video Admission Standards”, 2021, 21(1), Journal of High Technology Law, s. 122-164.
- Charniak E, Introduction to Deep Learning, The MIT Press, 2018.
- Chawla R, “Deepfakes: How a Pervert Shook the World”, 2019, 4(6), International Journal of Advance Research and Development, s. 4-8.
- Chesney R/Citron D. K, “21st Century-Style Truth Decay: Deep Fakes and the Challenge for Privacy, Free Expression, and National Security”, 2019, 78(4), Maryland Law Review, s. 881-891.
- Chesney R/Citron D. K, “Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security” 2019, 107(6), California Law Review, s. 1753-1820.
- Ciftci U. A/Demir İ/Yin L, “FakeCatcher: Detection of Synthetic Portrait Videos using Biological Signals”, 2019, arXiv:1901.02212, s. 1-14, <<https://arxiv.org/pdf/1901.02212v2.pdf>> Erişim Tarihi 24.10.2019.
- Citron D. K, “Prepared Written Testimony and Statement for The Record”, 2019, House Permanent Select Committee on Intelligence, s. 1-11, <<https://docs.house.gov/meetings/IG/IG00/20190613/109620/HHRG-116-IG00-Wstate-CitronD-20190613.pdf>> Erişim Tarihi 26.10.2019.
- Citron D. K, “Sexual Privacy”, 2019, 128(7), Yale Law Journal, s. 1870-1960.
- Delfino R. A, “Pornographic Deepfakes: The Case for Federal Criminalization of Revenge Porn’s Next Tragic Act”, 2019, 88(3), Fordham Law Review,

s. 887-938.

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Demircan T, Bilişim Alanında Suçlar, Legal Yayınevi, 2016.

Deshpande A/Kumar M, Artificial Intelligence for Big Data, Packt, 2018.

Dülger M. V, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Elmas Ç, Yapay Zeka Uygulamaları, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Ferraro M. F, Deepfake Legislation: A Nationwide Survey - State and Federal Lawmakers Consider Legislation to Regulate Manipulated Media, WilmerHale 2019, <https://www.wilmerhale.com/-/media/files/shared_content/editorial/publications/wh_publications/client_alert_pdfs/20190925-deepfake-legislation-a-nationwide-survey.pdf> Erişim Tarihi 18.02.2021.

Ferraro M. F/Tompros, L. W, “New York’s Right to Publicity and Deepfakes Law Breaks New Ground”, 2021, 38(4), The Computer & Internet Lawyer, s. 1-4.

Fido D/Harper C/Davis M/Petronzi D/Worrall S, “Intrasexual Competition As a Predictor of Women’s Judgements of Revenge Pornography Offending”, 2019, PsyArXiv Preprints, s. 1-39, <<https://psyarxiv.com/pwmqu/>> Erişim Tarihi 17.02.2021.

Floridi L, “Artificial Intelligence, Deepfakes and a Future of Ectypes”, 2018, 31(3), Philosophy & Technology, s. 317-321.

Franks M. A/Waldman A. E, “Sex, Lies, and Videotape: Deep Fakes and Free Speech Delusions”, 2019, 78(4), Maryland Law Review, s. 892-898.

Goodfellow I. J/Pouget-Abadie J/Mirza M/Xu B/ Warde-Farley D/ Ozair S/ Courville A/ Bengio Y, “Generative Adversarial Nets”, 2014, arXiv:1406.2661v1, s. 1-9, <<https://arxiv.org/pdf/1406.2661.pdf>> Erişim Tarihi 14.03.2021.

Güera D/Delp E. J, “Deepfake Video Detection Using Recurrent Neural Networks”, 2018, 5th IEEE International Conference on Advanced Video and Signal Based Surveillance (AVSS), s. 1-6, <<https://ieeexplore.ieee.org/document/8639163>> Erişim Tarihi 24.10.2019.

Hall H. K, “Deepfake Videos: When Seeing Isn’t Believing”, 2018, 27(1),

- Catholic University Journal of Law and Technology, s. 50-76.
- Hamilton R. J, “New Technologies in International Criminal Investigations”, 2018, 112, Proceedings of the 112th Annual Meeting, International Law in Practice, Cambridge University Press, s. 131-133.
- Harris D, “Deepfake: False Pornography is Here and the Law Cannot Protect You”, 2019, 17, Duke Law & Technology Review, s. 99-128.
- Hasan H. R/Salah K, “Combating Deepfake Videos Using Blockchain and Smart Contracts”, 2019, 7, IEEE Access, s. 41596-41606, <<https://ieeexplore.ieee.org/document/8668407>> Erişim Tarihi 24.10.2019.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık 2016.
- Kaya M. B, Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- King T. C/Aggarwal N/Taddeo M/Floridi L, “Yapay Zekâ Suçu: Öngörülebilir Tehditleri ve Çözüm Yolları Üzerine Disiplinler Arası Bir Analiz” in Hasan Dursun (Çev.), Yener Ünver (Ed.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21, Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 247-288.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Koenig A, “‘Half the Truth is Often a Great Lie’: Deep Fakes, Open Source Information, and International Criminal Law”, 2019, 113, American Journal of International Law, s. 250-255.
- Koopman M/Rodriguez A. M/Geradts Z, “Detection of Deepfake Video Manipulation”, 2018, The 20th Irish Machine Vision and Image Processing Conference, IMVIP 2018, s. 133-136, <https://www.researchgate.net/publication/329814168_Detection_of_Deepfake_Video_Manipulation/link/5c1bdf7da6fdccfc705da03e/download> Erişim Tarihi 25.10.2019.
- Korshunov P/Marcel S, “Vulnerability Assessment and Detection of Deepfake Videos”, 2019, Idiap Publications, The Idiap Research Institute, s. 1-6, <http://publications.idiap.ch/downloads/papers/2019/Korshunov_ICB_2019.pdf> Erişim Tarihi 24.10.2019.
- Kshetri N, “China’s Social Credit System: Data, Algorithms and Implications”,

- 2020, March/April, IT Professional, s. 14-18.
- Külçür İ. E, Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Lantwin T, “Deep Fakes - Düstere Zeiten für den Persönlichkeitsschutz? Rechtliche Herausforderungen und Lösungsansätze”, 2019, 9, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, s. 574-578.
- Lantwin T, “Strafrechtliche Bekämpfung missbräuchlicher Deep Fakes – Geltendes Recht und möglicher Regelungsbedarf”, 2020, 2, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, s. 78-82.
- Li Y/Lyu S, “Exposing DeepFake Videos By Detecting Face Warping Artifacts”, 2019, arXiv:1811.00656v3, s. 46-52, <<https://arxiv.org/abs/1811.00656>> Erişim Tarihi 24.10.2019.
- Lossau N, “Deep Fake: Gefahren, Herausforderungen und Lösungswege”, 2020, 382, Analysen und Argumente, Konrad-Adenauer-Stiftung, s. 1-9.
- Maden M, Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, 2021.
- Mohsin K, “Yapay Zekânın Düzenlenmesi ve Yapay Zekâ Suçları” in Jülide Yaşar (Çev.), Yener Ünver (Ed.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21, Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 229-245.
- Nabiyev V, Yapay Zeka, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Nguyen T. T/Nguyen C. M/Nguyen D. T/Nguyen D. T/Nahavandi S, “Deep Learning for Deepfakes Creation and Detection”, 2019, arXiv:1909.11573, s. 1-16, <<https://arxiv.org/abs/1909.11573>> Erişim Tarihi 24.10.2019.
- Orta M, Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması (Adli Bilişim), Yetkin Yayınevi, 2015.
- Öhman C, “Introducing the Pervert’s Dilemma: A Contribution to the Critique of Deepfake Pornography”, 2019, February, Ethics and Information Technology, s. 1-17.
- Özbek V. Ö, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, 2002, 4(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 101-158.
- Özbek V. Ö/Doğan, K/Bacaksız, P/Tepe, İ, Türk Ceza Hukuku Genel

- Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Pfefferkorn R, “‘Deepfakes’ in the Courtroom”, 2020, 29(2), Boston University Public Interest Law Journal, s. 245-276.
- Pirim H, “Yapay Zeka”, 2006, 1(1), Journal of Yaşar University, s. 81-93.
- Ramar S, Artificial Intelligence How It Changes the Future, Kendi Basımı (Independently Published), 2019, <<https://www.scribd.com/document/466365329/Artificial-Intelligence-How-It-Changes-the-Future>> Erişim Tarihi 25.10.2019.
- Reinsel D/Gantz J/Rydning J, The Digitization of the World - From Edge to Core, IDC White Paper, 2018.
- Russell S. J/Norvig P, Artificial Intelligence A Modern Approach, Third Edition, Pearson Publishing, 2011.
- Sabir E/Cheng J/Jaiswal A/AbdAlmageed W/Masi I/Natarajan P, “Recurrent Convolutional Strategies for Face Manipulation Detection in Videos”, 2019, arXiv:1905.00582v3, s. 80-87, <<https://arxiv.org/abs/1905.00582v3>> Erişim Tarihi 24.10.2019.
- Sarı M/Özbayoğlu A. M, “Classification of Turkish Documents Using Paragraph Vector”, 2018, 2018 International Conference on Artificial Intelligence and Data Processing (IDAP), s. 1-5, <<https://ieeexplore.ieee.org/document/8620813>> Erişim Tarihi 24.10.2019.
- Sınar H, “İnternetin Ortaya Çıkardığı Hukuki Sorunlara Bir Ceza Hukuku Yaklaşımı”, 2001, 17(1-2), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 355-372.
- Siekierski B. J, Deep Fakes: What Can Be Done About Synthetic Audio and Video?, Brief Series Publication No. 2019-11-e, Library of Parliament, 2019.
- Solo A. M. G, “Combating Online Defamation and Doxing in the United States”, 2019, The 20th International Conference on Internet Computing and Internet of Things, s. 75-77, <https://www.researchgate.net/publication/334604707_Combating_Online_Defamation_and_Doxing_in_the_United_States/link/5d35856ba6fdcc370a5495c3/download> Erişim Tarihi 24.10.2019.

- Sönmez G/Çelik E, “Anonimlik ile İlegalite Arasında: Deep Web, Dark Web ve Devlet Dışı Silahlı Aktörlerin Uluslararası Siber Faaliyetleri”, 2020, 22(1), Güvenlik Çalışmaları Dergisi, s. 66-88.
- Sukhodolov A. P/Bychkov A. V/Bychokova A. M, “Yapay Zekâ Teknolojileri Kullanılarak İşlenen Suçlar İçin Ceza Politikası: Devlet, Sorunlar, Beklentiler” in Jocelyne Alayan (Çev.), Yener Ünver (Ed.), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 21, Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 207-214.
- Tezcan D/Erdem M. R/Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Tezcan D/Erdem M. R/Önok M, Uluslararası Ceza Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Thornton P/Fromlowitz P/Sylla A/Fleeson R/Pennisi M. K, “Deepfakes: An EU and U.S. Perspective”, 2020, Spring/Summer, Hogan Lovells-Global Media Technology and Communications Quarterly (GMCQ), s. 30-35.
- Thornton P/Sylla A/Fromlowitz P, “The War against Deepfakes”, 2020, 285, Managing Intellectual Property, s. 29-30.
- Turan M, Bilişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Uşaklıoğlu A. Y, Dijital Hukuk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Wagner T. L/Blewer A, “‘The Word Real Is No Longer Real’: Deepfakes, Gender, and the Challenges of AI-Altered Video”, 2019, 3(1), Open Information Science, s. 32-46.
- Waldemarsson C, Disinformation, Deepfakes & Democracy, The Alliance of Democracies Foundation, 2020.
- Walorska A. M, “Deepfakes & Desinformation”, 2020, Mai, Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, s. 1-31.
- Wittmer S/Steinebach M, “Computergenerierte Kinderpornografie zu Ermittlungszwecken im Darknet”, 2019, 10, MMR-Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, s. 650-653.
- Yamaoka-Enkerlin A, “Disrupting Disinformation: Deepfakes and the Law”, 2020, 22(3), New York University Journal of Legislation and Public Policy, s. 725-750.
- Yavuz C, Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşımı İntikam Pornosu, Seçkin Yayıncılık, 2021.

<http://www.kylesconverter.com/>
<https://assets.publishing.service.gov.uk/>
<https://capitol.texas.gov/>
<https://deeptracelabs.com/>
<https://deepware.ai/>
<https://dictionary.cambridge.org/>
<https://digital-strategy.ec.europa.eu/>
<https://docs.house.gov/>
<https://eur-lex.europa.eu/>
<https://intelligence.house.gov/>
<https://jsis.washington.edu/>
<https://law.lis.virginia.gov/>
<https://leginfo.legislature.ca.gov/>
<https://lis.virginia.gov/>
<https://malegislature.gov/>
<https://statutes.capitol.texas.gov/>
<https://towardsdatascience.com/>
<https://uscode.house.gov/>
<https://www.abc.net.au/>
<https://www.berliner-zeitung.de/>
<https://www.bu.edu/>
<https://www.congress.gov/>
<https://www.merriam-webster.com/>
<https://www.reuters.com/>
<https://www.vice.com/>
<https://www.wsj.com/>
<https://www.yourdictionary.com/>
<https://www.youtube.com/>

İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU (TCK m. 90/1)*

Oğuz BANDIR**

Can Eralp ELİBOL***

ÖZ

Birey, toplumun yapı taşıdır. Bireylerin hayatlarını huzur ve güven içinde devam ettirebilmeleri için hukuki olmayan müdahalelerden korunmaları gerekir. Bireylerin vücut bütünlüğü, ceza hukuku korumasını gerektiren önemli bir hukuki değerdir. Bu öneme istinaden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde bireylerin vücut bütünlükleri çeşitli suç tipleri ile koruma altına alınmıştır. Bu suçlardan biri de bu çalışmanın konusunu oluşturan ve TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçudur. Bilimsel gelişmenin sağlanabilmesi için kişilerin deney yapmaları zorunludur. Ancak bu gelişme hiçbir hukuki sınırlamaya tabi olmaksızın gerçekleştirilemez. TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçu bu sınırı ceza hukuku bakımından belirlemiştir. Bu çalışmada TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçu, suç inceleme sistematigi çerçevesinde incelenmektedir.

***Anahtar Kelimeler:** İnsan üzerinde deney suçu, bilimsel araştırma özgürlüğü, vücut bütünlüğü/dokunulmazlığı, klinik araştırma, deney.*

THE CRIME OF EXPERIMENT ON HUMAN BEINGS (TCC Art. 90/1)

ABSTRACT

The individual is the building stone of society. In order for individuals to continue their lives in peace and security, they must be protected from unlawful interventions. The physical integrity of individuals is an important legal value that requires criminal

* Bu çalışmaya yaptıkları katkılarından dolayı Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS'a ve Arş. Gör. Kazım Furkan AĞKUŞ'a teşekkür ederiz.

** Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, e-posta: bandir@tau.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8427-8541

*** Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, e-posta: can.elibol@tau.edu.tr

ORCID: 0000-0001-5866-2224

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018880

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/10/2021

law protection. Based on this importance, physical integrity of individuals is protected with various crimes established under the second book titled “Special Provisions” in the chapter titled “Crimes against Physical Integrity” of the section titled “Crimes against Persons” within the Turkish Criminal Code No. 5237. One of these crimes is the crime of experiment on human beings, which is the subject of this study and regulated in Article 90 of the Turkish Criminal Code. In order to achieve scientific development, it is imperative that people do experiments. However, this development cannot be achieved without any legal restrictions. The crime of experiment on human beings regulated in Article 90 of the Turkish Criminal Code has drawn the line in terms of criminal law. In this study, the crime of experiment on human beings, which is regulated in Article 90 of the Turkish Criminal Code, is examined within the framework of the crime examination system.

Keywords: *Experiment on human beings, freedom of scientific research, physical integrity, clinical research, experiment.*

GİRİŞ

Bilimsel çalışmalarda tarih boyunca en çok kullanılan yöntemlerden biri, elde edilen verilerin olumlu ya da olumsuz sonuçlarını görebilmek için bir şey üzerinde deney ve gözlem yaparak bir sonuca ulaşmaktır. Bu metot özellikle pozitif bilimlerde daha çok önem arz etmektedir.

Bilimsel araştırma özgürlüğü anayasal düzeyde koruma altına alınmış bir özgürlüktür. Anayasa'nın 27. maddesi “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.” düzenlemesiyle çok geniş bir şekilde bilimsel araştırma özgürlüğü tanımaktadır. Buna rağmen bilimsel çalışma sırasında yapılan deneyde deneye maruz kalan insan, hayvan ya da ceset için ne pahasına olursa olsun deney yapılması kabul edilmemiştir. Bir diğer ifadeyle Anayasa m. 27, insan üzerinde deneyin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın bilimsel araştırma özgürlüğü kapsamında olduğu anlamına gelmez¹. Buna göre bu çalışmanın

¹ Yener Ünver, “Forschungen am Menschen und an Embryonen in der Türkei und die Würde des Menschen”, in Eric Hilgendorf ve Susanne Beck (eds), Biomedizinische Forschung in Europa, Nomos, 2010, s. 211; Alman Anayasası bakımından yapılan aynı yöndeki tespit ve insan üzerinde deneyin sıkı şartlara bağlanması gerektiği görüşü için bkz. Volker Lipp, “Heilversuch und medizinische Forschung”, in Laufs/Katzenmeier/Lipp: Arztrecht, C.H. Beck, 2021, XIII kn. 4.

konusu olan insan üzerinde yapılan deneylerde kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerinde tamamen tasarruf edebilmesi kabul edilmemiştir.² Nitekim Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinde hiç kimsenin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı ifade edilerek insan üzerinde yapılacak deneydeki temel şart düzenlenmiştir. Bilimsel çalışmaların gelişimi ile deneye maruz kalacak kişinin hakları arasında bir denge kurmak gerekir. Bu denge hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerle tesis edilmeye çalışılmıştır.

İnsan üzerinde deney suçunun kanuni unsurlarına ilişkin açıklamalara geçmeden önce, kavramsal olarak deneyin ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekir. Deney kavramı, "Bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulama, bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem, tecrübe" olarak sözlükte tanımlanır.³ Buna karşılık insan üzerinde yapılan deney, klinik araştırmaların sadece bir parçasını oluşturur. Klinik araştırmalar bakımından özellik arz eden üç kavramdan söz edilmektedir: insan üzerinde deney (*Humanexperiment*), klinik deney (*klinisches Experiment*) ve tedavi amacıyla deneme (*Heilversuch/therapeutischer Versuch*). Klinik araştırma, tüm bunları bünyesinde ihtiva eden çatı kavramdır.⁴ İnsan üzerinde deney ile klinik deney, tedavi amacı olmaksızın deneye gönüllü olan kişinin üzerinde deney konusu hakkında bilgi elde etmek için yapılan araştırmalardır.⁵ Klinik deneyin farkı, insan üzerinde deneye nazaran daha ileri bir aşamayı ifade etmesidir.⁶ Buna karşılık tedavi amacıyla deneme, bir hastalığın teşhisi, tedavisi yahut önlenmesi amacıyla hastaya müdahalede bulunmak ya da hastayı tedavi etmek için yapılan

² Ersan Şen, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", in V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 591.

³ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (çevrimiçi), <<http://www.tdk.gov.tr>> Erişim Tarihi 26.03.2021.

⁴ Nitekim İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m. 10'da klinik araştırma dönemleri (Faz I, II, III, IV) hem insan üzerinde deneyi hem de denemeyi içerecek şekilde düzenlenmektedir. Doktrinde fazların Yönetmelik'te belirtilen özellikler doğrultusunda deney veya deneme aşamasına göre ayrılabilmesi ifade edilse de somut olayın özelliğine göre bir fazın kapsamında hem deneyin hem de denemenin söz konusu olabileceği savunulmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ezgi Cankurt, Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018), s. 321 vd.

⁵ Bernd-Rüdiger Kern ve Martin Rehborn, "Der Vertrag über Humanexperiment", in Laufs/Kern/Rehborn: Handbuch des Arztrechts, C.H. Beck, 2019, § 42 kn. 77; Erwin Deutsch ve Andreas Spickhoff, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Springer Verlag, 2014, Rn. 1335.

⁶ Cankurt, s. 317.

araştırmalardır.⁷ Uygulamada deney ile tedavi amaçlı denemeyi birbirinden ayırmak her zaman kolay değildir. Zira tıp biliminin gereklerinden ayrılan tedavinin hasta üzerinde onu sağlığına kavuşturmak amacıyla denemesi, kural olarak bu metodun başarıya ulaşması için yapılan çalışmaları da içerir ve başarıyla sonuçlanması hâlinde diğer hastalar bakımından da uygulama alanı bulur.⁸ Buna karşılık tedavi amaçlı denemenin, insan üzerinde deneye nazaran daha sık gündeme gelmesi, iyileşme ümidi olmayan hastalar üzerinde uygulanması, deneyde olduğu gibi daha hususi gerekçelere dayanmaması ve üzerinde deneme yapılacak kişilerin tesadüfi seçilmemesi (*Zufallsprinzip*) deney ile denemeyi birbirinden ayıran özellikler olarak öne çıkmaktadır.⁹

İnsan üzerinde deney, deneyin yapılma amacı ile tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren şartlardan müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun yapılması¹⁰ ve endikasyonun (zorunluluğun)¹¹ bulunması şartlarının mevcut olmaması bakımından sözlükteki genel tanımdan ayrılır¹². Bu bakımdan insan üzerinde deneyin de tıp bilimiyle ilgili olduğu hâllerde bir tıbbi müdahale teşkil ettiği ifade edilmelidir. Ancak buradaki müdahale deneysel müdahale (*experimenteller Eingriff*) olup tıp biliminin gereklerine uygun şekilde standart hâle gelmiş tıbbi müdahalelerden farklılık arz eder.¹³ Zira buradaki tıbbi müdahale şahsi tedavi amacına değil, henüz tıp biliminin gereklerine uygun olmayan bir metodun bu gerekleri karşılama için araştırma yapılması ve bilimsel bulguların elde edilmesi amacına yöneliktir.¹⁴ Bir diğer ifadeyle tıp

⁷ Kern ve Rehborn, § 42 kn. 77; Deutsch ve Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 1332.

⁸ Heider Thomas, Zufallsfunde und Zufallsbefunde in der medizinischen Forschung, Nomos, 2018, s. 38; Nitekim tıbbi deneylerin söz konusu olduğu durumlarda doktorlar hem tıbbi araştırma yaparak bulgular elde etmekte hem de bu bulguları hususi olarak hastaların tedavisinde denemektedirler. Bkz. Jürgen Helle, Jürgen Frölich ve Hans Haindl, “Der Heilversuch in der klinischen Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten”, 2002, 12, NJW, s. 860.

⁹ Erwin Deutsch ve Andreas Spickhoff, “Einleitung”, in Medizinrecht, 3. Auflage, C.H. Beck, 2018, 1 Rn. 64.

¹⁰ Nina Schrott, Intersex-Operationen, Nomos, 2020, s. 260.

¹¹ Nitekim Anayasa başta olmak üzere tıbbi zorunluluk veya gereklilik şartlarını ihtiva eden çeşitli düzenlemeler mevzuatta yer almaktadır. Bu istikamette bkz. Anayasa m. 17/2, TCK m. 99/2 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m. 12.

¹² Barış Erman, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in Özel Ceza Hukuku: Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 240; Eric Hilgendorf, Alman Tıp Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Salih Oktar, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, s. 37, kn. 19.

¹³ Kern ve Rehborn, § 42 kn. 78.

¹⁴ Thomas, s. 40; Lipp, XIII kn. 41; Schrott, s. 260; İnsan üzerinde deneyin belirleyici özelliği

biliminin gereklerine uygun tıbbi müdahalede müdahale standart olup hastanın tedaviye olumlu cevap verip vermeyeceği meçhul iken deneysel müdahalede müdahalenin bizatihi kendisi tıp biliminin gereklerine uygun değildir.¹⁵ Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren şartların insan üzerinde deneyde söz konusu olmaması, bu tarz deneyleri hukuka uygun hâle getirebilmek için özel düzenlemelerin sevk edilmesi zaruretini doğurmuştur.¹⁶ Bu çalışmanın kapsamını Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçu oluşturduğundan bu suç tipinin unsurları incelenecektir.

I. İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

İnsan üzerinde deney suçunun tarihî gelişimine bakıldığında insan üzerinde deneyin ilk olarak 1767 tarihli *Baker/Stapelton* davasında cezalandırıldığı görülmektedir.¹⁷ Bununla birlikte bu dönemde cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için yaralama suçuna ait neticenin meydana gelip gelmediğine bakılmaktaydı. 19. yüzyıla gelindiğinde 1833 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin ordu cerrahı olan *William Beaumont* insan üzerinde araştırma yapabilmek için üzerinde araştırma yapılan kişinin gönüllü olması gerektiğini savunmuştur.¹⁸ 1900 yılında Prusya Başkanlığı tarafından tanı, tedavi ve aşılama gibi tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının alınmasının gerekliliği ifade edilmiştir.¹⁹

20. yüzyıla gelindiğinde insan üzerinde deneyin ve etik ilkelerinin ciddi şekilde ilk tartışıldığı olaylar Nuremberg Mahkemesi ve *Tuskegee* deneyidir.²⁰

esasen bilimsel araştırma amaçlarına yönelmesidir. Ancak bu, şahsi iyileştirme amacının güdülmediği anlamına gelmez. Şahsi iyileştirme amacının tali bir şekilde mevcut olmasında beis yoktur. (bkz. Detlev Sternberg-Lieben, "Körpervletzung", in Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar, 30., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2019, § StGB 223 kn. 50a.)

¹⁵ Kern ve Rehborn, § 42 kn. 78.

