

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 25

SAYI/NO: 1

HAZİRAN/JUNE 2021

KAMU HUKUKU ♦KILIÇ, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135) ♦KESKİN, İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit ♦KOÇAKGÖL, Hart Öncesi Pozitivizm ♦SAPARBAYEV, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Rüşvet Düzenlemelerinin Karşılaştırılması.

ÖZEL HUKUK ♦ÖZTÜRK, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme.

ERZİNCAN - 2021

II

ISSN 2651-494X

e-ISSN 2791-6502

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)
Erzincan Law Review (ErLR)

Sahibi / Owner

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Yılmaz ÖZKER

Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR
Arş. Gör. Ogün USTA

İletişim Bilgileri / Contact Information

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.
24070 - Merkez / Erzincan
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45
E-mail: dergihukuk@erzincan.edu.tr
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd>

Baskı / Printed by

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez /
Erzincan

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, peer-reviewed and open-access journal published twice a year, in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.

Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılması önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Erzincan, Aralık 2021 / Erzincan, December 2021.

Baş Editör* / Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Editörler* / Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

Editör Yardımcıları* / Co-Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ogün USTA (*ogun.usta@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Yayın Kurulu* / Editorial Board******

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editor-in-chief, editors and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

*** Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

**** The academics in the Editorial Board are listed according to their academic titles and alphabetical order.

Danışma Kurulu* / Advisory Board**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbu.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye
Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)
İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbu.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)
İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

** The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergihukuk@erzincan.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve derginin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir. Posta ile bir nüsha (yazarın adı gözükmeyecek biçimde) A4 boyutunda çıktısı alınarak, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Mimar Sinan Mah. 24070 Merkez/Erzincan adresine gönderilen çalışmalar da değerlendirmeye alınacaktır.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, ilk sayfada çalışma başlığının altında yazarın yalnızca ismine yer verilmeli, ismin yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31st of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31st of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not be published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent to the e-mail address of the Journal (*dergihukuk@erzincan.edu.tr*) as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address. In addition, one hard copy of the papers that is sent to the postal address of the Erzincan Binali Yıldırım University Law Faculty (Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Mimar Sinan Mah. 24070 Merkez/Erzincan) is acceptable too.
7. In the submitted papers only the name of the author should be included under the title of the work on the first page. Academic title, the university, the faculty and department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively in the footnote that should be created with the (*) symbol next to the name.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

ÖZ

ABSTRACT

GİRİŞ

I. TÜM HARFLER BÜYÜK

A. Sadece İlk Harfler Büyük

1. Sadece İlk Harfler Büyük

a. Sadece İlk Harfler Büyük

1) Sadece İlk Harfler Büyük

a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

SONUÇ

KAYNAKÇA

ABSTRACT

ÖZ

INTRODUCTION

I. ALL LETTERS CAPITALIZED

A. First Letters Capitalized

1. First Letters Capitalized

a. First Letters Capitalized

1) First Letters Capitalized

a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

CONCLUSION

REFERENCES

VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author

1. Dipnotta / In the Footnote

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

Döner, s. 24.

3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author

Döner, İnsan Hakları, s. 24.

4. Kaynakçada / In the Bibliography

Soyad, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

Döner, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors

Cem **Baygın ve diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

Makale / Article

Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.

Sururi **Aktaş**, “Hukuk Kavramının Analizi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

Tez / Thesis

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

Yargı Kararları / Judicial Decisions

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayım Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı)

AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Öğr. Gör. Kerim KILIÇ

Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135)

Personal Data Recording Crime (TCC. Art.135) 1–45

Araştırma Makalesi / Research Article

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN

İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit

The Principle of Supremacy of the Parliament in British Constitutional Law, its Limitations and Brexit 47–99

Çeviri / Translation

Arş. Gör. Muhammet KOÇAKGÖL

Hart Öncesi Pozitivizm

Positivism Before Hart 101–128

Araştırma Makalesi / Research Article

Jasurbek SAPARBAYEV

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Rüşvet Düzenlemelerinin Karşılaştırılması

Comparison of Bribery Regulations in the Criminal Code of the Russian Federation and the Turkish Penal Code 129–161

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Öğr. Gör. Özge ÖZTÜRK

Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Contract in Favour of Third Party 165–210

Kamu Hukuku / Public Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 1 Haziran/June 2021

Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135)

Personal Data Recording Crime (TCC. Art.135)

Öğr. Gör. Kerim KILIÇ*

ÖZ

Son dönemlerde, bireyin özel hayat alanı ile ters orantılı şekilde gelişen ve ilerleyen teknoloji nedeniyle, bireye ve özellikle bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yönelik tehditler artarak devam etmektedir. Bireye yönelmiş olan bu tehditlerden birisi de kişisel verilere yönelik ihlaller olup buna bağlı olarak kişisel verilerin korunması ihtiyacı ile karşı karşıya kalınmıştır. Zira bilgilerin yayınlanması, hoş olmayan veya istenmeyen durumların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu bağlamda 2010 yılı Anayasa değişikliği ile “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20’nci maddeye eklenen son fıkra ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümü altında düzenlenmiş olan “Kişisel verilerin kaydedilmesi” (m. 135), “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” (m.136) ve “Verileri yok etmeme” (m. 138) suçları konuya ilişkin oldukça önemli düzenlemeler şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: kkilic@erzincan.edu.tr. ORCID: 0000-0001-5590-9324.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 02.03.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 18.08.2021.

Atf: Kerim Kılıç, “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135)”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 1, Haziran 2021, (1-45).

Çalışmamızda kişisel verilerin korunması bağlamında 5237 sayılı TCK m. 135'te düzenlenmiş bulunan “*kişisel verilerin kaydedilmesi suçu*”, klasik suç inceleme metoduna uygun şekilde, yargı kararları ile birlikte incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, tüzel kişi, kişisel verilere ilişkin suçlar, özel hayat, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu.

ABSTRACT

Recently, due to developing technology which narrows the private life space, the threats against the individual and particularly the violation of the fundamental rights and freedoms of the individual continue to increase. One of these mentioned threats is violation of the personal data. The personal data requires the protection since the exposal of these data will lead to emerge of unwanted situations. In this context, the constitutional amendment made in 2010 which adds a paragraph to the Article 20 entitled “*right to privacy*” and the offenses entitled “*recording the personal data*”, “*providing or obtaining data unlawfully*” and “*destroying data*” regulated under the 9th section-entitled “*Offenses Against Private Life and the Secret Sphere of Life*”- of Turkish Criminal Code nr. 5237 are of utmost significance regarding the matter.

In this study, in the context of the protection of personal data, the offense “*recording the personal data*” regulated in Article 135 of the TCC will be examined in compliance with the classical method of crime examination. The criminal jurisprudence will also be evaluated.

Keywords: Personal data, legal person, offenses against personal data, private life, offense of the recording the personal data.

GİRİŞ

Teknolojik alanda yaşanan hızlı gelişmeler, bilgiye rahatça ulaşılmasını sağlama bakımından ve insan hayatını kolaylaştırma anlamında olumlu mahiyette değişiklikler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu teknolojik gelişim sayesinde oluşan bilgi toplumunda özel teşebbüslerin kendi faaliyet alanlarında verimliliği sağlama ve kamu kurum ve kuruluşlarının da kamu hizmetlerini daha etkili şekilde yürütme gibi başlıca amaçlar olmak üzere çeşitli sebeplerle kişilere ait bilgilere ve bu bilgilerin değerlendirilmesine fazlaca ihtiyaç duymaktadırlar. Ancak ihtiyaç duyulan kişisel veri niteliğindeki bilgilerin kayıt altına alınması suretiyle başta özel hayatın gizliliği olmak üzere bireye ait birçok temel hakkın ihlalini de beraberinde getirmektedir.

Yaşanan teknolojik gelişmeler ile kişisel verilere duyulan ihtiyaç karşısında bireyin kendisinin ve temel haklarının özel olarak korunması bir zorunluluk arz etmektedir. Toplumda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin kullanılması, hukuka aykırı kullanım riskini de beraberinde getirdiği için bu alana dair ulusal ve uluslararası mevzuatta düzenleme yapma gereği ortaya çıkmıştır. Nitekim bu çerçevede gerek uluslararası¹ gerekse ulusal düzeyde kişisel verilerin korunmasına yönelik hukuki düzenlemelere yer verilmiştir. Ulusal mevzuatta bu yöndeki ilk çalışmalar 1960'lı yıllarda ABD'de başlamış ve 1974 tarihinde Özel Yaşamı Koruma Kanunu kabul edilerek konuya ilişkin yasal zemin oluşturulmuştur. Avrupa'da ilk ulusal düzeyde yasal düzenleme 1970 yılında Almanya'nın Hessen Eyaleti'nde yapılmıştır. Diğer Avrupa ülkeleri ise, 2000'li yılların başında kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerini tamamlamışlardır.² Türkiye'de de kişisel verilerin korunmasına yönelik ilk düzenlemeler 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu³ (TCK) m. 135'te "Kişisel verilerin kaydedilmesi", m. 136'da "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" ve m. 138'de "Verileri yok etmeme" suçlarına ilişkin düzenlemelerdir. Daha sonra 12.9.2010 tarihinde 5982 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ile Anayasa'nın 20'nci maddesine eklenen ek fıkra ile kişisel verilerin korunması anayasal boyuta kavuşturulmuştur. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin müstakil yasal düzenleme, 24 Mart 2016 tarihinde kabul edilen 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁴ (KVKK) ile yapılmıştır.

¹ Kişisel verilerin korunmasına dair uluslararası alandaki ilk resmi belge OECD tarafından kabul edilen "Rehber İlkeler"dir. Avrupa Birliği'nde kişisel verilerin korunmasında yeknesaklığın sağlanması amacıyla kabul edilen "95/46/AT sayılı Direktifi", Avrupa Konseyi'nin 1981 tarihli 108 Sayılı "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Strasında İnsanın Korunmasına İlişkin Sözleşme", AİHS m. 8 kişisel verilerin korunmasına yönelik uluslararası diğer önemli hukuki belgelerdir.

² Detaylı bilgi için bkz. Aydın **Akgül**, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, 1. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 167 vd.

³ RG. 12.10.2004 / 25611.

⁴ RG. 7.4.2016 / 29677.

Ceza hukukunun görevi, bireylerin anayasa ile belirlenen ve toplumsal hayat açısından önem arz eden menfaatlerini korumaktır.⁵ Bu anlamda Anayasa'mızın 20'nci maddesinde düzenlenmek suretiyle genel olarak kişinin özel hayatı ve aile hayatı, özel olarak ise kişisel verilerin korunmasına dair menfaatleri, TCK'nın 132 ila 140'ıncı maddeleriyle koruma altına alınmıştır. Çalışmamızda, bireyin kişisel verilerine ilişkin menfaatinin korunmasına hizmet eden TCK m. 135'te düzenlenen *Kişisel verilerin kaydedilmesi* suçu incelenmiştir.

İnceleme konumuzu oluşturan kişisel verilerin kaydedilmesi fiili, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının ikinci kısmında özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümü altında 135'inci maddede suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun 765 sayılı TCK'da karşılığı bulunmamaktadır.

I. SUÇUN UNSURLARI

A. Korunan Hukuki Değer

Ceza kanunlarının özel hükümler kısmında suçların tasnifi, bir gereklilik olarak çeşitli ölçütlere göre yapılmaktadır. Günümüzde ceza kanunlarının özel kısımlarında suçların tasnifi, ihlal edilen, yani suçla korunan hukuki değer ölçütüne göre yapılmaktadır.⁶ Zira her suçun bir hukuki konusu vardır ve bu hukuki konu, suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki varlık veya hukuki değerdir.⁷ Bir fiili suç olarak değerlendirebilmek için öncelikle bu suç ile korunmak istenen hukuki değer tespit edilmesi gerekmektedir.⁸ Zira öğretilerde de suç "*toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuksal değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan*

⁵ Hamide **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 4-5; İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs. Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 55; Neslihan **Göktürk**, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", İÜHFD, C. 7, S. 1, 2016, s. 410.

⁶ Suçların tasnifinin gerekliliği ve tasnif kriterleri hususunda detaylı bilgi için bkz. Faruk **Erem/Nevzat Toroslu**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. bs. Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara 1978, s. 15 vd.; Hamide **Zafer**, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 3; **Özgenç**, s. 172.

⁷ **Erem/Toroslu**, s. 32.

⁸ Rezzan **İtişgen**, "Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu", TAAD, S. 23, Y. 6, 2015, s. 180.

*insan davranışlarıdır*⁹” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere suç teşkil eden her fiil bir hukuki değer ihlalini oluşturmaktadır.¹⁰

Suç tipi ile korunan hukuki değer belirlenmesini, sistematik yorum yoluyla yapmak mümkündür. Zira kanunda yer alan maddeler tek başlarına değil, bütünün bir parçası olarak anlam kazanmaktadırlar. Nitekim maddeler birbirleriyle bağlantılı olup tesadüfen yan yana sıralanmamışlardır.¹¹ Bu bağlamda TCK m. 135’in, Kanun’un sistematigi içindeki yeri de dikkate alındığında, suçun özel hayat ile yakından ilgili olduğu anlaşılmalıdır. Kişisel veriler ile özel hayat arasındaki yakın ilişki, her iki hukuki değer bir hak olarak Anayasa’nın 20’nci maddesinde düzenlenmiş olması ile de ortaya konulmaktadır. “Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu” ile korunan hukuki değer, *özel hayatın gizliliği ve özel hayatın korunması hakkına* yönelik müdahalelerin önlenmesidir.¹² Ayrıca 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun amacını düzenleyen birinci maddesindeki “...*kişisel verilerin işlenmesi ile başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak*...” ifadesinden de kişisel verilere ilişkin cezai hükümlerle korunan hukuki yararın, kişilerin özel hayatı ve özel hayatının gizliliği olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Kanun koyucu, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları düzenlerken özel hayatı oluşturan unsurlardan *haberleşmeyi, konuşmayı ve kişisel verileri*, teknolojik gelişmeleri dikkate alarak daha etkin şekilde korumak istemiş; bunlar dışında kalan özel hayatı ise, genel bir suç tipi (*Özel*

⁹ Mehmet Emin **Artuk ve diğerleri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 195; **Özgenç**, s. 168; Murat Volkan **Dülger**, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 573.

¹⁰ **Özgenç**, s. 170.

¹¹ Yasemin **Işıktaç/Sevtap Metin**, Hukuk Metodolojisi, 4. (Tıpkı) bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 198.

¹² Ali **Parlar/Muzaffer Hatipoğlu**, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 2087; Osman **Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, 2. bs. Adalet Yayınevi, Ankara, s. 4433; Mahmut **Koca/İlhan Üzülmmez**, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 75.

hayatın gizliliğini ihlal m. 134) ile koruma altına almıştır. Dolayısıyla bu bölüm altında yer alan suçlar ile korunan hukuki değer esas itibari ile özel hayata saygı hakkıdır.¹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, verdiği bir kararda TCK m. 135’te düzenlenen “Kişisel verilerin kaydedilmesi” suçu ile korunan hukuki değer, genel olarak kişilerin özel hayatları ve hayatın gizli alanı, özelde ise kişisel veriler olduğunu ifade etmiştir.¹⁴ Buradan hareketle TCK m. 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile bu bölüm altındaki diğer suçlar arasında bir özellik-genellik ilişkisinin var olduğunu söylemek gerekmektedir. Zira özel hayatın gizliliğinin korunmasını sağlamak üzere kanun koyucu 5237 sayılı TCK’nın Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar bölümü altında, özel hayat kapsamında yer alan diğer konuların korunmasına yönelik suç tipleri ihdas etmiş, bu konular dışında kalan, diğer bir ifadeyle anılan konuların dışında kaldıkları için bu suç tipleri ile korumanın sağlanamadığı durumlara dair de genel bir hüküm koymak suretiyle koruma kapsamını genişletmiştir.¹⁵

B. Suçun Maddi Unsurları

1. Suçun Konusu

a. Genel Olarak Kişisel Veri

Türk hukukunda genel kabul gören görüşe göre her suçun bir konusu vardır. Suçun konusu da hareketin yöneltildiği bir eşya veya şahsın fiziki yapısıdır.¹⁶

¹³ **Zafer**, Özel Hayat, s. 178.

¹⁴ Yarg. CGK, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, T. 17.6.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- E.T. 02.10.2018). Aynı yönde bkz. Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/R. Murat **Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hükümler, 15. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 617; **Koca/Üzülmez**, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 75.

¹⁵ Batuhan **Aktaş**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, DER Yayınları, İstanbul 2017, s. 122.

¹⁶ **Özgenç**, s. 213; **Artuk ve diğerleri**, s. 306; Mahmut **Koca**/İlhan **Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 118; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 155.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun konusu madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kişisel verilerdir.¹⁷ Hangi tür verilerin kişisel veri olarak kabul edileceğinin belirlenmesi, 135'inci maddenin uygulanması açısından oldukça önemlidir. Zira verileri kaydetme suçunun, maddenin ikinci fıkrası kapsamında yer alan kişisel verilere ilişkin olarak işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılarak uygulanacağı da göz önünde bulundurulduğunda kişisel veri kavramının ve türlerinin neler olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu bağlamda 6698 sayılı KVKK'nın yürürlüğe girdiği döneme kadar bu belirsizliğin devam ettiği söylenebilir. Yargıtay, 6698 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce vermiş olduğu bir kararında¹⁸ 5237 sayılı TCK'nın 135 ve 136'ncı maddelerinde yer verilen kişisel verilerin neler olduğunun madde metinlerinden anlaşılmadığını, kişisel verilerden ne anlaşılması gerektiğini açıklayacak ayrı bir veri koruma kanunu henüz çıkarılmamış olduğundan eksik normlar olduklarını, ancak bu hükümlerin yürürlükte olmalarından dolayı da uygulanabileceklerini fakat uygulanmalarında oldukça dikkatli olunması gerektiğini belirterek kişisel verilerin tanım ve kapsamına dair var olan bu boşluğu bilimsel görüşlerden hareketle doldurma yoluna gitmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 135'inci maddesinin gerekçesinde kişisel veri kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusuna gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edileceği belirtilerek cevap verilmiştir. 6698 sayılı KVKK m. 3/1-d'de kişisel veri¹⁹ "*Kimliği belirli veya*

¹⁷ Kişisel verinin tanımına madde metninde değil, gerekçe kısmında yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK'da kişisel verilerin korunmasına yönelik suçlar düzenlenmesi ile eş zamanlı olarak münhasır bir veri koruma kanunumuzun olmaması uygulamada karışıklıklara neden olmuş ve özellikle de kişisel verilerin kaydedilmesini kanuni mesnetten yoksun bırakmıştı. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4432. Ayrıca öğretilde TCK ile kişisel verilerin tanımının yapılmamasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu da ifade edilmişti. Durmuş **Tezcan**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu ile İlgili Bazı Gözlemler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1162. Uygulamadaki bu durum 6698 sayılı KVKK'nın 2016 Mart ayında kabul edilip bir kısım hükümlerinin yayımı tarihinde; diğer hükümlerinin ise, yayımından altı ay sonra yürürlüğe girmesi ile giderilmiştir.

¹⁸ İlgili karar için bkz. Yarg. CGK, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, T.17.6.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- E.T. 02.10.2018).

¹⁹ Kişisel veri kavramına ilişkin yapılmış olan diğer tanımlamalar için bkz. 1980 tarihli OECD Rehber İlkeleri m. 1/b, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi m. 2/a, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Direktifi m. 2/a. Öğretilde yapılan tanımlamalar da

belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” şeklinde tanımlanmış, kavramsal belirlilik sağlanmış ve kişisel veri kavramı yasal bir zemine oturtulmuştur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında kişinin adı ve soyadı, doğum yeri ve doğum tarihi, T.C. kimlik numarası, telefon numarası, pasaport numarası, motorlu taşıt plakası, resim, görüntü ve ses kaydı, parmak izleri, aile ve sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı şekilde belirlenebilir kılmaya elverişli tüm veriler kişisel veri olarak kabul edilmektedir²⁰. KVKK’da kişisel veri kavramı tanımlanırken hangi tür bilgilerin bu kapsamda değerlendirileceğine dair bir belirleme yapılmamıştır. Bir bilginin kişisel veri olarak nitelendirilebilmesi için önemli olan, bu verinin kişi ile ilişkilendiriliyor olması ya da bu verinin kişiyi tanımlayabiliyor olmasıdır.²¹

Kişisel verilerin bir kısmı gerek ulusal gerekse uluslararası hukuki metinlerde düzenlenirken, nitelikleri itibari ile genel anlamdaki kişisel verilerden ayrı olarak koruma altına alınmıştır. 6698 sayılı KVKK m. 6’da *özel nitelikli veri* olarak adlandırılan bu veriler, genel anlamdaki kişisel verilerden daha fazla bir korumaya ihtiyaç duyan, sosyal ve siyasal boyut açısından endişe uyandırıcı yapıya sahiptirler.²² Öğretide yaygın olarak *hassas veri* olarak adlandırılan²³ bu veri türü kapsamında kişinin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer

genel itibari ile uluslararası metinlerdeki tanımlamalar etkisinde yapılmış olan tanımlardır. “Doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir gerçek kişi ile ilintili olabilecek her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmektedir.” Nilgün **Başalp**, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 33. Ayrıca Avrupa Birliği Veri Koruma Temel Düzenlemesi (EU- Datenschutz Grundverordnung) 1. Kısım, m.1’de “*natürlicher Personen*” ifadesini kullanılmak suretiyle kişisel verilerin korunmasında kapsam, gerçek kişi ile sınırlı olarak düzenlenmiştir.

²⁰ 100 Soruda Kişisel Verileri Koruma Kanunu, Kişisel Verileri Koruma Kurumu Yayınları, Ankara 2018, s. 18 (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf>, E.T. 29.12.2018).

²¹ 100 Soruda Kişisel Verileri Koruma Kanunu, s. 19.

²² Hayrunnisa **Özdemir**, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 126.

²³ Bkz. **Başalp**, s. 42; **Özdemir**, s. 126; Elif **Küzeci**, *Kişisel Verilerin Korunması*, Oniki Levha Yayıncılık, Ankara 2010, s. 230; BDSG Art. 22’ de “...*besonderer Kategorien personenbezogener Daten*” ifadesi ile *kişisel verilerin özel kategorisi*, DSGVO Art. 3/c’de “*besonders schützenswerte Personendaten*” ifadesi ile *özelliği korumaya değer kişisel veriler* şeklinde kaleme alınmıştır.

inançları, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ilgili verileri ve de biyometrik ve genetik veriler gibi kişisel verileri yer almaktadır. Bu tür verilerin madde içerisinde ayrıca düzenlenmesi, bu türden olan verilerin daha sıkı bir denetim altında tutulmak istenmesinin sonucu olarak değerlendirilebilir.²⁴ Gerçekten de TCK m. 135/f. 2 hükmü de varılan bu görüşü destekler yöndedir.

Yapılan açıklamalar kapsamında TCK m. 135/1 hükmüne göre suçun konusu özel niteliği olmayan kişisel verilerdir. Maddenin 2'nci fıkrası hükmüne göre ise, suçun niteliği aynı kalmakla birlikte konusu, özel niteliği olan (hassas veriler) veriler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Hassas verilerin sahip oldukları önem nedeniyle daha ağır yaptırıma tabi tutulması yerindedir. Zira hassas verilerin ihlali durumunda, mağdurun yaşayacağı maddi ve manevi çöküntü daha ağır olmaktadır. Ancak TCK m. 135/2'nin ilk halinde, suçun konusu özel nitelikli kişisel veriler olsa bile 135'inci maddenin 1'inci fıkrasına göre cezalandırma öngörülmüştü. 6698 sayılı KVKK'nın 30'uncu maddesi ile özel nitelikli verileri ayırımı gözetilerek verilecek cezada yarı oranında artırım öngörülmüştür.

İlgili maddenin 2'nci fıkrası kapsamında sayılan hassas verilerin örnek kabilinden mi, yoksa sınırlı sayı ile mi belirtildiği hususuna değinilmesi gerekir. Bu belirlemenin yapılması, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile yakından ilişkili olacaktır. Zira kanun metninde yer almayan bir kişisel veri türünü, hassas kişisel veri olarak kabul edip buna göre cezanın ağırlaştırıcı nedeni kabul etmenin bu ilke ile çelişkili bir uygulama olacağı kanaatindeyiz. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu tür kişisel verilere ilişkin ihlal, ilgilisi olan kişinin daha derin bir mağduriyetine neden olacak niteliktedir. Bu bağlamda TCK'nın 135'inci maddesinin 2'nci fıkrasında *kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşleri, ırki kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına, sendikal bağlantılarına* ilişkin kişisel veriler hassas veri olarak kabul edilmiştir. İç hukukumuzda yürürlüğe girerek bir boşluğu dolduran 6698 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında hassas veri olarak adlandırılan özel nitelikli kişisel verilerin neler olduğu belirtilmiştir. Madde metni “(1) *Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cin-*

²⁴ Küzeci, s. 230.

sel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.” şeklinde düzenlenmiş olup, TCK m. 135/f.2 ile karşılaştırıldığında, dini inanç yanında kişinin mezhebi, kıyafeti ve kılık, sendikal bağlantısı yanında dernek ve vakıf üyelikleri, kişi hakkındaki ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ilgili verilerin de hassas veri olarak kabul edildiği görülmektedir. İsviçre hukukunda kişilerin sosyal yardım önlemleri, idari veya cezai soruşturma veya mahkûmiyete ilişkin verileri²⁵ de hassas veri kapsamında sayılmıştır. Burada karşılaşılabilecek sorun, 6698 sayılı Kanun’da sayılmış ya da herhangi bir kanunda yer verilmemiş olmakla birlikte bu nitelikte olup da TCK m. 135/ f. 2’de yer verilmeyen bir hassas verinin kaydedilmesi suretiyle bu suçun işlenmesi durumunda TCK m. 135/f. 2 gereğince 1’inci fıkraya göre verilecek ceza artırılarak uygulanabilir uygulanamayacağıdır. Anayasa’nın 38’inci maddesinde düzenlenmiş olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suç oluşturacak eylemlerin ve bu suçlara uygulanacak cezaların önceden kanun koyucu tarafından kanun metninde açıkça ve tüm unsurları ile belirtilmiş olmasını şart koşmaktadır.²⁶ Bu ilkenin bir sonucu olarak belirlilik ilkesine göre de ceza hukukunun güvence görevini yerine getirebilmesi bakımından, suç tanımlarının açık ve seçik olması bir gereklilik olup bu gereklilik TCK’nın 2’nci maddesinde “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez...*” ifadesiyle hüküm altına alınmıştır.²⁷ Kanunilik ilkesi, yalnızca suç oluşturacak eylemlerin kanunda belirlenmesi şeklinde karşımıza çıkmamakta; ayrıca suçun nitelikli hallerine ilişkin durumlar için de uygulama bulmaktadır.²⁸ Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin varlığı, 6698 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinde sayılıp da TCK m. 135’te yer verilmeyen hassas verilerin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun konusunu oluşturması durumunda, 135’inci maddenin 2’nci fıkrası kapsamında ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmektedir. Kanun metinleri arasındaki bu farklılığın nedeni olarak 5237 sayılı TCK hükümlerinin 6698 sayılı Kanun’dan önce

²⁵ DSG Art. 3/c “*besonders schützenswerte Personendaten: Daten über ... 3. Massnahmen der sozialen Hilfe, 4. administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen;*”

²⁶ **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 56-57; **Özgenç**, s. 119; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 55.

²⁷ **Özgenç**, s. 127.

²⁸ **Zafer**, Genel Hükümler, s. 56.

yürürlüğe girmiş olması gösterilebilir. 6698 sayılı Kanun'un yürürlüğü girmesine kadar geçen sürede kavrama ve kavramın içeriğine ilişkin bir belirsizlik olduğuna yukarıda yer vermiştik. TCK m. 135/f. 2'nin kapsamının 6698 sayılı Kanun'unda belirtilen hususlarla paralel şekilde yeniden belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.²⁹ Çünkü kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun konusunu bir hassas verinin oluşturduğu durumda ve bu hassas veri 135'inci maddenin 2'nci fıkrasında düzenlenmemiş ise, madde metninde yer almayan hassas verinin kaydedilmesi suretiyle suçun işlenmesi durumunda mağdurda, madde metninde yer verilen hassas verilerin ihlali ile işlenecek suç neticesinde aynı derecede mağduriyete neden olacaktır, ne var ki suçun konusu olan hassas veriye sırf madde metninde yer verilmediği için mağdur açısından korunan hukuki değer bakımından adil olamayan bir sonuç ortaya çıkacaktır. Yargılamada, madde metninde sayılmayan bu hassas veri TCK m. 135/f. 2 kapsamında değerlendirilirse, nitelikli halin kıyasen somut olaya uygulanması sonucunu doğuracaktır ki bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve onun alt ilkelerinden olan kıyas yasağı ilkesine aykırılık teşkil edecektir. 135/2'de belirtilmeyen bir konunun hassas veri olarak kabul edilmesi ve bu çerçevede cezalandırılması kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı³⁰ ilkesi gereğince söz konusu olmayacaktır.

Kanun koyucunun TCK m.135/f. 2 kapsamında hassas verilere tek tek saymak suretiyle yer vermesi bizi, suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkeleri ile kıyas yasağı durumları birlikte değerlendirildiğinde ilgili hususun sınırlı sayı ilkesine tabi şekilde kaleme aldığı sonucuna ulaşılabacaktır.

²⁹ Benzer yönde bkz. Veli Özer **Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 591.

³⁰ 5237 sayılı TCK m.2/f.3 "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz.*"

b. Tüzel Kişiyeye Ait Verilerin Suçun Konusu Olup Olmayacağı Me-selesi

Ulusal³¹ ve uluslararası metinlerde³² yapılan tanımlamalarda göze çarpan ortak nokta, kişisel verilerin gerçek kişilere ait veriler olup tüzel kişilere ait verilerin kapsam dışında bırakılmış olması hususudur. Zira kişisel verileri korumaya yönelik düzenlemelerin temelinde kişi temel hak ve özgürlüklerinin ihlalinin önlenmesi yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin korunmasının merkezde yer alması ve bu korumanın insan onuru ile bağlantısı dikkate alındığında³³ tüzel kişilere ait verilerin korunmasının, kişisel verilerin korunması kapsamı dışında tutulmasına gerekçe olacaktır.

Kişisel veri kavramının kapsamının belirlenmesine dair yapılan hukuki düzenlemelerden farklı olarak İsviçre Veri Koruma Kanunu (DSG)³⁴ tüzel kişileri de koruma altına almıştır. Kanun'un hem 2'nci maddesinde uygulama alanı belirlenirken bu *Kanun'un*, verileri işlenen gerçek ve tüzel kişiler için geçerli olduğu, hem de *Kavramlar* başlıklı 3'üncü maddesinde ilgili kişi (*betreffene Personen*) olarak, verileri işlenen gerçek ve tüzel kişiler olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Kanun'un 2'nci ve 3'üncü maddelerinde kullanılan *Personendaten* kavramının bütün kişisel verileri kapsar şekilde kullanıldığı da ifade edilmiştir.³⁵ Tüzel kişilerin, gerçek kişilerin aksine hukuki düzenlemeler ile oluşturulacakları ifade edilmekle birlikte tüzel kişilikleri olmayan kolektif şirketin, komandit şirketin ve kat malikleri topluluğunun da Kanun kapsamında koruma altında oldukları belirtilmiş, İsviçre kanunlarına göre de tüzel kişilerin, gerçek kişiler gibi hak ehliyetine, haklara ve yükümlülüklerle sahip oldukları ifade edilmiştir. Bu kişilerin gerçek kişilerin insan olmaları dolayısıyla sahip oldukları türden haklara

³¹ Alman Federal Veri Koruma Kanunu'nun (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG) uygulama alanını belirleyen 1'inci maddesinde ve *Kavramlar* yan başlıklı 46'ncı maddesinin 1 no.lu bendinde *natürliche Person* ifadesi ile gerçek kişilerin madde kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir.

³² Bkz. Dpn. 19.

³³ Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 122.

³⁴ İsviçre Veri Koruma Kanunu (DSG) için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19920153/201401010000/235.1.pdf> (E.T. 29.12.2018).

³⁵ Urs Maurer-Lambror/Simon Kurz, Basler Kommanter, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, (Editör: Urs Maurer-Lambror, Gabor P. Blechta), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, s. 66, Rn. 5.

sahip olamayacakları, bu bağlamda bir hak olarak tüzel kişilerin de kişisel verilerinin korunması hakkına sahip olabilecekleri ifade edilmiştir.³⁶ İsviçre hukukunda, tüzel kişilerin DSGVO kapsamına dâhil edilmeleri durumunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu düzenlemelerle tüzel kişilerin, gerçek kişilerin insan olmaları dolayısıyla sahip oldukları haklar dışında her türlü hakka sahip olacakları belirtilmiştir.

Diğer yandan tüzel kişilerin kapsamına alınması durumunda bunun pratikte ne gibi faydalarının olacağına dair bir izahat da yapılmamıştır. Aksine tüzel kişilerin kapsama dâhil edilmesi, bu kişilerin aleyhine sonuç doğurabilecek niteliktedir. İsviçre öğretisinde de tüzel kişilerin veri koruma kanunu kapsamında olması eleştirilmiştir.³⁷ Zira sermaye odaklı organize olmuş tüzel kişilerin, kişiliklerini geliştirme ihtiyaçları vardır ki bunun da arka planında bu tür tüzel kişilerin ticari sırları yer almaktadır. Ayrıca bu kişilerin ticari hayata dâhil olmaları, ticari sır niteliğinde olmayan birçok kişisel verinin oluşmasına da sebep olmaktadır. Bu tür verilerin varlık nedeni ise gerçek kişilerde olduğu gibi bir sosyal etkileşim değil, aksine ticari amaçlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmalarıdır. Onların bu amacı ticari olduğu için, ortaya çıkacak olan riskler de bu tüzel kişilerin genel faaliyet risklerinin bir parçası olarak görülecektir. Aynı şekilde ticari amaç gütmeksizin oluşturulmuş tüzel kişiler olan dernek ve vakıflar için de bu tüzel kişilerin veri koruma kanunu kapsamına alınmaları zorunluluğu olmadığı ifade edilmiştir.³⁸

Konuya Türk hukuku açısından bakıldığında, tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri açısından ticaret siciline kaydı gereken bazı hususların varlığı söz konusu olup, kaydı gereken bu hususlar Türk Ticaret Kanunu'nda³⁹

³⁶ Maurer-Lambror/Kurz, s. 67, Rn. 7-9.

³⁷ Damian George, Juristische Personen als Subjekte der Datenschutzgesetzgebung, s. 20-21 (https://mll-legal.com/wp-content/uploads/2016/09/Jusletter_Damian_George_juristische-personen_als_subjekte_der_datenschutzgesetzgebung_de.pdf, E.T. 02.02.2021).

³⁸ George, s. 20.

³⁹ RG. 14.02.2011/27846.

tek bir maddede olmayıp muhtelif maddelerde düzenlenmiştir.⁴⁰ Bu bağlamda ticaret şirketlerine dair birtakım bilgilerin ticaret siciline tescili söz konusudur⁴¹. 5253 sayılı Dernekler Kanunu⁴² m. 4'e göre bir derneğe ilişkin bilgilere dernek tüzüğünde yer verilmesi gereklidir ve bu bilgilere erişim noktasında da bir kısıtlamaya yer verilmemiştir. Ayrıca Kanun'un *Be-yanname verme yükümlülüğü ve denetim* başlıklı 19'uncu maddesine göre ilgili dernek, defter ve kayıtları ile denetim memurlarınca istenmesi durumunda her türlü bilgi, belge ve kayıtları vermek durumundadır. Bir diğer durum ise Anayasamızın *Dernek Kurma Hürriyeti* başlıklı 33'üncü maddesine göre herkes, derneklere üye olma hürriyetine sahiptir. Bu hakkın gereği gibi kullanılması; bireyin, üye olmak istediği derneğin bilgilerine kolayca ulaşmasını gerektirir. Yine Nisan 2020'de Avrupa Konseyi Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları Konferansı STK Hukuku Uzman Konseyince hazırlanan *Türkiye'de Dernekler Kanununda Yapılan Değişikliklerin Avrupa Standartlarıyla Uyumuna Dair Görüş*'ün muhtelif yerlerinde şeffaflık vurgusu yapılmıştır.⁴³ 2008 tarihli Vakıflar Yönetmeliği⁴⁴'nin *Tescil ve mahkeme işleri* yan başlıklı 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre tüzel kişilik kazanan vakıf, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan, vakfeden ile vakıf adının, yerleşim yerinin, organlarının, amaç ve bu amaca özgülünen mal ve haklarının gösterildiği sicil defterine tescil edildikten sonra *Merkezi sicile tescil ve ilan* yan başlıklı 9'uncu maddesine göre Resmi Gazete'de ilan edilecektir. Bu ilanın kapsamında ise vakfedenin ve vakfın adı, yerleşim yeri, amacı, mal ve haklarının neler olduğu, varsa taşınmazlarının tapu bilgileri, vakfın organları ile kuruluş senedinin tarih ve sayısı, tescil kararının tarih ve sayısı ile hangi mahkemece verildiğine ilişkin bilgilere yer verileceği düzenlenmiştir.

Hem ticaret şirketleri için ticaret siciline, hem dernekler açısından dernek tüzüğüne hem de vakıflar bakımından sicil defterine kaydedilmesi

40 Rıza **Ayhan**/Hayrettin **Çağlar**/Mehmet **Özdamar**, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 258.

41 Ticaret şirketlerine ve tacirlere dair hangi hususların zorunlu, hangi hususların ihtiyari olarak ticaret siciline kaydedilmeleri gerektiğine dair bkz. Mehmet Emin **Bilge**, Ticaret Sicili, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 82 vd.

42 RG. 4.11.2004/25649.

43 STK Hukuku Uzman Konseyi, Türkiye'de Dernekler Kanununda Yapılan Değişikliklerin Avrupa Standartlarıyla Uyumuna Dair Görüş, Kn. 12, 20, 24, (E.T. 02.02.2021).

44 RG. 27.9.2008/27010

veya yazılması gereken hususların, bu tüzel kişileri belli veya belirlenebilir kılacak nitelikte bilgiler olduğu açıktır. Ne var ki ticaret şirketleri açısından ticaret sicilinin aleniliği, ticaret sicili defter ve kayıtlarının herkesin erişimine açık olmasını gerektirmekte⁴⁵ ve dolayısıyla tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerine ait bu bilgilere herkes tarafından ulaşılabilecek olması, dernekler açısından ise yukarıda bahsedilen nedenlerle erişime açık olması, vakıflar açısından da vakfa ait bu bilgilerin ilan edilmesi durumu, tüzel kişilere ait bilgilerin veri koruma kanunu kapsamı dışında tutulmasını ve de TCK m. 135'te düzenlenen suçun konusunu oluşturmaması sonucunu doğurmaktadır.

Açıklanan sebeplerle tüzel kişilere ait bilgilerin ne veri koruma kanunu kapsamına dâhil edilmesinin ne de kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun konusunu oluşturmasının pratikte yararı olacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki dernek tüzel kişiliğine ait bu bilgilerden hareketle gerçek kişilere ait kişisel verilere ulaşılabilmek tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır ki bir gerçek kişinin dernek üyeliğine ilişkin bilgisi her ne kadar 5237 sayılı TCK m. 135/ f.2' de sayılmasa da 6698 sayılı Kanun m. 6/ f. 2'de o kişiye ait hassas kişisel veri olarak kabul edilmiştir.

Konuya ilişkin bir değerlendirme de Anayasa Mahkemesi tarafından 4.12.2014 tarih ve 2013/84 E. ve 2014/183 K. sayılı kararında yapılmıştır. Kararda kişisel verilerin korunması hakkının esas itibari ile yüksek kişilik değerlerini korumaya yönelik bireysel haklara ilişkin olduğu, bu hakkın, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir şekli olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı hedeflediği ifade edilmiştir. Akabinde hangi verilerin kişisel veri niteliğinde olduğuna dair bir belirleme yapıldıktan sonra Anayasamızın 20. maddesinde kişisel verilerin korunmasında kişi bakımından koruma alanının gerçek kişiler ya da tüzel kişileri veyahut her ikisini de kapsama dâhil edip etmediği yönünde bir açıklık olmadığından ve madde metninde kişisel verilerle ilgili olarak “herkes” tabirinin kullanılmasının dikkate alınması gerektiğinden bahisle tüzel kişilere ilişkin verilerin de Anayasa m. 20 kapsamında değerlendirileceğine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından 4.12.2014 tarih ve 2013/84 E. ve 2014/183 K. sayılı kararı tartışmaya açık olup öncelikle Yüksek Mahke-

⁴⁵ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 267.

mece kararın verildiği zaman dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili kararın verildiği tarihte 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu henüz yürürlüğe girmemiş, dolayısıyla 6698 sayılı Kanun'un *Kapsam* başlıklı 2. maddesinde bu Kanun hükümlerinin kişisel verileri işlenen gerçek kişilere uygulanacağına dair hüküm de yürürlükte değildi. Ancak her ne kadar o dönemde yürürlükte olan münferit bir veri koruma kanunumuz olmasa da Anayasa Mahkemesi, 9.4.2014 tarih ve 2013/122 E, 2014/74 K. sayılı kararında kişisel verilerin korunması hakkının, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirmesi hakkının özel bir biçimi olarak nitelendirmiştir. Yüksek Mahkemenin 4.9.2014 tarihli bu kararında bu hakkın insana yani gerçek kişiye ait olduğu açıkça vurgulanmıştır. Diğer taraftan anayasa teriminin tanımından yola çıkarak bir değerlendirme yapılabilmesi mümkündür. Öğretide anayasa kavramı birçok yazarca tanımlanmıştır. Gözler'e göre "*Anayasa hukuku, yasama, yürütme ve yargı gibi devletin temel organlarının kuruluşunu, işleyişini ve bu organlar arasındaki ilişkileri ve devlet karşısında vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen hukuk kurallarını inceleyen bir hukuk bilim dalıdır*⁴⁶". Teziç de anayasa hukukunu "*bir devletin kuruluşunu, örgütlenişini, iktidarın el değiştirmesini ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü*⁴⁷" şeklinde tanımlamıştır.⁴⁸ Yapılan tanımlardan yola çıkarak, temel hak ve özgürlüklerin anayasa metni ile bireylere, diğer ifadeyle vatandaşlara tanınmış olması dolayısıyla, bu hak ve özgürlüklerin gerçek kişilere ait olduğu sonucuna varılabilir. Yine kişisel verilerin korunması hakkının düzenlendiği Anayasanın 20'nci maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde maddenin başlığında ve ilk fıkrasında da her ne kadar *herkes* ifadesi kullanılmış olsa da özel hayatın ve aile hayatının ancak gerçek kişilere ait olacağı, kişisel veriler ile de özel hayat kavramlarının yakından ilişkili olması dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkının da ancak gerçek kişilere ait olacağı sonucuna ulaşılabilir. Diğer yandan öğretide, anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sükeleri, yani bu hak ve özgürlüklerin kullanıcıları olarak insanlar, vatandaşlar, belli kategorideki insanlar

⁴⁶ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 22.

⁴⁷ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 13. bs., Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 142.

⁴⁸ Anayasa kavramına ait diğer tanımlar için bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, 2. bs., Ekin Yayınevi, Bursa 1999, s. 143 vd.

ve yabancılar olabileceği, bu bağlamda bazı hak ve özgürlüklerden yararlanmak için insan olmanın yeterli olacağı, diğer bazıları için de insan olmanın yanında belirtilen vasıflara sahip olunması gerektiği, madde metinlerinde kullanılan *herkes* ifadesinin de esasında her insanı karşılayacak şekilde kullanıldığı ifade edilmiştir.⁴⁹ Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin kazanılmasının şartı olarak sırf insan olmak ifadesi yanında bu hak ve özgürlüklerin gerçek kişiler için asıl, tüzel kişiler için ise istisnai nitelikte olduğu, diğer bir ifadeyle gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklere sahip olmalarında anayasa ve kanunlarda açık düzenlemelere yer verilmese de bu hak ve özgürlüklere sahip olacakları, tüzel kişilerin ise hukuki soyutlama ürünü olmaları nedeniyle hak sahibi olabilmeleri için anayasa veya kanunlarla ayrıca ve açıkça düzenleme yapılması gerekmektedir.⁵⁰ Anayasamızda, temel hak ve hürriyetlere ilişkin madde metinlerinde hak sahipleri olarak *herkes*, *hiç kimse*, *kimse*, *her Türk* ifadelerini kullanılmış olup bu anlamda tüzel kişilerin hak sahipliğine dair ayrıca ve açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Burada belirtmek gerekir ki, tüzel kişilerin, Anayasa m. 20 kapsamı dışında bırakılması, onların kişiliklerinin hiçbir surette korunmayacağı anlamına gelmemelidir. Zira tüzel kişi şayet bir ticaret şirketine ve onların sınırlarına ilişkin bir haksızlık söz konusu ise 5237 sayılı TCK m. 239 kapsamında korunmaları mümkündür.⁵¹ Ayrıca ticaret şirketleri açısından şirketlere ait bilgilerin başkaları tarafından ele geçirilmesi, yayılması, kötüye kullanılması gibi durumlarda bu şirketlerin Türk Ticaret Kanunu⁵² m. 55/1-d'ye göre haksız rekabet hükümleri kapsamında korunmaları da mümkündür. Yine ticaret şirketleri yanında dernek, vakıf gibi tüzel kişiliğe sahip diğer kişilerin, 4721 sayılı TMK⁵³ m. 23 vd. maddeler hükümlerince haklarının korunması mümkündür.⁵⁴

49 Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 118 vd., Ayhan **Döner**, Türk Anayasa Hukuku, Doğu Ciltevi, Erzincan 2020, s. 134 vd.

50 Kemal **Gözler**, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 141.

51 Benzer düzenlemeye İsviçre Ceza Kanunu (Schweizerisches Strafgesetzbuch) Art. 162'de yer verilmiştir.

52 RG. 13.1.2011 / 27846.

53 RG. 8.12.2001 / 24607.

54 Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 144 vd.; Rona **Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 446 vd.

Anayasa Mahkemesi'nin 4.12.2014 tarih ve E. 2013/84, K. 2014/183 sayılı kararının bir sonucu da, 6698 sayılı Kanun m.3'te kişisel verinin *gerçek kişiye* ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmış olmasının Anayasa'ya aykırı olduğu durumudur. Zira tüzel kişilerin de kişisel verilerinin korunması kapsamına dâhil olması durumunda, Kanun'un buna rağmen kapsamı gerçek kişilerle sınırlı tutması Anayasa'ya aykırılık teşkil edebilir. Dolayısıyla bu durumu ortadan kaldırmak ve uygulamada tartışmaya yer bırakmamak adına kişisel verilerin kapsamının yeniden düzenlenmesi gerekliliği söz konusudur.

2. Fail

Bir suçun varlığı fiilin varlığına bağlı olup bu fiili işleyen kimseye fail denir.⁵⁵ Fail, TCK'nın 37'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişi olarak ifade edilmiştir. Bu tanımdan, suç oluşturan fiili gerçekleştirecek kişinin gerçek kişi olduğu ceza hukukunda, belli bir amaca yönelik olarak iradi şekilde hareket edebilme yeteneğinin sadece insana mahsus olduğu ve bu sebeple suç teşkil eden bir fiilin failinin de ancak gerçek kişi olabileceği Türk öğretisi ve uygulamasında genel olarak kabul görmektedir.⁵⁶ Ayrıca tüzel kişilerin hareket kabiliyetlerinin olmasının bir sonucu olarak bunların kusur yetenekleri de bulunmadığından bir suçun faili olmalarının da söz konusu olmadığı genel kabul görmektedir.⁵⁷ Ancak öğretilerde, tüzel kişilerin de suçun faili olabileceklerini savunan yazarlar vardır.⁵⁸ TCK m. 135'te düzenlenen Kişisel verilerin kayde-

⁵⁵ Zeki **Hafizoğulları**/Muharrem **Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayınları, Ankara 2012, s. 393; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 114.

⁵⁶ **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 114; **Artuk ve diğerleri**, s. 299.

⁵⁷ **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 114.

⁵⁸ Doğan **Soyaslan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 231; Sulhi **Dönmezer**/Sahir **Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 413. Tüzel kişilerin suçun faili olup olamayacakları üç teori ile açıklanmaya çalışılmıştır. Tüzel kişilerin gerçeklik teorisine göre, bu kişilerin, kendilerini oluşturan gerçek kişilerden ayrı ve bağımsız bir iradeleri vardır. Buradan hareketle tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi suçun faili olabileceği, ancak bunlara uygulanacak yaptırımların, tüzel kişinin yapısına uygun olması gerekmektedir. Timur **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, 4. bs., Seçkin Yayıncılık, s. 223. Farazilik teorisine göre de tüzel kişiler mal veya kişi topluluğu olup bunların hukuki stüje olma imkânları yoktur. Hukuki anlamda bu topluluklara kişilik tanınmış olsa da bunların gerçek kişiler gibi iradeleri olmadığı

dilmesi suçunun tüzel kişi tarafından işlenebilir işlenemeyeceği noktasında 6698 sayılı Kanun'un *Tanımlar* başlıklı 3'üncü maddesindeki *Veri işleyen* kavramı yakından ilişkilidir. Veri işleyen kavramı ilgili kanunda veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak veri sorumlusu adına kişisel verileri işleyecek olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade ettiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suçun 6698 sayılı Kanun'un bu ifadesi dikkate alındığında sanki tüzel kişilerce de işlenebileceği yönünde bir sonuca varmak mümkün görünmekte ise de tüzel kişi adına kişisel veriyi kaydetme eylemi yine bir gerçek kişi tarafından gerçekleştirileceği, diğer bir ifadeyle suç oluşturacak eylemin nihai olarak bir gerçek kişiden sadır olacağı ve de kusur ilkesi ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleri gereğince tüzel kişilerin bu suçun faili olamayacakları açıktır⁵⁹. Ancak bu suçun TCK'nın 135'inci

kabul edilmiştir. Bu teori netice olarak tüzel kişilerin iradesi olmadığından yola çıkarak kişiliklerinin de olmayacağı sonucunu ortaya koymuştur. Bu iki teorinin birleşimi neticesinde ortaya çıkan karma teoride ise, her iki teorinin de tüzel kişilerin hukuk süjesi olmasını açıklamada yetersiz kaldığı, dolayısıyla bunların, tüzel kişilerin hukukun yarattığı bir kişilik olması doğrultusunda birleşmesi gerektiği ifade edilmiştir. Burada tartışılan nokta ise tüzel kişilerin kendi alanlarında işlenen bir suç nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğinin kaynağında özellikle örgütlü suçların yaygınlaşması, uluslararası suç örgütlerinin ortaya çıkması, gösterilmiştir. **Demirbaş**, s. 224; **Hafizoğulları/Özen**, s. 395. İsviçre'de tüzel kişilerin cezalandırılmasına dair tartışmalar 1980'li yılların sonlarında başlamakla birlikte 1990'lı yılların başlarında artarak devam etmiştir. Tüzel kişilerin cezalandırılması tartışmasının altında da organize suçlar ve kara para aklama faaliyetleri ile mücadele gerekçe olarak gösterilmiştir. Marianne Johanna **Hilf**, *Die Strafbarkeit juristische Personen in schweizerischen, österreichischen und liechtensteinischen Recht*, s. 74 (<https://boris.unibe.ch/71345/8/zstw-2014-0004.pdf>, E.T.02.10.2018). Tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna dair detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Zeynel **Kangal**, *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 123 vd., Muharrem **Özen**, "Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 1, Y. 2003, s. 64 vd.

⁵⁹ Bkz. TCK m. 60 gerekçesi; "*Kusur ilkesi, Anayasamızda cezaların şahsiliği (AY md. 38/7) ilkesi kapsamında kabul edilmekte ve aynı zamanda kişinin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını da ifade etmektedir. Bunun bir gereği olarak TCK'da tüzel kişilerin ceza sorumlulukları kabul edilmemiş, buna karşılık bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar nedeniyle tüzel kişiye yönelik yaptırım olarak yalnızca kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanabileceği düzenlenmiştir (TCK md. 20/2).*" Bkz. Adem **Sözüer**, "Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu", İÜHFİM, C. 71, S. 1, Y. 2013.

maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında, örneğin bankacılık faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi mümkündür. Nitekim TCK m. 140 yerinde bir düzenleme olmuştur ve belirtilen halde şartların varlığı durumunda uygulama alanı bulacaktır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, özgü suç - genel suç açısından ele alındığında ise genel suç kategorisinde yer alır. Zira madde metnindeki “...verileri kaydeden kimseye...” ifadesinden, bu suçun herkes tarafından işlenebileceği, diğer ifadeyle bu suçun faili olabilmek için ayrıca bir özelliğin veya şartın aranmadığı görülmektedir. TCK m. 137’de, 135 ve 136. maddeleri kapsayan nitelikli haller düzenlenmiştir. Buna göre m. 135 kapsamında kişisel verileri, bir kamu görevlisi, görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanarak kaydederse (m.137/1-a) veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle kişisel veriler kaydedilirse (m. 137/1-b) hükmedilecek ceza yarı oranında artırılarak uygulanacaktır. Dolayısıyla TCK m. 135’te düzenlenen suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebilmesi mümkün olmakla birlikte nitelikli hallerinin sadece belli sığfata sahip kişilerce işlenmesi durumu söz konusudur⁶⁰. Bu durumda TCK m. 137’e göre kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun ağırlaştırıcı halleri için görünüşte özgü suç oluşacaktır.

3. Mağdur

Her suçun bir faili olduğu gibi, bir de mağduru bulunmaktadır. Bu anlamda mağdur, suç teşkil eden fiil nedeniyle haksızlığa uğrayan, kendisine karşı suç işlenen, suç ile ihlal edilen hukuki değerin ve suçun konusunun sahibi olan kimsedir.⁶¹ Öğretide baskın olarak savunulduğu üzere suçun mağduru ancak bir gerçek kişi olabilmektedir.⁶² Bizim de katıldığımız bu kabule göre tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak tüzel kişilerin de işlenen suçun mağduru olabilecekleri görüşü de öğretilerde savunulmaktadır.⁶³

Suçun mağduruna ilişkin bu genel açıklamalar altında, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu açısından da mağdurun yalnızca gerçek kişilerin olabi-

⁶⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 115; Artuk ve diğerleri, s. 300-301; Özgenç, s. 206; Zafer, Genel Hükümler, s. 153.

⁶¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 116; Artuk ve diğerleri, s. 312.

⁶² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 116; Artuk ve diğerleri, s. 313.

⁶³ Dülger, s. 575.

leceğinin belirtilmesi gerekir. Bu şekilde bir yorumun kişisel verilerin korunması kapsamında TCK'da yer alan hükümlere ve veri korumanın ruhuna daha uygun düşeceği kanaatindeyiz. Çünkü kişisel verilerin korunması ile insan onurunun ve yine bireye ait temel hak ve özgürlüklerin korunmasının amaçlandığı da göz önünde bulundurulduğunda, insan onuruna ve temel hak ve özgürlüklere ancak bir gerçek kişinin sahip olabileceği⁶⁴ söylenmelidir; suçun konusunu oluşturan ve kaydedilen kişisel verilerin ilişkili olduğu kişinin de bu anlamda ancak gerçek kişi olabilmesi dolayısıyla da kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun mağdurunun tüzel kişiler olamayacağı söylenmelidir.⁶⁵ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin, 2018 tarihli bir kararında⁶⁶ sanığın, katılana ait holdinge bağlı bir şirkette muhasebeci olarak çalıştığı esnada, katılanların şirketinin mali ve ticari sırları ile başka şirketlerle olan hukuki ihtilaf ve davalarını kendi bilgisayarına hukuka aykırı olarak kaydetmesi, işten ayrıldıktan sonra, katılanların eski ortağı olup, aynı işi yapmalarından dolayı katılanlarla aralarında ticari rekabet bulunan Matodzi adındaki kişiye, ele geçirdiği ticari ve mali sırların bir kısmını haksız çıkar karşılığı vermesi eylemi neticesinde yapılan yargılamada TCK'nın 135'inci maddesindeki suçun maddi konusunu kişisel verilerin oluşturacağına, firmaya ait bilgi ve belgelerin kişisel veri kapsamında değerlendirilemeyeceğine, sanığın eyleminin TCK m. 239'da düzenlenen ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçuna vücut vereceğine hükmederek tüzel kişilerin bu suç açısından mağdur sıfatını haiz olmadığını belirtmiştir.

Ancak öğretilerde suçun mağduru olmakla ilgili özel bir hükme madde- nin lafzında yer verilmemiş olmasından dolayı kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun mağdurunun herkes olabileceği, zira bu suçun mağduru olabilmek için hükümde herhangi bir ayırım yapılmadığı, dolayısıyla da gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olabileceği de ileri sürülmüştür.⁶⁷ Kanaatimizce kişisel verilerin korunmasının altında yatan ana düşünce olan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına hiz-

⁶⁴ Şimşek, s. 122.

⁶⁵ Koca/Üzülmez, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s. 75.

⁶⁶ İlgili karar için bkz. Yarg. 12. CD., E. 2017/12341, K. 2018/5844 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 02.10.2018)

⁶⁷ Dülger, s. 575.

met etmesi, TCK hükümlerini tamamlar nitelikte olan 6698 sayılı Kanun'da da kişisel verilerin ancak bir gerçek kişiye ait olacağı ve de *Tüzel Kişiyeye Ait Verilerinin Suçun Konusu Olup Olamayacağı Meselesi* başlığı altında yaptığımız açıklamalar birlikte düşünüldüğünde bu görüş isabetli olmamaktadır.⁶⁸

4. Hareket

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun hareket unsurunu, hukuka aykırı olarak kişisel verilerin fail tarafından kaydedilmesi eylemi oluşturmaktadır.⁶⁹ TCK m. 135 lafzında önemli olan nokta, bir kişisel verinin herhangi bir şekilde kaydedilmesi halinde değil, ancak hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesi neticesinde bu suçun oluşacak olmasıdır. Dolayısıyla bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın işlenecek kişisel veri kaydetme eylemi, bu suçun meydana gelmesine neden olacaktır.⁷⁰

TCK'nın 135'inci madde metninde, suçun hangi hareketlerle işleneceğine dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak eylemin suç olarak nitelendirilebilmesi için kişisel verilerin nereye ve nasıl kaydedilmesi gerektiğinin, diğer bir ifadeyle kaydetme eyleminden neyin anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Sözlük anlamı olarak kaydetmek; yazmak, bazı önemli notları tespit etmek, herhangi bir şeyi bir yere mal etmek, bir şeyin tarih, numara veya adını bir deftere geçirmek, sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek, elektronik veya sayısal araçlarla bilgiyi korumaya almak olarak belirtilmiştir.⁷¹ Öğretide ise, kaydetme kavramından kişisel veriyi tekrar

⁶⁸ Bkz. s. 10 vd.

⁶⁹ Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 601-603; Hasan Gerçekler, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 2, 2. bs., Ankara 2014, s. 2745; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4436.

⁷⁰ Yargıtay 2015 yılında vermiş olduğu bir kararında mağdurun internet ortamında kendi rızası ile gönderdiği çıplak fotoğraflarının flash diske kaydedilip babasına verilerek ifşa edilmesi olayında, fotoğrafların rızası ile gönderilmiş olmasından dolayı hukuka aykırılığın bulunmadığını, dolayısıyla da TCK. 135'te düzenlenen *Verilerin kaydedilmesi suçunun* oluşmadığına hükmetmiştir. Yarg. 12. CD., E. 2014/11530, K. 2015/584, T. 19.1.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- E.T. 02.10.2018). Madde metninde *hukuka aykırı olarak* ifadesine yer verilmesinin hukuki anlam ve sonucuna manevi unsur kısmında değinilecektir.

⁷¹ **Türk Dil Kurumu Yayınları**, Türkçe Sözlük, 10. bs., Ankara 2009.

kullanma veya başkalarının gerektiğinde kullanabileceği şekilde hazır etmenin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.⁷² Bu kapsamda kişisel verilerin, kullanılan araç ve yöntemlerle toplanması, elde edilmesi, düzenlenmesi, depolanması, değerlendirilmesi, kullanılması, açıklanması, aktarılması, elde edilebilir hale getirilmesi ve benzeri şekiller kaydetme olarak değerlendirilebilecektir.⁷³ Madde kapsamında suçun oluşabilmesi için kaydetmenin bilgisayar ortamında veya örneğin bir kâğıt üzerine kişisel verilerin elle yazılmasında olduğu gibi fiziki bir ortamda işlenmesi arasında nitelik farkı yoktur.⁷⁴ Nitekim Yargıtay da kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun oluşmasında, kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kâğıt üzerinde kayda alınması arasında bir fark görmemiştir.⁷⁵ Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun oluşabilmesi için veri niteliğindeki bilgilerin bir yere yazılması, bir yerde depolanması veya saklanması gerekir.⁷⁶

6698 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde kişisel verilerin işlenmesi kavramının tanımı kapsamına kaydetme eyleminin de girdiği görülmektedir. Buradan kişisel verilerin 6698 sayılı Kanun bünyesinde bir veri sorumlusunun faaliyeti kapsamında veri işlemeye yetkili kimse tarafından kayda alınması kişisel verilerin hukuka uygun şekilde kaydedilmesi olacaktır. Dolayısıyla TCK m. 135'te düzenlenen suçun hareket unsurunun anlaşılması bakımından kişisel verilerin işleme ifadesi de belirleyici olacaktır. Bu bağlamda 6698 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi⁷⁷ kapsamında

⁷² Gerçekler, s. 2745; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4437.

⁷³ Gerçekler, s. 2745; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4437. Alman öğretisinde kaydetme, kişiye ilişkin verilerin, bir veri taşıyıcısı üzerine alınması, kaydedilmesi veya burada muhafaza edilmesi, elle yapılan işlemlerde ise bir kayıt kartına bu işlemin yapılması olarak kabul edilmektedir. Hatta kişiye ilişkin verilerin bir not defterine yazılması da kaydetme olarak kabul edilmektedir. Kaydetmenin şartı, kaydetmenin verilerin işlenmesi amacıyla yapılmasıdır. Bkz. Thilo **Weihert ve diğerleri**, Bundesdatenschutzgesetz, Kompaktkommentar zum BDSG, 3. Vollständig neu bearbeitete Auflage, Bundverlag, Nördlingen 2010, s. 127.

⁷⁴ TCK m. 135 gerekçesi.

⁷⁵ Yarg. CGK, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, T. 17.6.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- E.T. 02.10.2018).

⁷⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4437.

⁷⁷ 6698 sayılı Kanun m. 3/ f. 1 "e) *Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak*

kişisel verilerin rızaya dayalı olarak veya bir kanun hükmünün gereği olmadan işlenmesi de TCK m. 135'te düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturacaktır.

Hareketin niteliğine göre kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, tek hareketli bir suçtur. Bir suçun tek hareketli suç olabilmesi için kanun koyucu tek bir hareketin varlığını yeterli görmüştür.⁷⁸ TCK m. 135'te düzenlenen suçun oluşabilmesi için de kaydetme fiilinin gerçekleşmesi yeterli olacaktır. Hareketin önemi açısından kişisel verilerin kaydedilmesi suçu serbest hareketli suçtur. Şayet bir suçu oluşturan fiil, suçun kanuni tarifinde özelleştirilmemişse suç, serbest hareketli suçtur.⁷⁹ Hareketin şekli açısından ise suç icrai nitelikte işlenebilecek bir suçtur. Bu anlamda dış dünyada değişiklik meydana getiren iradi insan davranışları icrai nitelikte hareketlerdir⁸⁰. Fiilin icrasının devam edip etmemesine göre ise bu suç ani bir suçtur. Zira suç, hareketin yapılmasıyla suçun icrası tamamlanıyorsa ani suçtur. Ani suçlarda, hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır ve sona erer.⁸¹ Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu da kişisel bir verinin ister elle kâğıt üzerine, isterse bilgisayar ortamında olacak şekilde kayda alınması ile tamam olup sona ereceğinden ani suçtur.

Bir hareketin suç olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan bir diğer unsur da neticedir. Netice, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir.⁸² 5237 sayılı TCK ile netice; hareketten ayrı, bağımsız bir unsur olarak kabul edilmiştir.⁸³ Ancak hareketin yapılması ile meydana gelecek her değişiklik suçun unsuru olarak değerlendirilmemekte, sadece suçun kanuni düzenlemesinde yer verilen netice unsur olarak kabul edilecektir⁸⁴. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun madde metninde kanun koyucu,

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 işlemi ifade eder”.

⁷⁸ Artuk ve diğerleri, s. 255; Özgenç, s. 177.

⁷⁹ Artuk ve diğerleri, s. 268; Özgenç, s. 178.

⁸⁰ Artuk ve diğerleri, s. 258.

⁸¹ Artuk ve diğerleri, s. 268.

⁸² Artuk ve diğerleri, s. 271, Özgenç, s. 185; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 127.

⁸³ Özgenç, s. 184; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 127.

⁸⁴ Özgenç, s. 184; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 127.

suçun oluşması için bir netice aramamıştır. Diğer bir ifadeyle suçun hareket unsuru olan kaydetmenin gerçekleşmesi ile suçun tamam olmakta, ayrıca bir netice aranmamaktadır. Dolayısıyla kişisel verilerin kaydedilmesi suçun netice bakımından sırf hareket suçudur.

C. Suçun Manevi Unsuru

Bir suçtan dolayı failin sorumlu tutulabilmesi, ceza normlarında yer verilen tipik fiilin fail tarafından gerçekleştirilmesinin yanı sıra, fiil ile fail arasında manevi bağın kurulmasına bağlıdır. Fiil ile fail arasındaki bu bağı kast veya taksir oluşturmaktadır.⁸⁵

Belirtmek gerekir ki 5237 sayılı TCK'nın benimsediği suç teorisine göre manevi unsur ile kusurluluk birbirinden ayrı kavramlardır. Zira bu anlayışa göre kusur suçun bir unsuru olmaktan çıkmıştır. Bu anlamda kusur olmadan da işlenen fiil suç niteliğini haiz olabilecektir. Ancak kusur yeteneği olmayan fail, bu fiilden dolayı sorumlu tutulmayacaktır. Çünkü kusurluluk, işlenen bir fiilden dolayı kişinin kınanabilmesi, haksız olan fiilin kişiye yüklenebilmesidir. Örneğin bir akıl hastasının, başka bir kimsenin başına sert bir cisimle vurmak suretiyle yaralanmasına sebep olsa eylem, suç (haksızlık) teşkil edecektir. Ne var ki akıl hastasının, işlediği bu eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğinden yoksun olmasından dolayı onun kusurundan söz edilemeyecektir. Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüşe göre suçun manevi unsuru ile kusurluluk, bir-biriyle ilintili fakat farklı iki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁶.

TCK m. 21/1, c. 1 gereğince suçlar kural olarak kast ile işlenebilirken, TCK m. 22/1 gereğince de istisnai olarak suçun kanuni tanımında açıkça belirtilmiş olmak kaydıyla taksirle işlenmesi mümkün hale gelmiştir. TCK'nın 135'inci maddesinin lafzında kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun taksirle işlenebileceğine dair bir düzenleme yer almadığı için suçun taksirle işlenmesi mümkün olmayacaktır.

Kast, TCK'nın 21'inci maddenin 2'nci cümlesinde “...suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır. TCK m. 135'te düzenlenmiş olan kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Burada failin, mağdurun kişisel verilerini kaydedecek nitelikteki hareketleri bilerek ve

⁸⁵ Özgenç, s. 236; Artuk ve diğerleri, s. 324.

⁸⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 288 vd.

isteyerek gerçekleştirilmesi ve eyleminin de hukuka aykırı olduğunu bilmesi, bu suçun oluşması için yeterli olacaktır.⁸⁷ Diğer bir ifadeyle failin bu suçu işlemesindeki saiki önemli değildir ve dolayısıyla da suçun işlenmesinde özel kast aranmamıştır.⁸⁸ Nitekim Yargıtay tarafından verilen bir kararda⁸⁹ da, sanığın hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmemesi dolayısıyla üzerine atılı olan kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun unsurlarının somut olayda oluşmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu beraat kararının onandığı görülmüştür.

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, kanuni düzenlemeye uyan şekilde işlenen fiile hukuk düzeni tarafından izin verilmemesi, bu fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişmesi durumudur. Ancak bir suçun oluşması için tipikliğin, maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesi yeterli değildir. Aynı zamanda eylemin hukuka da aykırı olması, diğer bir ifadeyle fiilin hukuka uygunluk halleri kapsamına girmemesi gerekmektedir.⁹⁰ Yine bir fiilin hukuka aykırı olması, bu fiilin tüm hukuk düzenine aykırı olmasıdır.⁹¹ Dolayısıyla ceza kanununun suç olarak düzenlediği bir fiil, ceza kanunu dışındaki bir kanunda yer verilecek bir hukuka uygunluk nedeni ile de hukuka uygun kabul edilebilir.⁹²

Kural olarak suçun hukuku aykırılık unsuruna, madde metninde açıkça yer verilmesine ihtiyaç yoktur. Zira hukuka aykırılık, suç teşkil eden fiilin hukuk düzeni ile çatışması dolayısıyla kendiliğinden var olacaktır.⁹³ Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun madde metninde kişisel verilerin kaydedilmesinin “*hukuka aykırı olarak*” gerçekleştirilmesi ge-

⁸⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4438.

⁸⁸ Şen, s. 607.

⁸⁹ İlgili karar için bkz. Yarg. 12. CD., E. 2014/17630, K. 2015/1672, T. 2.2.2015; Yarg. 12.CD., E. 2014/2511, K. 2014/17251, T. 8.9.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-E.T. 02.10.2018).

⁹⁰ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 313; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 264.

⁹¹ Özgenç, s. 305.

⁹² Artuk ve diğerleri, s. 422.

⁹³ Artuk ve diğerleri, s. 425.

rektiğine ayrıca yer verilmiştir. Dolayısıyla madde metninde “*hukuka aykırı olarak*”, “*hukuka aykırı yolla*”, “*haklı neden olmaksızın*” gibi ifadelerle yer verilmesinin ifade edeceği anlama değinmek yerinde olacaktır. *Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır’a* göre bu şekilde ifadelerle yer verilmesi durumunda hukuka aykırılığın, fiilin hukuka aykırılığına özellikle işaret edildiği gerekçesi ile tipikliğe ait özel bir unsur özelliği kazanacaktır.⁹⁴ *Koca, Üzülmmez’e* göre suçun kanuni tanımında hukuka aykırılık unsuruna ayrıca yer verildiği hallerde ikili ayırım yapılarak değerlendirme yapılmalıdır. İlk durumda şayet kavram suçun kanuni tarifindeki maddi unsurlardan birinin sıfatı olarak görünüyorsa, gerçek bir tipiklik unsurunun varlığından söz edilecektir ve bu durumda failin kastının bu hukuka aykırılığı da kapsamı gerekecektir. Örneğin TCK’nın 244’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasında failin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlama aranmıştır. Buradaki haksızlık, suçun sadece çıkar sağlama unsuruna ilişkin olup failin TCK m. 244’te düzenlenen suçu işleyebilmesi için sağlayacağı çıkarın haksız olduğunu da bilmesi, bu kast ile hareket etmesi gerekmektedir.⁹⁵ İkinci durumda ise hukuka aykırılık bütün suçu kapsıyorsa, yani tüm suçun değerlendirilmesi ile ilgili ise bu ifadeye madde metninde gereksiz şekilde yer verilmiştir. Ancak bu şekilde hâkimin olayda bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı hususunda dikkatli olması anlamında bir ikaz söz konusudur. Örneğin TCK m. 135’te düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun madde metninde *hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye...* ifadesinde hukuka aykırılık bütün suçun değerlendirilmesi anlamında yer almıştır.⁹⁶ *Özgenç’e* göre ilgili suç tipinde hukuka aykırılık özellikle vurgulanmış olması, ceza sorumluluğu için failin, işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının araştırılmasını gerektirecektir.⁹⁷ *Göktürk* de suçun yasal tanımında yer verilen hukuka aykırılık unsurunun ifade ettiği anlamın belirlenmesinde ikili ayırma giderek hukuka aykırılık, şayet tipikliğe dâhil unsurlardan birini nitelendiriyor ise bunun tipiklik kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve kastın kapsa-

94 **Artuk ve diğerleri**, s. 426.

95 **Koca/Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 266.

96 **Koca/Üzülmmez**, Genel Hükümler, s. 267.

97 **Özgenç**, s. 312-313.

mında olduğunu, diğer durumda ise hukuka aykırılık ifadesinin, haksızlığın tümünü değerlendirci şekilde yasal tanımda düzenlenmesinin hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olduğunu ve kastın kapsamında değil, ancak kusur ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁸

Türk hukukunda genel kabul gören görüş, kanuni tanımında suçun hukuka aykırılık unsuruna ayrıca yer verilmesinin, failin hareketini hukuka aykırılık bilinciyle gerçekleştirdiği yönündedir.⁹⁹ Bunun neticesinde de kanun koyucunun, bu tür suçların fail tarafından ancak doğrudan kast ile işlenebileceğini kabul ettiği sonucuna varılmaktadır.¹⁰⁰ Kanaatimizce madde metninde yer verilen *hukuka aykırı* ifadesinin ne anlama geldiğini, madde metnindeki yerine göre iki farklı sonuç ortaya koyan görüşe göre çözümlenmek gerekir. Çalışmamızın konusu olan TCK'nın 135'inci maddesindeki Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun madde metninde yer alan *hukuka aykırı* ifadesi, suçun herhangi bir unsurunu nitelendirmediği görülmektedir. Bu tür kullanımın, kanun koyucu tarafından hâkime, somut olayda özellikle bir hukuka uygunluk nedeninin var olabileceği noktada uyarı fonksiyonuna sahip olduğu söylenmelidir. Zira aşağıda da belirtileceği üzere çeşitli kanunlarda, bireylere ilişkin kişisel verilerin kaydedilmesine yönelik düzenlemeler mevcuttur. Mevzuat çokluğu karşısında hâkimin, bir hukuka uygunluk nedeninin var olabileceği yönünde önceden uyarılması ya da dikkatinin çekilmesi ile verilebilecek hukuka aykırı kararların önlenmesi bakımından önemli olduğu kanaatindeyiz.

Türk Ceza Kanunu m. 24/1 ve m. 26/2 gereğince kanun hükmü ve ilgilinin rızası, kişisel verilerin kaydedilmesi eylemini hukuka uygun kılacaktır. TCK m. 24/1'de bir kanun hükmünü yerine getirenin fiilinin suç teşkil etmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde bir yandan kişilere kanunla

⁹⁸ **Göktürk**, s. 427. Öğretideki diğer bir görüşe göre, hukuka aykırılığın madde metninde ayrıca yazılması, bu suçlar için özel hukuka uygunluk sebepleri getirmek istemesidir. Diğer bir görüşe göre, hukuka genel aykırılık ile özel aykırılık arasında bir fark olmayıp, hukuka aykırılığa madde metninde ayrıca yer verilmesi ile hâkimlerin dikkatinin çekilmek istenmiş olduğu ileri sürülmüştür. Başka bir görüşte ise, hukuka aykırılığın madde metninde ayrıca yer alması manevi unsur ile alakalı bir durumdur. Buna göre fail, yapmış olduğu eylemin hukuka aykırı olduğunun da farkında olması, diğer bir ifadeyle failin kastının hukuka aykırılığı da kapması gerekir. Tartışmalar için bkz. **Göktürk**, s. 424 vd.; **Zafer**, Genel Hükümler, s. 297.

⁹⁹ **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 268.

¹⁰⁰ **Artuk ve diğerleri**, s. 426; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 268, **Göktürk**, s. 427.

birtakım görevler verilerek gereğinin yapılmasının istenmesi, diğer yandan da gereğinin yerine getirilmesi halinde ceza verilmesi bir biri ile çelişkili olacaktır.¹⁰¹ Örneğin 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu¹⁰² (NHK) kapsamında kurulan “*Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi (MERNİS)*” ile kişilere ait birçok verinin kaydedilmesine izin verilmiştir. 5490 sayılı Kanun’un aile kütüklerinde bulunması gereken kişisel bilgiler başlıklı 7’nci maddesinde¹⁰³ kişilerin TC kimlik numaraları, isim ve soy isimleri, evli kadınların evlenmeden önceki soy isimleri, baba adı, anne adı, doğum yeri ve tarihi, dini, medeni hali, yerleşim yeri gibi bilgiler aile kütüklerine kaydedilebilecektir. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun¹⁰⁴ 4’üncü maddesinin¹⁰⁵ birinci fıkrasına göre Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya

101 Detaylı bilgi için bkz. **Hakeri**, s. 322 vd.; **Özgenç**, s. 311 vd.

102 RG. 29.04.2006/26153.

103 Aile kütüklerinde bulunması gereken kişisel bilgiler Madde 7 – “(1) Her mahalle veya köy için ayrı aile kütüğü tutulur. Aile kütüklerinde aşağıdaki bilgiler bulunur: a) Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası. b) Kayıtlı bulunduğu il, ilçe, köy veya mahalle adı ile cilt, aile ve birey sıra numarası. c) Kişinin adı ve soyadı, cinsiyeti, baba ve ana adı ile soyadları, evli kadınların önceki soyadları. ç) Doğum yeri ile gün, ay ve yıl olarak doğum tarihi ve kütüğe kayıt tarihi. d) Evlenme, boşanma, soybağının kurulması veya reddi, ölüm, vatandaşlığın kazanılması veya kaybedilmesi gibi kişisel durumda meydana gelen değişiklik veya yetkili makamlarca yapılan düzeltmeler. e) Dini. f) Medenî hali. g) Yerleşim yeri adresi. ğ) Fotoğrafi. h) Biyometrik verisi. ı) Velayete ve vesayete ilişkin bilgileri. (a), (g), (ğ), (h) ve (ı) bentlerinde belirtilen kayıtlar sadece elektronik ortamda tutulur. (2) Türkiye’de aile kütüğü bulunmayan ve yabancı ülkelerde oturan vatandaşlar Bakanlığın göstereceği bir nüfus müdürlüğünde açılacak aile kütüğüne kaydedilir”.

104 RG. 1.6.2005/25832.

105 Adli sicile kaydedilecek bilgiler madde 4 – “(1) Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri adli sicile kaydedilir. Bu bağlamda; a) Hapis cezaları ile ilgili olarak; 1. Hapis cezasına mahkûmiyet kararı, 2. Koşullu salıverilme kararı, 3. Koşullu salıverilmeye denetim süresinin uzatılmasına ilişkin karar, 4. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına dair karar, 5. Hapis cezasının infazının tamamlandığı hususu, b) Hapis cezasının ertelenmesi halinde; 1. Denetim süresi, 2. Denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi dolayısıyla cezanın infaz edilmiş sayıldığı hususu, 3. Ertelenen hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine ilişkin karar, c) Adli para cezası ile ilgili olarak; 1. Adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmü, 2. Adli para cezasının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu, 3. Adli para cezasının tazyik hapsi suretiyle kısmen veya tamamen infaz edildiği hususu, 4. Adli para cezasının tazyik hapsinden sonra kalan kısmının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu, d) Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırma mahkûmiyet halinde; 1. Kısa süreli hapis

yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri adli sicile kaydedilecek bilgiler olarak belirtilmiştir. Maddeye göre ilgili hakkındaki hapis cezası, hapis cezasının ertelenmesi, adli para cezası, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara dönüştürülmesi, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma ile ilgili kararlar adli sicile kaydedilecektir. Kişisel verilerin kayıt altına alınmasını öngören bir diğer durum da Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 15'inci maddesidir. Yönetmeliğin 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasına¹⁰⁶ göre üst sınırı iki yıl ve ya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi açısından gerekli olması durumunda fotoğrafı, iris görüntüsü, beden ölçüleri, diş izi, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak eşkâl bilgileri, kulak, dudak gibi organların bıraktığı kimlik tespitine yarayabilecek vücut izleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak soruşturma veya kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya

cezasına seçenek yaptırım olarak, adli para cezasına mahkûmiyet veya güvenlik tedbiri uygulanması hükmü, 2. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin gereklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezasının infazına ilişkin karar, 3. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin değiştirilmesine ilişkin karar, e) Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma ile ilgili olarak; 1. Kasten işlenen bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkûmiyetin kanunî sonucu olarak yoksun kalınan haklara cezanın ertelenmesi dolayısıyla getirilen istisnaya ilişkin karar, 2. Mahkûmiyet hükmüyle bağlantılı olarak verilen, belli bir hak ve yetkinin kullanılmasının veya belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin karar, f) Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen karar, g) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık dolayısıyla verilen karar, h) Ceza zamanaşımının dolduğunun tespitine ilişkin karar, i) Genel veya özel affa ilişkin kanun; özel affa ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı, j) Askerî Ceza Kanununa göre verilmiş mahkûmiyet kararlarındaki ferî cezalar, k) Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar, Adli sicile kaydedilir”.

¹⁰⁶ Fizik kimliğin tespiti Madde 15 – “Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması hâlinde, Cumhuriyet savcısının emriyle, fotoğrafı, iris görüntüsü, beden ölçüleri, diş izi, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak eşkâl bilgileri, kulak, dudak gibi organların bıraktığı kimlik tespitine yarayabilecek vücut izleri ile sesi ve görüntüleri, fizik kimliğin tespitinde kullanılan diğer teknik yöntemler ile kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur”.

konulur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun¹⁰⁷ 75'inci maddesinin birinci fıkrası¹⁰⁸ uyarınca işveren, çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası tutmak zorundadır. İşveren, özlük dosyasında işçinin kimlik bilgileri yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları bulundurmamakla yükümlüdür. Bu belge ve kayıtların neler olduğuna dair bir belirleme ilgili Kanun'da yapılmamıştır. Ancak uygulamada işçinin adli sicil kaydı, kan grubu kartı, evli ise evlilik cüzdanı fotokopisi, sağlık raporu gibi kişisel veri niteliğindeki bilgileri içeren belge ve kayıtlar bu özlük dosyası kapsamında işveren tarafından dosyalandırılmaktadır.¹⁰⁹ Yine Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un¹¹⁰ 21'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükümlü defterine, ceza infaz kurumuna alınan hükümlünün adı ve soyadı, işledikleri suç, cezalarının türü ve süresi gibi kişisel veri niteliğindeki bilgilerin kaydedileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bilgilerin kayıt altına alınması, kanun gereğince yapıldığından, bu kişisel verilerin kaydedilmesi fiili TCK m. 135 anlamında bir suç da teşkil etmeyecektir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu hukuka uygun kılacak diğer durum ise TCK m. 26/2 hükmü gereğince ilgilinin rızasıdır. *Rıza* kelime anlamı olarak razı olmak, istemek anlamına gelir¹¹¹ hukuki anlamda ise "*rıza gösterme ehliyetine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilecek ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşürecek veya zarara uğratacak bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır*"¹¹² şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre mağdur, hukuki yararının ihlaline itirazı olmadığını

¹⁰⁷ RG. 10.6.2003/25134.

¹⁰⁸ İşçi özlük dosyası madde 75 – "(1) İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır".

¹⁰⁹ Yeliz **Polat**, 4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İşçi Özlük Dosyası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 35 vd.

¹¹⁰ RG. 29.12.2004/25685.

¹¹¹ <http://www.tdk.gov.tr> (E.T. 08.10.2018).

¹¹² Meral Ekici **Şahin**, Ceza Hukukunda Rıza, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 5.

açıklamış olmakta ve kendisine karşı yapılan hareket de bir haksızlık oluşturmamaktadır¹¹³ ve suç oluşturmayacaktır. Örneğin hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, ilgisinin rızası ile tutulan kayıtlardır. Ancak belirtmek gerekir ki ilgisinin rıza göstermesi, kişisel verileri kaydedenlere, o verileri istediği gibi kullanma yetkisi vermemekte veya bunları ifşa edebileceği anlamına gelmemektedir. İlgilisi tarafından verilen rıza kişisel verilerinin kayıt altına alınmasına ve kaydeden tarafından bilinmesine yöneliktir.¹¹⁴

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun *Kişisel verilerin işlenme şartları* başlıklı 5'inci maddesinde¹¹⁵ kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılacak tek neden olarak "rıza" düzenlenmiştir. Maddenin 2'nci fıkrasında ise ilgilinin açık rızasının aranmadan kişisel verilerinin işlenebileceği haller yedi bentte düzenlenmiştir. 6698 sayılı Kanun m. 10 kapsamında ilgilinin açık rızasının aydınlatılmış rıza olması aranmıştır. Aydınlatılmış olan bu rızanın sarih veya zımni şekilde ortaya konması önemli değildir.¹¹⁶

II. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Türk Ceza Kanunu m. 35'te suça teşebbüs düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre fail, suç işlemek kastı ile suça elverişli hareketlerle suçun icra-

¹¹³ Hakeri, s. 373.

¹¹⁴ Şen, s. 603.

¹¹⁵ KVKK m. 5: "(1) Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. (2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür: a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi. b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması. c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması. ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması. d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması. e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmenin zorunlu olması. f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması".

¹¹⁶ Veysel Gültaş, Özel Hayata Karşı Suçlar Açıklamalı-İçtihatlı, 2016, s. 210.

sına doğrudan doğruya başlamış olup, işlemeyi kastettiği suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması durumu teşebbüs olarak nitelendirilmiştir.

Teşebbüs hükümleri her suç bakımından uygulama alanı bulmamaktadır. Genel kabule göre sırf hareket suçları (neticesi harekete bitişik suçlar) ve ihmali suçlarda teşebbüs hükümleri uygulanamamaktadır.¹¹⁷

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, sırf hareket suçudur. Çünkü suç, hareketin yapılması ile tamam olmaktadır. Diğer bir ifadeyle hareket ile neticenin gerçekleşmesi arasında bir zaman aralığı bulunmamaktadır. Bu suç bir kişisel verinin otomatik olsun veya olmasın bir veri taşıyıcısına yazılması, yani kaydedilmesi ile gerçekleşecektir. Dolayısıyla hareket ile neticeyi birbirinden ayıramadığımız için bu suça teşebbüs mümkün değildir. Örneğin ilk derece mahkemesi yapmış olduğu bir yargılamada sanıkların birlikte iki farklı ATM cihazına kart kopyalama düzeneği yerleştirdikten sonra herhangi bir verinin kopyalanamaması ile neticelenen fiilleri üzerine TCK m. 136/1 hükmü gereğince cezalandırılmalarına karar vermiş; Yargıtay da temyiz isteminde de TCK m. 135'te düzenlenmiş olan Kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna teşebbüs olduğuna ilişkin tebliğnemedeki bozma talebine katılmayarak, bu suça teşebbüsün olamayacağı yönünde görüş ortaya koymuştur.¹¹⁸ Ancak genel kabule göre salt hareket suçlarında suçu oluşturan eylemler kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkün olabilecektir.¹¹⁹

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun sırf hareket suçu olmadığı, dolayısıyla da bu suça teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında ayırıcı bir özelliğinin olmadığını savunan yazarlar da vardır.¹²⁰ Kanaatimizce kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, suça vücut verecek kişisel bir veriyi bir kâğıt üzerine veya elektronik bir veri kayıt cihazına geçirmekle tamamlanmış olacağından, diğer bir ifadeyle hareketle netice arasında bir zaman aralığı bulunmayacağından sırf hareket suçudur ve kural olarak teşebbüse elverişli bir suç değildir. Ancak kaydetme hareketinin kısımlara bölünebilmesi

¹¹⁷ **Hakeri**, s. 522 vd.

¹¹⁸ Yarg. 12. CD., E. 2017/6201, K. 2018/3219, T. 21.03.2018 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 02.10.2018).

¹¹⁹ Ali **Parlar**/Meltem **Banko**, Cezaî ve Hukukî Sorumluluk Boyutlarıyla Hakaret ve Özel Hayata Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 395.

¹²⁰ Sedat Erdem **Aydın**, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 162; **Gültaş**, s. 213.

mümkün olan hallerde teşebbüs mümkün olabilecektir. Örneğin bir bilişim sistemine veya otomatik olamayan araçlarla kişisel verilerin yazılmaya başlanmasına rağmen yazılan verilerin tam olarak kayda geçirilememesi durumunda hareket tamamlanamamış olacaktır. Dolayısıyla suçun icra hareketlerinin yapılması belli bir zaman aralığına yayılarak gerçekleştirilmesi söz konusu olduğundan bu suçta teşebbüsün mümkün olacağı kanaatindeyiz.

B. İştirak

İştirak, TCK m. 37 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre kanuni tanımda yer alan bir suçu birlikte gerçekleştiren her bir kimse fail olarak işledikleri fiilden sorumlu tutulurlar. Diğer bir ifadeyle tek bir kişi tarafından işlenebilecek olan bir suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesi suçta iştirak olarak nitelendirilir.¹²¹

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, iştirak bakımından bir özellik taşımamaktadır. Dolayısıyla suçta iştirakin her hali bu suç için mümkündür.¹²²

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun görünüşte özgü suç şeklinde işlenmesinin de mümkün olduğuna yukarıda yer vermiştik. Dolayısıyla TCK m. 137 kapsamında kişisel verileri kaydetme suçunun bir kamu görevlisi tarafından veya belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle meslek veya sanat sahibi kişi tarafından işlenen suçta bu sıfatlara sahip olmayan bir kişinin iştirak etmesi mümkün olabilecektir. Bu durumda özel faillik niteliği taşıyan ile bu niteliği taşımayan failin suçun icra hareketlerini birlikte gerçekleştirmeleri mümkünse, özel faillik niteliği taşıyan suçun nitelikli halinden, diğerinin ise suçun temel şeklinde sorumlu olması gerekir.¹²³

121 Detaylı bilgi için bkz. **Özgenç**, s. 519 vd.; **Hakeri**, s. 543 vd.

122 **Parlar/Banko**, s. 395; **Gültaş**, s. 213.

123 **Artuk ve diğerleri**, s. 301.

C. İçtima

1. Genel Olarak

Ceza hukukunda “*kaç tane fiil varsa o kadar suç vardır*” kuralı benimsenmiştir. Buna göre de işlenen her bir suç için ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir.¹²⁴ Suçların içtimaı, birden çok suçun bulunduğu hallerde söz konusu olacaktır. Birden çok suçun varlığı dolayısıyla birden çok cezanın verilmesi gerekirken, faile tek bir cezanın verilmesini öngören suçların içtimaı halleri, suç teorisi kapsamında açıklanması gereken bir konudur. Bu yüzden suçların içtimaı, bir kimsenin birden çok suç işlemesi halinde sorumluluğunun nasıl belirleneceği sorunu ile ilgilidir.¹²⁵

5237 sayılı TCK *Suçların İçtimaı* başlıklı Beşinci Bölümü altında *Bileşik Suç (m. 42)*, *Zincirleme Suç (m. 43)* ve *Fikri İçtima (m. 44)* düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki m. 42’de düzenlenmiş olan Bileşik suç aslında suçların içtimaı şekillerinden birisi değildir. Zira bileşik suçta ortada birden fazla suç değil, aksine tek bir suç vardır.¹²⁶ Örneğin TCK m. 135’e göre bir gerçek kişiye ait kişisel verilerin işlenmesi, aynı zamanda TCK m. 134 kapsamında bu gerçek kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali suçuna da vücut verir. Ancak bu iki suç arasında özel norm – genel norm ilişkisinin varlığından ötürü aslında ihlal edilen TCK m. 135’te düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçudur ve dolayısıyla tek bir ihlal söz konusudur.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun 5237 sayılı TCK m. 43/f. 1 kapsamında zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Bunun için aynı suçun işlenmesi kararı altında, değişik zamanlarda, birden çok kez, aynı kişiye karşı işlenmesi gerekir.¹²⁷ Örneğin failin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda, aynı kişiye ait kişisel veri niteliğindeki farklı bilgileri kaydetmesi durumunda, fail hakkında tek bir cezaya hükmedilecektir.

¹²⁴ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 470; Özgenc, s. 588.

¹²⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 470.

¹²⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 470.

¹²⁷ Artuk ve diğerleri, s. 734; Hafızoğulları/Özen, s. 381.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun 43'üncü maddenin 2'nci fıkrası kapsamında birden fazla kişiye ait kişisel verilerin, her bir veri sahibine karşı kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun işlenmesi kastı ile işlenebilir işlenemeyeceği noktasında, kanaatimizce her bir kişiye ait kişisel verinin bilgisayar ortamına veya bir kâğıt üzerine kaydı için ayrı fiillerle tek tek kaydedilmesi gerektiği için, diğer bir ifadeyle farklı kişilere ait bilgilerin tek hareketle kayda alınmasının söz konusu olamayacağından aynı neviden fikri içtima hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.¹²⁸

5237 sayılı TCK m. 44'te düzenlenmiş olan *Fikri İçtima* hükümlerine göre fail, bir fiili ile birden fazla farklı suçların oluşmasına sebebiyet vermiş olması durumunda, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bu kapsamda bir kimsenin tek bir fiille kişisel verileri kaydetmesi ve kişisel verileri başkalarına vermesi veya yayması mümkündür. Örneğin kişisel verilerin herkesin ulaşabileceği bir internet sitesine kaydedilmesi halinde, kişisel veriler hukuka aykırı olarak kaydedildiği gibi aynı zamanda kişisel veriler hukuka aykırı olarak başkalarına verilmiş veya yayılmış olacaktır.¹²⁹ Dolayısıyla fail, tek bir hareket ile hem m. 135'te yer alan kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu, hem de m. 136'da düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarını işlemiş olacaktır. Bu durumda da fail hakkında farklı neviden fikri içtima (TCK m. 44) hükmü gereğince bu suçlardan daha ağır cezayı gerektiren hangisi ise o suçtan sorumlu tutulacaktır.

2. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçunun Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu ile İlişkisi

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun, Kanun'un sistematığı içerisinde düzenlendiği yer itibari ile bu bölümdeki diğer suçlarla arasındaki farklılıklara değinilmesi yerinde olacaktır.

5237 sayılı TCK m. 134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal ile m. 135'te yer alan Kişisel verilerin kaydedilmesi suçlarının her ikisinin, Kanun'un aynı kısım ve bölümü altında düzenlenmiş olması, bu suçlarla korunan hukuki değerlerin benzer ya da aynı olacağı düşüncesi, bu suçlar arasındaki benzerliği ortaya koymaktadır. TCK m. 134 ile korunan hukuki

¹²⁸ Aksi yönde bkz. Emine Gülnihal Şener, "Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu", *Adalet Dergisi*, S. 39, 2011, s. 80.

¹²⁹ Şener, s. 80.

değer bireyin özel hayatının gizliliği ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı iken¹³⁰, TCK m. 135’te korunan hukuki değer ise genelde özel hayatın gizliliği olmakla birlikte özeldede kişisel verilerin korunması hakkıdır. Keza kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı ile Anayasa’nın aynı maddesi bünyesinde düzenlense de ayrı haklar olarak ifade edilmişlerdir. Yargıtay, bazı durumlarda ilk derece mahkemesinin suç oluşturan fiilin hukuki nitelendirmesini yerinde görmeyerek olaya konu fiilin başka bir suça vücut verdiği yönünde hükümler kurmuştur. Örneğin 2012/17703 esas ve 2012/18222 karar sayılı kararında¹³¹ Yargıtay, TCK m. 135’te düzenlenen “Kişisel verilerin kaydedilmesi” suçundan açılan davada ilk derece mahkemesinin bu suçtan sanığın beraatına dair verdiği kararı, sanığın eyleminin TCK m. 135’te düzenlenen suçu ihlal etmese de TCK m. 134 kapsamında “Özel hayatın gizliliğini ihlal” suçunu oluşturacağı gerekçesi ile bozmuştur. Yine suçun tipiklik unsuru açısından da her iki suç tipini birbirinden ayırmak mümkün olacaktır. Şöyle ki; TCK m. 135’te kaydetme fiili arandığından, failin başkasına ait özel hayatına dair bir veriyi görmesi veya duyması özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluştursa da kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu oluşturmayacaktır.¹³² Her iki suç ile bağlantılı olacak şekilde, kişilerin özel hayatlarına ilişkin olarak resimlerinin çekilmesi, görüntülerinin video kaydına alınması veya sesinin, ses kayıt cihazı ile kaydedilmesi durumlarında, kayda alınan ses ve görüntü ile fotoğraf birer kişisel veri niteliğinde bilgi olmaları nedeniyle kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna vücut vermiş gibi görünmektedir. Diğer yandan kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, kişilerin görüntü veya seslerin kayda alınması fiili, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun tipik hareket unsurunu oluşturmaktadır. Çünkü kaydetme fiili, TCK m. 135 kapsamında kişisel veri niteliğindeki bilgilerin elle kâğıt üzerine

¹³⁰ Şen, s. 589; Zafer, Özel Hayat, s. 184; Aktaş, s. 138.

¹³¹ İlgili kararda Yargıtay “Mağdurenin çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarının kaydedilmesinden ibaret eylemin, “Kişisel verilerin kaydedilmesi” suçunu oluşturmayacağı, çekimin, mağdurenin bilgisi ve rızası kapsamında gerçekleşmesi nedeniyle, kaydetmekten ibaret haliyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan da söz edilemeyeceği ancak; sanığın, bu kayıtlardan oluşturulan CD’leri mağdurenin rızası olmaksızın, değişik zamanlarda farklı kurumlara göndermesi durumunda, fiilin 5237 sayılı TCK’nın 134/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.” hükmü ile yukarıda belirtilen yönde karar vermiştir. Bkz. Yarg. 12. CD., E. 2012/17703, K. 2012/18222, T. 11.9.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- E.T. 02.10.2018).

¹³² Aktaş, s. 134.

veya bilgisayara not edilmesi, tekrar kullanılmak üzere hazır bulundurulması şeklinde anlaşılmaktadır.¹³³ Yargıtay her iki suç arasındaki farkı bu duruma ilişkin verdiği bir kararında¹³⁴ “*Bir özel hayat görüntüsü veya sesin, ‘kişisel veri’ kapsamında olduğundan kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü veya sesinin, bilgisi dışında resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belirli bir elektronik, dijital veya manyetik bir yere sabitlenmesi TCK m. 134/1. maddesinin 2. cümlesinde...özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü, fotoğrafı ya da sesi yasal anlamda TCK m. 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemez.*” şeklindeki ifadelerle ortaya koyarak özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda geçen kaydetme ifadesinin de kapsamını belirlemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararda da köşe yazarlığı yapan kişinin, köşesinde kullandığı fotoğrafın, fotoğraf sahibinin rızası ve bilgisi olmaksızın bir arkadaşlık sitesine yüklemesini özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değil, kişisel veri niteliğinde olan fotoğrafın hukuka aykırı olarak yayılması şeklinde değerlendirerek TCK m. 136’ncı maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun ihlali olarak nitelendirmiştir.¹³⁵

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçu içtima bakımından ele alındığında, her iki suç ile aslında özel hayatın gizliliğinin korunması amaçlanmıştır. Zira özel hayatın gizliliğini ihlal yollarından biri de kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi oluşturmaktadır.¹³⁶ Her iki suç ile korunan hukuki değer Anayasa’nın 20’nci maddesi kapsamında düzenlenmiş olması, kişisel verilerin özel hayatın bir parçası olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun işlenmesi aynı zamanda kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlaline yönelik bir ihlal de içermektedir. Bu anlamda tek hareketle birden fazla suçun ihlali söz konusu olacaktır. Bu durumda özel hayatın ihlali suçu ile kişisel verilerin kaydedilmesi suçu arasında özel norm-genel norm ilişkisi kurulabilir. Özel normun oluşabilmesi için ilk şart, her iki normun aynı hukuki değeri korumasıdır. İkinci şart ise özel normun, genel normun özelliklerinin yanı sıra başka özelliklere de sahip

¹³³ TCK m. 135 gerekçesi.

¹³⁴ Yarg. 12. CD., E. 2012/30099, K, 2013/26638, T. 25.11.2013; bkz. **Aktaş**, s. 134.

¹³⁵ **Aktaş**, s. 135.

¹³⁶ **Gültaş**, s. 211.

olmasıdır.¹³⁷ Dolayısıyla her iki suç da temelde özel hayatın gizliliği hakkını korumakta olup, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu özel hayatın bir parçası olan daha özellikli bir kısmı koruma altına almıştır. Neticede kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna göre özel norm olup, özel normun uygulanmasının önceliği ilkesi¹³⁸ gereğince bahsedilen durumda TCK m. 135’te düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu uygulanacaktır.

SONUÇ

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun uygulaması, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yürürlüğe girene dek birtakım problemleri de beraberinde getirmiştir. Problemlerin temel sebebi, TCK m. 135’te düzenlenen suçun konusunun kişisel veri olmasına rağmen kişisel veri kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bir tanıma kanunlarda yer verilmemiş olması idi. Bu durum ayrıca ceza hukuku alanında kanunilik ilkesine de aykırılık oluşturması dolayısıyla da sorun teşkil etmekteydi. Yargıtay, temyiz istemi üzerine incelediği dosyalarda, öğretiyi yardımıyla bu belirlemeyi yapmak suretiyle bu sorunun üstesinden gelmeye çalışmıştır. 24.03.2016 tarihinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile bu sorunlar net olarak aşılmıştır.

Kişisel veriler, mevzuatımız kapsamında özellikle 5237 sayılı TCK’nın 135, 136 ve 138’inci maddeleri ile ceza hukuku kapsamında koruma altına alınırken, Anayasa m. 20/son hükmü ile de kişisel verilerin korunması hakkı anayasal bir statüye kavuşturulmuştur. Buna göre belli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmekte ve uygulamada kararlar bu tamın çerçevesinde verilmektedir. Kişisel verinin kapsamında, 6698 sayılı Kanun’daki tanım başta olmak üzere uluslararası metinler de dikkate alındığında tüzel kişilerin yer almadığı görülmektedir. Ayrıca veri koruma hukukunun altında yatan temel düşüncenin kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile insan onurunun korunması olması ve de ticari amaç güden tüzel kişilerin esasında haksız rekabet hükümleri ve TCK m. 239 bünyesinde olmak üzere, ticari amaç gütmeyen tüzel kişilerle birlikte TMK hükümleri gereğince kişiliğin korunması kapsamında korunmasının mümkün olacağı, diğer yandan pratikte

¹³⁷ Kayıhan İÇEL, “Görünüşte Birleşme (İçtima) ilkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Y. 7, 2008, s. 41.

¹³⁸ İÇEL, s. 37.

tüzel kişilerin kapsama dâhil edilmesinin faydasının olmayacağı düşünceleri dolayısıyla tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacakları sonucuna varılmıştır. Ancak TCK'nın 135'inci maddesinde düzenlenen bu suçta kişisel verilerin bir türü olan hassas verilere maddenin ilk halinde gereken önem verilmemişti. Hassas veriler, başkası tarafından öğrenildiğinde sahibi açısından daha derin mağduriyete neden olabilecek nitelikteki kişisel verilerdir. Dolayısıyla bu tür verilerin daha etkin şekilde korunması isabetli olacaktır. Kanun koyucu bu ihtiyacı kısmen gidermiştir. Zira 6698 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi ile her ne kadar TCK m. 135'te değişiklik yapılarak hassas verilerin bu suçun konusu olması durumunda failin daha ağır bir cezaya mahkûm olacağı düzenlenmişse de kanaatimizce yeterli olmamıştır. Çünkü 6698 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi kapsamında sayılan hassas veri türleri, TCK m. 135/ f. 2'de sayılanlardan daha geniş olarak belirlenmiştir. İhlali durumunda aynı mağduriyetin yaşanmasına neden olabilecek türden verilerin sırf kanunda sayılmamış olmasından kaynaklı adaletsiz kararların verilmesine sebebiyet verebilecek bu durumun giderilmesi önem arz etmektedir. TCK'nın 135'inci maddesinin 2'nci fıkrasına bu ekleme yapılmaksızın 6698 sayılı Kanun'da yer alan kılık – kıyafet, sendika veya vakıf üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri, biyometrik ve genetik verilere ilişkin bir ihlal suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince ağırlaştırıcı neden olarak uygulanmayacaktır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun, TCK Özel Hükümler İkinci Kısım Dokuzuncu Bölüm Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar altında düzenlenmiş olması, bu suç ile korunan hukuki değerlerin özel hayat olduğunu göstermektedir. Ayrıca 6698 sayılı KVKK'nın 1'inci maddesinde kanunun amacının başta özel hayatın gizliliğinin korunması olduğu ifade edilmiştir. Ancak özel hayatın gizliliği TCK m. 134'te ayrı bir suç ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu iki suç korunan hukuki değer açısından genel anlamda ortak olmakla birlikte, TCK'nın 134'üncü maddesinde düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile bu bölüm altındaki diğer suçlar arasında bir özel norm-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Zira özel norm – genel norm ilişkisinin ortaya çıkması için gereken ilk şart her iki normun aynı hukuki değeri koruması gerektiğidir. Bu suçların Kanun'un ikinci kitap ikinci kısım dokuzuncu bölümünde Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar altında düzenlenmiş olması, bu suçlarla korunan hukuki yararın özel hayatın gizliliği hakkı olduğunu göstermektedir. İkinci şart olarak ise özel normun, genel norma göre ek unsurlar barındırmasıdır. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu bu anlamda, kişinin özel hayatının bir parçası olan kişisel verilerin ihlali dolayısıyla

özel hayatın gizliliğinin ortadan kaldırılmasını ek unsurla düzenlemiş olduğunu göstermektedir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun madde metninde, suçun unsuru olan hukuka aykırılığa ayrıca yer verilmiştir. Hukuka aykırılık unsurunun bu şekilde kullanılmasının neticesi, ikili ayırım yapılmak suretiyle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun madde metninde, hukuka aykırılık, suçun bir unsurunu niteler şekilde kullanılmayıp suçun bütününe kapsar haldedir. Dolayısıyla da bu kullanım sadece uygulamada hâkimin, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı hususunda dikkati çekilmek istenmiştir. Zira hukuka aykırı ifadesi, haksızlığın meydana gelmesi için bir etkiye sahip değildir. Madde gerekçesindeki örneklerden yola çıktığımızda kişisel verilere ihtiyaç duyan banka, sigorta şirketi, hastane gibi kurum ve kuruluşlar aslında kişisel verileri işleme hususunda bir talepte bulunmakta, ilgili kişinin rıza gösterdiği veya kanun gereğince kişisel veriyi kaydetmek durumunda olan kişi açısından bu suç oluşmamaktadır. Kanaatimizce kanun koyucunun, burada “*hukuka aykırı olarak*” ifadesiyle kişisel verileri kaydedenler açısından ya ilgisinin rızası olmayan ya da kanunun verdiği yetkinin aşılması suretiyle kişisel verilerin işlenmiş olabileceği noktasında bir uyarısı söz konusudur.

KAYNAKÇA

- Akgül**, Aydın. Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması. Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Aktaş**, Batuhan. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu. DER Yayınları, İstanbul 2017.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Aydın**, Sedat Erdem. AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu. Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet. Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar. 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Başalp**, Nilgün. Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması. Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Bilge**, Mehmet Emin. Ticaret Sicili. Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Demirbaş**, Timur. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 4. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Döner**, Ayhan. Türk Anayasa Hukuku. Doğu Ciltevi, Erzincan 2020.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II. Beta Yayıncılık, İstanbul 1997.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan. Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku. Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.
- Dülger**, Murat Volkan. Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku. 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Erem**, Faruk/**Toroslu**, Nevzat. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. 3. bs., Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1978.
- George**, Damian. Juristische Personen Als Subjekte Der Datenschutzgesetzgebung. (https://MII-Legal.Com/Wp-Content/Uploads/2016/09/Jus-letter_Damian_George_Juristische-Personen_Als_Subjekte_Der_Datenschutzgesetzgebung_De.Pdf, E.T. 02.02.2021).
- Gerçekler**, Hasan. Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt. 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Göktürk**, Neslihan. Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon. İÜHFD, C. 7, S. 1, 2016, 407-450.

Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Metodolojisi. 2. bs., Ekin Yayınevi, Bursa 1999.

Gözler, Kemal. İnsan Hakları Hukukuna Giriş. Ekin Yayınevi, Bursa 2017.

Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Esasları. Ekin Yayınevi, Bursa 2019.

Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku Dersleri. Ekin Yayınevi, Bursa 2019.

Gültaş, Veysel. Özel Hayata Karşı Suçlar Açıklamalı-İçtihatlı. 2016.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 5. bs., US-A Yayınları, Ankara 2012.

Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 21. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Hilf, Marianne Johanna. Die Strafbarkeit Juristische Personen In Schweizerischen, Österreihischen Und Liechtensteinischen Recht. (<https://boris.unibe.ch/71345/8/zstw-2014-0004.pdf>, E.T. 02.10.2018).

İşıktaç, Yasemin/**Metin**, Sevtap. Hukuk Metodolojisi. 4. (Tıpkı) bs., İstanbul 2013.

İçel, Kayıhan. “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. Y. 7, S. 14, 2008, s. 35-49.

İtişgen, Rezzan. “Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu”. TAAD, Y. 6, S. 23, s. 179-202.

Kangal, Zeynel. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu. “100 Soruda Kişisel Verileri Koruma Kanunu”. Ankara 2018 (<https://www.kvkk.gov.tr/sharedfolderserver/cmsfiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf>, E.T. 29.12. 2018).

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 11. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, (Genel Hükümler).

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (Tek M. 135)”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 69-93, (Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu).

Küzeci, Elif. Kişisel Verilerin Korunması. Oniki Levha Yayıncılık, Ankara 2010.

Maurer-Lambror, Urs/**Kurz**, Simon. Basler Kommanter, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitgesetz. (Editör: Urs Maurer-Lambror, Gabor P. Blechta). 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. 14. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Özdemir, Hayrunnisa. Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Özen, Muharrem. “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 52, S. 1, 2003, s. 63-88.

Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 14. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Parlar, Ali/**Banko**, Meltem. Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Hakaret ve Özel Hayata Karşı Suçlar. Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Parlar, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer. Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu. 3. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Polat, Yeliz. 4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşçi Özlük Dosyası. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Serozan, Rona. Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Soyaslan, Doğan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 7. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Sözüer, Adem. “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013.

Şahin, Meral Ekici. Ceza Hukukunda Rıza. Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Şen, Ersan. Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Şener, Emine Gülnihal. “Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu”. Adalet Dergisi, S. 39, 2011, s. 72-85.

Şimşek, Oğuz. Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması. Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

Tezcan, Durmuş. “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu ile İlgili Bazı Gözlemler”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 1159-1164.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hükümler. 15. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Teziç, Erdoğan; “Anayasa Hukuku”, İstanbul 2009.

Türk Dil Kurumu Yayınları, Türkçe Sözlük, 10. bs., Ankara 2009.

Weihert, Thilo/**Däubler**, Wolfgang/**Klebe**, Thomas/**Wedde**, Peter. Bundesdatenschutzgesetz, Kompaktkommentar Zum BdsG. 3. Vollständig Neu Bearbeitete Auflage, Bundverlag, Nördlingen 2010.

Yaşar, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç** Mustafa. Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt. 2. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Zafer, Hamide. Ceza Hukuku Genel Hükümler. 5. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, (Genel Hükümler).

Zafer, Hamide. Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, (Özel Hayat).



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 1 Haziran/June 2021

**İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü
İlkesi, Sınırları ve Brexit**

**The Principle of Supremacy of the Parliament in British
Constitutional Law, its Limitations and Brexit**

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN*

ÖZ

Bu çalışmamızda, İngiliz anayasa hukukunun temel ilkelerinden olan parlamentonun üstünlüğü ilkesi ele alınmıştır. Kavramsal bir inceleme yapıldıktan sonra parlamentonun üstünlüğü ilkesinin manası ve ardından parlamentonun yetkilerinin sınırları tartışılmaktadır. Anayasacılık hareketlerinin anavatani, teamüli bir anayasaya sahip, hak ve hürriyetlerin bulunduğu ve hukukun üstünlüğünün benimsendiği İngiltere’de parlamentonun yetkilerinin sınırlarına yönelik değerlendirmeler oldukça gereklidir. Bu nedenle İngiliz anayasası ve anayasal düzeni bağlamında ilkenin önemi üzerinde durulmaktadır. Ayrıca çalışmamızda İngiltere’nin Avrupa Birliği’ne üye olması, kısa süre öncesine kadar üyeliğinin devam etmesi,

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: erdogan.keskin@erzincan.edu.tr. ORCID: 0000-0003-4718-4655.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 13.10.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 09.11.2021.

Atıf: Erdoğan Keskin, “İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 1, Haziran 2021, (47-99).

bu üyeliğin parlamentonun yetki alanına etkisi ve Brexit sürecinin ortaya çıkardığı sonuçlar ayrıca değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Parlamentonun Üstünlüğü, Parlamento, Ege-menlik, Üstünlük, İktidar, Sınırlandırma.

ABSTRACT

In this study, the principle of supremacy of the parliament, which is one of the basic principles of British constitutional law, is discussed. After a conceptual analysis, the meaning of the principle of parliamentary supremacy and then the limits of parliament's powers are discussed. In England, which is the homeland of constitutionalism movements, has a customary constitution, where rights and freedoms are protected, and where the rule of law is adopted, assessments of the limits of the parliament's powers are quite necessary. For this reason, the importance of the principle is emphasized within the framework of the British constitution and constitutional order. In addition, in our study, the UK's membership in the European Union, its continued membership until a short time ago, the effect of this membership on the jurisdiction of the parliament and the results of the Brexit process are also evaluated.

Keywords: Supremacy of the Parliament, Parliament, Sovereignty, Supremacy, Power, Limitation

GİRİŞ

Bir ada devleti olan İngiltere, tarih boyunca Kıta Avrupası ile birçok etkileşimde bulunmuş olsa da gerek kültürel gerekse siyasi anlamda kendine has karakterini korumuştur. İngiltere'de 1215 yılında yazılı bir belge olarak ortaya çıkan Magna Carta'yla ilan edilen hükümdarın sınırlandırabileceği düşüncesi ve bu düşüncenin yerleşik hale gelmesi, İngiltere'nin özgün karakterini anlamak için önemli bir göstergedir. Nitekim anayasacılık hareketlerini Amerikan Devrimi ve Fransız İhtilali ile çok daha sonra tecrübe eden ABD ve Fransa'ya kıyasla İngiltere'de anayasacılık hareketlerinde önemli başarılar elde edilmiş ve anayasal kurumların oluşması neredeyse tamamlanmıştır.

Bu bağlamda İngiltere siyasi iktidarın sınırlandırılması, hak ve hürriyetlerin korunması bakımından önemli bir araştırma alanı sunmaktadır. John Locke ve Adam Smith gibi birçok liberal düşünür ev sahipliği yapan ada ülkesi, hürriyetlerin korunması ve iktidarın sınırlandırılması anlamında dünyaya örnek olmuştur. Ayrıca hukukun üstünlüğü ve kuvvetler

ayrılığı ilkeleriyle bu düşüncelerin kurumsallaşması sağlanmış, teorik anlamda dünya çapında birçok anayasal gelişmenin temeli oluşturulmuştur.

İngiltere, siyasi iktidarın sınırlandırılmasının yanında parlamenter sistemin de anavatanıdır. Geleneksel olarak parlamentonun oluşumuna birçok etken katkı sunmuştur. Nihayetinde kuvvetler ayrılığının uygulandığı somut bir örnek olarak tasarlanmamış, kendiliğinden gelişmiş bir hükümet sistemi ortaya çıkmıştır.

Bu hükümet sistemini karakterize eden parlamento, İngiltere’de en üstün siyasi güç olarak değerlendirilmiş ve hatta kimi yazarlarca egemen olarak görülmüştür. Parlamentonun üstün veya egemen olarak görülmesi, en basit haliyle onun yetkilerinin sınırsız olduğunu veya yalnızca fiili sınırlarının olabileceğini ifade eder. Ancak bu, siyasi iktidarın sınırlandırılması noktasında başı çeken İngiltere’de, “nasıl oluyor da parlamentonun üstün ve sınırsız olabileceği kabul ediliyor” sorusunu akla getirmektedir. Kuşkusuz, siyasi iktidarın birey hürriyetleri karşısında sınırlandırılması ve kişilerin değil hukukun yönetiminin kabul edilmesi, parlamentonun üstünlüğüyle veya egemenliğiyle uyumlu görünmemektedir.

Klasik anlamıyla sınırsız bir iktidar olan egemen, birey ve hürriyetler karşısında başlıca tehlikedir ve kontrol altında tutulması gereken unsurlardanır. İktidarın sınırlandırılmaması halinde ise teorik olarak bireycilikten ve hürriyet rejiminden söz etmek oldukça zor hale gelir. Parlamentonun demokratik yollarla belirlenmesi bunu engelleyemez. Nitekim sınırsız yetkilerle donatılmış bir parlamento ve çoğunluk, diktatörden daha fazla güvenilir değildir. Bunu, 20. yüzyılın ilk yarısında Avrupa’da ortaya çıkan totaliter rejimler göstermiştir. Dolayısıyla “parlamentonun üstünlüğü ilkesinin” manasının bilinmesi, İngiliz Anayasası’nın¹, anayasacılığının ve sınırlı iktidar düşüncesinin anlaşılabilmesi için oldukça önemli bir role sahiptir. Bu kapsamda çalışmamızın amacı İngiltere’de parlamentonun üstünlüğünün muhteviyatını tespit etmek, hak ve hürriyetler bağlamında işlevini ortaya koymaktır. Amacımıza bağlı olarak, çalışmada parlamentonun gelişimi ve Taç’ın sınırlandırılmasına sadece konunun gerektirdiği kadarıyla yer verilmiştir.

¹ İngiltere’de anayasa, yazılı ve yazısız birtakım kurallardan oluşmaktadır. Bu anayasa teamül ağırlıklı bir anayasadır. Dolayısıyla yumuşak bir niteliğe sahiptir. Çalışmamızda İngiliz Anayasası ifadesi bu anlamıyla kullanılmaktadır. Yaygın olarak kullanılan “tek bir metinde toplanmış kurallar bütünü” ifade etmemektedir. Anayasal sistem ifadesiyle ise anayasanın kurduğu düzen/sistem kastedilmektedir.

Çalışmanın sistematığına yer vermeden önce kısaca bahsedilmesi gereken bir husus daha vardır. Her devletin, siyasi iktidarın, anayasa ve kanunların hukukilik, adillik ve meşruiyet kıstası yalnızca pozitif hukuk kuralları değil, aynı zamanda tabii hak ve ilkelerdir. Dolayısıyla tabii hak ve ilkeler kurucu iktidar dahil tüm iktidarların sınırı mahiyetindedir. Bu hak ve ilkelere aykırı olan her güç ya da kural zorbalığın eseridir. Çalışmamızda ise, konuyu daha çok pozitif teamüller ve kurallar kapsamında ele alarak parlamentonun sınırını ortaya koymaya çalıştık.

Çalışmanın sistematığına gelecek olursak, ilk olarak egemenlik ve üstünlük kavramlarına yönelik tartışmalar değerlendirildikten sonra parlamentonun üstünlüğünün ifade ettiği mana incelenmiştir. İkinci olarak parlamentonun, başta hukukun üstünlüğü ve insan hakları olmak üzere kimi anayasal ilke ve kurallarla sınırlı olup olmadığı tartışmalarına yer verilmiştir. İngiltere’de anayasa yazılı kuralların yanı sıra teamüllerden oluşmaktadır. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi kimi ilkelerin varlığı ve önemi nedeniyle parlamentonun bu yönlerden sınırlı olduğu düşünülebilir. Nihayet AB üyeliğine kısaca değinilmiş ve Brexit’in parlamentonun üstünlüğüne etkisi ele alınmıştır. Nitekim İngiltere’nin AB’ye üye olması parlamentonun yetkilerinin azalması, üstünlüğünün sona ermesi ve kimi yetkilerinin devredilmesi olarak yorumlanmış, siyasi ve ekonomik şartlara bağlı olarak üyeliğe son verilebilmesinin imkânsızlığı nedeniyle artık üstün bir parlamentodan söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin aksine İngiliz Yüksek Mahkemesi, Brexit sürecine dair ortaya çıkan uyuşmazlıkta Dicey’nin görüşlerine yer vererek ve İngiliz Anayasası’nın kodifiye edilmediği, ancak “yumuşak siyasi varlığının” olduğuna atıfta bulunarak parlamentonun üstünlüğünün hala geçerli bir ilke olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla Brexit sürecindeki gelişmelerin parlamentonun üstünlüğünün teyit edilmesi olarak da görülmesi gerektiğinden, Brexit konumuz açısından oldukça önemlidir.