¹⁶ Endikasyonun söz konusu olmadığı tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacağından endikasyon olmayan tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hâle getirmek için kanunda ilgili müdahalenin açıkça düzenlenmesi gerekir. Bkz. Hakan Hakeri, Tıp Hukuku: El Kitabı, Güncellenmiş 21. Baskı, Seçkin, 2020, s. 246.

¹⁷ Hakeri, El Kitabı, s. 516.

¹⁸ Hilal Yüksel, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 8.

¹⁹ Yüksel, s. 8.

²⁰ Ayşe Almula Pazarıcı, "Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Kaynaklar Çerçevesinde İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Kavramları", 2012, 2(2), Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, s. 34.

İkinci Dünya Savaşı sonunda Almanya’da kurulan mahkemede, yirmi üç Alman tıp doktoru toplama kamplarında insan üzerinde deney yapmayı planlamak ve deney yapmak suçlarından yargılanıp on dokuz doktor bu suçlardan dolayı cezalandırılmıştır.²¹ *Tuskegee* deneyi ise 1932-1972 tarihleri arasında gerçekleşmiş ve insan üzerinde deney için etik kuralların ne kadar gerekli olduğunu insanlığa göstermiştir.²² Bu deney kapsamında üzerinde araştırma yapılan hastalığın tedavisi bulunmasına rağmen üzerinde deney yapılan kişilere bu durumun bildirilmemesi neticesinde çok sayıda insan ölmüştür.²³

Bunların dışında etik açıdan oldukça problemlili olan insan üzerinde deneyler gündeme gelmeye devam etmiştir. Bunların arasında bahsedilmeye değer olanlardan biri de 1927 senesinde Berlin’de cereyan eden araştırma etiği skandalıdır (*Forschungsethik-Skandal*). D vitamini üzerine araştırmalar yapan bir grup çocuk doktoru, araştırmalar sırasında deneyleri yüz fare ve yirmi çocuk üzerinde gerçekleştirdiklerini not düşerek meselenin korkunçluğunu lafzi olarak da gözler önüne sermişlerdir.²⁴ Deneyler sürdürülürken bilhassa sosyokültürel seviyesi düşük ailelerin çocukları ile öksüz yahut yetimler kullanılmış ve bu çocuklar D vitamininin düşük seviyede olduğu ihtimalde sonuçların nasıl olacağını test etmek için kasti olarak güneş ışığından mahrum bırakılmıştır.²⁵ Sonuç itibarıyla bu deneyler ile çocukların insan haysiyeti ihlal edilmiştir.²⁶

Bunların haricinde de bu alanın sıkı sıkıya düzenlenmesi sonucunu doğuracak deneyler meydana gelmiştir. Bunlara örnek olarak Almanya’nın Lübeck şehrinde gerçekleşen, iki yüz elli çocuğun hasta olmasına ve yetmiş çocuğun ölmesine neden olan aş skandalı; Amerika Birleşik Devletleri’nde yer alan Philadelphia eyaletinde çeşitli deneyler için öksüz çocukların kullanılması; yine Amerika Birleşik Devletleri’nde 2004 senesinde yeni

²¹ Yüksel, s. 9.

²² Nitekim üzerinde deney yapılan kişilerin madden ve manen oldukça muhtaç durumda olması, bu gerekliliği göstermektedir. (bkz. Volker Roelcke, *Vom Menschen in der Medizin, Psychosozial-Verlag*, 2017, s. 111.)

²³ Erman, s. 247.

²⁴ Andreas Frewer, “Menschenwürde und Humanexperimente Gefährliche Versuche an Menschen”, in Jan C. Joerden, Eric Hilgendorf, Natalia Petrillo, Felix Thiele (eds), *Menschenwürde und moderne Medizintechnik, Nomos*, 2011, s. 264.

²⁵ Frewer, s. 264.

²⁶ Frewer, s. 265.

ilaçların test edilmesi için yetimhanedeki çocukların kullanılması verilebilir.²⁷

Yakın zamanda cereyan eden bu olaylar insan üzerinde deneyin yapılış şekli ile alakalı hem ulusal hem de uluslararası alanda kamuoyu yaratmış ve meseleye atfedilen önemden dolayı ayrıntılı hukuki düzenlemeler sevk edilmiştir.²⁸ Bu bakımdan 765 sayılı Kanun döneminde insana atfedilen önemden dolayı insanın denek olarak kullanılamayacağı anlayışı hâkim olduğu ifade edilmekteydi ve özel bir suç tipi sevk edilerek hangi durumlarda insan üzerinde deneyin cezai sorumluluktan muaf olacağı düzenlenmemiştir.²⁹ 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden ve insan üzerinde deney suçunu tanzim edip riayet edilmesi gereken şartları belirtmesinden önce, normlar hiyerarşisinde daha alt basamaklarda yer alan düzenlemeler ile uygulamada insan üzerinde deneyin yapılmasına imkân sağlanmıştır. TCK m. 90'ın yürürlüğe girmesiyle söz konusu uygulama, kanuni bir temele de sahip olmuştur. Tarihi gelişim başlığı altında kısaca bahsedilen uluslararası ve Türk hukukundaki kaynaklara takip eden başlıkta değinilecektir.

II. İNSAN ÜZERİNDE DENEYİ DÜZENLEYEN KAYNAKLAR

A. Uluslararası Kaynaklar

İnsan üzerinde yapılan deneylere ilişkin etik düzenlemeler ve bilgilendirilmiş rıza ilk defa *Nuremberg Kodeksi*'nde yer almıştır.³⁰ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra tıbbi araştırmaların artması ve çeşitlenmesiyle bu araştırmalarda insanlar da kullanılmaya başlanmış, bu da beraberinde insan üzerinde deneye ilişkin etik ve ahlaki problemleri getirmiştir.³¹ Nuremberg Kodeksi'nden sonra insan üzerinde deneyle alakalı etik problemler üzerinde daha teferruatlı tartışılmış ve bu tartışmaların neticesinde 1964 senesinde Dünya Tabipler Birliği (*World Medical Association*) tarafından insan üzerinde deneyle ilgili etik kuralları içeren *Helsinki Deklarasyonu* ihdas edilmiştir.³² Deklarasyon'da üzerinde deney yapılan insanın haklarının olduğu

²⁷ Frewer, s. 265.

²⁸ Erman, s. 247.

²⁹ Erman, s. 247.

³⁰ Ezgi Aygün Eşitli, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, Yetkin Yayınları, 2012, s. 28.

³¹ Dale H. Kowan, "Human Experimentation: The Review Process in Practice", 1975, 25(3), *Case Western Law Review*, s. 534.

³² Kowan, s. 534.

bilhassa vurgulanmış ve aydınlatılmış rızanın önemine dikkat çekilmiştir.³³ Deklarasyon'un hukuki bağlayıcılığı olmamasına karşılık, Deklarasyon'da yer alan öneri mahiyetindeki ilkeler muhtelif ulusal hukuk düzenleri ile uluslararası hukuk düzenini etkilemiştir.³⁴

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesi hiç kimse “...serbestçe verdiği rızası bulunmadan tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulamaz.” hükmüyle rızaya dayanmayan deneyi yasaklamaktadır. Sözleşme'nin bu düzenlemesinin sonucu olarak rızaya dayanmayan deneyin işkence teşkil ettiği belirtilmektedir.³⁵

Tıp etiği ve deneylerin yapılmasındaki etik kuralları düzenleyen Helsinki Bildirgesi, Belmont Raporu, İyi Klinik Uygulamalar Kılavuzu, UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Deklarasyonu gibi çeşitli kaynaklar da mevcuttur.

İnsan üzerinde deney konusunu düzenleyen uluslararası kaynaklar arasında değinilmesi gereken son kaynak Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi)'dir. Bu Sözleşme 03.12.2003 tarihinde Türkiye adına da onaylanmış ve Anayasa m. 90 gereği iç hukuk kuralı hâline gelmiştir. Sözleşme'nin daha sonra çıkan Ek Protokol'ü de 28.01.2011 tarihinde 6212 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme'nin “Bilimsel Araştırmalar” başlıklı 5. bölümüne göre biyoloji ve tıp alanındaki bilimsel araştırmalar, Sözleşme'nin kapsamındaki deneylerdir. Bu Sözleşme'nin maddelerine suç incelenirken gerekli yerlerde değinilecektir.

Sözleşme maddeleriyle TCK'nin maddeleri arasında uyumsuzluklar olduğunda hangi hükümlerin uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Anayasa m. 90/5 dikkate alındığında Biyotıp Sözleşmesi iç hukuk kuralı hâline gelmiştir. Bununla birlikte Biyotıp Sözleşmesi insan haklarına ilişkin düzenlemeler içerdiği için kanunların Sözleşme hükümlerine aykırı olduğu ihtimalde uluslararası antlaşmaya üstünlük tanınması gerekir. Ancak konu suç teşkil eden bir fiil olduğunda bu çatışmayı yorumlarken suçta ve cezada kanunilik ilkesini de dikkate alarak çözüme ulaşılmalıdır.

³³ Kowan, s. 534.

³⁴ Lipp, XIII kn. 3.

³⁵ Erman, s. 251.

TCK ile Biyotıp Sözleşmesi arasındaki uyumsuzluk şu şekillerde ortaya çıkabilir: Eğer TCK'nin düzenlemesi, Biyotıp Sözleşmesi'ndeki hükümden daha kısıtlayıcıysa TCK'nin uygulanması söz konusu olur. Zira deneyin daha sıkı şartlara bağlı olması temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından daha olumludur.³⁶

Biyotıp Sözleşmesi ile TCK arasında oluşabilecek diğer çelişkili durum ise Sözleşme hükümlerinin TCK'ye oranla daha ağır şartlara bağlı olduğu olasılıktır. Bu durumda Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırı davranmak hukuka aykırılık oluşturacaktır.³⁷ Ancak bu aykırılık ceza hukuku boyutunda bir ihlalden ziyade özel hukuk ya da idare hukukuyla yaptırıma tabi tutulabilecek bir ihlaldir.³⁸ Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırı davranışın ayrıca ulusal hukukta cezai müeyyideye tabi olması gerekmektedir. Bu konuya aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk hukukundaki mevcut düzenlemelere bakıldığında başta 1982 Anayasası olmak üzere muhtelif hükümlere rastlanmaktadır. Bu kapsamda TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçu büyük önem arz eder. Türk ceza hukukunda 5237 sayılı TCK yürürlüğe girene kadar insan üzerinde deney yapmak ancak netice olarak yaralanma ya da ölümün meydana geldiği ihtimalde bu suçlardan dolayı cezalandırılıbiliyordu³⁹. Bunun nedeni, 765 sayılı Kanun'da insan üzerinde deney suçunu açıkça düzenleyen bir hükmün var olmamasıdır. 5237 sayılı TCK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte insan üzerinde deney, Kanun'un 90. maddesinin 1. fıkrasında ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu⁴⁰ (SHTK), Tıbbi Deontoloji

³⁶ Benzer görüş için bkz. Şen, s. 627.

³⁷ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 423

³⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 424.

³⁹ Erman, s. 248.

⁴⁰ RG, T. 15.05.1987, S. 19461

Nizamnamesi⁴¹, Hasta Hakları Yönetmeliği⁴² (HHY), Tıbbi Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği⁴³, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik⁴⁴ (İBUKAY) Türk Ceza Kanunu'na ek olarak bu konuyla ilgili düzenlemelerin yer aldığı mevzuattır. Bu çalışmada insan üzerindeki deney suçu esasen Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği için bu Kanun kapsamında açıklama yapılacaktır da bu Kanun dışındaki düzenlemelere de gerektiğinde değinilecektir.⁴⁵

III. İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKLARI

A. İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90/1) ile İnsan Üzerinde Deneme Suçu (TCK m. 90/4) Arasındaki Farklar

Türk Ceza Kanunu'nun "İnsan üzerinde deney" başlıklı 90. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrasında insan üzerinde deney suçunun; dördüncü fıkrasında ise insan üzerinde deneme suçunun unsurları düzenlemektedir. Bu hâliyle madde başlığının, maddenin içeriğini tam olarak yansıtmaması nedeniyle isabetsiz olduğu ifade edilmelidir.⁴⁶

TCK m. 90'ın gerekçesine bakıldığında "deney" kavramının bilimsel çalışmanın ilk aşaması olarak kullanıldığı ifade edilmektedir. Buna karşılık deneme, deneyde elde edilen başarıların belirli bir ağırlığa ulaştıktan sonra hastalığın tedavisi için kesin olmasa da tedavi için kullanılabilir bir düzeye gelmiş olmasını ifade eder.⁴⁷ Alman hukukunda ise deney ve deneme açısından ayırım yapılırken deney, bilimin gelişimi için yapılan araştırma olarak tanımlanırken deneme ise somut bir hastalığa tedavi olması için kullanılan

⁴¹ RG, T. 19.02.1960, No. 10436; Tüzüğün 11. maddesi ile TCK m. 90 arasında çelişki vardır. Tüzük, bilimsel deneylere mutlak surette izin vermemekte, denemelere ise tedavi amacı başta olmakla birlikte belirli şartların varlığı hâlinde izin vermektedir. Her iki düzenleme hâlihazırda yürürlükte olsa da normlar hiyerarşisi uyarınca TCK m. 90'ın, Tüzüğün 11. maddesini zımnen ilga ettiği ifade edilmelidir. (bkz. Erman, s. 248.)

⁴² RG, T. 01.08.1998, S. 23420.

⁴³ RG, T. 06.09.2014, S. 29111.

⁴⁴ RG, T. 13.04.2013, S. 28617.

⁴⁵ Mevzuatlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarıcı, 30 vd.

⁴⁶ Sinan Bayındır, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)", 2018, 24(1), MÜHFHAD, s. 78; Mehmet Fırat Subaşı, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", 2021, 29(1), SÜHFD, s. 88-89; Tuba Özalp ve Faruk Özalp, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet, 2016, s. 178-179.

⁴⁷ Bkz. TCK m. 90'ın gerekçesi.

bir yöntem olarak tanımlanmıştır.⁴⁸ Bundan hareketle *Erman*, tedavi amaçlı yapılan denemenin, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun olması şartını taşımamasına karşılık somut olayda hastanın aydınlatılmış rızasının alınması hâlinde denemenin muhakkak deneyden sonraki aşamayı ifade etme zorunluluğunun olmadığını savunmaktadır.⁴⁹ Bu görüşe göre hastanın aydınlatılmış rızasının ve tedavi amacının varlığı hâlinde insan üzerinde deneme yapmak için bunun öncesinde yapılan bir deneyin varlığı zaruri değildir.

İnsan üzerinde deneme suçu için Kanun “*tedavi amaçlı deneme*” ifadesini kullanarak manevi unsur olarak amaç aramaktayken,⁵⁰ insan üzerinde deney suçunun kasten işlenmesi yeterlidir.

Giriş kısmında detaylıca bahsettiğimiz üzere iki suç arasındaki temel fark, insan üzerinde deney suçu bilimsel deneyin her türlü konusu için geçerliken insan üzerinde deneme suçu sadece tıbbi müdahalelerde geçerli olmasıdır.⁵¹ Buna ilave olarak denemede amaç iyileştirme iken deneyde araştırmadır.⁵² Ayrıca Kanun’da deneyin bilimsel olması aranmaktayken denemenin bilimsel olması gerektiği ifade edilmediğinden bilimsel olmayan denemeler TCK m. 90/4’ün kapsamında değil, yaralama veya öldürme suçları kapsamında değerlendirilir.⁵³

B. İnsan Üzerinde Deney Suçu ile Kastin Yaralama Suçu Arasındaki Farklar

Her iki suç da vücut dokunulmazlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Kastin yaralama suçuyla insan üzerinde deney suçu arasındaki temel fark, kastin yaralama suçu neticeli bir suç olarak düzenlenmişken, insan üzerinde deney suçu sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. İki suç

⁴⁸ Hans-Ludwig Shreiber, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, Veli Özer Özbek (çev), in Yener Ünver (ed), Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, 2004, s. 94.

⁴⁹ Erman, s. 243.

⁵⁰ Yener Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 155.

⁵¹ Selman Dursun, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları ile İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Arasındaki İlişki”, Temmuz 2008, 3(6), Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, s. 12; Deney ve denemenin benzerlik ve farklılıklarına ilişkin detaylı açıklama için bkz. “Giriş” kısmındaki açıklamalar.

⁵² Erman, s. 243.

⁵³ Bayındır, s. 95.

arasındaki diğer fark ise insan üzerinde deney suçunun tüzel kişilerin faaliyeti altında işlenmesi hâlinde güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesidir. Kasten yaralama suçu ile insan üzerinde deney suçu arasındaki ilişki, içtima kısmında ayrıca değerlendirilecektir.

C. İnsan Üzerinde Deney Suçu ile İnsanlığa Karşı Suçlar Arasındaki Farklar

İnsanlığa karşı suçlar TCK'nin 77. maddesinde “*Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur...*” şeklinde tipikliğin unsurları ifade edilerek 77. maddenin (a) ilâ (h) bentleri arasında bu unsurları taşıdığı takdirde insanlığa karşı suç teşkil edecek suçlar belirtilmektedir. Bu çalışma kapsamında 77. maddenin (e) bendindeki “*bilimsel deneylere tabi kılma*” ifadesi üzerinde durulmalıdır. Bir plan doğrultusunda ve siyasi, felsefi, irki, dini saiklerle sistematik olarak insan üzerinde gerçekleştirilen deneyler TCK m. 77/1-e uyarınca cezalandırılırken bu kapsamda gerçekleştirilen deneyler TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçunun konusunu da oluşturur.⁵⁴

IV. İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İnsan üzerinde deney suçunun birçok hukuki değeri doğrudan ya da dolaylı olarak koruduğu ifade edilmektedir. Öncelikle bu suç ile korunan hukuki değer, suçun düzenlendiği yerin “*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*” başlıklı olması nedeniyle kişinin vücut dokunulmazlığı/bütünlüğüdür.⁵⁵ Bununla birlikte bireyler, insan olmalarından dolayı obje konumuna indirgenemezler. Bu suç tipiyle kişilerin nesne hâline getirilmemeleri amaçlandığından insan

⁵⁴ Aysun Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011), s. 160.

⁵⁵ Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90)”, in Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 550; Uğur Güner, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90)”, Aralık 2015, 10(29), CHD, s. 326; Gülşah Güven, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. Maddesi ile Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza”, 2016, 90(4), İstanbul Barosu Dergisi, s. 221; Güçlü Akyürek, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları”, Aralık 2014, 9(100), Terazi Hukuk Dergisi, s. 9; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu: 3. Cilt, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet, 2014, s. 3129; Subaşı, s. 89.

haysiyetinin de bu suçla korunan hukuki değerlerden olduğu belirtilmektedir.⁵⁶ Ayrıca kişinin yaşam hakkı⁵⁷ ile birlikte deney sırasında öğrenilecek bilgilerin korunması açısından kişisel verilerin de korunduğu kabul edilmektedir.⁵⁸ Bunun dışında bilimsel deneylerin hukuka uygun şekilde yürütülebilmesi temin edildiğinden bu suç ile korunan diğer bir hukuki değer de bilimsel çalışma özgürlüğü olduğu iddia edilmektedir.⁵⁹

Kanaatimizce insan üzerinde deney suçu bakımından esas alınması gereken hukuki değerler, **vücut dokunulmazlığı ve yaşam hakkıdır**.⁶⁰ Her deneyin sonucunda yaralanma ve ölüm neticelerinin meydana gelmemesi, bu görüşümüz ile çelişmemektedir. Zira bu neticelerin ortaya çıkma tehlikesi de bu suç tipiyle korunmaktadır. Vücut dokunulmazlığı ile yaşam hakkı dışında bu suçla korunduğu iddia edilen hukuki değerler ancak tali nitelikte olabilir. Bu itibarla insan haysiyeti, kişinin vücut dokunulmazlığına mündemiç korunmaktadır. Buna karşılık, kişisel verilerin ve bilimsel çalışma özgürlüğünün korunduğu görüşüne katılmıyoruz. Bilimsel çalışma özgürlüğü hâlihazırda Anayasa m. 27’de teminat altına alınmıştır. TCK m. 90 ile bilimsel çalışma özgürlüğünü kapsamında insan üzerinde yapılması planlanan deneylerin suç teşkil etmemesi için uyulması gereken kriterler ihdas edilmekte ve bunlara aykırılık hâlinde deney yapan kişi cezalandırılmaktadır. Keza kişisel verilere ilişkin olarak da TCK m. 90’da herhangi bir koruyucu düzenleme sevk edilmediği görülmektedir.⁶¹

Bu tespite binaen insan üzerinde deney suçunun varlığının gerekli

⁵⁶ Erman, s. 256; Güner, s. 326; Subaşı, s. 89; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3129; İnsan haysiyetine ek olarak kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının da bu suçla korunan hukuki değerlerden biri olduğu görüşü için bkz. Erman, 257; İnsan haysiyeti kavramının, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını da ihtiva ettiği görüşü için bkz. Bayındır, 85; İnsan üzerinde deney suçunun tasarıda “Kişi Hürriyetine Karşı Suçlar” bölümü altında düzenlenmesinin öngörülmesi, daha sonra “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümüne alınması dikkate alındığında kanun koyucunun kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına önem atfettiği görüşü için bkz. Erman, s. 256.

⁵⁷ Güven, s. 221; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3129.

⁵⁸ Özbek ve Doğan, s. 551.

⁵⁹ Gülsün Ayhan Aygörmöz Uğurlubay, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, 2015, 6 (3), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 170.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Özalp ve Özalp, s. 182.

⁶¹ Kişisel verilerin bu suçla korunan hukuki değer olmadığı görüşünde olan *Erman*, kişisel verilerin TCK m. 135-139 düzenlemeleri ile korunduğunu, bu maddelerin koruma alanına giren hareketlerin insan üzerinde deney kapsamında yapılması hâlinde içtima hükümlerinin gündeme geleceği görüşündedir. (bkz. Erman, s. 256.)

olup olmadığı tartışılmalıdır. Bunun nedeni, vücut dokunulmazlığı ile yaşam hakkını hâlihazırda koruyan yaralama ve öldürme suçlarının varlığıdır. Bu kapsamda bu suçların varlığına rağmen insan üzerinde deney suçunun vücut dokunulmazlığı ile yaşam hakkını korumak bakımından ayrıca gerekli olduğu ifade edilmektedir. Zira yaralama ve öldürme suçları zarar suçlarıdır. Bir diğer ifadeyle bu suçların söz konusu olabilmesi için yaralanma ve ölüm neticelerinin ortaya çıkması gerekir. Aksi takdirde suçlar teşebbüs aşamasında kalır. Buna karşılık insan üzerinde deney suçu, sırf hareket suçudur. Suçun gerçekleşmesi için herhangi bir zararın ortaya çıkması aranmadığı için bu suç bir tehlike suçudur. Bu yönü itibarıyla insan üzerinde deney suçu, yaralama ve öldürme suçlarına nazaran cezalandırılabilirliğin daha geniş olduğu bir suç tipidir. Buna istinaden kanun koyucunun insan üzerinde deneyin söz konusu olduğu hâllerde deneyin TCK m. 90/1'e aykırı olması ihtimalinde herhangi bir zararın ortaya çıkmasını aramaksızın failin haksızlık teşkil eden hareketini cezalandırmayı tercih ettiği, suçun bu özelliğinden dolayı yaralama ve öldürme suçlarından ayrıldığı ve varlığının gerekli görüldüğü ifade edilebilir. Dolayısıyla kanun koyucu, gerekli şartlara riayet edilmemiş deneyin başarıyla sonuçlanması ve herhangi bir yaralanma veya ölüm neticesinin ortaya çıkmaması ihtimalini de cezalandırarak bu suç tipinin gerekliliğini ortaya koymuştur.⁶² Buna ek olarak tıp biliminin gelişimi için çeşitli deneylerin insan üzerinde yapılmasının gerekliliği, insan üzerinde deneyin açıkça ve ayrı bir suç olarak düzenlenmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir.⁶³

V. TİPİKLİK

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail

Doktrinde bu suçun failinin kim olabileceği hususunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre insan üzerinde deney suçu özgü suçtur.⁶⁴ Bu görüşün dayanak noktası, bilimsel deney yapma faaliyetinin bilim insanları tarafından yürütülebileceği, bilim insanları tarafından yürütülmeyen deneyin

⁶² Güner, s. 327.

⁶³ Güven, s. 220.

⁶⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3130; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, 2010, s. 92; Aygün-Eşitli, s. 54; Necati Meran, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2008, s. 218; Akyürek, s. 9; Cankurt, s. 331.

bilimsel deney olamayacağı için suçun kapsamına girmeyeceğidir.⁶⁵ Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre kural olarak bu suçun faili **herkes** olabileceğinden suç, özgü suç değildir.⁶⁶ Zira özgü suçlarda failin insan olmak dışında özel ve objektif özelliklere de sahip olması gerekir.⁶⁷ Keza TCK m. 90/1 gibi, failin fiil unsuru üzerinden tanımlandığı suç tiplerinde özgü suçtan söz edilemez.⁶⁸ Bununla birlikte Kanun'da "...insan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi..." den bahsedilmektedir. Kişi, kimse, her kim gibi ifadeleri içeren kanun metinlerinin herkes tarafından işlenebilen suçların varlığına işaret ettiği dikkate alınmalıdır.⁶⁹ Bütün bu gerekçelere ek olarak Kanun'da belirtilen *bilimsel deney* ifadesi fiil unsuruyla ilgili olup tipik hareketin gerçekleşebilmesi için aranan bir şarttır.⁷⁰ Bu itibarla bilimsellik, deneyi niteleyen bir husus olup deneyi yürütecek kişinin herhangi bir bilim alanına mensup olmasını ve o alanda faaliyet göstermesini sonuçlamaz.⁷¹ Buna karşılık, kanuni düzenlemeler itibarıyla deney yapmak hususunda yetkilendirilen kişi veya kişilerin söz konusu olduğu hâller de bulunmaktadır.⁷² Yetkisiz kişilerin deney yapması TCK m. 90/2 ve m. 90/3 bakımından düzenlenmiş bir şart

⁶⁵ Aygün-Eşitli, s. 54.

⁶⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet, 2019, s. 270; Gökhan Taneri, Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge, 2015, s. 659; Hakeri, El Kitabı, s. 519; Özbek ve Doğan, s. 551; Ünver, Deney ve Deneme, s. 151; Bayındır, s. 89; Güner, s. 330; Güven, s. 221; Subaşı, s. 90; Erman s. 257-258.

⁶⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 273.

⁶⁸ Fail unsurunun fiil üzerinden tanımlandığı durumlarla ilgili ortaya atılan görüş için bkz. Klaus Tiedemann, Ekonomi Ceza Hukuku, Ayşe Nuhuğlu (çev), Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 129; Bu görüşü desteklemek için örnek olarak şu suçlar verilebilir: TCK m. 257'de tanzim edilmiş görevi kötüye kullanma suçunda failin kamu görevlisi olabileceği açıkça belirtilerek fiil unsuru üzerinden bir nitelendirme yapılmamıştır ve bu itibarla suç özgü suçtur. Buna karşılık TCK m. 141'de hırsızlık suçunun faili olarak başkasının taşınır malını zilyedinin rızası olmaksızın alan kişiden bahsedilmekte ve fail unsuru fiil üzerinden tanımlandığından bu suç herkes tarafından işlenebilmektedir. Keza aynı esas TCK m. 240'ta da söz konusudur. Mal veya hizmet satımından kaçınan kişinin bu suçun faili olacağı ifade edilerek fail, fiil unsuru üzerinden tanımlandığından bu suç da herkes tarafından işlenebilmektedir. Bkz. Can Eralp Elibol, Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m. 240), On İki Levha, 2021, kn. 70.

⁶⁹ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 1, 4., vollständige neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2006, § 10 Rn. 54.

⁷⁰ Ünver, Deney ve Deneme, s. 151; Erman s. 258.

⁷¹ Bayındır, s. 89.

⁷² Buna örnek olarak İBUKAY m. 13/3-a ile HHY m. 32/3 düzenlemeleri gösterilebilir.

olmaması nedeniyle doğrudan bu suçun kapsamında olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak bu deneyi yapmaya yetkisiz olan kişilerin TCK m. 90/2-a bakımından gerekli izni alması mümkün olmayacağı için izinsiz yapılan bu deney insan üzerinde deney suçunu oluşturur.

2. Mağdur

Bu suçun mağduru herkes olabilir. Suç ile insan üzerinde deney yapmak yasaklandığı için kişinin hayatta olması gerekir. Ölmüş kişiler üzerinde yapılan deneyler ve hayvanlar üzerinde yapılan deneyler bu suçun kapsamında değerlendirilemez.⁷³ Deneylerin cesetler üzerinde yapıldığı ihtimalde kanuni unsurları gerçekleşirse kişinin hatırasına hakaret suçu gündeme gelebilir.⁷⁴ Buna ek olarak bu suçun mağduru ancak yaşayan bir insan olabileceğinden ve embriyo⁷⁵ ile cenin insan olmadığından bu suçun mağduru olarak nitelendirilemezler.⁷⁶ Buna karşılık tüp bebekler bakımından tüp bebeğin nakli gerçekleştikten sonra bunların da suçun mağduru olabileceği doktrinde savunulmaktadır.⁷⁷

Kanun bu suçtan dolayı mağdur olmak için özel bir şart aramasa da mağdurun çocuk olması durumunda deneyin suç teşkil etmemesi için TCK m. 90/2'de yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin yanı sıra TCK m. 90/3'te yer alanların da varlığını aramaktadır.

Belirtmek gerekir ki bu konudaki diğer hukuki düzenlemeler, deney yapılacak kişilerin özelliklerine göre farklılık arz edebilmektedir. Deney yapılan kişinin çocuk olması, gebe, lohusa veya emziren kadın olması (Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 18), kısıtlı olması (İBÜKAY m. 8), yoğun bakımda olan bir kişi olması (Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 19) gibi durumlarda deney yapmanın farklı şartları mevcuttur.⁷⁸ Kişinin hükümlü olması durumunda Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 78/3 uyarınca “*rızası olsa bile hiçbir hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz.*” denilerek hükümlülerin söz konusu olduğu hâllerde tıbbi

⁷³ Güner, s. 331; Bu doğrultuda otopsi sırasında yapılan deneyler de yaşayan insan üzerinde yapılmadığı için bu suçun mağdur unsuru teşekkül etmez. Bkz. Güven, s. 222; Hakeri, El Kitabı, s. 522.

⁷⁴ Erman, s. 260.

⁷⁵ Hilgendorf, s. 127, kn. 30.

⁷⁶ Güven, s. 224.

⁷⁷ Cankurt, s. 349.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 411 vd.

deneyin hiçbir şekilde yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.⁷⁹ Ancak ifade ettiğimiz üzere deney kavramı sadece tıbbi deney ile sınırlı değildir. Bu takdirde hükümlüler bakımından tıbbi deney söz konusu olmasa da diğer deneylerin yapılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte Kanun'da yalnızca hükümlülerden söz edildiğinden tutuklular yahut gözaltına alınanlar üzerinde insan üzerinde deney yapılabilecektir.⁸⁰

3. Konu

Suçun konusu insandır. Burada insanın bedeni üzerinde yapılan deneylerin yanı sıra insanın psikolojisi üzerinde yapılan deneyler de suçun konusunu oluşturmaktadır.⁸¹ Doktrinde azınlıkta olan bir görüş, suçun konusunun sadece insan vücudu olduğunu savunmaktadır.⁸² Ancak TCK m. 90/1'de deneyin insanın üzerinde yapılmasından bahsedildiği için suçun konusunu insan bedeni ile sınırlamak mümkün değildir.

İnsanın bedeni üzerinde yapılan deneyler bakımından bu suçun oluşabilmesi için bedensel bütünlüğün söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda ortaya atılan bir görüşe göre insan bedeninden ayrılmış kıl, saç, sperm ve kan gibi⁸³ parçalar, madde metninde açıkça “insan bedeni”nden söz edildiği için suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak bu suçun konusunu oluşturmaz.⁸⁴ Diğer bir görüşe göre insan vücudundan ayrılan parçalar üzerinde yapılan deney de bu suçun konusunu oluşturur.⁸⁵ Kanaatimizce de insan bedeninden ayrılmış olan parçalar insan üzerinde deney suçunun konusunu teşkil eder. TCK m. 90/1'de “insan üzerinde” yapılan deneyden söz edilmektedir. Dolayısıyla bu suçun konusu insan bedeni ile sınırlandırılmamıştır. Bu itibarla kanunilik ilkesinin katı yorumlanması

⁷⁹ Doktrinde ortaya atılan bir fikre göre Biyotıp Sözleşmesi m. 20'de hükümlüler üzerinde deney yapılabilmesine olanak tanınmasına ve AY m. 90/5 uyarınca Sözleşme hükümlerinin iç hukuk hükmü gibi uygulanacağı belirtilmesine rağmen CGTİHK m. 78/2'de hükümlüler üzerinde deney yapılamayacağı düzenlemesi özgürlükler bakımından daha ileri bir düzenleme olup bunun esas alınması gerekir. İlgili görüş için bkz. Cankurt, s. 365.

⁸⁰ Düzenlemenin bu nedenle eksik olduğu görüşü için bkz. Remzi Demir, Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Adalet, 2019, s. 278-279.

⁸¹ Ünver, Deney ve Deneme, s. 152; Özbek ve Doğan, s. 551; Bayındır, s. 93; Yüksel, s. 44; Erman, s. 263; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3130; Aksi yönde bkz. Subaşı, s. 91-92.

⁸² Meran, s. 212.

⁸³ Bayındır, s. 93.

⁸⁴ Güner, s. 328; Erman, s. 260; Bayındır, s. 93; Subaşı, s. 91.

⁸⁵ Cankurt, s. 371.

ile insandan sâdır olan parçaların kişinin üzerinde olmamasından bahisle bu suçun konusunu oluşturmayacağını ifade etmek isabetli değildir. Her ne kadar kişinin vücudundan ayrılmış bir parça olsa da sonuç itibarıyla elde edilen ürün o kişiden kaynaklanmıştır ve biyolojik bir üründür. Nitekim kök hücre tedavi araştırmaları kapsamında yapılan deneyler TCK m. 90/1'in konusunu oluşturur.⁸⁶ Bununla birlikte bu görüşümüz, korunan hukuki değerın vücut bütünlüğü olması gerektiği görüşümüz ile çelişmektedir. Zira vücut bütünlüğünün kapsamının insandan sâdır olan biyolojik ürünleri de ihtiva edecek şekilde geniş yorumlanması normun koruma amacına uygundur.

Suçun konusu bakımından suçlar zarar suçu ve tehlike suçu olarak ikiye ayrılmaktadır. Tehlike suçları da soyut tehlike suçu ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. İnsan üzerinde deney suçunda ortaya çıkması gereken herhangi bir zarar veya somut bir tehlike öngörülmemektedir. Bu nedenle suç **soyut tehlike suçudur**.⁸⁷ Dolayısıyla tipiklikteki hareketin yapılmasıyla suç oluşacaktır.

4. Fiil

TCK'nin 90. maddesinin 1. fıkrasında “...*insan üzerinde bilimsel deney yapan kişi...*” ifadesiyle fiilin bilimsel deney yapmak olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla fiil unsurunun oluşması için öncelikle bir deney olmalı ve bu deney bilimsel olmalıdır. Deneyin ne anlama geldiği hususundaki açıklamalar ilgili başlıkta yapıldığı için fiil başlığı altında bunun üzerinde tekrar durulmayacaktır.

Bir deneyin bilimsel addedilebilmesi için bilimsel içerikli bir konuda bilimsel araştırma metotlarının kullanılması ve bilimsel bir sonuç almak için⁸⁸ yapılan bir faaliyet olması gerekir.⁸⁹ Dolayısıyla TCK m. 90'ın gerekçesinde sadece tıp biliminden bahsedilmesi maddenin kapsamının daraltılarak

⁸⁶ Cankurt, s. 392; Kök hücrelerin, Alman hukukunda tıbbi araştırmaların konusunu teşkil edebilmesine imkân sağlayan düzenlemeler için bkz. Hilgendorf, s. 132-133, kn. 55-57.

⁸⁷ Aygörmöz-Uğurlubay, s. 172; Hakeri, El Kitabı, s. 521; Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 271; Taneri, s. 660; Özalp ve Özalp, s. 184; Akyürek, s. 10; Güven, s. 222; Güner, s. 329; Bayındır, s. 96; Erman, s. 265.

⁸⁸ Bilimsel amacın varlığını esas alan görüş için bkz. Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 270.

⁸⁹ Altunkaş, s. 269; Şen, s. 592; Hakeri, El Kitabı, s. 519; Bu bakımdan hem benimsenen metot hem objektif olarak değerlendirilmek kaydıyla güdülen amaç hem de doğacak sonuçların bilimsel olarak anlamlı olması kriterlerinin benimsenmesi mümkündür. Bilimselliğin nasıl tespit edileceği ile ilgili görüşler için bkz. Erman, s. 262-263.

yorumlanmasına sebep olabilecek hatalı bir kullanımdır. Tıp biliminin yanı sıra kriminolojide, adli tıpta, sporda, askeri alanda ve uzayla ilgili yapılan deneyler de bilimsel deney olarak bu suçun kapsamına girer.⁹⁰

Kanun'da insan üzerinde deney suçunun ne şekilde işlenebileceği kesin olarak belirtilmediğinden bu suç, **serbest hareketli** bir suçtur.⁹¹

Suçun fiil unsuru deney yapmak olup deney yapmak niteliği itibarıyla aktif bir hareket olduğundan bu suç, **icrai hareketle** işlenebilen bir suçtur.⁹² Buna karşılık doktrinde bu suçun hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebileceği görüşü savunulmaktadır.⁹³ Kanaatimizce bu suç, yalnızca icrai hareketle işlenebilen bir suçtur. Nitekim Kanun'da bu suçun failin pasif kalması suretiyle işlenebileceğine dair herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bilakis Kanun'da deney "yapmaktan" bahsedilmekte, bir işi yapmak da aktif birtakım hareketlere işaret etmektedir. Bu bakımdan deney yapmak fiilinin tabiatı itibarıyla ihmali olamayacağı kanaatindeyiz. Üzerinde deney yapılan kişinin deney sırasında rızasını geri alması hâlinde de suç, ihmali hareketle işlenmemektedir. Zira bu aşamadan sonra da failin deney yapmak yönünde aktif hareketlerde bulunması gereklidir.

Hareketin niteliğine göre tartışmalı olan bir diğer husus, insan üzerinde deney suçunun ani hareketli mi, yoksa mütemadi hareketli bir suç mu olduğudur. Bir görüşe göre bu suç ani hareketlidir.⁹⁴ Bir diğer görüşe göre insan üzerinde deney suçu hem ani hareketlidir hem de uzun süre kesintisiz devam eden deneyler bakımından mütemadi suçtur.⁹⁵ Öncelikle belirtmek gerekir ki aynı fiilin aynı anda hem ani hem de mütemadi olması mümkün değildir. Kanaatimizce deney yapmak, belli bir sürece işaret eder. Bu bakımdan deney kapsamında yapılması gerekenler, ceza hukukunda **mütemadi suç** bağlamında uzun bir süre olarak kabul edilmelidir. Buna göre deneyin yapılmaya başlanması ile bu suç tamamlanır ancak sona ermez. Zira deney,

⁹⁰ Şen, s. 592; Akyürek, s. 9; Güven, s. 222; Bayındır, s. 94; Hakeri, El Kitabı, s. 521; Taneri, s. 659.

⁹¹ Subaşı, s. 92; Erman, s. 263; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3130; Özalp ve Özalp, s. 184.

⁹² Akyürek, s. 10; Subaşı, s. 92.

⁹³ Bayındır, s. 96; Erman, s. 264.

⁹⁴ Bu görüşte olan *Subaşı*, deneylerin uzun sürdüğü ihtimalde zamanaşımı süresinin uygulanması bakımından mütemadi suç hükümlerinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. (bkz. Subaşı, s. 92.); Akyürek, s. 10.

⁹⁵ Bayındır, s. 96.

yapılmaya devam edilmektedir. Deneyi sonlandıran işlemin yapılmasıyla suç sona erer. Bu görüşün sonucunda deney yapılmaya başlandığı anda suç tamamlandığından artık suça teşebbüs mümkün değildir. Bununla birlikte suça şerik olarak iştirak etmek, deneyi sonlandıran işlemin yapıldığı ana kadar mümkündür.

5. Netice

İnsan üzerinde deney suçu sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. Suçun gerçekleşmesi için ayrıca bir neticenin ortaya çıkması aranmamaktadır. Bununla birlikte yaralanma ve ölüm neticesinin gerçekleştiği durumlar için TCK m. 90/5'te kasten yaralama veya öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi içtima başlığı altında verilecektir.

6. Suçun Nitelikli Hâlleri

Kanun'da insan üzerinde deney suçu için herhangi bir nitelikli hâl öngörülmemiştir. Buna karşılık, özel bir içtima hükmü olan TCK m. 90/5'te kasten yaralama ve kasten öldürme suçuna atıfta bulunulduğu için bu suçların nitelikli hâlleri uygulama alanı bulabilir.⁹⁶

B. Suçun Manevi Unsuru

İnsan üzerinde deney suçunun manevi unsuru kasıttır⁹⁷. Bu suç doğrudan kasıt ile işlenebileceği gibi, olası kasıt ile de işlenebilir.⁹⁸ Kanun'da açıkça

⁹⁶ Özbek ve Doğan, s. 557.

⁹⁷ Doktrinde ve TCK'de suçun manevi unsuru olarak "kast" kavramından bahsedilse de bunun dil bilgisi kurallarına aykırı olması ve "kast" diye bir kelimenin Türkçede olmaması nedeniyle biz, kavramın doğru ifade ediliş şekli olan "kasıt" kelimesini kullanacağız. Bu konudaki eleştiri için bkz. Elibol, dn. 481.

⁹⁸ İnsan üzerinde deney suçunun olası kasıtle işlenemeyeceği görüşü ortaya atılmıştır. Bunun nedeni olarak olası kasıtle sorumluluğun neticeye göre belirlendiği fakat insan üzerinde deney suçunun neticesi harekete bitişik suç olması sebebiyle neticeye dayalı bir sorumluluk tesis edilemeyeceği gösterilmektedir. (bkz. Subaşı, s. 94-95.); Kanaatimizce insan üzerinde deney suçunun netice ihtiva etmemesi nedeniyle olası kasıt sorumluluğunun mümkün olmadığı görüşünü savunan yazar, bu suç tipini neticesi harekete bitişik suç olarak nitelendirerek çelişkili ifadeler kullanmıştır. Zira neticesi harekete bitişik suç ile sırf hareket suçu aynı anlama gelmez. Neticesi harekete bitişik suç ifadesi, her suçta neticenin olduğunu savunan klasik görüşün bir sonucudur. Bu görüşe göre neticesi harekete bitişik suçlarda da netice vardır ancak harekete bitişik olarak tecelli etmektedir. Hâlbuki sırf (salt) hareket suçu ifadesi, her suçun neticeli olmadığını savunan güncel görüşün yansımasıdır. Bu bakımdan yazarın makalesinde iki farklı görüşün mahsulü olan iki farklı ifadeyi birbirini ikame eder şekilde kullanması hatalıdır. Buna ek olarak olası kasıt, TCK m. 21/2'de tanımlanmıştır

bu suçun taksirle işlenebileceği belirtilmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir. Buna göre failin yaptığı deneyin bilimsel olduğunu ve mağdurun yapılan deneye rızasının olmadığını yahut verdiği rızanın geçerli olmadığını bilerek ve isteyerek yahut kabullenerek hareket etmesi gerekir.⁹⁹ Kanun'da bu suçun meydana gelebilmesi için failin herhangi bir saik veya amaç ile hareket etmesi aranmamaktadır.

Suç ancak kasten işlenebildiğinden kastı kaldıran hata hâlleri söz konusu olduğunda kişinin kastı kalkacağından manevî unsur yokluğundan suç oluşmaz. Belirtmek gerekir ki benimsediğimiz görüş uyarınca ilgilinin rızası hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendirildiğinden failin üzerinde deney yapılan kişinin rızası olduğu hususunda hataya düştüğü olasılıkta hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarında hatadan söz edilmelidir.¹⁰⁰ Bununla birlikte TCK m. 30/3 uyarınca hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacağı için failin ilgilinin rızasının varlığını bilmediği ihtimalde TCK m. 90/1'den sorumluluğuna da gidilemez.

VI. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK m. 90/1 insan üzerinde deney suçunun tipikliğine ilişkin düzenleme yer almaktayken, ilgili maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında insan üzerinde yapılan bilimsel deneyin ceza sorumluluğu doğurmaması için bazı koşulların var olması gerekliliği düzenlenmiştir. TCK m. 90/2'de yer alan “*ceza sorumluluğunu gerektirmemesi*” ifadesi hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusurluluğa etki eden nedenlerin düzenlendiği TCK'nin birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümündeki “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*” başlığıyla terminolojik olarak isabetli bir ifadeye yer vermektedir. Gerek bu sebeple gerekse ilgili hükümlerdeki koşullar dikkate

ve hükümde “...suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen...” ifadesine yer verilerek yalnızca netice unsuruna değil, suçun tüm kanuni unsurlarına atıf yapılmıştır. Her ne kadar olası kasıttaki tipiklik unsuru olarak genellikle netice unsuru esas alınsa da bu, yazarın olası kasıt ile bu suçun işlenemeyeceği görüşünü meşrulaştırmaya yeterli değildir. Bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin, 2020, s. 172.

⁹⁹ Güner, s. 331; Bayındır, s. 99.

¹⁰⁰ Bu suç kapsamında ilgilinin rızasının yokluğu hâlinde hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşülmüş sayılacağı görüşü için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3132; Güven, s. 224; Subaşı, s. 95, 96; İlgilinin rızasını suçun maddi unsurları kapsamında değerlendiren ve rızada düşülen hatayı suçun maddi unsurlarında düşülen hatayı teşkil ettiğini savunan görüş için bkz. Güner, s. 331.

alındığında TCK m. 90/2 ve 3'teki düzenlemelerin hukuki niteliklerinin hukuka uygunluk nedenleri olduğunu söylemek mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki TCK'de yer alan hukuka uygunluk nedenleri insan üzerinde deney suçunun hukuka uygun olabilmesi için düzenlenmiş genel düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin dışında yapılan deneylerin niteliğine veya deney yapılan kişilere göre özel düzenlemeler yer almaktadır. Deneylerin türü olarak tıbbi deneyleri, kişiler bakımından ise hamileler ve lohusalar için yapılan deneyleri bu bakımdan örnek vermek mümkündür.¹⁰¹ Bilimsel bir deneyin hukuka uygun kabul edilebilmesi için hem TCK m. 90/2 ve 3'te yer alan koşulları hem de diğer mevzuatta yer alan koşulları ihtiva etmesi gerekir. Aynı şekilde hem TCK m. 90/2 ve 3'teki hem de diğer mevzuatta yer alan koşulların eksikliği insan üzerinde deneyi hukuka aykırı hale getirmektedir. Ancak TCK'de yer alan koşullarla diğerleri arasında önemli bir fark bulunmaktadır. TCK'deki koşulların olmaması durumunda insan üzerinde yapılan deney suç oluştururken, TCK'deki koşulların mevcut olmasına rağmen diğer mevzuattaki koşulların eksik olması durumunda bu eksiklik hukuka aykırılık sonucunu doğurmasına rağmen, TCK m. 90/1 kapsamında insan üzerinde deney suçunu oluşturmamaktadır. Bu durumda kanunilik ilkesi gereği her ne kadar ceza hukuku bakımından bir sorumluluk söz konusu olmasa da deneyi yapan kişilerin medeni hukuk veya idare hukuku bakımından sorumlulukları doğmaktadır.

A. İlgilinin Rızası

TCK m. 90/2'de rızadan ayrıca ve açıkça bahsedilmesi nedeniyle rızanın tipikliğe mi, yoksa hukuka aykırılık unsuruna mı ilişkin olduğu tartışmalı hâle gelmiştir. Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre her ne kadar TCK m. 90/2'de açıkça rıza kavramından bahsedilse de rızanın suçun maddi unsurları kapsamında değil, hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi gerekir.¹⁰² Bir diğer görüşe göre TCK m. 90 özelinde rıza tipikliğe ilişkindir.¹⁰³ Biz de bu suç kapsamında rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmekteyiz. Bu düşünceyi kabul etmemizin en önemli sebebi, rızanın TCK m. 90/2'deki düzenleme şekline kaynaklanmaktadır. TCK m. 90/1 suçun tipikliğini ve yaptırımını düzenlemektedir. Aynı şekilde TCK m. 90/5'te yer alan "*Birinci*

¹⁰¹ Yukarıda bu tür deneylere ayrıca değinilmiştir.

¹⁰² Rızayı hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendiren görüşler için bkz. Akyürek, s. 10; Subaşı, s. 96; Bayındır, s. 102-103; Güner, s. 332.

¹⁰³ Cankurt, s. 370; Bu suç bakımından ilgilinin rızasının suçun maddi unsurlarından fiil unsuruna ilişkin olduğu görüşü için bkz. Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 271.

*fıkra*da tanımlanan suçun işlenmesi” ifadesi de esasen 1. fıkradaki hususların suçun tipikliğini oluşturduğunun, 2. ve 3. fıkralarda yer alan hükümlerin tipikliğin dışında olduğunun göstergesidir.

Rızanın alınması ve geçerli olması birtakım şartlara tabidir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin “Tıbbi Araştırmalar” başlıklı 32. maddesinde ve Biyotıp Sözleşmesi’nin “Muvafakat” başlıklı 2. bölümünde ilgilinin rızasının geçerli olabilmesi için aranan şartlar ile rıza alınırken izlenmesi gereken usul düzenlenmektedir. Bu usul ve esasların da somut olayda var olup olmadığı incelenmelidir.

Rızanın geçerli olabilmesi için deneye tabi tutulacak kişinin deneyin konusu, yapılış şekli ve karşılaşılabileceği muhtemel zararlar gibi konularda aydınlatılmış olması¹⁰⁴ ve kişinin vereceği rızanın özgür iradesine dayanması gerekir.¹⁰⁵ Bu esas, Biyotıp Sözleşmesi’nin Ek Protokolü’nün 13. maddesinde geniş olarak yer almaktadır. Ayrıca TCK m. 90/2-g uyarınca rızanın geçerli olabilmesi için rızanın yazılı bir şekilde verilmesi aranmaktadır. Bununla birlikte menfaat teminine bağlı olarak verilen rıza kabul edilmemektedir.