I. PARLAMENTONUN ÜSTÜNLÜĞÜ

A. Parlamentonun Üstünlüğüne Kavramsal Yaklaşım

1. Genel Olarak Egemenlik ve Üstünlük Kavramı

“Parlamentonun üstünlüğü” olarak incelediğimiz bu ilke doktrinde çeşitli şekillerde ifade bulunmaktadır. Kullanılan ifadelerden belki de en önemlisi “parlamentonun egemenliği” (sovereignty of parliament) ve “parlamentonun üstünlüğü” (supremacy of parliament) ifadeleridir. Ancak her

ne kadar iki kavram birbirinin yerine kullanılıyor olsa da bu kavramların aynı anlamı ifade ettiği söylenemez.

İlk olarak egemenlik kavramının açıklanması elzemdir. İngilizce sovereignty'e karşılık olarak dilimizde kullanılan egemenlik veya hâkimiyet², literatürde bir siyasi organizasyon olan devlet içerisinde mevcut tüm siyasi ve hukuki yetkilerin kullanılmasını ifade eder³. Egemenlik kavramını ilk olarak "Devletin Altı Kitabı" adlı eserinde kullanan Bodin'e göre bu yetkilere sahip olan egemen mutlak, sınırsız, bölünmez, hukuk-üstü ve tek, yani kendisine eş başka bir güç olmayandır⁴. Duguit ise egemenlik yetkilerini benzer şekilde, bağımsız, bölünmez, devredilmez, zamanaşımına uğramaz emretme gücü ve tek olan irade olarak ifade eder⁵. Egemenlik kavramı bu bakımdan birçok yazar tarafından incelenmiş, klasik anlamda herhangi bir siyasi ya da hukuki sınırı olmayan mutlak emretme gücü olarak kabul edilmiştir⁶. Öte yandan egemenlik devletin yalnızca iç siyaset ve yönetimine ilişkin değildir. Ayrıca devletin milletlerarası ilişkilerde diğer tüm devletlerle eşit ve bağımsız olmasını, herhangi bir müdahaleye muhatap tutulmadan serbest hareket edebilmesini ifade eder⁷. Görüldüğü üzere devletin üç unsurundan birini oluşturan egemenlik, klasik anlamda, devletin siyasi yapısı içerisinde gerek iç gerekse dış ilişkilerdeki varlığı itibariyle tek ve mutlak güç olarak kabul edilmektedir.

2 Yusuf Şevki **Hakyemez**, Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 51.

3 Kelimenin Türkçe anlamı için bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T. 07.11.2021); <http://www.lugatim.com/s/egemenlik>, (E.T. 31.08.2020).

4 Jean **Bodin**, Six Books of the Commonwealth, http://www.yorku.ca/comminel/courses/3020pdf/six_books.pdf, (E.T. 01.09.2020); Berat Emrah **Beriş**, "Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 1, Y. 2008, s. 57.

5 Leon **Duguit**, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Suheyb Derbil, İstiklal Matbaacılık, Ankara 1954, s. 57-59.

6 Egemenlik kavramıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Carl **Schmitt**, Political Theology, Trans. George Schwab, The MIT Press, Massachusetts 1985, s. 5-15.

7 Ayrıca bkz. Alain de **Benoist**, "What is Sovereignty", Telos: Critical Theory of the Contemporary, S. 116, Y. 1999, s. 100 vd.

İngilizce “supremacy” veya dilimizdeki karşılığı “üstünlük”, kendisiyle mukayese edilenler karşısında yüksek seviyede olmayı, nitelik bakımından benzerlerine nispeten daha üst derecede bulunmayı ifade eder⁸. Dolayısıyla bir devlet organı olan parlamento bağlamında konuya bakıldığında parlamentonun egemen olması ile üstün olması arasında fark vardır. Nitekim parlamentonun egemen olduğunun kabul edilmesi halinde parlamento mutlak⁹, devredilmez ve kendiliğinden bir güce sahiptir. Oysa üstün olduğu kabul edilirse bu durumda parlamento, diğer siyasi aktörler ve devlet organları karşısında son sözü söyleme yetkisine sahip organdır. Ancak üstün olması, egemen olmasının aksine onun bazı hukuki veya ahlaki sınırlarının olabileceğini de ifade eder. Aynı zamanda diğer devlet organlarıyla karşılıklı yetki paylaşımına ve denetim ilişkisine girmesine olanak sağlar.

2. Kavramsal Tartışmalar

Çalışmanın bu kısmında, egemenlik ve üstünlük kavramlarının farklarına dayalı olarak Dicey’nin görüşlerine ve ona karşı yöneltilen eleştirilere işaret edeceğiz. Parlamentonun üstünlüğü ilkesi, ilk olarak, sistemli bir şekilde Dicey tarafından ele alınmıştır¹⁰. Dicey söz konusu Common Law ilkesini “parlamentonun egemenliği” olarak isimlendirmiş ve bu şekilde incelemiştir¹¹. Dicey’nin egemenlik kavramını kullanması basit bir tercih değildir. Zira ona göre parlamento egemen bir güçtür. Dicey bu bağlamda egemenlik kavramını ikiye ayırmıştır: Siyasi ve hukuki egemenlik. Hu-

8 “Üstünlük” kelimesinin anlamı için bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (E.T. 01.11.2021); <http://www.lugatim.com/s/üstün>, (E.T. 01.09.2020).

9 Herhangi bir sınırı olmayan, eksiği bulunmayan anlamındadır. Ayrıca bkz. <http://www.lugatim.com/s/mutlak>, (E.T. 01.09.2020).

10 Charles **Crozat**, “XIX. Asırdan Zamanımıza Değın İngiliz Amme Hukukunda Egemenlik Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 11, S. 1-2, Y. 1945, s. 64-65; Ergun **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, Y. 1968, s. 60.

11 Yazar “An Introduction to the Study of Law of the Constitution” isimli eserinde ilkeyi bu isimle sistematik olarak incelemiştir. Dicey’nin isimlendirmesine dair bkz. Albert Venn **Dicey**, An Introduction to the Study of Law of the Constitution, 10. Bs., The Macmillan Press, London 1979, s. 37.

kuki egemenlik, hukuk kurallarının konulması veya konulmaması hususunda, kural koyucunun herhangi bir sınırının olmamasını ifade eder. Diğer bir ifadeyle parlâmentonun kanun koyma yetkisi sınırsızdır¹².

Dicey'e göre diğer egemen(lik) ise siyasideir ve egemenliğin yaygın olan türü de budur. Egemen, siyasi olarak en üstün güçtür. İngiltere'de siyasi anlamıyla egemen, seçmenler, Taç ve lordlardır¹³. Çünkü İngiltere'de egemen iradenin tamamen demokratik yollarla oluştuğu söylene-
mez. Dolayısıyla Jennings'in de belirttiği gibi Dicey'nin ikinci egemeni, parlamento ve seçmenlerden meydana gelmektedir¹⁴.

Dicey egemenliğe ilişkin yaptığı ayrımında Austin'i de eleştirmektedir. Austin, İngiltere'de egemenliğin Taç, Lordlar ve Avam Kamarası'na veya seçmenlere ait olduğunu savunur¹⁵. Diğer bir ifadeyle Austin'e göre, egemen irade Parlamento (ve Parlâmentodaki Kraliçe) ile seçmenlerdir. Ancak Austin'in görüşlerinden İngiltere'de egemen iradenin kim ya da kimler olduğuna dair açık sonuçlar çıkarmanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir¹⁶. Dicey, Austin'in siyasi ve hukuki egemenliği birbirine karıştırdığını savunur¹⁷. Hatta Dicey'e göre, Austin'in kendisi de zaman zaman egemenliği hukuki anlamıyla kullanmıştır¹⁸.

Dicey her ne kadar parlâmentonun hukuki egemen olduğunu ileri sürmüş olsa da onun burada kastettiği anlam, parlâmentonun hukuki olarak herhangi bir sınırının olmamasıdır¹⁹. Ancak Dicey'nin egemenliğe yönelik bu ayrımı ve parlâmentoyu hukuki egemen olarak görmesi eleştirilmiş-

12 Bu hususta bkz. **Dicey**, s. 72-73; Alison L. **Young**, Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act, Hart Publishing, Portland 2009, s. 3.

13 **Dicey**, s. 73.

14 W. Ivor **Jennings**, The Law and the Constitution, 3. Bs., University of London Press, London 1948, s. 139. Çünkü parlamento seçmenlerin iradesiyle belirlenen temsilcilerden oluşur ve millet adına karar verir. Bu nedenle egemenlik yetkilerinin kullanılması büyük ölçüde parlamentoya ait hale gelmektedir.

15 **Dicey**, s. 70-71.

16 Bkz. **Crozat**, s. 31.

17 **Özbudun**, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 76.

18 **Dicey**, s. 72-73.

19 Crozat'a göre Dicey'nin teorisinin temeli parlâmentoyu sınırlandıran ahlaki veya hukuki nitelikte sınırların olmamasıdır. Bkz. **Crozat**, s. 73.

tir. Zira egemenlik bölünemez ve devredilemez olarak görülmektedir. Konuya ilişkin Jennings, egemenliğin -Bodin'in de belirttiği gibi²⁰- hukukla dahi sınırlandırılmayan ve aynı zamanda vatandaşlar üzerinde kontrolü sağlayan en üstün güç olduğunu hatırlatmaktadır. Egemenlik kavramı bu şekilde tanımlandığında, Jennings'e göre parlamentonun egemen olarak kabul edilmesi hatalıdır. Zira parlamento ona göre sınırsız değildir²¹. Aksine parlamento, Bodin'in belirttiği şekliyle sürekli olmadığı gibi, parlamentoyu oluşturan temsilciler tam olarak en üstün güce ve iradeye sahip değildir. Ona göre, Avam Kamarası'nın belirli aralıklarla yapılan seçimlerle oluştuğu düşünülünce, temsilciler tekrar seçilebilmek için seçmenlere rağmen hareket etmek istemez ve çoğu kez seçmenleri karşısına almaktan çekinir. Buna göre parlamento bir yönüyle seçmenlere karşı hesap vermek durumundadır²². Parlamentosunun seçmene hesap vermesi de onun siyasi olarak sınırları olduğunu gösterir. Ayrıca Jennings'e göre parlamento hukukla bağlıdır ve hukuka bağlı olarak varlığını sürdürmektedir²³. Dolayısıyla hukuki egemen olarak tanımlanan parlamento, tam anlamıyla bir egemen değildir. Ancak koyduğu kuralların mahkemeler tarafından her zaman uygulanma zorunluluğunun olması ve mahkemelerin veya herhangi bir devlet organının bu kanunları denetlemekten mahrum olması yönüyle, hukuki egemenlik, esasında mahkemeler ve parlamento arasındaki ilişki çerçevesinde değerlendirilebilecek bir husustur denilebilir²⁴.

20 Bodin, egemeni en üstün ve ortak kabul etmeyen bir güç olarak tanımlamasına rağmen egemenin bazı sınırları olduğunu da belirtir. Düşünürce göre egemenin bu sınırları üç grupta sayılabilir. Birincisi ilahi hukuk ile doğal hukuktur. Buna göre egemen adaleti ve ilahi kuralları ihlal edemez. İkincisi, özel mülkiyettir. Bodin burjuvazinin menfaatlerinin korunması için özel mülkiyetin korunması gerektiğini kabul eder. Üçüncüsü ise anlaşmalardır. Bu Bodin'in egemenlik teorisi bakımından bir çelişkiye düştüğü anlamına gelmez. Nitekim egemenin mutlak olması onun başka bir kural koyucu ya da irade tarafından sınırlandırılmaz olması anlamına gelir. Bkz. Mehmet **Akad**/Bih-terin **Vural Dinçkol**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 16. Bs., Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 102-104.

21 **Jennings**, The Law and the Constitution, s. 138-139.

22 **Jennings**, The Law and the Constitution, s. 138-139; **Özbudun**, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", s. 75-76.

23 **Jennings**, The Law and the Constitution, s. 141.

24 Bkz. **Jennings**, The Law and the Constitution, s. 139-140; **Crozat**, s. 80.

Bu tür eleştirileri yönelten yazarlar Dicey'nin aksine egemenlik kavramı yerine üstünlük kavramını tercih etmektedir²⁵. Örneğin Jennings bunlardan birisidir. Yazar, Dicey'nin yaklaşımını eleştirmesinin yanı sıra parlatentonun üstün olduğu gerçeğini de göz ardı etmeyerek bu ilkeyi parlatentonun üstünlüğü olarak ifade etmiştir²⁶.

Dicey'e yöneltilen eleştirilerin yanı sıra belirtmek gerekir ki Bodin'in tarif ettiği bir egemenin varlığından söz etmek ancak mutlak monarşinin ya da otoriter rejimlerin varlığı halinde söz konusu olabilir. Kanaatimizce İngiltere gibi kimi devletlerde, devlet yetkilerinin demokratik usullerle oluşturulan organlar ile demokratik olmayan usullerle oluşturulan diğer organlar arasında paylaştırıldığı düşünülduğünde, literatürde kabul edilen anlamıyla, "egemen" kavramını biz de yerinde bulmuyoruz. Nitekim yetkilerin bu denli paylaşılması, kuşkusuz en üstün, mutlak ve sürekli, tek bir gücün varlığı konusunda bizi şüpheye düşürmektedir. Özellikle İngiltere'de yazılı bir anayasa olmasa bile gelenekleri dolayısıyla halkın son sözü söyleme yetkisine sahip olduğu bilinmektedir. Bu bakımdan sınırlı iktidar prensibine bağlı olan İngiltere'de parlatentonun ancak diğer devlet organları karşısında üstün olduğunu söylemek daha uygun olur.

B. Parlatentonun Üstünlüğü İlkesi

1. Genel Olarak

Anayasacılık hareketleriyle birlikte siyasi iktidarın sınırlandırıldığı toplumlarda ve günümüzde birçok devlette anayasanın üstünlüğü ilkesi kabul edilmektedir. Anayasanın üstünlüğü ilkesi anayasanın tüm hukuk normlarından hiyerarşik olarak daha üstte olmasını, tüm kişi ve kurumların anayasa ile bağlı olmasını ifade eder. Bu da hemen her devletin anayasasının yazılı ve sert olmasıyla yakından ilişkilidir²⁷. Ancak henüz 13. yüzyılda dahi kralın mutlak otoritesinin sorgulandığı İngiltere'de durum oldukça farklıdır. Yazılı ve sert bir anayasa olmamasıyla da ilişkili olarak

25 **Özbudun**, "İngiltere'de Parlatento Egemenliği Teorisi", s. 78.

26 Jennings'in kavramı kullanımına dair ilgili başlıklar ve incelemeler için ayrıca bkz. **Jennings**, *The Law and the Constitution*, s. 135-136.

27 Ömer **Anayurt**, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 2. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 653 vd.

İngiltere’de anayasanın değil, bir devlet organı olan parlamentonun üstünlüğü söz konusudur²⁸.

Parlamentonun üstünlüğü ise basit bir ilke olmaktan öte İngiliz Anayasası’nın temel ilkeleri arasındadır²⁹. 13. yüzyıldan itibaren kralın mutlak otoritesini paylaşma iddiasında olan çeşitli dini veya sivil kurumlar olmuştur³⁰. Bu yetki paylaşımı 1688 İngiliz Büyük (Şanlı) Devrimi (The Glorious Revolution) ile önemli bir boyut kazanmış ve 1701 Veraset Kanunu’yla (Act of Settlement) parlamento en üstün hukuki güç olmuştur³¹. Örneğin 1689 Haklar Bildirgesi’ne göre, parlamentonun onayı olmadan barış zamanında asker ve vergi toplanması kanunsuz; parlamentonun izni olmadan Taç tarafından kanunların ilga edilmesi ya da değiştirilmesi geçersiz kabul edilmiştir³².

-
- 28 **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 59; Arthur Berriedale **Keith**, An Introduction to British Constitutional Law, The Clarendon Press, Oxford 1931, s. 124. Bilik’in de belirttiği gibi İngiliz anayasa geleneği bir gelişim seyri izlemiş, ortaya çıkan ilke ve geleneklerin yazılı hale getirilmesi mümkün olmamıştır. Bkz. Erol **Bilik**, “İngiltere’de 18 ve 19 uncu Yüzyıllarda Parlamento Hükümeti ve Anayasa Islahatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Y. 1951, s. 443. İngiliz tarihçi Williamson, İngilizlerin kendi anayasalarına dair anlayışlarının içgüdüsel bir eğilim olduğunu belirtir ve yazara göre İngilizler dahi bu kavramı açık bir şekilde asla izah etmeyi başaramazlar. Yazar, ilgili hususların yabancılar ve İngiliz hayranı Fransızlar tarafından da anlaşılmadığını belirtir. Hatta ona göre, Fransızların İngilizlerin düşünce ve düzenini yanlış anladığını, bu nedenle de 1789’da kötü sonuçlarla karşılaştıklarını yazar. Bkz. Ames A. **Williamson**, The Evolution of England, 2. Bs., The Clarendon Press, London 1943, s. 294.
- 29 Edward Wavell **Ridges**, Constitutional Law of England, 3. Bs., The Eastern Press, London 1922, s. 12; Edward Wavell **Ridges**, “İngiliz Anayasa Hukuku”, Çev. Mukbil H. Özyörük, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 3, Y. 1951, s. 195.
- 30 Aksi yönde bkz. **Bilik**, s. 440.
- 31 Benzer yönde bkz. Hüseyin Nail **Kubalı**, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Ers Matbaacılık, İstanbul 1965, s. 506; **Ridges**, Constitutional Law of England, s. 8-12. Ayrıca benzer yönde bkz. Türker **Ertaş**, “Parlamentoların Anası Westminster Parlamentosu: Tarihsel - Kurumsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci”, YÜHFD, C. XVII, Y. 2020/2, s. 467-468, 469.
- 32 Turan **Güneş**, Parlamento Rejiminin Bugünkü Manası, İstanbul Üniversitesi Yayınları (No. 661), İstanbul 1956, s. 33-34; **Ridges**, Constitutional Law of England, s. 8. Burada unutulmaması gereken şey, bu gelişmeler etrafında monarşinin gücünü tamamen kaybetmediğidir. Nitekim siyasi varlığını hala sürdürmeye devam etmiştir. Bu yönde bkz. **Bilik**, s. 443. Kral yürütme kuvvetine sahip olmayı sürdürmüştür. Bkz. **Ertaş**, “Parlamentoların Anası”, s. 466.

Ancak parlamentosunun üstün olduğuna dair ilk görüşün ortaya atılması ise daha eski bir tarihe dayanır. 1565 yılında Sir Thomas Smith, “Commonwealth of England” isimli eserinde bu görüşe açıkça yer vermiştir³³. Smith bu eserinde parlamentosu İngiltere’deki en yüksek ve mutlak güce sahip organ olarak tanımlamıştır. Onun ifadesiyle parlamento, kanunları yapar, değiştirir; dinler, veraset veya özel kişiler üzerinde sonuç doğuran kurullar koyabilir³⁴. Bununla birlikte ilkeye ilişkin kapsamlı açıklamayı yapan yine bu ilkenin teorik kurucusu olan Dicey’dir³⁵.

2. Parlamentosunun Üstünlüğünün İfade Ettiği Mana

Çalışmanın bu kısmında Dicey’nin ortaya koyduğu teori çerçevesinde parlamentosunun üstünlüğünün ne manaya geldiğini tespit etmeyi amaçlıyoruz. Dolayısıyla amacımız ilkenin ve parlamentosunun tarihsel gelişimi, iktidarın (hükümdarın) sınırlandırılması mücadelesi ve parlamentosunun üstün konuma gelene kadar geçirdiği evreleri incelemek değildir³⁶.

İngiltere’de parlamento, Taç (hükümdar), Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası’ndan müteşekkildir. Diğer bir ifadeyle, üç kutuplu bir yapıyı ifade eder³⁷. Dicey’e göre hukuki egemen de bu parlamentodur³⁸. İngiliz düşünür Austin de İngiltere’de egemenliğin ne tek başına Taç’da ne de tek

33 T. Smith, Commonwealth of England, Book 2, ch. 2, (Akt. Frederick Pollock, “Sovereignty in English Law”, Harvard Law Review, C. 8, S. 5, Y. 1894, s. 244); Özbudun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 60.

34 Smith, Commonwealth of England, Book 2, ch. 2, (Akt. Pollock, s. 244).

35 Özbudun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 60; Yine bu yönde bkz. Crozat, s. 64-65.

36 Parlamentosunun doğuşu ve gelişimine ilişkin kapsamlı açıklamalar için ayrıca bkz. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, 2. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 825-832.

37 Dicey, s. 39; Özbudun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 61; Vincenzo Miceli, Parlamento Hukuku ve Siyasi Etütlerinden Modern Parlamentolar, Çev. Atıf Akgüç, Ulus Basımevi, Ankara 1946, s. 15; Young, s. 2. Parlamento, Avam ve Lordlar Kamarası şeklinde ikiye ayrılınca, yasama yetkisi Kral ve bu iki Kamara’nın iş birliğiyle kullanılır hale gelmiştir. Bkz. Miceli, s. 15, 34.

38 Bkz. Dicey, s. 74. Miceli, egemenliğin ancak devlete ait olduğunu ve parlamentosunun ancak bir devlet organı olduğunu belirtir. Bu konuda bkz. Miceli, s. 17.

başına parlamentoda olduğunu belirtir. Ona göre, “egemenlik, parlamentoya birlikte çalışan Taç’dadır”³⁹. Benzer şekilde konuyu en iyi açıklayan meşhur deyim ise, “the queen/king in parliament (parlamentodaki kral/kraliçe)” deyimidir⁴⁰. Bu bakımdan parlamento, demokratik olsun ya da olmasın İngiliz geleneği içerisinde varlığını sürdüren temel kurumları barındırır. Dolayısıyla parlamentonun üstünlüğü bu üçlü yapıyla anlaşılabilir⁴¹. Zira parlamento denildiği zaman çoğunlukla Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası anlaşılır⁴². Ancak bu, İngiliz anayasal düzeni bakımından yanıltıcıdır. Common Law ilkelerini ve konu bakımından ise parlamentonun üstünlüğünü anlayabilmek için ilk olarak Kıta Avrupa’sına dair bildiğimiz birçok şeyi unutmamız gerekir. Nitekim İngiliz anayasa hukuku kendine mahsus niteliklere sahiptir⁴³.

Parlamentonun üstünlüğünden, en temel anlamıyla İngiliz anayasal düzeni içerisinde parlamento dışında hiçbir organın kanun yapamayacağı, parlamentonun kanununu değiştiremeyeceği, ilga edemeyeceği veya onun uygulanmasını ihmal edemeyeceği anlaşılır. Kanunlar, herkes için her koşulda bağlayıcıdır⁴⁴. Bununla birlikte İngiltere’de yerel meclisler de bulunmaktadır. Söz konusu meclislerin varlığı parlamentonun üstünlüğü ile

39 Bkz. Andrew **Heywood**, *Siyaset Teorisine Giriş*, 8. Bs., Küre Yayınları, İstanbul 2017, s. 114.

40 **Dicey**, s. 39; **Crozat**, s. 66; **Miceli**, s. 34. Keith, parlamentonun kanun koyma bağlamında egemen olduğunu belirtir. Keith’e göre her iki Kamara egemenliğe birlikte sahiptir, hatta 1911 Kanunu’yla birlikte yalnızca Avam Kamarası sahip hale gelmiştir. Ayrıca Taç, Kraliçe Anne’dan beri hiçbir kanunu onaylamaktan imtina etmemiştir. Dolayısıyla Taç’ın yasama faaliyetine dahil olması aktif bir katılımdan öte sembolik ve pasif niteliktedir. Değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Keith** (Arthur Berriedale), s. 121. Keith’in bu değerlendirmelerinin yanı sıra veto yetkisi kullanılmış olsa bile yukarıda yer verildiği üzere Taç, yasama faaliyetine katılabilir ve parlamentonun bir bileşenidir.

41 **Dicey**, s. 39; ayrıca benzer yönde bkz. **Miceli**, s. 15; **Young**, s. 3.

42 **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 61. Parlamento kavramı genel olarak iki Kamara’yı birden veya bazen de seçimle iş başına gelen parlamentonun tek bir kamarasını ifade etmek için kullanılır. Ayrıca bkz. **Miceli**, s. 15.

43 Bu yönde bkz. **Williamson**, s. 294. Williamson’un ifadesiyle içgüdüsel nitelikli bir anayasa söz konusudur. Zira yazara göre İngilizler dahi anayasalarını açıkça ifade edebilmekten yoksundur. Bkz. **Williamson**, s. 294.

44 **Dicey**, s. 39; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 61-62; **Ridges**, *Constitutional Law of England*, s. 12; **Crozat**, s. 66; **Ridges**, *İngiliz Anayasa Hukuku*, s. 197; **Miceli**, s. 16-17; **Jennings**, *The Law and the Constitution*, s. 135.

çelişiyor gibi görünse de yerel meclislerin yetkilerine ve onları ilgilendiren diğer konulara ilişkin olarak nihai karar merci, merkezi parlamentodur⁴⁵. Parlamentonun kanunları, bu tür yerel meclislerin iradeleri karşısında da üstün niteliktedir, yerel meclislerin yetkilerine ilişkin her türlü değişiklik yapılabileceği gibi söz konusu meclislerin varlığı da her zaman sonlandırılabilir. Nihayet, parlamento üniter bir devlet olarak görülen İngiltere'nin bütününde, tüm devlet organları ve kişiler karşısında en üstün hukuk koyma iradesine sahip olan organdır⁴⁶.

Parlamentonun üstünlüğünün pozitif ve negatif olmak üzere iki yönü vardır. Pozitif yönü, herhangi yeni bir kanunun veya mevcut kanunları ilga eden ya da değiştiren bir kanunun her türlü uyuşmazlıkta uygulanmasını ifade eder. Mahkemeler, bu kanunların uygulanmasından herhangi bir gerekçeyle imtina edemez ve kanunlara her zaman uymak zorundadır⁴⁷. Parlamentonun üstünlüğünün negatif yönüne göre ise kanunları, diğer bir ifadeyle parlamento iradesini değiştirecek veya bu kanuna aykırı hareket edebilecek başka hiçbir organ ya da kişi yoktur. Dolayısıyla kural olarak hiçbir makam kanunları değiştirme, ilga etme, iptal etme ya da uygulanmasını ihmal etme yetkisine sahip değildir⁴⁸.

İlk olarak parlamento üstünlüğünün pozitif anlamına bakacak olursak, anayasal tarih içerisinde parlamento bu anlamda üstünlüğünü gösteren birçok örnek niteliğinde kanuna rastlayabiliriz⁴⁹. Parlamento, yüzyıllar içerisinde çok önemli mücadelelerde bulunmuş, çeşitli aşamalardan ve bir gelişim sürecinden geçmiştir. Parlamentonun bu tür kanunları yapabilmesinin altında bu gelişim süreci yatar. Parlamentonun güçlenmesi şeklinde ilerleyen bu süreç Taç'ın ise aleyhine gelişmiştir⁵⁰. Bu bakımdan

45 Moyra **Grant**, *The UK Parliament*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2009, s. 25. Heywood, İngiltere Parlamentosu'nun sınırsız güce sahip olmasının nedeni olarak, devletin üniter bir yapıda bulunmasını ve neticede Parlamento'ya rakip başka bir yasa organının yokluğunu gösterir. Bkz. **Heywood**, s. 116.

46 Bkz. **Grant**, s. 25.

47 **Dicey**, s. 40; **Özbudun**, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 61-62; **Crozat**, s. 66; **Young**, s. 2.

48 Bu yönde bkz. **Dicey**, s. 40; **Özbudun**, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 61-62; **Crozat**, s. 66; **Young**, s. 2.

49 **Dicey**, s. 43; **Özbudun**, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 62.

50 **Dicey**, s. 43; **Miceli**, s. 15; konuya ilişkin ayrıca bkz. Türker **Ertas**, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*,

parlamentonun üstünlüğünü anlamamıza yardımcı olacak ilk örnek 1701 tarihli Veraset Kanunu (Act of Settlement)'dur⁵¹. Söz konusu Kanun, İngiliz Büyük Devrimi'ni (1688) takip eden yıllarda, Katolik olan bir kişinin tahta çıkmasını önlemek için tahtın intikalini düzenlemektedir⁵². Kanun parlamentonun, taht üzerinde sağladığı kontrol bakımından önemli bir örnektir. Zira irsî yollarla tahta çıkan hükümdarın yetkileri ve kimlerin bu yolla tahta çıkabileceği parlamentonun iradesiyle belirlenmiştir⁵³. Benzer şekilde parlamentonun, dini iktidar olarak değerlendirilebileceğimiz Kilise üzerinde de sağladığı otoriteye ilişkin olarak ruhban sınıfının eylemlerini kontrol altına alan Act of Submission of the Clergy⁵⁴ (1533) ve Kralı Kilise'nin lideri olarak düzenleyen Act of Supremacy⁵⁵ (1534) kanunları örnek gösterilebilir⁵⁶.

Öte yandan parlamento devletin toprakları üzerinde de üstün yetkilere sahiptir. Kendi koyduğu kurallar başta olmak üzere herhangi bir kuralla

1. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 205. Parlamentonun yetkisi, vergilere muvafakat verme ve dilekçe hakkına sahip olma şeklindeyken, zamanla bu yetki kanun koyma yetkisine dönüşmüştür. Bkz. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, s. 828-829, 832.

51 **Dicey**, s. 43; **Özbudun**, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", s. 62; **Crozat**, s. 68; **Ridges**, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 198. Act of Settlement hakkında ayrıca bkz. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, s. 832. 1689 Haklar Bildirgesi, parlamentonun en büyük zaferidir. Bu zafer 1701 Kanunu ile de pekiştirilmiştir. Benzer yönde **Miceli**, s. 30.

52 Bkz. **Ridges**, Constitutional Law of England, s. 12. 1688 Büyük Devrimi'nden sonra ilan edilen Haklar Bildirgesi'nin (Bill of Rights) beşinci maddesine göre Katolik kral ya da kraliçenin tahta çıkamayacağı düzenlenmiştir. 1701 tarihli Act of Settlement'a göre de tahta çıkacak kişinin protestan olması zorunlu hale getirilmiştir. Bkz. **Bilik**, s. 440-441; benzer yönde bkz. **Crozat**, s. 68. Act of Settlement hakkında ayrıca bkz. <https://www.royal.uk/act-settlement-0>, (E.T. 01.09.2020); **Bilik**, s. 440-442.

53 Bu hususta ayrıca bkz. **Crozat**, s. 68. 1689 Haklar Bildirgesi ve 1701 Act of Settlement, parlamentonun bugünkü gücüne kavuşmasını sağlamıştır. Ayrıca bkz. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, s. 832.

54 Act of Submission of the Clergy hakkında ayrıca bkz. <https://www.britannica.com/topic/Convocations-of-Canterbury-and-York#ref6983>, (E.T. 01.09.2020).

55 Act of Supremacy hakkında bkz. <https://www.britannica.com/topic/Act-of-Supremacy-England-1534>, (E.T. 01.09.2020).

56 **Özbudun**, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", s. 62; **Ridges**, Constitutional Law of England, s. 12; **Ridges**, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 198.

hukuken bağılı olmayan parlamento, 1800 tarihli İrlanda Birleşme Kanunları'na (Acts of Union) karşılık İrlanda parlamentosuna son vermiştir. Aynı zamanda devletin ülkesinden bir parça olan İrlanda'nın, Bağımsız İrlanda Devletinin Tanınması Kanunu (Irish Free State Agreement Act-1922) ile bağımsızlığını ve İngiltere'den ayrılmasını tanımıştır⁵⁷.

Bu kanunlarla parlâmentonun yalnızca ülke unsuru üzerinde geniş yetkilere sahip olduğu ve Taç ile dini iktidar karşısında üstün olduğu zannedilebilir. Ancak parlâmentonun üstünlüğü bunlarla sınırlı değildir. Parlamento demokratik meşruiyetin kaynağı olan seçmenler üzerinde de kontrol sahibidir. Bu iddiamız 1716 tarihli Yedi Yıl Kanunu'na (Septennial Act) ve 1940 tarihli Parlâmentonun Süresinin Uzatılması Kanunu'na dayanmaktadır. Zira Yedi Yıl Kanunu'yla parlamento, 1694 tarihli Kanunla üç yıl olarak belirlenen görev süresini yediye çıkarmıştır. Böylelikle parlâmentonun görev süresi dört yıl daha uzamıştır⁵⁸. Yine buna benzer şekilde 1935 tarihinde seçilen parlamento (Avam Kamarası bağlamında), 1911 tarihli Parliament Act ile beş yıl olan görev süresini, yani 1940 yılında görev süresi dolacak olmasına rağmen, Parlamento'nun Süresinin Uzatılması Kanunları (Prolongation of Parliament Acts) ile 1945 yılına kadar uzatmıştır⁵⁹.

Bir demokraside seçmenler oylarını belirli aralıklarla ve temsilcilerinin belli bir süre görevde kalacağını bilerek kullanır⁶⁰. Bu demokrasinin bir gereğidir⁶¹. Dolayısıyla parlâmentonun görev süresini uzatması, üstelik daha da ileri giderek yeniden bir seçime gitmeden mevcudiyetini koru-

⁵⁷ Dicey, s. 43; Özbudun, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 63.

⁵⁸ Dicey, s. 44-48; Özbudun, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 63; Jennings, The Law and the Constitution, s. 137; benzer yönde bkz. Crozat, s. 68; Ridges, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 198.

⁵⁹ Özbudun, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 63; Jennings, The Law and the Constitution, s. 137; Ridges, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 198. Parlamento, bu tarihlerde İkinci Dünya Savaşı'nın patlak vermesi nedeniyle görev süresini uzatmıştır. Dolayısıyla böyle bir kanunun kabul edilmesinde olağanüstü şartlar etkili olmuştur.

⁶⁰ Bkz. Dicey, s. 44-48; Özbudun, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 63.

⁶¹ Seçimlerin belirli aralıklarla yapılması ve iktidarın dilediği süre boyunca görevde kalamaması demokrasinin en önemli gereklerindedir. Ayrıca demokrasilerde muhalefette iktidara gelebilme umudunun korunması gerekir. Bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 160-161; ayrıca bkz. Ayhan Döner, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 89.

ması çok önemli bir gücü ifade eder. Avam Kamarası üyeleri, seçmenlerin, seçimlerden daha önce öngörülmüş olan süre boyunca temsilciliğini yapar. Bu sürenin bitiminde ise yeni bir seçimle yeni üyeler belirlenir. Ancak Parlamento bu kanunlarla halkın iradesi olmaksızın Avam Kamarası'nın görev süresini uzatmıştır⁶². Bu bakımdan ilgili kanunlar kesinlikle sıradan kanunlar değildir ve adeta parlamentonun üstünlüğünü gösteren eşsiz örneklerdir⁶³. Hatta Dicey mevcut parlamentonun, seçim olmaksızın görevde kaldığı süreyi uzatması hususunda, görev sürelerini dört yıldan daha fazla uzatabileceğini veya adeta süresiz olarak görevde kalabileceğini, ancak bunu yapmadığını ifade eder⁶⁴.

Bu hususta İngiliz hukukçular daha çarpıcı bir kurgusal örnek verirler. Buna göre parlamento diğer ülkelerde yaşayan ve üstelik İngiltere'yle herhangi bir bağı olmayan kişilere yönelik kanun çıkarabilir. Ayrıca kanun yabancılara bazı sorumluluklar da yükleyebilir⁶⁵. Elbette bu kanunların diğer devletlerin mahkemelerinde uygulanması söz konusu değildir. Ancak kanuna muhatap yabancılar İngiltere'ye geldiği zaman, oldukça sıra dışı görünen bu kanunları dahi İngiliz mahkemeleri uygulamak zorundadır. Örneğin parlamento Paris sokaklarında sigara içilmesini yasaklayarak buna ilişkin yaptırım öngörebilir⁶⁶.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkün olsa da son olarak parlamentonun hukuku dilediği gibi dizayn etmesinden söz etmek gerekir. Parlamento,

62 **Dicey**, s. 44-48; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, s. 63.

63 **Dicey**, s. 47; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, s. 63.

64 **Dicey**, s. 46-47.

65 **Ridges**, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 197; **Özbudun**, İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi, s. 64.

66 E. C. S. **Wade**/G. Golfrey **Phillips**, Constitutional Law, London 1955, s. 40, (Akt. **Özbudun**, İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi, s. 64-65); Jennings, The Law and the Constitution, s. 149.

geçmişte hukuka aykırı olarak yapılan işlemleri bugün hukuka uygun sayabilmekte⁶⁷ veya hukuka uygun olarak yapılan kimi işlemleri hukuka aykırı olarak niteleyip bu işlemleri cezaya muhatap kılabilenmektedir⁶⁸. Örneğin parlamento, Birinci Dünya Savaşı'nın devam ettiği yıllarda yürütme organının, savaşı başarıyla sona erdirebilmek amacıyla yaptığı kanuna aykırı bazı işlemleri, 1920 Indemnity Act ve 1925 War Charges Validity Act ile kanunileştirilmiştir, dolayısıyla bu kanunlardan önce yapılan yürütme işlemleri kanuna uygun hale getirilmiştir⁶⁹. Diğer bir ifadeyle kural olarak hukuki güvenlik ilkesi ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü kabul ediliyor olsa da bazı durumlarda kanunlar geri yürütülmüştür⁷⁰.

Dolayısıyla İngiliz Parlamentosu o kadar güçlüdür ki, bu De Lolme tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “*Parlamentonun, kadını erkek, erkeği ise kadın yapmak müstesna her şeyi yapabileceği, İngiliz hukukçularının temel bir prensibidir*”⁷¹.” Buna paralel olarak bizim burada ilave etmemiz gereken artık parlamentonun erkeğin kadın, kadının da erkek olmasını hukuki olarak tanıyor olmasıdır. Zira 2004 yılında kabul edilen Cinsiyet Tanıma Kanunu (Gender Recognition Act-2004) yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kişilerin cinsiyet değişikliğine izin vermektedir⁷².

Parlamento'nun üstünlüğünün negatif anlamına baktığımızda ise parlamentonun karşısında herhangi bir kanun koyucu gücün olmadığını ve olamayacağını görmekteyiz. Diğer bir ifadeyle ilke, parlamentonun kanun koyma yetkisine hiçbir makam ya da organın ortak olamayacağını ifade

67 **Wade/Phillips**, s. 40 (Akt. **Özbudun**, İngiltere’de Parlamentosunun Egemenliği Teorisi, s. 64).

68 **Jennings**, *The Law and the Constitution*, s. 137; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 63-64; **Crozat**, s. 68.

69 Bu örnek ve diğerleri için ayrıca bkz. **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 63-64; **Wade/Phillips**, s. 39-40 (Akt. **Özbudun**, İngiltere’de Parlamentosunun Egemenliği Teorisi, s. 64).

70 Kanunların geçmişte yürütülmesinin hukukun üstünlüğü bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Erdoğan **Keskin**, *Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 226-229.

71 **Dicey**, s. 43; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 62; **Crozat**, s. 68; **Jennings**, *The Law and the Constitution*, s. 149.

72 Bkz. Gender Recognition Act-2004, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>, (E.T. 01.09.2020).

eder. Dolayısıyla ne Taç, ne mahkemeler ne de seçmenler bir kanun yapamaz, parlamentonun kanununu değiştiremez, ilga edemez veya iptal edemez⁷³.

Önceleri krallar ferman ya da kararname isimli kanun niteliğini haiz düzenleyici işlemler yapabilmekteydiler. Hatta bu husus 1539 tarihli bir kanun tarafından da vazedilmiştir⁷⁴. Ancak 1610 tarihli Kararnameler Dâvası (Cases of Proclamations)'nda İngiliz hâkimler kral tarafından çıkarılan kararnamelerin kanun niteliğinde olmadığına, Common Law'da olmayan ya da kanuni dayanağı olmadan kralın kimseye bir sorumluluk ya da görev yükleyemeyeceğine yönelik karar vermişlerdir⁷⁵. Bu davada karar veren başta Coke ve diğer hâkimler, Taç'ın gücünü önemli oranda zayıflatmışlardır. Ancak kararın önemi Ridges'in belirttiğine göre, 1688 Devrimi'yle anlaşılmuştur⁷⁶. Buna paralel olarak, bugün dahi, 2019 tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme, parlamentodaki kraliçe tarafından, yani parlamento tarafından yürürlüğe konulan kanunun (that laws enacted by the Crown in Parliament) herkes tarafından uyulması gereken en üstün kurallar olduğu gerçeğini yinelemiştir⁷⁷.

Buna göre tıpkı kral gibi, mahkemeler, seçmenler ya da parlamentoyu oluşturan kamaralardan herhangi biri tek başına kanun koyamaz⁷⁸. Bilindiği gibi Common Law⁷⁹, geleneklerden ve büyük oranda mahkeme içtihatlarından oluşmaktadır. Buna rağmen, hiçbir mahkeme içtihadı, kanun

73 **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, s. 65.

74 **Dicey**, s. 50-54; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, s. 65; **Ridges**, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 195-196.

75 **Dicey**, s. 50-54; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, s. 65; **Ridges**, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 195-196.

76 Bkz. **Ridges**, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 196. Ancak Taç tarafından irat edilen düzenleyici işlemler, tek başına parlamentonun egemenliğiyle tezat oluşturmaz. Bkz. **Crozat**, s. 68.

77 R (Miller) v The Prime Minister-Cherry and others v Advocate General for Scotland, 24.09.2019, par. 41 vd.

78 **Dicey**, s. 54-61; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, s. 66-67; benzer yönde bkz. **Crozat**, s. 68.

79 Common Law’un, dar ve geniş olmak üzere iki anlamından söz edilebilir. Dar anlamı, İngiliz tarihi içerisinde gelişen içtihatları ve gelenekleri ifade eder. Buna karşılık geniş anlamda Common Law ise İngiltere kaynaklı Common Law sisteminin genel adıdır.

hükümünde değildir ve kanunlara rağmen uygulanamaz. Bir kanun hükmü her zaman mahkeme içtihatlarını değiştirebilme kudretine sahiptir⁸⁰.

Örneğin, bir İngiliz kolonisi olan Amerika'nın İngiltere'ye karşı direnişe geçmesinin temelinde de kanunların her hâlükârda uygulanması gerekliliği ve bu kanunların uygulanmasının kimse tarafından ihmal edilemeyeceği gerçeği yatar⁸¹. Nitekim kanunlar kolonilere bazı ticari kısıtlamalar getirmesinin yanı sıra, oldukça yüksek vergiler de yüklemiştir⁸². Bu da tabii olarak anayasal hak ve ilkelerle kanuni ödevler arasında kimi çatışmalara yol açmıştır⁸³. Koloniler kanunların uygulanmamasını talep etmişler ve kendilerinin İngiliz Parlatentosu'nda temsil edilmediklerini, İngiliz Anayasası'na göre (teamüli anlamda) temsilsiz verginin olamayacağını ileri sürmüşlerdir⁸⁴. Ne var ki bu talep, üstün bir parlatento karşısında kabul edilmemiştir⁸⁵.

Sonuç olarak parlatentonun üstünlüğü, tıpkı diğer İngiliz anayasal ilke ve kurumları gibi hukukçu akademisyenler ile kurucu iktidar tarafından öngörölmüş ve rasyonel olarak tasarlanmış değildir. Aksine siyasi, tarihi, ekonomik, kültürel olmak üzere nice farklı etkenin bir sonucudur⁸⁶. Aynı zamanda yüzyıllar boyunca hâkimlerin içtihatlarıyla kimi tehlikelerden korunmuş, başkaca ilke veya menfaatler karşısında üstün kabul edilmiş ve bu sayede gelişmiştir⁸⁷.

Bu sistemi kabul eden devletler, İngiltere'yle birlikte ABD, Kanada, Avustralya, Malezya, Yeni Zelanda gibi devletlerdir. Bkz. Cem **Eroğul**, Çağdaş Devlet Düzenleri (İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya), 5. Bs., Kırılancık Yayınevi, Ankara 2006, s. 32-33.

80 **Dicey**, s. 60-61; **Özbudun**, "İngiltere'de Parlatento Egemenliği Teorisi", s. 67.

81 Bkz. **Bilik**, s. 444-445.

82 Bkz. Süha **Atatüre**, Amerika Birleşik Devletleri'nin Siyasi Yapısı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 71-77; Edward **Countryman**, The American Revolution, 5. Bs., Collins Publishers, New York 1988, s. 11; ayrıca bkz. **Keskin**, s. 91-94.

83 **Bilik**, s. 444-445.

84 Muvaffak **Akbay**, "Amerika Birleşik Devletleri'nin Anayasa Tarihi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 1950, s. 25-26; benzer hususta bkz. **Bilik**, s. 444-445.

85 Amerikan Devrimi ve anayasacılığı hakkında bkz. Keskin, s. 90-100.

86 Bkz. **Bilik**, s. 452-453.

87 Bkz. R (Miller) v The Prime Minister..., par. 41.

II. PARLAMENTONUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN SINIRLARI SORUNU

A. Genel Olarak

İngiliz Büyük Devrimi (1688) ile üstünlüğü pekiştirilen parlamentonun etrafı kuşatılmış haldedir. Siyasi partilerin demokrasi içerisinde vazgeçilmez bir unsur haline alması, İngiltere'nin AB'ye üyeliği, 1998 yılında çıkarılan İnsan Hakları Kanunu ve 2007 yılındaki Anayasa Reformu ve Yüksek Mahkeme'nin kurulması gibi gelişmeler bu kuşatmanın göstergelerindedir.

Çalışmanın bu kısmında söz konusu gelişmelerle parlamentonun üstünlüğü arasındaki ilişki incelenecektir. Bu bağlamda parlamentonun üstünlüğü ilkesini sistemli olarak ilk ele alan Dicey'nin teorisi üzerinde durulacaktır. Daha sonra genel olarak anayasal ilkeler bağlamında ve özel olarak da hukukun üstünlüğü ve insan hakları bağlamında konu açıklanacaktır.

B. Parlamentonun Sınırlarının Varlığı ile İlgili Tartışmalar

1. Dicey'nin Teorisinde Parlamentonun Sınırları

Dicey'nin teorisinde parlamentonun herhangi bir hukuki sınırı yoktur. Ancak parlamento, yetkilerini kullanırken kimi fiili sınırlarla karşı karşıyadır. Bu sınırlar hukuki olmamakla birlikte parlamentonun eylemleri üzerinde kimi kısıtlamalara neden olur. Dicey bunları iki kategoride ele alır. İlki haricî, ikincisi ise dâhilî sınırlardır⁸⁸.

İlk olarak “haricî sınır” (the external limit), parlamentonun iradesine yönetilenler tarafından itaat edilmemesini kapsar. Diğer bir ifadeyle, parlamentonun koyacağı bir kanuna halkın önemli bir kısmının itaat etmeyecek ve bu kanuna karşı direnişe geçecek olmasını ifade eder⁸⁹. Gerçekten de böyle bir ihtimalle karşılaşmayı hiçbir siyasi iktidar istemez. Çünkü Schmitt'in ifadesiyle, iktidarın elindeki asker, polis ve yaptırım gücü, onun kanunlarının meşruluğu için yeterli sebep oluşturmaz. Sırf bu aygıt-

⁸⁸ Bkz. **Dicey**, s. 76; **Ridges**, Constitutional Law of England, s. 23; ayrıca bkz. **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, s. 70-72.

⁸⁹ Bkz. **Dicey**, s. 76; ayrıca bkz. **Özbudun**, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, s. 70-72.

ların varlığı devletin veya iktidarın varlığını teminat altına almaya da yetmez⁹⁰. Dicey, itaat ve meşruiyet meselelerinin mutlak kural koyma yetkisine sahip olan hükümdarlar için de sınır teşkil ettiğini ifade eder. Onun koyduğu kuralları değiştirebilecek bir irade olmadığı ve herkesin onun iradesi karşısında boyun eğdiği halde dahi Dicey'e göre, hiçbir mutlak hükümdar kolay kolay keyfine göre kural koyamaz⁹¹. Parlamento da kanunlara itaat edilmesi ve demokratik meşruiyetini kaybetmemesi için sosyolojik gerçeklere uygun kurallar koymak zorundadır. Ancak bu zorunluluk hukuki değil, siyasi ve fiili niteliktedir. Bu bakımdan kendisinden çok korkulan despotik bir siyasi irade bile halkın kanunlara itaate hazır olması gerektiği gerçeğinden asla kaçamaz⁹².

Siyasi iradenin gücü ne kadar çok olursa olsun, ona itaat edilmemesi ve direnilmesi onun sonu demektir. Şimdiye kadar koyduğu kanunlara itaat edilmediği halde varlığını sürdürebilen bir siyasi güçten bahsetmek mümkün değildir⁹³. Parlatentonun kanunlarına itaat edilmemesi ve vergilerin ödenmemesi bu bağlamda, parlatentoyu sınırlar⁹⁴. Örneğin, Fransa'da Kelle Vergisi olarak bilinen vergilere karşı gelinerek, protestolar ve vergi ödememe kampanyaları yapılmıştır⁹⁵. Yine Amerikan Devrimi'nin başlaması da buna örnek gösterilebilir. Nitekim İngiltere, Amerikan kolonilerine ağır vergiler koymuş ve kimi ticari kısıtlamalar getirmiştir. Bunun üzerine koloniler "kanunların uygulanmamasını" talep etmişler ve kendilerinin İngiliz Parlatentosu'nda temsil edilmediklerini, oysa İn-

90 Bu hususta ayrıca bkz. Carl **Schmitt**, Kanunilik ve Meşruiyet, Çev. Ahmet Cemil Ozansü, 2. Bs., İthaki Yayınları, İstanbul 2018, s. 14.

91 Bkz. **Dicey**, s. 77; ayrıca bkz. **Özbudun**, "İngiltere'de Parlatento Egemenliği Teorisi", s. 70-72.

92 Bkz. **Dicey**, s. 77.

93 Ayrıca bkz. Ahmet **Taşkın**, "Baskıya Karşı Direnme Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 52, Y. 2004, s. 39.

94 Bkz. **Ridges**, Constitutional Law of England, s. 13-14.

95 Bkz. **Heywood**, s. 216.

giliz Anayasası'na göre temsilsiz verginin olamayacağını ileri sürmüşlerdir⁹⁶. Ne var ki bu talep parlamento tarafından kabul görmemiştir. Neticede Amerikan Devrimi başlamıştır⁹⁷.

Bununla birlikte fiili sınırları, direnişi ve itaatsizliği göze alan veya bunlara engel olabileceğini düşünen bir parlamento, tüm sosyolojik ve siyasi etkenlere rağmen dilediği kanunu koyabilir. Nitekim parlamentonun gücünü gösterebilmek adına yukarıda incelediğimiz kanun örnekleri sıradan kanunlar olmaktan uzak ve hatta özellikle parlamentonun süresinin uzatıldığı kanunlara bakıldığında, her ne kadar bu kanunların bir kısmı savaş gibi olağanüstü koşullarda kabul edilmiş olsa da oldukça dikkat çekici niteliktedir. Yukarıda verilen Amerikan Devrimi örneği açısından da parlamento, sürecin bir direnişe gittiğini gördüğü halde ve genel olarak koloni halklarının tepkisine rağmen iradesini geri çekmemiştir⁹⁸.

İkinci olarak dâhilî sınır (the internal limit), Dicey'e göre, parlamentonun tabiatından kaynaklanır. Üstün siyasi iradenin içerisinde bulunduğu dini, ahlaki, geleneksel ve buna benzer tüm hususlar onun alacağı kararları, koyacağı kuralları şekillendirir⁹⁹. Parlamento böylece, içerisinde bulunduğu koşullara karşıt bir kanun yapmaktan kendiliğinden sakınır. Dicey bu konuda şöyle bir örnek verir: Osmanlı sultanları dilediği gibi kural koyma gücüne sahip olsa da onlar asla İslam'ı yasaklamayı düşünemezler. Çünkü onların sahip olduğu kanun koyma gücü karşısında kendi inançları vardır¹⁰⁰. İktidarların kendi inançlarına, geleneklerine ve içerisinde yaşadığı toplum tarafından şekillendirilen kodlara karşı hareket etmesi kolay değildir.

Sonuç olarak gerek haricî gerek dâhilî sınırlara riayet etmek hukuken bir sınır getirmez. Söz konusu sınırlara rağmen parlamento, dilediği kanunu koyabilir. Dolayısıyla bu sınırlar parlamento karşısında gerçek bir

96 **Akbay**, Amerika Birleşik Devletleri'nin Anayasa Tarihi, s. 25-26; benzer hususta bkz. Bilik, s. 444-445.

97 Bkz. Direniş altında yatan temel sebepler için bkz. **Keskin**, s. 90-94; ayrıca Amerikan Devrimi ve anayasacılığı hakkında bkz. **Keskin**, s. 90-100.

98 Değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Dicey**, s. 80-81.

99 **Dicey**, s. 80; **Ridges**, Constitutional Law of England, s. 14; ayrıca bkz. **Özbudun**, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 72.

100 Bkz. **Dicey**, s. 80; ayrıca bkz. **Özbudun**, "İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi", s. 72.

yasak alan oluşturamaz. Parlamentosunun sınırsızlığı ve rakipsizliği bağlamında ise Ridges, parlamentosunun üstünlüğünü, “kuruculuk” olarak da ifade eder. Dolayısıyla İngiliz parlamentosu aynı zamanda ona göre “kurucu iktidardır”¹⁰¹. Kanunlar da normlar hiyerarşisinin en üstündedir¹⁰². Kanunlardan daha üst basamakta bulunan bir kuraldan; aynı şekilde parlamentosu sınırlı hale getiren bir kural ya da ilkedен söz etmek zordur. Parlamento, hukuki bir sınırla karşılaşmaksızın serbestçe kural koyabilir.

2. Anayasal İlkelerin Parlamentosunun Üstünlüğüne Sınır Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu

a. Genel Olarak Parlamentosunun Anayasal İlkelerle İlişkisi

Parlamentosunun sınırlarının varlığı tartışması içerisinde değinilmesi gereken diğer husus, anayasal ilkelerdir. İlk olarak, Haklar Bildirgesi’nde (Bill of Rights), parlamentosunun yetkilerine bir sınır getirilmemiştir. Bu Bildirge, Taç’ın sınırlandırılması ve parlamentosunun güçlendirilmesi esasına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle anayasal düzen, kralın sınırlılığı ve parlamentosunun sınırsızlığı üzerine bina edilmiştir¹⁰³. Elbette parlamentosunun sınırsızlığı, kral karşısında yeni bir mutlak otorite oluşturmak anlamına gelmez¹⁰⁴. Ancak bu amaçlanmasa da parlamentosu sınırlayan yazılı bir anayasa yapılmadığı gibi ne Haklar Bildirgesi ne de başka herhangi bir anayasal belge veya teamül parlamentosu sınır öngörmemiştir¹⁰⁵.

Yazılı veya yazısız herhangi bir kural parlamentosu sınır getirmediğinden parlamentosunun kanunları da denetlenemez. Dolayısıyla parlamentosunun yaptığı kanun, bir anayasal ilkeyi ortadan kaldırıyorsa dahi, bunu

¹⁰¹ **Ridges**, Constitutional Law of England, s. 14.

¹⁰² **Ertaş**, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, s. 377; Yahya Berkol **Gülgeç**, Normlar Hiyerarşisi, On İki Levha, 2. Bs., İstanbul 2018, s. 404.

¹⁰³ K. C. **Wheare**, Modern Anayasalar, Çev. Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, İstanbul 1984, s. 13.

¹⁰⁴ Burada amaçlanan, bir hükümdar karşısında bütün olarak parlamentosunun hak ve hürriyetleri korumasını sağlamaktır. Bkz. **Wheare**, s. 13.

¹⁰⁵ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Wheare**, s. 13-17; **Ridges**, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 196-197. Dolayısıyla 17. yüzyılda parlamento mali konulardaki yetki ve vasıflarına ilave olarak tam manasıyla kanun koyucu olmayı da başarmıştır. Bkz. **Ridges**, İngiliz Anayasa Hukuku, s. 196-197.

denetleyecek ve tespit edecek bir organ olmadığından, parlamentonun dilediğini yapmasında da hem konu bakımından hem de şekil bakımından hukuki bir sınır mevcut değildir¹⁰⁶. Ancak mahkemeler gerek hakların gerekse diğer ilkelerin ihlal edilmesi halinde resmi bir “ihlal tespiti açıklaması” yapabilir¹⁰⁷.

Anayasal hak ve ilkeler, hem doğrudan (açık hükümlerle) hem de dolaylı (zımnen) bir şekilde, sonradan çıkarılan kanunlarla çatışabilir. Eğer çatışma ilkeyi değiştiren veya ortadan kaldıran açık bir kanun hükmünden kaynaklanıyorsa artık kanun hükmü üstündür. Bununla birlikte çatışma kapalı bir kanun hükmünden kaynaklanıyorsa, yani ilkeleri ihlal eden kanunlar muğlaksak, bu durumda yargı organları, ilkeler arasında “anayasal - anayasal olmayan” ayrımı yapar. Kanunun ihlal ettiği ilke anayasal nitelikte ise, o zaman kanunu ilkeye uygun olarak yorumlar¹⁰⁸.

Kimi yazarlara göre de AİHS veya İnsan Hakları Kanunu olmasa bile Common Law bazı anayasal hakları korumaya devam eder. Her ne kadar

¹⁰⁶ Bkz. Mehmet **Turhan**, “Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, C. 46, S. 1, Y. 1991. s. 454. Taç’ın koyduğu kurallar, mahkeme kararları ya da diğer organların işlemleri, parlamentonun üstün olmasıyla çelişmez. Nitekim parlamentonun yasama organı olarak bir benzeri yoktur. Bkz. **Crozat**, s. 68. Ayrıca, kanaatimizce, parlamento kanun yapım yöntemine ilişkin kuralları kendisi koyduğundan ve bunları her zaman değiştirebildiğinden, buna ilişkin kurallar bir sınır meydana getiremez. Kaldı ki kanunların denetimini yapabilecek bir organ olmadığından nihai söz parlamentoya aittir. Yine Taç, yasama faaliyetlerine katıldığı noktada parlamento’nun üç temel bileşeninden birisidir. Bu nedenle aktif olarak kullanılıyor olsa dahi Taç’ın veto yetkisi yasama faaliyeti kapsamında parlamentonun kendi iç meselesi olması yönüyle ve parlamento içerisinde Taç’ın konumuyla açıklanabilir.

¹⁰⁷ Bkz. Bkz. David **Jenkins**, “Common Law Declarations of Unconstitutionality”, I•CON, V. 7, No. 2, s. 195.

¹⁰⁸ Bkz. **Jenkins**, s. 188-189. Bunu şu şekilde de ifade edebiliriz; Common Law geleneği birçok anayasal hak ve ilke içermektedir. Parlamento’nun üstünlüğü, bu ilke ve haklara aykırı olabilir. Bu durumun mahkemeler önünde görülmekte olan bir dava esnasında tespit edilmesi halinde parlamento’nun üstünlüğünün diğer ilkeler karşısında tercih edilmesi gerekir. Bununla birlikte mahkemelerin ilk olarak bu aykırılığı tespit etmesi ve daha sonra eğer parlamento’nun iradesi açık değilse, kanunu Common Law ilkelere uygun olarak yorumlaması gerekir. Ancak bu aykırılık eğer açık bir ifadeyle ortaya konulmuşsa mahkemelerin bu durumda parlamento’nun iradesini üstün tutmaktan başka bir seçeneği yoktur. Bkz. **Jenkins**, s. 187-188.

parlamento hukuki olarak sınırlandırılmamış olsa da parlamentosunun bu ilkeler kapsamında anayasal yükümlülükleri olduğu hatırlatılır¹⁰⁹. Söz konusu yükümlülükler aykırılıklar ise parlamentosunun yaptığı kanunların hukuken geçersiz olduğu anlamına gelmez. Yalnızca mutlak hükümdar karşısında direnen halkın, mutlakiyete evrilen parlamentoya karşı direnme hakkının doğduğundan söz edilebilir. Ne var ki parlamentosunun açık iradesinin her zaman anayasal hak ve ilkeleri ihlal edebileceği göz ardı edilmemelidir¹¹⁰.

İngiliz hukuk tarihinde anayasal ilkelerin parlamento karşısında hiyerarşik olarak daha üstün olduğunu savunanlar da olmuştur. Örneğin 1610 yılında Dr. Bonham Davası'nda, Sir Edward Coke, Common Law'un parlamentosunun iradesinden üstün olduğunu ve kanunların Common Law'u ihlal etmesi halinde geçersiz olacağını belirtmiştir. Ona göre, böyle bir durumda parlamento iradesi geçersiz hale gelir. Bu konuda Gözler, eğer mahkemeler söz konusu yönde karar vermiş olsalardı, kanunların yargısal denetiminin ilk olarak İngiltere'de başlamış olacağını dile getirmiştir¹¹¹. Ancak bu içtihat takip edilmemiş ve anayasal ilkelerin parlamento karşısında bir sınır oluşturması düşüncesi kabul görmemiştir.