İnsan üzerinde deney suçu kapsamında korunan hukuki değerler vücut bütünlüğü ile yaşam hakkı olduğundan bunlar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır ve kural olarak deneye tabi tutulacak kişinin şahsen rıza vermesi gerekir. Buna karşılık rıza verme ehliyeti bulunmayan kişiler için bunların kanuni temsilcilerinin rıza vermesi yeterlidir.¹⁰⁶ Ancak doktrinde bir görüş, rıza vermeye ehil olmayan çocuklar ve akıl hastaları üzerinde deneyin hiçbir şekilde yapılamayacağını savunmaktadır.¹⁰⁷ Ancak çocuğun rıza gösterme yeteneği olsa bile onun rızasına ek olarak kanuni temsilcisinin de yazılı rızasının alınması gerekmektedir.¹⁰⁸ Bilinci kapalı yoğun bakım hastalarının üzerinde deneyin yapıp yapılamayacağı da tartışılmalıdır. Zira doğrudan bu hastaların tedavisinde yahut bakımında kullanılabilecek ilaçların araştırılmasının elzem

¹⁰⁴ Rızanın kişilerin aydınlatılmasının sonucunda elde edilmesi zorunluluğu, özerklik ilkesinin bir gereğidir. Bkz. Güven, s. 225; Rızanın kapsamını belirlemek deneyi yapan kişinin işi olduğundan aydınlatma yükümlülüğünün de bizzat bu kişiye ait olduğu ve devredilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Cankurt, s. 331.

¹⁰⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 458.

¹⁰⁶ İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu: Cilt 2, Sözkese Matbaacılık, 2013, s. 1537; Aygün-Eşitli, s. 139 vd.; Meran, s. 213.

¹⁰⁷ Şen, s. 626; Hafizoğulları ve Özen, s. 94; Bu görüşü nakleden için bkz. Hakeri, El Kitabı, s. 283.

¹⁰⁸ Hakeri, El Kitabı, s. 283.

olduğu durumlar söz konusu olabilir. Bu bağlamda Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinde rıza verme yeteneği olmayan kişiler üzerinde deneyin hangi şartlar altında yapılabileceği ifade edilmiştir. Maddenin birinci ve üçüncü fıkrası birlikte değerlendirildiğinde bu kişiler üzerinde deney, bunların kanuni temsilcisinden veya kanunda belirtilen yetkili makamdan, kişiden veya kurumdan izin alınması ve deneyin bu kişilerin doğrudan yararına olması şartıyla yapılabilir. Maddede belirtilen bu temel şartlara ek olarak Biyotıp Sözleşmesi m. 17 ve 20'deki koşulların da bulunması hâlinde bilinci kapalı yoğun bakım hastaları üzerinde deney yapmak hukuken mümkün olur. Bu hususta son olarak Sözleşme, bilimsel araştırma özgürlüğüne ağırlık vererek bilinci kapalı yoğun bakım hastalarının doğrudan yararına olmasa bile diğer şartların varlığı hâlinde bu kişiler üzerinde deney yapılabileceğini ifade etmektedir (m. 17/2).

Rızanın en geç deneyin başlangıç anına kadar alınması gerekir ve rızanın deneyin başından sonuna kadar var olması gerekir. Verilen rıza her zaman hiçbir şarta bağlı olmadan geri alınabilir (SHTK Ek Madde 10). Kişi, aydınlatılmış rızasını yazılı olarak verdikten sonra deney süresince herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın rızasını geri alıp araştırmadan çekilme hakkına sahiptir (İBUKAY m. 5/1-i). Varsayılan rıza ve örtülü rıza¹⁰⁹ insan üzerinde deney suçu için kabul edilmemektedir.

Doktrinde üzerinde deney yapılacak kişinin sadece bir deneye katılmasının mümkün olduğu savunulmuştur.¹¹⁰ Ancak kanaatimizce Kanun'da böyle bir teorik zorunluluk mevcut değildir. Dolayısıyla pratikte mümkün olduğu müddetçe kişinin birden fazla deneye katılmasının önünde teorik bir engel mevcut değildir.

1. Yetişkinler Bakımından Deneyin Hukuka Uygun Olması İçin Aranılan Koşullar (TCK m. 90/2)¹¹¹

İnsan üzerinde deneyin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetişkinler bakımından ve takip eden başlıkta açıklanacak olan çocuklar bakımından TCK m. 90/2 ve 3'te yer alan koşulların bulunması gerekmektedir.

¹⁰⁹ Hafizoğulları ve Özen, s. 93.

¹¹⁰ Bayındır, s. 103.

¹¹¹ Aşağıda bu başlık altında anlatılacak hususların numaraları Kanun ile uyumlu olabilmesi için Kanun maddelerine göre düzenlenmiştir.

a) Deneyle İlgili Olarak Yetkili Kurul veya Makamlardan İzin Alınmış Olması Gerekir.

Aynı koşul Biyotıp Sözleşmesi m. 16 ve Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 7’de de yer almaktadır. Ulusal mevzuata bakıldığında deneyin konusuna göre yönetmeliklerde iznin nasıl alınacağına ilişkin usul düzenlenmektedir. Araştırmanın başlatılabilmesi için etik kurul tarafından onay verme işlemi gerçekleştirmektedir (İBUKAY m. 5/1-h). Terminolojik olarak her ne kadar TCK m. 90/2-a’da yetkili kurulun izin vermesinden bahsedilse de İBUKAY’da yetkili kurul tarafından onay verilebileceği belirtilmektedir. Bu bakımdan terimsel birliğin sağlanması hukuk sisteminin insicamı bakımından gereklidir.

Etik kurulun onayına ek olarak bazı hâllerde etik kurul prosedürü gerçekleştirildikten sonra ilgili makam olan Sağlık Bakanlığının da izni gerekmektedir (SHTK Ek madde 10). Bu bağlamda HHY m. 32/1 uyarınca eğitim yahut araştırma amacı güdülen tıbbi müdahalelerin yapılabilmesi, Sağlık Bakanlığının iznine bağlıdır.

Etik kuruldan izin alınırken kurul tarafından somut olayın özelliğine göre yan kanunlarda yer alan koşulların mevcut olup olmadığı da incelenmektedir. Dolayısıyla esasen etik kurul onayından geçen bir deney hem TCK m. 90/2 ve m. 90/3’teki hem de yan kanunlarda yer alan koşulları sağlamaktadır. Ancak etik kurulun incelemesine rağmen sağlanması gereken fakat sağlanmayan koşulların varlığı söz konusu olursa ikili bir inceleme yapmak gerekir. Eğer sağlanması gereken fakat sağlanmayan koşullar TCK m. 90/2 veya m. 90/3 kapsamındaki koşullar ise hareket tipik hâle gelecektir ve suç oluşacaktır. Buna karşılık eksik kalan koşullar yan kanunlarda yer alan koşullarsa artık kişinin bu maddeden dolayı cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu takdirde özel hukuk veya idare hukuku sorumluluğu gündeme gelir. Önemle ifade etmek gerekir ki TCK m. 90/2 ve m. 90/3’teki koşullar ile birlikte somut olaya göre yan kanunlardaki koşulların da sağlandığı ihtimalde fiil hukuka uygun addedilir. Olayın özelliğine göre yan kanunlardaki koşulların sağlanmasının gerektiği fakat sağlanmadığı, buna karşılık TCK m. 90/2 ve m. 90/3’teki koşulların sağlandığı varsayımında esasen failin hareketinin hukuka uygun veya aykırı olduğu sonucuna varılamaz. Bu durumda faile TCK m. 90/1’den dolayı ceza verilmez, zira ikinci ve üçüncü fıkradaki koşullar sağlandığı için ceza hukuku sorumluluğu doğmaz.

b) Deneyin Öncelikle İnsan Dışı Deney Ortamında veya Yeterli Sayıda Hayvan Üzerinde Yapılmış Olması Gerekir.

Deneyin yaratabileceği tehlikeleri en aza indirmek amacıyla¹¹² öncelikle deneyin insan dışı deney ortamında *veya* yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması gerekir.¹¹³ Bu hükümdeki “veya” bağlacının işlevi, maddedeki durumları seçimlik olarak düzenlemesidir. Doktrinde bu hükmün deneyin öncelikle hem insan dışı deney ortamında hem de yeterli sayıda hayvan üzerinde denenmesini gerekli kılacak şekilde “ve” bağlacıyla tekrar düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştiri getirilmektedir.¹¹⁴ Kanaatimizce bu eleştiri isabetli değildir. Zira bu yaklaşım, bütün deneyleri aynı mahiyette görmektedir. Hâlbuki bütün deneylerin hem insan dışı deney ortamında hem de hayvan üzerinde yapılması doğru bir yöntem olmayabilir. Hükmün bu şekilde yeniden düzenlenmesi, maddenin tatbik kabiliyetini gereğinden fazla azaltabilir. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi de meseleyi daha genel bir yaklaşım ile çözümlüyüp somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekliliğine işaret etmektedir.¹¹⁵ Sözleşme’nin getirdiği prensip dikkate alınarak TCK m. 90/2-b’nin değerlendirilmesi gerekir. Buna göre önemli olan, deneyin insan üzerinde yapılmasının “*son çare*” olmasıdır.¹¹⁶ Somut olayın özelliğine göre deneyin insandan önce hem insan dışı ortamda hem de hayvan üzerinde yapılması zorunluysa fakat deney bunların her ikisi üzerinde yapılmadan insan üzerinde yapılmışsa suç oluşur. TCK m. 90/2-b’nin “veya” bağlacını kullanması buna mâni değildir. Bunun nedeni “veya” bağlacının bağladığı iki söz öbeğinin hem ayrı ayrı hem de birlikte gerçekleştiği ihmali ihtiva etmesidir.

Sonuç itibarıyla bu şart gerçekleşmeden doğrudan insan üzerinde deney yapılırsa başarılı bir sonuç elde edilse bile söz konusu deneyin yapılması suç teşkil eder.¹¹⁷

¹¹² Demir, s. 271.

¹¹³ Bu şartı aynı şekilde formüle eden düzenleme için bkz. SHTK ek madde 10.

¹¹⁴ Ünver, Deney ve Deneme, s. 169; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 404; Bayındır, s. 106; Güner, s. 335.

¹¹⁵ Biyotıp Sözleşmesi m. 16/1-i’de “*İnsanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir araştırma seçeneğinin bulunmaması*” gerektiği düzenlenmiştir. Aynı esas Ek Protokol m. 5’te de söz konusudur: “*Yalnızca karşılaştırılabilir etkinlikte bir seçeneğin bulunmaması halinde insan üzerinde araştırma yapılabilir.*”

¹¹⁶ Akyürek, s. 10; Demir, s. 272.

¹¹⁷ Şen, s. 617.

c) İnsan Dışı Deney Ortamında veya Hayvanlar Üzerinde Yapılan Deneyler Sonucunda Ulaşılan Bilimsel Verilerin, Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunların¹¹⁸ İnsan Üzerinde de Yapılmasını Gerekli Kılması Gerekir.

Bu hüküm deney öncesinde yapılması gerekenleri düzenleyen (b) bendinin devamı niteliğindedir. Şöyle ki öncelikle insan dışı ortamda veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış deneyin olumlu sonuçlanması gerekir. Şayet (b) bendindeki deneyden olumsuz sonuç alınırsa deneyin insan üzerinde yapılmaması gerekir.

Ayrıca (b) bendi kapsamında yapılan deney ile ulaşılan veriler deney yapanların amaçladıkları sonuca ulaşabilmeleri için deneyin insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılacak mahiyette olmalıdır. Bir diğer ifadeyle insan dışı ortamda veya yeterli sayıda hayvan üzerinde denenmiş ve başarıya ulaşmış deneyler insan üzerinde yapılmasına gerek olmamasına rağmen yine de yapılmışsa suç oluşur. İnsan üzerinde deney yapmanın son çare olması gerekir.¹¹⁹

Bu bent kapsamında “*varılmak istenen hedef*” ifadesi de eleştirilmektedir. Bunun yerine “*hukuka uygun hedef*” ifadesine maddede yer verilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.¹²⁰ Ancak insan üzerinde deney ile varılmak istenen hedefin hukuka aykırı olması söz konusu olamayacağından Kanun’da ayrıca hedefin hukuka uygun olduğundan bahsedilmesi gerekli değildir. Bu sonuca hükmün bütününe bakıldığında varılmaktadır.¹²¹

d) Deneyin İnsan Sağlığı Üzerinde Öngörülebilir Zararlı ve Kalıcı Etki Bırakmaması Gerekir.

Bu bentte deney sonucunda meydana gelen öngörülebilir zararlı ve kalıcı etkinin cezai sorumluluğa sebep olacağı ifade edilmektedir. Doktrinde bir görüş öngörülebilir zararlı ve kalıcı etki bırakma ihtimalini de bu madde

¹¹⁸ Kanun’da yer alan “bunların” kelimesinin isabetli olmadığı görüşü ortaya atılmıştır. “Bunların” zamiri ile ifade edilenin “deneyler” olmasına karşılık cümlenin ilk kısmında yer alan “bilimsel veriler” ifadesinin yerine kullanıldığı yönünde yanlış anlaşılmaya mahal vermesi, bu görüşe gerekçe olarak sunulmaktadır. (bkz. Güner, s. 335.)

¹¹⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 404.

¹²⁰ Ünver, Deney ve Deneme, s. 169.

¹²¹ Güner, s. 336.

altında değerlendirmektedir.¹²² Ancak kanaatimizce bu zararın gerçekleşme ihtimali suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu bendin kapsamında değildir.¹²³ TCK m. 90/2-d bendi, meseleyi belli bir durumun ortaya çıkmasına endekslemiştir. Şayet deney, öngörülebilir bir zarar veya kalıcı etki bırakırsa bu bentteki durum ortaya çıkacağından suç meydana gelir. Deneyin zararlı ve kalıcı etki bırakma ihtimali, insan üzerinde yapılan deneylerin çoğunda olasılık dâhilindedir. Burada önemli olan, deneyin sonucunda böyle bir durumun ortaya çıkmasıdır. Bununla birlikte böyle bir durumda genellikle aşağıda (f) beninde incelenecek olan deneyin amacı ile kişiye yüklediği külfet arasında oran bulunmayacağı için suç oluşacaktır. Kaldı ki bu tarz hâllerde etik kurul deneyin yapılmasına onay vermeyeceğinden buna rağmen deney yapılırsa (a) bendine aykırılık sebebiyle suç oluşacaktır.

Biyotıp Sözleşmesi'nin Ek Protokolü külfet bakımından değerlendirildiğinde zararlı ve kalıcı etkinin gerçekleşme ihtimalinin olması hâlinde deneyin yapılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bunun gibi durumlar etik kurul tarafından incelenirken kurulun öncelikle Biyotıp Sözleşmesi'ni dikkate alarak riski tespit etmesi gerekir. Risk kişinin üzerinde zararlı ve kalıcı etki bırakacak kadar yüksekse deneye izin verilmemelidir. Bununla birlikte ortaya çıkabilecek olası zararlar tespit edilememekteyse deneyin yapılamaması gerekir.¹²⁴ Buna karşılık, ortaya çıkabileceği öngörülen ve kalıcı etki bırakmayacak zararların tespit edilmesine rağmen somut olayda öngörülemeyen zararların ortaya çıkması durumunda fiil tipik olmayacağından suç oluşmaz. Zira Kanun'da öngörülebilir zararlı ve kalıcı etkilerden bahsedilmekte, bunların dışında ortaya çıkan etkilerden bahsedilmemektedir.

İnsan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı etki sadece vücut dokunulmazlığı ile sınırlı olmayıp yaşam hakkı kapsamında hayati tehlike ihtiva eden durumları da kapsamına alır.¹²⁵

Bu bent kapsamında zararlı ve kalıcı etkinin öngörülebilir olması, suçun manevi unsuru ile yakından ilişkilidir. Zira öngörülebilirlik, hem olası kastın hem de bilinçli ve basit taksirin bir unsurudur. Bununla birlikte bu bentte öngörülebilir zararlı ve kalıcı etkiden bahsedilmesi, ortaya çıkabilecek zarar veya kalıcı etkinin deneyin kapsamında gerçekleştiği ihtimalin

¹²² Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3135; Aygün-Eşitli, s. 111.

¹²³ Şen, s. 618.

¹²⁴ Cankurt, s. 345.

¹²⁵ Güner, s. 336.

düzenlendiğini göstermektedir. Eğer kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışının neticesinde üzerinde deney yapılan kişi yaralanırsa bu yaralanmanın deney kapsamında olup olmadığı tespit edilmelidir. Örneğin kişi, steril olmayan bir iğneyi kullanmak suretiyle üzerinde deney yapılan kişiye hastalık bulaştırırsa buradaki taksirli davranışın deneyin kapsamında olmadığından söz edilebilir. Keza kişi, dozları karıştırıp fazla doz ilaç kullanmak suretiyle kişinin yaralanmasına sebep olursa buradaki taksirli davranış da deneyin kapsamında değildir. Bu ayrımın önemi, taksirli hareketler ile ortaya çıkan yaralanmanın deneyin kapsamı dışında olduğu ihtimalde doğrudan ve yalnızca taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluk doğar. Buna karşılık, taksirli hareketler ile ortaya çıkan yaralanma deneyin kapsamında ise (d) bendine aykırılık olsa da bu suçun manevi unsuru kasıt olduğundan suç oluşmaz. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık deneyin kapsamında olduğu için taksirle yaralama suçundan da failin cezai sorumluluğu bulunmaz. Bu bağlamda ortaya çıkabilecek son ihtimal de failin olası kasıt ile hareket ederek zararlı ve kalıcı etki ortaya çıkarmasıdır. Bu takdirde fail, deneyin kapsamında hareket ediyorsa TCK m. 90/5 hükmü uyarınca kasten yaralama suçundan; deneyin kapsamında hareket etmiyorsa doğrudan kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu olur.

e) Deney Sırasında Kişiye İnsan Onuruyla Bağdaşmayacak Ölçüde Acı Verici Yöntemlerin Uygulanmaması Gerekir.

Özellikle tıbbi deneylerin deney yapılan kişiye acı verme ihtimalinin yüksek olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı veren bir yöntemden başka bir yöntemi uygulamak mümkün değilse deneyden vazgeçilmesi gerekir.¹²⁶ Buna rağmen insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanması hâlinde deney suç teşkil eder.

İnsanın hür iradesine ve özerkliğine dayanan¹²⁷ insan onuru kavramı oldukça soyut bir kavramdır.¹²⁸ Bu kavramın yorumunu hâkim, somut olayın özelliklerine göre yapmalıdır. Her hâlükârda insan onuru ile bağdaşmayacak ölçünün ne zaman aşılmış sayılacağına tespiti oldukça belirsizdir ve bu

¹²⁶ Akyürek, s. 11; Bayındır, s. 108.

¹²⁷ Harun Tepe, “İnsan, İnsan Onuru ve İnsan Hakları”, in Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz (eds), İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Adalet, 2019, s. 65-66.

¹²⁸ Yener Ünver, “İnsan Onuru Kavramının Ceza ve Tıp Hukuku Bağlamında Pozitif Hukuka Etkileri”, in Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz (eds), İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Adalet, 2019, s. 25.

nedenle zordur.¹²⁹ Bu bağlamda değerlendirmenin objektif kriterlere göre mi, yoksa subjektif kriterlere göre mi yapılacağı da belirsizdir. Söz konusu değerlendirmenin üzerinde deney yapılan kişinin şahsi özelliklerinden bağımsız ve objektif yapılması kabul edilebilir bir yaklaşımdır.¹³⁰

f) Deneyle Varılmak İstenen Amacın, Bunun Kişiyi Yüklelediği Külfete ve Kişinin Sağlığı Üzerindeki Tehlikeye Göre Daha Ağır Basması.

Bu bentteki husus Biyotıp Sözleşmesi m. 16/1-ii ile Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 6'da ve m. 17'de de tanzim edilmiştir. Deneyle ulaşılmak istenen amaç ile denek olarak kullanılacak kişinin hakları arasındaki dengenin nasıl tesis edileceği bu bentte düzenlenmektedir. Kişinin sağlığı üzerindeki tehlike ile deneyle varılmak istenen amacın bir terazinin iki ayrı kefesinde olduğu farz edilirse terazinin eşit ya da deney yapılan kişinin haklarının daha ağır basması hâlinde söz konusu deney suç teşkil eder. Dolayısıyla bu bent kapsamında ölçülülük incelemesi yapılması¹³¹ ve denge tesis edilirken kişinin maruz kalacağı hem maddi hem de manevi zararların hesaba katılması gerekir.¹³²

g) Deneyin Mahiyet ve Sonuçları Hakkında Yeterli Bilgilendirmeye Dayalı Olarak Açıklanan Rızanın Yazılı Olması ve Herhangi Bir Menfaat Teminine Bağlı Bulunmaması Gerekir.

TCK m. 90/2-g, özellikle rızanın nasıl alınması gerektiğini ve alınma şeklini düzenleyen bir hükümdür. Rızanın nasıl alınması gerektiği hususu ilgilinin rızası bölümünde incelendiği için bu başlık altında tekrar üzerinde durulmayacaktır. Burada değerlendirilmesi gereken ve eleştiri konusu olan husus, menfaat teminine bağlı deneyin yasaklanmış olmasıdır. Kişinin elde edeceği menfaatin maddi veya manevi olması önem arz etmediği¹³³ gibi, fiilen herhangi bir menfaat elde edilmese dahi menfaat vaadinde bulunulması da yeterlidir.¹³⁴ Bir görüşe göre deneylerin menfaat sağlanması için yapılması

¹²⁹ Ünver, Deney ve Deneme, s. 170; Bayındır, s. 108.

¹³⁰ İlgili görüş için bkz. Bayındır, s. 108.

¹³¹ Akyürek, s. 11.

¹³² Aygün-Eşitli, s. 115.

¹³³ Bayındır, 110; Bu madde kapsamında yalnızca maddi menfaat elde edilmesinin yasaklandığı yönündeki aksi görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3136; Cankurt, s. 361.

¹³⁴ Akyürek, s. 11.

durumunda kişinin buna yönelik rızası, onun hür iradesine dayanmaz.¹³⁵ Hatta bu görüşü savunanlar, TCK m. 91’de olduğu gibi menfaat karşılığı deney söz konusu olduğunda deney yapılan kişinin de cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir.¹³⁶ Deneyin menfaat teminine bağlı olmaması şartı, kişinin rızasının hür iradesine dayanmasını temin etmek amacıyla getirilmişse de doktrinde menfaat temini olmaksızın kişilerin deneye gönüllü olacağını beklemenin hayatın gerçekleriyle bağdaşmadığının ve bilimsel gelişmeyi örseleyici olduğunun altı çizilmektedir.¹³⁷ Zira hasta olmayan kişiye menfaat sağlanmadığı takdirde üzerinde deney yapılacak kişi bulmak imkânsız hâle gelebilir. Belirtmek gerekir ki bu hükümle özellikle maddi olarak sıkıntı içinde olan insanların kobay olmayı meslek haline getirmesini engelleme amacı güdülmektedir.¹³⁸ Bu yönüyle Kanun, kişiyi kendinden de korumaktadır. Kanaatimizce kişinin denek olmayı meslek hâline getirebileceği kaygısı ile bilimsel gelişmenin devamlılığının sağlanabilmesi düşüncesinin birlikte değerlendirilerek meselenin çözülmesi gerekir. Bu doğrultuda kişinin ulaşım ve yemek giderleri ile deneye vaktini ayırması karşılığında objektif kriterlere göre belli bir karşılık ödenmesi, menfaat temin etmek olarak addedilmemelidir. Nitekim Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda da bu görüşe paralel bir hüküm yer almaktadır. SHTK ek 10. maddesiyle¹³⁹ birlikte üzerinde deney yapılan kişinin, deney yüzünden ortaya çıkan masraflarının karşılanması yasal zemine oturtulmuştur. Ancak SHTK’nin uygulama alanı TCK m. 90/1’den daha sınırlı olup tüm deneyleri kapsamına almamaktadır. Ne var ki biz, üzerinde deney yapılan kişiye ifade ettiğimiz kriterlere göre makul bir karşılık ödenmesini menfaat temin etmek olarak kabul etmediğimizden bu esas tüm deneyler bakımından uygulama alanına sahip olacaktır.¹⁴⁰

¹³⁵ Malkoç, s. 1536.

¹³⁶ Malkoç, s. 1536.

¹³⁷ Ünver, Deney ve Deneme, s. 171; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 409; Şen, s. 621; Güner, s. 333-334; Etik açıdan kişiye deneye katılmasını özendirerek mertebede mali çıkar sağlanması uygun olmakla birlikte sağlanan menfaatin kişinin hür iradesini etkileyecek seviyede olmaması gerekir. Bkz. Demir, s. 281-282.

¹³⁸ Bununla birlikte insanların adeta bir meta konumuna indirgemesinin de önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. (bkz. Akyürek, s. 11.)

¹³⁹ “Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanması için gönüllüye herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak, gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybından doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.”

¹⁴⁰ Anayasa m. 10’da düzenlenen eşitlik ilkesinin gereği olarak TCK m. 90/2-g’nin, SHTK ek 10. maddesiyle birlikte yorumlanması ve bunun tüm bilimsel deneyler bakımından geçerli

2. Çocuklar Bakımından Ayrıca Aranılan Koşullar (TCK m. 90/3)

Çocuk, TCK m. 6 uyarınca on sekiz yaşından küçük kişidir. Deney yapmaya başlandığı anda kişinin on sekiz yaşından küçük olması hâlinde TCK m. 90/3'teki şartların gerçekleşmesi gerekir.

Kanun ilk yürürlüğe girdiğinde çocuklar üzerinde yapılan deney tamamen yasaklanmıştı. Ancak TCK m. 90/3'te 2005 senesinde yapılan değişiklikle çocuklar üzerinde yapılan deneyin de belli şartları taşınması hâlinde cezai sorumluluğa tabi olmayacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁴¹ Ancak böyle bir deneyin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetişkinler üzerinde yapılan deneyler için aranan koşullardan daha sıkı koşullar aranmaktadır. Çocuklar üzerinde yapılan deneylerde yukarıda yetişkinler için aranan koşullara ek olarak 90. maddenin 3. fıkrasındaki koşulların da tamamının gerçekleşmesi gerekir.

a) Yapılan Deneyler Sonucunda Ulaşılan Bilimsel Verilerin, Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunların Çocuklar Üzerinde de Yapılmasını Gerekli Kılması.