Parlamentosunun anayasal hak ve ilkeler karşısındaki üstünlüğü, Kıta Avrupası'nda yasama organlarının genelliğine de benzetilebilir. İlk olarak yasamanın genelliği, yasama organının hukuken her konuda kural koyma yetkisi olduğunu ifade eder. Ancak yasama organı anayasaya aykırı bir düzenleme yapmamalıdır¹¹². Diğer bir ifadeyle yasama organı anayasaya aykırı olmamak üzere istediği konuyu düzenleyebilir. Burada dikkat çeken husus ise parlamentosunun üstünlüğü ilkesi gereğince yasama organı dilettiği konuda düzenleme yapabilir ve hukuki olarak anayasal ilke ve haklar sınır teşkil etmezken; yasamanın genelliği, yasama organının anayasal kurallarla sınırlı olmasıyla uyumludur. Bu farklılık İngiliz Anayasasının yumuşak ve geleneksel ağırlıklı olmasıyla ilgilidir. Zira ne anayasal ilkelerin değiştirilemeyeceğine ne de yapılacak değişikliğe yönelik bir usul şartına

109 Bkz. **Jenkins**, s. 189.

110 Bkz. **Jenkins**, s. 189.

111 Bkz. Kemal **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, 2. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 701.

112 **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, s. 898; Ergun **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, 15. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 213.

yer verilmiştir. Dolayısıyla İngiltere’de demokrasi, insan hakları, insan onuru gibi evrensel kabul olarak edilen ilkelerle birlikte, İngiliz anayasal düzenine ait Taç’ın ayrıcalıkları, hükümetin yetki ve sorumlulukları gibi ilke ve gelenekler parlamento karşısında bir sınır meydana getirmez.

b. Parlamentosunun Üstünlüğü ile Hukukun Üstünlüğü İlişkisi

Parlamentosunun üstünlüğü ilkesiyle birlikte, hukukun üstünlüğü ilkesi de İngiliz anayasa hukuku için esas teşkil eder¹¹³. Parlamentosunun üstünlüğü ilkesinin parlamentoya sınırsız veya oldukça geniş bir yetki alanı sağlamasına karşılık, hukukun üstünlüğünün siyasi iktidarın hukukla sınırlandırılmasını amaçlaması bakımından ise iki ilkenin çatıştığı düşünülebilir¹¹⁴. Ancak Dicey parlamentosunun üstünlüğünün, hukukun üstünlüğü ile uyumlu olduğunu ve onu desteklediğini ifade eder¹¹⁵.

Zira yazara göre parlamentosunun üstün (egemen) olması diğer kişi ya da organların egemen olmasından farklıdır. Örneğin mutlak bir hükümdarın egemenliği ile parlamentosunun üstünlüğü aynı değildir. Bu farklılığı yazar, iki ana nedene dayandırır¹¹⁶. İlk olarak, üstün olan parlamento üç kutuplu bir yapıdan oluşmaktadır. Dolayısıyla parlamentosunun iradesi, Taç, Lordlar ve Avam Kamarası’nın birlikteliği ile ortaya çıkar. Bu irade ancak kanun şeklinde tezahür eder ve onun üstün iradesi de bu kanundur¹¹⁷. Dicey’nin ifadesiyle parlamentosunun iradesini yalnızca kanunlarla açıklayabilmesi, mahkemelerin yetkilerinin geniş olması anlamına gelir. Çünkü bir kanun yürürlüğe girdiği zaman artık kanunun, anlaşılması ve uyuşmazlığın çözülmesi bakımından uygulanması mahkemelerin yetkisindedir¹¹⁸. Kanunun uygulanması esnasında ise parlamento kanunun anlamına

113 Bkz. Lord **Bingham**, “The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament?”, King’s Law Journal, C. 29, S. 2, Y. 2008, s. 223.

114 Bkz. **Dicey**, s. 406.

115 Bkz. **Dicey**, s. 406.

116 Bkz. **Dicey**, s. 406.

117 Bkz. **Dicey**, s. 407-408; **Crozat**, s. 70-71.

118 Bkz. **Dicey**, s. 407-408.

ve yorumlanmasına ilişkin anlık bir müdahalede bulunamaz, mahkemelere emir ve talimat veremez¹¹⁹. Tatham da benzer şekilde, mevzuatın etkililiğini kanunların doğru uygulanmasına bağlar. Kanunların işlevselliğini koruyabilmesi için de etkin ve yetkili mahkemelerin varlığı kaçınılmazdır ve parlamento bu mahkemeleri kaldıramaz¹²⁰. Bu yönüyle iki ilke uyumludur ve birlikte aslında anayasanın üstünlüğünü ifade eder¹²¹.

İkinci olarak, parlamento devrim zamanları haricinde yürütme organının yetki ve faaliyet alanına giren konularda düzenleme yapmamış, yürütmeye müdahale etmemiştir. Parlamento, bu bakımdan yürütme aygıtı içerisinde yer alan makam ya da kişilere doğrudan ve anlık emir veremez¹²². Parlatentonun denetlenemez bir organ olarak anlık emirler verememesi ile müdahale edememesi de yürütme organının ve yetkisinin yargısal denetimden kaçırılmasını önler. Zira yürütme organının tüm eylem ve işlemleri kanuna dayanmak zorundadır ve hukukilik denetimine tabidir. Bu da hukukun üstünlüğünün tesisi bakımından oldukça önemlidir¹²³. Dicey'e göre, kural koymakla kalmayıp yöneticilik vasfını taşıyan ve mutlak yetkilere sahip bir hükümdar ile parlatentonun üstünlüğü, yürütme yetkisinin denetimsiz olması çerçevesinde aynı değildir. Parlatentonun üstünlüğü, yalnızca kanun yapmaktan ibaret olduğu için bu farklılık da kaçınılmazdır. Dolayısıyla diğer egemenlik anlayışlarından farklı olarak parlatentonun üstünlüğü (egemenliği) ile hukukun üstünlüğü uyumludur¹²⁴.

Crozat da bu hususta Dicey'e katılmaktadır ve Dicey'nin belirttiği iki gerekçeyi de doğru bulur. Ona göre de parlatentonun üstünlüğü, hukukun üstünlüğüyle uyumludur. Hatta yazar, parlatentonun üstün olmasının, hukukun üstünlüğü ilkesinin tatbikini kolaylaştıracağını savunmuştur¹²⁵.

119 Hukukun üstünlüğü bireylerin hak ve hürriyetlerinin teminatı niteliğindedir. Bkz. Crozat, s. 70. Ayrıca bu ilke kişilerin değil, üstün olan hukukun yönetimini tesis etmeyi hedefler. Bkz. Carl Friedrich, Sınırlı Devlet, 2. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2014, s. 19; Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 13. Bs., Siyasal kitabevi, Ankara 2017, s. 26.

120 Tatham, s. 157-158.

121 Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Tatham, s. 157-158.

122 Bkz. Dicey, s. 408-410; Crozat, s. 70-71.

123 Dolayısıyla yürütme, keyfi ve denetimsiz bir organ değildir. Bkz. Crozat, s. 70.

124 Bkz. Dicey, s. 409-410.

125 Bkz. Crozat, s. 70-71.

Kanaatimizce Dicey'nin de belirttiği gibi İngiliz Parlamentosu'nun üstünlüğü, diğer egemenlere ve siyasi iktidarlara kıyasla hukukun üstünlüğüyle uyumlu bir gelişim seyri takip etmiştir. Buna rağmen parlamento, herhangi bir zamanda koyduğu bir kanunla yürütmeye ait yetkileri kullanabilir, yine bir kanunla mahkemelerin somut uyuşmazlıklar bakımından parlamentonun emirleriyle bağlı olmasını öngörebilir¹²⁶.

Benzer şekilde, kanunları kendi amaçları için araçsallaştırıp birey haklarını ihlal edebilir veya yukarıda açıklandığı üzere kanunları geçmişe yürütebilir. Dolayısıyla parlamento hukukun üstünlüğünün gereklerini bir kanunla ortadan kaldırılabılır. Parlamentonun bunu yapmasına engel olacak ne bir kural ne de bir organ vardır¹²⁷. Parlamento bu tür bir kanunu yaparken yalnızca fiili sınırlarla kuşatılmıştır. Dolayısıyla teorik olarak parlamento, hukukun üstünlüğünü ortadan kaldıracak hukuki güce sahiptir¹²⁸. Her ne kadar parlamentonun iradesini yalnızca kanunla açıkladığı ve bu nedenle kanunların yorumlanması ve uygulanması hususunda diğer devlet organlarının yetkili olduğu düşünülse de parlamento, kanunun nasıl yorumlanacağını ve uygulanacağını başka ya da aynı kanunla düzenleyebilir. Hatta mahkemelerin kararlarını kanunla da kaldırılabılır. İngiltere'de hukuk yazılı kurallardan ibaret olmasa da ve şimdiye kadar böylesine kötü bir senaryo hayata geçmese de teorik olarak parlamentonun sahip olduğu yetkilerin önünün bu denli açık olduğu söylenebilir. Bu konuda son olarak parlamentonun anayasal ilkelere uyma zorunluluğu da farklı bir sonuca yol açmaz. Zira anayasanın yumuşak olması da bu ilkelerin bir kanunla değiştirilebilir olduğunu ifade etmektedir.

126 Ayrıca bkz. **Turhan**, "Meclis Hükümeti", s. 454. Öte yandan yalnızca mahkeme kararlarıyla ortaya çıkmayan, yüzyıllar içinde gelişim ortaya koyan parlamentonun üstünlüğü, bugün dahi mahkemelerin kararlarıyla ortadan kaldırılamaz. Mahkemeler her ne kadar hukuku, parlamento karşısında üstün kılmak isteseler de bunu başarabilmeleri verecekleri kararla mümkün olmaz. Bkz. **Bingham**, s. 232.

127 Bkz. **Turhan**, "Meclis Hükümeti", s. 454. Heywood, yazılı olmayan İngiliz Anayasası'nın temel ilkesi olan parlamentonun üstünlüğü ilkesinin, hukukunun üstünlüğünü ihlal ettiğini belirtir. Bkz. **Heywood**, s. 188.

128 Bkz. **Turhan**, "Meclis Hükümeti", s. 454. Bu bakımdan İngiliz anayasa hukuku dengesiz bir konuma sahiptir. Zira bir parlamentonun söz konusu ilkeyi etkisiz hale getirmesi halinde, mahkemelerin yapabileceği bir şey yoktur. Ancak bu, mahkemeler ile parlamento arasında ciddi bir çatışmaya sebep olabilir. Benzer yönde bkz. **Bingham**, s. 233-234.

Her ne kadar uygulamada parlamento genellikle, hukukun üstünlüğüne sadık kalıyor olsa da, bu onun hukuki sınırlarının olduğu anlamına gelmez. Nitekim parlamentonun mahkemelere müdahale etmemesi veya konjonktürel olarak yorum alanına dahil olmaması hak ve hürriyetler için önemli güvence oluşturur¹²⁹. Ancak bu ve Dicey'nin belirttiği diğer sebepler dahi yeterli bir güvence oluşturmaz. Örneğin, sosyal koşulların ve ihtiyaçların değişmesi veya algının farklılaşması parlamento her an hukukun üstünlüğüyle korunan alanlara müdahaleye itebilir. Nitekim dünya genelinde sosyal hakların gelişmesi, parlamento birey hürriyetlerine müdahale etmeye sevk etmiştir¹³⁰.

Tarihin uzun evreleri boyunca mutlakiyete, keyfi kurallara, birey hak ve hürriyetlerine yönelik haksız müdahalelere direnen İngiliz toplumu karşısında bir parlamentonun hukuki sınırının olmadığı gerekçesiyle, kolaylıkla hukukun üstünlüğünü hiçe sayabileceğini söylemek oldukça yanıltıcı olur. Nitekim Dicey bu hususta yazılı ve katı bir anayasa ile hakların korunmasını pek güvenceli görmemişken, geleneğe bağlı İngiliz Anayasası'nı, hukukun üstünlüğü ve insan hakları bakımından daha güvenceli görmüştür¹³¹. Zira ona göre yazılı bir anayasa zaman içerisinde usulüne göre değiştirilebilir. İngiltere'de bu ilke bağlamında yapılacak bir değişim için ise bir usul yoktur. Ancak bu değişim, haklar nasıl ki bir kanlı mücadeleyle elde edilmişse, öyle yapılabilir¹³².

Parlamentonun kanunlarla/hukukla sınırlandırılmasına yönelik girişim parlamento tarafından da yapılabilir. Ancak, eğer ki bir parlamento, sonraki parlamentoların sınırlandırılması için kimi kanunlar yapsa veya belli konulara ilişkin yapılan kanunların daha sonra değiştirilemeyeceğini öngörse dahi ne yazık ki bu çaba beyhudedir¹³³. Kaldı ki önceki ve sonraki parlamentolar arasında bir hiyerarşi olmadığı gibi onların kanunları

129 Benzer yönde bkz. **Crozat**, s. 77; **Tatham**, s. 158. Ayrıca hukukun üstünlüğünün diğer gerekleri ve sağladığı güvenceler için bkz. **Keskin**, s. 204-253.

130 Benzer yönde bkz. **Crozat**, s. 77.

131 Dicey'nin hukukun üstünlüğüne yönelik açıklamaları ve ilkenin sağladığı güvencelere ilişkin bkz. **Dicey**, s. 183-202; **Keskin**, s. 180-190.

132 Bkz. **Dicey**, s. 201-202; aynı yönde bkz. **Anayurt**, s. 125-126.

133 Bkz. **Dicey**, s. 64-65. Bu yönde ortaya çıkan tüm girişimler, boş bir çabadan ibarettir. Çünkü sonraki parlamentolar açısından bu tür sınırlara riayet edilmesini gerektiren bir zorunluluk yoktur. Dolayısıyla sonraki parlamentoları sınırlamaya yönelik ortaya çıkan kanunlar parlamentoları bağlamaz. Benzer yönde bkz. **Heywood**, s. 116.

arasında da bir hiyerarşi yoktur. Bu nedenle önceki parlamento her ne kadar sonraki parlamentoyu sınırlamayı ve belirli ilke veya kurallara uymaya mecbur bırakmayı arzulasa da sonraki parlamentonun buna uymasını gerektirecek hukuki bir zorunluluk yoktur¹³⁴. Örneğin 1706 İskoçya Birlik Kanunu'nun ebediyen devam edeceği, asla ilga edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir¹³⁵. Ancak Kanun'un bir kısmı daha sonraki parlamentolar tarafından ilga edilmiştir¹³⁶.

Bu hususta bizim kanaatimiz teorik olarak parlamentonun üstünlüğü, mutlak monarşiye karşı direnişin sembolü olduğundan, parlamentonun yeni bir keyfi ve mutlak iktidara dönüşmeyeceğine duyulan güvenle açıklanabilir. Bu güven, parlamentonun hukuki bir sınırı olmasa bile anayasal geleneklere riayet edeceğine yöneliktir. Neticede parlamento üstün sayılmış ve ona hukuki bir sınır getirmekten imtina edilmiştir. Söz konusu güvenin varlığı ise kanaatimizce İngiliz kültürü ve geleneklere hala bağlı olunmasıyla anlaşılabilir.

c. İnsan Hakları Çerçevesinde Parlamentosunun Üstünlüğü İlkesinin Değerlendirilmesi

Parlamentosunun üstünlüğü için sınır teşkil edip etmediği tartışmalı olan diğer bir konu da insan haklarıdır. İngiliz anayasa hukuku bağlamında bu hususun 1998 İnsan Hakları Kanunu (Human Rights Act – “HRA/İHK”) çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir¹³⁷. Nitekim İngiltere’de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi onaylanmış olsa dahi iç hukukun Sözleşme’ye uyumlu hale getirilememesi nedeniyle mahkemelerce haklar yeterince korunamamıştır¹³⁸.

¹³⁴ Bkz. **Dicey**, s. 64-65.

¹³⁵ Bkz. **Jennings**, *The Law and the Constitution*, s. 146; **Dicey**, s. 65-66; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 69; **Bingham**, s. 231.

¹³⁶ Bkz. **Jennings**, *The Law and the Constitution*, s. 146; **Dicey**, s. 65-66; **Özbudun**, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, s. 69.

¹³⁷ Konu hakkında bkz. **Julie Debeljak**, “The Human Rights Act 1998 (UK): The Preservation of Parliamentary Supremacy in the Context of Rights Protection”, *Australian Journal of Human Rights*, C. 9, S. 1, s. 183.

¹³⁸ **Janet Hiebert**, “Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 4, S. 1, Y. 2006, s. 3.

İnsan Hakları Kanunu, AİHS'nin İngiliz iç hukukuna aktarılmasını sağlayan bir kanundur. Bu Kanun, Sözleşme kapsamında düzenlenen ve güvence altına alınan insan hak ve hürriyetlerini, doğrudan iç hukuka aktarmak amacıyla kabul edilmiş ve Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹³⁹. İnsan Hakları Kanunu'nun, parlamentonun üstünlüğünü ve demokratik hesap verilebilirliği zayıflattığı, buna karşılık mahkemelerin yetkilerini ise artırdığı iddia edilmiştir¹⁴⁰. Dolayısıyla İnsan Hakları Kanunu'nda, parlamentonun insan haklarına müdahale eden bir kanun çıkardığı zaman mahkemelere ne gibi yetkiler verildiğinin tespit edilmesi, bu iddianın doğruluğunu test etmemize yardımcı olacaktır.

İnsan Hakları Kanunu, insan haklarının korunması bakımından oldukça önemli bir kanundur. Kanunla İngiltere, milletlerarası bir hukuk metnini iç hukukuna dahil ederek insan hakları ihlallerini önlemeyi amaçlamıştır. Bu nedenle de mahkemelere bazı yetkiler tanınmıştır. Tartışmalara sebep olan düzenlemelerden bir tanesi, İHK'nın mahkemelere geniş bir yorum yapma ve bildirimde bulunma yetkisi vermesidir. Bu bağlamda mahkemeler, bir kanun hükmünü uygularken onun AİHS'ne aykırı olup olmadığını inceler ve ilgili haklarla (AİHS) çeliştiğini tespit etmesi durumunda kanunu insan haklarına (AİHS'ye) uygun olarak yorumlar¹⁴¹. Diğer bir ifadeyle kanunun anlamının muğlaklığı sebebiyle eğer ki kanun insan haklarını ihlal edecek bir anlama geliyorsa mahkeme bu anlamı değil, mümkünse hakların ihlalini oluşturmayacak bir başka anlamı tercih eder. Ancak bu her zaman mümkün değildir. Zira kanunun lafzı açıkça ve bu anlam hakların korunmasını sağlayacak şekilde anlaşılıyorsa bu durumda mahkemeler, parlamentoya “uyumsuzluk bildiriminde” (declarations of incompatibility) bulunur¹⁴².

139 **Debeljak**, s. 183.

140 Annette **Haddad**, “Protecting Parliamentary Sovereignty: A Justification for Repealing the Human Rights Act (1998)?”, Rene Cassin (Organisation), s. 1-2, <https://www.renecassin.org/wp-content/uploads/2015/02/20150218-Protecting.pdf>, (E.T. 13.09.2020).

141 **Debeljak**, s. 183-184. Bu husus, HRA, Section 3, (1)'de; parlamento kanunları ile diğer alt işlemlerin mümkün olduğu ölçüde Sözleşmeye uygun olarak anlaşılması ve uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Kanunun İngilizce tam metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, (E.T. 13.09.2020). Konu hakkında ayrıca bkz. **Ertas**, Kuvvetler Ayrılığı, s. 384-386.

142 **Debeljak**, s. 183-184; **Haddad**, s. 2; “A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act”, The National Council for Civil Liberties, London 2010, s. 52,

Gerek mahkemelerin haklara uygun yorum yapması gerek bu yorumun mümkün olmadığı hallerde uyumsuzluk bildiriminde bulunması, iddiaların aksine parlamentonun üstünlüğüyle çelişmez. İlk halde mahkemeler, kanunun muğlak ifadesi nedeniyle yalnızca ortaya çıkan anlamlar arasında bir tercih yapmaktadır. İkinci durumda ise mahkemeler kanunun lafzının açık olması nedeniyle parlamentonun iradesinin dışına çıkamazlar¹⁴³. Yani bir anlam çokluğu söz konusu olmadığında kanunun açık lafzını değiştiremezler. Bu halde, ancak parlamentoya uyumsuzluk bildiriminde bulunabilirler. Bu bildirim ne kanunun geçersizliği demektir ne de parlamentoya hukuki bir sorumluluk yükler. Diğer bir ifadeyle mahkeme bildirimini, kanunun geçerliliğini etkilemez¹⁴⁴. Parlamento bu bildirim çerçevesinde dilerse kanunu bildirim doğrultusunda veya başka bir şekilde değiştirebilir veya aksine kanunu değiştirmeyebilir¹⁴⁵.

Ghaidan v Godin-Mendoza davası konuya örnek verilebilir. Dava konusu olaya ilişkin olarak, konutun kiracısının ölmesi durumunda eğer kiracının eşi o evde yaşıyorsa o eşin kanuni halef olacağı 1977 Kira Kanunu'nda (Rent Act) düzenlenmiştir. Kanunun yorumlanması neticesinde ise eşlerin ancak karı-koca olarak yaşayan çiftleri kapsadığı benimsenmiştir. Bununla birlikte somut olayda çiftler karşı cinsten değildir. Söz konusu ilişki, homoseksüel bir ilişkidir¹⁴⁶. Dolayısıyla kanunun yalnızca farklı cinsiyetten eşler arasında geçerli olacağı yorumu, mahkeme nezdinde homoseksüel çiftlere karşı ayrımcılık ve onların haklarının ihlali olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁷. Bu durumda mahkemenin önünde İHK kapsamında

<https://www.refworld.org/pdfid/4ed640552.pdf>, (E.T. 13.09.2020). Uyumsuzluk Bildirimi İHK'da Section 4'de düzenlenmiştir. Konu hakkında ayrıca bkz. **Ertaş**, Kuvvetler Ayrılığı, s. 384-386.

- 143 Aslında mahkemeler ortaya çıkan muğlaklık nedeniyle olağan bir şekilde parlamentonun niyetini tespit etmeye ve bunu yaparken, yorumunu insan haklarına uygun hale getirmeye çalışır. Bu hususta bkz. "A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act", s. 52.
- 144 Benzer yönde bkz. **Debeljak**, s. 183-184; "A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act", s. 52. Dolayısıyla İHK'nın bu düzenlemesi kanunların geçerliliğini etkilemez. Bkz. HRA, Section 3, (2) (b); ayrıca bkz HRA, Section 4, (6).
- 145 Yani bu husus parlamentonun takdirine bırakılmıştır. Bkz. "A Parliamentarian's Guide to the Human Rights Act", s. 52; **Haddad**, s. 2.
- 146 Ghaidan v. Godin-Mendoza (FC), "Opinions Of The Lords Of Appeal For Judgment", Y. 2004, par. 1; Haddad, s. 3-4.
- 147 Ghaidan v. Godin-Mendoza (FC), par. 8-10; Haddad, s. 3-4.

iki seçenek vardır. Değişen şartlar itibariyle mahkemenin, ya kanunu ayırıcılık yasağını ihlal etmeyecek şekilde yorumlaması ya da kanunun Sözleşme’de düzenlenen hakları ihlal ettiği gerekçesiyle bildirimde bulunması gerekir. Mahkeme, kanunu Sözleşme’ye uygun yorumlama yolunu tercih ederek, eşler kapsamına homoseksüel çiftleri de dahil etmiştir¹⁴⁸. Böylece mahkeme, parlamentosunun iradesini haklara uygun olacak şekilde tespit etmiş ve bu durum kanunda herhangi bir değişiklik yapılmadan gerçekleşmiştir¹⁴⁹.

Bu çerçevede İHK insan haklarının korunması için mahkemelere kimi yetkiler vermiş olsa da, aslında bu yetkiler iddiaların aksine parlamentosunun üstünlüğünü olumsuz bir şekilde etkilemez¹⁵⁰. Zira İHK, mahkemelere kanunları iptal etme ya da ihmal etme yetkisi vermez. Verilen yetkiler parlamentosunun iradesi doğrultusunda yorum yapma ve Sözleşme’yle uyumsuzluğa dikkat çekme yetkisinden ibarettir. Mahkemelerin sahip olduğu bu yetkiler kanunları geçersiz kılmadığı gibi parlamentosunun da hukuki sorumluluğunu doğurmaz¹⁵¹. İHK, parlamentosunun üstünlüğüne sadık kalarak insan haklarının korunmasını ve geliştirilmesini hedefler¹⁵². Bu, insan haklarının korunması bağlamında parlamento ve mahkemelerin, parlamentosunun üstünlüğüne sadık kalınarak uyumlaştırılmasını ifade etmektedir¹⁵³. Sonuç olarak parlamentosunun insan haklarına açıkça aykırı bir kanun yapması halinde mahkemelerin kanunu uygulamaktan başka bir çaresi yoktur. Örneğin 2001 tarihli Terör Kanunu buna örnek gösterilebilir. Kanun, İHK’ya aykırı olarak kişi hürriyeti ve güvenliğine sınırlama getirmiş, terör şüphelilerinin yargılanmadan tutuklanmalarını öngörmüştür¹⁵⁴.

148 Dava hakkında bkz. **Haddad**, s. 4.

149 Mahkeme parlamentosunun niyetinin tespit edilmesini şu şekilde ifade etmiştir: “*In the ordinary course the interpretation of legislation involves seeking the intention reasonably to be attributed to Parliament in using the language in question.*”. Bkz. Ghaidan v Godin-Mendoza (FC), par. 30. Dolayısıyla mahkemenin yürüttüğü faaliyet, parlamentosunun iradesinin tespit edilmesini kapsar.

150 **Debeljak**, s. 183.

151 **Debeljak**, s. 184-185.

152 Bkz. **Debeljak**, s. 185; benzer yönde bkz. “A Parliamentarian’s Guide to the Human Rights Act”, s. 52.

153 “A Parliamentarian’s Guide to the Human Rights Act”, s. 52.

154 Bkz. **Heywood**, s. 214.

Bu durumda dahi yargı organlarının kanunu uygulamaktan başka seçeneği yoktur.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, parlamento bünyesinde yer alan “İnsan Hakları Ortak Komitesi” (Joint Committee on Human Rights)’dir. Bu Komite İHK’den farklı bir süreç içerisinde kurulmuştur¹⁵⁵. Komite, Parlamento bünyesinde Avam ve Lordlar Kamarası tarafından atanan altışar üyeden oluşan daimî komitedir. İlk kez 31 Ocak 2001 günü toplanmıştır¹⁵⁶.

Komite, kanunların insan haklarına uygun hale getirilmesi bağlamında kanun değişikliği yapma tavsiyesinde bulunabilir. Her ne kadar bir yargı organı gibi birey haklarının ihlaline ilişkin tazminata hükmedemese de kamu denetçisi veya insan hakları şikâyet komisyonları gibi faaliyet yürütür¹⁵⁷. Komite, gerek parlamentonun uyumsuzluk bildirimi üzerine kanunlarda yaptığı değişiklikleri gerek parlamentonun yeni kanunlarını AİHS başta olmak üzere İngiltere’nin tarafı olduğu sözleşmelere uygunluk bakımından inceler¹⁵⁸. Yaptığı incelemeler neticesinde parlamentoya tavsiyelerde bulunur. Bu bağlamda Komite, kanunların insan hakları açısından “yüksek riskli” ve “riskli” olup olmadığını veya risk olmasa bile insan haklarına yönelik endişeleri artırıp artırmadığını belirler¹⁵⁹. Ancak ne yürütme organı ne de parlamento bu tavsiyelere hukuken uymak zorunda değildir¹⁶⁰.

Örneğin, Terörle Mücadele Kanun Tasarısı (Counter Terrorism Bill)’nda hükümet, Komite’nin kişinin hakkında suçlamada bulunulmadan kırk iki gün gözaltında tutulmasına ilişkin hükme yönelik eleştiri ve

155 Anjali **Sakaria**/Stephanie **Aiyagari**, “The Parliamentary Committee as Promoter of Human Rights: The UK’s Joint Committee on Human Rights”, Commonwealth Human Rights Initiative, 2007, s. 4.

156 **Sakaria/Aiyagari**, s. 4; Micheal C. **Tolley**, “Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights”, Australian Journal of Political Science, C. 44, S. 1, Y. 2009, s. 42.

157 **Sakaria/Aiyagari**, s. 4-5.

158 **Sakaria/Aiyagari**, s. 6; Tolley, s. 44

159 **Sakaria/Aiyagari**, s. 5-8

160 Tavsiyelere ve bu tavsiyelere uyulmamasına veya tavsiyelerin revizyonla kabul edilmesine ilişkin tabloya bkz. **Sakaria/Aiyagari**, s. 5.

raporlarına rağmen, tasarıyı değiştirmeden kabul etmiştir¹⁶¹. Dolayısıyla Komite'nin incelemeleri ve tavsiyeleri, kanunların insan haklarına uygunluğu bakımından bir hukuki denetim/yargılama anlamına gelmediği gibi, bu organ bir anayasa mahkemesi niteliğinde de görülemez. Komite her ne kadar kanunları insan haklarına aykırı görse de bu bağlamda, parlamantonun iradesinin kanunlaşmasına engel olacak bir güce sahip değildir¹⁶². Ancak, kanun koyma iradesine sahip parlamentoya tavsiye verme, bir tür uzmanlık görüşü bildirme işlevi görür¹⁶³.

Öte yandan Komite, insan haklarının korunması bağlamında önemli bir denetim mekanizması olma işlevine de sahiptir. Zira, her iki Kamara'nın atadığı üyelerden oluştuğundan, bu üyelerin tamamı hükümet partisinin üyesi değildir. Bu durum Komite'yi hükümetten bağımsız hale getirmektedir¹⁶⁴. Bu bağımsızlık onun objektif hareket edebilmesi için oldukça önemlidir. Ayrıca Komite dönemsel olarak yayımladığı raporlarıyla da hükümet üzerinde denetim sağlayabilmekte ve kamuoyu oluşturma imkânına sahip olmaktadır¹⁶⁵.

III. AB ÜYELİĞİ VE BREXIT'IN PARLAMENTONUN ÜSTÜNLÜĞÜNE ETKİSİ

A. Genel Olarak AB'ye Üyelik ve Parlamantonun Üstünlüğü

İngiltere 1972 tarihli Avrupa Topluluğu Kanunu (European Communities Act) ile Avrupa Topluluğu'na girmiştir¹⁶⁶. İngiltere'nin üyeliği, dönem içerisinde bazı tartışmalara yol açmıştır¹⁶⁷. Zira İngiliz hukukunda

161 Bkz. **Tolley**, s. 53.

162 Bkz. **Tolley**, s. 53.

163 Benzer yönde bkz. **Tolley**, s. 53.

164 Bkz. **Hiebert**, s. 16.

165 Komitenin raporları için bkz. <https://committees.parliament.uk/committee/93/human-rights-joint-committee/publications/reports/>, (E.T. 13.09.2020).

166 N. W. **Barber**, "The Afterlife of Parliamentary Sovereignty", I-CON, C. 9, S. 1, Y. 2011, s. 149; Ian **Loveland**, "Parliamentary Sovereignty and the European Community: The Unfinished Revolution?", Parliamentary Affairs, C. 49, S. 4, Y. 1996, s. 522- 523.

167 **Barber**, s. 149. İngiltere'nin dış egemenliğinin sınırlandırıldığı görüşleri ile parlamontoyu sınırlandıran başkaca unsurların varlığı ileri sürülmüştür. Bkz. **Grant**, s. 28.

önceki kanunla sonraki kanun çatışırsa önceki kanunun zımnen ilga edildiği kabul edilir ve sonraki kanun uygulanır¹⁶⁸. Bu durumda parlamentonun 1972 Kanunu'yla çatışacak başka kanun yapması halinde de mahkemelerin sonraki kanunları uygulaması gerekir. Ancak 1972 Kanunu, Avrupa Topluluğu hukukunu iç hukuka, dolayısıyla Avrupa Topluluğu Parlamentosu'nu İngiliz Parlamentosu'na üstün kılmıştır. Nitekim Kanun'un 2 (4) bölümünde *"kanunların, bu bölümün üstte yer alan hükümlerine uygun olarak yorumlanacağı ve yürürlüğe gireceği"* düzenlenmiştir¹⁶⁹. Kanun'un 2 (1) bölümünde de, yani üstte yer alan hükümlerinde, mahkemelerin üyelikten kaynaklı hak, yetki ve sorumluluğun sonuçlarını etkili bir şekilde uygulaması düzenlenmiştir¹⁷⁰. Dolayısıyla 1972 Kanunu'nun hükümleri, Avrupa Topluluğu hukukunu iç hukuka dahil etmektedir¹⁷¹. Bu gelişmeler ise aslında parlamentonun üstünlüğü ile uyumlu değildir¹⁷². Topluluk'un yargı organı da bu yönde kararlar vermiş; Avrupa Topluluğu hukukunun üye devletlerin iç hukukundan üstün olduğunu, yargılama yetkisini kullanırken temel bir ilke olarak kabul etmiştir¹⁷³.

Bu bağlamda 1991 tarihi, İngiliz hukuku bakımından kimi yazarlara göre bir dönüm noktasıdır¹⁷⁴. Örneğin, 1988 tarihli Ticari Deniz Taşımacılığı Kanunu (Merchant Shipping Act)'nin İngiltere'de denizlerde ticari faaliyet yürüten şirketlere ve gemicilere yönelik İngiliz vatandaşları lehine öngördüğü kotanın, Avrupa Topluluğu hukukunda öngörülen milliyet esasına dayalı ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilmiştir¹⁷⁵. Yerel mahkemelerin parlamentonun üstünlüğü gereğince hiçbir kanunu değiştirme

¹⁶⁸ Barber, s. 149.

¹⁶⁹ Barber, s. 149; Hilaire Barnett, Constitutional and Administrative Law, 4. Bs., Cavendish Publishing Limited, London/Sydney 2002, s. 217; ayrıca bkz. Loveland, s. 523.

¹⁷⁰ Barnett, s. 217. İlgili maddede Topluluk hukukunda yer alan hukuk kurallarının iç hukukta kanuni etkiye sahip olacağı ve bu kurallara riayet edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁷¹ Barnett 217; Loveland, s. 523.

¹⁷² Bzk. Barber, s. 149; Loveland, s. 523.

¹⁷³ Barnett, s. 217.

¹⁷⁴ Bzk. Barber, s. 152.

¹⁷⁵ Barber, s. 149-150. Diğer ifadeyle Kanun'un eşya ve şahısların serbest dolaşımı hakkını ihlal ettiği belirtilmiştir. Bzk. Heywood, s. 116.

ya da ihmal etme yetkisi bulunmadığından kanunun yürürlüğüne müdahale edilememiş ve dava Topluluğun yargı organı olan Adalet Divanı'na gönderilmiştir. Sonrasında Divan'ın kararı gereğince hukukçu lordlar, Kanun'un uygulanmamasına karar vermişlerdir. Çünkü Divan'a göre böyle bir çatışma durumunda uygulanmaması gereken kural, iç hukuk kuralıdır¹⁷⁶.

1991 yılı bu nedenle, parlatentonun üstünlüğünün sona erdiği tarih olarak ileri sürülmüştür. Zira normal şartlarda hiçbir yerel mahkemenin ya da yüksek mahkemenin kanunları askıya alma ya da uygulamama yetkisi yokken, Divan'ın kararıyla birlikte mahkemeler lehine anlayış değişimi olmuştur¹⁷⁷. Bu durumda gerek 1972 Kanun'u gerek Divan'ın kararları neticesinde, İngiliz mahkemelerinin Avrupa Topluluğu'nun hukukuna aykırı bir düzenleyici işlemi reddetme görevi ortaya çıkmıştır¹⁷⁸. Daha sonra Topluluğun Avrupa Birliği'ne dönüşmesinden (1992) itibaren Avrupa Birliği hukuku karşısında iç hukukun konumu bakımından bir farklılık olmamıştır¹⁷⁹.

Söz konusu gelişmelerle birlikte göz önünde tutulması gereken parlatentonun üstünlüğünün bir kanuni düzenlemenin değil, tarihsel ve siyasi gerçekliğin yansıması olmasıdır. Neticede ilkenin, hukuki bir çare bulunarak değiştirilmeye çalışılması anlamsız bir çaba olarak ifade edilmiştir¹⁸⁰. Loveland, Dicey'nin geleneksel anayasa ilkelerinin değiştirilmesine ilişkin söylediğine paralel olarak 1688 Devrimi ile pekiştirilen parlatentonun üstünlüğünün kaldırılabilmesi için başka bir siyasi devrime ih-

¹⁷⁶ **Barber**, s. 150-151. 1991 tarihinde Factortame Davası olarak bilinen davada verilen kararda Topluluk hukukunun üstünlüğünün pekiştirildiği belirtilmektedir. Nitekim bu kararda Ticari Gemicilik Kanunu geçersiz kabul edilmiştir. Adalet Divanı tarafından ilk kez bir İngiliz kanununun geçersiz kabul edilmesi sebebiyle bu karar oldukça önemlidir. Bkz. **Heywood**, s. 116.

¹⁷⁷ **Barber**, s. 150, 152 vd.

¹⁷⁸ **Loveland**, s. 521-522.

¹⁷⁹ Benzer yönde bkz. **Barnett**, s. 215-216. Özellikle Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği ve Adalet Divanı, Birlik hukukunun iç hukuka üstünlüğü hususunda oldukça ısrarcı bir tutum takip etmiştir. Bkz. **Barnett**, s. 219.

¹⁸⁰ **Loveland**, s. 522. Geleneksel bir anayasaya sahip İngiltere'de anayasal ilkelerin değiştirilmesi her zaman kolay değildir, hatta kimi zaman yazılı anayasa kurallarından daha zor değiştirilebileceğini de söylemek yanlış olmaz. Bkz. **Anayurt**, s. 125-126.

tiyaç olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte İngiltere'nin Birlik'e üyeliğinin bir devrim olup olmadığı, elbette, tartışılmıştır¹⁸¹. Ancak üyeliğin, parlamentonun üstünlüğüne son verecek etkide olamadığı düşünülmüştür.

Sonuçta 1972 Kanunu, parlamentonun üstünlüğüne karşı bir girişim olarak değerlendirilebilir. Çünkü parlamentonun değil, Birlik'in bir organının iradesi olan kuralların iç hukukta uygulanması, parlamento iradesiyle yarışan ve hatta ondan üstün olan başka bir iradenin ortaya çıktığını düşündürebilir. Dolayısıyla bu kanunla mevcut parlamento, gelecek parlamentoları sınırlandırmaya çalışmıştır¹⁸². Artık parlamentoların kanunlarla açıkladığı iradenin mahkemelerce etkisiz kılınabileceği de tartışılmaya başlanmıştır¹⁸³. Hatta 1991 tarihli kararlar bu iddialar haklılaştırılmıştır. Bu bakımdan İngiltere, Topluluğa/Birliğe gönüllü üyeliği ile ve Kanunla, parlamentonun üstünlüğüne sınır getirmiştir¹⁸⁴.

Ancak Dicey'nin teorisine göre parlamento hukuki egemen olduğundan onu herhangi bir hukuk kuralı sınırlayamaz. Her ne kadar Kanun kimi kısıtlamalar öngörmüş olsa da bu kısıtlamalar, parlamento bunlara uymak istediği müddetçe geçerlidir. Nitekim parlamento da belli bir süre bu sınırlara uymaya gönüllü olmuştur¹⁸⁵. Dolayısıyla burada öngörülen kısıtlamalar, hukuki sınır olarak değil, Dicey'nin teorisine uygun şekilde fiili sınırlar olarak değerlendirilmiştir¹⁸⁶. Nitekim parlamento insan hakları, ortak Avrupa pazarı, milletlerarası kamuoyu önünde saygınlığını koruma

181 **Loveland**, s. 522.

182 **Barber**, s. 149. Ancak bu parlamentonun üstünlüğüyle bağdaşmaz. Bir parlamentonun iradesi kendisinden sonra gelenleri bağlamaz. Bkz. **Heywood**, s. 116.

183 **Barber**, s. 151.

184 **Jim McConalogue**, The 'Rule of the Recognised Helm': How does European Union Membership Impact upon UK Parliamentary Sovereignty?, The Faculty of Arts and Social Science the Department of Politics and International Studies (POLIS), The Open University, Milton Keynes 2017, s. 10.

185 Ayrıca bkz. **Barnett**, s. 219; **McConalogue**, The 'Rule of the Recognised Helm', s. 10.

186 Ayrıca bkz. **Barnett**, s. 219. Parlamento hukuki olarak sınırsız olsa da çeşitli örgütlü gruplar ve ekonomik aktörler gibi unsurlar onun iradesi karşısında fiili sınırlar meydana getirebilir. Bkz. **Heywood**, s. 116.

gibi nedenlerle tıpkı pek çok devletin yaptığı gibi eylemlerini öz denetime tabi tutabilir¹⁸⁷.

Unutulmamalıdır ki parlamento 1972 Kanunu'nu istediği an değiştirebilme kudretine süreç boyunca sahip olmuştur¹⁸⁸. Zira İngiliz hukukunda parlamentonun dilediği kanunu açıkça ya da zımnen değiştirebilmesi veya yürürlükten kaldırabilmesi, üstünlüğünün gereğidir. Ayrıca bahsedildiği gibi bir parlamentonun yetkilerini sınırlamaya yönelik girişimleri sonraki parlamentolar için bağlayıcı olamaz. Parlamento, bu hukuki düzenlemelere uyma veya uymama konusunda serbestçe irade ortaya koyabilir. Eğer parlamento söz konusu düzenlemelere uymak istememiş ve kanunda değişiklik yapmışsa, mahkemeler de bu değişikliğe uymak zorundadır¹⁸⁹. Kaldı ki geçmişte parlamentonun üstünlüğünün sona erdiği veya eski gücüne kavuşamayacağı yönündeki iddialar¹⁹⁰ bugün tamamen geçerliliğini yitirmiştir. Nitekim İngiliz Parlamentosu, ilk olarak Birlik karşısında üstünlüğünü koruma girişimlerinde bulunmuş, daha sonra da Birlik'ten ayrılma sürecini başlatmıştır.

B. Brexit ve Parlamentonun Üstünlüğü

1. Genel Olarak

İngiliz Parlamentosu 2011 yılında Avrupa Birliği Kanunu'nu kabul etmiştir. Kabul edilen Kanun, önemli yetkilerin Birlik'e devrini gerektiren anlaşmaların kabul edilebilmesi için bu anlaşmaların referanduma götürülmesini öngörmektedir. Söz konusu gelişme Birlik karşısında İngiliz

187 Parlamentonun üstünlüğünün karşılaştığı zorluklar için bkz. **McConalogue**, *The 'Rule of the Recognised Helm'*, s. 24.

188 İlgili değerlendirme ve açıklamalar için bkz. **Barber**, s. 152.

189 **Barnett**, s. 197; Jonathan Christophe **Bruneau**, *The Erosion of Parliamentary Sovereignty in the United Kingdom Arising from Its Membership to the European Union*, Middlesex University 2015, s. 8-9, https://www.researchgate.net/publication/301787506_The_Erosion_of_Parliamentary_Sovereignty_in_the_United_Kingdom_arising_from_its_Membership_to_the_European_Union, (E.T. 15.09.2020).

190 Bkz. **Barber**, s. 152-153. Örneğin Heywood bu hususu "*Parlamento'nun AB'den ayrılma hakkına sahip olması ise sadece hayali bir haktır. İngiltere, ticaretinin büyük bir kısmını AB ülkeleri ile yapmaktadır; AB üyeliğinden ayrılmak ekonomiye vereceği büyük zarar nedeniyle düşünülemeyecek bir durumdur.*" şeklinde ifade etmiştir. Bkz. **Heywood**, s. 116.

tere'nin iç hukukunu ve egemenliğini üstün tutma girişimi olarak değerlendirilebilir¹⁹¹. Nitekim 2011 tarihli Kanun'la, parlamento yetki devrine karşı bir dizi önlemler almıştır. Bu önlemler, parlamentoda başlatılan bir yetkilendirme girişimi, parlamentonun kanun çıkarması ve referandum gibi aşamaları içermektedir¹⁹².

Ancak asıl girişim 2016 yılında Başbakan David Cameron öncülüğünde gündeme gelmiştir. Cameron, egemenlik meselesinin sorun olduğundan hareketle İngiliz kanunlarının Birlik hukukundan üstün olmasını öngören "Egemenlik Kanunu" fikrini ortaya atmıştır. Kraliçe, Başbakan tarafından ileri sürülen görüşleri desteklemiştir. Bu gelişmeler zamanla devletin egemenliğinin korunabilmesinin Birlik'ten ayrılmakla mümkün olacağı düşüncesine dönüşmüştür¹⁹³. Dolayısıyla ayrılma sürecinin temel sembolü "egemenlik" olmuştur¹⁹⁴. Buna paralel olarak hükümetin Birlik'ten ayrılmaya yönelik girişimlerinin parlamentonun iradesi olmadan yapıldığı ve usule aykırı davranıldığı iddiası üzerine çıkan uyuşmazlıkta verilen 2017 tarihli *Miller I* kararı önemli bir dönüm noktasıdır¹⁹⁵.

2. Brexit ve Parlamentonun Üstünlüğü

İngiltere'nin AB'ye üyelik süreci parlamentonun üstünlüğü tartışmalarına neden olmuşken, üyelikten çıkma süreci tam olarak zıt yönde tartışmaların alevlenmesini sağlamıştır¹⁹⁶. Diğer bir ifadeyle Brexit, parlamentonun üstünlüğünün pekiştirildiği bir sonucu beraberinde getirmiştir. Çünkü süreç parlamentonun nihai karar verme makamı olduğunu tekrar

191 Bkz. Juliette **Ringeisen-Biardeaud**, "Let's Take Back Control: Brexit and the Debate on Sovereignty", French Journal of British Studies, C. XXII, S. 2, Y. 2017, s. 3-4.

192 Failing to Hold Back the Incoming Tide: Why EU Law has Supremacy over National Law and Why Attempts at Reform will Never Succeed, The Bruges Group, London 2016, s. 29.

193 **Ringeisen-Biardeaud**, s. 4.

194 Bu hususta bkz. **Ringeisen-Biardeaud**, s. 4-5.

195 Bkz. Allan F. **Tatham**, "The Constitutional Challenges that the Brexit Negotiations have Created in the United Kingdom: An Overview", Revista de Derecho Comunitario Europeo, S. 59 Y. 2018, s. 272-273.

196 Jim **McConalogue**, The British Constitution Resettled - Parliamentary Sovereignty Before and After Brexit, Palgrave Macmillan, Rickmansworth 2020, s. 233

ortaya koymuştur¹⁹⁷. Bu nedenle Brexit süreci ile Miller I davası parlamentonun üstünlüğü açısından incelenmesi gereken konulardır.

2016 yılında İngiltere'nin AB'den ayrılmasına yönelik bir referandum yapılmıştır. Halk çoğunluğunun ayrılmayı kabul etmesiyle birlikte, hükümet Birlikten çıkılacağını açıklamıştır¹⁹⁸. Ancak hükümetin Birlikten çıkmaya yönelik karar verme yetkisinin olmadığı, bu yöndeki kararının geçersiz olduğu iddia edilmiştir. Nitekim yürütme veya Taç'ın milletlerarası anlaşma yapma ve anlaşmalardan çekilme ayrıcalığının, İngiltere'nin AB'den çıkması hakkında geçerli olmadığı ileri sürülmüş ve dava açılmıştır¹⁹⁹.

Açılan davada Yüksek Mahkeme (Supreme Court) kararında hem İngiliz yazısız anayasasına ilişkin çok önemli hususlara değinmiş hem de Birlik'ten çıkılabilmesi için gereken hususlara ayrıca yer vermiştir²⁰⁰. Bu bakımdan söz konusu davada mahkemenin verdiği karar Dicey'nin teorisinin 21. yüzyılda yeniden tasdik edilmesi olarak değerlendirilmiştir²⁰¹.

3. Miller I Kararı ve Etkisi

Söz konusu davanın konusu İngiltere'nin Birlik'ten çıkmasına ilişkin usulle ilgilidir. 2015 yılında Avrupa Birliği Referandum Kanunu'nun kabul edilmesinin ardından 23 Haziran 2016 günü yapılan referandumda Birlik'ten ayrılma yönünde sonuç çıkmıştır²⁰². Davanın konusu, referan-

197 **McConalogue**, *The British Constitution Resettled*, s. 233.

198 Hattie **Middleditch**, "The Miller Decision: Continuing Uncertainty Over Brexit", *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, C. 49, S. 971, Y. 2017, s. 972.

199 Yargı süreci hakkında bkz. **Middleditch**, s. 975 vd.

200 **Middleditch**, s. 972.

201 **Tatham**, s. 273. Kararın, parlamentonun üstünlüğünün tartışılmaz olmadığını göstermeye yönelik sonuçlarının olduğunu belirtenler de vardır. Bkz. Keith **Ewing**, "Brexit and Parliamentary Sovereignty", *The Modern Law Review*, C. 80, S. 4, Y. 2017, s. 713.

202 R (Miller) and others v Secretary of State for Exiting the European Union, (**Miller I**), (5, 6, 7 ve 8) December 2016, par. 2; ayrıca bkz. Ewing, s. 711; Türker **Ertaş**, "Westminster Parlamentosu Azami Kaç Hafta Tatil Edilebilir?: Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin Miller v. The Prime Minister / Cherry v. Advocate General for Scotland Kararı Üzerine Düşünceler", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, Y. 2021, s. 240-241.

dum sonucuna bağlı olarak hükûmetin parlamentoya özel bir çekilme bildiriminde bulunmaması ve parlamentonun da buna ilişkin irade açıklamamış, kanun çıkarmamış olmasıdır²⁰³. Diğer bir ifadeyle, uyuşmazlık bir kanun olmadan hükûmetin Birlik'ten çekilme bildirimini verip veremeyeceğine ilişkindir²⁰⁴.

Yüksek Mahkeme bu uyuşmazlığa ilişkin verdiği kararda, Dicey'nin görüşleri doğrultusunda İngiliz Anayasası'nın çoğu devlet anayasasından farklı olarak kodifiye edilmediğini, ancak "yumuşak siyasi varlığını" hatırlatmıştır²⁰⁵. Aynı zamanda Mahkeme parlamentonun üstünlüğü ile yürütmenin ayrıcalıklarını incelemiştir²⁰⁶.

İngiltere'de dış ilişkiler, savunma ve milli güvenlik gibi konularda yürütmenin ayrıcalığı vardır²⁰⁷. Yani bu konularda alınan kararlar hükûmet tasarrufu olarak kabul edilir. Dolayısıyla yürütme organı geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu ayrıcalık ve takdir alanı, yürütme organına tamamen sınırsız bir yetki sağlamaz. Eğer yürütme organının kararı, kanunlarda kişi haklarında bir değişiklik meydana getirecekse, bu konuda yürütme organı değil, parlamento yetkilidir²⁰⁸.

Bu çerçevede Yüksek Mahkeme bir kanun çıkarılmadan, yürütme organının milletlerarası anlaşmadan çekilme ve Birlikten çıkma konusunda ayrıcalığının olduğu iddiasını yerinde bulmamıştır. AB hukuku, iç hukuk

²⁰³ **Miller I**, par. 2; ayrıca bkz. **Tatham**, s. 274-278; **Ewing**, s. 715-718. Referandum kurumunun parlamentonun üstünlüğünü olumsuz yönde etkilediğine dair bkz. **Ewing**, s. 718-721. Bu görüşe karşılık parlamentonun referandumun sonuçlarına rağmen dilediği yönde kanun yapma yetkisine sahip olduğuna dair bkz. Michael **Gordon**, "The UK's Sovereignty Situation: Brexit, Bewilderment and Beyond...", *King's Law Journal*, C. 27, S. 3, Y. 2016, s. 337.

²⁰⁴ **Miller I**, par. 2.

²⁰⁵ **Miller I**, par. 40.

²⁰⁶ **Middleditch**, s. 974; Deborah **Mabbett**, "Parliamentary Sovereignty and Brexit", *The Political Quarterly*, Vol. 88, No. 2, Y. 2017, s. 168; ayrıca bkz. **Miller I**, par. 5.

²⁰⁷ **Middleditch**, s. 974. İngiltere'de milletlerarası anlaşmaların onaylanması hakkında ayrıca bkz. **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. II, s. 645, 651-652.

²⁰⁸ **Middleditch**, s. 974; ayrıca bkz. **Miller I**, par. 47.

sayıldığı ve Birlikten çıkmanın kanunlarda değişikliğe yol açacağı gerekçesiyle, yürütmenin Birlikten çıkma yetkisi olmadığına karar vermiştir. Nitekim kanunları yapan veya değiştiren yalnızca parlamentodur²⁰⁹.

Ayrıca Yüksek Mahkeme, parlamantonun üstünlüğünün İngiliz anayasasının temel ilkelerinden birisi olduğunu ve kanunları yapma, değiştirme veya ilga etme yetkisinin yalnızca parlamentoya ait olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre, hiçbir kişi ya da organ kanunlarda bir değişiklik yapamaz ve kanunları geçersiz kılamaz²¹⁰. Dolayısıyla Taç parlamento iradesi olmaksızın tek başına bir kanun yapamaz. Kanun ancak parlamentoda kabul edildikten ve kraliçe tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girebilir. Bu hususa ilişkin Yüksek Mahkeme, Kararnameler Davasından (Case of Proclamations-1610) bir alıntı yaparak konuyu açıklamıştır²¹¹: “Kral, kararnamesiyle veya başka yollarla, common law’u, kanununun veya ülkenin geleneklerinin hiçbir bölümünü değiştiremez.” Dolayısıyla Mahkeme, Taç’ın ayrıcalıklarının ve hükümet tasarrufunu, ancak parlamantonun iradesine uygun olarak kullanabileceğini hatırlatmıştır.

Sonuç olarak kararında İngiliz Büyük Devrimi’ne ve Taç’ın sınırlandırılmasına atıfta bulunan Mahkeme, Dicey tarafından teorik çerçevesi çizilmiş olan “parlamantonun üstünlüğü ilkesini” tanımlamış ve kanunların ancak parlamento tarafından yapılabileceğini açıklamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, en üstün irade açıklama mercinin parlamento olduğunu ve Kraliçe’nin tek başına kanun yapamayacağını belirtmiştir²¹². Mahkemenin bu kararı, parlamantonun üstün olduğuna ve bu üstünlüğünün hala devam ettiğine en büyük delillerden biri olarak görülebilir²¹³.

209 **Mabbett**, s. 168; ayrıca bkz. **Miller I**, par. 43; **McConalogue**, The British Constitution Resettled, s. 244; **Ertas**, “Westminster Parlamentosu Azami Kaç Hafta Tatil Edilebilir?”, s. 241. Konuya ilişkin görüşler ve tartışmalar için bkz. **Middleditch**, s. 977-980.

210 **Miller I**, par. 43.

211 Sir Edward Coke: “The King by his proclamation or other ways cannot change any part of the common law, or statute law, or the customs of the realm.” Bkz. **Miller I**, par. 44.

212 **Miller I**, par. 43.

213 Benzer yönde bkz. **Tatham**, s. 273-274.

Görüldüğü gibi parlamentonun üstünlüğü, tüm kuşatmalara rağmen kazanan taraf olmaktadır²¹⁴. Zira gerek Brexit'e giden süreç ve Brexit, gerek Miller I kararı göstermektedir ki parlamento İngiltere'de hala üstün konumdadır. Yaşanan tüm tecrübeler ve anayasal gelişmeler karşısında bu ilkenin varlığı hâlâ korunmakta ve anayasal düzen içerisinde önemi kabul edilmektedir.

Hükûmetin gelecek adımları da bunu destekler niteliktedir²¹⁵. Zira Hükûmet parlamentonun üstünlüğü ilkesini dikkate almak zorunda kalmış, Birlikten çıkmak için kanun yapılmasının gerekli olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle Hükûmet, Avrupa Birliğinden Çekilme Kanun tasarısını parlamentoya sunmuştur, tasarı parlamento tarafından kabul edilerek kanunlaşmıştır (European Union (Notification of Withdrawal) Act-2017)²¹⁶. Kanunla başbakana, AB Anlaşması'nın 50 (2). maddesine göre, Birlikten çekilme iradesini bildirme yetkisi verilmiştir²¹⁷.

SONUÇ

Parlamentonun üstünlüğü, Taç, Avam ve Lordlar Kamarası olmak üzere üç organın birlikteliğinin sahip olduğu gücün bütünü ifade etmektedir. Söz konusu organlardan herhangi biri tek başına bu güce sahip olmadığı gibi başka diğer organlar da parlamentonun gücüne ortak değildir. Parlamenti oluşturulan Taç, Avam ve Lordlar Kamarası arasındaki ilişki bakımından her bir organın kanun yapma faaliyetine aynı şekilde katıldığını söyleyemeyiz. Dolayısıyla parlamento, üç kutuplu bir yapı olarak üstün bir organdır. Ancak bunun anlamı, her bir organın eşit yetkilere sahip olması değildir. Kanun yapımı sırasında, bu üstün organı oluşturan her bir aktör, sahip olduğu farklı boyuttaki yetkileriyle kanun yapımına katılır. Diğer bir ifadeyle, parlamento kendisini oluşturan organların münferit

²¹⁴ Konu hakkındaki tartışma ve haberler için bkz. <https://www.bbc.com/news/uk-politics-54153302>, (E.T. 16.09.2020); <https://commonslibrary.parliament.uk/brexit-what-happens-next/> (E.T. 16.09.2020).

²¹⁵ Parlamento da, Miller I kararıyla Yüksek Mahkeme tarafından hatırlatılan üstünlüğünü korumak için çeşitli adımlar atmıştır. Bu konuda bkz. **McConalogue**, *The British Constitution Resettled*, s. 251.

²¹⁶ Bkz. **Middleditch**, s. 981-982.

²¹⁷ Bkz. **Middleditch**, s. 981. European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017, 1 (1): *"The Prime Minister may notify, under Article 50(2) of the Treaty on European Union, the United Kingdom's intention to withdraw from the EU."* Türkçesi şu şekildedir: *"Başbakan, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 50(2) maddesi uyarınca Birleşik Krallık'ın AB'den çekilme niyetini bildirebilir (tebliğ edebilir)."*

varlığı ile diğer tüm organlar ve kişiler karşısında bir bütün olarak üstündür. Bununla birlikte, iç ilişkilerinde yetki dağılımı ve kanun yapımına katılma bakımından sahip olunan konum farklılık arz edebilir.

Benzer şeyleri, parlamento ve hükümet ilişkileri bakımından da söylemek gerekir. Nitekim hükümet üyeleri ve başbakan aynı parlamento üyesi olduğundan, yürütmeyi parlamentodan tamamen bağımsız düşünmek yanıltıcı olur. Kanunların icrası bağlamında her ne kadar hükümet ayrı bir güç olarak düşünülse de gerek oluşumu gerekse güvene dayalı olarak görevini sürdürmesi onun parlamentoya olan bağıını göstermektedir. Ancak siyasi partilerin varlığı bağlamında “üstünlüğe” kimi eleştiriler yöneltilmektedir. Bununla birlikte fiili durumun ne olduğuna bakılmaksızın, hukuki olarak parlatentonun üstün olduğu değişmiş değildir. Ayrıca sınırlı iktidar geleneğine sahip İngiltere’de particilik önemli konularda ikinci planda kabul edilmekte, hükümet partisi üyeleri tarafından dahi kimi zaman hükümet aleyhine kararlar alınabilmektedir.

Kaldı ki Dicey’nin teorisine göre, üstünlüğün (egemenliğin) niteliğine baktığımız zaman ise parlatentonun sahip olduğu konum hukuki bir niteliğe sahiptir. Hukuki nitelik, kanunların konulması, değiştirilmesi veya ilga edilmesi konusunda tek yetkili organın parlamento olduğunu ifade eder. Parlamento, seçmenlerden ve mahkemelerden veya milletlerarası örgütlerden talimat alamaz. Bunların talep ve tavsiyeleri parlamento kesinlikle bağlamaz. Ancak bunlar Dicey’nin ifadesiyle, parlamento karşısında fiili ve siyasi sınırlar meydana getirebilir. Örneğin, İngiltere’nin üye olduğu bir örgütün hukukuna aykırı kanun yapılması halinde, İngiltere’nin milletlerarası hukuk bağlamında sorumluluğu doğmuş olsa bile üstünlük gereğince, ne bu kanun kendiliğinden yürürlükten kalkar ne de parlamento hukuki olarak kanunu ilga etmek zorunda kalır. Bu mesele yalnızca parlatentonun üstünlüğüyle ilgili değildir. Devletlerin egemenliği bağlamında, her devlet taraf olduğu sözleşmeden ya da üyesi olduğu örgütten ayrılabilir. Mefhûm-ı muhâlifinden de anlaşılacağı üzere, İngiltere’nin bir örgüte üye olması veya sözleşmeye taraf olması ve bunun sonucunda devletin gönüllü olarak kimi yükümlülükler altına girmesi, parlatentonun üstün olmadığına delil gösterilemez. Zira bugün her egemen devlet, kimi milletlerarası yükümlülükler altındadır.

İngiltere’de yaşanan çeşitli gelişmeler zaman zaman parlatentonun üstün olmadığı iddialarını gündeme getirmiştir. Örneğin AB üyeliği, 1998 İnsan Hakları Kanunu, İnsan Hakları Komitesi’nin kurulması veya Yüksek Mahkeme’nin kurulması buna gerekçe gösterilmiştir. Ancak İngiliz geleneği bağlamında parlamento sınırlandıran herhangi bir kural veya

kurum mevcut değildir. Anayasanın yazısız olmasına bağlı olarak da parlamento, kurucu iktidardır denilebilir; zira onun kanunları normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alır. Kanunları değiştirebilecek bir başka organ olmadığından diğer tüm düzenleyici işlemlerin de kanunlara uygun olması gerekir. Öte yandan parlamentonun üstün olmadığına dair gösterilen gerekçe ve gelişmelerin hiçbiri parlamentoyu denetleyen bir organ öngörmüş değildir. Kaldı ki AB üyeliği, 1998 İnsan Hakları Kanunu, İnsan Hakları Komitesi'nin kurulması veya Yüksek Mahkeme'nin kurulması gibi, tüm bu gelişmeler yine bir kanunla ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla parlamento her zaman bu gelişmelerin kaynağı olan kanunları ilga etme gücüne de sahiptir. Brexit süreci de ayrıca ispatlamaktadır ki parlamento hala üstündür ve milletlerarası örgütlerden ayrılmalari devletlerin egemenliğiyle ilgilidir.

Parlamentonun üstünlüğü bağlamında değinilmesi gereken en önemli konulardan birisi de insan hak ve hürriyetleridir. Üstün bir parlamento, her zaman hürriyetleri sınırlandırma eğiliminde olabilir. Savaş, salgın hastalık ve tabiat olayları gibi olağanüstü haller söz konusu olabileceği gibi olağan dönemlerde de bu eğilim ortaya çıkabilir. Hürriyetler bağlamında parlamentonun üstünlüğü önemli tehlike oluşturmaktadır. Kuşkusuz parlamentonun üstünlüğü, her zaman vahşileşebilecek evcil bir aslana benzetilebilir. Nitekim hiçbir sınırı olmamasına bağlı olarak, parlamentonun birey hürriyetlerini ortadan kaldırması mümkündür. Bu ihlalleri tespit edebilecek ve engelleyecek bir organ da bulunmadığından hürriyet rejimi, açık bir hedef gibi durmaktadır.

Ancak İngiliz geleneğinde parlamento, İngiliz devrimlerinin ve iktidarın sınırlandırılması düşüncesinin sembolü konumundadır. Dolayısıyla geleneksel olarak parlamentonun hürriyetleri sınırlandırıp mutlakiyet rejimi kurmayacağına duyulan bir güven vardır. Nitekim cumhuriyet rejiminin kurulmasıyla birlikte Cromwell tarafından rejimin bir diktatörlük şekline dönüştürülmesi, İngiliz geleneğinde önemli bir iz bırakmıştır. Söz konusu gelişmeye bağlı olarak da hızlı bir şekilde “parlamenter monarşiye” dönülmüş ve zaman içerisinde üç kutuplu yapı oluşturacak şekilde parlamentonun gelişimi tamamlanmıştır. Bu bakımdan parlamento, Kıta Avrupası'nın aksine mutlakiyet önünde bir sınır olarak görülmüştür. Her ne kadar parlamentonun elindeki güç hürriyetleri ortadan kaldırmaya yetse de parlamento şimdiye kadar kendisine duyulan güvene büyük oranda sadık kalmıştır.

Parlamentonun üstünlüğünün manasını ve son gelişmeler kapsamında bu ilkenin durumunu tespit etmeye gayret gösterdiğimiz bu çalışmada şu sonuçlara ulaştık:

i. İngiltere’de parlamento Taç, Avam Kamarası ve Lordlar Kamarası’ndan oluşur. Ancak bu her organın, parlamentoda kanun yapımına aynı oranda etki ettiğini göstermez. Bu haliyle, yani her ne kadar parlamento bileşenlerinin yetki dağılımında farklılık olsa da parlamento üstün konumdadır.

ii. Diğer ifadeyle İngiltere’de parlamento nihai irade açıklama yetkisine sahiptir. İradesini ise kanun şeklinde açıklar.

iii. Parlamento, kanun çıkarırken herhangi bir hukuki sınırla karşılaşmaz. Zira İngiliz anayasası gelenek ağırlıklı ve yumuşak, diğer bir ifadeyle yazılı ve katı olmayan bir anayasa olduğundan teamül kuralları, haklar veya diğer kanunlar, çıkarılacak kanun bakımından bir sınır meydana getirmez. Parlamento her zaman bu kuralları değiştirebilir.

iv. Parlamentosunun önceki kanunlarla bağlı olmaması, önceki parlamento ile sonraki parlamento arasında bir hiyerarşi olmamasının zorunlu bir sonucudur.

v. İngiltere’nin AB’ye üye olmasıyla bu ilkenin sona erdiğini ve üyelikten çekilmesinin siyasi ve ekonomik nedenlerle imkânsız olduğunu ileri süren yazarların yanıldığı söylenebilir. Dolayısıyla Birlik hukukunu kendi iradesiyle iç hukukuna dahil eden, hatta kimi durumlarda kendi kanunları yerine Birlik hukukunun uygulanmasına gönüllü olan parlamento, Brexit’e varan süreçte üstünlüğünü göstererek bu yöndeki iradesini geri almıştır. Yüksek Mahkeme de bu ilkenin hala İngiliz anayasa hukukunun temel bileşeni olduğunu ortaya koymuştur.

vi. Son ve belki en önemli hususlardan bir tanesi de parlamentosunun üstünlüğünün mutlakiyete dayalı iktidar ortaya çıkarmadığıdır. İngiltere’de anayasacılık, buna paralel olarak da parlamentoculuk mutlak monarşiye karşı mücadeleyi ifade etmektedir. Bu mücadelelerle mutlak monarşi karşısında parlamento yüceltilir ve üstün görülür. Ancak parlamentosunun üstünlüğünün, mutlakiyete dönüşmeyeceğine dair bir güven vardır. Dicey gibi kimi yazarlar da bu güvenin ve teamüli anayasanın, yazılı ve katı bir anayasadan daha fazla hakları koruduğunu belirtir. Yani parlamento hukuki olarak sınırsız olsa da siyasi olarak bu sınırsızlığı hak lehine kullanmaya mecburdur, bu konuda adeta yeminlidir. Çünkü hakların varlığı parlamento iradesine dayalı olmadığından bireylerin haklarının bir kanunla ortadan kaldırılması teorik olarak mümkün görünse de bu ancak kanlı bir mücadeleyle gerçekleşebilir. Dolayısıyla parlamentosunun üstünlüğü, kanun koyarken hukuki sınırları olmayan bir parlamentosunun varlığını ifade etse de parlamento mutlakiyete karşı direnişin ve hür bir toplumun sembolü olarak algılanmaktadır. Kanaatimizce dışarıdan bakan bir gözün bunu anlaması çok kolay değildir.

KAYNAKÇA

“A Parliamentarian’s Guide to the Human Rights Act”, The National Council for Civil Liberties, London 2010, <https://www.refworld.org/pdfid/4ed640552.pdf>, (E.T. 13.09.2020).

Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat. Genel Kamu Hukuku. 16. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2016.

Akbay, Muvaffak. Amerika Birleşik Devletleri’nin Anayasa Tarihi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 1950, s. 18-19.

Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku Genel Kısım. 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Atatüre, Süha. Amerika Birleşik Devletleri’nin Siyasi Yapısı. Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.

Barber, N. W.. “The Afterlife of Parliamentary Sovereignty”, I-CON, C. 9, S. 1, Y. 2011, s. 144-154.

Barnett, Hilaire. Constitutional and Administrative Law, 4. Bs., Cavendish Publishing Limited, London/Sydney 2002.

Benoist, Alain De. “What is Sovereignty”, Telos: Critical Theory of the Contemporary, S. 116, Y. 1999, s. 99-118.

Beriş, Berat Emrah. “Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 1, Y. 2008, s. 55-80.

Bingham, Lord. “The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament?”, King’s Law Journal, C. 29, S. 2, Y. 2008, s. 223-234.

Bilik, Erol. “İngiltere’de 18 ve 19 uncu Yüzyıllarda Parlamento Hükümeti ve Anayasa Islahatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Y. 1951, s. 440-453.

Bodin, Jean. Six Books of the Commonwealth. http://www.yorku.ca/comminel/courses/3020pdf/six_books.pdf, (E.T. 01.09.2020).

Bruneau, Jonathan Christophe. The Erosion of Parliamentary Sovereignty in the United Kingdom Arising from Its Membership to the European Union. Middlesex University 2015, https://www.researchgate.net/publication/301787506_The_Erosion_of_Parliamentary_Sovereignty_in_the_United_Kingdom_arising_from_its_Membership_to_the_European_Union, (E.T. 15.09.2020).

Countryman, Edward. The American Revolution. 5. Bs., Collins Publishers, New York 1988.

Crozat, Charles. "XIX. Asırdan Zamanımıza Deęin İngiliz Amme Hukukunda Egemenlik Kavramı". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 11, S. 1-2, Y. 1945, s. 23-100.

Debeljak, Julie. "The Human Rights Act 1998 (UK): The Preservation of Parliamentary Supremacy in the Context of Rights Protection". Australian Journal of Human Rights, C. 9, S. 1, s. 183-235.

Dicey, Albert Venn. An Introduction to the Study of Law of the Constitution. 10. Bs., The Macmillan Press, London 1979.

Döner, Ayhan. Türk Anayasa Hukuku. Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Duguit, Leon. Kamu Hukuku Dersleri. Çev. Suheyb Derbil, İstiklal Matbaacılık, Ankara 1954.

Erdoğan, Mustafa. Anayasal Demokrasi. 13. Bs., Siyasal kitabevi, Ankara 2017.

Eroğul, Cem. Çağdaş Devlet Düzenleri (İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya). 5. Bs., Kırilangıç Yayınevi, Ankara 2006.

Ertaş, Türker. "Parlamentoların Anası Westminster Parlatentosu: Tarihsel - Kuramsal Kökenler, Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Süreci". YÜHFD, C.XVII, Y. 2020/2, s. 447-499 (Parlamentoların Anası).

Ertaş, Türker. "Westminster Parlatentosu Azami Kaç Hafta Tatil Edilebilir?: Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin Miller v. The Prime Minister / Cherry v. Advocate General for Scotland Kararı Üzerine Düşünceler". Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Y. 2021. s. 227-255 (Westminster Parlatentosu Azami Kaç Hafta Tatil Edilebilir).

Ertaş, Türker. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler. 1. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018. (Kuvvetler Ayrılığı).

Ewing, Keith. "Brexit and Parliamentary Sovereignty". The Modern Law Review, C. 80, S. 4, Y. 2017, s. 711 726.

Failing to Hold Back the Incoming Tide: Why EU Law has Supremacy over National Law and Why Attempts at Reform will Never Succeed. The Bruges Group, London 2016.

Friedrich, Carl. Sınırlı Devlet. 2. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2014.

Gordon, Michael. "The UK's Sovereignty Situation: Brexit, Bewilderment and Beyond...". King's Law Journal, C. 27, S. 3, Y. 2016, s. 333-343.

Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Teorisi. C. I, 2. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa 2020.

Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Teorisi. C. II, 2. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa 2020

Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku. 2. Bs., Ekin Yayınları, Bursa 2018.

Grant, Moyra. The UK Parliament. Edinburgh University Press, Edinburgh 2009.

Gülgeç, Yahya Berkol. Normlar Hiyerarşisi. On İki Levha, 2. Bs., İstanbul 2018.

Güneş, Turan. Parlamento Rejiminin Bugünkü Manası. İstanbul Üniversitesi Yayınları (No. 661), İstanbul 1956.

Haddad, Annette. "Protecting Parliamentary Sovereignty: A Justification for Repealing the Human Rights Act (1998)?" . Rene Cassin (Organisation), <https://www.renecassin.org/wp-content/uploads/2015/02/20150218-Protecting.pdf>, (E.T. 13.09.2020).

Hakymez, Yusuf Şevki. Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Heywood, Andrew. Siyaset Teorisine Giriş. 8. Bs., Küre Yayınları, İstanbul 2017.

Hiebert, Janet. "Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights?". International Journal of Constitutional Law, C. 4, S. 1, Y. 2006, s. 1-38.

Jenkins, David. "Common Law Declarations of Unconstitutionality". *I·CON*, V. 7, No. 2, s. 187-188, s. 183–214.

Jennings, W. Ivor. The Law and the Constitution. 3. Bs., University of London Press, London 1948.

Keith, Arthur Berriedale. An Introduction to British Constitutional Law. The Clarendon Press, Oxford 1931.

Keskin, Erdoğan. Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi. Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Kubalı, Hüseyin Nail. Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler. Ersa Matbaacılık, İstanbul 1965.

Loveland, Ian. "Parliamentary Sovereignty and the European Community: The Unfinished Revolution?". Parliamentary Affairs, C. 49, S. 4, Y. 1996, s. 517-535.

Mabbett, Deborah. "Parliamentary Sovereignty and Brexit". The Political Quarterly, Vol. 88, No. 2, Y. 2017, s. 167-169.

Mcconalogue, Jim. The ‘Rule of the Recognised Helm’: How does European Union Membership Impact upon UK Parliamentary Sovereignty?, The Faculty of Arts and Social Science the Department of Politics and International Studies (POLIS). The Open University, Milton Keynes 2017.

Mcconalogue, Jim. The British Constitution Resettled - Parliamentary Sovereignty Before and After Brexit. Palgrave Macmillan, Rickmansworth 2020.

Miceli, Vincenzo. Parlamento Hukuku ve Siyasi Etütlerinden Modern Parlatentolar. Çev. Atif Akgüç, Ulus Basımevi, Ankara 1946.

Middleditch, Hattie. “The Miller Decision: Continuing Uncertainty Over Brexit”. New York University Journal of International Law and Politics (JILP), C. 49, S. 971, Y. 2017, s. 972, s. 971-987.

Özbudun, Ergun. “İngiltere’de Parlâmento Egemenliğı Teorisi”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, Y. 1968, s. 59-79.

Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. 15. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Pollock, Frederick. “Sovereignty in English Law”. Harvard Law Review, C. 8, S. 5, Y. 1894, s. 243-251.

Ridges, Edward Wavell. “İngiliz Anayasa Hukuku”. Çev. Mukbil H. Özyörük, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 3, Y. 1951, s. 183-209.

Ridges, Edward Wavell. Constitutional Law of England. 3. Bs., The Eastern Press, London 1922.

Ringeisen-Biardeaud, Juliette, “Let’s Take Back Control: Brexit and the Debate on Sovereignty”. French Journal of British Studies, C. XXII, S. 2, Y. 2017, s. 1-17.

Sakaria, Anjali/**Aiyagari**, Stephanie. “The Parliamentary Committee as Promoter of Human Rights: The UK’s Joint Committee on Human Rights”. Commonwealth Human Rights Initiative, 2007.

Schmitt, Carl. Kanunilik ve Meşruiyet. Çev. Ahmet Cemil Ozansü, 2. Bs., İthaki Yayınları, İstanbul 2018.

Schmitt, Carl. Political Theology. Trans. George Schwab, The MIT Press, Massachusetts 1985.

Smith, T.. Commonwealth of England. Book 2, ch. 2. (Akt. Frederick Pollock, “Sovereignty in English Law”).

Taşkın, Ahmet. “Baskıya Karşı Direnme Hakkı”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 52, Y. 2004, s. 37-65.

Tatham, Allan F.. “The Constitutional Challenges that the Brexit Negotiations have Created in the United Kingdom: an Overview”. Revista de Derecho Comunitario Europeo, S. 59 Y. 2018, s. 263-302.

Tolley, Micheal C.. “Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights”. Australian Journal of Political Science, C. 44, S. 1, Y. 2009, s. 41-55.

Turhan, Mehmet. “Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)”. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, C. 46, S. 1, Y. 1991, s. 453-463.

Wade, E. C. S./PHILLIPS, G. Golfrey. Constitutional Law. London 1955. (Akt. Özbudun, “İngiltere’de Parlamentonun Egemenliği Teorisi”).

Wheare, K. C.. Modern Anayasalar. Çev. Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, İstanbul 1984.

Williamson, Ames A.. The Evolution of England. 2. Bs., The Clarendon Press, London 1943.

Young, Alison L.. Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act. Hart Publishing, Portland 2009.

Karar ve Raporlar:

Ghaidan v. Godin-Mendoza (FC), “Opinions Of The Lords Of Appeal For Judgment”. Y. 2004.

Komitenin raporları için bkz. <https://committees.parliament.uk/committee/93/human-rights-joint-committee/publications/reports/>, (E.T. 13.09.2020).

R (Miller) and others v Secretary of State for Exiting the European Union, (*Miller I*), (5, 6, 7 ve 8) December 2016.

R (Miller) v The Prime Minister-Cherry and others v Advocate General for Scotland, 24.09.2019.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.lugatim.com/s/egemenlik>, (E.T. 31.08.2020).

<http://www.lugatim.com/s/mutlak>, (E.T. 01.09.2020).

<http://www.lugatim.com/s/üstün>, (E.T. 01.09.2020).

<https://commonslibrary.parliament.uk/brexit-what-happens-next/>, (E.T. 16.09.2020).

<https://sozluk.gov.tr>, (E.T. 01.11.2021).

<https://www.bbc.com/news/uk-politics-54153302>, (E.T. 16.09.2020).

<https://www.britannica.com/topic/Act-of-Supremacy-England-1534>, (E.T. 01.09.2020).

<https://www.britannica.com/topic/Convocations-of-Canterbury-and-York#ref6983>, (E.T. 01.09.2020).

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, (E.T. 13.09.2020).

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>, (E.T. 01.09.2020).

<https://www.royal.uk/act-settlement-0>.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 1 Haziran/June 2021

Hart Öncesi Pozitivizm*

Positivism Before Hart

Frederick SCHAUER**

Çeviren: Arş. Gör. Muhammet KOÇAKGÖL***

ABSTRACT

Many contemporary practitioners of analytic jurisprudence take their understanding of legal positivism largely from Hart, and the debates about legal positivism exist largely in a post Hartian world. But if we examine carefully the writings and motivations of Bentham and even Austin, we

* Eserin orijinal künyesi: “Positivism Before Hart”, by Frederick Schauer, *University of Virginia School of Law: Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 2010-1* (Publication date: January 2010). Orijinal metin için bkz. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646

** David ve Mary Harrison Seçkin Hukuk Profesörü, Virginia Üniversitesi. Bu bildiri, 16-17 Aralık 2009 tarihlerinde University College London'da düzenlenecek John Austin ve Mirası konulu konferans için hazırlanmıştır. Brian Bix ve Brian Leiter'in yerli yerinde ve zorlu yorumları için; Scott Hershovitz, Don Herzog ve Michigan Üniversitesi Hukuk ve Felsefe Atölyesi öğrencilerine kıymetli soruları ve katılımları için son derece minnettarım.

*** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

E-posta: kocakgol@gmail.com. ORCID: 0000-0002-1406-2427.

Çeviri/Translation

Çeviri Geliş Tarihi: 09.09.2021/Çeviri Kabul Tarihi: 29.09.2021.

Atf: Muhammet Koçakgöl, “Hart Öncesi Pozitivizm”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 1, Haziran 2021, (101-128).

will discover that there are good historical grounds for treating both a normative version of positivism and a version more focused on legal decision-making as entitled to at least co-equal claims on the positivist tradition. And even if we think of the inquiry in philosophical and not historical terms, there are reasons to doubt the view that a theory of the nature of law is the exclusive understanding of the core commitment of legal positivism. Positivism as a descriptive theory of the nature of law is important, but so too is positivism as a normative theory about the preferable attitude of society or theorists, and so too is positivism as a normative or descriptive theory of adjudication and other forms of legal decision-making. Those who understand positivism and the positivist tradition as being more normative or more adjudication-focused than the contemporary understanding allows are not committing either historical or philosophical mistakes, and little would be lost were we to recognize the multiple important contemporary manifestations of the legal positivist tradition.

ÖZET

Birçok çağdaş analitik hukuk felsefecisi, hukuki pozitivizm anlayışlarını büyük ölçüde Hart'tan almakta ve hukuki pozitivizm hakkındaki tartışmalar büyük ölçüde Hart sonrası bir dünyada gerçekleşmektedir. Oysa Bentham'ın ve hatta Austin'in yazılarını ve motivasyonlarını dikkatlice incelersek şunu fark ederiz: Her ikisinin düşüncelerini, hem pozitivizmin normatif bir versiyonu olarak hem de hukuki karar vermeye daha fazla odaklanmış bir versiyonu olarak ele almak için iyi tarihsel temeller bulunmaktadır. Zira pozitivizmin bu versiyonu pozitivist gelenek üzerinde eşit hakka sahiptir. Meseleyi tarihsel bağlamda değil felsefi bağlamda düşünelim bile, hukukun doğasına ilişkin bir teorinin, hukuki pozitivizmin özünde uzlaştığı tek versiyonu olarak görme anlayışından şüphe etmek için sebepler bulunmaktadır. Hukukun doğasına ilişkin tasvirî bir teori olarak pozitivizm önemlidir. Ancak toplumun veya teorisyenlerin tercih ettikleri tutum hakkında normatif bir teori olarak pozitivizm de önemlidir. Normatif veya tasvirî bir yargılama ve diğer hukuki karar verme biçimleri hakkındaki pozitivist teori de aynı şekilde öneme sahiptir. Pozitivizmi ve pozitivist geleneği, çağdaş anlayışın izin verdiği kadar normatif yönüyle anlayanlar veya mahkeme kararlarına daha çok odaklananlar, tarihsel veya felsefi bir hata işlememektedir. Hukuki pozitivist geleneğin çeşitli çağdaş tezahürlerinin önemini kavrayaydık çok az şey kaybederdik.

Hukuki pozitivizmi H.L.A. Hart icat etmedi. Ayrıca, onun son derece

etkili olan hukuki pozitivizm versiyonu,¹ önceki tüm versiyonları hükümsüz veya alakasız hale getirmedir. Ve bu ifadelerin ilki nerdeyse hiç tartışmalı olmasa da ikincisi İngiliz analitik hukukunun çağdaş uygulayıcılarının çoğu tarafından tartışmalı olmakla basitçe yanlış olmak arasında bir yerde algılanma eğilimindedir. Şunu gözlemek nerdeyse hiç abartılı olmayacaktır: Günümüz analitik hukuk felsefesi çok büyük ölçüde Hart ile başlar² ve onun Austin'e karşı argümanlarını³ kesinmiş gibi ele alır⁴ ve Bentham'ı hukuki pozitivizmin kurucu babası olarak görür.⁵ Tıpkı Wittgenstein'in kurduğu köprü gibi⁶ Bentham'ın özgün iç görüşleri bizi bulduğuşu-

-
- 1 H.L.A. **Hart**, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 2d ed., ed. P. Bulloch & J. Raz, 1994).
 - 2 Jules Coleman'ın editörlüğünü yaptığı *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) içinde yer alan "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis" in açılış cümlesini ele alalım: "H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı, hukuki pozitivizm geleneğindeki en önemli ve etkili kitaptır. Önemi tartışılmaz olsa da hem metodolojik hem de asli çekirdek inançları konusunda çok daha az fikir birliği bulunmaktadır."
 - 3 John **Austin**, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge: Cambridge University Press, Wilfrid E. Rumble ed., 1995). Hart's critique is in Hart, op. cit. note 2, at pp. 18-78.
 - 4 Örneğin bkz. Leslie **Green**, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals," *New York University Law Review*, vol. 83 (2008), pp. 1035-58, at p. 1049; Leslie **Green**, "Law and Obligations," in Jules Coleman & Scott Shapiro eds., *Oxford Encyclopedia of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 514-47, at p. 517; D.N. **MacCormick**, "Legal Obligation and the Imperative Fallacy," in A.W.B. Simpson ed., *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series) (Oxford: Clarendon Press, 1973), pp. 100-129. Austin'in yaptırımlara ve cebre odaklandığını savunan son girişimler için bkz. Grant **Lamond**, "Coercion and the Nature of Law," *Legal Theory*, vol. 7 (2001), pp. 35-57; Grant **Lamond**, "The Coerciveness of Law," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20 (2000), pp. 39-62; Danny **Priel**, "Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law," *Ratio Juris*, vol. 21 (2008), pp. 404-11; Frederick **Schauer**, "Was Austin Right After All?: On the Role of Sanctions in a Theory of Law," *Ratio Juris*, vol. 23 (forthcoming 2010); Nicos **Stavropoulos**, "The Relevance of Coercion: Some Preliminaries," *Ratio Juris*, vol. 23 (forthcoming 2010).
 - 5 Jeremy **Bentham**, *Of Laws in General*, H.L.A. Hart ed. (London: Athlone Press, 1970). Bununla ilişkili olarak ayrıca bkz. Jeremy **Bentham**, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J.H. Burns & H.L.A. Hart eds., (London: Athlone Press, 1970).
 - 6 Ludwig **Wittgenstein**, *Tractatus Logico-Philosophicus*, D.F. Pears & B.F.

muza yere ulaştırmak için gerekli olabilirdi ama bunlar önemini çok az koruyabildi.⁷ Gerçekten de çağdaş analitik hukuk felsefecileri, modern hukuki pozitivizmin kökenini Hobbes, Bentham ve Austin'den aldığını kabul etseler bile, en azından Benthamcı ve Austinci tasavvurları Hartçı bir çerçeveden görme eğilimindedirler. Bentham ve Austin'e, Bentham ve Austin'in gerçekte inandıklarından ve yazdıklarından çok, Hart'ın ve devamındaki tartışmaların şekillendirdiği bir hukuki pozitivizm anlayışını atfederler.

Bu makaledeki amacım, řu ana kadar beyan ettiğim iddiaları desteklemek ve çağdaş anlayışla büyük ölçüde çelişen iki hukuki pozitivist anlayışın veya hukuki girişimin devam eden önemini göstermektir. Hukuki pozitivizmin hüküm verme (*adjudication*) hakkında hiçbir şey söylemediği şeklindeki yaygın görüşün aksine, bu anlayışlardan biri hukuki karar vermeyle (*legal decision making* -hüküm verme ile aynı şey olmamakla birlikte hüküm vermeyi de kapsamaktadır) birçok çağdaş pozitivistin düşündüğünden daha fazla bağlantılıdır. Ayrıca bu anlayış farklı hukuk sistemlerini nitilemede ve değerlendirmede bize faydalı bir ölçüt sağlamaktadır.

Her ne kadar Austin bu meselede yaygın olarak varsayıldığından daha önemli bir figür olsa da bu anlayış, köklerini Bentham'dan almaktadır.

McGuinness trans. (New York: Routledge, 1994), ¶6.54.

⁷ İzlenecek ayrıntılarla beraber řu örneklerdeki genel manayı tasvir etmeye çalışıyorum: Jules **Coleman**, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Joseph **Raz**, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979); Brian **Bix**, "Positively Positivism," *Virginia Law Review*, vol. 85 (1999), pp. 889-923, at pp. 903-17; Brian H. **Bix**, "Legal Positivism," in Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 2005), pp. 29-49; Jules **Coleman**, "Negative and Positive Positivism," in *Markets, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), pp. 3-27; Jules L. **Coleman** & Brian **Leiter**, "Legal Positivism," in Dennis Patterson ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 1996), pp. 241-260; **Green**, op. cit. note 5; Leslie **Green**, "General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25 (2005), pp. 565-80; Brian **Leiter**, "Positivism. Formalism. Realism," *Columbia Law Review*, vol. 99 (1999), pp. 1138-64, at pp. 1150-53; Andrei **Marmor**, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26 (2006), pp. 683-704; Scott J. **Shapiro**, "On Hart's Way Out," in Jules Coleman ed., op. cit. note 3, pp. 149-91.

Ayrıca bu anlayış burada tartıştığım diğer anlayışla, yani Tom Campbell,⁸ Neil MacCormick,⁹ Gerald Postema,¹⁰ Jeremy Waldron¹¹ ve diğerlerinin¹² çalışmalarında geliştirilen pozitivizmin normatif versiyonuyla bağlantılı olmakla birlikte onlarla aynı değildir. Ancak bundan sonra konumuz kısmen normatif pozitivizm olacaksa da bizim asıl odak noktamız hukuki pozitivizm ile hukuki karar verme arasındaki ilişki olacaktır. Buradan hareketle Postema, Bentham'ın “sabit lafzi formülasyonlara dayanan” kamuya açık ve ampirik olarak temellendirilebilir otoriter kural söylemini “katı pozitivist”¹³ olarak tanımladığında bahsettiğim pozitivist anlayışa yaklaşmış olmaktadır. Benthamcı bu pozitivizm anlayışı sadece hukuk teorilerinden biri olarak değil hukuk sistemlerinin bir özelliği olarak da başka bir mecrada tartıştığım hukuki karar almaya ilişkin “sınırlı alan” (*limited domain*) anlayışıyla yakından ilişkilidir.¹⁴ İlginç biçimde bu Benthamcı anlayış Ronald Dworkin'in tasvirî açıdan isabetsiz ve ahlaki

-
- 8 Tom **Campbell**, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot, UK: Dartmouth Publishing, 1996).
 - 9 Neil **MacCormick**, “A Moralistic Case for A-moralistic Law,” *Valparaiso Law Review*, vol. 20 (1985). 20-47.
 - 10 Gerald J. **Postema**, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press, 1986).
 - 11 Jeremy **Waldron**, “Normative (or Ethical) Positivism,” in Coleman, op. cit. note 3, pp. 411-33.
 - 12 Örneğin David **Dyzenhaus**, “The Genealogy of Legal Positivism,” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24 (2004), pp. 39-63; Liam **Murphy**, “The Political Question of the Concept of Law,” in Jules Coleman and eds., op. cit. note 3, pp. 371-409, Liam **Murphy**, “Better to See Law This Way,” *New York University Law Review*, vol. 83 (2008), pp. 1088-1107; W. Bradley **Wendel**, “Civil Obedience,” *Columbia Law Review*, vol. 104 (2004), pp. 363-426, at pp. 383-85.
 - 13 **Postema**, op. cit. note 11, p. ix.
 - 14 Frederick **Schauer**, “The Limited Domain of the Law,” *Virginia Law Review*, vol. 90 (2004), pp. 1909-56. See also Frederick **Schauer**, “Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick),” in Maksymilian Del Mar & Zenon Bankowski eds., *Law as Institutional Normative Order* (Farnham, UK: Aldershot, 2009), pp. 35-44, at pp. 41- 43.

bakımdan sakıncalı gördüğü pozitivist anlayışla da benzerlik göstermektedir.¹⁵ Ancak buradaki amacım, bu pozitivism türünün herhangi bir hukuki sistemde temsil edildiğini göstermek olmadığı gibi bu pozitivism türünü belirli bir hukuki rejim için normatif açıdan tercih edilebilir bir model olarak sunmak da değildir. Hatta buradaki amacım hukuki karar vermenin niteliği anlamında bir pozitivismin diğer pozitivism türlerinden üstün olduğunu göstermek bile değildir. Amacım normatif pozitivismin yanı sıra hukuki pozitivismin bu versiyonunun, seçkin bir tarihi kaynağa, hatırı sayılır çağdaş pratik öneme ve önemli bir analitik tutarlılığa sahip olduğunu göstermektir.

Bu alternatif pozitivismler ile çağdaş ana akım anlayış arasındaki fark sadece bir terminoloji meselesinden ibaret değildir. Söz konusu olan sadece “pozitivism” kelimesinin kullanılması ya da kullanılmaması olsaydı, sorunun çözümü için çok az şey kalırdı. Zira, niteleme ve tasnif araçları olarak kelimeler fark yaratsa da anlaşmazlık tamamen kelimelerle ilgili değildir. Mesele, daha ziyade, saygıdeğer bir geleneğin hâlihazırdaki somut durumuyla ilgilidir. Hukuki pozitivismin çekirdek inançlarına ilişkin Hartçı veya Hart sonrası anlayışın özgün veya açıkça en iyisi olduğunu iddia edenler,¹⁶ bu geleneğin tarihini modern analitik hukuk felsefesi penceresinden gereğinden fazla inceleyerek yanlış yorumlamış olmakla kalmazlar. Aynı zamanda ve daha da önemlisi, Hart öncesi pozitivist gelene-

¹⁵ Ronald **Dworkin**, *Law's Empire* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986); Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977). Dworkin'i bu temelde nitelermeyi destekleyen argüman için bkz. **Schauer**, op. cit. note 15; Frederick **Schauer**, “Constitutional Invocations,” *Fordham Law Review*, vol. 47 (1997), pp. 1295-1312.

¹⁶ Örneğin bkz. **Bix**, “Positively Positivism,” op. cit. note 8, at pp. 903-15; **Coleman**, op. cit. note 3 (yargıçlara karar vermeleri konusunda talimat vermek, formalizmin ya da realizmin ne hakkında olduğuyla ilgili olabilirdi, ama ne John Austin'in "klasik" döneminde ne de Joseph Raz ve Jules Coleman'ın modern döneminde hukuki pozitivismin amacı bu olmamıştır.); John **Gardner**, “Legal Positivism: 5 ½ Myths,” *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46 (2001), pp. 199-227, at pp. 211-18 ((Hukuki pozitivism geleneği karar vermeyle ilişkili olmadığı gibi normatif açıdan da eylemsizdir (p. 213)); Kenneth Eimar **Himma**, “Judicial Discretion and the Concept of Law,” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19 (1999), pp. 71-94; Leiter, op. cit. note 8, at pp. 1149-53 (“pozitivism” yargıçların ne yaptığıyla ilgili bir teori değildir, fakat hukuk kavramı hakkında bir teoridir); **Marmor**, op. cit. note 8 (Hukuki pozitivism, yargıçların ne yapması gerektiğiyle ilgisi olmayan, bütünüyle bir düşünce geleneğinden ibarettir (p. 685, 689)).

ğin çağdaş hukuk teorisiyle alakasız olduğunu kolayca varsaymış olabilirler. Bu yaklaşım hakikatten uzaktır ve bu makalenin temel amacı da bunun neden böyle olduğunu ortaya koymaktır.

I. BİR SÖZCÜK HAKKINDA BİRKAÇ SÖZ

Tuhaf olan bir şey var. O da hukuki pozitivizmin doğası hakkındaki çoğu tartışmanın “pozitivizm” kelimesiyle ilişkilendirilmesidir. Bentham ve Austin’in diğerlerinin yanı sıra “pozitif hukuktan” söz etmiş olmasına rağmen ve Auguste Comte’un on dokuzuncu yüzyıl bilimsel pozitivizmi, “pozitivizm” sözcüğünü açıkça hukuki bir teoriyi, rejimi veya duruşu tanımlamak için kullansa da,¹⁷ pozitivizm sözcüğü ilk olarak yirminci yüzyıl başlarında¹⁸ su yüzüne çıktı ve pozitivizm karşıtı Lon Fuller tarafından 1940 yılında “Law in Quest of Itself” (*Kendi Araştırması Dâhilinde Hukuk*) adlı eserde oldukça görünür hale getirildi.¹⁹ Pozitivizm hakkında buradaki ve sonraki çalışmalarındaki isabetsizliklerine rağmen²⁰, Fuller “pozitivizmi”, “olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında keskin bir ayırım yapmakta ısrar eden hukuk düşüncesi olarak tanımlamakla pozitivizmin boyutlarından birini aşağı yukarı isabetli bir şekilde ele almıştır.²¹

Pozitivist olsun ya da olmasın, kimi hukuk teorisyenlerinin Fuller’dan önce “pozitivizm” sözcüğünü kullanması sadece ilginç tarihsel bir söylentiden ibaret değildi. Aksine, sadece bir işaretten ibaret olsa bile tartışmalı terminolojik bir sahaya karşı karşıya olduğumuza dair bir işaret söz ko-

¹⁷ Auguste **Comte**, *A General View of Positivism*, J.H. Bridges trans. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

¹⁸ Anthony **Sebok**, “1920’lerin sonlarına kadar hukuk literatüründe böyle bir teorinin bu isimle tartışılmadığını” ifade etmektedir”, Anthony J. **Sebok**, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), p. 2, ancak Kohler’de terim, bir hukuk teorisine açıkça atıfta bulunarak kendini göstermiştir. (Josef Kohler, *Philosophy of Law*, Adalbert Albrecht, trans. (Boston: Boston Book Co., 1914), s. xliii). İlginç bir şekilde, Kohler terimi, mevcut hukuka çok fazla odaklanmanın tehlikelerini, sonraki yıllarda Fuller ve diğerleri tarafından muhtemelen yanlış olarak vurgulanan tehlikelerini vurgulamak için kullanmıştır.

¹⁹ Lon L. **Fuller**, *The Law in Quest of Itself* (Boston: Beacon Press, 1940).

²⁰ Bkz. Lon L. **Fuller**, *The Morality of Law*, revised edition (New Haven: Yale University Press, 1969), pp. 110-12, 145-51; Lon L. **Fuller**, *The Anatomy of the Law* (New York: New American Library, 1968), pp. 184-85.

²¹ **Fuller**, op. cit. note 16, at 8.

nusuydu. Ve 1970'e gelindiğinde, Robert Summers “pozitivizm” sözcüğünün “tamamen muğlak ve baskın olarak aşağılayıcı” bir hal aldığı gerekçesiyle hukuk teorisinden tamamen dışlanması gerektiği konusunda ısrar ettiğinde,²² tartışmanın boyutu daha da artmıştı. Kırk yıl sonra, bu sözcük analitik hukuk felsefesi bakımından aşağılayıcı bir sözcük olmaktan elbette çıktı. Yine de bazı Amerikan hukuk fakültesi salonlarında pozitivizm sözcüğü, Summers'ın yazdığı ve Fuller'ın öne çıkıp geliştiği zamandaki izleri taşımaktadır.²³ Burada etimolojik manzarayı incelememizin gayesi, hukuki pozitivizmin “temelini” tanımladığını iddia edenlerin, yalnızca Hart'ın ve takipçilerinin görüşüne ve yazılarına hâkim olan anlayışın temelini tanımlamış olabileceklerini vurgulamaktır. Bu yaklaşım, hukukun doğası ve hukuk felsefesinin göreviyle ilgili önemli bir ilerlemeyi temsil edebilir, fakat bu kazanımlar bedelsiz olmamıştır. Bazen asıl mesele tam olarak Bentham ve Austin ile başlayıp Hobbes'a da çok şey borçlu olan Hartçı anlayışın biricik veya doğru versiyon olup olmadığı yahut bu çizginin en modern versiyonu olup olmadığıdır. Bu nedenle, pozitivist geleneği nasıl anlamalı sorusu (hukukun doğasını en iyi anlamak yerine) üzerinde dururken, Hart ile başlamak ve hukuki pozitivizmde merkezi figür olarak onun otoritesini varsaymak, bazen tam olarak saptamaya çalıştığımız şeyin sonucunu varsaymaktır.

II. POZİTİVİZMDE ÜÇ YAKLAŞIM

Açıklık sağlamak adına, her biri (muhtemelen) diğerlerinin yanı sıra hem Bentham hem de Austin tarafından desteklenen üç yaklaşım arasında ayırım yapmak istiyorum. Tartışmalı da olsa kavramsal pozitivizm (*conceptual positivism*) olarak adlandırabileceğimiz birinci yaklaşım, ilginç

²² Robert S. **Summers**, “Legal Philosophy Today – An Introduction,” in Robert S. Summers ed., *Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Basil Blackwell, 1970), pp. 1-21, at pp. 15-16.

²³ Örneğin bkz. William **Bradford**, “‘Another Such Victory and We Are Undone’: A Call to an American Indian Declaration of Independence,” *Tulsa Law Review*, vol. 71 (2004), pp. 71-123, at pp. 99-106; William N. **Eskridge, Jr.**, “Metaprocedure,” *Yale Law Journal*, vol. 98 (1989), pp. 945- 74, at pp. 962-72; Pierre **Schlag**, “The Aesthetics of American Law,” *Harvard Law Review*, vol. 115 (2002), pp. 1047-71; Jeffrey G. **Sherman**, “Law’s Lunacy: W.S. Gilbert and the Deus ex Lege,” *Oregon Law Review*, vol. 83 (2004), pp. 1035-96, at p. 1078; Robin **West**, “Three Positivismisms,” *Boston University Law Review*, vol. 78 (1998), pp. 791-834.

türlerini ve anlaşmazlıklarını parantez içine almama rağmen, büyük ölçüde modern pozitivist anlayıştır. Yine de kavramsal pozitivizm, hukuk ve ahlak alanları arasındaki ilişki hakkında bir dizi kavramsal iddia üzerinde durmaktadır. En saf ve en geniş haliyle, çağdaş hukuk teorisinde dâhil edicilik (*incorporationism*),²⁴ kapsayıcı hukuki pozitivizm (*inclusive legal positivism*)²⁵ veya yumuşak pozitivizm (*soft positivism*)²⁶ olarak adlandırılan türlere en yakın olan kavramsal pozitivizm, ahlakın tüm olası dünyalarda ve hukuk sistemlerinde hukukiliğin zorunlu bir koşulu olmadığını savunur.²⁷ Başka bir deyişle, kavramsal pozitivizmin kapsayıcı versiyonu, ahlakın, genellikle ve hatta bazen arzu edilir bir şekilde şu veya bu hukuk sisteminde hukukun bir parçası ve tanıma kuralının bir parçası olduğunu, fakat hukuk kavramının bir bileşeni olmadığını iddia eder. Ve kapsayıcı pozitivizme en çok karşı duran, ama yine de kavramsal bir özellik arz eden dışlayıcı pozitivizm,²⁸ kapsayıcı pozitivizmin hukukiliğin ahlakiliği zorunlu olarak içermediği iddiasının aksine, hukukiliğin zorunlu olarak ahlaktan ayrı olduğu iddiasındadır.²⁹

Kavramsal pozitivizm tipik olarak tasvirî bir tez olarak takdim edilmektedir ve bu haliyle desteklenmektedir. Böylece kavramların var olduğu, bunların analizlerinin yararlı bilgiler sağlayabileceği³⁰ ve bunların

24 **Coleman**, op. cit. note 3.

25 W.J. **Waluchow**, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994); Kenneth Einar Himma, "Inclusive Legal Positivism," in Jules Coleman & Scott Shapiro eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 125-65.

26 H.L.A. **Hart**, "Postscript," in Hart, op. cit. note 2, pp. 238-76, at pp. 250-54.

27 Jules **Coleman**, "Negative and Positive Positivism," op. cit. note 8.

28 Bkz. Andrei **Marmor**, "Exclusive Legal Positivism," in Coleman & Shapiro, op. cit. note 26, pp. 104-24; Joseph **Raz**, "Legal Positivism and the Sources of Law," in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1978); Joseph **Raz**, "Authority, Law and Morality," *The Monist*, vol. 68 (1985), pp. 295-324.

29 Kapsayıcı ve dışlayıcı pozitivizm arasındaki farkı ifade etmenin bu yolunu Waldron'dan ödünç alıyorum, op. cit. note 12, at p. 414.

30 Hukukta salt kavramsal analizin kıymeti hakkındaki şüpheler, Brian Leiter'de belirgin bir şekilde ifade edilmiştir, *Naturalizing Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 2007), pp. 121-202; Brian **Leiter**, "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis," in Jules Coleman ed., op. cit. note 3, pp. 355-70.

herhangi bir ahlaki veya normatif yük olmadan da tanımlanabileceği varsayılmaktadır.³¹ Dolayısıyla “pozitivizm” bir kavram hakkındaki bir nitelemeden ibarettir ve kavramsal pozitivist, hukuk kavramının doğası gereği, ahlakın bir parçası olmadığına ya da böyle bir zorunluluk olmadığına inanan kişidir.

Kavramsal pozitivist, hukuk ve ahlakın kavramsal ayrımının bir toplum ve kavramsal pozitivizmin kendisi için avantajlarını (tasvirî açıdan isabetli olmasına ek olarak) kabul etmekle birlikte bu avantajları (eğer gerçekten mevcutlarsa) şansa bağlı bir yan etkiden başka bir şey olarak görmemektedir. Kavramsal pozitivist, dünya hakkında üzücü bir gerçeklik anlamına da gelse, adaletsizliğe de yol açsa, hukuk ve ahlakın kavramsal olarak birbirinden farklı olduğuna inanmaktadır. Ama nasıl ki tifonun zararlı etkileri rasyonel gözlemciyi onun varlığını inkâr etmeye götürmüyorsa, aynı şekilde hukuk ve ahlakın kavramsal olarak ayrılmasının olası zararlı etkileri de bu kavramsal ayrılmanın varlığı sorunuyla ilgisiz kalacaktır.

Buna karşılık, savunucularından Jeremy Waldron’un adlandırmasıyla normatif pozitivizm (*normative positivism*),³² hukuk ve ahlakın kavramsal olarak ayrılmasını büyük ölçüde bu özelliğe sahip bir hukuk kavramı seçmenin bir işlevi olarak ele almaktadır. Normatif pozitivist, kavramları ya da anlayışları, içinde buldukları toplum tarafından yaratılan ve yeniden yaratılan sosyal yapılar olarak görmektedir.³³ Ve böylece normatif

31 Bu son varsayımın önündeki başlıca zorluklar için bkz.: John **Finnis**, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), pp. 3-22; Stephen R. **Perry**, “Hart’s Methodological Positivism,” in Coleman, op. cit. note 3, at pp. 311-54; Stephen R. **Perry**, “Interpretation and Methodology in Legal Theory,” in Andrei Marmor ed., *Interpretation and Legal Theory: Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp. 97-131.

32 **Waldron**, op. cit. note 12.

33 Bkz. Frederick **Schauer**, “The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson,” *Oxford Journal of Legal Studies*, 25 (2005), 493-501. Waldron, normatif pozitivizmin normatif kısmı ile hukuk kavramının ontolojik statüsü arasındaki ilişki konusunda net değildir. Normatif pozitivizmi, hukuki yargının ayrılmasını “değer verilecek ve teşvik edilecek” bir şey olarak görmek şeklinde tanımlarken, değer verilecek ve teşvik edilecek bir şeye değer vermeden ve teşvik etmeden önce bunların bir varlığa sahip olup olmadığı konusuna doğrudan değinmez. Oysa dev pandalara değer vermemiz ve onların gelişimine yardımcı olacak kişileri cesaretlendirmemiz, dev pandaların normatif nedenlerle sosyal olarak inşa edildiğini göstermez. Ancak kavramlar ve elbette hukuk kavramı toplumsal yapıtlardır. Hukuki

pozitivist, pozitivist bir hukuk anlayışının, üreteceği iyilik nedeniyle bir toplum tarafından (veya muhtemelen bir teorisyen tarafından) tercih edilmesi gerektiğine inanmaktadır. Normatif pozitivizm, hukuki pozitivizmi birçok olası sebebin yanı sıra şunlar için teşvik eder: Pozitivist bir bakış açısı haksız yasalara itaatsizliği kolaylaştırabilir (Hart³⁴), hukuk refor-

ve ahlaki yargının ayrılığına değer verip teşvik etmek, hukuki ve ahlaki yargının ayrı kalması veya ayrı kalması için hukuk kavramının yaratılmasını veya yeniden yaratılmasını teşvik etmek anlamına gelebilir. Schauer'in durduğu yer burasıdır, fakat Waldron'un aynı yerde durup durmadığı belirsizdir.

- 34 Hart'ın yazıları, onun normatif pozitivizme sempati duyup duymadığı konusunda bir kesinlik göstermez. Pozitivizmin araçsal normatif nedenlerle seçilmesi gerektiği, Hart'ın makul bir okumasıdır. H.L.A. **Hart**, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958), pp. 593-629 (see Murphy, op. cit. note 13), and in *The Concept of Law*, at p. 209. Hart, pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki "makul seçimi (reasoned choice)", "görelî kıymet (comperative merit)" meselesi olarak tasvir etmiştir. Hart, bu seçimi uygulamakla, bunlardan hangisinin "teorik araştırmalarımıza yardımcı olacağını veya ahlaki tartışmalarımızı ilerleteceğini veya her ikisini birden yerine getireceğini" içermesi gerektiğini söylemektedir. Hart'a göre pozitivizm, isabetli bir açıklama getirdiği için değil, "daha dar bir doğal hukuk kavramı benimsendiğinde sosyal bir fenomen olarak hukukun teorik veya bilimsel çalışmasından hiçbir şey elde edilemeyeceği" için tercih edilirdir. Dahası şunu söylemektedir (p. 210): "Resmî sistemin dışında, son çare olarak bireyin itaat sorunlarını çözmesi gereken bir şey vardır ki bunu herhangi bir yerde adaletsiz hiçbir şeyin hukuk statüsüne sahip olamayacağı fikrinden ziyade hukuk kurallarının adaletsiz olabileceğini düşünmeye alışmış olanların fikriyle canlı tutmak daha olasıdır." Hart, bu yolda iki sayfa daha ilerleyerek, pozitivist bir "hukuk kavramının" (s. 211) ahlaki erdemlerinin, bir toplumun böyle bir anlayışı benimsemesi için en iyi nedeni sağladığını açıkça ortaya koymaktadır.

Ancak, yukarıdakilere rağmen Hart, *The Concept of Law*'un başka yerlerinde ve hatta bazen 1958 tarihli makalesinde, birincil amacının tasvirî doğruluk olduğunu vurgular, (bkz. **Green**, "Inseparability . . .," op. cit. not 5, s. 1039). "Postscript" (p. 240) boyunca da açıkça ve ısrarla bu görüşünü pekiştirir. Ve bu nedenle, Hart'ın çalışmasında, onu hem normatif pozitivizmle bağdaştıran hem de bunun aksini gösteren ifadeler olduğu için Julie Dickson'ın Hart'ın mesele hakkındaki farklı görüşlerini "dikkat gerektirici" olarak nitelemesine güvenerek Hart'ın pozitivizm görüşünü tasvirî ya da normatif olarak tanımlamaktan kaçınmak tercih edilebilir (Julie **Dickson**, "Is Bad Law Still Law? Is Bad Law Really Law?", in *Del Mar & Bankowski*, op. cit. note 15, pp. 161-83, at p. 164). Dolayısıyla Hart'ı normatif bir pozitivist olarak nitelendirmek sorgulanabilir ise de onun pozitivizminin tamamen tasvirî olduğu iddiası da aynı şekilde sorgulanabilir.

munu desteklemeye yarayabilir (Bentham), hukuka karşı gerekli bir mesafe koymayı veya hukuku onaylamamayı teşvik edebilir (Lyons³⁵), hukukun işlevlerinin daha fazla takdir edilmesini teşvik edebilir (Waldron). Her ne sebeple olursa olsun bu konumda duranlar, pozitivistin kendiliğinden ortaya çıkmaktan ziyade bir toplum tarafından seçildiğine inanmaktadırlar. Ve bunlar bir teorisyenin, alternatifler arasından pozitivistin seçmesinin tasvirî açıdan isabetli olmaktan başka bir amaç için daha iyi olduğu noktasında sebepler sunarlar.

Waldron ve diğerlerinin normatif pozitivistin, kurumsal bir tasarım değil, hukuk anlayışına ilişkin bir programdır. Belki Postema için ve kesinlikle Campbell için olmasa da,³⁶ en azından Waldron için pozitivistin, hüküm vermekle, hükmi olmayan hukuki kararların nasıl alınması gerektiğiyle veya daha iyi kararlar üretmek için hukuki kurumların nasıl tasarlanması gerektiğiyle ilgili değildir. Bu nedenle kavramsal pozitivistin tek gerçek pozitivistin olduğuna inananların, herhangi bir hüküm veya hukuki karar verme teorisine “pozitivistin” etiketini vurmaya şiddetle itiraz edeceklerinin farkında olarak, normatif pozitivistin, kararsal pozitivistin (*decisional positivism*) diyebileceğimiz şeyden ayırt edilmelidir.³⁷ Ancak bu itirazı geçici olarak paranteze alabiliriz, çünkü ilerleyen bölümlerde odak noktamızı bu konu oluşturacaktır. Şimdilik, kararsal pozitivistin (bazıları

35 David B. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory: Essays on Law, Justice, and Political Responsibility* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), pp. ix-x (Lyons burada daha sonraları sorgulamaya başladığı pozitivistin olan sempatisini şu inancına dayanarak açıklar: Pozitivistin, “hukukun hak ettiği saygıya vücut verdi”). Ayrıca bkz. Frederick Schauer, “Positivism Through Thick and Thin,” in Brian Bix ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), pp. 65-78; Frederick Schauer, “Positivism as Pariah,” in Robert George ed., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 31-56; Frederick Schauer, “Fuller’s Internal Point of View,” *Law and Philosophy*, vol. 12 (1994), pp. 285-312.

36 See Campbell, op. cit. note 9, at pp. 41-68.

37 Örneğin yukarıdaki teorisyenlere ve alıntılara bakınız, op. cit. note 17. See also Green, op. cit. note 8, p. 1036 (“Hukuki pozitivistler tavsiyede bulunmuyorlardı. Hukukun doğasını anlamlandırmaya çalışıyorlardı”).

formalizm diyebilir),³⁸ hukuki kurumların ve hukuki karar alma süreçlerinin tasarımı hakkında bir görüş olduğunu söylemek yeterlidir.³⁹ Özellikle normatif yönüyle bu görüş, nispeten kesin kurallara dayanan kurumlar yaratma, yargısal takdiri asgari seviyeye indirme, yani yargıçların hukuk yaratma yetkilerini ve diğer hukuk-uygulayıcılarının takdir yetkililerini sınırlandırma, karar vericileri kolayca tanımlanabilir belirli kaynaklarla kısıtlama, genel olarak yargısal otoriteyi sınırlandırma ve öngörülebilirliği destekleme arayışı içerisindedir.⁴⁰ Dolayısıyla kararsal pozitivizm, pozitif hukukun hukuki karar vermedeki rolüyle ilgili bir görüştür ve bu görüşe pozitivist nitelemesini vermeyi haklı çıkaran şey de tam olarak hukukun açık ve kesin biçimde belirlenmiş olmasıdır. Bentham kararsal pozitivist görüşlere açıkça sahipti ve Austin ona göre daha net ve ses getirecek biçimde olmasa da kodifikasyonla ilgili olumlu görüşleriyle Bentham'la aynı tarafta yer almıştır.⁴¹ Nitekim Postema'nın yukarıda belirtilen nitelemesini en iyi açıklayan şey tam da kararsal pozitivizmdir.⁴²

38 See **Sebok**, op. cit. note 19. On form and formalism more generally, see Robert S. **Summers**, *Form and Function in a Legal System: A General Study* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

39 David **Dyzenhaus** (op. cit. note 13), burada betimlediğimle aynı çevrede olan "yargısal pozitivizm (judicial positivism)" dediği şeyin bir açıklamasını ve savunusunu geliştirir. Ancak hukuki uygulama, yürürlük ve yorumlamaya ilişkin bütün kararlar veya en önemli kararlar yargıçlar tarafından veriliyor demek için bir sebep yoktur. Ayrıca kullandığım terim, bir pozitivistin hukuki aktörlerin nasıl davrandıkları veya davranmaları gerektiğine dair teorinin yalnızca yargıçlarla sınırlı olmadığını göstermeye çalışmaktadır.

40 Şunu da hatırla tutmak gerekir (pace Marmor, op. cit. note 8): Kararsal pozitivist, bir yargıcın ahlaki ya da başka türlü görevleri hakkında bir görüşe sahip olmak zorunda değildir. Kararsal pozitivizm, her şeyden önce, hukuki karar verme kurumlarının tasarımına ilişkin bir görüştür. Yargısal karar alma konusunda pozitivist (ya da Benthamcı) görüş, yargıcın bakış açısından, pozitif hukukla çeliştiğinde bu ahlaki yargılara güvenmek doğru olsa bile, bir yargıcın kendi ahlaki yargılarına güvenmesini yaptırımlar yoluyla ya da başka bir şekilde engellemeye çalışır.

41 John **Austin**, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law* (Robert Campbell ed., New York: James Cockroft & Co., 1875), vol. II, pp. 108-35 (¶¶ 932-969) (Lecture XXXIX, parts I & II). See also Eira **Ruben**, "John Austin's Political Pamphlets 1824-1859," in Ellspeth Attwooll ed., *Perspectives on Jurisprudence* (London: Rowman & Littlefield, 1977), pp. 20-41.

42 Bkz. note 14, op. cit.

Bentham tarafından açıkça örneklendiği gibi, kararsal pozitivistin normatif bir ajandası bulunmaktadır, fakat bu ajandanın maddi (*substantive*) ahlaki veya politik hedeflere sahip olması gerekmediğini vurgulamakta fayda var. Bentham, “evrensel hukuk bilimi” (*universal jurisprudence*) terimini münhasıran hukuk formuna ilişkin sorunlara atıfta bulunmak için kullanmıştır.⁴³ Bentham’ın hukuki formla ilgili kaygıları büyük ölçüde maddi reformlara hizmet etmek için olsa da teoride, kodifikasyon, formalizm ve yargısal takdir konusunda kararsal pozitivist bir görüşü farklı zamanlarda ve farklı yerlerde farklı maddi sebepler için veya hiçbir maddi sebep olmaksızın tercih etmek mümkündür. Hatta bir kimse hukuk sisteminin reforma uğraması gerektiğine inanmadan, basitçe hukuk sistemindeki hukukun uygulanması, icrası ve yorumlanması konusunda hâlihazırdaki yaklaşımı desteklemek için de kararsal pozitivist alternatiflerine tercih edebilir.

Kararsal pozitivistlere yönelik bahsi geçen nitelikleme onu normatif olarak tarif eder, ancak kararsal pozitivistin aynı zamanda tasvirî bir yönünün olduğu da söylenebilir. Tasvirî yönüyle kararsal pozitivist; bir hukuk sistemini, örneğin common law yerine yazılı kanunlara dayandığı ölçüde, bu kanunların muğlak olmaktan ziyade kesin olduğu ölçüde, kanuni yorumlamayla ilgili formalist bir yaklaşım benimsendiği ölçüde,⁴⁴ yargısal takdir yetkisi sınırladığı ölçüde ve makbul hukuki kaynaklar makbul sosyal kaynaklar dizisinin nispeten küçük bir kısmını oluşturduğu ölçüde pozitivist olarak nitelendirir. Pozitivist bir tasvir olarak veya hukuk sistemlerini tasvir etmede bir ölçek olarak kullanmak, hukukun kurumsal tasarımını pozitivist bir yaklaşımla ele alma konusunda istekli olmayı zorunlu kılmaz. Örneğin, yazılı kanunlara katı biçimde dayalı bir hukuk sistemi, böyle bir sistemin kötü bir fikir olduğunu düşünen biri tarafından bile pozitivist olarak tanımlanabilir. Benzer şekilde, belirli bir hukuk sistemine uygulandığında tasvirî açıdan isabetsiz olduğuna inanan biri tarafından bile, hukuki karar vericilerin görevlerini, daha geniş politika, ahlak ve pragmatizm gibi kavramlardan ziyade, kaynağı belirli ve sınırlı bir dizi hukuki materyale dayalı olarak ifa etme olarak anladıkları bir yaklaşım da

⁴³ Bkz. **Postema**, op. cit. note 11, at pp. 304-08.