Bu bendin yukarıda anlatılan bentlerle birlikte yorumlanması gerekir. Çocukların üzerinde yapılacak deneyin öncelikle TCK m. 90/2-b uyarınca insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde, daha sonra da yetişkinlerin üzerinde uygulanması gerekir.¹⁴² Bütün bu prosedürler izlendikten sonra söz konusu deneyin başarıyla sonuçlanabilmesi için çocuklar üzerinde de yapılmasının gerektiği durumlarda deneyin çocukların üzerinde yapılması mümkündür. Aksi takdirde deneyi yapan kişi TCK m. 90/1'den sorumlu tutulur.

b) Rıza Yeteneğine Sahip Çocuğun Kendi Rızasının Yanı Sıra Ana ve Babasının veya Vasisinin Yazılı Muvafakatinin de Alınması Gerekir.

Yapılacak deney bakımından Kanun sadece çocuğun rızasını yeterli saymamakta, onun menfaatini en iyi şekilde koruyacak kişilerin de yapılacak deney için rızalarının yazılı olarak alınmasını aramaktadır. Kanun'un lafzî itibarıyla çocuk üzerinde deneyin sadece rıza gösterme yeteneğine sahip olan

bir kural olarak uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 410.

¹⁴¹ Çocuklar üzerinde deney yapılmasının yasak veya serbest olması yönünde beyan edilen görüşler için bkz. Bayındır, s. 111.

¹⁴² Şen, s. 625; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3136.

çocuklarla sınırlandırıldığı görülmektedir. Rıza ehliyetine sahip olmayan çocukların üzerinde bunların kanuni temsilcilerinin muvafakati olsa dahi deney yapılamaz.¹⁴³

Bu bentte yer alan “ana ve baba” ifadesi doktrinde eleştirilmektedir. Bilhassa çocuğun anne ve babasının boşandığı durumlarda sorun çıkma ihtimali vardır. Bu itibarla velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda uygulamada problem çıkma ihtimali yüksek olduğundan söz konusu ifadenin “kanuni temsilci” olarak değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁴⁴

c) Deneyle İlgili İzin Verecek Yetkili Kurullarda Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanının Bulunması Gerekir.

Bu unsur ile deney sırasında çocuk üzerinde meydana gelebilecek zararları en aza indirmek ve çocuğun sağlığını korumak için çocuk hastalığı uzmanının deneye onay verecek yetkili kurulda yer alması aranmaktadır. Kurulda çocuk hastalığı uzmanı yer almaksızın deneye onay verilirse kişi insan üzerinde deney suçundan sorumlu olur.

VII. KUSURLULUK

Bu suç kapsamında kusurluluğu etkileyen herhangi bir hâlin tatbiki gündeme gelmez. Bu bağlamda bir mazeret nedeni olan zorunluluk hâli, insan üzerinde deneme suçunun (TCK m. 90/4’ün) aksine insan üzerinde deney suçu (TCK m. 90/1) bakımından uygulanabilir değildir. Bununla birlikte insan üzerinde deneyin gerek ulusal gerek uluslararası mevzuatta çeşitli düzenlemelere konu olması, TCK m. 30/4 kapsamında haksızlık hatasını

¹⁴³ Bayındır, s. 111; Güner, s. 339; Her ne kadar Kanun’un lafzından bu yönde bir anlam çıksa da HHY m. 35 dikkate alındığında maddede reşit ve mümeyyiz olmayan kişiler üzerinde deney yapılabileceğinden bahsedildiği görülmektedir. Bu hükümden hareketle aksi görüşe göre rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan küçüklerin üzerinde de kanuni temsilcilerinin rızası ile deney yapılabilir. Bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3137; Hakeri, El Kitabı, s. 283; Kanaatimizce Kanun’un lafzı aşıkârdır. Kanun’da açıkça rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocukların üzerinde kanuni temsilcilerinin rızası ile deney yapılabileceği belirtilmiştir. Kanun’un rıza açıklama yeteneğine sahip olan çocuklar hakkında böyle bir şartı aramasının karşısında rıza yeteneği olmayan çocukların üzerinde deney yapılabileceğinin savunulmasının isabetli olmadığı ifade edilmelidir. Bununla birlikte TCK m. 90 hükmünün hem HHY’den daha sonra ihdas edilmiş olması hem de normlar hiyerarşisinde üst mertebede bulunması nedeniyle TCK m. 90/3-b’nin esas alınması gerekir. Aynı hususu İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile TCK arasında çıkan çelişkiler bakımından değerlendiren görüş için bkz. Dursun, s. 12.

¹⁴⁴ Erman, s. 271.

gündeme getirecek mahiyette kabul edilse de bu alanda araştırma yapacak kişilerin bu kanuni gerekleri sağlamak durumunda olduklarını bilmeleri gerektiğinden bu hususta düşülen hatanın kaçınılabilir olduğundan söz edilemez.

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

İnsan üzerinde deney suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı tespit edilirken bu suçun sırf hareket suçu ve mütemadi suç olduğu dikkate alınmalıdır. İnsan üzerinde deney suçu sırf hareket suçu olduğu için bu suça teşebbüs ancak icra hareketleri bölünebilir olduğunda mümkündür.¹⁴⁵ Buna ilaveten, bu suç aynı zamanda mütemadi suç olduğundan suçun tamamlanma ve sona erme anları farklıdır. Mütemadi suçlarda suçun teşebbüs aşamasında kalması, suçun tamamlanma anına kadar mümkündür.¹⁴⁶ Dolayısıyla deney yapma fiilinin başladığı ana kadar bu suça teşebbüs edilebilir.

B. İştirak

İnsan üzerinde deney suçu kural olarak herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğundan iştirak bahsi herhangi bir özellik arz etmez. İştirakin türlerinden her biri bu suç bakımından söz konusu olabilir. Buna göre suçun iştirak iradesini haiz birden fazla kişi tarafından fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurularak işlenmesi hâlinde müşterek faillik ve tipik deneyi yapan kişinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak bu suçun işlenmesi hâlinde dolaylı faillik söz konusu olur. Bu bağlamda deneyin bir ekip tarafından yürütüldüğü ihtimalde somut olayda bu kişilerin fiil üzerindeki fonksiyonel hâkimiyetleri tespit edildikten sonra müşterek fail olarak sorumlu olmaları mümkündür.

Faillik hâllerine ek olarak azmettirmenin ve yardım etmenin de gündeme gelmesi ihtimal dâhilindedir. TCK m. 90/1 bakımından tipik olan hareketin yapılması kararını aldırان kişi azmettiren olarak sorumlu olur iken hâlihazırda var olan kararı güçlendiren veya maddi yahut manevi olarak deney yapan kişiye yardım eden kişi yardım eden olarak sorumlu olur.

¹⁴⁵ Özbek ve Doğan, s. 558; Hakan Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, in II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 325; Şen, s. 641; Akyürek, s. 12; Güner, s. 339; Subaşı, s. 97; Erman, s. 265; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3139; Taneri, s. 664; Özalp ve Özalp, s. 187.

¹⁴⁶ Volker Krey ve Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5., neu bearbeitete Auflage, Kohlhammer, 2012, § 40 kn. 1198.

C. İçtima

İnsan üzerinde deney kapsamında gerçekleştiren birçok doğal hareket tek bir tipik hareketi oluşturur. Bu bakımdan deneyin kapsamında olan işlerin yapılması her ne kadar birden çok doğal hareketi meydana getirirse de bunlar hukuki anlamda tek bir tipik hareketi oluşturur.

İnsan üzerinde deney suçunun özellikle diğer suçlarla içtima ilişkisinin incelenmesi için öncelikle TCK m. 90/5'te yer alan “*Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” hükmünün hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁴⁷ Bir görüş¹⁴⁸ söz konusu hükmü netice sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında değerlendirmekteyken, diğer bir görüş¹⁴⁹ ilgili hükmü bir içtima kuralı olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce ilgili kanun maddesi TCK m. 90/1'e aykırı olan ve yaralanma veya ölüm neticesi meydana gelen deneylerde cezai sorumluluğun hangi hükümlere göre belirleneceğini düzenleyen bir içtima kuralıdır. Ceza hukukunda asli-tali norm ilişkisi bazı durumlarda yorum yoluyla ortaya çıkarken, bazı durumlardaysa kanunda açık bir şekilde asli-tali norm ilişkisinin düzenlendiği görülmektedir.¹⁵⁰ TCK m. 90/5'te yer alan düzenlemeye göre insan üzerinde deney suçu **tali norm niteliğinde bir düzenlemedir**. Burada bazı suçlarda olduğu gibi (örneğin TCK m. 102/4) kastedilen neticeden daha ağır bir neticenin ortaya çıkması durumuna ilişkin gerçek içtima veya fikri içtima kuralı söz konusu değildir. Soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş insan üzerinde deney suçunun bazı neticelerin ortaya çıkması durumunda geriye çekilmesi söz konusudur. Bu bakımdan TCK m. 90/1'e aykırı olan deney sonrası yaralanma neticesinin meydana gelmesi durumunda TCK m. 86 ve m. 87/1, 2, 3 hükümlerinin; ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda TCK m. 87/4 veya TCK m. 81 hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Görüşümüze göre ölüm neticesinin ortaya çıktığı durumlarda yalnızca kasten öldürme suçu değil, kasten yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesiyle TCK m. 87/4 de uygulanabilir olduğu

¹⁴⁷ Benzer bir hüküm kasten öldürme bakımından TCK m. 91/8'de bulunmaktadır.

¹⁴⁸ Bayındır, s. 98; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 369.

¹⁴⁹ Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 298 vd.; Erman, s. 276; Pazarıcı, s. 170; Bayındır, s. 101; Akyürek, s. 12; Subaşı, s. 98; Güner, s. 340.

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan İçel, Suçların İçtimaları, Sermet Matbaası, 1972, s. 211 vd.

için doktrinde bir görüşün¹⁵¹ savunduğunun aksine bu düzenleme ile objektif sorumluluğun getirildiği ve düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiaları isabetli değildir.

Kanun'da insan üzerinde deney ve kasten yaralama suçu arasında aslitali norm ilişkisinin bu şekilde düzenlenmesi bazı problemler yaratmaktadır. Öncelikle deney yapma fiili çoğu durumda kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturmaktadır.¹⁵² Bu ise TCK'nin 90. maddesinin 1. fıkrasındaki hükmün uygulanmasını son derece sınırlamaktadır. Diğer problemler husus ise deney kapsamında gerçekleştirilen kasten yaralamanın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek nitelikte olmasıdır. Görünüşte içtima ilişkisinin söz konusu olduğu normlar arasında fikri içtimada olduğu gibi en ağır suçtan cezalandırılma söz konusu değildir. Burada doğrudan uygulanacak norm kasten yaralama olduğu için basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek bir yaralanmaya sebep olan deney söz konusu olduğunda suçun yaptırımı “...dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası...” olur. İnsan üzerinde deney suçunun yaptırımı ise “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası” şeklinde düzenlenmiştir. Bu ise kasten yaralamanın tipikliğini oluşturmayan ve soyut tehlike suçu olan deneyin daha fazla haksızlık içeriği bulunan basit tıbbi müdahale oluşturan deneye göre ölçüsüz olarak daha ağır bir şekilde cezalandırılması anlamına gelmektedir. Kanaatimizce asli-tali norm ilişkisinin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama için kabul edilmesi daha isabetli bir tercih olurdu.

İnsan üzerinde deney suçu ile işkence ve eziyet suçları arasındaki içtima ilişkisi ise kanaatimizce şu şekilde değerlendirilmelidir: İşkence ve eziyet suçunu oluşturan deneyler ayrıca TCK m. 90/5 gereği kasten yaralama suçunu oluşturacağı için kasten yaralama ile işkence ve eziyet suçları arasındaki içtima ilişkisi değerlendirilir. Bu durumlarda insan üzerinde deney suçundan dolayı kişinin ayrıca cezalandırılması söz konusu değildir.

İnsan üzerinde deney suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Ancak TCK m. 90/5 kapsamında yaralanma ve ölüm neticelerinin ortaya çıktığı durumlarda TCK m. 43/3 gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu takdirde gerçek içtima

¹⁵¹ Özbek ve Doğan, s. 555; Şen, s. 637; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3131.

¹⁵² Ancak bütün deneylerin yaralama suçu kapsamında olduğu söylenemez. Örneğin kozmetik sektöründeki ürünler ile ilgili yapılan deney niteliğindeki araştırmalar yahut ilaç sektöründe takviye gıda teşkil eden vitamin kaynaklı ilaçlar ile ilgili yapılan deneysel araştırmalarda yaralama fiili söz konusu değildir; Aynı yönde bkz. İnsan üzerinde deney yapmanın her ihtimalde yaralanma neticesine yol açmayacağı görüşü için bkz. Bayındır, s. 101.

kuralları uyarınca cezai sorumluluk tayin edilir.

TCK m. 77/1-e’de insanlığa karşı suçlar kapsamında düzenlenen bilimsel deney yapma suçu söz konusu olduğu takdirde bileşik suça ilişkin esasın uygulanarak kişiye yalnızca TCK m. 77/1-e uyarınca ceza verilmesi gerekir.¹⁵³ Buna karşılık deneyin kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturduğu durumlarda TCK m. 77/2 gereği gerçek içtima hükümleri uygulanır.

Deney yapmak için kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi hâlinde gerçek içtima hükümleri uyarınca faile her iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilirken, deney yaparken kişinin hürriyetinden yoksun kılınması durumunda insan üzerinde deney yapma suçunun haksızlık içeriği, kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasını da ihtiva ettiğinden sadece insan üzerinde deney suçundan dolayı faile ceza verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.¹⁵⁴ Ayrıca insan üzerinde deney suçunun işlenebilmesi için belgede sahtecilik suçları işlenirse de gerçek içtima hükümleri uygulanır.¹⁵⁵

IX. YAPTIRIM VE MUHAKEME

İnsan üzerinde deney suçu için Kanun’da bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ise tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceği TCK m. 90/6’da belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tüzel kişinin faaliyet alanı çerçevesinde işlenen suçlarda bu hükmün uygulanabilir olmasıdır. Tüzel kişinin faaliyet alanını kuruluş tüzüğündeki hükümlere göre tespit etmek gerekir.¹⁵⁶ Şartlar oluştuğu takdirde tüzel kişiye TCK m. 60 uyarınca müsadere veya iznin iptali güvenlik tedbirleri uygulanır.

İnsan üzerinde deney suçu bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki TCK m. 90/5’in söz konusu olduğu hâllerde ağır netice olarak ölüm meydana geldiği takdirde görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.¹⁵⁷

¹⁵³ Akyürek, s. 12; Erman, s. 276.

¹⁵⁴ Deney sırasında kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda da gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Güner, s. 340; Bayındır, s. 101.

¹⁵⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3139.

¹⁵⁶ Hafizoğulları ve Özen, s. 98.

¹⁵⁷ Bayındır, s. 114; Subaşı, s. 99.

Yetkili mahkeme tespit edilirken bu suçun mütemadi suç olduğu nazara alınmalıdır. Bu itibarla Ceza Muhakemesi Kanunu m. 12/2 uyarınca mütemadi suçlarda yetkili mahkeme, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesidir.

İnsan üzerinde deney suçunun takibi şikâyete bağlı değildir. Bununla birlikte bu suç işleyen kişinin kamu görevlisi olduğu olasılıkta 4483 sayılı Kanun uyarınca muhakeme şartlarının sağlanabilmesi için izin alınması gerekir.¹⁵⁸

TCK m. 66/1-e uyarınca insan üzerinde deney suçunun dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Failin kamu görevlisi olduğu olasılıkta izin şartının sağlanması zaruri olduğundan izin alınana kadar zamanaşımı durur.¹⁵⁹

SONUÇ

İnsan üzerinde yapılan bilimsel deneyler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 90. maddenin 1. fıkrasında ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. İnsan üzerinde deney suçu ile korunması amaçlanan hukuki değerler vücut dokunulmazlığı ve yaşam hakkı olup suçun kanuni tanımındaki unsurların bu minvalden yorumlanıp açıklanması gerekir. Kanun'da deneyin insan üzerinde yapılmasından bahsedildiği için kural olarak yaşayan herkes bu suçun mağduru olabilir. Hayatta olmayan kişiler ile kanunda açıkça üzerinde deney yapılamayacak kişilerin gösterildiği hâllerde deney yapma fiili bu suç kapsamında değerlendirilemez ve fiil, somut olayın özelliğine göre yaralama yahut öldürme suçunu meydana getirir. Deneyin insan üzerinde yapılması ifadesine istinaden bu suçun konusunu insan bedeni ile psikolojisinin oluşturduğu belirtilmelidir. Suçun fiil unsurunu bilimsel deney yapmak meydana getirmekte ve herhangi bir somut tehlikenin yahut zararın varlığı aranmamaktadır. Bu bakımdan suç, soyut tehlike suçudur. Fiil unsurunun oluşabilmesi için deneyin bilimsel olması gerekmekte, bilimselliğin diğer bilim dallarının yanı sıra tıp bilimini de ihtiva eden geniş bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Kanun'da sadece deney yapmaktan bahsedilmekte, bu ifade şekli de suçun ancak icrai bir davranışla işlenebileceğine işaret etmektedir. Keza deneyin nasıl yapılacağı kesin bir şekilde belirtilmediğinden suç, serbest hareketlidir. Buna ek olarak deney yapmak belli bir sürece işaret ettiğinden suç, mütemadi bir suçtur.

¹⁵⁸ Bayındır, s. 115; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3140.

¹⁵⁹ Subaşı, s. 100.

Bu çalışma kapsamında özellikle ilgilinin rızası ve bununla bağlantılı olarak maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında yer alan unsurlar üzerinde durulmaktadır. Rıza da dahil olmak üzere ikinci ve üçüncü fıkradaki fiillerin hukuki niteliği hukuka uygunluk nedenidir. Ancak burada yer alan hukuka uygunluk nedenleri yalnızca genel düzenleme niteliğindedir. TCK’de yer alan koşulların dışında diğer birçok mevzuatta da deneyin türü ve üzerinde yapılacağı kişiler bakımından getirilen birçok özel düzenleme bulunmaktadır. Ancak diğer mevzuatta yer alan koşulların eksik olması yapılan deneyi hukuka aykırı hale getirirse de insan üzerinde deney suçu bakımından yalnızca ikinci ve üçüncü fıkrada yer alan koşulların bulunmaması durumunda deney yapan kişilerin cezai olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Diğer mevzuatta yer alan insan üzerinde deneyin koşullarının bulunmaması durumunda ise kişilerin medeni hukuk veya idare hukuku bakımından sorumluluklarının doğması mümkündür.

Çalışmanın diğer önemli noktası ise TCK m. 90/5 hükmünün asli-tali norm ilişkisi ile ilgili olduğu görüşünün ortaya atılmasıdır. Özel bir içtima hükmü olarak düzenlenen TCK m. 90/5’in asli-tali norm ilişkisi kapsamında değerlendirilmesiyle beraberinde getirdiği hukuki mahzurlardan bahsedilmiştir. Bu bağlamda öncelikle TCK m. 90/5’in insan üzerinde deney suçunun tatbik kabiliyetini oldukça düşürmesinin, ardından basit tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu deneylerde faile verilecek ceza ile TCK m. 90/1 kapsamındaki deney sonucunda faile verilecek ceza arasındaki orantısızlığın üzerinde durulmuştur.

Sonuç itibarıyla bu çalışmada esas tartışma TCK m. 90/2, m. 90/3 ve m. 90/5 çerçevesinde yapılmakla birlikte bu düzenlemelerden doğan veya bunlardan bağımsız olarak TCK m. 90/1’in kanuni unsurları ile ilgili olan diğer tartışmalı hususlara da odaklanılmıştır.

KAYNAKÇA

Akyürek G, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları”, Aralık 2014, 9(100), Terazi Hukuk Dergisi, s. 8-16.

Altunbaş A, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2011).

- Artuk M E, Gökçen A ve Yenidünya A C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet, 2015.
- Aygün-Eşitli E, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yetkin, 2012.
- Aygörmez Uğurlubay G A, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, 2015, 6 (3), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 165-206.
- Bayındır S, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)”, 2018, 24(1), MÜHFHAD, s. 77-121.
- Bernd-Rüdiger K ve Martin R, “Der Vertrag über Humanexperiment”, in Laufs/Kern/Rehborn: Handbuch des Arztrechts, 5., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Cankurt E, Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018).
- Demir R, Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Adalet Yayınevi, 2019.
- Deutsch E ve Spickhoff A, “Einleitung”, in Medizinrecht, 3. Auflage, C.H. Beck, 2018.
- Deutsch E ve Spickhoff A, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Springer Verlag, 2014. (Medizinrecht)
- Doğan K, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Dursun S, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları ile İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Arasındaki İlişki”, Temmuz 2008, 3(6), Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, s. 12-13.
- Elibol C E, Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m. 240), On İki Levha, 2021.
- Erman B, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in Özel Ceza Hukuku: Cilt II, On İki Levha, 2018, s. 237-278.
- Frewer A, “Menschenwürde und Humanexperimente Gefährliche Versuche an

- Menschen”, in Jan C. Joerden, Eric Hilgendorf, Natalia Petrillo, Felix Thiele (eds), *Menschenwürde und moderne Medizintechnik*, Nomos, 2011, s. 261-275.
- Güner U, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90)”, *Aralık* 2015, 10(29), CHD, s. 319-344.
- Güven G, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 90. Maddesi ile Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza”, 2016, 90(4), *İstanbul Barosu Dergisi*, s. 213-226.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, 2010.
- Hakeri H, *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Hakeri H, *Tıp Hukuku: El Kitabı*, Güncellenmiş 21. Baskı, Seçkin, 2020.
- Hakeri H, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, in II. *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara Barosu Yayınları, 2008.
- Helle J, Frölich J ve Haindl H, “Der Heilversuch in der klinischen Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten”, 2002, 12, *NJW*, s. 857-863.
- Hilgendorf E, *Alman Tıp Ceza Hukukuna Giriş*, Çev. Salih Oktar, Yetkin, 2. Baskı, Ankara, 2021.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin, 2020.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet, 2019.
- Kowan D H, “Human Experimentation: The Review Process in Practice”, 1975, 25(3), *Case Western Law Review*, s. 533-564.
- Krey V and Esser R, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5., neu bearbeitete Auflage, Kohlhammer, 2012.
- Lipp V, “Heilversuch und medizinische Forschung”, in *Laufs/Katzenmeier/Lipp: Arztrecht*, 8., völlig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Malkoç İ, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu: 2. Cilt*, Sözkese Matbaacılık, 2013.
- Meran N, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin, 2008.

- Özalp T ve Özalp F, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet, 2016.
- Özbek V Ö ve Doğan K, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90)”, in Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Pazarcı A A, “Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Kaynaklar Çerçevesinde İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Kavramları”, 2012, 2(2), Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, s. 30-58.
- Roelcke V, Vom Menschen in der Medizin, Psychosozial-Verlag, 2017.
- Claus R, Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 1, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2006.
- Schrott N, Intersex-Operationen, Nomos, 2020.
- Shreiber H L, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, Veli Özer Özbek (çev), in Yener Ünver (ed), Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, 2004.
- Sternberg-Lieben D, “Körpverletzung”, in Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar, 30., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Subaşı M F, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, 2021, 29(1), SÜHFD, s. 75-104.
- Şen E, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- Taneri G, Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge, 2015.
- Tepe H, “İnsan, İnsan Onuru ve İnsan Hakları”, in Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz (eds), İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Adalet, 2019.
- Thomas H, Zufallsfunde und Zufallsbefunde in der medizinischen Forschung, Nomos, 2018.
- Tiedemann K, Ekonomi Ceza Hukuku, Ayşe Nuhoğlu (çev), Seçkin, 2017.
- Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (çevrimiçi), <<http://www.tdk.gov.tr>> Erişim Tarihi 26.03.2021.

- Ünver Y, “Forschungen am Menschen und an Embryonen in der Türkei und die Würde des Menschen”, in Eric Hilgendorf ve Susanne Beck (eds), Biomedizinische Forschung in Europa, Nomos, 2010.
- Ünver Y, “İnsan Onuru Kavramının Ceza ve Tıp Hukuku Bağlamında Pozitif Hukuka Etkileri”, in Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz (eds), İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Adalet, 2019.
- Ünver Y, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2007.
- Yaşar O, Gökcan H T ve Artuç M, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu: 3. Cilt, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet, 2014.
- Yüksel H, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha, 2017.

FARKLI ÜLKE UYGULAMALARINDA YARGISAL EMİR

Burcu ERDİNÇ^{*,**,**}

ÖZ

Yargısal emir, Türk pozitif hukukunda yer almayan bir müessesedir. Ancak tanımlanması itibariyle Türk yargılama sisteminde yer alan birtakım yargı kararlarının yargısal emir niteliğinde olduğu savunulabilir. Mahkemenin idareye emir vermesi anlamına gelen yargısal emir müessesesi, İngiliz hukuku kökenlidir. Bugün itibariyle hem Anglosakson hukuk sisteminde hem de Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulanmaktadır. İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa, Almanya, İsveç, İtalya gibi pek çok ülkede var olan bir müessesedir. Türk hukuku bakımından tartışılması, yargı kararlarının uygulanmasını sağlayıcı rolü sebebiyledir. Doktrinde bu yönüyle ele alınmıştır. Çalışmamız, yargı kararlarının uygulanmasını sağlayıcı yönü dışında yargı kararlarının somutlaştırılması bakımından da yargısal emirin önemini vurgulamaktadır. Yargısal emir hem yargı kararlarının uygulanmamasını engelleyecek hem de yargı kararlarının somutlaşarak daha doğru uygulanmasını sağlayacaktır. Nihayetinde bu iki yönüyle birlikte yargısal emir hukuk devleti ilkesine hizmet edecektir. Çalışmamızda yargısal emrin farklı ülke örnekleri tanıtılacaktır. İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve İtalya ele alınacak ülkelerdir. Bu uygulamalar incelenerek yargısal emirin anlamı, uygulanma biçimleri ortaya konulacaktır. Böylece Türk hukuk uygulamasında bu tür bir müessesenin var olup olmadığı ile var olup olamayacağı konuları değerlendirilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal emir, Yargısal denetim, Hukuk devleti ilkesi, Kuvvetler ayrılığı ilkesi, Yargı kararlarının uygulanmaması.

INJUNCTION IN DIFFERENT COUNTRY IMPLEMENTATIONS

ABSTRACT

Injunction is an institution that does not have a place in Turkish positive law. However, as regards definition, it can be defended that some judicial decisions included in the Turkish judicial system have the attribute of injunction. The institution of injunction, which has the meaning of giving orders to the administration of the

* Arş. Gör. Dr. , İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı / MALATYA e-posta: burcu.erdinc@inonu.edu.tr

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4103-0321>

** Bu çalışma, İnönü Üniversitesi BAP Koordinasyon Birimi tarafından desteklenmiştir.

*** Bu çalışma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde yürütülen "Yargısal Emir Kavramı ve Türk Hukuk Uygulamasındaki Yansımaları" adlı doktora tezinden üretilmiştir.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018884

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15/09/2021

court, is of British legal origin. As of the present-day, it is implemented both in the Anglo-Saxon legal system and in the Continental European legal system. It is an institution that exists in many countries, such as England, the United States of America, France, Germany, Sweden and Italy. It is based on the provider role for the debating and implementing the judiciary decisions from the aspect of Turkish law. It has been treated from this aspect in the doctrine. Our study also emphasizes the importance of injunction from the aspect of concretizing the judicial decisions outside of the provider aspect of the implementation of judicial decisions. Injunction would both prevent judicial decisions not being implemented and by concretizing the judicial decisions, it would provide for a more accurate implementation. Ultimately, injunction together with these two aspects would serve the principles of the state of law. In our study, injunction will be presented with different country examples. England, the United States of America, France and Italy are the countries that will be treated. The meaning of injunction and the forms of application will be set forth by studying in detail these implementations. In this manner, it will be possible to evaluate the subjects of whether this type of institution exists or not in the Turkish legal implementations and whether it should or should not exist.

Keywords: *Injunction, Judicial supervision, Principle of the state of law, Principle of the separation of powers, Not implementing judicial decisions.*

GİRİŞ

İdareye yargı organları tarafından emir verilmesi anlamına gelen yargısal emir, Anayasa’da yer alan yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde mahkeme kararı verilemeyeceği hükmü (md. 125) sebebiyle doktrinde yasaklı bir uygulama olarak değerlendirilmiştir.¹ Ancak yargısal

¹ Rağıp Sarıca, İdari Kaza, İÜHF Talebe Cemiyeti Yayınları, İstanbul, 1942, s. 263; Turgut Candan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması-IV”, 1991, (256), Maliye Postası Dergisi, s. 46; Karşıt görüş için bkz. Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, 1970, s. 115; Sait Güran, “Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, 1994, 11, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 199 vd; “... iptal kararları ortadan kaldırıldıkları idari tasarrufun yerine kaim olmayıp sadece idareyi eski karar yerine yeni bir karar almaya mecbur bırakır. Mesela bir ruhsat tebligatının reddi üzerine bu red kararına karşı bir iptal davası açılması ve red kararının iptali halinde, bu red kararının iptali ruhsatname yerine kaim olmaz ve ruhsatı tazammun etmez; sadece idareyi ruhsat hususunda yeni bir karar vermeğe mecbur bırakır. İptal kararı, idareye alınacak karar hakkında bir direktif de vermez.” Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1790.

emir müessesesi, ilgili Anayasa hükmü kapsamında yer almayan, yasaklı olmayan, bu denli dar bir anlama hapsedilemeyecek kadar derin bir husustur. Mahkeme kararlarının uygulanmasının sağlanması fonksiyonu üstlenen müessese, söz konusu anayasal hükme aykırılık içermemektedir.

Kanuni çerçevede takdir yetkisine sahip ve kamu gücüyle donatılmış bir idarenin bulunduğu idari rejim sisteminde², yargısal emir müessesesinin kabulü önem arz eder. İdare ile yargı organı arasındaki ayrılık ihlal edilmemesi gerektiğinden, bu kabul, muhkem temellere dayanmalıdır. Anayasal bir ilke olan hukuk devleti ilkesinin (md. 2) gereği olarak gerçekleştirilecek yargısal denetim, kuvvetler ayrılığı ilkesine zarar vermeyecek nitelikte olmalıdır.

Usulüne bakıldığında, yargısal emir, mahkemeler tarafından idareye emir verilmesi gibi gözüke de aslanan mahkemelerin bu nitelikteki kararlarıyla idareleri hukuka uygun davranmaya sevk etmesi ve hatta zorlamasıdır. Hukuk devleti ilkesi gereği³, mahkeme kararları, uygulanmaları yönünde bir emri mündemiçtir. Bu nedenle yargısal emir müessesesine mahkeme kararlarının uygulanmasını sağlayıcı bir işlev yüklemek aslında hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Hukuk devletinde mahkeme kararlarının uygulanmaması gibi bir sorunun bulunmaması gerekir. Ancak maalesef bu ifademiz olması gereken hukuk anlayışı bakımındandır. Oysa ki olan hukuk anlayışı, mahkeme kararlarının uygulanmasını sağlayıcı birtakım tedbirlerin ayrıca alınmasını gerektirmektedir.

Yargısal emir, mahkemeler tarafından idarelere karşı verilen ve uyulması, gereklerinin yerine getirilmesi zorunlu olan kararlardır.⁴ Türlerine göre; bazen

² İl Han Özay, *Günişığında Yönetim II Yargısal Korunma*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 4 vd; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt I, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019, s. 8; Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 15 vd; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 10. Baskı, Savaş Yayıncılık, 2019, s. 59 vd; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011, s. 24; Gözübüyük, idari hukuku sistemlerini, *yargı birliği sistemi ve yönetsel yargı sistemi* biçiminde adlandırmaktadır. Şeref Gözübüyük, *Yönetsel Yargı*, 35. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, s. 3 vd; Onur Karahanogulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 9 vd.

³ Hukuk devleti ilkesi, maddi ve şekli unsurlardan oluşmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin şekli unsurlarından biri idarenin kanuniliğidir. Bu unsur kapsamında, mahkeme kararlarının uygulanması idarenin bağlı yetkisi içinde yer almaktadır. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *İdare Hukuku*, s. 79 vd ve s. 115.

⁴ Adem Avcı, “İngiliz Hukukunda Mandamus (Mandatory Order) İlkesi”, 2014, 4(2), *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 166; Hasan Nuri Yaşar, *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir*, Tıpkı Basım, On İki

bir işlemin iptalini emreden, bazen bir işlem ya da eylemin yapılmasını yasaklayan ve bazen de olumlu ya da olumsuz bir emir içeren kararlardır. Bunların yanı sıra, yargısal emirler kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmesi yönünde zorlayıcı emirler de içerebilmektedir. Ülkeler bazında incelendiğinde, örneğin Fransa’da “idari hâkimin kararlarıyla idari eylemi başlatması” şeklinde bir yargısal emir türü de mevcuttur.⁵ Kanaatimizce, bu uygulamayla yargısal emrin ötesine geçen ve artık idarenin görev alanına müdahalede bulunan bir yetki söz konusudur.

Yargısal emir, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin vazgeçilmez bir unsuru olan idarenin yargısal denetimi kapsamında değerlendirilebilecek bir başvuru imkânıdır. Yargısal denetim sayesinde idarenin işlem ve eylemlerinin keyfi olmaması, muhakkak hukuki bir sebebe dayanması sağlanmaktadır. Yargısal emir müessesesiyle de idarenin hukuku uygulamaktan kaçınma fırsatı engellenmektedir. Mahkemenin yaptığı kesinlikle bir yerindelik denetimi değildir. Tamamen hukukilik denetimi içerisinde kalan bir değerlendirmedir ve idareye hukuka uygun bir yol göstermeyi hedeflemektedir.

Tarihçesine bakıldığında, yargısal emir, Anglosakson hukuk sisteminde ortaya çıkmış ve zamanla Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulanmaya başlanmıştır. Birbirinden ayrı kurallara sahip olan bu hukuk sistemlerinde aynı hukuki kurumun -yargısal emrin- uygulanması mümkündür. Belirtmek gerekir ki, amaçları hukuk devletini gerçekleştirmek ve korumak olduğunda, temel ilkelerle çatışmamak kaydıyla, farklı hukuk sistemlerinin bir diğerine özgü hukuki müesseselerden faydalanmasında sakınca yoktur. Yargısal emir de bu nitelikte bir hukuki müessesedir.

Yargısal emir kavramının kökeninde, idarenin sorumluluğunun kabul edilmediği dönemlerde zarar gören kişinin, zararına sebep olan idare görevlisini mahkeme önüne çıkarmasına imkân tanıyan writler (kral fermanları) yer almaktadır.⁶ Kral tarafından, kamusal alanda görevli olan

Levha Yayıncılık, 2013, s. 161 vd.

⁵ Aktaran YAŞAR, s. 172.

⁶ Paul Craig, *Administrative Law*, 8th Edition, Sweet&Maxwell, 2016, s. 793 vd; Hafize Sevinç Aydar, *İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 2 vd; Avcı, s. 185; Süleyman Kurt, “Britanya İdari Yargı Yerleri (Tribunal Sistem) ve Yargısal Denetim”, 2004, (107), *Danıştay Dergisi*, s. 105 vd; “Writ” kavramına 1215 tarihli Magna Carta’da da rastlanmaktadır. Magna Carta’nın 34. ve 36. maddelerinde, kral fermanlarından yani writlerden söz edilmektedir. Bkz. *The Magna Carta (Great Charter)*, <<https://www.>

bireyleri, görevlerini gerektiği gibi yerine getirmeye zorlama ve sahip oldukları yetkileri kötüye kullanmalarını engelleme amacıyla verilen kararlar writ olarak adlandırılmaktaydı.⁷ Writler, idarenin yargısal denetimini sağlayan araçlardı.

Yargısal emrin kökeni olan writler, ayrıcalıklı emirler ve ayrıcalıklı olmayan emirler olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸ Ayrıcalıklı emirler; certiorari, habeas corpus, mandamus ve prohibition türlerinden oluşmaktadır.⁹ Bu adlandırmalar ortaya çıktıkları döneme aittir. Günümüzde kanunlarda yeni ifadeleriyle yer almaktadırlar.¹⁰ Ayrıcalıklı olmayan emirler ise; injunction ve decleration'dur.¹¹ Yalnızca kamu hukuku alanında uygulanan emirler ayrıcalıklı olarak adlandırılmaktaydı. Bunlar kraliyet kaynaklı olup, kraliyete karşı kullanılmamaktaydı.¹²

Yargısal emrin ortaya çıktığı İngiliz hukuk sisteminde, Common law ve Equity hukuku söz konusuydu.¹³ Equity hukuku, Common law'un dava açabilmek için bir writ gerektirmesi ve emsal kararların çeşitlenmemesinden

constitution.org/eng/magnacar.pdf>Erişim Tarihi: 20 Ocak 2021.

⁷ Writ, devlet ya da yetkili yasal merciler adına, yapılması gerekeni ya da belirli bazı hareketlerin yapılmasından kaçınılmasını bildiren, mahkemeye ait yazılı emirdir. writlerin kökeni, kralın insanlara ve mahkemelere emirlerini ilettiği bir yöntem olarak Anglosakson sisteminde karşımıza çıkar. Kral tarafından, kamusal işlerle görevli olanları görevlerini gerektiği gibi yerine getirmeye zorlamak ve sahip oldukları yetkileri kötüye kullanmalarını engellemek amacıyla verilen kararlardır. Kurt, s. 105 vd; Sırrı Düğer, Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Mart 2019, s. 180.

⁸ Ayrıcalıklı emirler, kamu hukukunda söz konusu olan emirleri ifade etmekte iken, ayrıcalıklı olmayan emirler özel hukuk alanında söz konusu olan injunction ve decleration emirlerini ifade etmektedir. Bryan A. Garner, Black Law Dictionary, 10th Edition, Thomson Reuters, 2014, s. 1845 vd.

⁹ Garner, s. 1845; Kurt, Habeas Corpus'u bu kapsamda saymamaktadır. Bkz. Kurt, s. 105 vd.

¹⁰ Kanunda yer alan adlandırmalar şöyledir: Certiorari "quashing order", mandamus "mandatory order" ve prohibition "prohibiting order". Kanun maddesi için bkz. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/15/section/15>> Erişim Tarihi: 20 Ocak 2021.

¹¹ Kurt, s. 106 vd.

¹² Ergun Özbudun, "İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları", 1961, 18(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 340 vd.

¹³ Equity hukuku hakkında bilgi için bkz. Cem Eroğul, Çağdaş Devlet Düzenleri, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2016, s. 39 vd; Uğur Mumcu, "İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı", 1970, XXVII, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 41 vd; Bahadır Kılınc, "Common Law (Ortak Hukuk) Sistemine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere'de Anayasa Kavramı Ve Yargısal Denetim", Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, s. 116.

dolayı adaleti sağlamada yetersiz kalması nedeniyle oluşmuştur. Yargısal emir kavramı, nasafet (hakkaniyet) kurallarına göre işleyen Equity hukukunu uygulayan mahkemelerce geliştirilmeye başlanmıştır.¹⁴

Writ kavramı, yargısal emir müessesesinin esas amaçlarını bize göstermektedir. Bu amaçlar kamu görevlerinin gerektiği gibi yerine getirilmesi ve bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Bu amaçların saptanması, farklı hukuk sistemlerinde müessesenin yer alabilirliğini ve uygulama biçimini belirlemede yol gösterici olacaktır.

Yargısal emrin farklı ülkelerde yer alan uygulamalarının çalışılması ve doğru anlaşılması müessesenin özünü kavramak açısından faydalı olacaktır. Öte yandan bu inceleme sonucu Türk hukukunda müessesenin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin değerlendirmeler yapılması da mümkün olacaktır.¹⁵ Hukuk devleti ilkesine hizmet etmesine rağmen, ülkemizde yasak olarak nitelendirilen¹⁶ yargısal emre yakından bakmak, kanaatimizce bir gerekliliktir.

I. İNGİLTERE'DE YARGISAL EMİR

1982 tarihinden bu yana, İngiltere'de¹⁷ idare hukuku¹⁸, *High Court*'un *Queen's Bench Division*'unda geliştirilmekteydi.¹⁹ İdare hukuku konusunda

¹⁴ Eroğul, s. 40.

¹⁵ Bu yönde bir tez çalışması tarafımızdan yürütülmektedir.

¹⁶ Bkz. Dipnot 1.

¹⁷ İngiltere'de idari mahkemelerin gelişim sürecine ilişkin bilgi için bkz. Turgut Candan, "Britanya İdari Mahkemeleri", 1992, (4), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 485 vd. İlgili kaynaktaki ilginç bir bilgi yer almaktadır: "İdari mahkemeler -adli mahkemelerden farklı olarak- emsal kararlarla kesinlikle bağlı değildirler." Bu farklılık dikkat çekicidir. Candan, "Britanya", s. 496.

¹⁸ İngiltere'de idare hukuku, ayrı bir idari yargı örgütü tarafından geliştirilmemiştir. 2000'li yıllara kadar genel mahkemelerde gelişen idare hukuku, 2000 yılında, o zamanki ifadesiyle *High Court*'ta *Administrative Court* (İdari Mahkeme) adıyla ayrı bir daire kurulmasıyla birlikte gelişimini bu mahkemelerde devam ettirdi. 2007 yılında ise "Tribunal, Courts and Enforcement Act" ile mahkemelerde radikal yenilemeler gerçekleştirildi. Mahkemelerin oluşumu ve mahkemelerde uygulanan usuller bakımından geniş kapsamlı değişiklikler yapıldı. Bkz. Craig, s. 231 vd.

¹⁹ Esin Örucü, "Büyük Britanya'da İdarenin Yargısal Denetimi", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyadaki Bugünkü Yeri, 1993, s. 258; Gözübüyük/Tan, İngiltere'de, mahkemelerde gelişme sürecinden önce, 1958 yılında "Tribunal and Enquires Act"ın kabulüyle İdare hukukunun gelişmeye başladığından bahsetmektedir. Bkz. Gözübüyük/Tan, s. 8.

atılan önemli bir adım, 2000 yılında *High Court*'ta *Administrative Court* adıyla bir daire kurulması olmuştur.²⁰ İngiltere'de ayrı bir idari yargı düzeni olmasa da, idari işlere özgü bir dairenin kurulmuş olması ve idari işlemleri denetleyen ilk derece mahkemelerinin varlığı, idare hukuku bakımından önemli gelişmelerdir. Bu dairelerde, idare hukuku alanında uzmanlaşmış kişiler kararlar almakta ve idari uyuşmazlıkları çözmektedirler.

Anglosakson hukuk sisteminde, mahkeme kararları ve kanuni düzenlemeler hukuk kurallarını oluşturmaktadır.²¹ Geleneksel İngiliz hukuk sisteminin temel özelliği olarak ise, mahkeme kararları tek başına büyük önem taşımaktadır. Her bir mahkeme, yargılama yaparken kendi kararları yanında diğer mahkeme kararlarını dikkate almak zorundadır. Mahkeme kararları doğrultusunda gelişen bir hukuk sistemi söz konusudur. Bu özellik, mahkemelere ait yargısal emir kararları ile idarenin yönlendirilebilmesini anlamlı kılmaktadır.

Günümüzde yargısal emir uygulamasına ilişkin düzenlemeler “Yüksek Mahkeme Kanunu (Senior Court Act)” md. 31’de yer almaktadır.²² Maddeye göre; yargısal denetim kapsamındaki yargısal emir talepleri Yüksek mahkemeye yöneltilecektir. Herhangi bir yargısal emrin verilip verilmeyeceği hâkimin takdirindedir. Yeterli menfaat koşulu gerçekleşmediği müddetçe mahkeme yargısal emir başvurusu için kişiye izin vermeyecektir. Üçüncü fıkranın alt bentlerinde belirtildiği üzere; mahkeme, davaya neden olan işlem gerçekleşmeseydi ortaya çıkan sonuç değişmeyecekse yargısal emre hükmetmeyecektir. Ayrıca mahkeme bu yönde karar alırken kamu yararını da göz önünde bulunduracaktır. Söz konusu işlem gerçekleşmediğinde sonuç değişirse bile, kamu yararının gerektirmesi halinde hâkim yargısal emre hükmedebilecektir. Dördüncü fıkraya göre; mahkeme talep bulunması halinde başvurana tazminat ödenmesine, tazminin sağlanmasına veya eski halin iadesine²³ karar verebilir.

²⁰ Eroğul, s. 46.

²¹ Eroğul, s. 36; Kılınç, s. 115; Bugün hukukun iki kaynağından biri olan mahkeme kararları; 19. yüzyılın son çeyreğinden itibaren Common Law ve Equity hukukunun birleşmesinden oluşmaktadır. Bkz. Eroğul, s. 36.

²² Kanun metni için bkz. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/31>>, Erişim Tarihi: 20 Ocak 2021.

²³ “Eski halin iadesi” olarak ifade ettiğimiz aslında “ödenmesi gereken meblağın geri ödenmesini” ifade etmektedir. Bizim hukukumuz bakımından bu şekilde ifade edilmesini tercih ettik. Belirtmek gerekir ki; eski hale getirme Fransız hukukunda da sadece ödenmesi gereken meblağın geri ödenmesi şeklinde değildir. Jeangirard-Dufal tarafından verilen somut

Maddenin beşinci fıkrasına göre; başvurunun kaynaklandığı mahkeme kararı Yüksek Mahkeme'nin bozması halinde kararı veren mahkemeye ya da idareye gönderilebilir ya da Yüksek Mahkeme kendisi ilgili konuda karar verebilir. Yüksek Mahkeme tarafından yeniden bir karar verilebilmesinin birtakım şartları fıkra düzenlenmiştir: a. Karar bir mahkeme tarafından alınmış olmalıdır; b. Kararda hukuki bir hata bulunmalıdır; c. Söz konusu hukuki hata mevcut olmasaydı mahkemece alınacak karar tek olmalıdır. Bu durumlar gerçekleşirse, Yüksek Mahkeme kendisi esas hakkında karar verebilir. Altıncı fıkraya göre; mahkeme başvuruda gecikildiği kanaatindeyse yargısal emir talebini reddedebilir. Dolayısıyla düzenlemeye göre; yargısal emir başvurusunun, her somut olay açısından mahkemece belirlenecek makul bir süre içerisinde yapılması gerekir. Ayrıca bu hukuksal çareye başvurulması bir kişinin hakkına ciddi bir zarar verecekse, önemli boyutta hukuki bir zorluğa sebep olarsa ya da iyi yönetim ilkelerine zarar verecekse mahkeme tarafından reddedilebilir. Yedinci fıkraya göre ise; altıncı fıkra hükmü, yargısal emir süre yönünden reddi hali, yargısal denetim başvuru süresini sınırlandıran herhangi bir mahkeme hükmünü engellemeyecektir.

Yargısal emir, birbirinden farklı içeriklere sahip türlere sahiptir. Bu emirler, mahkemeler tarafından verilen ve yerine getirilmesi zorunlu olan kararları ifade etmektedir. Ancak bunlar kimi zaman işlem den önce verilerek önleyici olmakta, kimi zaman kamu görevlilerine görevlerini emrederek zorlayıcı nitelikte olmakta, kimi zaman ise işlemin iptalini emredip hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak düzeltici olmaktadır. Her bir yargısal emir türü, başlı başına bir inceleme konusudur. Hukuk sistemlerinde edindikleri yerler, yaptıkları denetim ve sağladıkları hukuki koruma farklıdır. Geçirdikleri tarihsel süreçler ve günümüzde kazandıkları anlamlar -birbirleriyle bağlantılı olmakla birlikte- incelendiğinde, birebir aynı anlamda olduklarını savunmak mümkün değildir. Menşei İngiliz hukukunda, yargısal emrin güncel türleri “Mahkemeler ve İnfaz Kanunu (Tribunal, Courts and Enforcement Act 2007)”nda yer almaktadır. Kanunun Bölüm I, Madde 15 ve devamında yer alan türleri; *mandatory order*, *prohibiting order*, *quashing order*, *declaration* ve *injunction* 'dır.²⁴

olay örneğine göre; bir yargısal emir olarak kişinin görevine iade edilmesine hükmedilmiştir. Bkz. Claire Jeangirard-Dufal, “Le juge administratif et l'injonction: Expérience de vingt années d'application”, 2015, (3), RFDA, s. 461 vd.

²⁴ Kanun maddesi için bkz. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/15/section/15>>, Erişim Tarihi: 20 Ocak 2021.

Mandatory order (mandamus; zorlayıcı emir), görevinden kaçınan bir kamu görevlisine, kaçındığı kamu görevinin ifasını emreden kararlardır.²⁵ Kamu görevlilerini, yasal olarak yapması gerekenleri yapmaları için zorlamaktadır.²⁶ Mevzuatın doğrudan bir şeyin yapılmasını emrettiği durumlarda verilebilecek bir emirdir.²⁷ Bu emirle, ilgili kamu görevlisi kanuna aykırı bir davranışa zorlanamaz.²⁸ Mandamus ya da mandatory order adıyla anılan zorlayıcı emir, kamu hukuku kaynaklı yargısal emir türlerinden biridir. Kral fermanlarına (writlere) dayanması mümkün olmakla birlikte bu bağlantı ispatlanamamıştır.²⁹ Bu nedenle, tarihsel açıdan aslında çok net bir geçmişe sahip değildir.

Zorlayıcı emir konusunda belirleyici dava, 1615 tarihli *Bagg* davasıdır.³⁰ *Bagg*, Plymouth kasabasında bir amirdir ve görevine yakışmayan davranışları sebebiyle görevinden alınmıştır. *Bagg*'in başvurusu üzerine, mahkeme, savunması alınmayarak görevinden alındığı ve haklarından mahrum bırakıldığı gerekçesiyle görevine iade edilmesine karar vermiş ve bu konuda zorlayıcı bir yargısal emre hükmetmiştir.³¹ Bu davada, Lord Mansfield zorlayıcı yargısal emri şu şekilde ifade etmiştir: “*Zorlayıcı emir; hukuka aykırılık ve kolluğun kusuru sebebiyle oluşacak düzensizlikleri engelleme amacıyla ortaya çıkmıştır. Özel bir hukuki çarenin öngörülmediği ancak adalet ve iyi yönetim ilkelerinin bunu gerektirdiği her durumda kullanılmalıdır.*”³² Bu kararın ardından pek çok davada zorlayıcı emir kullanılmıştır. Ancak 19. yüzyıldaki yerel yönetimler reformu ile zorlayıcı emre olan ihtiyaç azalmış ve istinaf gibi alternatif kanun

²⁵ Edward King/Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev. İlhan LÜTEM, 16(1-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 221; Burak Açıdoğru, “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetiminde Mahkemelere Tanınan Ayrıcalıklı Emir (Prerogative Remedy) Verme Yetkisi”, 1999, 1(3), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, s. 185.