⁴⁴ Bkz. Frederick **Schauer**, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009), pp. 29-34, 148-70, 228-29; Frederick **Schauer**, “Formalism,” *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), pp. 509-41.

pozitivist olarak tanımlanabilir. Örneğin Dworkin, Hakları Ciddiye Almak adlı eserindeki örneği pozitivist olarak tanımlarken, aklında olan şey kararsal pozitivizm olmalıydı. Zira Riggs v. Palmer'daki muhalif görüşün⁴⁵ pozitivist olarak nitelenmesine imkân verecek olan sadece kararsal pozitivizmdir ki bu durum Dworkin'in pozitivizmin yargısal karar vermede kaynağı belli olmayan ahlaki ilkelere çok az yer verdiği görüşünü açıklayabilir.

Dolayısıyla, kararsal pozitivizm hem normatif boyuta hem de tasvirî boyuta sahiptir. Normatif açıdan, yargıçların, polis memurlarının ve diğer hukuk görevlilerinin takdir yetkisini asgariye indirecek şekilde hukuk sistemlerinin tasarlanması gerektiği iddiası bulunmaktadır. Tasvirî açıdan ise fiili hukuk sistemlerini nitelemede kullanılabilir bir ölçüttür. Bu nedenle, tasvirî açıdan, herhangi bir gerçek civil law ülkesinden (*civil law country*) ziyade Bentham'ın özlemine çektiği amacını daha iyi örnekleyen civil law ideali (hatta klişesi demek daha uygun olabilir), mutlak kararsal pozitivizmin (*extreme decisional positivism*) uç noktasını oluşturabilir. Diğer taraftan common law yöntemleri, araçsalcılık (*instrumentalism*) ve anti-formalizm tarafından yayılan ve tartışmalı bir şekilde günümüzün Amerika Birleşik Devletleri'nde desteklenen bir hukuk sistemi, minimal kararsal pozitivizm (*minimal decisional positivism*) olarak diğer uç noktayı oluşturabilir.⁴⁶ Böylece, normatif olmayan yönüyle kararsal pozitivizm, formel hukuki kaynak metinlerinin hukuki kararları ne ağırlıkta kısıtladığı hakkında ve bu kaynaklar dizisinin ne kadarının bütün sosyal kaynakların bir alt kümesi olarak sınırlanıp, içeriğe göre değil de kaynağına

⁴⁵ 22 N.E. 188 (N.Y. 1889).

⁴⁶ Bkz. P.S. **Atiyah** & R.S. **Summers**, Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions (Oxford: Clarendon Press, 1987); Richard A. **Posner**, Law and Legal Theory in England and America (1996); Robert S. **Summers**, Instrumentalism and American Legal Theory (Ithaca, New York: Cornell University Press, 1982). Amerikan araçsal ve anti-formalist geleneğin ikonik eserleri arasında şunlar yer alır: Guido Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982); Lon L. **Fuller**, The Morality of Law (New Haven: Yale University Press, rev. ed. 1969); Henry M. **Hart**, Jr. & Albert M. Sacks, The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law, ed. William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey (New York: Foundation Press, 1994); Oliver Wendell **Holmes**, Jr., "The Path of the Law," Harvard Law Review, vol. 10 (1897), pp. 457-78; Karl N. **Llewellyn**, The Common Law Tradition: Deciding Appeals (Boston: Little Brown, 1960).

göre tanımlandığı hakkında bir ölçek veya çift değişkenli olmayan bir ölçüttür.

III. NORMATİF POZİTİVİZMİN ÇOKLU BAKIŞ AÇISI: KISA BİR PARANTEZ

Akademisyenler, kavramsal pozitivistimin salt tasvirî iddialardan oluşmasının mümkün olup olmadığını bile tartışmışlardır.⁴⁷ Oysa normatif pozitivism, tasvirî kavramsal pozitivistimin imkânsızlığını zorunlu kılmaz ve normatif pozitivistimin arzu edilirliliği bunun kaçınılmaz olduğu anlamına gelmez. Değerden bağımsız bir şekilde keşfetmek ve tasvir etmek mümkün olsa bile, bu şekilde tasvir edilen bir hukuk kavramının onay alması veya kınanması, teşvik edilmesi veya sınırlanması, değiştirilmesi veya sürdürülmesinin gerekip gerekmediği hakkında düşünmek yine de kayda değerdir. Hukuk kavramının toplumsal olarak inşa edilmiş ve dolayısıyla değişmez olmayan doğasını kabul ettiğimiz sürece,⁴⁸ o toplumsal yapının ürünü hakkında hangi tutuma sahip olunacağını (ve bu tutum ekseninde hangi eylemlerin gerçekleştirileceğini) düşünmek, hatta zamanın herhangi bir anında neyin inşa edildiğini tanımlayabilmek teorisyenin veya vatandaşın değerlendirmesine açıktır.⁴⁹ Neticede, normatif pozitivistimin ardındaki iddialar ve benzer şekilde, kararsal pozitivistimin normatif versiyonunun ardındaki iddialar üzerinde kafa yormak yararlıdır. Bu nedenle, normatif pozitivism hakkında, kısmen konu dışına çıkıp şu olguya özel atıfta bulunarak birkaç şey daha söylenebilir: Normatif olmanın ne olduğu, kimin normatif olacağı ve bunların ne hakkında normatif olması gerektiği konusu ilgili yazında açık biçimde ortaya konmamıştır.

Dolayısıyla, normatif, “olandan” ziyade “olması gerekenin” alanına girse de soru kimin neyi yapması gerektiği hususunda ortaya çıkmaktadır.

⁴⁷ Örneğin şunlarla karşılaştırınız: Julie **Dickson**, *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing, 2001); **Marmor**, op. cit. note 8; Joseph **Raz**, “Can There Be a Theory of Law,?” in Golding & Edmundson, op. cit. note 8, pp. 324-42; Philip **Soper**, “Choosing a Legal Theory on Moral Grounds,” *Social Philosophy and Policy*, vol. 4 (1986), pp. 31-48; Wilfrid J. **Waluchow**, op. cit. note 26, pp. 86-98, with Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006), pp. 140-240; **Finnis**, op. cit. note 32, pp. 3-22; **Perry**, op. cit. note 32.

⁴⁸ Bkz. Leslie **Green**, *The Concept of Law Revisited*, Michigan Law Review, vol. 94 (1996), pp. 1687-1717, at pp. 1687-92.

⁴⁹ Önceki cümleler, Schauer’in argümanını özetlemektedir (**Schauer**, op. cit. note 34).

Örneğin Waldron'un, normatif pozitivizmi ileri sürerken, hukukun pozitivist bir şekilde anlaşılmasını mı talep ettiği veya diğer hukuk teorisyenlerinin hukuku pozitivist bir şekilde anlaması gerektiğini mi öne sürdüğü, yoksa hukuk teorisyenlerinin hukuku pozitivist bir şekilde anlamaları için iyi sebeplere sahip olduklarını mı açıkladığı yahut toplum için hukuku pozitivist tarzda anlamının ve hukuku böyle tasvir etmenin daha iyi olacağını mı düşündüğü tamamen açık değildir. Bu yaklaşımların hepsi imkân dâhilinde olmakla birlikte geliştirilen normatif iddiaların doğasını anlamak da önemlidir.⁵⁰

Buna göre Hart, Fuller'la tartışırken normatif bir duruş sergiliyorsa ve buna itiraz ediliyorsa,⁵¹ benimsediği normatif duruş, toplumun hukuku pozitivist tarzda anlamasının daha iyi olacağı şeklindedir. Bunun nedeni ise hukuk ile ahlakın birbirinden farklı olması değil, bunları farklı olarak anlamının, kötü yasalara itaatsizlik konusunda toplumsal iyiliği güçlendirecek olmasıdır. Bu görüşte bir hukuk kavramının toplum tarafından inşa edildiği ve şu ya da bu şekilde inşa edilebileceği varsayımı örtülü olarak yer almaktadır. Yapılan tercih bu denli aşikârken, Hart'ın normatif pozitivizmini toplumun hukuk hakkında belirli bir anlayışa sahip olması için bir savunma⁵² ve bu hukuk anlayışı bakımından, hukukla ahlakın ayrı normatif alanlar olarak kavramsallaştırılması olarak görmek mümkündür.

Alternatif olarak, diğer normatif pozitivistler, (Bentham buna iyi bir örnektir) tıpkı Bentham'ın kısmen Blackstone'a ve ondan etkilenmiş olabilecek kişilere görüşlerini yöneltmesi gibi, pozitivizm hakkındaki görüşlerini teorisyenlere (*theorists*) ve yorumculara (*commentators*) yöneltiyor olabilirler. Bu tür normatif pozitivistler, teorisyenlerin ve yorumcuların bazı araçsal nedenlerle (belki hukuki reform çabalarını daha etkin motive

50 Kıymetli bir tartışma için bkz: Stephen R. Perry, "The Varieties of Legal Positivism," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 9 (1996), pp. 361-88. Ayrıca Leslie Green'in metodolojik ve nesnel ayrımlara ilişkin iddiaları için bkz. Green, op. cit. note 5, at pp. 1038-39.

51 Bkz. op. cit. note 35.

52 Bu savunmanın herhangi bir doğrudan etkisi olacağını varsaymak abartılı olurdu, ama aynı şey neredeyse tüm ahlak ve siyaset felsefesindeki normatif yaklaşımlar için de söylenebilir. Normatif ahlaki, politik ve hukuk felsefesi girişimleri, felsefi ilerlemenin nihayetinde ve kümülatif olarak sosyal değişime dönüşebileceği inancına dayanır. Fakat sadece bu girişimlerin kuruntulu katılımcıları, bu değişimin kısa vadede ya da herhangi bir teorisyenin çabası sonucu gerçekleşeceğine inanır.

etmek veya sadece düşüncelerini netleştirmeye yardımcı olmak için) pozitivist olmaları gerektiği konusunda tercihte bulunacaklardır. Yine de bu normatif duruş, teorisyenleri ve yorumcuları tasvirî doğruluk dışındaki nedenlerle pozitivismi seçmeye, desteklemeye, onaylamaya veya teşvik etmeye yönlendiren duruştur.

Normatif pozitivism ve kararsal pozitivismin bir boyutu normatif duruşlar olarak karşımıza çıktığı için, bu yaklaşımların çeşitli versiyonlarındaki normatif düşünceyi konumlandırmak önem arz etmektedir. Hiçbir farklı düşünce ya da bakış açısı mutlak biçimde bir diğerinden üstün değildir. Yine de burada tartıştığım normatif odaklı pozitivismler dâhil olmak üzere, herhangi bir normatif duruşu tartışılan görüşlerin kaynağını, hedefini ve öznesini kavramadan anlamak zordur.

IV. BENTHAM'IN VE AUSTIN'İN AJANDASI

Kavramsal öncelik ve nedensellikle alakalı felsefi konulara girmeden önce, büyük ölçüde tarihsel olan bir araştırma yapmak yararlı olacaktır. Nitekim Bentham'ın, hiçbirini “pozitivist” olarak nitelemese de pozitivismin yukarıda açıklanan üç boyutuna birden katıldığını bilmekteyiz. Bununla birlikte, nitelendirmeler bir yana, Bentham bir normun hukuki olarak varlığının ve tasvirinin, onun ahlaki statüsünden veya arzu edilirliliğinden ayırt edilmesi gerektiğine inanmaktaydı. Dolayısıyla onun hukuk ve ahlakın ayrı olduğuna onay vermesiyle ilgili pek az şüphe bulunmaktadır. Üstelik Bentham, yalnızca hukuk ve ahlakın ayrılabilirliğini onaylamamıştı. Bentham, sürekli rahatsız etse bile, çoğu kez insanlar bunu fark edemeseler de ahlakla pozitif hukukun gerçekte de ayrı olduğuna inanmaktaydı. Hukukla ahlakın ayrı olmasının ne anlama geldiği sıklıkla tartışmalıdır ve basit olmaktan uzaktır, ama Bentham'ın hukuk ve ahlakı farklı düşünce alanları olarak gördüğüne dair çok az şüphe bulunmaktadır. Ve böylece Bentham'ı yukarıda açıklanan pozitivism versiyonları açısından nitelemeye çalışırsak, Bentham'ın kavramsal bir pozitivist olduğu sonucu çok az dikkat çekmelidir.⁵³

⁵³ Kavramsal ve normatif pozitivismin birbirini dışlayıp dışlamadığı hakkındaki ilginç metodolojik soruyu parantez içine alıyorum. Kavramsal pozitivist, normatif inançlara sahip olmadan veya öyle bir varsayımda bulunmadan tanımlanabilecek, önceden var olan bir kavram olduğuna inanıyorsa; ve eğer normatif pozitivist, bir hukuk kavramı inşa etmenin normatif düşüncelere dayanması gerektiğine inanıyorsa, o halde bu ikisi bağdaşmaz. Ancak bir kimse kavramlar normatif olmasa da normatif nedenlerle kavram yaratılabileceğine inanıyorsa veya insanların normatif olmayan kavramları

Oysa Bentham'ın ve büyük ölçüde Austin'in kavramsal pozitivizmi, tarafsız gözlemciliğin bir fonksiyonundan ibaret değildi. Her ikisi de hukuku ahlaktan ayırmada tasvirî olmayan bir nokta olduğuna ve bu noktanın hukuk reformunu kolaylaştırmak olduğuna inanmakla normatif ve aynı zamanda kavramsal pozitivisttiler.⁵⁴ Elbette Bentham mevcut hukukun hem detaylarına hem de bütününe karşı şiddetli bir eleştirmendi. Mahkemenin yaptığı hukuk ve usul hukukunun tamamı gibi, common law da onun için lanetliydi⁵⁵ ve bu örnekler Bentham'ın eleştirisinin ölçüsünü göstermektedir. İngiliz hukukuna olan itirazları, hukukun büyük kısmına (belki de tamamına) yönelikti. Olan hukuk ve olması gereken hukuku birbirinden ayırmak, böylece hukukla ahlakı ayırmak, Bentham için İngiliz hukuk sisteminin içeriğini ve yapısını değiştirmek bakımından temel teşkil etmekteydi. Ayrıca ve özellikle mevcut bağlamla ilgili olarak, Bentham'ın normatif ajandası, kavramsal veya tasvirî programına tabi değildi. Aksine, olan hukukla olması gereken hukuku ayırmayı önemli kılan şey onun normatif ajandasıydı. Motivasyonuna bakıldığında (elbette bu, mantıksal veya kavramsal öncelikle aynı anlama gelmez), Bentham'ın kavramsal pozitivizmini normatif nedenlerle geliştirdiğine pek şüphe bulunmamaktadır.

Bariz bir şekilde bazı salt tasvirî hedefleri olan Austin'e gelince, durum o kadar net görünmemektedir. Fakat Austin'in de kapsamlı bir hukuki reform ajandası⁵⁶ vardı ki olan hukukla olması gereken hukuku ayırmanın avantajlarını, tasvirî doğruluk dışındaki nedenlerle açıklamaktaydı.⁵⁷ Zira

tanımlamak ve vurgulamak için normatif nedenleri olabileceğine inanıyorsa, o halde normatif ve kavramsal pozitivizm birlikte var olabilir ve burada Bentham hakkında yaptığım tek şey bu mütevazı iddiadır.

54 “ve aynı zamanda” ibaresi önem arz etmektedir. Coleman, hukuki pozitivizmi “bazı pozitivistlerin, özellikle Bentham'ın sahip olabileceği program veya normatif saikler” ile “karıştırmaya” karşı uyarıda bulunur, (“Negative and Positive Positivism”, a.g.e. cit. not 3). Ama ben kavramsal ve normatif pozitivizmin farklı olduğunu zaten inkâr etmiyorum. Coleman'ın, yalnızca ilkinin “pozitivizm” olarak adlandırılma hakkına sahip olduğu iddiasına karşı çıkıyorum ve ikincisinin (“belki” kelimesine dikkat edin) olumsal ve ikincil olduğu konusundaki görüşünü sorguluyorum, bu ikisinin birbirinden farklı olduğunu ise rahatlıkla kabul ediyorum.

55 Bkz. William **Twining**, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1985).

56 Bkz. **Rumble**, *The Thought of John Austin*, op. cit. note 54.

57 **Rumble**, *ibid.*

normatif hukuki reform fikirlerinin kendi hukuk teorisi tarafından desteklendiğine ve bu hukuk teorisinin köklerini kendi faydacılığında aldığına inanmaktaydı.⁵⁸ Ayrıca, kodifikasyon üzerine daha sonra yazdıkları özellikle güçlü bir normatif tarafın varlığını göstermekteydi.⁵⁹ Dahası, Austin'in normatiflikle ilgili olmayan itibarının, bazı halefleri (özellikle Thomas Erskine Holland) tarafından kısmen körüklendiğine inanmak için sebepler bulunmaktadır. Nitekim haleflerinin Austinci fikirleri yorumlama şekli, Austin için tasvirî olanla birlikte var olan normatif yönleri ortadan kaldırmıştır.⁶⁰

Normatif pozitivizmden kararsal pozitivizme ve Bentham'a geri dönersek, reform önerilerinin onun aynı zamanda kararsal bir pozitivist olduğunu ortaya çıkardığını görmekteyiz. Yargıçlar hakkında iyi bilinen küçümseyici bakışı somutlaştırıldığında Bentham, yazılı kanunların, civil law'un baskın olduğu ve yargıcın takdir yetkisinin en aza indirildiği bir hukuk sisteminin savunucusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, Bentham'ın yazılı kanunlarının özelliklerinden biri, somut davalarda yargıçların ve diğer hukuki karar vericilerin siyasi, politik, ekonomik veya ahlaki yargıda bulunmalarını engellemeye çalışmasıydı. Yargısal karar verme davranışı, yazılı kanunlardaki terimlerin olağan anlamlarını belirli davalardaki olgulara uygulamakla, lafzi olarak açık yazılı kanunları belirli

58 “Analitik pozitivizm, ilk olarak, hukukun buyruk ya da emredici teorisine dayanır. Bu, usulüne uygun olarak oluşturulmuş siyasi otorite tarafından, İngiltere örneğinde, egemen Parlamento tarafından ortaya konan hukuktur ve hukuk olan sadece bundan ibarettir. Hukukun buyruk teorisinden, yargıçların yasa yapma işinin olmadığı, çünkü bu yasama organının işi olduğu ve yargıçların bunu yapması yasa koyucunun işlevlerini gasp etmek olacağı şeklindeki normatif bir önerme türetilmiştir.” Edward **McWhinney**, “English Legal Philosophy and Canadian Legal Philosophy,” McGill Law Review, vol. 4 (1958), pp. 213-41, at p. 226. Austin'in yargı tarafından yaratılan hukuku reddettiği konusunda McWhinney ile aynı fikirde olmasa da Austin'in biyografisini yazan W.L. Morison, Austin'in tasvirî ve kavramsal iddialarından karar vermeye ilgili yukarıdaki gibi bir görüş türetilmesinin, diğer on dokuzuncu yüzyıl analitik hukuk felsefecilerinden çok Austin için geçerli olduğuna karşı çıkmaz. (W.L. **Morison**, “Some Myth About Positivism,” Yale Law Journal, vol. 68 (1958), pp. 212-233).

59 **Austin**, Lectures on Jurisprudence, op. cit. note 42.

60 Bkz. **Morison**, op. cit. note 54, at p. 152.

olaylara uygulamak şeklinde sınırlandırılmıştı. Böylece istenen hukuki sonuçlara neredeyse tamamen ulaşılabilecekti. Ahlaki soruları belirlemek ise açıkça sürecin bir parçası değildi.⁶¹

Austin, mahkemenin yarattığı hukuka (*judicial legislation*) Bentham'a göre çok fazla olmasa da daha ılımlı yaklaşıyordu. Mahkemenin yarattığı hukukun var olup olmadığı ve bunun hukukun bir parçası olup olmadığı konusunda keskin bir şekilde farklılaşmışlardı. Austin, mahkemenin yarattığı hukukun varlığına ve hukuk olarak statüsüne inanmakta iken⁶² Bentham mahkemenin yarattığı hukukun hiçbir şekilde hukuk niteliğini taşımadığına inanmaktaydı. Bununla birlikte, mahkemenin hukuk yaratmasının arzu edilirliliğiyle ilgili olarak Austin'in görüşleri zamanla değişime uğramıştır. "Province of Jurisprudence Determined" (*Hukukun Belirlenmiş Alanı*) adlı eserinde Austin yargılama ve yargıcın yarattığı hukuk (*judge-made law*) hakkında çok az şey söylemiştir. Fakat yargıçları "ürkek, dar, parça parça" ve "muğlak, kuşkulu ifadeler altında" hukuk yaratmakla eleştirirken bile yargıçların hukuk yaratmasını "son derece faydalı, hatta kesinlikle gerekli"⁶³ olarak nitelendirmekteydi. Oysa Austin dikkatini doğrudan kodifikasyonlara çevirdiğinde, sadece genel olarak yasamaya dayalı kodifikasyonları desteklemek için kapsamlı bir şekilde yazmakla kalmamıştır. Aynı zamanda özellikle "içtihat hukukuna içkin kötülükler" göz önüne alındığında, kodifikasyonu "elverişli bir çözüm" olarak nitelendirerek uzun uzadıya tartışmıştır.⁶⁴ Bu nedenle Austin'in mahkemenin yarattığı hukuku eleştirmediği görüşü, Austin'in yazılarının incelenmesiyle veya yaşamı boyunca gelişen kodifikasyon hareketini aktif olarak desteklemesiyle ve bu harekete katılmış olmasıyla tezatlık oluşturmaktadır. Austin, kodifikasyonu desteklemekte, mahkemenin yarattığı hukukun ve parlamentonun yaptığı hukukun spesifik ve takdir sınırlayıcı olması gerektiğine inanmaktaydı. Ve en önemlisi, parlamentonun daha açık, kesin ve kapsamlı yasa yapması durumunda mahkemenin yarattığı huku-

61 Bentham'ın yargılama konusundaki görüşünün bu kaba ve basit nitelemesi, Postema'nın (op. cit. note 11) çok daha karmaşık ve titiz açıklamalarına yetişmez, fakat burada Bentham'ın yargı gücünün erdemleri hakkındaki genel şüpheciliğini vurgulamak yeterlidir.

62 Austin yasamanın verdiği yetki sayesinde bunun olabileceğine inanmaktaydı.

63 **Austin**, *Province*, op. cit. note 4, at p. 163.

64 **Austin**, *Lectures on Jurisprudence*, op. cit. note 42, pp. 108-35 (¶¶ 932-969) (Lecture XXXIX, parts I & II).

kun azaltılabileceğine ve azaltılması gerektiğine inanmaktaydı. Bentham'dan farklı olarak Austin, mahkemenin yarattığı hukukun gerçek hukuk olmadığına katılmamaktaydı ve bunun tamamen ortadan kaldırılabilmesine inanmıyordu. Ve yine Bentham'dan farklı olarak Austin, kodifikasyonun yeniden başlamak yerine mevcut hukuki ilkeleri pekiştirmesi ve netleştirmesi gerektiğine inanıyordu. Ancak eğer normatif kararsal pozitivizm, hem hukuk sūjelerinin hem de hukuku uygulayan, yorumlayan ve uygulayan hukuki karar vericilerin hukuk sistemi içerisinde ahlaka (veya politikaya) çok az başvurmaya ihtiyaç duyacak şekilde yapılandırmak gerektiğine ilişkin bir görüş ise, o halde Austin açıkça kararsal bir pozitivist olarak nitelendirilir. Zira ister kendi döneminde ister şimdi olsun Austin, Bentham'a common law'un destekçilerinden daha yakın bir yerde durmaktadır.

V. HUKUKİ POZİTİVİZMİN ÇEKİRDEK/TEMEL İNANÇLARI

Artık ortak paydada buluşan alanları ve anlaşmazlık alanlarını belirleyip özetleyebilecek durumdayız. Diğerlerinin yanı sıra Bentham ve Austin'in kavramsal pozitivizme, normatif pozitivizme ve kararsal pozitivizme onay verdikleri açıktır. Bunun tarihsel bir gerçeklik olduğu, normatif pozitivizm veya kararsal pozitivizmden birini hakiki pozitivizm olarak görmeye direnenler tarafından kategorik olarak reddedilmemektedir. Aksine, eleştirmenler, normatif ve kararsal pozitivizmin (ya da karar vermeyle ilgili herhangi başka bir görüşün) Bentham ile Austin'in düşünce ve çalışmalarının basitçe olumsal ya da tesadüfi özellikleri olduğunda ısrar etmektedirler.⁶⁵ Hukuki pozitivizmin hakiki temelinde yatanın ise kavramsal pozitivizm olduğu konusunda diretmektedirler. Eleştirmenlere göre hukuki pozitivizm, hukuk kavramı hakkında, hukukun doğası hakkında genellikle hukukla ahlakın kavramsal olarak ayrı veya bazılarına göre ayrılabilir olduğu şeklindeki⁶⁶ ayrılma tezinin (veya ayrılabilirlik tezi

⁶⁵ “Hukuki pozitivizm, hukuk hakkında kavramsal veya analitik bir iddiada bulunur ve bu iddia, belirli pozitivistlerin, özellikle Bentham'ın sahip olabileceği program veya normatif saiklerle karıştırılmamalıdır.” (Coleman, op. cit. not 8, s. 11).

⁶⁶ Örneğin bkz. Brian H. Bix, “Legal Positivism,” Martin P. Golding & William A. Edmundson, eds., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell Publishing, 2005), pp. 29-49, s. 31: “Hukuki pozitivizm, hukukun doğası hakkında bir teoridir, kendini nitelendirmek suretiyle tasvirî veya kavramsal bir teoridir. Hukuki pozitivizm, belirli uyumsuzlukların nasıl kararlaştırıldığı,

demek daha yerinde olabilir)⁶⁷ bir biçimini alan tasvirî bir iddiadan ibarettir. Bentham, Austin ve Hart'ın hukuku bu şekilde anlamının belirli siyasi, ahlaki ve kurumsal tasarıma ilişkin avantajları getirdiğine inanmaları da, hukuk kavramını tanımlarken hukukilik ile ahlakın ayrılabilirliğini tasvir etmenin neredeyse şansa bağlı bir yan etkisinden ibaretti. Ve Bentham ile Austin'in kodifikasyonu ve hukuki karar verme konusunda sınırlı bir alan anlayışını desteklemeleri de yine sadece bir tesadüften ibaretti veya daha adil olmak gerekirse, onların düşüncelerinin, pozitivizmlerinin analitik yönüyle bağlantılı olmayan bir özelliğinden ibaretti.

Ancak kavramsal pozitivizmin veya hukukun doğasına ilişkin bir iddianın hukuki pozitivizmin çekirdek/temel inancı (*core commitment*)⁶⁸ olduğu iddiası nasıl bir iddiadır? Bu belirsizliğini korumakta, çünkü bir şeyin “çekirdeği” oluşturmasının ne anlama geldiğine dair farklı görüşler bulunmaktadır. Ne de olsa çekirdek denilen şey genellikle belirginlik, önem veya teorik merkezilik kavramlarını yakalamak için kullanılan ve genellikle uygun olmayan uzamsal bir metafordur ki bu yüzden çekirdeğin/temelin bir elmanın en önemli parçası olduğu veya bilimsel olarak yer kürenin en önemli parçası olduğu apaçık değildir. Bir şeyin fiziksel olmayan bir şekilde temelde olduğunu söylemek, daha fazla açıklamaya ihtiyaç duyan araçsal bir iddiada bulunmak demektir. Eğer bu iddia tarihsel ise ve pozitivizmin tarihsel temelini bulmak büyük ölçüde motivasyonun ne olduğuna veya belirli bir sorunun belirli insanlar için önemine ya da ağırlı-

metinlerin nasıl yorumlandığı veya kurumların nasıl düzenlendiği konusunda amaçlara sahip değildir.” Bix, pozitivizmin “belirli çalışma biçimlerinin nasıl işlemesi gerektiği, bunların nasıl değerlendirilmesi veya reforme edilmesi gerektiğine dair” söyleyecek bir şeyi olmadığını söylemeye devam eder. Ayrıca, “Pozitivizm bir hukuk teorisi iken formalizm bir hüküm teorisi. Pozitivizm hukuk teorisiyse, buradan hüküm teorisi hakkında önemli bir şey çıkmaz.” **Leiter**, op. cit. not 8, s. 1149.

67 Veya Sosyallik Tezinin (bazen Kaynaklar Tezi de denilebilir) bir çeşidi, hukuk olarak sayılan şeyin bir toplumsal olgu sorunu olduğu görüşüdür: **Leiter**, op. cit. not 8, s. 1141; **Raz**, “Legal Positivism and the Sources of Law”, Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), pp. 37-52.

68 Konuyu hukuki pozitivizmin “çekirdek inançları” açısından nitelemek yaygın bir biçimde görülmektedir. Örneğin bkz. Kenneth Einar **Himma**, “Substance and Method in Conceptual Jurisprudence,” *Virginia Law Review*, vol. 88 (2002), pp. 1119-1227, at p. 1152; Andrei **Marmor**, op. cit. note 8, at p. 685; Scott **Shapiro**, “Law, Morality, and the Guidance of Conduct,” *Legal Theory*, vol. 6 (2000), pp. 127-53, at pp. 127, 129.

ğına ilişkin bir araştırmaysa, o halde, yukarıda tartışıldığı gibi, hukuki pozitifizmin “temelinde” kavramsal pozitifizmin değil, kararsal veya normatif pozitifizm olduğunu inkâr etmek zordur. En azından Bentham, Austin ve o kuşaktaki çoğu kişi tarafından anlaşıldığı haliyle durum böyledir.

Kavramsal pozitifizmin tarihsel olarak pozitifizmin çekirdeğini oluşturduğunu iddia edenler, Austin’in kimi zaman münhasıran tasvirî motivasyonlarından bir ölçüde destek bulabilirler. Oysa iddiaları tipik olarak felsefidir ve tarihsel değildir. Daha spesifik olarak, hukuki pozitifizmin çekirdek inancının ayrılabilirlik hakkında kavramsal bir iddia olduğu görüşüne katılanlar, kavramsal pozitifizmin hem normatif hem kararsal pozitifizmin zorunlu bir koşulu olduğunu, dolayısıyla mantıksal ve felsefi olarak bu ikisinden önce geldiğini iddia ederler. Bu görüşe karşı Waldron, normatif pozitifizm tarafından önvarsayılan tek kavramsal pozitifizmin, Aquinas ve Austin tarafından kabul edilen zayıf bir pozitifizm olduğu ve tartışmanın çok ötesinde olduğu konusunda ısrar etmiştir.⁶⁹ Ve Postema, kavramsal pozitifizmi normatif pozitifizmin zorunlu koşulu olarak ele almanın, genel olarak kavramların toplumsal doğasına ve özel olarak hukuk kavramına pek uymayan bir kavram ve dil görüşüne dayandığını iddia etmektedir.⁷⁰ Waldron ve Postema pekâlâ haklı olabilir, ama kendi ulaşacağım sonuç bakımından işleri olabildiğince zorlaştırmak için onların argümanlarının başarısız olduğunu varsayalım. Ve varsayalım ki hukukla ahlakın kavramsal olarak ayrılmasını normatif olarak teşvik etmek için hukukla ahlakın kavramsal olarak ayrılma olasılığı mantıksal bir ön koşul oluşturmaktadır. Ve ayrıca, hukuk ve ahlakın mevcut kavramsal ayrımının, Bentham, Austin ve diğerlerinin teşvik ettiği türden yargılama rejimini geliştirmek için mantıksal bir ön koşul olduğunu varsayalım. Böylece, yukarıda ana hatları çizilen üç pozitifizm çeşidinin birbiriyle mantıksal ve doğrusal bir ilişki içinde olduğunu; kavramsal pozitifizmin normatif ve tasvirî pozitifizm için bir önkoşul olduğunu, normatif pozitifizmin de kararsal pozitifizmin bir önkoşulu olduğunu varsaymaktayım. O halde tarihin değil de felsefenin bir meselesi olarak ele aldığımızda sorun, birincisine hukuki pozitifizmin temeli olarak, ikinci ve üçüncüsüne ise “pozitivist” sıfatını hiç hak etmeyen salt olumsal yan ürünler olarak muamele edip edemeyeceğimizle ilgilidir. Eğer kavramsal pozitifizmin doğ-

⁶⁹ Waldron, op. cit. note 12.

⁷⁰ Postema, op. cit. note 11.

ruluğu, normatif pozitivizmin ve üzerinde gerekli değişiklikler yapıldığında kararsal pozitivizmin de zorunlu bir koşulu ise, o halde kavramsal pozitivizm pozitivizmin temelidir, normatif ve kararsal pozitivizm olsa olsa türetilmiş pozitivizm, kıyas yoluyla pozitivizm veya basitçe pozitivizmden sapmaktan başka bir şey değildir.

Bu argüman, bir şey bir diğeri için zorunlu bir koşul olduğunda, ilkinin çekirdek kavram olduğunu ve ikincisinin yalnızca olumsal olduğunu önvarysayar. Ama neden böyle olsun ki? Doğal seleksiyon teorisini düşünün. Doğal seleksiyonun doğru olması için zihinden bağımsız bir fiziksel gerçeklik olmak zorundadır. Bazı çevrelerde tartışmalı olan bu epistemik nesnelcilik biçimi, evrimsel doğal seleksiyon teorisi için zorunlu bir koşuldur. Oysa zihinden bağımsız bir fiziksel gerçeklik iddiasını, doğal seleksiyon teorisinin basit bir önkoşulu ya da ön varsayımı olarak değil de çekirdek inancı olarak tasvir etmek, bütün teorinin amacını gözden geçirir. Doğal seleksiyon teorisi diğer herhangi bir bilimsel teori gibi tasvirî bir teori olsa da tasvirî bir teori veya açıklamanın da bir anlamı bulunmaktadır. Ve eğer tasvirî bir teorinin inandırıcılığını bazen tartışmalı olan kimi olgulara ve teorilere tabi kılsak, bunları önkoşullar olarak görürsek, tasvirî teorinin bu anlamını kaybetmiş oluruz. Bu bağlamda David Lyons'ın öne sürdüğü gibi, kavramsal analiz mantıken pekâlâ değerlendirmeden önce gelebilir,⁷¹ ancak mantıken önce gelenin daha önemli olduğu ya da bir temel oluşturmaya daha yakın olduğu pek açık değildir. Bunun için daha fazla argümana ihtiyaç vardır.

Önkoşulların, önkoşulu oldukları şeyden daha merkezi olduğu açık olmadığı gibi, mantıki ilişkilerin diğer ilişki türlerinden daha önemli olduğu da açık değildir. Kavramsal ve kararsal pozitivizm arasındaki ilişkinin ne mantıki ne de kavramsal olduğu doğrudur. Kavramsal bir pozitivist, benim kararsal pozitivizm olarak adlandırdığım şeyi pekâlâ reddedebilir ve buna formalizm diyebilir. Daha da önemlisi, hukuk ve ahlakın kavramsal olarak farklı olduğuna ve hukuki karar vericilerin sadece hukuka dayanarak karar vermesi gerektiğine inanabilir. Fakat hukuk ve ahlakın kavramsal olarak ayrı olduklarına inanarak, birisi hukuki karar vericilerin kararlarını verirken her ikisinden (hukuk ve ahlak) faydalanması gerektiğine yahut çatışma durumunda ahlakın pozitif hukuktan öncelikli görmek gerektiğine de inanılabilir. Bu nedenle hukukun doğasına ilişkin bir açıklama veya te-

71 David Lyons, "Founders and Foundations of Legal Positivism," Michigan Law Review, vol. 82 (1984), pp. 722-39.

ori olarak kavramsal pozitivizm, hiçbir şekilde yargıçların veya diğer hukuki aktörlerin ne yapması gerektiği konusunda bir görüş öne sürmeyi gerektirmemektedir.

Oysa mantıksal zorunluluk neden beklenen doğru ilişki türü olsun ki? A'nın B'nin zorunlu koşulu olması, A'nın mantıksal olarak B'yi zorunlu kıldığı anlamına gelmez. Dolayısıyla kavramsal pozitivizmin, kararsal pozitivizmin zorunlu bir koşulu olduğu gerçeği, onun (kavramsal pozitivizmin), kararsal pozitivizm dışındaki kimi alternatiflerin de zorunlu bir koşulu olabileceğini reddetmez. Kavramsal pozitivizm, pozitivizmin çekirdeğini oluşturur, çünkü hem kararsal pozitivizmin hem de kararsal gayri-pozitivizmin (*decisional non-positivism*) zorunlu bir koşuludur demek şu değerlendirmede bulunmaktadır: Önkoşulu belirlemek, iki sonuç arasındaki karardan daha önemlidir. Fakat bu yargı mantığı açısından pek bir zorunluluk doğurmaz.

Kaldı ki mantığı ilişkilerin empirik olanlardan zorunlu olarak daha önemli olduğuna inanmak için hiçbir neden bulunmamaktadır. Örneğin, yargıçların, hukuki bakış açısı veya hukuki bilinç olarak adlandırabileceğimiz bir şeyi olumsal biçimde içselleştirdiğini varsayalım. Durum böyle olsaydı, empirik bir mesele olarak bakıldığında bu yargıçlar pozitivist hukuk kavramına sahip bir toplumda, kararlarını tamamen pozitif hukuk temelinde almaya, doğal hukuk kavramına sahip bir toplumdakine göre daha eğilimli olabilirlerdi. Bu ilişki ne mantığı ne de kavramsal olacaktır, ancak ikisi arasındaki olumsal empirik bağlantı, ikisini olasılığa dayalı bir nedensellik ilişkisi içinde ilişkilendirmek suretiyle açıklayabilecektir.

Var olabilecek başka ilişki türleri de söz konusu olabilir. Örneğin John Gardner, pozitivizmin çekirdek inançlarının Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen ile Hart⁷² ve ikincil olarak Coleman ve Raz tarafından paylaşılanlar olduğunu öne sürmektedir. Ama yine de, kuşkusuz pozitivist geleneğin başlıca figürleri olmakla birlikte, onlar tarafından paylaşılanların neden pozitivizmin çekirdek inancı olarak düşünülmesi gerektiği merak konusudur. Belirli inançları bu figürlerin hepsiyle olmasa da bazılarıyla ilişkilendirebilirsek, bu inançlar, hepsinin birden paylaştığı inançlardan daha mı az önem arz edecektir? Ayrıca, diğer inançlar (örneğin normatif pozitiviz-

⁷² Gardner, op. cit. note 48.

min inançları) Hobbes, Bentham, Austin, MacCormick, Waldron, Postema ve muhtemelen (en azından Waldron'a göre) Raz⁷³ ile diğerleri tarafından paylaşılmaktadır. O halde mesele, pozitivist geleneğin bazı sadık taraftarları tarafından paylaşılan, fakat diğerleri tarafından paylaşılmayan inançları en önemli inançlar olup olmadığı şeklindedir. Öyleyse, ortak inançları en önemli olan figürleri dikte etmek yerine, neyi niçin bilmek istediğimize karar vermek durumundayız. Gerçekten de Kelsen'i bir kenara bırakırsak ve araştırmalarımızı İngiliz-dili analitik geleneğiyle sınırlarsak, Gardner'ın birincil listesinde normatif pozitivizmle ilişkili olmayan tek kişi Hart'tır. Bu durum ise sadece tartışmalı olmakla kalmaz, aynı zamanda bizi en başa ve Hart'ın hukuki pozitivizm anlayışının kendine özgü olduğu kadar benzersiz bir şekilde yetkin kabul edilip edilmeyeceği sorusuna geri götürür.

Belki de kavramsal ve kararsal pozitivizm arasındaki ilişki tarihsel, psikolojik veya analojiktir. "Belki"yi vurgulamakla ve görece önem hakkında gerçek bir iddiada bulunmuyor olmakla birlikte belki de basitçe şunu söyleyebiliriz: normatif ya da kararsal pozitivizm tarafından ortaya atılan sorular ve meseleler diğer dönemlerde olmasa da bazı dönemlerde kavramsal pozitivizm tarafından ortaya konanlardan daha önemlidir. Ancak bunun yerine benim yapmaya çalıştığım şey, kavramsal pozitivizm normatif veya kararsal pozitivizm için mantıksal bir ön koşul olsa bile, temelde yatan ve teferruat şeklinde hiçbir sonucun çıkarılamayacağını göstermektir. Kavramsal pozitivizmin sözde önceliği, felsefi olmaktan çok tarihsel olduğundan normatif ve kararsal pozitivizmin pozitivist yakıştırmalarını kavramsal pozitivizmden daha az hak ettiğini söylemek için en azından mevcut argümanlar temelinde hiçbir neden yoktur.

VI. SONUÇ: HUKUK FELSEFESİ ARAŞTIRMALARININ ÇEŞİTLİLİĞİ ÜZERİNE

Sorun, kavramsal hukuki pozitivizmin hukukun doğasına ilişkin doğru bir teori olup olmaması değildir. Bundan ziyade mesele, kavramsal hukuki pozitivizmin cevap verdiği sorunun hukukla ilgili sorulması gereken en önemli soru⁷⁴ olup olmadığıyla ilgilidir. Kavramsal pozitivizmin yanıtladığı soru ne Hobbes için ne de Bentham için ve hatta Austin için bile en

⁷³ En azından Waldron, Raz'ı bu şekilde yorumlamıştır, op. cit. note 12, at p. 412 no. 7.

⁷⁴ "Önemli" tabirini "pratik önem" ile eşanlamlı olarak kullanmadığımı belirtmeliyim. Çok az pratik-doğrudan önemi olan, ama yine de felsefi açıdan önemli olan sorular

önemlisi olmayabilirdi. Ama bu durum sorunun önemsiz olduğu anlamına gelmez. Yine de başka önemli soruların olduğunu kabul edersek, bu soruların Hart'tan çok daha önceleri var olan pozitivist geleneğin birçok önemli figürü için merkezi olduğunu ve bu sorulardan kimilerinin bizim için şu anda da önemli olduğunu kabul edersek;⁷⁵ diğer soruları daha önemsiz, hatta onları aydınlatacak felsefi becerilere sahip olanlar için bile daha önemsiz gören bir hukuk teorisinin veya hukuki teşebbüsün tasvirî hakkında endişelenmemiz gerekir.⁷⁶ Bu soruların çoğu pozitivist gele-
nekte ortaya çıkmıştır. Ve aslen geleneğin bir parçası olan ve bu geleneğin tanınmış birçok tarihsel figürünün düşüncesinde öne çıkan ciddi felsefi sorgulamaları dışlayan bir pozitivism tanımı varsa, o zaman, geleneğin önemli gördüğü sorularla bağlantıyı kesmeyen pozitivist bir gelenek anlayışını teşvik etmek için yeterli zemin vardır.

Bu nedenle, normatif ve kararsal pozitivismden birinin veya her ikisinin kavramsal pozitivismde tercih edildiği yahut herhangi bir şekilde daha hakiki veya bir şekilde “pozitivism” olarak adlandırılmayı daha fazla hak ettiğini kesinlikle iddia etmiyorum. Benim çok daha mütevazı bir iddiam var: Normatif ve kararsal pozitivismin kökleri kavramsal pozitivismle aynı ölçüde (ne daha az ne daha çok) pozitivist gelenek içerisine yerleşmiştir. Hukuki pozitivismin varsayılan temelini birinde daha fazla bulduğunu varsaymak için de herhangi bir neden yoktur. Pozitivismin her bir versiyonu kimi amaçlar için daha önemliken, kimi amaçlar için daha az önem arz etmektedir ve eğer pozitivist gelenekten, her birinin kendi erdemleri ve amaçları olan çok sayıda pozitivist görüşü miras aldığımızı kabul etseydik çok az şey kaybedilirdi.

bulunmaktadır ve hukuk felsefecilerinin bu tür soruları dikkate değer görmemeleri için hiçbir neden yoktur.

75 Bkz. Kent Greenawalt, tüm olası hukuk sistemlerinde hukuk hakkında neyin doğru olduğu sorusunun “içinde yaşadığımız hukuk sistemlerini anlamak için çok önemli görünmediğini” söylemektedir. “Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism,” in Robert P. George ed., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 1-30, observing (p. 14).

76 Leslie Green, verimli bir hukuk araştırması için hukuk pratisyenlerine yönelik mevcut görüşün zorunlu bir koşul olarak görmek gerektiği şeklindeki düşünceye karşı uyarıda bulunmaktadır. Leslie Green, “General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay,” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25 (2005), pp. 565-80, at p. 580. Ama benim buradaki iddiam, Dworkin'in ve Green'in haklı olarak itiraz ettiği görüşü benimseyen diğerlerinin iddialarından farklıdır. Dworkin'den farklı olarak, belirli bir kavramsal hukuk düşüncesine ilişkin itirazım, onun değerine değil, yalnızca hegemonyasına ilişkindir.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 1 Haziran/June 2021

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Rüşvet Düzenlemelerinin Karşılaştırılması*

Comparison of Bribery Regulations in the Criminal Code of the Russian Federation and the Turkish Penal Code

Jasurbek SAPARBAYEV**

ÖZ

Rüşvet olgusu eski zamanlardan bu yana sosyal bir sorun olarak çeşitli toplumlarda çeşitli şekillerde görülmeye devam etmektedir. Hukuk sistemlerinde rüşvet suçu farklı şekillerde düzenlenmiş ve yaptırım altına alınmıştır. Türk ceza hukukunda rüşvet suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 252-254. maddelerinde düzenlenmiştir. Rus ceza hukukunda rüşvet suçu Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 290- 291.2 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çalışmamızda Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen rüşvet suçunun yanı sıra Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'ndaki rüşvete ilişkin düzenlemeler karşılıklı olarak incelenecektir. Çalışma konusu

* Makale, yazarın “Türk ve Rus Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu” isimli yüksek lisans tez çalışmasından üretilmiştir.

** İstanbul Ticaret Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.
E-posta: saparbayev95@gmail.com. ORCID: 0000-0002-4039-3107.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 15.01.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 24.01.2021.

Atf: Jasurbek Saparbayev, “Rusya Federasyonu Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Rüşvet Düzenlemelerinin Karşılaştırılması”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 1, Haziran 2021, (129-161).

olarak Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun tercih edilmesi tesadüf değildir. Zira Türk ve Rus ceza hukuku kurumları birçok yönden birbirine benzemektedir.

Anahtar Kelimeler: Rüşvet, Suç, Rus Hukuku, Rüşvet Provokasyonu, Küçük Rüşvet

ABSTRACT

The phenomenon of bribery continues to be seen in various societies as a social problem since ancient times. Bribery crime has been regulated and sanctioned in different ways in legal systems. Bribery crime in Turkish criminal law is regulated in articles 252-254 of the Turkish Penal Code numbered 5237. In the Russian criminal law, the crime of bribery is regulated between articles 290-291.2 of the Criminal Code of the Russian Federation. In our study, in addition to bribery in the Turkish Penal Code, the Russian Federation Criminal Code will be examined mutually. It is no coincidence that the Criminal Code of the Russian Federation is preferred as the subject of study. Because, Turkish and Russian criminal law institutions are similar in many ways.

Keywords: Bribery, Crime, Russian Criminal Law, Bribery Provocation, Petty Bribery

GİRİŞ

Rüşvet suçu, Türk Ceza Kanunu'un "Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı Dördüncü Kısmında, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'la rüşvet suçunun düzenlendiği maddelerde önemli değişiklikler yapılmıştır, rüşvet suçunun kapsamı genişletilmiştir.

Çalışma konusu olarak, Rus hukuk sistemi tesadüfen seçilmemiştir. Zira Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonraki süreçte, Rus mevzuatında yapılan değişikliklerle Rus hukuk sistemi Kıta Avrupası hukuk sistemine yaklaşmıştır. 1996 yılında kabul edilen Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda benimsenen kurumlar Türk ceza hukuku kurumlarına birçok yönden benzemektedir.

Rüşvet suçu, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun "Devlet İktidarına Karşı Suçlar" başlıklı onuncu kısmının "Devlet İktidarına, Kamu Hizmetinin Çıkarlarına, Yerel Yönetimlerin Organlarının Çıkarlarına Karşı Suçlar" başlıklı otuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Rus hukukunda rüşvet

suçuna ilişkin düzenlemeler yakın zamanda değişikliğe uğramıştır. Kanunda rüşvet suçunun düzenlenme şekli açısından 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki rüşvet düzenlemesine benzer bir sistemin kullanılması tercih edilmiştir.

Çalışmamızda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile N 63-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ceza Kanunundaki rüşvete ilişkin düzenlemelerin kanunlarda düzenleme şekli karşılıklı olarak incelenecektir. Her iki hukuk sisteminde rüşvet suçunun tüm unsurlarıyla incelenmesi, daha kapsamlı bir araştırmayı gerektireceğinden; çalışmamız suçun tüm unsurlarının incelenmesi iddiasında olmayıp söz konusu kanunlardaki düzenlemelerin kıyaslanması ile yetinilecektir. Çalışmamız sonuç kısmı ile sona erecektir.

I. SUÇUN KORUDUĞU HUKUKİ DEĞER

Rüşvet suçu, Türk Ceza Kanunu'nun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı Dördüncü Kısım içerisinde, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Öğretide rüşvet suçu ile korunan hukuki değer ile ilgili birçok görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, devletin faaliyetlerinin satın alınamaz olduğu, bu faaliyetlerin özel kişiler tarafından alınamayacağı konusundaki toplumdaki inanç korunmak istenmiştir¹. Diğer bir görüşe göre ise rüşvet suçu ile idarenin kusursuz işlemesi, toplumun kamu idaresine duyduğu saygının korunması ve devletin fonksiyonlarını düzgün bir şekilde yerine getirmesi ve idarenin işleyişinin gereği gibi yerine getirilmesi korunmak istenmiştir².

6352 sayılı Kanun ile eklenen TCK m.252/8 ile kamusal faaliyet gösteren kamu kurum ve kuruluşların, anonim ortaklıkların, kooperatiflerin ve diğer kurum ve kuruluşların güvenilirliği ve işleyişini koruma altına aldığı ifade edilebilir³. Yine, TCK m.252/9'da yabancı kamu görevlilerine

1 İzzet **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2013, s. 76.

2 Duygun **Yarsuvat**, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri, İÜHFİM, C. 30, S. 3-4, 1964, s. 664.

3 Güçlü **Akyürek**, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yeni 252. Maddesi ve Özel Sektörde Rüşvet", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kazancı Dergisi, C. 8, S. 99-100, 2012, s. 37.

teklif edilen veya verilen menfaatin de rüşvet suçunu oluşturacağı düzenlenerek, yasadışı yollarla haksız menfaat sağlanarak uluslararası rekabetin zedelenmesinin önüne geçilmek istendiği ifade edilmektedir⁴.

Rüşvet suçu, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun "Devlet İktidarına⁵ Karşı Suçlar" başlıklı onuncu kısmının "Devlet İktidarına, Kamu Hizmetinin Çıkarlarına, Yerel Yönetimlerin Organlarının Çıkarlarına Karşı Suçlar" başlıklı otuzuncu bölümünde düzenlenmiştir. Öğretide rüşvet suçu ile korunan hukuki değer konusunda birçok görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre rüşvet suçu ile korunan hukuki değer devlet kurumlarının veya kamu yönetimi aygıtının, bireysel kuruluşların idari sistemlerinin doğru bir şekilde işlemesidir⁶. Bizim de katıldığımız ve öğretide hâkim olan görüşe göre, rüşvet suçu ile korunan hukuki değer, kamu kurumlarının, yerel yönetimlerin, Devlet veya yerel yönetimlerin belirli organlarının kuruluşlarının, anonim ortaklıkların, devlet şirketlerinin veya KİT'lerin doğru bir şekilde işleyişini sağlayan sosyal ilişkilerdir⁷.

II. SUÇUN KANUNLARDA DÜZENLENME ŞEKLİ

Rüşvet suçu, TCK'nın 252-254. maddelerinde düzenlenmiştir. Hem mukayeseli hukukta hem Türk hukukunda rüşvet suçunun kanunda düzenlenmesi açısından iki farklı sistem benimsenmiştir⁸. Bu sistemler rüşvet alan ile rüşvet verenin fiillerini birbirinden bağımsız, iki ayrı suç veya bu fiillerin tek suç olarak kabul edilmesiyle birbirinden ayrılmaktadır⁹. Birinci sisteme göre, rüşvet suçunda rüşvet alan fail ile rüşvet veren failin

4 Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/R.Murat **Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 1160.

5 Kanunda, "iktidar" kavramı yerine "devlet gücü" kavramı kullanılmıştır.

6 Boris Viktorovich **Zdravomyslov**, Dolzhnostnyye Prestupleniya: Ponyatiye i Kvalifikatsiya, Yuridicheskaya Literatura, Moskva 1975, s. 9.

7 Marina Aleksandrovna **Lyubavina**, Kvalifikatsiya Vzyatochnichestva, Sankt-Peterburgskiy Yuridicheskii Institut (Filial) Akademii Generalnoy Prokuratury Rossiyskoy Federatsii, Sankt Petersburg 2018, s. 6.

8 Mustafa **Özen**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 153.

9 Murat **Çakır**, Türk Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 35.

fiilleri birbirinden ayrı düzenlenmektedir. Bu sistemde rüşvet alan ve rüşvet veren iki ayrı suçun failleridir¹⁰. İkinci sistemde ise rüşvet alan ve rüşvet veren arasında bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek bu iki failin fiilleri tek bir suç şeklinde düzenlenmektedir. 765 sayılı mülga TCK'da söz konusu birinci sistem tercih edilirken, 5237 sayılı TCK'da rüşvet alanın ve rüşvet verenin arasında rüşvet anlaşmasının tarafları olan kişilerin fiilleri tek bir suç olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle rüşvet alan ve rüşvet veren tek suçun failleridir¹¹.

Rus hukukunda rüşvet alma ve rüşvet verme fiilleri, RFCK'nın "Devlet İktidarına, Kamu Hizmetinin Çıkarlarına, Yerel Yönetimlerin Organlarının Çıkarlarına Karşı Suçlar" başlıklı otuzuncu bölümünün 290. ve 291.maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenme şekli açısından rüşvet alma ve rüşvet verme suçları birbirinden bağımsız suç tipi olarak düzenlenerek, söz konusu birinci sistem kullanılmıştır. RFCK'nın 290.maddesinde rüşvet alma suçu, 291.maddesinde rüşvet verme suçu düzenlenmiştir. RFCK'da, 04.05.2011 tarih ve 97- FZ sayılı Federal Kanun'la RFCK'nın 291.1. maddesinde rüşvete aracılık etme fiili bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Yine, 03.06. 2016 tarihli ve N 324-FZ sayılı Federal Kanun ile RFCK'nın 291.2. maddesine "küçük rüşvet" suç eklenmiştir¹².

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Fiil

TCK m.252/1'de, "*bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye, görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için menfaat sağlanması*" şeklinde rüşvet verme fiili, TCK m.252/2'de, "*bir kamu görevlisinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapmak veya yapmamak için, kendisine veya başkasına menfaat sağlaması*" şeklinde rüşvet alma fiilleri düzenlenmiştir. Ayrıca, TCK'nın 252/ 3'de, "*rüşvet konusunda anlaş-*

10 Mehmet Emin **Artuk ve diğerleri**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 796.

11 **Artuk ve diğerleri**, s. 795; **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Köttiye Kullanma Suçları, s. 80.

12 Radik Minivaleyevich **Kashapov**, "Ugolovnaya Otvetstvennost' za Melkoye Vzyatochnichestvo: Teoriya i Sudebnaya Praktika", Mezhdunarodnyy Nauchnyy Zhurnal "Simvol Nauki", N.1-1, 2017, s. 140.

maya varılması halinde suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur” denilerek, rüşvete konu menfaat temin edilmişse bile rüşvet anlaşmasının taraflarının rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Rüşvet alma fiilinin oluşması açısından tarafların rüşvet konusunda anlaşmaya varması yeterlidir. Rüşvete konu menfaatin rüşvet alana veya göstereceği üçüncü bir kişiye teslim edilmesi, aktarılması veya devredilmesiyle rüşvet suçu tamamlanır.¹³ Rüşvet suçunun oluşması için rüşvet anlaşmasına konu menfaatin kamu görevlisinin bizzat almasına gerek yoktur¹⁴. Kamu görevlisinin bilgisi dahilindeki ve göstereceği üçüncü bir kişiye menfaat sağlanmış olması, suçun tamamlanması açısından yeterlidir¹⁵.

TCK’nın rüşvet suçunu düzenleyen 252. maddesinin 1, 4 ve 9. fıkraları rüşvet verme bakımından yasaklanan fiil kişinin menfaat sağlamasıdır. Ayrıca ilgili maddenin 3. fıkrasında “*rüşvet konusunda anlaşmaya varmak*” yine 8.ve 9.fıkrasında ise “*menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi*” şeklinde seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir¹⁶.

Rüşvet anlaşması teklifinin kamu görevlisinden mi yoksa özel kişiden mi geldiğinin bir önemi yoktur. Ayrıca rüşvete konu menfaatin, anlaşma sırasında veya daha sonra temin edilmesinin de rüşvet suçunun oluşması açısından bir önemi yoktur¹⁷. Nitekim TCK’nın 252. maddesinin 3. fıkrasına göre, taraflar rüşvet konusunda anlaşmaya varmışlarsa bu kişilerin hakkında suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur. Rüşvet anlaşmasının belirli bir işin yapılmasını veya yapılmamasını içermesi gerekir. Tarafların genel bir fikre varmaları durumunda rüşvet anlaşmasından söz etmek mümkün değildir¹⁸. Anlaşma yapıldıktan sonra taraflardan birinin vazgeç-

13 **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 82.

14 **Artuk ve diğerleri**, s. 817.

15 **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 82.

16 Necati **Meran**, Zimmet- Rüşvet-İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 296.

17 Veli Özer **Özbek ve diğerleri**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 1105.

18 Erdal **Baytemir**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, s. 355.

mesi veya kamu görevlisinin göreviyle ilgili bir işi yapıp yapmaması rüşvet suçunun oluşmasına engel değildir¹⁹. Ayrıca anlaşma tarafların serbest iradeleriyle yapılmalıdır²⁰.

RFCK m.290/1' e göre, rüşvet alma suçu seçimlik hareketlerle işlenebilir. Bu seçimlik hareketler şu şekildedir; 1) kamu görevlisinin rüşvet verenin veya bu kişinin temsil ettiği diğer kişilerin lehine göreviyle ilgili bir işi yapması veya yapmaması, 2) kamu görevlisinin yerine getirdiği görevinin verdiği yetkiyi veya bu pozisyonun sağladığı diğer olasılıkları kullanarak başka kamu görevlisi tarafından rüşvet verenin veya temsil ettiği kişilerin lehine bir işin yapılmasını veya yapılmamasını sağlamak amacıyla menfaat elde etmesi²¹. RFCK m. 290/1'de kamu görevlisinin "hizmette genel koruma ve göz yumma (*popustitelstvo*)" amacıyla menfaat sağlaması, rüşvet suçunun kapsamında düzenlenmiştir. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun N 24 sayılı Kararı'na göre, "hizmette genel koruma" fiili, "özellikle rüşvet veren astın, teşvik ödemeleri için aday gösterilen kişilerin listelerine dahil edilmesinde, yerleşik usulün ihlali de dahil olmak üzere, bir astın gerekçesiz olarak daha yüksek bir göreve atanması" şeklinde tanımlanmıştır. Hizmette genel göz yumma kavramı, "rüşvet veren kişinin bir hizmet ihlali durumunda, denetim makamında yer alan kamu görevlisinin bu kişiye yönelik tedbir almaması" amacıyla rüşvet temin etmesi anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin hiyerarşik astından gözetim ve denetim yetkisini ihmal etmek amacıyla menfaat temin etmesidir. Hizmette genel koruma ve genel göz yumma şeklinde işlenen rüşvet suçunun ayırt edici özelliği, kamu görevlisi ile rüşvet veren kişi arasında konusu belirsiz bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin rüşvet anlaşması yapılmasının söz konusu olmasıdır²².

04.05.2011 tarih ve 97- FZ sayılı Federal Kanun'la RFCK'nın 291.1. maddesine rüşvette aracılık eden kişi hakkında cezai sorumluluk öngören

19 **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1167.

20 Sahir **Erman/Çetin Özek**, Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 1. Bası, Dünya Yayıncılık, İstanbul 1992, s. 96.

21 Aleksandr Viktorovich **Kulikov**/Anatoliy Nikolayevich **Polishchuk**, "Osobennosti ObYektivnoy Storony Polucheniya Vzyatki (ST. 290 UK RF)", İzvestiya Tulsogo Gosudarstvennogo Universiteta. Ekonomicheskiye i Yuridicheskiye Nauki, N(Sayı). 2, 2020, s. 44.

22 **Lyubavina**, s. 44.

hüküm eklenmiştir. RFCK'nın 291.1 maddesindeki düzenleme bağımsız bir suçtur²³.