²⁶ Mark Elliott/Jason N. E. Varuhas, *Administrative Law Text and Materials*, 5th Edition, Oxford, 2017, s. 453.

²⁷ Elliott/Varuhas, s. 463.

²⁸ Düğger, s. 199.

²⁹ Craig, s. 801.

³⁰ Craig, s. 801; *Bagg* davasından önce, 1573 yılında Middleton Davası ile zorlayıcı yargısal emre benzer bir kararın verildiği ve bu davada da rapor edilmemiş bir davaya, *Anable Davası*’na, atf yapıldığı görülmektedir. Bkz. Avcı, s. 172; Aydar, s. 74.

³¹ Craig, s. 801; Avcı, s. 172.

³² Craig, s. 801.

yolları ortaya çıkmıştır.³³

Zorlayıcı emrin verilebilmesi için Mahkemeler ve İnfaz Kanunu'nun 15. maddesinde iki şart aranır. Aranan ilk şart gereği; emrin amacı bir kamu görevinin yerine getirilmesini sağlamak olduğundan, öncelikle ortada bir kamu görevi olmalıdır.³⁴ Bu kamu görevinin, başvuru sahibine ya da onun içinde bulunduğu bireylere karşı idarenin bir görevi olması gerekir.³⁵ Kamu görevinin Common Law ya da kanundan kaynaklanması mümkündür.³⁶ Aranan bir diğer şart, başvuruçunun yapılmasını istediği işlem ya da eylemin gerçekleştirilmesini ilgili idareden talep etmesidir.³⁷ Bu talebin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde, mahkeme zorlayıcı emre hükmedebilecektir. İdare tarafından cevap verilmemesi, başvurunun kabulünün hukuka aykırı şartlara bağlanması ya da belirsiz cevap verilmesi hallerinde ise talep reddedilmiş sayılacaktır.³⁸

Prohibiting order (prohibition; yasaklayıcı emir), idarenin hukuka aykırı davranmasını engellemek adına, idari işlem yapılmadan evvel verilen emir türüdür. Alt dereceli mahkemelerin, bakanların ya da kamu kuruluşlarının yetki aşımalarını engelleyici nitelikte bir yargısal emirdir.³⁹ Bilindiği üzere, denetim yolları genel olarak yetki aşımı (ultra vires) sebebiyle ortaya çıkmıştır.⁴⁰ Yasaklayıcı emir, henüz yetki aşımı gerçekleşmemişken bu ihtimali engelleyen bir yargısal denetim yolu olarak öngörülmüştür. Zorlayıcı emirde kamu görevlerinin yerine getirilmesi için emir verilmekteyken, yasaklayıcı emirde hukuka aykırılık teşkil edeceğinden idareye ait işlem engellenmektedir. Gerçekleşmeden önce hukuka aykırı hareketin engellenmesi sağlanmaktadır.⁴¹

³³ Craig, s. 801.

³⁴ Craig, s. 801 vd; Aydar, s. 76; Avcı, s. 174.

³⁵ Craig, s. 802; Aydar, s. 76;

³⁶ Avcı, s. 171; Düğür, s. 200.

³⁷ Aydar, s. 80; Bu şartın geleneksel görüş bakımından geçerli olduğu ve günümüz şartlarında aranması gerekmeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Craig, s. 803; Avcı'ya göre aranan ikinci şart, zorlayıcı yargısal emrin uygulanmasından önce ilgili idareden söz konusu görevin icrasının istenmesi ve bu talebin idare tarafından reddedilmesidir. Bizim ayrı ayrı belirttiğimiz ilk iki şartı, yazar birlikte değerlendirmektedir. Avcı, s. 174.

³⁸ Aydar, s. 81; Avcı, s. 174.

³⁹ Avcı, s. 170.

⁴⁰ Craig, s. 16 vd.

⁴¹ Elliott/Varuhas, s. 463.

Yasaklayıcı emre önemli bir örnek, *R v. Liverpool Corporation, ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association* davasıdır. İlgili davada mahkeme, bir yerel yönetime ait yeni taksi ruhsatı verilmesi işleminin, mevcut taksi şoförlerinin ya da temsilcilerinin görüşleri alınmaksızın gerçekleştirilmesini yasaklamıştır. Lisans sayısını bir süreliğine 300 olarak sınırlamıştır.⁴² Bir başka örnekte ise, mahalli bir idarenin film lisansı verirken uyguladığı hatalı ölçütü engellemek amacıyla yasaklayıcı emre hükmetmiştir.⁴³ Yasaklayıcı emir idarelere karşı verilebileceği gibi, mahkemelere karşı da verilebilir; tıpkı diğer yargısal emir türleri gibi. Örneğin, *R. v. Kent Police Authority, ex parte Godden* davasında, daha önce aynı davada taraf konumunda olan doktorun tarafsız olamayacağı nedeniyle, bilirkişi olarak değerlendirme yapması Yüksek Mahkemece yasaklanmıştır.⁴⁴ Alt mahkemenin bu yönde verebileceği karar, hukuka aykırılık oluşturacağından dolayı yasaklayıcı emirle engellenmiştir.

Quasing order (certiorari; iptal emri), hukuka aykırı kararların geçmişe etkili biçimde ortadan kaldırılmasını sağlayan emir türüdür. Bozucu emir olarak da adlandırılabilir. Bu emir, yargısal denetimde en çok başvuru yoldur.⁴⁵ Doktrinde yer alan bir ifadeye göre; “*Bir kamu idaresinin yetkilerini, yetki dışı ya da kötüye kullandığı, ya da doğal adalet kurallarına aykırı, ya da yasa hatası yaparak kullandığı hallerde certiorari yoluyla idari karar iptal edilir.*”⁴⁶ Bu ifadeden çıkarılan sonuca göre, iptal emrinin üç türü söz konusudur: Maddi yetki aşımı, usuli yetki aşımı ve hukuki hata.⁴⁷ Bu üç halden birinin varlığında, başvuru üzerine mahkeme işlemin iptaline yönelik yargısal emre hükmedecektir.

İptal emrinin verilmesi ile mahkeme kararının zorla kabul ettirilmesi değil, hukuka aykırı bir kararın iptal edilmesi söz konusudur. İptal emri, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasını amaçlar. Dolayısıyla yargısal denetimin önemli bir parçasıdır. İdareye yeniden ve hukuka uygun bir işlem yapma olanağı yaratılmaktadır. İptal emrinde, ya yetki olmadan işlem yapılmış

⁴² Elliott/Varuhas, s. 463; Aydar, s. 88; Avcı, s. 171.

⁴³ Aydar, s. 87.

⁴⁴ Aydar, s. 87.

⁴⁵ Bu durumu ifade eden *Cocks v. Thanet Bölge Konseyi* davasında, Lord Bridge iptal emrinin hukuka aykırılığın gözden geçirilmesinde birincil ve en uygun çözüm olduğunu söylemiştir. Elliott/Varuhas, s. 461.

⁴⁶ Ötücü, s. 263.

⁴⁷ Avcı, s. 170; Açdoğuran, s. 187; Daha çok hukuki hataya ilişkin uygulandığı konusunda bkz. Craig, s. 794.

veya mevcut yetki aşılmıştır ya da doğal adalet kuralları ihlal edilmiştir. İşlemi yapan iradede meydana gelen hile, yalan ya da zor kullanılması durumu iradeyi sakatlamakta ve işlemin hukuka aykırı hale gelmesine sebep olmaktadır.⁴⁸ İptal emriyle bu durumların ortadan kaldırılması ve hukuka uygun biçimde bir işlemin yapılmasının sağlanması amaçlanmaktadır.

İdareye ait her işlem iptal emrine konu olmaz.⁴⁹ Öncelikle aranan şart, işlemin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka uygun bir işlemin iptal emri ile ortadan kaldırılması, bozulması mümkün değildir. Tarihsel olarak bakıldığında, iptal emri kralın bilgi istemesi yolu olarak ortaya çıkmıştır.⁵⁰ Kararın hukuka uygun ya da aykırı olduğunun krala bildirilmesi usulü olarak işlev görmüştür. Sonrasında ise mahkemeler tarafından idarelerin hukuka aykırı işlemlerinin iptal edilmesine evrilmiştir.

Zorlayıcı ve yasaklayıcı yargısal emirler ile iptal emri Kraliyete karşı verilemez. Kral fermanlarına (writlere) dayanan yargısal emirlerin Kraliyete karşı verilememesi anlaşılır bir düzenlemedir. Tarihsel olarak bu emirlerin asıl sahibi Kraliyettir. Öte yandan bu emirlerin, askeri konularda ve üst mahkemelere karşı verilmesi de mümkün değildir.⁵¹

Declaration (açıklama), hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kullanılmaya uygun, esnek bir hukuki yol olup, çeşitli durumlarda taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi göstermek amacıyla başvuru yargısal bir yoldur.⁵² Yargısal denetim esnasında, diğer ayrıcalıklı emirler yanında declaration ile açıklayıcı bir hüküm tesis edilebilir.⁵³ Örneğin, bir iptal emrine (quasing order) dayanak olarak, açıklamaya hükmedilebilir.⁵⁴ Dikkat edilmelidir ki, açıklama aslında yargısal emir niteliğinde değildir. Bu husus doktrininde de savunma bulmuştur.⁵⁵ Mahkeme tarafından uygulanacak kuralların açıklanması ya da taraflara haklarının açıklanmasından ibaret olup tamamen

⁴⁸ Açdoğuran, s. 187.

⁴⁹ “Britanya’da yetki onu kullananın kimliğine göre değil, kendi yapısına göre değerlendirilir.” Örucü, s. 264.

⁵⁰ Örucü, s. 264.

⁵¹ Clive Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, 3rd Edition, Sweet&Maxwell, 2004, s. 226.

⁵² Düğür, s. 189 vd.

⁵³ Kurt, s. 106.

⁵⁴ Lewis, s. 206.

⁵⁵ Düğür, s. 189.

bir tespit hükmündedir; herhangi bir zorlayıcılık içermemektedir.⁵⁶ Hukuki etkisi doğrudan değil, dolaylıdır. Ancak yine de etkilidir. Çünkü idarelerin mahkemeye ait bu açıklayıcı hükmü dikkate almaması düşük bir ihtimaldir.⁵⁷ Açıklamanın yargısal emir niteliğinde olmadığı kanaatimize rağmen yargısal emir türleri içerisinde belirtmemizin nedeni, Mahkemeler ve İnfaz Kanunu'nun ilgili 15. maddesinde sayılan yargısal emir türleri arasında yer almış olmasıdır.

Açıklama yoluna başvurabilmek için somut bir olayın varlığı gerekir.⁵⁸ Ancak somut, kesin ve yürütülebilir bir işlemin varlığı halinde, mevcut işleme ilişkin olarak kamu makamlarının yetkili olup olmadıkları ve işlemin hukuka uygun olup olmadığı mahkemeye değerlendirilebilir ve bu doğrultuda bir açıklama yapılabilir. Açıklama, işlemin hukuka aykırılığını ya da yetki aşımı bulunup bulunmadığını tespit ve ifade eden bir karardır. Genel olarak, işlemin geçmişe etkili biçimde hukuka aykırılığını ortaya koyan açıklama, kimi zaman genel hukuk kurallarıyla geleceğe yönelik sonuçlar doğurucu biçimde kullanılabilir.⁵⁹ Örneğin; yapılan hukuka aykırı düzenleyici bir işleme dayanan yeni işlemler yapılması açıklama ile engellenebilir.

Injunction (olumlu ya da olumsuz mahkeme emri) (tam yargısal emir), mahkeme tarafından idarelere veya alt mahkemelere *bir yap ya da yapma emri* verilmesini ifade etmektedir. Farklı bir ifadeyle, emredici ya da yasaklayıcı nitelikli mahkeme emridir.⁶⁰ Özel hukuka ait bu yargısal emir türü kamu hukuku alanında da zamanla kullanılmaya başlanmıştır. 19. yüzyılın sonlarına kadar sadece yasaklayıcı nitelikte kullanılan injunction, sonrasında olumsuz/yasaklayıcı ya da olumlu/emredici bir emir içerir nitelikte kullanılmıştır.⁶¹ Diğer yargısal emir türlerine nazaran daha çok tercih edilmektedir. Özel hukuk temelli bu yargısal emir türünün daha çok rağbet görmemesinin nedeni, diğer yargısal emir türlerinin ihtiyaca cevap verememesi ve injunction türünün hem yap hem de yapma emrini içerebilen bir yargısal emir olmasıdır.⁶² Injunction hem zorlayıcı emir (mandatory order) hem de yasaklayıcı emir (prohibiting order) yerine kullanılabilir bir yargısal emir türüdür. Öte yandan injunction,

⁵⁶ Avcı, s. 169.

⁵⁷ Düğer, s. 190.

⁵⁸ Açıdoğuran, s. 190.

⁵⁹ Craig, s. 812.

⁶⁰ Garner, s. 904.

⁶¹ Açıdoğuran, s. 188.

⁶² Aydar, s. 50.

hukuka aykırı bir işlemin iptal edilene kadar yürütülmesinin durdurulmasını da öngörebilir.⁶³ Belirli bir süre için ya da dava sonuçlanıncaya kadar belli bir durumun muhafazası için verilebilen ara karar niteliğinde bir emir türüdür.⁶⁴

1977 yılında yapılan usul hukuku reformları ile tam yargısal emrin⁶⁵ kamu hukukundaki uygulaması ağırlık kazanmıştır. Öncesinde kamu otoritesinin yaptığı işlem veya eylemle belirli bir hakkı ihlal edilirse, yani özel bir hakkı ihlale uğrarsa yargısal emir başvurusu yapabilmekteydi. Ancak reform sonrası hak ihlali değil menfaat ihlali yargısal emir başvurusu için yeterli kabul edilmeye başlanmıştır.⁶⁶ Ehliyet şartının genişlemesiyle injunction başvuruları kamu hukuku alanında sık kullanılır hale gelmiştir. Injunction'ın bir diğer kullanım alanı ise, alt mahkemelerin görev alanları dışında kalan davaları görmelerinin önlenmesidir. Mahkemelerin yetkilerini aşarak görev alanları dışında kalan bir davayı görmesi bu yöntemle engellenebilmektedir. Ancak bu amaçla daha çok yasaklayıcı emir (mandatory order) yoluna başvurulduğunu belirtmek gerekir.⁶⁷

Kraliyete karşı zorlayıcı ve yasaklayıcı emir gibi injunction da verilememektedir. Ancak bu yargısal emir türünün, Kraliyeti temsil eden memurlara karşı uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. 1994 tarihli *M. v. Home Office* davasında, mahkeme yürütmeye ilişkin görevlerin günümüzde Bakanlara ihdas edildiğini, Kraliyete verilmediğini ve bu nedenle tam yargısal emirlerin Kraliyeti temsil eden memurlara karşı uygulanabileceğini hükme bağlamıştır.⁶⁸

II. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE YARGISAL EMİR

Anglosakson sisteminin bir diğer temsilcisi Amerikan hukuk sisteminde, kanuni düzenlemeler içtihatlar çerçevesinde yorumlanmaktadır.⁶⁹ Mahkemeler

⁶³ Avcı, s. 170.

⁶⁴ Lewis, s. 278.

⁶⁵ Injunction, hem emredici hem de yasaklayıcı mahkeme emrini kapsamaktadır. Bu nedenle tam yargısal emir olarak da ifade edilebilir.

⁶⁶ Aydar, s. 94.

⁶⁷ Lewis, s. 279.

⁶⁸ Lewis, s. 281 vd; Aydar, s. 98.

⁶⁹ “Fransız İdare Hukuku'nun Conseil d'Etat'nın eseri olması gibi, Amerikan İdare Hukuku'nun da banisi yasama olsa bile, güncel durumuna ulaşmasında en büyük katkı, başta Yüksek Mahkeme olmak üzere genel anlamda yargıdır. Nitekim Amerika'da İdare Hukuku 'yönetimin denetlenmesi hukuku'dur. Aslında bu olgu bilindiği gibi Fransız İdare

kanunları uygularken, ilgili mahkeme kararlarını inceleyip, ilgili hükmü uygulayan bir Anayasa Mahkemesi ya da temyiz mahkemesi kararı bulunup bulunmadığını tespit etme yükümlülüğündedirler.⁷⁰ Common Law sistemine sahip olan Amerika Birleşik Devletleri, İngiliz krallarının memurlarına karşı uyguladığı yargısal emirleri yargı yetkisi içine dâhil etmiştir. Anayasal denetimin temeli sayılan *Marbury v. Madison* davasında, yargısal denetimi harekete geçiren mekanizma bir yargısal emir türü olan mandamus yöntemi olmuştur.⁷¹ Yargısal emir ve İngiltere’de yargısal emirlerin hukuka uygunluk denetiminde yer almasına olanak tanıyan Equity hukuku, Amerikan sistemini de aynı yönde etkilemiştir.⁷²

İngiliz hukuk sisteminde olduğu gibi, Amerikan hukuk sisteminde de writler (kral fermanları) yer almaktadır. Örneğin, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi yolunu açan 24 Şubat 1803 tarihli Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Marbury v. Madison* kararı, karardaki ifadesiyle writ (mahkeme emri) talebine ilişkin bir karardır.⁷³ Amerikan sisteminin, yargıcın idareye yargısal bir emir vermesine müsaade ettiğini bu kararda görüyoruz.⁷⁴ *Marbury*, yapılan ancak kendisine tebliğ edilmeyen atamasının kendisine tebliğine yönelik bir yüksek mahkeme emri (writ of mandamus) talep etmiştir. Atama işleminin tebliğinin yapılmasını, memura bir davranışın yapılması yönünde olumlu bir emir verilmesini talep etmiştir. Yüksek mahkeme, anayasaya aykırı bir yasaya dayanarak talepte bulunulduğundan bahisle, ilgili talebi reddetmiştir.⁷⁵ Ancak hem asıl meselesi olan kanunların anayasaya

Hukuku için de geçerlidir ve İdare Hukuku’nun bir ‘içtihat hukuku’ olduğu şeklinde ifade edilir.” İl Han Özay, “Komisyonlar Saltanatı Ülkesinin İdare Hukuku”, 1983, (1-3), İdare Hukuku İlimleri Dergisi, s. 101.

⁷⁰ Şükrü Alparslan/Ümit Hergüner/Hülya Kızıler Kaledelen/İşıl Ökten (Ed.), Amerika Birleşik Devletleri’nde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi, El Kitabı, E-kaynak için bkz. <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/federal_yargi.pdf> Erişim Tarihi: 30 Ocak 2021, s. 11.

⁷¹ Güran, s. 195.

⁷² Güran, s. 195 vd.

⁷³ <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>> Erişim Tarihi: 30 Ocak 2021; Davaya ilişkin bilgi için bkz. Turhan Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi (Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları No: 19-1, 1951, s. 164 vd; Kılınc, s. 144.

⁷⁴ Güran, s. 195.

⁷⁵ *Marbury v. Madison* davası, anayasa yargısının başlangıcı sayılan davadır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 10. Baskı, Ekin Yayınları, Ağustos 2018, s. 449 vd; Murat Sevinç, “Amerikan Yüce Mahkemesi”, 1996,

uygunluğunun denetimi yolunu açması hem de Amerikan hukuk sisteminde yargısal emirlerin mevcudiyetini göstermesi bakımından karar önemlidir. Bizim açımızdan önem taşıyan boyutuyla karara göre, davacı atama kararının tebliğini talep edebilir, ortada bir hak ihlali vardır ve ilgili bakana, talep üzerine, mahkeme tarafından bu yönde bir emir gönderilmesi mümkündür.⁷⁶

Amerikan hukuk sisteminde kanunların yargısal denetiminin üç yolu mümkündür: Defi (itiraz yolu)⁷⁷, injunction (yargısal emir) ve tespit kararları.⁷⁸ Yargısal emir, Amerikan hukuk sisteminde kanunların yargısal denetimine imkân sağlayan bir denetim aracıdır. İngiliz hukukunda Common Law'un eksik kalan yönlerini tamamlamak üzere Equity (hakkaniyet) hukuku kapsamında uygulanan injunction, Amerikan hukukunda ise, anayasa yargısı alanında defi yoluyla denetimin eksikliklerini tamamlama veya sakıncalarını giderme vazifesi görmüştür.⁷⁹ Anayasaya aykırılığın daha çabuk ortaya konmasını sağlamıştır. Injunction müessesesi⁸⁰, hukuka uygunluğu sağlamada yapıcı ve etkili bir rol üstlenmiştir. Bu usulle, bir kanunun uygulanması beklenmeden, hukuka aykırı uygulanmasının uygulamadan önce engellenmesi sağlanmaktadır.

Injunction usulüne göre, bir kimse kendisine uygulanması muhtemel olan ve uygulandığı takdirde telafisi imkânsız zararlar doğuracak olan bir kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla mahkemeye başvurabilmekte

51(1), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 394 vd; Can Yavuz, "Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi", Ocak-Şubat 2017, (128), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 459 vd; Eroğul, s. 89 vd.

⁷⁶ Fezyioğlu, s. 167.

⁷⁷ Amerika'da kanunların esas denetim yolu defi yoluyla denetimdir. Tarafların mahkemede ileri sürmesi ya da mahkemenin re'sen dikkate alması ile anayasaya aykırılık iddiası bir ön sorun yapılıır. Sadece tarafların ileri sürmesi ile değil, mahkemenin re'sen dikkate alması ile de kanunun anayasaya aykırılığı dikkate alınabildiğinden bu denetim yolunu, Anayasa hukuku bakımından, defi değil "itiraz yolu" olarak değerlendirmek daha doğrudur. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, 2015, s. 247; Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, 1996, s. 58, dn.23.

⁷⁸ Yargısal emir (injunction) ve tespit kararları (declaratory judgement) itiraz yolu dışında geliştirilmiş, koruyucu tedbirlerdir. Teziç, s. 248; Fezyioğlu, s. 183.

⁷⁹ İtiraz yolu ile kanunların denetiminde, karar alınıp kesinleşinceye kadar telafisi güç zararlar meydana gelebilir. Ya da bir kanun anayasaya aykırı olduğu halde herhangi bir davaya konu olmadıkça denetime imkan olmayabilir. Bu gibi durumlarda injunction (yargısal emir) yolu, denetimi mümkün kılmaktadır. Bkz. Fezyioğlu, s. 186.

⁸⁰ Teziç, injunction'ı "kanunların yürürlüğünün durdurulması niteliğinde kararlar" olarak ifade etmiştir. Teziç, s. 248.

ve mahkemeden kanunun uygulanmaması yönünde bir yargısal emir talep edebilmektedir. Mahkeme talebi haklı bulursa, gereğine göre kanunu uygulamakla yükümlü memurlara yönelik olumlu ya da olumsuz yargısal emirler verebilmektedir.⁸¹ Sonuçları bakımından benzememekle birlikte⁸², başvuru usulü bakımından Amerikan hukukundaki yargısal emir başvurusunun idari yargıda yer alan iptal başvurusuna benzediğinden bahsetmek mümkündür. Kanunun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yargısal emir talebinde bulunabilecek kişiler, kanunun kendisine uygulanması muhtemel olan kişilerdir. Bu usul, iptal davasındaki menfaat ihlali şartını anımsatmaktadır.

Görüldüğü üzere, yargısal emir müessesesinin Amerikan hukukunda önemi büyüktür. Kanunların denetiminde üstlendiği rol, keyfi olarak bu kararın verilmemesini gerektirir. Bu nedenle, bu kararları üç hâkimli mahkemeler verebilmekte ve kararlar aleyhine doğrudan doğruya Yüksek Mahkemeye başvurulabilmektedir.⁸³

III. FRANSA'DA YARGISAL EMİR

Yargısal emir, 8 Şubat 1995 tarihli “Mahkemelerin Kuruluşu, Medeni Usul, Ceza Usulü ve İdari Yargılama Usulüne İlişkin 95-125 sayılı Kanun” ile Fransız hukukunda yer almaya başlamıştır.⁸⁴ Bu yasayla yapılan değişiklik, bir reform, bir tabunun yıkılışı, idari yargıda bir devrim olarak nitelendirilmiştir.⁸⁵ Bu yasadan önce, idari yargıcın gerçek yetkisini kullanmak için yargısal emir

⁸¹ Yargısal emir olumlu yönde ise, yani bir hususun yerine getirilmesine yönelikse writ of mandamus'tan bahsedilir. Örneğin, anayasaya aykırı bir kanuna dayanarak tahsil edilen verginin mükellefe iadesine yönelik emir bu yöndedir. Kanunun anayasaya aykırı olduğu ve bu nedenle uygulanmaması gerektiği yönünde ise olumsuz bir emirden bahsedilir. Bunlar ise writ of prohibition (yasaklayıcı emirler) olarak adlandırılmaktadır. Feyzioğlu, s. 187; Teziç, s. 249.

⁸² Bu başvuru sonucunda kanun varlığını korumaya devam etmektedir. Ancak uygulamakla görevli memurlar tarafından artık fiilen uygulanmamaktadır. Hukuken varlığını sürdüren ancak fiilen uygulanmayan kanunu kaldırmak, işlemlerdeki paralellik ilkesi gereğince yasama organının yetkisindedir. Teziç, s. 248.

⁸³ Feyzioğlu, s. 190.

⁸⁴ Aydın Gülan, “Fransa’da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, s. 25 vd.

⁸⁵ Roland Debbasch, “Le juge Administratif et L’injonction: La Fin d’un tabou”, La Semaine Juridique, 1996, No. 16, s. 161 vd.

vermekten kaçınmaması gerektiği Fransız doktrininde savunulmuştur.⁸⁶ İdari yargıcın yargısal emirden kaçınmasının yargıcın kendi kendine dayattığı bir yasak olduğu, yargıcın kendi kendini yaraladığı ve sahip olduğu gücü kullanmadığı savunulmuştur.⁸⁷ Doktrinde yargısal emrin idari yargıcın kararlarını uygulatma ihtiyacını karşılayan ve fakat idarecinin yerine geçme amacı taşımayan bir yetki olduğundan bahsedilmiştir.⁸⁸ Yargısal emir, yargıcın bir fonksiyon gaspıyla idareci yerine geçmesinin yolu değil, kararların uygulanmasını güvence altına alma yoludur.