RFCK m. 291.1/1'e göre rüşvete aracılık etmek "*önemli miktarda rüşvetin rüşvet veren veya rüşvet alan adına doğrudan aktarılması veya başka bir şekilde rüşvet verene ve (veya) rüşvet alan tarafa rüşvet alma ve verme konusunda aralarında bir anlaşmaya varılmasına veya gerçekleştirilmesi konusunda yardım etme*" şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun bu hükmü yirmi beş bin Rus Rublesinden az miktardaki rüşvete aracılık etme bakımından bu hüküm uygulanamaz.

RFCK m. 291.1.'e göre rüşvete aracılık etme suçu, doktrinde "fiziki aracılık etme" olarak isimlendirilen rüşvet verenin veya rüşvet alanın gösterdiği kişiye rüşvete konu menfaatin aktarılması şeklinde işlenebileceği gibi, "*fikri aracılık etme*" olarak isimlendirilen, rüşvet anlaşmasının yapılmasına veya uygulanmasına yardım etmek şeklinde de işlenebilir²⁴. Bu seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla rüşvete aracılık etme suçu oluşacaktır²⁵. Yine RFCK m.291.1/5'te rüşvet konusunda aracılık etmeyi vaat veya teklif etmek, rüşvete aracılık etme suçunun nitelikli hali olarak hüküm altına alınmıştır.

B. Fail

Bir suçta fail tek bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Rüşvet suçunda TCK m. 252/2'de, rüşvet alan fail, "*görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre bu hükümden TCK m.6/1-c bendi kapsamına giren bir "kamu görevlisinin rüşvet alma fiilinin faili olabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemeye göre kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan bir kişinin rüşvet alan fail olması mümkün değildir. Bu nedenle rüşvet suçu özgü suç niteliğine sahiptir²⁶. TCK m.252/5'te "*Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden*

23 Maddonna Sergeyevna **Kochina**, "Posrednichestvo vo Vzyatochnichestve: İstoriya Zakonodatel'stva i Praktiki Protivodeystviya", Aktualnyye Problemy Rossiyskogo Prava, N(Sayı). 4, 2017, s. 117.

24 **Lyubavina**, s. 126.

25 Pavel **Yani**, "Problemy Kvalifikatsii Posrednichestva vo Vzyatochnichestve", Zakonnost, Tom 2, 2013, s. 25.

26 **Özen**, s. 187.

kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.” denilerek suça iştirak edenlerin TCK’nın suça iştirak edenler hakkında genel hükümleri uygulanmayacağı, bu kişilerin müşterek fail olarak cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yine TCK 252/6’da *“rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisinin, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılacağı”* öngörülmüştür.

6352 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerle rüşvet suçunun kapsamı genişlemiştir. Bu değişikliklerden biri de TCK m.252/8’de, kamu görevlisi olmasalar bile *“kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları”, “kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler”, “kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar”, “kamu yararına çalışan dernekler”, “kooperatifler” ve “halka açık anonim şirketler adına hareket eden kişilerin”* kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın rüşvet suçunun faili olabilmesidir. Bu kurumlarda yetkili yönetim kurulu üyesi, genel müdür, müdür gibi kişilerin fiilleri rüşvet suçunu oluşturabilir²⁷. Ayrıca TCK’nın 252. maddesinin 9.fikrasına göre, *“yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlileri, uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimler, jüri üyeleri veya diğer görevliler, uluslararası veya uluslararası parlamento üyeleri, kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişiler, bir hukuki uyumsuzluğun çözümlenmesi amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatanadaş veya yabancı hakemler, uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlileri veya temsilcileri ”*rüşvet suçunun faili olabilirler. Bu kişiler bakımından yabancılık veya Türk vatandaşlığı şartı aranmamıştır²⁸.

RFCK’nın 290. maddesinin 1, 2 ve 3. fıkralarında rüşvet alma suçunun *“Kamu görevlisi, yabancı kamu görevlisi veya uluslararası bir kamu kuruluşunun bir görevlisi”* tarafından işlenebileceği düzenlenmiştir. RFCK’nın 285. maddesinin *“not”* bölümünün kapsamına giren bir kamu

²⁷ **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 126.

²⁸ **Nabi Özalp**, Türk Ceza Kanununda Rüşvet Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2018, s. 246.

görevlisi rüşvet alma suçunun faili olabilir. Kamu görevlisi sıfatını taşımayan bir kişinin rüşvet alma suçunu işlemesi mümkün değildir²⁹.

RFCK m. 285/not'a göre, “devlet organlarında, yerel yönetimlerde, kamu ve belediye kurumlarında, kamu iktisadi teşebbüslerinde, devlet şirketlerinde, devlet ve belediye üniter işletmelerde kontrol hissesi Rusya Federasyonuna veya Rusya Federasyonu veya belediyelerin kuruluşlarına ait anonim ortaklıklarda, Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetleri, diğer asker birimleri ve askeri oluşumlarda kurumsal ve idari fonksiyon veya idari-ekonomik fonksiyon” yerine getiren kişiler de kamu görevlisi sayılmaktadır.

Yabancı kamu görevlisi RFCK 290/not' a göre, “ bu maddenin 291, 291.1 ve 304. maddelerinde yer alan yabancı kamu görevlisi, yabancı bir devletin yasama, yürütme, idari veya yargı organlarında, herhangi bir pozisyonda bulunan, atanmış veya seçilmiş ve bir kamu kurumu veya kamu teşebbüsü dahil olmak üzere yabancı bir devlet için herhangi bir kamu görevini yerine kişi anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır.

Söz konusu hükmün devamında uluslararası kuruluş görevlisi, “bir uluslararası kamu kuruluşunun bir görevlisi, uluslararası bir memur veya bu tür bir kuruluş tarafından onun adına hareket etmeye yetkilendirilmiş herhangi bir kişi anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır. Yine, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 09.07.2013 tarih ve N 24 sayılı “Rüşvet ve Diğer Yolsuzluk Suçlarında Adli Uygulama Hakkında” Kararı m.1'e göre, “Bir uluslararası kuruluşunun yetkilileri arasında, özellikle, kuruluşun uluslararası memur olan çalışanları, bir uluslararası kuruluş adına hareket etmeye yetkili kişiler, Rusya Federasyonu'nun üyesi olduğu uluslararası kuruluşların parlamento meclislerinin üyeleri, yetki alanı Rusya Federasyonu tarafından tanınan herhangi bir uluslararası mahkemede adli görevde bulunan kişilerin” uluslararası kamu kuruluşu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekir³⁰.

29 Lyubavina, s. 69.

30 Aleksey Nikalayevich Tarbagayev, “İnostrannoye Dolzhnostnoye Litso Kak Sub"yekt Polucheniya Vzyatki Po UK RF”, Kriminologicheskii Zhurnal Baykalskogo Gosudarstvennogo Universiteta Ekonomiki İ Prava, N(Sayı). 1, 2014, s. 107.

C. Mağdur

Suçun mağduru, suçta korunan hukuki yararın sahibidir³¹. TCK sisteminde yalnızca gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişilerin ise suçtan zarar gören olduğu kabul edilmektedir.³² Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre herhangi bir kişi rüşvet suçunun mağduru olabilir. Bir kişiden gelen rüşvet teklifini kabul etmeyen tarafın rüşvet suçunun mağduru olabileceği ileri sürülmüştür³³. Ancak öğretideki hâkim görüşe göre, toplumu oluşturan herkes rüşvet suçunun mağduru. Bu durumda devlet ancak suçtan zarar görendir³⁴.

Rus hukukunda, N 174-FZ sayılı Rusya Federasyonu Ceza Muhakemesi Kanunu m. 42’de, mağdur, “*bir suçtan fiziksel, maddi, manevi zarar görmüş bir gerçek kişi ve ayrıca bir suç ile malına ve itibarına zarar verilen tüzel kişidir*” şeklinde tanımlanmıştır. Türk hukukunun aksine, Rus ceza hukukunda gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de mağdur olarak kabul edilmesi mümkündür. Rus doktrininde çoğunluğun desteklediği görüşe göre, rüşvet suçu ile korunan hukuki yarar kamu kurum ve kuruluşlarının, yerel yönetim idarelerinin toplum ile olan ilişkisidir. Kamu görevlisinin yasa dışı ve haksız menfaat sağlaması kamu kurumlarının ve kuruluşlarının itibarsızlaşmasına, kamu idaresinin işleyişinin bozulmasına sebep olmaktadır³⁵. Bu bakımdan Rus hukukunda kamu kurum ve kuruluşlarının rüşvet suçunun mağduru olduğunu söylemek mümkündür.

D. Konu

Suçun konusu suçun kanuni tarifindeki tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği maddi niteliğe sahip şeydir³⁶. Rüşvet suçunun konusu 765 sayılı mülga TCK’da “*para, hediye, her ne nam altında olursa olsun sağlanan diğer menfaatler ile alıp satılan veya ihale edilen taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark*”

31 **Özbek ve diğerleri**, s. 195.

32 **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 2013, s. 86.

33 **Meran**, s. 76; Mahmut **Koca**, Zimmet-İrtikâp-Rüşvet-Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 363.

34 İzzet **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 83.

35 **Lyubavina**, s. 6.

36 **Özbek ve diğerleri**, s. 211.

şeklinde düzenlenmiştir. Özgenç'e göre rüşvet suçunun konusunu yalnızca maddi ve ekonomik değeri olan bir menfaat oluşturabilir³⁷.

RFCK m. 290'a göre, para, menkul kıymetler, diğer eşyalar (taşınır veya taşınmaz mallar), hizmet ve mülkiyet hakları rüşvet suçunun konusu oluşturmaktadır. Buna göre para, Rusya Bankasında tedavülde olan kâğıt banknotları veya madeni para ve yabancı ülke parasıdır.³⁸ Menkul kıymetler (değerli kâğıtlar), RF Medeni Kanunu m. 142'de senetler, hisse senetleri, mevduat ve tasarruf sertifikaları, ipotek, birim yatırım fonunun yatırım payı, konşimento, tahviller, çekler ve kanunda öngörülen şekilde tanınan diğer menkul kıymetlerdir. Diğer eşyalar ile, her türlü taşınır ve taşınmaz eşya ifade edilmektedir. Ayrıca özel kişilerin kullanımına izin verilmeyen silah, uyuşturucu maddeler de rüşvet suçunun konusunu oluşturabilir. Hizmet, özel hukukta fayda sağlanması veya ihtiyaçların karşılanması şeklinde satışa konu olabilen ve değeri para ile ölçülebilen eylemlerdir³⁹. Mülkiyet hakları, kullanımı ve bu mallardan yararlanma bu malları devretme ve tasarruf etme, bu malların elden çıkarılmasıyla ilgili yetkileri ifade etmektedir.

E. Rüşvet Suçunun Nitelikli Halleri

TCK m. 252/7'ye göre, “*Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır.*” Buna göre, TCK m. 252/7'de sınırlı olarak sayılan kamu görevlileri hakkında verilecek cezanın artırılması gerekir. Türk hukukunda yalnızca rüşvet alan fail bakımından nitelikli hal düzenlenmiştir. Rüşvet veren fail ve rüşvete aracılık eden kişiler açısından cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal düzenlenmemiştir. Bu düzenlemede failin yaptığı kamu görevi esas alınarak cezanın artırılması düzenlenmiştir. Suçun, 2918 sayılı

³⁷ Özgenç, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s. 84.

³⁸ Rusya Federasyonu Anayasasının 75. Maddesine göre, Rusya Federasyonu'nun para birimi “Ruble” dir, Para basma ve bu paraların dağıtılması Rusya Bankası tarafından gerçekleştirilmektedir. Rusya Bankasının tedavüldeki kâğıt banknotları ve madeni paraları için bkz: Rusya Bankası Resmi İnternet Sitesi : https://www.cbr.ru/cash_circulation/

³⁹ Lev Panteylemonovich **Kurakov**/Vladimir L'vovich **Kurakov**, Bol'shoy Tolkovyy Slovar' Ekonomicheskikh i Yuridicheskikh Terminov, İzdatel'stvo Vuz i Shkola, Moskova 2001, s. 642.

Kanun'un Ek 11. maddesinde belirtilen kişiler tarafından işlenmesi de rüşvet suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 11'inci maddesinde, “*Bu Kanunun 114'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç veya ceza tutanağını tanzim ile görevlendirilenlerin*” rüşvet suçunu işlemesi halinde verilecek cezanın yarı oranda artırılarak verileceği düzenlenmiştir.

RFCK'nın 290. maddesinin 3. fıkrasında yasa dışı bir işi yapmak veya yapmamak amacıyla menfaat temin etmek cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin, ilgili mevzuatta belirlenen yetkisini kullanarak, yasadışı bir davranışta bulunmuş olması gerekir⁴⁰. Yine, RFCK m. 291.1/2'de rüşvete aracılık etme suçu açısından yasa dışı bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla rüşvet suçuna aracılık etmek, rüşvete aracılık etme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

RFCK m. 290/1/not' a göre, rüşvetin miktarı menkul kıymetlerin, diğer mülkiyet haklarının veya hizmetlerin parasal değeri dikkate alınarak hesaplanır. Hükme göre, bu sayılanların değeri yirmi beş bin rubleden fazla ise, “önemli miktarda rüşvet”, yüz elli bin rubleden fazla ise “büyük miktarda rüşvet”, bir milyon rubleden fazla ise özellikle “çok büyük miktarda rüşvet” şeklinde adlandırılmıştır. Önemli, büyük ve özellikle çok büyük miktarda menfaatlerin rüşvet olarak alınması, verilmesi ve bunlara aracılık edilmesi rüşvet suçlarının nitelikli hallerini oluşturmaktadır⁴¹.

RFCK'nın 35/7. maddesine göre, “*Suçun bir grup kişi, önceden anlaşmış bir grup kişi, organize grup, suç birliği (suç örgütü) tarafından işlenmesi bu Kanunda öngörülen esaslar ve sınırlar içinde daha ağır cezaya sebep olur*”. RFCK m. 290/5/a'ya göre, önceden anlaşmış bir grup kamu görevlisi veya organize grup tarafından rüşvet alınması⁴², önceden anlaşmış bir grup kişi, organize grup, suç birliği (suç örgütü) tarafından rüşvet verilmesi, RFCK m. 291.1/ 3/ a'da önceden anlaşmış bir grup kişi, organize grup, suç birliğinin rüşvete aracılık etme fiilleri rüşvet suçunun cezasını ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

40 A.İ. **Burmenskiy**, “Problemy Kvalifikatsii Polucheniya Vzyatki za Nezakonnyye Deystviya (Bezdeystviye)”, Vestnik Studencheskogo Nauchnogo Obshchestva GOU VPO “Donetskiy Natsional'nyy Universitet”, Tom. 4, N.1, 2018, s. 116.

41 **Lyubavina**, s. 71.

42 İ. Ya **Kozachenko/G.N Novoselov** vd., Ugolovnoye Pravo Osobennaya Chast, 4. Bası, İzdatelstvo Norma, Moskva 2008, s. 818-819.

RFCK'nın 291.1 maddesinin 2. fıkrasında kamu görevlisinin görevin verdiği yetkileri kullanarak rüşvet suçuna aracılık etmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal açısından ilk olarak bir yetki olmalı, ikincisi ise bu yetki rüşvete aracılık etmek için kullanılmalıdır.

RFCK m. 291.2/2⁴³'de, küçük rüşvet suçunun nitelikli hali⁴⁴, “2. *Bu fiillerin, işbu kanununun 290.291.291-1. maddelerinde düzenlenen suçlardan veya bu maddede düzenlen suçtan dolayı sabıka kaydı olan kişi tarafından işlenmesi halinde fail, bir milyon ruble para cezası veya hükümlünün bir yıla kadar maaşının veya diğer gelirinin alınması ya da üç yıla kadar iyileştirici işlerde çalıştırma veya dört yıllık süreyle özgürlüğünün kısıtlayıcı ceza veya üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” denilerek tekerrür hükmü şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, kişi daha önce rüşvet alma, verme veya küçük rüşvet suçlarından birini işlemiş olmalıdır ve bu suçlar nedeniyle kişi hakkında verilmiş kesin mahkûmiyet kararı bulunmalıdır⁴⁵.

IV. MANEVİ UNSUR

Fiil ile fail arasında psikolojik bağ olmaksızın gerçekleştirilen davranış fiil niteliği taşımaz ve dolayısıyla bir suçun varlığından söz edilemez⁴⁶. TCK m. 21/1'de, “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” denilerek suçların kural olarak kasten işlenebileceği öngörülmüştür. TCK ve RFCK sisteminde suçların kural olarak kasten işlenebileceği kabul edilmektedir. Bir fiilin taksirli şeklinin cezalandırabilmesi için kanunda bunun açık bir şekilde öngörülmüş olması gerekir. TCK sisteminde rüşvet suçunun⁴⁷ ve RFCK sisteminde rüşvet alma, rüşvet verme ve rüşvete aracılık etme suçlarının yalnızca kasten işlenebilmesi mümkündür. Rüşvet suçunda kast, kamu görevlisinin görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla haksız menfaat sağlama bilinci ve serbest iradesiyle hareket etmesi veya kişinin görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması

43 Rusya Federasyonu Ceza Kanunu: <http://base.garant.ru/10108000/921fc92e9719a322691e3e022ec75b7b/>

44 **Kashapov**, s. 144.

45 **Kashapov**, s. 144.

46 İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2006, s. 233.

47 **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 86.

veya yapmaması amacıyla kamu görevlisine haksız menfaat temin etme bilinci ve serbest iradesiyle hareket etmesidir⁴⁸.

Türk doktrininde rüşvet suçunun olası kastla da işlenebileceği kabul edilmektedir⁴⁹. Rus doktrininde ise rüşvet suçlarının yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Kamu görevlisi, bir kişinin (veya bu kişinin temsil ettiği diğer kişilerin) yararına, göreviyle ilgili bir işi yapmak veya yapmamak için menfaat sağladığını bilmektedir ve menfaati almak istemektedir. Bu nedenle öğretide rüşvet alma (RFCK m.290) suçunun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmektedir⁵⁰.

Bazı suç tanımlarında amaç veya saik, suçun temel şekli bakımından manevi unsur olarak aranmaktadır⁵¹. Rüşvet suçu bakımından TCK 252/2' de, "*görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması ya da yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla kendine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlaması*" denilerek, kişinin "*saik*" ile hareket etmesi suçun temel şekli açısından aranmaktadır⁵². Yine TCK m.252/1 ve 2'de, "*görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için*", TCK m.252/8'de, "*görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla*" hareket etmesi şeklindeki düzenlemeler, kastın yanı sıra amacın da suçun temel şekli bakımından aranan bir manevi unsur olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla kamu görevlisinin görevin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması amacıyla menfaat temin etmesi, suçun temel şekli açısından aranan amaç unsurunu oluşturmaktadır.

RFCK m. 290'da kamu görevlisinin suçu işlerken özel bir saikle veya özel bir amaçla hareket etmesi, manevi unsur olarak aranmamıştır. Ancak, uygulamada uzun yıllar boyunca Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin kamu görevlisinin fiillerini rüşvet suçu olarak nitelendirmek için kullandığı tek ölçüt, kamu görevlisinin zenginleşme arzusu(koryst) saikle hareket edip etmemesidir. Rus dilinde "*koryst*"; kazanç sağlama tut-

48 **Özgenç**, İrtikap ve Rüşvet Suçları, s. 87.

49 **Özbek ve diğerleri**, s. 1119; **Baytemir**, s. 364; **Özen**, s. 199; **Koca**, s. 387.

50 **Lyubavina**, s. 64.

51 **Artuk ve diğerleri**, s. 817.

52 **Koca**, s. 378.

kusu, maddi menfaat sağlama, her türlü yolla zenginleşme arzusu, açgözlülük, kişisel çıkar anlamına gelmektedir⁵³. Somut olayda koryst saikinin yokluğu rüşvet almakla görevi kötüye kullanmak arasında ayırım yapmak için kullanılan tek ölçüttür⁵⁴. Parasal veya maddi kazanç sağlama veya zenginleşme arzusu saiki, Rus hukukunda “*korystnyye pobuzhdeniye*” şeklinde ifade edilmektedir. Öğretideki bir görüşe göre, koryst saikinin rüşvet alma suçunu düzenleyen maddelerde rüşvet alma açısından kastın yanında aranan bir özellik olarak düzenlenmesi, suçun işlevselliği bakımından rüşvete ilişkin düzenlemeyi pasif hale getirecektir. Zira bu şekilde bir sınırlama, bazı fiilleri rüşvet alma suçu olmaktan çıkaracaktır. Bu nedenle rüşvet alan kamu görevlisinin “*koryst*” saikiyle hareket ettiği varsayılmalıdır ve bunun her somut olayda kanıtlanmasına gerek yoktur⁵⁵.

V. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

İşlenen fiilin cezalandırılabilmesi için yalnızca ceza normunda düzenlenen unsurlara uygun bir fiil olması yeterli olmayıp, aynı zamanda somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir⁵⁶. Öğretide, TCK’da “*kanun hükmünü icra*”, “*amirin emrini ifa*”, “*meşru savunma ve zorunluluk hali*”, “*hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası*” şeklinde düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin rüşvet suçu bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı görüşü hakimdir.⁵⁷ Gerçekten de meşru savunma ve ilgilinin rızası şeklindeki hukuka uygunluk nedenlerinin rüşvet suçunda uygulanması mümkün değildir. Öğretide bazı durumlarda TCK m. 25’te düzenlenen zorunluluk halinin rüşvet suçu açısından uygulanabileceğine yönelik bir görüş mevcuttur.⁵⁸

53 Lyubavina, s. 64.

54 Lyubavina, s. 64.

55 Sergey Vladimirovich İzosimov, “Sub”yektivnaya Storona Polucheniya i Dachı Vzyatki: Ugolovno-Pravovoy Analiz(Subjective Element of Bribe Giving and Taking: Criminal-Legal Aanalysis)”, Aktual’nyye Problemy Ekonomiki i Prava, N. 4, 2012, s. 39.

56 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 262-265.

57 Özbek ve diğerleri, s. 1118; Özen, s. 201.

58 Zeki Hafizoğulları/Aygün Eşitli, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2014, s. 63.

RFCK’da hukuka uygunluk nedenleri, “*meşru müdafaa*”, “*suç işleyen kişinin tutuklanması sırasında verilen zarar*”, “*fiziksel veya zihinsel zorlama*”, “*zorunluluk hali*”, “*makul risk*” ve “*emrin veya talimatın yerine getirilmesi*” şeklinde düzenlenmiştir. RFCK m.39/1’de, “*kişinin veya diğer kişilerin haklarını, toplumun veya devletin kanunla korunan menfaatlerini doğrudan tehdit eden bir tehlike varsa ve bu tehlikenin başka yollarla ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı durumda ve zorunluluk halinin sınırları aşılmadan, aşırı zorunluluk halinde ceza hukuku ile korunan menfaatler zarar vermek suç değildir*” şeklinde zorunluluk hali düzenlenmiştir. Zorunluluk hali, Rus hukukunda rüşvet suçu bakımından geçerli bir hukuka uygunluk nedenidir. Fakat zorunluluk hali, yalnızca rüşvet gaspı halinde uygulanabilir. Rüşvet veren kişi kendi hak ve menfaatlerini korumak amacıyla rüşvet vermiş olabilir. Bu gibi durumlarda, kamu görevlisinin teslim aldığı menfaatin, sahibine iade edilmesi gerekir.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu’nun 9 Temmuz 2013 tarih ve N 24 sayılı Kararı m.30’a göre, “*Rüşvetin gaspı durumunda, para, değerli eşya, diğer mülkleri kamu görevlisine devretmeye zorlanan kişinin suç oluşturmayan fiillerinin rüşvet gaspından ayırt edilmesi gerekir. Rüşvet olarak verilen eşyanın sahibinin veya temsil ettiği kişilerin kanunla korunan menfaatlerine zarar gelmesini önlemek için başka hiçbir yasal yol olmadığında, aşırı zorunluluk durumunda veya cebir(zihinsel zorlama) durumunda*⁵⁹ (RFCK 39. maddesi ve 40. maddesinde gösterilen durumlarda)”⁶⁰ zorunluluk veya cebir durumunda verilen eşyanın sahibine iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kararda belirtildiği gibi kendisine veya kişinin temsil ettiği kuruluşun kanunla korunan menfaatlerine zarar gelmesini önlemek için aşırı zorunluluk halinde kişinin

59 RFCK 40’ncı maddesi 22 fıkrası şu şekildedir: “*Ceza hukuku tarafından korunan menfaatlere zihinsel zorlama ve fiziksel zorlama sonucunda zarar verme sorumluluğu, kişinin hareketlerini yönetme kabiliyetine sahip olmasının belirlenmesinde, bu Kanunun 39. maddesi hükümleri dikkate alınacaktır*” (Çevrimiçi) RFCK:<http://base.garant.ru/10108000/f9b0119a4fce7561a213cdc9af189098/#ixzz6d2Pg2IBJ>

60 Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulunun 9 Temmuz 2013 Tarih Ve N 24 sayılı "Rüşvet ve Diğer Yolsuzluk Suçlarında Adli Uygulama Hakkında" Kararının 30’uncu maddesi, Yüksek Mahkemenin Genel Kurulunun 24.12.2019 tarih ve N59 sayılı kararı ile karar metnine eklenerek değişiklik yapılmıştır. Bu karar metni için : (Çevrimiçi). “ConsultantPus” Mevzuat ve İçtihat Sistemi; <http://www.consultant.ru/>

rüşvet vermesi durumunda rüşvet verene ceza verilmeyecektir. Ancak kişinin fiili suç niteliğini taşıdığından, kişinin mağdur olarak kabul edilmesi de mümkün değildir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Teşebbüs

TCK m. 252/4'te özel teşebbüs hükmü düzenlenmiştir, “*Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir*”. Rüşvet suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda söz konusu hüküm özel norm niteliğinde olduğundan TCK m. 35/2'de teşebbüse ilişkin düzenlenen genel hüküm uygulanmayacak, TCK m. 252/4 hükmü gereğince verilecek ceza, suçun tamamlanmış hali için öngörülen cezanın yarısı olarak verilecektir. Öğretide hâkim görüşe göre bu düzenleme özel bir teşebbüs hükmüdür⁶¹.

RFCK m. 30/3'te, “*kişinin doğrudan bir suçu işlemeyi amaçlayan kasıtlı hareketi (hareketsizliği) kişinin kontrolü dışındaki nedenlerle tamamlanmamışsa suç işlemeye teşebbüs, olarak kabul edilir*” denilerek suça teşebbüs düzenlenmiştir. Öğretide rüşvet suçuna teşebbüsün mümkün olduğu konusunda görüş birliği bulunduğu ifade etmek mümkündür⁶². Rüşvet alma, rüşvet verme ve rüşvete aracılık etme suçları teşebbüs aşamasında kaldığı durumda, teşebbüse ilişkin RFCK'nın genel hükümleri uygulanır. Rüşvet suçları açısından özel bir teşebbüs hükmü düzenlenmemiştir.

61 **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1172; **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 96,

62 Tatyana **Gennadyevna**, “Ugolovno-Pravovaya Kharakteristika Prigotovleniya k Polucheniyu Vzyatki i Pokusheniye na Polucheniyu Vzyatki”, Probely V Rossiyskom Zakonodatel'stve. Yuridicheskiy Zhurnal, N.3, 2009, s. 83.

B. İştirak

Rüşvet suçu karşılaşma suç niteliğinde olduğundan⁶³rüşvet alan fail ile rüşvet veren fail arasında iştirak mümkün değildir⁶⁴. Bu failler aynı amaca yönelik ama farklı yönlerden hareket eden failleridir⁶⁵. Dolayısıyla rüşvet suçunda rüşvet alan ve rüşvet veren olmak üzere iki fail vardır⁶⁶.

Rüşvet suçu açısından iştirak, rüşvete aracılık etme fiili şeklinde gerçekleşmektedir. 6352 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle 5237 sayılı TCK m. 252/5’te özel bir iştirak hükmü, “*Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre rüşvet suçuna aracılık eden kişinin rüşvet alanın veya rüşvet verenin fiiline iştirak ettiğine bakılmaksızın müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.

TCK m. 252/6’da, özel iştirak hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, “*Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır*”. Bu durumda kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişinin, bu menfaatin rüşvet ilişkisinden kaynaklandığını biliyor olması gerekir⁶⁷.

04.05.2011 tarih ve 97- FZ sayılı Federal Kanun’la rüşvette aracılık etme suçu RFCK’ya eklenmeden önce rüşvete aracılık eden kişiler RFCK m. 33/5 kapsamında suça yardım eden olarak suça iştirak hükümlerinden sorumlu tutulmaktaydı⁶⁸. Söz konusu Kanunla yapılan değişiklik sonrası “önemli miktarda”, yani yirmi beş bin Rus Rublesinden fazla miktarda rüşvetin alınıp, verilmesine aracılık eden kişilerin sorumluluğu RFCK’nın 291.1. maddesine göre belirlenir.

⁶³ **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 112.

⁶⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1173.

⁶⁵ **Artuk ve diğerleri**, s. 822; **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 112.

⁶⁶ **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 112-113.

⁶⁷ **Özgenç**, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 112-113.

⁶⁸ Ya. V. **Garmyshev**, “Problemy Kvalifikatsii Posrednichestva Pri Vzyatochnichestve” EB BGU, Obshchestvennyye Nauki Gosudarstvo i Pravo. Yuridicheskiye Nauki, 2017, s. 60.

Suçta iştirakin diğer türleri RFCK'nın 33. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre suça, fail (şerik), organizatör yani suçu düzenleyen, azmettiren ve yardım eden şeklinde iştirak mümkündür. Rüşvet suçuna aracılık etmek dışında fail, azmettiren ve yardım eden olarak iştirak mümkündür. Azmettiren açısından örneğin, rüşvet veren kişi, kamu görevlisini belgede sahtecilik suçunu işlemesi için teşvik ediyorsa; bu durumda rüşvet veren kişi hem rüşvet verme suçundan hem de suça azmettirmekten sorumlu olur⁶⁹.

C. İçtima

5237 sayılı TCK'da rüşvet suçuna ilişkin özel içtima hükmü öngörülmemiştir. Bu nedenle içtima konusunda Kanun'un genel hükümlerinin uygulanması gerekir⁷⁰. Rüşvet suçu, bir başka suça araç suç olarak işlenebileceği gibi; bir başka suçla birlikte de işlenebilir. Bu durumda gerçek içtima hükümleri gereği kişinin her suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir. Örneğin bir kamu görevlisi tanık olduğu bir suçu yetkili mercie bildirmemek için menfaat sağlarsa hem rüşvet suçundan hem TCK m. 279' da düzenlenen "*kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*" suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir⁷¹. Görevi kötüye kullanma suçu ile rüşvet suçu arasında genel-özel norm ilişkisi vardır. Zira rüşvet suçu görevi kötüye kullanma suçunun özel bir görünüm şeklini oluşturmaktadır. Bu nedenle rüşvet alan kamu görevlisine genel norm niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçundan dolayı değil, özel norm niteliğindeki rüşvet suçundan dolayı ceza verilmesi gerekir⁷².

Rüşvet suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür Aynı suçu işleme kararının icrası kapsamında menfaatin kısım kısım sağlanması durumunda zincirleme suç şeklinde işlenen tek suçun olduğunu söylemek mümkündür⁷³. Kamu görevlisi bir suç işleme kararının icrası kapsamında, bir kişiden farklı zaman dilimlerinde menfaat temin ederse, zincirleme suç hükümleri uygulanacak ve faile verilecek ceza artırılabilecektir⁷⁴. Rus ceza

⁶⁹ Lyubavina, s. 105.

⁷⁰ Artuk ve diğerleri, s. 824.

⁷¹ Artuk ve diğerleri, s. 366; Koca, s. 398; Baytemir, s. 366.

⁷² Özbek ve diğerleri, s. 1126; Koca, s. 398; Özen, s. 216.

⁷³ Özbek ve diğerleri, s. 1126.

⁷⁴ Koca, s. 399; Baytemir, s. 367.

hukukunda rüşvet suçlarının içtimasına ilişkin Kanun'un genel hükümleri uygulanmaktadır.

VII. ETKİN PİŞMANLIK

Kanun koyucu rüşvet suçunun işlenmesini engellemek ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla TCK 254.⁷⁵ maddesinde etkin pişmanlık hükümlerine yer vermiştir⁷⁶. Zira rüşvet suçunda rüşvet alan ve rüşvet veren, rüşvet anlaşmasının taraflarıdır ve bu nedenle her iki tarafın da fail olması, rüşvet suçunun açıklığa kavuşmasına çoğu zaman engel olmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 254. maddesinin 1. fıkrasında rüşvet alan kamu görevlisi, 2. fıkrasında rüşvet veren kişi, 3.fıkrasında ise suça iştirak eden diğer kişiler açısından etkin pişmanlık hükmü öngörülmüştür. Söz konusu maddenin 4.fıkrasında, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilerin durumu yetkili makama bildirseler dahi etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Durumu yetkili makama bildiren ve diğer koşulları yerine getiren fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Ancak, rüşvet konusu menfaatin müsadere edilmesi gerekir⁷⁷.

5237 sayılı Kanun'da 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte, etkin pişmanlığa ilişkin “*soruşturma başlamadan önce*” ifadesi, “*durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce*” şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla resmi makamın durumu fiilen öğrenmesi halinde fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır.

⁷⁵ TCK 254.maddesi şu şekildedir: “ (1) Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(4) Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz.”

⁷⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1168.

⁷⁷ Artuk/ Gökçen, Gerekçeli Ceza Kanunları, s. 302.

TCK'nın 254. maddesine göre etkin pişmanlıktan yararlanan kişi hakkında "cezaya hükmolunmaz". Kişinin etkin pişmanlığın tüm şartlarını yerine getirmesi durumunda, bu kişi hakkında soruşturma evresinde CMK m. 171'e göre "*kovuşturmaya yer olmadığı kararı*" verilebilecektir. Etkin pişmanlık durumu kovuşturma aşamasında öğrenilirse, kişi hakkında CMK m. 223'e göre, "*ceza verilmesine yer olmadığı kararı*" verilebilecektir⁷⁸.

TCK m. 254/1'de rüşvet alan failin etkin pişmanlığı, "*Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz*" şeklinde düzenlenmiştir. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin, olayın resmi makamlarca öğrenilmesinden önce, durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

Rüşvet alan failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için rüşvet anlaşmasına konu olan nesnenin yetkili makama aynen teslim edilmesi gerekir. Kısmen teslim edilmesi veya failin bu şeyi teslim edeceğine dair taahhüdü kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden yaralanması bakımından yeterli değildir⁷⁹. Zira kanun metninde "*aynen teslim*" ibaresine yer verilmiştir. Rüşvet anlaşmasının yapılmış olması fakat anlaşmaya konu şeyin rüşvet alana teslim edilmediği durumda, durumun yetkili makamlara bildirilmesi yeterli görülmektedir. Manevi nitelik taşıyan ve teslim etmeye elverişli olmayan menfaat söz konusu ise bu durumda yetkili makamlara durumun bildirilmesi etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için yeterli olacaktır⁸⁰.

Etkin pişmanlığın şartlarının gerçekleşmesi durumunda rüşvet alan hakkında cezaya hükmolunmaz. Fakat failin suç vasfı devam ettiğinden, rüşvet olarak verilen ve rüşvet alan tarafından yetkili makama teslim edilen menfaatin müsadere edilmesi gerekecektir⁸¹. Rüşvet vereninin veya rüşvete aracılık eden kişinin etkin pişmanlığı TCK'nın 254. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre: "*Rüşvet veren veya bu konuda*

78 **Artuk ve diğerleri**, s. 828.

79 **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1170; **Özbek ve diğerleri**, s. 1124.

80 **Özalp**, s. 422.

81 Ufuk **Ünlü**, "Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, N.102, 2017, s. 337.

kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz”. 5237 sayılı TCK’da 6352 sayılı Kanun’la değişiklik yapılmadan önce, rüşvet veren failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması durumunda, bu kişinin ceza sorumluluğunun olmayacağı; kamu görevlisine temin edilen menfaatin kendisine iade edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. 6352 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra rüşvet veren kişinin cezai sorumluluğunun olmayacağı düzenlenmiş; ancak kamu görevlisine verilen menfaatin rüşvet verene iadesini öngören hüküm madde metninden çıkartılmıştır. Dolayısıyla menfaat kamu görevlisinden alınarak müsadere edilecektir⁸².

TCK’nın 254’üncü maddesinin 4’üncü fıkrasında “*Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesi durumunda rüşvet veren işlediği fiillerden pişmanlık duyarak suçun resmi makamlara tarafından öğrenilmesinden önce durumu yetkili makamlara bildirirse bile rüşvet suçunun sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Bu hüküm yalnızca rüşvet veren fail bakımından geçerlidir⁸³. Dolayısıyla yabancı kamu görevlisinin ve diğer rüşvete iştirak eden kişilerin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmaları mümkündür.

Rüşvet alanın veya rüşvet verenin fiillerine iştirak eden kişilerin etkin pişmanlığı, TCK’nın 254’üncü maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre “*Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*” Bu hükümde suça iştirak eden kişilerin rüşvet veren ve rüşvet alan kişinin fiillerine iştirak eden olarak etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabileceği öngörülmüştür⁸⁴. İştirak eden kişilerin bu hükümden yararlanabilmesi için durumun yetkili makamlara bildirilmesi yeterli görülmüştür. Bunun dışında rüşvet konusu menfaatin yetkili makama teslim edilmesi şartı aranmamıştır⁸⁵. Ayrıca suça iştirak eden kişiler birden fazla

82 Ünlü, s. 337.

83 Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1171.

84 Artuk ve diğerleri, s. 828.

85 Özbek ve diğerleri, s. 1126.

ise yalnızca durumu yetkili makama bildiren kişi etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilecektir⁸⁶. Durumun resmi makamlar tarafından öğrenilmemiş olması koşulu ve yetkili makamın hangi makam olduğu konusunda yukarıda yaptığımız açıklamalar rüşvet veren fail ve rüşvete aracılık eden fail açısından da geçerlidir.

RFCK m. 291/not kısmında, “*Not. Rüşvet veren kişi, suçun ifşa edilmesine ve (veya) soruşturulmasına aktif olarak katkıda bulunmuşsa ve rüşvet gaspına maruz kalmışsa veya bir suçu işledikten sonra durumu gönüllü olarak rüşvet verme konusunda ceza davası açma hakkına sahip kuruma bildirmişse cezai sorumluluktan muaftır*” denilerek rüşvet veren kişinin etkin pişmanlığı düzenlenmiştir. Kanunda, küçük rüşvet suçuna ilişkin buna benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, bu hükümde etkin pişmanlıktan yararlanmak bakımından iki koşul öngörülmüştür⁸⁷;

Bunlar rüşvet veren kişinin suçun ifşa edilmesine ve (veya) soruşturulmasına aktif olarak katkıda bulunması, somut olayda rüşvet gaspı olması ve (veya) kişinin suçu işledikten sonra rüşvet verme konusunda dava açmaya yetkili makama durumu bildirilmesidir. İkinci koşul iki seçenek hareketten oluşmaktadır. Birincisi, kişi rüşvet gaspı nedeniyle rüşvet vermiş olmalıdır. İkincisi, kişi suçun işlenmesinden sonra, işlenen suçun gizli kalmasını önlemek amacıyla aktif eylemlerde bulunmalıdır. Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre, aktif eylemlerde bulunmak için suçu işleyen kişinin belirli hareketleri icra etmesi gerekir. Fiiller somut olayda suçun özelliğine göre farklı şekillerde icra edilebilir⁸⁸. Rüşvet alan faile ilişkin özel etkin pişmanlık hükmü düzenlenmemiştir⁸⁹.

RFCK'nın 291.1. maddesinin 5. fıkrasına “not” olarak eklenen bendinde “*Not. Bu maddede öngörülen bir suçu işleyen bir kişi, suçun ifşa edilmesine ve (veya) suçun önlenmesine aktif olarak katkıda bulunmuşsa ve işlenen suçu gönüllü olarak ceza davası açmaya yetkili olan kuruma bildirmişse cezai sorumluluktan kurtulur*” denilerek rüşvete aracılık eden kişiler için özel bir etkin pişmanlık hükmü öngörülmüştür.

⁸⁶ Ali **Parlar**, Türk Ceza Kanunu Şerhi (Cilt II), Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 2764.

⁸⁷ Denis **Grishin**, “Osvoboshdeniya Ot Ugolovnoy Otvestvennosti Za Dolzhnostnyye Prestupleniya”, Nauchnyy Yezhegodnik Instituta Filosofii I Prava Ural'skogo Otdeleniya Rossiyskoy Akademii Nauk, Tom.15,N.1,2015,s. 144; **Lyubavina**, s. 109.

⁸⁸ **Lyubavina**, s. 109; **Grishin**, s. 149.

⁸⁹ **Grishin**, s. 144-145.

VIII. RÜŞVET GASPI

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun kararının 18. bendine göre bir kamu görevlisinin, kişinin (rüşvet veren kişinin) meşru çıkarlarına zarar verebilecek bir şeyi yapacağına veya yapmayacağına dair tehdit etmesi, kamu görevlisinin bir kişinin kanunla korunan menfaatlerinin zarar görebileceği yönünde tehdit etmesi ve kişinin kanunla korunan menfaatlerini korumak için kamu görevlisine rüşvet vermesi fiili de rüşvet gaspını oluşturmaktadır⁹⁰. Örneğin, kendisine ibraz edilen dilekçeyi kasıtlı olarak işleme koymayan failin fiili buna örnek teşkil edebilir⁹¹.

RFCK'nın 39. maddesinde ceza sorumluluğunu kaldıran zorunluluk hali düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince rüşvet bir zorunluluk halinde verilmişse rüşvet veren faile ceza verilmeyecektir. Rüşvet konusu menfaatin sahibi veya temsil ettiği kişilerin kanunla korunan menfaatlerine zarar vermeyi engelleyecek veya başka suretle korunma olanağı bulunmayan hallerde rüşvet veren kişinin fiilleri suç oluşturmayacaktır. Bu durumda rüşvet konusu eşya veya paranın kamu görevlisi tarafından sahibine verilmesi gerekecektir⁹².

Rüşvet gaspının diğer bir şekli kamu görevlisi tarafından kasıtlı olarak kişinin rüşvet vermesini gerektirecek uygun koşulların yaratılmasıdır. Kamu görevlisinin menfaat sağlamak amacıyla, yapmakla yükümlü olduğu işi kasten yapmaması, bu işleri yapmayı kasten geciktirmesi veya bu işlemlerin tamamını yapabilecek fırsatı varken kasıtlı olarak eksik yapması şeklinde ortaya çıkabilir⁹³. Bu durumda fail, rüşvet veren kişiden doğrudan rüşvet talep etmekte veya rüşvet verilene kadar rüşvet verenin

90 Sodnom Mikhaylovich **Budatarov**, “Problemy Kvalifilatsii Vymogatelstvo Vzyatki (The Problems of Qualification of Extortion of a Bribe)”, Sibirskiy Yuridicheskiy Vestnik, 2012, s. 7.

91 Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu'nun 9 Temmuz 2013 Tarih ve N 24 sayılı “Rüşvet ve Diğer Yolsuzluk Suçlarında Adli Uygulama Hakkında” Kararı (Çevrimiçi). “Konsultant Plyus” Mevzuat ve İçtihat Sistemi; <http://www.consultant.ru/>

92 Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulunun 9 Temmuz 2013 Tarih ve N 24 sayılı “Rüşvet Ve Diğer Yolsuzluk Suçlarında Adli Uygulama Hakkında” Kararının 30.maddesi (Çevrimiçi). “ConsultantPlus” Mevzuat ve İçtihat Sistemi; <http://www.consultant.ru/>

93 **Lyubavina**, s. 83-84.

yararına olan işlemi yapmayacağını başka yollarla ima ederek rüşvet suçunu işlemektedir⁹⁴.

Rüşvet gaspı, menfaat sağlamak amacıyla uygun koşulların yaratılması, kamu görevlisi tarafından kişinin veya kuruluşun haklarının veya meşru menfaatlerinin kasıtlı olarak ihlal edilmesi ve daha sonra doğrudan rüşvet verilmesinin talep edilmesi veya diğer yollarla rüşvet talep edildiğinin anlamasının sağlanması şeklinde de gerçekleşebilir. Bu durumda rüşvet verildikten sonra bu hak ihlallerinin kamu görevlisi tarafından giderilmesi sözü verilmektedir⁹⁵. Örneğin, bir kişinin kanuna aykırı bir şekilde işten çıkartılması ve bu kişinin rüşvet verdikten sonra işe iade edileceğinin söylenmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, kişinin rüşvete konu menfaati haklarının ve meşru menfaatlerinin ihlalini önlemek için verdiği durumlarda rüşvet gaspı söz konusu olacaktır. Kamu görevlisinin rüşvet talebini kendine yarar sağlayacağı düşüncesiyle kabul eden ve rüşvet veren kişinin fiiline bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir⁹⁶.

IX. RUS HUKUKUNDA DÜZENLENEN KÜÇÜK RÜŞVET SUÇU

Küçük rüşvet suçu, RFCK'nın 291.2 maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“1.Şahsen veya bir aracı aracılığıyla, on bin rubleyi aşmayan bir miktarda rüşvet alınması veya rüşvet verilmesi halinde faille

İki yüz bin Rubleye kadar para cezası veya hükümlünün üç aylık süreyle maaşının veya diğer gelirlerinin alınması veya bir yıla kadar iyileştirici işte çalıştırma veya iki yıla kadar özgürlüğünün kısıtlanması veya bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...”

Küçük rüşvet suçu Rus hukuku açısından yeni bir düzenlemedir. RFCK'nın 291/2 maddesi 03.06. 2016 tarihli ve N 324-FZ sayılı Federal

94 “Rüşvet gaspı nedeniyle suçlu bulunan (T)'nin... Kamu görevlisi olan ve kendi görevi dahilinde olan işlemi rüşvet alabilmek için uzun süre boyunca çeşitli nedenlerle uzatması...” Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, 13.03.2003 tarih ve No 53-o03-1 sayılı temyiz kararı (Çevrimiçi) “ConsultantPlus” Mevzuat ve İçtihat Sistemi; <http://www.consultant.ru/>

95 Lyubavina, s. 86.

96 Budatarov, s. 100.

Kanun’la eklenmiştir⁹⁷. Kanun koyucu küçük rüşvet suçunu, ayrı bir özel suç olarak öngörmüştür. Küçük rüşvet suçu rüşvet verme, rüşvet alma ve rüşvete aracılık etme suçlarının nitelikli hali olmayıp kanun koyucu tarafından öngörülen bağımsız bir suç tipini oluşturmaktadır. Suçun maddi ve manevi unsuru açısından rüşvet alma ve rüşvet verme suçu arasında bir farklılık bulunmamaktadır ve bu öğeler bakımından özdeşlik söz konusudur. RFCK m. 291/2’ye göre küçük rüşvet suçunda rüşvet miktarı üst sınır on bin ruble olarak düzenlenmişken rüşvetin alt sınırına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır⁹⁸. Öğretide hâkim görüşe göre, RFCK m. 291/1 de düzenlenen suç açısından alınan veya verilen rüşvetin cezai sorumluluk gerektirecek asgari miktarının yargı kararları ile belirlenmesi gerekir⁹⁹. Bir buket çiçek, bir kutu çikolata gibi şeyleri kamu görevlisine veren kişinin amacı tamamen bir minnettarlık belirtisi ise, bu durumda kamuya tehlike derecesine ulaşmayan göreve aykırılıktan söz etmek gerekir¹⁰⁰. Ancak RFCK’ya getirilen bu yeni düzenlemeyle bir kamu görevlisine, yaptığı iş için teşekkür etmek isteyen bir kişinin fiili küçük rüşvet suçunu oluşturabilir¹⁰¹.

X. RUS HUKUKUNDA RÜŞVET PROVOKASYONU SUÇU

RFCK’nın 304. maddesinde Rüşvet Provokasyonu suçu RFCK’nın otuz birinci bölümü olan “Adliyeye Karşı Suçlar” bölümünün altında düzenlenmiştir. Bu suçla korunan hukuki yarar adaletin normal işleyişini sağlayan sosyal ilişkilerdir. Sözlük anlamına göre, provokasyon kavramı bir kişiyi ağır sonuçlar doğurabilecek bir eylem için kışkırtma, tahrik etme anlamına gelmektedir. Suçun objektif unsuru açısından kişi, yapay bir kanıt oluşturmak amacıyla kamu görevlisine menfaat temin etme girişiminde bulunmaktadır¹⁰². Kişi kamu görevlisini kendine bağlamak veya şantaj yapmak vb. amaçlarla rüşvet alma suçunu işlemeye teşvik etmektedir. Su-

⁹⁷ **Lyubavina**, s. 146; Yan Eduardovich **Kraskovskiy**/Dmitriy Vyacheslavovich **Bazin**, "Melkoye vzyatochnochestvo kak proyavleniye bytovoy korruptsii", Nauka. Obshchestvo. Gosudarstvo, Tom. 6, N. 3, 2018, s. 2; **Kashapov**, s. 140.

⁹⁸ **Kashapov**, s. 142.

⁹⁹ **Kraskovskiy/Bazin**, s. 4; **Kashapov**, s. 142.

¹⁰⁰ N.A **Lopashenko**, Rossiyskoye ugovnoye pravo. Obshchaya i Osobennaya chast: uchebnik. V 3 t. T.3. Osobennaya chast. Yurlitinform (Ed: Lopashenko), 2014, s. 414.

¹⁰¹ **Kraskovskiy/Bazin**, s. 4.

¹⁰² **Luzhnova**, s. 131.

çun oluşması bakımından kişinin kamu görevlisine rüşvet teklif etmesi yerlidir. Rüşvet provokasyonu yalnızca doğrudan kastla işlenebilir. Fail bilerek ve isteyerek kamu görevlisi hakkında yapay bir delil oluşturmaya çalışmaktadır. Suçun amaç unsuru açısından kişi doğal yolla oluşmayan yapay bir kanıt veya delil oluşturmak veya şantaj amacıyla suç işlemektedir. Kişi suçu; kıskançlık, intikam, kişisel çıkar sağlama gibi çeşitli saiklerle işleyebilir. RFCK'nın 291.maddesinde düzenlenen rüşvet verme suçu ile rüşvet provokasyonu suçunu birbirinden ayırmak gerekir. Bu iki suç arasındaki en temel fark rüşvet verme suçunda kişi kamu görevlisinin kendisine veya göstereceği başka bir kişiye rüşvet verirken, rüşvet provokasyonu suçunda kişi karşı tarafın rızası olmadan kamu görevlisine menfaat temin etmek istemektedir¹⁰³.

SONUÇ

Türk hukukunda rüşvet alan ile rüşvet verenin fiilleri birbirinden ayrılrsa da bu kişiler tek bir suçun failleridir. Rus hukukunda rüşvet alma, rüşvet verme ve rüşvete aracılık etme suçları ayrı ayrı düzenlendiğinden, bu kişiler birebirinden bağımsız suçların failleridir

Rus hukukunda rüşvet alma, rüşvet verme ve rüşvete aracılık etme suçları daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. RFCK m. 290/1'de kamu görevlilerinin yanı sıra yabancı kamu görevlileri ve uluslararası kamu kuruluşu görevlileri de rüşvet alma suçunun faili olarak düzenlenmiştir. TCK m.252/9'da, benzer bir hüküm düzenlenerek uluslararası kamu görevlilerine ve uluslararası örgütün görevlilerine rüşvet verilmesi, vaat veya teklif edilmesi durumunda, TCK'nın 252.maddesinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

TCK m.252/5'te rüşvete aracılık eden kişilerin müşterek fail olarak cezalandırılacağı düzenlenmiştir. RFCK'da ise rüşvete aracılık etme fiili, Kanun'un 291.1 maddesinde bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla rüşvete aracılık eden kişi müşterek fail değil, bağımsız bir suçun failidir. Rüşvete aracılık etme fiilinin nitelikli hallerine de yer verilmiştir. RFCK m.291.1/5'te rüşvete aracılık etmeye ilişkin vaat veya teklif etmek, daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Kanun koyucu RFCK'nın 291.2.maddesinde küçük rüşvet suçunu düzenleyerek her miktardaki rüşveti ek yaptırım altına almak istemiştir. Söz konusu suç tipi kanuna eklenmeden önce de çok az miktardaki rüşvet bakımından cezai sorumluluk söz konusuydu. Ancak kanun koyucu özellikle

¹⁰³ Bashayev/Zinkov, s. 20-21.

küçük miktardaki rüşvet suçlarının işlenmesini önlemek amacıyla ek bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir.

Yine, Türk hukukundan farklı olarak Rus hukukunda rüşvet suçunun rüşvet gaspı şeklinde işlenebileceği düzenlenmiştir. Türk hukukunda kamu görevlisinin kişiyi icbar ederek menfaat sağlamak istemesi TCK'nın 250.maddesinde irtikap suçu olarak düzenlenmiştir. Rus hukukunda ise kamu görevlisinin menfaat sağlamak amacıyla kişiyi icbar etmesi rüşvet suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla hem icbar etmek suretiyle menfaat sağlayan kamu görevlisi hem de rüşvet veren kişi rüşvet suçundan sorumludur.

RFCK'nın 304.maddesinde rüşvet provokasyonu suçu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede, adaletin normal işleyişini sağlayan sosyal ilişkiler korunmak istenmiştir. Bu bakımdan kamu görevlisine şantaj yapmak veya kendine bağlamak için yapay bir kanıt oluşturmak amacıyla kamu görevlisine rüşvet verme girişimi yaptırım altına alınmıştır.

Kaynakça

Akyürek, Güçlü. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yeni 252. Maddesi ve Özel Sektörde Rüşvet”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kazancı Dergisi, C. 8, S. 99-100, 2012, s. 22-42.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim. Ceza Hukuku Özel Hükümler. 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Bashayev, A.M./Zinkov, Ye.N. “O Nekotorykh Istoricheskikh Aspektakh V Opredelennu Ponyatiya “Provokatsiya Vzyatki”. Samarskiy Yuridicheskii Institut Fsm Rossii Tip: Stat’ya V Sbornike Trudov Konferentsii, 2019, s. 19-22,; <https://elibrary.ru/item.asp?id=38521466> (E.T. 11.12.2020).

Baytemir, Erdal. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 88, 2010, s. 333-388.

Budatarov, Sodnom Mikhaylovich. “Problemy Kvalifikatsii Vymogatelstvo Vzyatki (The Problems of Qualification of Extortion of a Bribe)” Sibirskiy Yuridicheskii Vestnik, 2012, s. 99-103, https://www.elibrary.ru/_17755761_81567361 (E.T. 11.12.2020).

Burmenskiy, A.İ. “Problemy Kvalifikatsii Polucheniya Vzyatki za Nezakonnyye Deystviya (Bezdeystviye)”. Vestnik Studencheskogo Nauchnogo Obshchestva GOU VPO “Donetskiy Natsional’nyy Universitet”, Tom. 4, N. 1, 2018, s. 115-119, <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=37172761> (E.T. 11.12.2020).

Çakır, Murat. Türk Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu. On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.

Erman, Sahir/Özek. Çetin, Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kamu İdarelerine Karşı İşlenen Suçlar. 1. Bası, Dünya Yayıncılık, İstanbul 1992.

Garmyshev, Ya.V. “Problemy Kvalifikatsii Posrednichestva Pri Vzyatochnichestve”. EB BGU, Obshchestvennyye Nauki Gosudarstvo i Pravo. Yuridicheskiiye Nauki, 2017, s. 60-63. <http://elib.bs.by/handle/123456789/172628>.

Gennadyevna, Tatyana. “Ugolovno-Pravovaya Kharakteristika Prigotovleniya k Polucheniyu Vzyatki i Pokusheniye na Polucheniye Vzyatki”. Probely V Rossiyskom Zakonodatel’stve Yuridicheskii Zhurnal, N. 3, 2009.

Grishin, Denis. “Osvoboshdeniya Ot Ugolovnoy Otvetstvennosti Za Dolzhnostnyye Prestupleniya”. Nauchnyy Yezhegodnik Instituta Filosofii İ Prava Ural'skogo Otdeleniya Rossiyskoy Akademii Nauk, Tom. 15, N.1, 2015, s. 141-151, <http://yearbook.uran.ru> adresinden (E.T. 11.12.2020).

Hafizoğulları, Zeki/Eşitli, Aygün. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar. US-A Yayıncılık, Ankara 2014.

İzosimov, Sergey Vladimirovich. “Sub'yektivnaya Storona Polucheniya i Dachi Vzyatki: Ugolovno-Pravovoy Analiz (Subjective Element of Bribe Giving and Taking: Criminal-Legal Analysis)”. Aktualnyye Problemy Ekonomiki i Prava, N. 4, 2012, <https://cyberleninka.ru/article/n/subektivnaya-storona-polucheniya-i-dachi-vzyatki-ugolovno-pravovoy-analiz/viewer>. (E.T. 11.12.2020).

Kashapov, Radik Minivaleyevich. “Ugolovnaya Otvetstvennost' za Melkoye Vzyatochnichestvo: Teoriya i Sudebnaya Praktika”. Mezhdunarodnyy Nauchnyy Zhurnal “Simvol Nauki”, N. 1-1, 2017, s. 140-144, <https://cyberleninka.ru/article/n/ugolovnaya-otvetstvennost-za-melkoe-vzyatochnichestvo-teoriya-i-sudebnaya-praktika> (E.T. 11.12.2020).

Koca, Mahmut. Zimmet-İrtikâp-Rüşvet-Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları. Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Kochina, Maddonna Sergeyevna. “Posrednichestvo vo Vzyatochnichestve: İstoriya Zakonodatel'stva i Praktiki Protivodeystviya”. Aktualnyye Problemy Rossiyskogo Prava, S. 4, 2017, s. 117-123, doi:10.17803/1994.

Kozachenko, İ., Ya/Novoselov G. N, vd. Ugolovnoye Pravo Osobennaya Chast. 4. Bası, İzdatelstvo Norma, Moskva 2008.

Kraskovskiy, Yan Eduardovich/Bazin, Dmitriy Vyacheslavovich. “Melkoye vzyatochnichestvo kak proyavleniye bytovoy korruptsii”. Nauka. Obschestvo. Gosudarstvo, Tom. 6, N. 3, 2018, https://esj.pnzgu.ru/files/esj.pnzgu.ru/kraskovskiy_yae_bazin_dv_2018_3_06. (E.T. 11.12.2020).

Kulikov, Aleksandr Viktorovich/Polshchuk, Anatoliy Nikolayevich, “Osobennosti Ob'yektivnoy Storony Polucheniya Vzyatki (ST. 290 UK RF)”, İzvestiya Tulsogo Gosudarstvennogo Universiteta. Ekonomicheskoye i Yuridicheskoye Nauki, S. 2, 2020, s. 42-48. <https://cyberleninka.ru/article/n/osobennosti-obektivnoy-storony-polucheniya-vzyatki-st-290-uk-rf> (E.T. 11.12.2020).

Kurakov, Lev Panteleymonovich/**Kurakov**, Vladimir L'vovich. Bolshoy Tolkovyy Slovar Ekonomicheskikh i Yuridicheskikh Terminov. İzdatel'stvo Vuz i Shkola, Moskova 2001.

Lopashenko, N. A. Rossiyskoye ugolovnoye pravo. Obshchaya i Osobennaya chastı: uchebnik. V 3 t. T.3. Osobennaya chast. Yurlitinform(Ed: Lopashenko), 2014.

Luzhnova, O.V. "K Voprosu Ob Otgranichenii Dachi Vzyatki Ot Provokatsii Vzyatki", Vestnik Moskovskogo Universiteta MVD Rossii, S. 3, 2010, s. 131-133, <https://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-ob-otgranichenii-dachi-vzyatki-ot-provokatsii-vzyatki>. (E.T. 11.12.2020).

Lyubavina, Marina Aleksandrovna. Kvalifikatsiya Vzyatochnichestva. Sankt-Peterburgskiy Yuridicheskiy İnstitut (Filial) Akademii Generalnoy Prokuratury Rossiyskoy Federatsii, Sankt Petersburg 2018.

Meran, Necati. Zimmet- Rüşvet-İrtikâp ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları. 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Özalp, Nabi. Türk Ceza Kanununda Rüşvet Suçu. Yayımlanmamış Doktora Tezi Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2018.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/ **Tepe**, İlker. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Özen, Mustafa. İrtikâp ve Rüşvet Suçları. 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Özgenç, İzzet. İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları. 2. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2013.