Fransa’da yargısal emir kavramının ortaya çıkışı, Conseil d’Etat’nın 1889 tarihli *Cadot* kararına kadar götürülmektedir.⁸⁹ Bu karar ile mahkeme, önüne gelen uyuşmazlığı doğrudan karara bağlamış ve bakan-hakim teorisinden tamamen ayrılmıştır. Karar, idari yargının sürekli güçlendiği tarihsel süreç bakımından bir dönüm noktasıdır. Öte yandan idari kararlara karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesinin de temeli sayılır.⁹⁰

Conseil d’Etat’nın yargısal emre ilişkin bir diğer önemli içtihadı, astreinte yetkisinin kabulünü içeren 16 Mayıs 1974 tarihli *Barre et Honnet* kararıdır.⁹¹ Bu kararda, mahkeme kararının uygulanmaması karşısında öngörülen parasal cezanın vazgeçilmez bir tedbir olduğu vurgulanmıştır.⁹² Astreinte yetkisinin, yargıcın, almış olduğu kararların uygulanması için gerekli maddi yaptırımlara hükmedebilmesini içerdiği ifade edilmiştir.

Astreinte, mahkeme kararının uygulanmadığı her gün başına kararı uygulamayan kamu görevlisine kesilen parasal cezadır.⁹³ Astreinte, 16

⁸⁶ Aktaran Yaşar, s. 166.

⁸⁷ Camille Broyelle, “Le pouvoir d’injonction du juge administratif”, 2015, (3), RFDA, s. 441.

⁸⁸ Aktaran Yaşar, s. 184.

⁸⁹ CE, 13 Décembre 1889, *Cadet*, Recueil Lebon, 1889, s. 1148, <www.conseil-etat.fr> Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021; Yaşar, s. 164.

⁹⁰ Conseil d’Etat’nın *Cadot* kararına ilişkin açıklama için bkz. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-13-decembre-1889-cadot> Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021; Erkut, “Gelişim”, s. 50.

⁹¹ Karar metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETA TEXT000007641774> (Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021; Daniel Labetoulle, “De l’astreinte à l’injonction: Retour sur une évolution”, 2015, (3), RFDA, s. 456 vd.

⁹² Franck Modern, “İdari Yargıcın Yeni Emir Verme (Injonction) Yetkisi Üzerine”, Çev. Ramazan Çağlayan, 2004, 8(1-2), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 656.

⁹³ Chapus, s. 1206.

Temmuz 1980 tarihli kanunla⁹⁴ sadece Conseil d'Etat'ya tanınan bir yetkiydi.⁹⁵ Bu kanunla yargıç, almış olduğu kararların uygulanması için gerekli maddi yaptırımlara hükmedebilme yetkisini kazanmıştı. 8 Şubat 1995 sayılı “Mahkemelerin Kuruluşu, Medeni Usul, Ceza Usulü ve İdari Yargılama Usulüne İlişkin 95-125 sayılı Kanun”, bu yetkiyi bölge idare mahkemesi ve idare mahkemesi yargıçlarına da tanımıştır.

1995 tarihli “Mahkemelerin Kuruluşu, Medeni Usul, Ceza Usulü ve İdari Yargılama Usulüne İlişkin 95-125 sayılı Kanun” ile mahkemelere genel olarak yargısal emir verme, yani injonction yetkisi tanınmıştır. Örneğin, Lille idare mahkemesi 26 Mayıs 1995 tarihli kararı ile okuldan kaydı silinen öğrencinin tüm haklarıyla birlikte yenden kaydının yapılmasına karar vermiştir.⁹⁶ Kanunun kabulünden kısa süre sonra Lyon idare mahkemesince, inşaat ruhsatı talebinin reddi kararına karşı açılan davada, ruhsatın reddi kararının hukuka aykırılığına karar vermekle yetinmemiş, ruhsatın üç ay içerisinde verilmesine de hükmetmiştir.⁹⁷

1995 tarihli “Mahkemelerin Kuruluşu, Medeni Usul, Ceza Usulü ve İdari Yargılama Usulüne İlişkin 95-125 sayılı Kanun”la yapılan değişiklikler “İdare ve Bölge İdare Mahkemeleri Kanunu”na işlenmiştir.⁹⁸ “Kararların yerine getirilmesi” başlıklı bölümün L. 8-2. paragrafında şu ifadeler yer almaktadır:

“Mahkeme kararı, kamu tüzel kişinin veya kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişinin, kararın uygulanmasına ilişkin belirli bir tedbiri almasını zorunlu kılıyorsa, bu hususta başvuruda bulunulan idare mahkemesi ya da

⁹⁴ 16 Temmuz 1980 tarihli ve 80-539 sayılı “Kamu Hukuku Tüzel Kişileri Tarafından Mahkeme Kararlarının Uygulanması Ve İdari Konulardaki Para Cezalarının Ödenmesi Hakkındaki Kanun” metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=DB2AC2732985644BC75868162942FC7C.tpdjo04v_1?cidTexte=JORFTEXT000000705334&dateTexte=20000412> Erişim Tarihi: 24 Ocak 2021; Bilgi için bkz. Labetoulle, s. 456 vd.

⁹⁵ Astreinte yetkisine ilişkin bilgi için bkz. René Chapus, Droit du Contentieux Administratif, 13^{ème} Édition, Montchrestien, 2008, s. 194 ve 199; Labetoulle, s. 456 vd; Gilles Bardou, “Pouvoir d’injonction et exécution des décisions de justice”, RFDA, 2015, (3), s. 452 vd.

⁹⁶ Gülan, s. 30.

⁹⁷ Gülan, s. 30.

⁹⁸ 6 Ocak 1986 tarihli ve 86-14 sayılı “İdare ve Bölge İdare Mahkemeleri Kanunu”nun ilgili maddeleri için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=2732A33BF9FD0D5EF3DC74A8DDB15203.tplgfr22s_2?cidTexte=LEGITEXT000006071344&idArticle=LEGIARTI000006560926&dateTexte=20200228&categorieLien=id#LEGIARTI000006560926> Erişim Tarihi: 24 Ocak 2021.

idari istinaf mahkemesi uygun tedbiri ve gerekli hallerde uygulama süresini aynı kararda belirtir./ Mahkeme kararı, kamu tüzel kişinin veya kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişinin yapılacak bir araştırmadan sonra yeni bir karar almasını zorunlu kılıyorsa, bu hususta başvuruda bulunulan idare mahkemesi ya da idari istinaf mahkemesi, bu yeni kararın belirli bir süre içinde alınmasını aynı kararında hükme bağlar.”

Yargısal emirle ilgili önemli bir başka düzenleme ise, 30 Haziran 2000 tarihli ve 2000-597 sayılı “*İdare Mahkemelerindeki Geçici Tedbirler Hakkında Kanun*”⁹⁹ ile İdari Yargılama Usulü Kanunu’na eklenen référé konusudur. Bu kapsamdaki kararlar, “Référé” başlığıyla 5. Kitap olarak Kanuna eklenen ve temel hak ve özgürlükleri koruma amacıyla acil durumlarda verileceği ifade edilen ihtiyati tedbir niteliğindeki kararlardır.¹⁰⁰

Référélerin pek çok türü ve farklı adlandırmaları mevcuttur.¹⁰¹ Bizim açımızdan önem arz eden référé türü, “Référé Libérté”dir.¹⁰² Bunun nedeni, temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde söz konusu olan référé libérténin, içinde bir yargısal emir barındırmasıdır. Bu karar, ilgisine bir yap emri vermektedir. Référé libérté başvurusu sonucu, yargı yerinin verdiği karar bir yargısal emir teşkil etmektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde bir idari işlem ya da eylemin bulunması halinde, mahkemeden référé libérté talebinde bulunan kişi, mahkemenin vereceği yargısal emir

⁹⁹ 30.06.2000 tarihli ve 2000-597 sayılı “*İdare Mahkemelerindeki Geçici Tedbirler Hakkında Kanun*” metni için bkz. <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851&categorieLien=id>> Erişim Tarihi: 24 Ocak 2021.

¹⁰⁰ Référéler ihtiyati tedbir niteliğinde mahkeme kararlarıdır. Mahkemeler acil durumlarda bu tür kararlara hükmederler. Référélere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Chapus, s. 1355 vd; Camille Broyelle, Contentieux Administratif, 6^e édition, LGDJ, 2018-2019, s. 449 vd; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2018, s. 669 vd.

¹⁰¹ Didier Truchet, Droit Administratif, 3^e édition, Thémis Droit, 2010, s. 139; Chapus, s. 1355 vd; Agatha Van Lang/ Geneviève Gondouin/Véronique Inseguet Brisset, Dictionnaire Du Droit Administrative, 7^e Édition, LGDJ, Collection Dictionnaires Sirey, 2015, s. 396 vd.

¹⁰² Référé libérté için bkz. Chapus, s. 1423; Truchet, s. 140; Jeangirard-Dufal, s. 461 vd; Alix Perrin, “Au-Delà du Cadre Législatif Initial: Le Pouvoir D’injonction en Dehors de La Loi Du 8 Février 1995”, 2015, (4), RFDA, s. 643 vd; Référé türlerinden “Référé conservatoire/ Injonction” da anlam itibarıyla emir içeren bir talebi ifade etmektedir. Ancak uygulamada bundan ziyade “Référé Libérté” kavramıyla karşılaştığından bu tür üzerinde açıklamalara yer vermekteyiz. Référé (seri yargılama) kurumuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Nazile İrem Yeşilyurt, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, 2015, 70(2), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 413 vd.

neticesinde hak ihlalden kurtulacaktır. Özgürlük kelimesiyle nitelenen bu tedbir türü, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkilidir.

Fransız İdari Yargılama Kanunu, L. 521-2'ye göre; aciliyet gerekçesiyle yapılan bir talepte, bir kamu hizmetini yürütmekle sorumlu kamu tüzel kişisi ya da özel hukuk tüzel kişisinin yetkilerini kullanırken ciddi ve kanuna aykırı ihlallerde bulunması halinde, référé hâkimi temel hak ve özgürlüğü korumak için gerekli olan her türlü tedbiri alabilir.¹⁰³ Örneğin, kişinin pasaport talebi hukuka aykırı olarak reddedildiğinde, kişi temel hak ve özgürlüklerden biri olan seyahat özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle mahkemeden 48 saat içerisinde¹⁰⁴ karara bağlanması gereken bir référé libérté talebinde bulunabilir. Bu talep, kişiye pasaport verilmesi talebini içerecektir. Yargı yeri, başvuran lehine vereceği bir kararla, ilgili idareye kişiye pasaport vermesini emredecektir. Dolayısıyla référé libérté sonucu alınan karar bir injonction, yargısal emir, teşkil edecektir. Bu durum pozitif düzenlemede yer alan yargısal emrin temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği acil durumlarda kullanımına bir örnektir.

IV. İTALYA'DA YARGISAL EMİR

İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından alınan 25 Haziran 1985 tarihli kararla, idare yargıcının, münhasır yetkiye sahip bulunduğu kamu personelinin mali haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda *yürütmenin durdurulması kararını verebilir, yargılama usulü yasalarının öngördüğü ivedi diğer önlemleri kararlaştıramaması* Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.¹⁰⁵ Bunun üzerine, yargısal emir, 21 Temmuz 2000 tarihli ve 205 sayılı “İdari Yargı Konusunda Hükümler Kanunu” ile İtalyan idare hukukundaki yerini almıştır.¹⁰⁶

2010 yılında ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu (Code Of Administrative

¹⁰³ Fransız İdari Yargılama Kanunu'nun konuyla ilgili madde metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=D32C3E2C10E8340EC5D56FC927A1D486.tplgfr23s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006150399&cidTexte=LEGITEXT000006070933&dateTexte=20200224> Erişim Tarihi: 24 Ocak 2021.

¹⁰⁴ Fransız İdari Yargılama Kanunu (CJA), L. 521-2: “... Référé hakimi 48 saat içerisinde kararını verir.”

¹⁰⁵ İl Han Özay, “İtalya: “Nakıs” İdari Rejim mi “Ma’kus Talih” mi?”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, 11-12 Mayıs 2001, s. 20.

¹⁰⁶ Özay, “İtalya: “Nakıs” İdari Rejim mi “Ma’kus Talih” mi?”, s. 18.

Process) (CAP) yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁷ Kanunun 112. maddesinin ikinci fıkrasında, idari yargıcın verdiği kararların kamu kurumları ve taraflarca uygulanmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, mahkeme kararlarının uygulanmasına ilişkin dava açılması ele alınmıştır.

Kanunun 116. maddesinde, idari belgelere erişime ilişkin prosedür yer almaktadır. Bu maddede, kural olarak otuz günü geçmeyecek bir süre zarfında ve gerektiğinde ilgili usulleri dikte ederek talep edilen belgelerin verilmesi ve öngörüldüğünde yayımlanması için hâkimin talimat verebileceği düzenlenmektedir. Kanunun 117. maddesinde idarenin sessiz kalması karşısında yargılama düzenlenmiştir. Maddeye göre, dava basitleştirilmiş şekilde karara bağlanır ve kararın kısmi veya tamamen kabul edilmesi durumunda, hakim kural olarak 30 günü geçmeyecek şekilde gereğini yapması için idareye talimat verir. Bu düzenleme İYUK md. 28’de yer alan düzenleme benzeridir.

Kanunun 118. maddesinin başlığı “yargısal emir”dir (decreto ingiuntivo). “İvedi yargılama ve/veya acil durumlarda hak sahibinin talep edebileceği ve mahkeme tarafından hükmedilebilecek ihtiyati tedbirler” biçiminde tanımlanan yargısal emir kurumu, kanunda açıkça yer almaktadır¹⁰⁸. İtalyan İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda bu emir müessesesi yer almaktadır ve usulüne ilişkin olarak da Medeni Usul Kanunu’na atıf yapılmaktadır.¹⁰⁹

Adı geçen düzenlemeler, ivedi yargılama usulü kapsamında olup, mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir niteliğinde emirlerdir. Bu ihtiyati tedbirler farklı içeriklerde olabilir. Yargıç, karar verdiği davayı yeniden inceleyerek, verdiği karara ilişkin çeşitli emirler verebilir.¹¹⁰ Tazmin edilecek tutarın ödenmesine ilişkin emir verebilir ya da duruma göre alınması gereken geçici önlemlere hükmedebilir.¹¹¹ Bu kararlar, tazminat emri gibi uyulması

¹⁰⁷ Bilgi için bkz. <https://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/italy/italy_en.pdf> Erişim Tarihi: 30 Ocak 2021.

¹⁰⁸ Kanun metni için bkz. <<https://www.giustizia-amministrativa.it/il-codice-del-processo-amministrativo-commentato>> Erişim Tarihi: 30 Ocak 2021.

¹⁰⁹ Kanun metni için bkz. <<https://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codicediproceduracivile.pdf>> Erişim Tarihi: 30 Ocak 2021.

¹¹⁰ Avrupa Konseyi’nin “Avrupa’da İdari Yargı: İtalyan İdare Hukuku Raporu” için bkz. <http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/italy/italy_en.pdf> s. 20, Erişim Tarihi: 31 Ocak 2021.

¹¹¹ Avrupa Konseyi’nin “Avrupa’da İdari Yargı: İtalyan İdare Hukuku Raporu” için bkz. <http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/italy/italy_en.pdf> s. 20, Erişim Tarihi: 31 Ocak 2021.

zorunlu mahkeme kararlarıdır.

SONUÇ

Yargısal emir, hem Anglosakson hem de Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerde var olan bir hukuki müessesedir. İlk uygulaması, İngiltere’de writ (kral fermanları) ile olmuştur. Anglosakson hukuk sisteminin bir diğer üyesi Amerika Birleşik Devletleri’nde ise, anayasa yargısının doğumu sayılan *Marbury v. Madison* davası ile gündeme gelmiştir. Ardından Kıta Avrupası’nda Fransa’yla başlayan yargısal emir uygulaması İtalya gibi diğer ülkelerde de yer almaya başlamıştır.

İngiltere’de kral fermanları döneminde, kralın memurlara ve mahkemelere yapması gerekenleri bildirdiği emirler olarak uygulanmaya başlayan bu müessese, günümüzde yargı yerlerinin verdikleri kararlara uyulmasını sağlama amacıyla uygulanmaktadır. Hukuk devleti ya da Anglosakson sistemindeki ifadesiyle hukukun üstünlüğü ilkeleri gereği mahkemelerce verilen kararların uygulanması zorunludur. Mahkeme kararları, derhal uygulanma emrini içinde barındırmaktadır. Fakat uygulamada bu durum göz ardı edilmekte ve mahkeme kararları özüne aykırı olarak uygulanmayabilmektedir.

Yargısal emrin çalışmamızda yer verdiğimiz ülkelerdeki örnekleri, birtakım farklılıklar içermekle birlikte, genel olarak mahkeme kararlarının uygulanmasını amaçlamaktadır. Özellikle Fransa ve İtalya örneklerinde bu amaç daha belirgindir. Fransa’da yer alan *astreinte*, yargıcın almış olduğu kararların uygulanması için gerekli maddi yaptırımlara hükmedebilmesi yetkisini ifade eder. Yargıç bu yetkiyle, mahkeme kararlarının uygulanmasını güvenceye alan bir emre hükmeder. Fransa’da yargı kararlarının uygulanmasını sağlama yanında, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla acil durumlarda da yargısal emir uygulama alanı bulmaktadır (*Référé libérté*). İtalya’da ise, mahkeme kararlarının uygulanmasına ilişkin bir dava açılması imkânı ilgili kanunda düzenlenmiştir.

İngiltere’de, idarelerin işlem yapabilmesi mahkemeler tarafından bir yetki tanınmasına bağlı olduğundan, yargısal emir müessesesi daha çok bu anlamda kullanılmıştır. İngiltere’de Common law’un eksik yönlerini tamamlamak üzere Equity hukuku kapsamında uygulanmaya başlayan yargısal emir, Amerika’da anayasal denetimde def’i yönteminin eksiklik yönlerini tamamlamak üzere kullanılmıştır. Amerika’da, kişiler kendilerine uygulanması muhtemel olan ve uygulandığı takdirde telafisi imkânsız zararlar

doğuracak olan bir kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla mahkemeye başvurabilmekte ve kanunun kendilerine uygulanmasını engelleyici yönde bir yargısal emir talep edebilmektedirler.

Türk hukukunda pozitif bir düzenlemeye sahip olmayan yargısal emir müessesesi, uygulandığı ülkelerde sahip olduğu işlevler göz önüne alındığında Türk hukuku bakımından incelenmeye değerdir. Bu inceleme, Türk hukukunda yargısal emre benzer nitelikte olan kimi mahkeme kararlarının nitelendirilmesine ışık tutacaktır.

Farklı ülkelerde yer alan uygulamalar değerlendirildiğinde yargısal emrin hukuk devleti ilkesine hizmet eden bir müessese olduğu açıkça görülmektedir. Türk hukukunda müessesenin uygulanabilirliğine ilişkin kanaatimiz, herhangi bir yasağın söz konusu olmadığı yönündedir. Mahkemeler tarafından idarelere karşı, kararların uygulanmasını somutlaştırmak adına verilen bu tür kararlar Anayasamıza göre herhangi bir hukuka aykırılık yaratmamaktadır. Çünkü ortada kuvvetler ayrılığına aykırı bir uygulama yoktur. Yargı organı yargısal emir ile idare adına işlem ve eylem yapmamakta, yalnızca somut kararlar aracılığıyla idarelere yol göstermektedir. Verdiği yargısal emirlerle, hukuka uygunluk sınırları içerisinde idareye işlemi nasıl yapması gerektiğini göstermektedir. Bu nitelikleri gereği, yargısal emir uygulamasına Türk hukuku açısından olumlu yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Hukuk devleti ilkesine hizmet eden oldukça işlevsel ve faydalı bir müessese olacaktır.

KAYNAKÇA

Açdoğuran B, “İngiltere’de İdarenin Yargısal Denetiminde Mahkemelere Tanınan Ayrıcalıklı Emir (Prerogative Remedy) Verme Yetkisi”, 1999, 1(3), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi, s. 183-194.

Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.

Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2018.

Aliefendioğlu Y, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, 1996.

- Alparslan Ş/Hergüner Ü/Kızıllar Kaledelen H/Ökten I (Eds.), Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi, El Kitabı, <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/federal_yargi.pdf> Erişim Tarihi: 30 Ocak 2021.
- Avcı A, “İngiliz Hukukunda Mandamus (Mandatory Order) İlkesi”, 2014, 4(2), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 165-179.
- Avrupa Konseyi'nin “Avrupa'da İdari Yargı: İtalyan İdare Hukuku Raporu”, <http://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/italy/italy_en.pdf> Erişim Tarihi: 31 Ocak 2021.
- Aydar H S, İngiliz Hukukunda Yargısal Emir Kavramı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Bardou G, “Pouvoir d'injonction et exécution des décisions de justice”, 2015, (3), RFDA, s. 452.
- Broyelle C, Contentieux Administratif, 6^e édition, LGDJ, 2018-2019.
- Broyelle C, “Le pouvoir d'injonction du juge administratif”, 2015, (3), RFDA, s. 441.
- Candan T, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanması–IV”, 1991, (256), Maliye Postası Dergisi, s. 45-49.
- Candan T, “Britanya İdari Mahkemeleri”, 1992, (4), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 485-510.
- Chapus R, Droit du Contentieux Administratif, 13^{eme} Édition, Montchrestien, 2008.
- Craig P, Administrative Law, 8th Edition, Sweet&Maxwell, 2016.
- Debbasch R, “Le juge Administratif et L'injonction: La Fin d'un tabou”, 1996, No. 16, La Semaine Juridique, s. 161-167.
- Duran L, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Düğer S, Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Mart 2019.

- Elliott M/Varuhas J N E, Administrative Law Text and Materials, 5th Edition, Oxford University Press, 2017.
- Eroğul C, Çağdaş Devlet Düzenleri, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2016.
- Feyzioğlu T, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi (Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Yayınları No: 19-1, 1951.
- Garner B A, Black Law Dictionary, 10th Edition, Thomson Reuters, 2014.
- Gözübüyük Ş/Tan T, İdare Hukuku, Cilt I, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019.
- Gözübüyük Ş, Yönetmelik Yargısı, 35. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 10. Baskı, Ekin Yayınları, Ağustos 2018.
- Gülan A, “Fransa’da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, 11-12 Mayıs 2001, s. 23-39.
- Günday M, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011.
- Güran S, “Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, 1994, 11, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 191-200.
- Jeangirard-Dufal C, “Le juge administratif et l’injonction: Expérience de vingt années d’application”, 2015, (3), RFDA, s. 461.
- Karahanoğulları O, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2015.
- Kılınç B, “Common Law (Ortak Hukuk) Sistemine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere’de Anayasa Kavramı Ve Yargısal Denetim”, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006, s. 113-148.
- King E/Hawley J, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev. İlhan LÜTEM, 1959,16(1-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 178-233.

- Kurt S, “Britanya İdari Yargı Yerleri (Tribunal Sistem) ve Yargısal Denetim”, 2004, (107), Danıştay Dergisi, s. 73-126.
- Labetoulle D, “De l’astreinte à l’injonction: Retour sur une évolution”, 2015, (3), RFDA, s. 456.
- Lewis C, *Judicial Remedies in Public Law*, 3rd Edition, Sweet&Maxwell, 2004.
- Modern F, “İdari Yargıcın Yeni Emir Verme (Injonction) Yetkisi Üzerine”, Çev. Ramazan Çağlayan, 2004, 8(1-2), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 651-675.
- Mumcu U, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, 1970, XXVII, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 37-66.
- Onar S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Örücü E, “Büyük Britanya’da İdarenin Yargısal Denetimi”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyadaki Bugünkü Yeri, 1993, s. 254-270.
- Özay İ H, *Günüşığında Yönetim II Yargısal Korunma*, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Özay İ H, “İtalya: “Nakis” İdari Rejim mi “Ma’kus Talih” mi?”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay ve İdari Yargı Günü 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, 11-12 Mayıs 2001, s. 17-22.
- Özay İ H, “Komisyonlar Saltanatı Ülkesinin İdare Hukuku”, 1983, (1-3), İdare Hukuku İlimleri Dergisi, s. 95-103.
- Özbudun E, “İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, 1961, 18(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 333-372.
- Perrin A, “Au-Delà du Cadre Législatif Initial: Le Pouvoir D’injonction en Dehors de La Loi Du 8 Février 1995”, 2015, (4), RFDA, s. 643.
- Sarıca R, *İdari Kaza*, İÜHF Talebe Cemiyeti Yayınları, 1942.
- Sevinç M, “Amerikan Yüce Mahkemesi”, 1996, 51(1), Ankara Üniversitesi

Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 391-407.

Teziç E, Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, 2015.

Truchet D, Droit Administratif, 3^e édition, Thémis Droit, 2010.

Uler Y, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, 1970.

Van Lang A/Gondouin G/Inserguet Brisset V, Dictionnaire Du Droit Administrative, 7^e Édition, LGDJ, Collection Dictionnaires Sirey, 2015.

Yaşar H N, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, Tıpkı Basım, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Yavuz C, “Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi”, Ocak-Şubat 2017, (128), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 437-480.

Yeşilyurt N İ, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı”, 2015, 70(2), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 403-433.