Özgenç, İzzet. Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler). Ankara 2006.

Tarbagayev, Aleksey Nikolayevich. "İnostrannoye Dolzhnostnoye Litso Kak Subyekt Polucheniya Vzyatki Po UK RF". Kriminologicheskiy Zhurnal Baykalskogo Gosudarstvennogo Universiteta Ekonomiki İ Prava, S. 1, 2014, s. 104-109, <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=21211833>. (E.T. 11.12.2020).

Tezcan, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R.Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku. 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

Ünlü, Ufuk. "Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, 2017.

Yani, Pavel. "Problemy Kvalifikatsii Posrednichestva vo Vzyatochnichestve". Zakonnost, Tom 2, 2013.

Yarsuvat, Duygun. Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri. İÜHFİM, C. 30, S. 3-4, 1964, s. 665-691.

Zdravomyslov, Boris Viktorovich. Dolzhnostnyye Prestupleniya: Ponyatiye i Kvalifikatsiya. Yuridicheskaya Literatura, Moskva 1975.

İnternet Kaynakları

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu: <http://base.garant.ru/10108000/f9b0119a4fce7561a213cdc9af189098/#ixzz6d2Pg2IBJ>

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurulunun 9 Temmuz 2013 Tarih ve N 24 Sayılı "Rüşvet ve Diğer Yolsuzluk Suçlarında Adli Uygulama Hakkında" Kararı (Çevrimiçi). "ConsultantPus" Mevzuat ve İçtihat Sistemi; <http://www.consultant.ru/>.

Özel Hukuk / Private Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 1 Haziran/June 2021

Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Contract in Favour of Third Party

Öğr. Gör. Özge ÖZTÜRK*

ÖZ

Nisbilik prensibi gereği, kural olarak sözleşmeler sadece ilgili sözleşmenin tarafları arasında hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadırlar. Hukuk'ta 'kural olarak..' diye başlanan cümleleri takiben genellikle buna ilişkin istisnalardan da bahsedilir. Çalışmamızın konusunu oluşturan üçüncü kişi yararına sözleşme de tıpkı bu şekilde nisbilik prensibine getirilmiş olan istisnalardan birini teşkil etmekle, bu ilişkide alacaklı, ifanın kendisine değil de, borç ilişkisi dışında kalan bir üçüncü kişiye yapılmasını istemektedir.

Borç ilişkisine dâhil edilen üçüncü kişinin, borcun ifa edilmesini talep hakkı yönünden, bu sözleşme türü "eksik" ve "tam" üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Çalışmamızda, sözleşmenin nisbiligi ilkesi açıklanarak bunun sonuçları üzerinde durulmuş; üçüncü kişi yararına sözleşmenin niteliği ve kurulmasına ilişkin esasları ile, vaadettiren, vaadeden ve üçüncü kişi (lehdar) arasındaki ilişki ele alınmıştır. Çalışma-

* İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu, Hukuk Bölümü, Adalet Programı.

E-posta: ozgeozturk8@aydin.edu.tr. ORCID: 0000-0002-6257-1488.

Araştırma Makalesi/Research Article

Makale Geliş Tarihi: 17.08.2021 / **Makale Kabul Tarihi:** 09.11.2021.

Atf: Özge Öztürk, "Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme", EBYÜ-HFD, C. 25, S. 1, Haziran 2021, (165-210).

nın sonunda, üçüncü kişi yararına sözleşmenin, alacağın devri, temsil, havale gibi bazı hukuki kurumlarla karşılaştırılması suretiyle farklılıklarının ortaya konulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nisbilik ilkesi, Üçüncü kişi yararına sözleşme, Eksik Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Vaadettiren, Vaadeden, Lehdar.

ABSTRACT

In accordance with the principle of proportionality, as a rule, contracts only create provisions and consequences between the parties of the relevant contract. After the sentences that begin as 'as a rule..' in law, exceptions are usually mentioned. Contract in favour of third party, which is the subject of this study, constitute one of the exceptions brought to the principle of proportionality in this way and in this relationship, the creditor does not want the performance to be made to him/herself, but to a third party outside the debt relationship.

In terms of the right of the third party included in this debt relationship to demand the performance of the debt, this type of contract can be considered as "incomplete" and "full" contract for the benefit of the third party. The subject of this study is to explain the principles of the nature and establishment of contract for the benefit of third party, by explaining the principle of relativity of the contract and by emphasizing the results, and to reveal the relationship between the promisser, the promittent and the third party. At the end of the study, it has been tried to reveal the differences of contract for the benefit of third party by comparing it with some legal institutions such as assignment of receivables, legal representation, remittance.

Keywords: Principle of Relativity, Contract in Favour of Third Party, Contract in Full Favour of Third Party, Promittent, Promisser, Beneficiary.

GİRİŞ

Roma-Pandekt Hukuku'nun en çok etkisi altında bulunan Borçlar Kanunu, tıpkı Medeni Kanun gibi İsviçre Borçlar Kanunu'nun tercümesi ile büyük ölçüde kaynak kanun korunarak iktibas edilmiş olup borç ilişkileri bakımından nisbilik prensibini esas almıştır. Buna göre, borç ilişkisinden doğan haklar ve borçlar kural olarak ancak o ilişki içerisindeki taraflar arasında (inter partes) hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Bu kural, Roma Hukuku zamanlarından bu yana uygulanarak Türk-İsviçre hukukları ve

diğer birçok hukuk sistemlerinde sözleşmeler hukukunun genel prensibini ifade etmektedir. Bu kuraldan yola çıkılarak rahatlıkla ifade edilebilir ki sözleşmenin tarafları, o sözleşmeye taraf olmayan biri aleyhine sonuç doğuracak bir yükümlülük kararlaştıramayacaklardır. Bunun doğal sonucu olarak da borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla üçüncü kişilerden tazminat talebinde bulunulamaz ve yine üçüncü kişiler sözleşme hükümlerine dayanarak sözleşmeden doğan borcun ihlali nedeniyle gördükleri zararların tazminini talep hakkına da sahip değildirler. Nisbilik prensibi gereği, sözleşmeden kaynaklanan borcun ihlali dolayısıyla zarar gören üçüncü kişiler haksız fiil hükümlerine başvurabileceklerdir. Zira Borçlar Kanunu, sözleşmesel sorumluluğa ancak ve ancak sözleşmenin taraflarını tabi tutmuştur. Alman Hukuku, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ihlali ile tesadüfen üçüncü kişinin zarar görmesi halinde zarar gören ile tazminat talep hakkına sahip olan kişinin aynı kişi olmaması halinde uygulanacak olan üçüncü şahsın zararını tazmin kurumunu geliştirmiştir.

Ancak sözleşmeye aykırılık hükümlerinin, korunan hukuki varlıklar, kusurun ispatı, yardımcı şahsın verdiği zarar gibi birçok bakımdan zarar göreni haksız fiil hükümlerine nazaran daha etkin korumaya elverişli yapısı sebebiyle nisbilik prensibi ve kanunun öngördüğü sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu ayrımı aşılmaya çalışılarak culpa in contrahendo, akdin müspet ihlali ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumlarının ortaya çıkışına zemin hazırlamıştır.

Alacaklı ile borçlu arasında mevcut borç ilişkisinin üçüncü kişiler açısından hüküm doğurmayacağı ile kastedilen borç konusu edimin münhasıran alacaklı tarafından ve yine münhasıran borçludan talep edilebilmesi olup, bu kural bir borç ilişkisinin hiçbir zaman üçüncü kişileri etkilemeyeceği yahut üçüncü kişilerin hiçbir şekilde bahsi geçen borç ilişkisi üzerinde etkili olamayacakları şeklinde anlaşılabilir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde borç ilişkisi yine alacaklı ve borçlu yararına kurulmakla birlikte, alacaklı, ifanın kendisine değil de borç ilişkisi dışında kalan bir üçüncü kişiye yapılmasını istemektedir. Bu aşamada, üçüncü kişi yararına sözleşme tipi, üçüncü kişinin borcun ifa edilmesini talep hakkı olup olmaması bakımından ‘eksik üçüncü kişi yararına sözleşme’ ile ‘tam üçüncü kişi yararına sözleşme’ türleri olarak ikiye ayrılmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 129’un (818 sayılı Borçlar Kanunu md. 111, başkası lehine şart) üçüncü kişi yararına sözleşme başlıklı düzenlemesine göre, “*kendi adına sözleşme yapan kişi sözleşmeye üçüncü*

kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir.” (f. 1).

“Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.” (f. 2).

TBK md.130 ‘da ise ‘Başkasını çalıştıran kişi, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur.’ ifadesiyle özel bir düzenleme yapılmıştır.

Görüldüğü üzere, TBK 129. madde üçüncü kişi yararına sözleşmeler hakkında genel prensipler ortaya konmakta iken TBK 130. maddede ise sorumluluk sigortalarına ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin uygulamadaki en yaygın örneği kanunda özel olarak düzenlenmiş bulunan sigorta sözleşmeleri olsa da uygulamada bunun haricinde de çeşitli görünümleri bulunur. Hatta boşanma protokolünde, nafaka dışında da üçüncü kişi yararına hükümler bulunabilir ki Yargıtay, boşanma protokolünde, müşterek çocuklar adına taşınmaz satın alınması yahut taşınmazın mülkiyetinin çocuklara devrine ilişkin yapılan anlaşmaları da üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu görüşündedir.¹

Hukuki tarihsel süreç içerisinde Roma Hukuku’nda üçüncü kişi yararına sözleşme müessesesinin kısıtlı uygulama alanı ve yüzyıllara yayılan gelişim sürecinin farklı ülke hukukları arasındaki etkileşimi neticesinde günümüzdeki formuna ulaşmış olup, üçüncü kişi yararına sözleşmeler üç köşeli hukuki ilişkiler içerisinde artık önemli bir yere sahiptirler.

Nisbilik ilkesi ile sözleşme serbestisi ilkesi iç içe ilkeler olup üçüncü kişiyi yararlandırma amaçlı ortaya çıkan bu üç köşeli ilişki de Türk –İsviçre ve Alman sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden olan nisbiliğin istisnasını oluşturmaktadır.

¹ Yarg. 2. HD., 28.1.2014, 2013/7253-1551; Yarg. 14. HD., 4647/3762, 6.4.2015; Yarg. 8. HD., E. 2019/1601, K. 2021/2350, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> E.T. 4. 10. 2021.

I. SÖZLEŞMELERİN NİSBİLİĞİ VE ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME

A. Genel Olarak Sözleşmelerde Nisbilik İlkesi

Sözleşmenin etkisi prensip olarak o sözleşmenin tarafları ile sınırlı olup Roma Hukuku'nda *res inter alios acta aliis neque prodest* olarak ifade edilen bu kural sözleşmenin tarafları dışında yabancı olan üçüncü şahıslar yararına bir hak doğmasını önlüyordu.² Borcun doğumu için bir *iuris vinculum* (hukuki bağ) gerekli olduğundan ve bu bağın sadece bağlananlar için etkili olduğu kabul edildiğinden Roma Hukuku'nda bir sözleşmenin üçüncü kişiler hakkında hüküm ve sonuç doğurmasının yanında sözleşmenin üçüncü kişinin yararını amaçlaması da yasak olup bu yasak da *res inter alios acta* kuralının özel bir şekli ve tamamlayıcısı durumundaki *alteri stipulari nemo potest* vecizesi ile ifade edilirdi.³ Bununla sözleşmenin alacaklısı, sözleşmeden doğan alacağını yalnızca sözleşmenin borçlusuna karşı ileri sürebileceğinden, sözleşmeye taraf olmayan kişiler aleyhine borç meydana getirmek de mümkün değildir. Buna üçüncü kişi zararına (aleyhine) sözleşme yasağı denir.⁴

Sözleşmenin nisbiliği ilkesi Borçlar Hukuku'nda kural olarak sadece o ilişki çerçevesinde taraflar arası hüküm doğuran genel bir ilke olmakla birlikte Türk Ticaret Kanunu md. 1191/ f. 3⁵ ve 1257. md /f. 3⁶ de olduğu

² Şener **Akyol**, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2008, s. 1.

³ **Akyol**, s. 1-2.

⁴ Yavuz Can **Aslan**, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 5.

⁵ 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 1191/f. 3 “*Taşıyanın kanunen kendisine yüklenmeyen bir borç veya yükümlülüğü üstlenmesi veya tanınan bir haktan vazgeçmesi sonucunu doğuran özel anlaşmalar, açık ve yazılı onayı olmadıkça, fiili taşıyan hakkında hüküm ifade etmez; fakat, bu hususta yapılmış olan özel bir anlaşma fiili taşıyanın onayı olmasa da taşıyanı bağlamaya devam eder.*” RG. 27846, 14.02.2011.

⁶ 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 1257/f. 3 “*Taşıyanın, kanunen kendisine yükletilmeyen bir borç veya yükümlülüğü üstlenmesi veya ona tanınan bir haktan vazgeçmesi sonucunu doğuran özel anlaşmalar, açık ve yazılı bir kabul olmadıkça, fiili taşıyan hakkında hüküm ifade etmez.*” RG. 27846, 14.02.2011.

gibi kimi hallerde⁷ özel olarak düzenlenmiştir.⁸ Hiç kimse tarafı olmadığı bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacak hakkının sahibi olamaz zira alacak hakkının sahibi, borç ilişkisine taraf olarak alacaklı sıfatını haiz olan kimsedir.⁹

Nisbilik ilkesi sözleşme serbestisi ilkesi ile iç içe olup sözleşme serbestisi ilkesinin pozitif ve negatif olmak üzere iki görünümünden bahsedebiliriz.¹⁰ Bu iki görünüm de kişilere kendi sözleşmesel ilişkilerini serbestçe belirleme imkânı verirken bunu farklı araçlarla yerine getirmektedirler. İlkenin pozitif görünümü, kişilere istedikleri kişilerle istedikleri içerikte sözleşmeler kurup bu sözleşmeleri diledikleri gibi değiştirme ve sona erdirebilme imkânını vermekte olup negatif görünümde ise, kişilerin sözleşme kurmaya zorlanamamalarını ifade etmektedir.¹¹

Borç ilişkilerinden doğan alacak hakkı, aynı haklarla kişilik haklarının aksine hukuki niteliği itibariyle nisbi bir haktır.¹² Alacak, bir edimi yerine getirmeye mecbur olan borçlunun şahsına karşı bir haktır.¹³ Alacaklıya borç ilişkisinin sağladığı bu hak; gerek borçlunun şahsı, gerek borçlunun edim fiili ve gerekse edim konusu şey üzerinde bir iktidar sağlamakla olup alacaklı Anayasa'da kaynağını bulan temel eşitlik ve özgürlük kavramlarına aykırı biçimde borçlunun şahsı üzerinde iktidar kazanmış değildir ve borçlu üzerinde doğrudan doğruya kuvvet kullanarak onu edimini ifaya zorlayamaz.¹⁴ Dolayısıyla, üçüncü kişiler borç ilişkisi ile ilke olarak borç

7 Mutlu **Diñç**, Türk Ticaret Kanunu (Gerekçeli-Karşılaştırmalı), 12. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 953.

8 **Diñç**, s. 999.

9 Gediz **Kocabaş**, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı, 1. Bası, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı), C. 22, İstanbul 2016, s. 1798.

10 Aysen **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 7.

11 **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 7.

12 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 19.

13 Andreas von **Tuhr**, Borçlar Hukuku Cilt 1, 1. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 9.

14 Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 15-16.

altına girmedikleri ve bir hak kazanmadıkları için bu hakkın onlara karşı ileri sürülmesi istisnai haller dışında söz konusu olmaz.¹⁵

B. Nisbilik İlkesinin Sonuçları

1. Alacak Hakkının Sadece Borçluya Karşı İleri Sürülebilmesi

Borçlar Hukukuna hâkim olan en önemli ilkelerden biri borç ilişkilerinin nisbilik ilkesi olup sözleşmenin tarafları, sözleşme ilişkisine katılmayan üçüncü kişiyi herhangi bir borç ilişkisinin borçlusu durumuna getiremezler.¹⁶ Borç ilişkisinden doğan alacak hakları kural olarak, sadece borç ilişkisinin diğer tarafına karşı ileri sürülebilen haklar olduklarından borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı, alacak hakkı ileri sürülemeyeceği gibi, borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişiler de borç ilişkisine dayanarak, borçluya karşı bir hak talebinde bulunamazlar. Sözleşmede taraflar dışında, üçüncü bir kişiye karşı alacak talebinde bulunulması, alacak hakkının nisbilik ilkesine aykırı olduğu için bu tür talepler, usul hukukunda ise, husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle davanın reddi sebepleri arasında sayılmıştır.¹⁷

2. Alacak Hakkının Sadece Borçlu Tarafından İhlal Edilebilmesi

Borç ilişkisinde, alacaklının edimin yerine getirilmesini sadece borçludan isteyebilmesi nedeniyle alacaklının hakkı nisbi hak niteliğinde olup borç ilişkisinden doğan bu hakkın nisbi oluşu, onu mutlak haklardan kapsam olarak farklılaştırır.¹⁸ Mutlak haklar sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülüp herkesçe ihlal edilebilir nitelikte iken nisbi haklar sadece ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebilmektedir.

Borç ilişkisinden doğan alacak hakkının ikinci önemli özelliği, alacak hakkının sadece borçlu tarafından ihlal edilebilmesidir. Bunun tek istis-

¹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 19.

¹⁶ Şebnem Akipek/Erkan Küçükgüngör, Sözleşmeler Rehberi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 35.

¹⁷ İbrahim Aydın, "Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2008/1 (16), s. 44.

¹⁸ Doğan Şenyüz, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 9. Bası, Ekin Yayınları, Bursa 2018, s. 7.

nası, TBK md. 49/2' de düzenlenmiş bulunan ve sözleşmenin tarafı olmayıp sözleşmenin özellikle alacaklı tarafına bilerek ve ahlaka aykırı bir şekilde zarar vermek isteyen davranışına karşı alacaklının, tazminat davası açabilmesidir. Hâkim gerekirse, tazminat olarak alıcının satın almak istediği malın iadesine veya bu mümkün değilse, para olarak değerine ve bundan doğan zararın tazminine hükmedebilir.¹⁹

3. Alacak Hakkının Borçlu Tarafından İhlalinin Üçüncü Kişilere Hak Talebi İmkânı Vermemesi

Borç ilişkisinin sadece alacaklı ile borçlu arasında bir bağ teşkil etmesi ve üçüncü kişileri etkilememesi borç ilişkisinin nisbi olduğunu ifade eder ki, bu sebeple alacak hakkının nisbi hak olduğundan bahsedilir.²⁰ Borçlu, borcunu mutlaka edimi almaya yetkili alacaklının şahsına veya onun yetkili temsilcisine ifa edecek olup, alacak hakkının borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde, üçüncü kişiler borç ilişkisinin tarafı olmadıklarından, borçluya karşı sözleşmeye dayanarak dava açamazlar.²¹

4. Alacak Hakkının Alacaklıya Dolaylı Bir Yetki Vermesi

Alacak hakkı, alacaklının borçludan bir edimi yerine getirmesini talep hakkı olarak tanımlanır ve kural olarak alacak hakkı ihtiva ettiği tüm yetkilerle bir bütündür. Üçüncü kişiye ifayı talep ve kabul yetkisi verilmiş olsa da alacaklı yine alacaklı sıfatını muhafaza ederek edimi bizzat borçludan talep hakkını haizdir.²² Alacak hakkı taahhüt işleminden doğduğunda, alacaklı sadece, borcun konusu olan şeyin kendisine verilmesini isteyebileceği için, borcun konusunun kendisinden önce teslim edilmiş olandan, dava ile talep edebilmesi mümkün değildir. Örneğin; A ile B arasında yapılan satış sözleşmesinde A'nın, malı B'ye malı teslim etmesi gerekirken, C ile anlaşılıp malı C'ye teslim etmesi halinde B'nin, C'ye karşı malın kendisine iadesini isteme hakkı yoktur, zira artık malın mülkiyeti, teslimle C'ye geçmiştir. B, burada sadece mal zamanında kendisine teslim

¹⁹ Aydın, s. 44.

²⁰ Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 28.

²¹ Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 31.

²² Şener Akyol, Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, 2. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2007, s. 6.

edilmediği için, A'ya karşı borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanarak, talep ve dava hakkını kullanabilir.²³

C. Nisbilik İlkesine Getirilen Bazı İstisnalar

Alacağın, alacaklıya karşı borçluluk rabıtası dâhilinde bulunmayan üçüncü bir kişiye karşı kullanılabilmesi, ancak istisnai bir haldir. Bir alacağın üçüncü kişilere karşı kullanılmasının en mühim hali, sözleşmeden doğan önalım (mukaveleden mütevellit şuf'a), alım (işтира), geri alım (vefa) ve kiranın tapu siciline şerhedilmesidir ki, bu şerh müşteri veya kiracıya o şeyin sonraki müktebine karşı hakkını muhafaza imkânı verir.²⁴

Nisbilik ilkesi gereğince sadece alacaklı ile borçlu arasında bir bağ kurulması söz konusu olması neticesinde alacaklı alacak hakkını sadece borçluya karşı ileri sürebiliyor olsa da kanun bu ilkeye bazı istisnalar getirmiştir. Tapuya şerh verilen kişisel hakların, şerhten sonraki maliklere karşı da ileri sürülebilmesi veya üçüncü kişi yararına sözleşmenin, lehine sözleşme yapılan üçüncü kişiye de ifayı talep hakkı vermesi, bu istisnaların en önemlilerindedir. Bundan başka kişinin iradesi dışında borç altına girmemesi ilkesinin istisnalarından biri de miras hukukunda ortaya çıkar ki mirasçılar, mirası reddetmedikleri sürece külli halefiyet ilkesi gereğince mirasbırakanın borçlarından sorumlu olurlar.²⁵

Sözleşmenin nisbiligi ilkesinin bazı istisnaları bulunmaktadır ki bunları üçüncü kişilerin borç ilişkisine etkili olduğu haller ve borç ilişkisinin üçüncü kişilere etkili olduğu haller olarak ikiye ayırabiliriz. Üçüncü kişilerin borç ilişkisine etkili olduğu hallere, üçüncü kişinin ifasıyla borcun sona ermesi durumu örneklenebilir.²⁶ Üçüncü kişi, kendisine verilen bu yetkiyi kullandığı anda ifa ile alacaklı bakımından da borç sona erecektir. Zira alacak hakkı parçalanmadığı için ifa ile borç tamamen ortadan kalkacak olup eğer alacak üçüncü kişiye verilen yetki ile parçalanmış olsa idi borçlu üçüncü kişiye ifada bulununca alacaklının elinde bazı yetkilerin kalması diğer yandan borçlu, üçüncü kişiye değil de alacaklıya ifada bulununca bu defa üçüncü şahısta bazı yetkilerin kalması gerekirdi.²⁷

²³ **Aydınlı**, s. 46- 47.

²⁴ **Tuhr**, s. 10.

²⁵ **Akıpek/Küçükgüngör**, s. 35.

²⁶ **Aslan**, s. 9.

²⁷ **Akyol**, İfayı Talep Yetkisi, s. 7.

Üçüncü kişilerin borç ilişkisine etki ettiği bir diğer istisnai hal de TBK md. 201’de düzenlenen borca katılma olup, bu sözleşme borca katılan ile alacaklı arasında kurulan, katılanın borçlu ile birlikte alacaktan müteselsilen sorumlu olduğu bir müessesedir.²⁸

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KURULMASI

A. Kavram ve Amaç

Bir borç ilişkisi kural olarak sadece tarafları arasında menfaat ilişkisi yaratıp hukuki sonuçlarını doğursa da bazen somut olayda sözleşme taraflarının menfaati kurmuş oldukları bu sözleşme ile bir üçüncü kişiyi edimden yararlandırmayı gerektirebilmektedir.²⁹

Üçüncü kişi yararına sözleşme ilk bakışta, sözleşmenin tarafı olmayan bir kişiyi sözleşmeye dâhil etmemekle birlikte ona sözleşmede önemli bir yer bahşetmesi açısından sözleşme serbestisi ilkesini ihlal etmekte gibi görünse de gerçekte böyle değildir. Zira sözleşme serbestisi sözleşme yaparken, sözleşmenin içeriğini ve tarafını serbestçe belirleme, sözleşmede değişiklik yapma ve onu sona erdirmeyi de bünyesinde barındırmaktadır.³⁰ Üçüncü kişi kavramı, bir hukuki işlemin kurulmasının söz konusu olduğu hallerde, o hukuki işlemin meydana gelmesine katılmayan kişileri ifade etmekte olup, işlemi kuranlar taraf, kurmaya katılmayanlar ‘üçüncü kişi’ dir. Bu noktada işaret edilmesi gerekli husus, üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin varlığının zaruri olmasıdır ki üçüncü kişiye sağlanan yarar kavramının açıklanmasına da ihtiyaç vardır. Müşterek hukukta bu konudaki tartışma sona ermiş olsa da terkedilmiş görüş, edimin objektif bir malvarlığı değeri taşıması gerektiği kanaatindeydi. Başlıca temsilcileri Dernburg, Hellwig, Endemann ve Hartman olan bu görüşe göre, istifade yahut tüketime mahsus şeylerin vaadedilmesi bunların kullanma, faydalanma ve satım değerlerinin ekonomik hayatta parayla takdir

²⁸ Gamze **Turan Başara**, “Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, AÜHFD, C. 63, S. 2, Y. 2014, s. 421, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622839>.

²⁹ **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 5.

³⁰ Dilşah Busra **Kartal**, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 7.

edilebilmelerine bağlı bulunup, bu genel edim yaklaşımı üçüncü kişi yararına sözleşmeler için de aynen uygulanmıştır.³¹

Bugün halen değerini korumakta olan diğer uçtaki görüşe göre ise malvarlığı değeri taşımayan bir borç ilişkisinin kurulması mümkün görülmüştür.³² Her iki görüşün ortasında yer alan ve Gierke³³ tarafından savunulan bir diğer görüşte ise edimin ekonomik değeri bulunacaktır fakat bu alacaklının edim üzerinde malvarlığı yararının bulunduğunu göstermez. Eğer üçüncü şahsın yararının bir malvarlığı değeri ihtiva etmesi gerektiği kabul edilirse, üçüncü şahıs yararına belirli saatlerde piyano ile çalışmama taahhüdü mümkün olamayacaktır ki bu görüş Beseler'in Müşterek Hukuka ilişkin eserinde bahsi geçtiği surette Roma Hukukunun sözleşmenin sadece tarafların menfaatine olması kuralını yansıtmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin borç ilişkisinin muhtevasında malvarlığı değeri bulunmasının zorunlu olmadığı yönündeki çözümü Türk- İsviçre Hukuklarında da aynen kabul edilmiştir. Bir kişinin ona yabancı hukuki işlemlerden hak kazanması uzun bir hukuki evrim sürecinden sonra sisteme entegre edilebilmiş iken üçüncü kişinin borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiyle borç altına sokulması ise imkansızdır. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin muhtevasına ise kanun koyucunun emredici hükümler ile müdahalesi söz konusu değildir. Üçüncü kişinin yararı onun bir yüküm altına sokulması ile daraltılabileceği gibi borçlunun yetkilerinin genişletilmesi suretiyle de sınırlandırılabilir ve borçlunun alacaklıya karşı haiz olduğu sözleşmeden doğan savunmaları üçüncü kişiye karşı da kullanabilmesi kararlaştırılabilir.³⁴

Alman Hukuku'nda üçüncü kişi yararına sözleşmelere ilişkin olarak öğretide bir bölünmüşlük söz konusudur. Bu tip sözleşmelerin kural olarak borçlandırıcı işlemi konu aldığı kabul ediliyor olsa da tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturup oluşturmayacağı, Borçlar hukukuna dair tasarruf işlemleri ve aynı tasarruf işlemleri ayırımı ile karakterize edilmektedir. Üçüncü kişi yararına gerçekleşen aynı

31 **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 12.

32 **Crome**, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, s. 18; **Akyol, Enneccerus/Lehmann**, Schuldverhältnisse, § 1 IV 2; **Stammler**, Das Rechts des Schuldverhältnisse, s. 2; **Staudinger/Weber**, Einl. H. 1, s. 104; **Rgrkommentar**, § 241 vd; **Akyol** s. 13 dn. 48'den naklen.

33 **Gierke**, Deutsches Privatrecht, not. 2; **Akyol**, s. 14 dn. 49'dan naklen.

34 **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 15-16.

tasarruf işlemlerinden kaynaklanabilecek muhtemel belirsizlikler ise aynı haklara hâkim olan prensipler ışığında değerlendirilir ise iki kurumun bağdaşmadıkları düşüncesinden yola çıkanlara göre bu görüş olumsuz neticelenir.³⁵ Ancak aleniyet ilkesine ihtiyaç duyulmayan Borçlar hukukuna dâhil tasarruf işlemlerinde bu sözleşme modeli uygulanabilir görünümde-
dir. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin isabetle ifade ettiği üzere, üçüncü kişi yararına sözleşmenin belli bir tipi olmayıp bütün borçlandırıcı işlemlerle bu yola başvurulabilir.³⁶ Tasarruf işlemleri yönünden öğretideki bölünmüşlük karşısında Alman Yüksek Mahkemeleri yürürlükte olan mevzuat nezdinde tasarruf işlemlerinin üçüncü kişi yararına sözleşmelere konu edilemeyeceği görüşündedir.³⁷ Alman Hukuku'nda Türk – İsviçre hukuklarından farklı olarak teamül (Übung) üçüncü kişinin doğrudan talep hakkı elde edip etmediği konusunda bağımsız bir kriter değil sadece tarafların iradelerinin yorumlanmasında bir araç olarak değerlendirilmelidir.³⁸ Aldığı hediye üzerinden satıcı ile kardeşinin değiştirme hakkını haiz olacağını kararlaştıran alıcının bu işleminde amaç açıkça belli olmakla, kardeş bu sözleşmede doğrudan bir talep hakkı elde eder.³⁹

Yargıtay kararına konu bir olayda da davalı, Denizcilik Bankası ile akdettiği sözleşmede kendi araçlarını kullanarak gemideki malları boşaltmayı taahhüt etmiş, HGK da bu sözleşmenin üçüncü kişi durumundaki mal sahipleri yararına yapılmış olduğunu, afaki iyiniyet (dürüstlük) kurallarının ışığı altında yorumlayarak kararda bahsedilmediği halde taraflar arasındaki ilişkinin amacına uygun düşen bir sonuca varmıştır.⁴⁰

Burada taraflar 818 sayılı BK md. 111/II'deki 'iki tarafın niyetine... tevafuk ettiği takdirde'⁴¹ ve TBK md. 129/II'deki 'tarafların amacına... uygun düştüğü takdirde' ifadelerinden de anlaşılacağı üzere üçüncü kişi yararına sözleşme yaparken tam veya eksik/basit olarak ifade edilen tür-

35 **Kocabaş**, s. 1802.

36 **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 16.

37 **Kocabaş**, s. 1802.

38 **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 21.

39 **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 27.

40 HGK, 7.11.1962, T- 35-41, İlmi ve Kazai İçtihatlar 1963, s. 2081; **Akyol**, Üç. Şah. Yar. Söz., s. 26-27 dn. 17'den naklen.

41 Senai **Olgaç**, Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Olgaç Matbaası, Ankara 1976, s. 513.

lerde bu sözleşmeyi akdedebilirler. Buna göre; vaadettiren alacaklı, borçlusu vaadeden ile kendi adına yaptığı bir sözleşme ile üçüncü kişiye vaat edenden edimin yerine getirilmesini talep hususunda doğrudan bir hak sağlayabilir veya üçüncü kişiye bu tarz bir bağımsız talep hakkı tanımaksızın sadece vaadedeni borçtan kurtarıcı (ibra edici) bir etki ile üçüncü kişiye edimde bulunmaya yetkili kılabilirler.⁴²

Üçüncü kişi yararına sözleşme kurumu, uygulamada görülen üçüncü kişiyi bir sözleşme aracılığıyla edimden yararlandırma ihtiyacının sonucunda ortaya çıkmış olup üçüncü kişi yararına kararlaştırılmış edim, üçüncü kişi yararına sözleşmenin hangi gerekliliğe hizmet ettiğine göre farklılaşabilmektedir.⁴³ Öğretide, üçüncü kişi yararına sözleşmenin hizmet ettiği en önemli pratik ihtiyacın esasen sözleşmesel ilişkilerdeki edim yükümlülüklerinin ifa sürecini kısaltmak olduğu kabul edilmiştir. Böylece üçüncü kişiye bir edim ifa etmekle yükümlü olan vaadettiren, vaadedenden olan alacağının doğrudan ona ifa edilmesini sağlayarak, aynı ifa sürecinin iki kez tekrarlanmasını önlemiş olmakla vaadeden tarafından üçüncü kişiye ifa edilen edim esasında vaadettirenin üçüncü kişiye borçlu olduğu edimdir.⁴⁴ Bu işlevi bakımından TBK md. 195'te düzenlenen borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde borcu üstlenen bu borcu üstlenerek borçluya karşı onu borçtan kurtarmayı taahhüt etmekte olup borçlu da borcu üstlenene karşı kendisini borçtan kurtarması yönünde bir alacak hakkı elde etmekte olduğundan bu yönüyle üçüncü kişi yararına sözleşmenin bir örneğini teşkil eder. Fakat alacaklıya (üçüncü kişiye) kendiliğinden bağımsız bir alacak hakkı sağlamadığından şüphe halinde tam üçüncü kişi yararına sözleşme değil eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu kabul edilmesi gerekse dahi tarafların açık yahut örtülü iradeleri iç üstlenme sözleşmesini bir tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak düzenlemek yönünde olabilir.

Bunlardan başka, vaadettiren üçüncü kişiye maddi bir destek sağlamak amacıyla da üçüncü kişi yararına edim kararlaştırabilir ki, bu durum

42 Arif Burhanettin **Kocaman**, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme, Ankara Barosu Yayınları, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, s. 535, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/erzurumluoglu-armagani.pdf>.

43 **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 11.

44 **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 11-12.

özellikle Aile hukukundan kaynaklanan bakım ve destek yükümlülüklerinden doğarak en tipik şekilde üçüncü kişi yararına hayat sigortası sözleşmeleri ile örneklenebilir. Bu suretle vaadettiren, eşi ve çocukları için sigorta sayesinde güvenceli bir hukuki pozisyon sağlayacak olup, bu tür hukuki ilişkilerin yapısı gereği vaadettirenin değil ancak ölüm olayının gerçekleşmesi ile lehdarın sigorta bedelini talep etmesi mümkündür.⁴⁵

B. Tarihsel Gelişimi

Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin Roma Hukuku kaynaklı temelleri, ‘Taraflar arasındaki sözleşme başkalarına ne zarar verir ne de yarar sağlar’ (*Res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*) ilkesi çerçevesinde sözleşmenin tarafı olmayan kişilere yükümlülükler getirmesini ve haklar sağlamasını engellemekte olup yine aynı kurala istinaden Roma Hukuku alacak ve borçlarda halefiyeti tanımayıp bu sonuca ise tecdit (*novatio*) kurumuyla ulaşmaktaydı.⁴⁶

Roma Hukuku’nun genel ilkeleri üçüncü kişi yararına sözleşme kurulmasına müsaade etmemektedir. *Institutiones* ve *Digesta*’da yer alan ‘*alteri stipulari nemo potest*’ kuralı gereğince üçüncü kişi yararına sözleşme yapılamamasının zemininde, ‘kimse başkası adına akit yapamaz, kölenin sahibine ve oğlun babasına akit kurması hariç’⁴⁷ diyerek ve ‘kimse hukuka tabi olmadığı bir kimseye bir şey vermeyi borçlandığı bir sözleşme yapamaz’⁴⁸ hükümleri yatmakta olup köleler ve velayet altındaki çocuklar hariç hiç kimsenin hukuki işlemlerinden bir hak elde edilemeyeceğini ifade eden ‘*per extraneam personam nihil adquire posse*’⁴⁹ kuralı da bu esas destekler niteliktedir. Ayrıca bu ilkelerin Roma’da yalnız üçüncü kişi yararına olan sözleşmenin değil ayrıca doğrudan temsil ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt müesseselerinin de uygulanamayacağı şekilde nisbilik ilkesinin çok katı bir yorumunu temsil ettiği kabul edilmektedir.

Klasik Roma Hukuku döneminde başkası yararına sözleşme yapılması sadece verme borcu doğuran sözleşmeler bakımından geçersiz sayılmakta ve *alteri stipulari dari nemo potest* şeklinde ifade edilmekteydi ki bu farklılık esasen Roma Usul Hukuku’ndaki dava çeşitlerinden kaynaklanmakta

45 Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi, s. 12-13.

46 Aslan, s. 11

47 Digesta, Ulp.D. 45. 1. 38. 17; Aslan, s. 13, dn. 28’den naklen.

48 Institutiones, 3. 19. 4; Aslan, s. 13, dn. 27’den naklen.

49 Institutiones, 2. 9. 5; Aslan, s. 13, dn. 30’dan naklen.

olup *condictio davalı*ni tarif eden *formula* uyarınca alacaklının kendisine bir miktar paranın veya eşyanın borçlanıldığını ispat edebilmesi gerekmektedir.

Post-klasik Roma Hukuku dönemindeki başlangıcı M. S. 3. yy'a tekbül eder *alteri stipulati nemo potest* kuralı, Klasik Roma döneminden farklı yorumlanmış olup sözleşmenin sadece hazırlar arasında sözlü olarak kurulur ve Roma Hukuku'nun özel bir sözleşme türü olan *stipulatio* müessesesini kapsadığı ifade edilmiştir. Bazı hukuk metinlerinde üçüncü kişilerin sözleşmede belirtilmesinin sözleşmeyi doğrudan geçersiz kıldığını belirtildiğinden *Institutiones 3.19*'a göre *alteri stipulatio* tamamen yasaklanmış olmayıp ifanın gerçekleşmemesi halindeyse dava hakkını yalnızca sözleşmenin alacaklısı olan *stipulator* haizdir.⁵⁰

Özünde Roma Usul Hukuku'nun üçüncü kişi yararına sözleşmelerin uygulanmasında maddi hukuka nazaran daha büyük engel teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Sözleşme serbestisi kapsamında üçüncü kişi yararına sözleşmelerin bilhassa *dava formulaları* kapsamında kabul edilmeyişinin sebebi, Roma Hukuku'nda *numerus clausus* yani sınırlı sayıda sözleşmelerin varlığı ve taraf iradelerinin karşılıklı uyuşmasından ziyade bu irade uyuşmasından doğan hakkı *ius civile* nezdinde koruyabilecek bir *dava formulasının* mevcudiyetinin aranmasında kendisini gösterir.⁵¹

Ortaçağ hukukunda Avrupa'da Kilise hukuku kapsamında dini metinlerin ve azizlere ithaf edilen sözlerin de birer hukuk kaynağı olarak kabul edilmeye başlandığı görülmekte olup üçüncü kişi yararına sözleşmelerin uygulanışı yer ve zamana göre farklılıklar arz etmiştir. Şöyle ki 13. yy. Kastilya' sında önceleri Roma hukukunun etkisiyle üçüncü kişi yararına sözleşme yapılması mümkün değil iken günlük hayatın ihtiyaçları ise bu düzenlemeleri geçerli kılmıştır. 13. yy.sonrası Avrupasında ise üçüncü kişi yararına sözleşmelerin geçerli sayıldığı bir yaklaşım tercih edilmiştir. 17. ve 18. yy'daki bilimsel gelişmeler dönemin felsefesi ile hukuk öğretisine de yansımış olduğundan *alteri stipulari* gibi bazı Roma Hukuku prensipleri artık tartışılmaz olarak kabul edilmemektedir. Örneğin 17. yy'da Hugo Grotius'un Doğal Hukuk Öğretisi kapsamında borç kavramını açıklayışı *alteri stipulari* ilkesinin yorumlanmasında da etkili olarak hazır ol-

⁵⁰ Aslan, s. 14-19.

⁵¹ Aslan, s. 24-25.

mayan bir kişi lehine verilen sözün bu sözü veren kişi tarafından gerçekleştirileceği anlaşıldıysa bağlayıcı ve geçerli olacağı savunulmuştur. Ancak sözün geçerliliği, yararına bu sözün kararlaştırıldığı kişi tarafından talep edilebileceği anlamına gelmemekteydi.⁵²

Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnalarının teorik bir alt yapı üzerinde sistematik olarak inşa edilmesi Alman hukukçular tarafından 19. yy'da gerçekleştirilmiştir. Nitekim bu alanda yazılı pek çok eserin temellerini bulduğu Alman hukuku'nda yıllardır süre gelen tartışmaların neticesinde yerleşen doktrin, uygulamalar ve Alman Mahkemelerinin içtihatları ile üçüncü kişi yararına sözleşmenin doğmasına sebep olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz. 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) bu teorik altyapı gözetilerek hazırlanmış olup İsviçre Borçlar Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu kapsamı dâhilindeki üçüncü kişi yararına sözleşme düzenlemeleri de daha çok Alman hukuku etkisi altında gelişmiştir ki, bu durum 19. yy Romanist Alman hukuk öğretisinin kurduğu Modern Pandekt hukukunda temellerini bulan Türk-İsviçre özel hukuku için gayet doğaldır.⁵³

İsviçre Medeni hukukunun birleştirilmesinden ve kanunlaştırılmasından önce Roman kantonları üçüncü şahıs yararına sözleşme konusunda Roma hukuku öğretisinin, Alman kantonları ise Cermen öğretisinin etkisi altında kalmıştır. Fribourg, Vaud ve Valais kantonları Medeni Kanunları Code Napoleon'un 'stipulation pour autrui'ye müsaade eden hükümlerini aynen iktibas etmelerine karşın Neuchatel Medeni Kanunu iktibas etmediğinden burada üçüncü kişi yararına sözleşme kabul edilmemiştir. Zürih Medeni Kanunu ile Schaffhausen Medeni Kanunu'nda ise üçüncü kişinin borçluya karşı doğrudan talep hakkı olacağı düzenlenmiş ancak üçüncü kişi yararına sözleşmenin bir vekâletsiz iş görme yahut temlikten geldiği ve üçüncü kişinin hakkının önce alacaklıda doğduğu sonra onun tarafından üçüncü kişiye devredildiği kabul edilmiştir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 1881'de kanunlaştırılması sırasında üçüncü kişi yararına sözleşme OR. 112'de 1912 revizyonu ile düzenlenmiştir ve Alman hukukundan farklı olarak yorum kuralı ihtiva etmez.⁵⁴ 1926 yılında Borçlar Kanunumuzun mehzaz İsviçre OR. 112 ve 113'den iktibas ile bu müessese de BK md. 111 ve 112 'ye aynen iktibas edilmiş-

⁵² **Aslan**, s. 32-34.

⁵³ **Aslan**, s. 12.

⁵⁴ **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 77-78.

tir. 6098 sayılı TBK 129. madde hükmü ile Roma hukuku'ndan kaynaklanan nisbilik prensibinin yumuşatılarak taraflara kurdukları sözleşme ile üç köşeli bir hukuki ilişki ile üçüncü bir kişiye hak kazandırma imkânı verilmiş bulunmaktadır.

C. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Kurulması

Bazı borç ilişkilerinde ilişkinin tarafları alacaklı ve borçlu olsa da bu ilişkiden doğan ifayı talep yetkisi bir başka kişiye ait olabilir. TBK md. 129'da genel esaslar belirlenmiş bulunan bu tür sözleşmelerde taraflardan birinin sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye edimde bulunmayı taahhüt etmesi halinde üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilir. Bu ilişkide vaadettiren alacaklı (Versprechensempfaenger), borçlusu vaadeden (Versprechender) ile kendi adına yapmış olduğu sözleşme ile bir üçüncü kişiye (Dritter), vaadedenden edimi talep hususunda bir hak sağlamaktadır yahut üçüncü kişiye böyle bir talep hakkı tanımaksızın sadece vaadedeni ibra edici (borçtan kurtarıcı) bir etkiyle üçüncü kişiye edimde bulunmaya yetkili kılabilir.⁵⁵ Bu suretle üçüncü kişiye ifa edilecek borcun alacaklısı yani taahhüt ettiren, üçüncü kişiye olan bir borcunu ifa etmeyi veya ona karşılıksız kazandırmada bulunmayı amaçlamaktadır.⁵⁶

Üçüncü kişi yararına sözleşme, satış, kira, bağış sözleşmesi gibi bağımsız bir sözleşme tipi olmayıp, asıl sözleşme tarafları dışında bir kişiye edimin yerine getirilmesinin üstlenildiği durumların tümünü içeren genel bir kavram olup kendisine alacak hakkı tanıyan taahhüt (vaat) ettirenin, sözleşmenin diğer tarafı olan kişiye olan borçlarından sorumlu olmayacaktır. Buna “üçüncü kişi aleyhine sözleşme yasağı” denilmektedir.⁵⁷

6098 say. TBK, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi 129.ve 130.maddelerinde düzenlemektedir. TBK md.130, sorumluluk sözleşmelerindeki özel bir durumu düzenler, 129.madde ise üçüncü kişi yararına sözleşmeleri düzenleyen temel normdur. Üst paragrafta da belirttiğimiz gibi bu genel nitelikli hüküm, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi bağımsız bir sözleşme türü olarak değil, genel bir kavram olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla üçüncü kişi yararına sözleşme, vaadeden ve vaadettiren arasındaki sözleşmesel

⁵⁵ **Kocaman**, Değerlendirme, s. 535.

⁵⁶ Kumru **Kılıçoğlu Yılmaz**, Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 1761, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372513>.

⁵⁷ **Kılıçoğlu Yılmaz**, s. 1762.

ilişkide her türden özel sözleşme türünü (isimli- isimsiz, tipik-atipik gibi) içerebilir ki kanun koyucunun bu hükmü getirme amacı da, nisbilik ilkesine aykırılık teşkil eden tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurumunun geçerli olarak kabul edildiğini göstermekte olduğundan hüküm üçüncü kişi yararına sözleşmeye yönelik tüm sorulara cevap verme ve sorunları çözmeye yeterli değildir.⁵⁸ Bu sebeple öğretide, üçlü ilişkiler yaratmak bakımından üçüncü kişi yararına sözleşmeye yapısal olarak benzeyen alacağın temliki ve havale hükümleri ile TBK'nın genel hükümlerinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen üçüncü kişi yararına sözleşmeye de uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁵⁹

TBK'nın üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen hükümlerindeki yetersizliğin, özel ve genel hükümler yahut kıyasen uygulamalar ile tamamen telafi edilebilmesi mümkün değildir zira bu kanuni çözümler üçüncü kişi yararına sözleşmenin bünyesine uymamaktadır. Öğretide Gernhuber, bu sorunun hem sebebi hem de sonucu olan durumu, üçüncü kişi yararına sözleşmenin genel olarak gelişimi bakımından isabetle belirleyerek üçüncü kişi yararına sözleşmenin genel şekilde düzenlenen yapısının, amacına göre farklı türden özel sözleşme türlerini içinde barındırdığından cihetle onun dogmatığı, teorik ve sistematik olarak bir bütün halinde gelişmemiş bir kapsayıcı ve soyut üçüncü kişi yararına sözleşme kavramı oluşamadığı şeklinde ifade etmiştir.⁶⁰

D. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Türleri

Üçüncü kişi yararına sözleşme, diğer sözleşmelerde olduğu gibi tarafların birbirini karşısındaki durumu ve içerdiği edimin türü esas alınarak çok sayıda ayrıma tabi tutulabilir.

İlk olarak içerdiği edim yükümlülüğü bakımından yahut şeklen kendine özgü türlerine ilişkin bir sınıflandırmaya tabi tutulabilecek olan bu müessese çalışmamızın konusunun, tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden mütevellit olmasından ötürü üçüncü kişi yararına sözleşmenin niteliği bakımından esas ölçüt olan eksik ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme ayrımı üzerinden ele alınacaktır. Eksik ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme

58 Aysen Çilenti Konuralp, "Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme", TBB Dergisi S. 146, Y. 2020, s. 158, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-146-1896>.

59 Çilenti Konuralp, Değerlendirme, s. 159.

60 Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi, s. 19-20.

kavramları gerek öğreti ve gerekse uygulamada benimsenmiş olup yararlananın, vaadedene karşı bir alacak hakkına sahip olup olmadığı ölçütüne göre değerlendirilmektedir. Bu ölçütte yararlananın hukuki durumundan yola çıkılmakta ve vaadeden ile vaadettiren arasındaki sözleşmeye göre bir alacak hakkının yararlanan üzerinde oluşup oluşmaması ile belirlenmektedir. Bu doğrultuda ise yararlananın, vaadedene karşı ileri sürülebi- lecek bir alacak hakkına sahip olup olmadığı sorunsalı özelinde öncelikli ele alınması gereken husus sözleşmenin niteliği ve amacı doğrultusunda taraf iradelerinin yorumlanmasıdır.⁶¹ Taraf iradelerinin yorumunda ise somut koşullarda tarafların sergiledikleri tutum ve davranışlarıyla beraber menfaatlerinin de birlikte değerlendirilmesi önem arz eder.

1. Eksik Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Eksik (gerçek olmayan) üçüncü kişi yararına sözleşme (olağan üçüncü kişi yararına sözleşme yahut yetki veren üçüncü kişi yararına sözleşme de denilmektedir) TBK md. 129/ 1' de düzenlenmiştir.⁶² Bu sözleşmede vaadeden ve vaadettiren, lehdar yararına bir kayıt koyarken onun lehine bir alacak hakkı kurmayarak lehdarı sadece kendisine yapılan ifayı kabule yetkili kılarlar. Bu noktada yararlananın sadece ifayı kabul yetkisi olup vaadedene karşı doğrudan ileri sürebileceği bir alacak hakkı bulunmaz. Sözleşmenin alacaklısı ise yalnızca vaadettirendir. Burada lehdarın alacak hakkı bulunmadığından vaadeden, ifa konusunda sadece vaadettirene karşı borç altına girmiştir ki bu da çoğu zaman vaadettirenin lehdara borçlu olduğu bir edimi ifa yardımcısı olan vaadeden aracılığıyla ifa etmeyi amaçladığı sözleşmeyi ifade eder.⁶³ Alacak hakkının tek sahibi vaadettiren olmakla yararlanan alacak hakkı üzerinde bir tasarrufta bulunamaz ve dahi borcun ifa edilmemesinden kaynaklı bir tazminat da isteyemez. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede borcun üçüncü kişiye ifasını talep hakkı vaadettirene ait olup bu tür sözleşmelerden yalnızca vaadettiren lehine alacak hakkı doğar. TBK md. 129/ 1' den açıkça anlaşıldığı üzere, kendi adında sözleşme yapan bir kimse sözleşmeye üçüncü kişi ya-

61 **Kocabaş**, s. 1805.

62 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1271.

63 **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 36-37.

rarına bir edim yükümlülüğü koydurmuş ise bu edimin üçüncü kişiye ifasını da ancak o isteyebilecek olup üçüncü kişi kendi lehine kararlaştırılan bu edimi talep yetkisini haiz değildir.⁶⁴

Üçüncü kişinin ifayı bizzat isteyemeyeceği ve ifa talebinin yalnızca vaadettiren alacaklı tarafından istenebileceği hallerde eksik üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olur ki, doktrinde esas olarak benimsenen sözleşme türü de budur. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi ne ifayı bizzat talep edebilmekte ne de ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde tazminat talebinde bulunabilmektedir. Çünkü bu sözleşme türünde, üçüncü kişi nezdinde doğrudan bir alacak hakkı doğmayıp vaadettiren lehine doğan alacak hakkı, vaadettirenin vaadeden borçludan, ifanın talebinin üçüncü kişiye yapılması şeklinde kullanılmaktadır. Bu sözleşme türünün en yaygın örneği 'ek kart sözleşmesi'dir.⁶⁵

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadettiren alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu için isterse alacak hakkını başkasına devredebilir. Bu halde ise alacağın içeriği değişmediğinden, devralan da vaadedenden ifayı üçüncü kişiye yapmasını ister. Bunun gibi, vaadettirenin vaadedeni borçtan ibra etmesi durumunda bu devir ve ibraya karşı üçüncü kişi hiçbir itirazda bulunamayacak olup alacak nedeniyle dava açma hakkı da yine vaadettirene ait olarak kalmaktadır. Buna karşılık, borcun ifa edilmemesi sebebiyle üçüncü bir kişinin zarara uğraması ihtimalinde vaadettiren, vaadeden aleyhine üçüncü kişinin bu zararını tazmin etmesi için de dava açabilir.⁶⁶

Kanunkoyucu, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeyi TBK md. 83'teki kural olarak şahsen ifanın zorunlu olmadığı hükmü ile md. 129/I'de düzenlememiş olsaydı dahi bu sözleşme geçerli olarak kurulabilirdi zira bu sözleşme tarafların doğal olarak hukuken sahip oldukları hakların ve sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur. Sözleşme serbestisi, irade özerkliğinin doğal bir sonucu olmakla hukuk düzeni bu özgürlük ile kişilere, sözleşmeye konu olabilecek özel hukuk ve özellikle de özel borç ilişkilerini bizzat düzenlemek ve onlara diledikleri biçimi vermek yetkilerini tanımıştır. Bu özgürlük bu bağlamda bireylere hukuk düzeninin sınırları içerisinde kendi mikro hukuk alanlarını yaratıp orada kendi normlarını

⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 1272.

⁶⁵ Kılıçoğlu Yılmaz, s. 1764-1765.

⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1272-1273.

belirleme ve bu suretle aralarında geçerli olacak bir hukuk düzeni yaratma yetkisini de bahşetmektedir.⁶⁷

Doktrinde bir görüşe göre, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin, üçüncü kişi yararına sözleşmenin bir alt türü olarak addedilmesi isabetli olmayıp eksik sözleşmede, üçüncü kişi sadece kendisine sunulan ifayı kabul veya ret hakkına sahip olduğundan eksik sözleşmenin, sözleşme tarafınca ifa yeri belirlenmesi dışında bir anlamı olmayacaktır.⁶⁸ Böyle bir sözleşme akdedildiğinde elbette üçüncü kişinin kendisine ait bir alacak hakkı olduğundan, bunun ortaya çıkartacağı hukuki sonuçlar da bulunacaktır. Bu sebeple, eksik sözleşmenin, borçlar hukuku bakımından özellik göstermeyen bir sözleşme olduğu değerlendirmesini büyük ölçüde makul bulmakla beraber hali hazırda bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin vücuda getirilmiş bulunduğu gerçeğini de yadsımamak gerekir.

2. Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Türk Borçlar Kanunu md. 129, 818. Sayılı Borçlar Kanunu'nun 'Başkası Lehine Şart' başlıklı 111. Maddesini karşılamaktadır. Sistematik yapısı ile metinde yapılan düzeltme ve arileştirme dışında eski BK' ya göre bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır.⁶⁹ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye 'Gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme' de denilmekte olup üçüncü kişinin, vaadedilen edimin ifasını talep yetkisinin olması hali mevcuttur. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme kural olup, üçüncü kişiye direkt olarak borçludan edimin kendisine ifasını talep yetkisi veren tam üçüncü kişi yararına sözleşme istisna olarak değerlendirilmektedir. Burada da üçüncü kişi sözleşmeye taraf olarak katılmamakla birlikte bu kez sözleşmenin kurulması beraberinde alacağı doğrudan doğruya ve aslen kazanmak yanında vadedenden borcun ifasını tek başına hem talep hem de kabul edebilmektedir. Üçüncü kişinin haberdar olmasına dahi gerek olmayan sözleşmenin kurulma aşaması akabinde edindiği bu hakkı sebebiyle sözleşmeye 'Üçüncü kişi yararına hak

⁶⁷ Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 18.

⁶⁸ **Von Tuhrs**, s. 715; **Von Ahlefeldt**, s. 8; **Kühlmorgen**, s. 9; **Hirsch**, N. s. 1081; **Kartal** s. 51, dn.228'den naklen.

⁶⁹ Nevzat **Koç**/Erol **Ulusoy**/Şebnem **Akipek**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2012, s. 193.

veren sözleşme' de denilmektedir.⁷⁰ Taraf iradelerinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme yapmak yönünde olması, tarafların lehdara bağımsız bir alacak hakkı sağlamayı amaçladıklarını ifade eder.⁷¹

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafları, sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olması, yani lehdara bir alacak hakkı bahşedilmesi konusundaki iradelerini yorum faaliyetine gerek bırakmayacak açıklıkta ortaya koymuş olabilecekleri gibi taraf iradeleri her zaman bu denli açık da olmayabilir. TBK' nın üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen temel normu olan 129. madde, "tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde", lehdar veya haleflerinin de edimin ifasını isteyebileceklerini ifade ederek, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı bakımından taraf iradeleri ile örf ve âdet olmak üzere iki ölçüt saymıştır. Kanunkoyucu bu düzenleme ile taraf iradelerinin örf ve âdet hukukuna nazaran öncelikli olduğunu açıkça ortaya koymakta olup taraf iradeleri örf ve âdet hukuku kurallarından sapabilecektir. Fakat İsviçre öğretisinde, tarafların örf ve âdet hukukundan sapan iradelerini lehdara açıklamakla yükümlü oldukları, aksi halde bağımsız bir alacak hakkı kazandığı varsayımı ile hareket eden lehdara karşı *culpa in contrahendo* benzeri bir sorumluluk altına girecekleri savunulmaktadır.⁷²

Yorum faaliyeti bakımından, lehdarın sözleşmenin kuruluşunda hazır bulunması veya vaadedenin edim yükümlülüğünün onun lehine kararlaştırıldığına açıkça belirtilmiş olması, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı yönünde bir ipucu olarak değerlendirilebilir olsa da bu yönde kesin delil teşkil etmez.⁷³

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi vaadedilen edimin ifasının tek başına hem talep ve dava etme, hem sunulan ifayı kabul hakkına sahip olup üçüncü kişi hakkını ileri sürdüğünde, taahhütte bulunan ona karşı sözleşmeden doğan def'i ve itirazları ileri sürebilecektir. Buradan üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olduğu sonucuna varılamayacak olup sadece sözleşme uyarınca vaadettiren ile vaadeden arasındaki ilişkiye dayalı olarak, vaadedenin vaadettirene karşı ileri sürebileceği def'i ve itiraz-

⁷⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1273.

⁷¹ Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi, s. 43.

⁷² Çilenti Konuralp, Değerlendirme, s. 161

⁷³ Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi, s. 43-44.

ların, doğrudan başvuran üçüncü kişiye de ileri sürülebileceği anlaşılmalıdır.⁷⁴ Üçüncü kişi, borçlu (vaat eden) karşısında haklarını kullanmak istediğini bildirinceye kadar, alacaklı (vaat ettiren) sözleşmeden doğan alacakları üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir.⁷⁵ Kanunkoyucu, borcun ifasının bağımsız olarak talep edilebilmesini iki kritere bağlamış olup bunlar tarafların açık veya örtülü amaçları ile iş çevresindeki teamüller olarak addedebileceğimiz örf ve adettir ancak bunlar dışında tam üçüncü kişi yararına sözleşme bir kanun hükmüne de dayanabilir.⁷⁶ Sözleşmenin niteliğini de ek bir kriter olarak buraya ilave etmek gerekir. Vaadedilen edim, yalnız üçüncü kişi yararına ise tarafların iradeleri ile sözleşmenin amacı, üçüncü kişinin ifayı vaadettirenden bağımsız olarak doğrudan doğruya talep edebileceğini merkeze alır. Şöyle ki, işverenin işçilerini kazaya karşı sigorta ettirmesi durumunda kaza gerçekleşince sigortalı işçiler sigorta tazminatını şahsen isteyebilecektir. Yine alacaklının alacak senedini üçüncü kişiye göndermesi veya posta kredi mektubunun gönderilmesinde de durum benzerdir.⁷⁷

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin en tipik örneği olarak üçüncü kişi için yapılan hayat sigortaları, kaza sigortaları, karayolları mali sorumluluk sigortası, başkasına ait mal sigortaları, işverenin işçi yararına yaptığı ihtiyari sorumluluk sigortaları verilebilir.⁷⁸ TBK md. 130 ile getirilen bu hükümde Kanunkoyucu üçüncü kişi yararına ayrı bir sözleşme türü düzenlemekte, sadece işçi yararına yapılan sorumluluk sigortalarının hukuki sonuçlarına ilişkin bir kural getirmiş bulunmaktadır. “*Başkasını çalıştıran kişi, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur.*” şeklinde ifadesiyle bu üçüncü kişiye ilişkin durumu açık olarak ifade etmiş bulunsa da hükmün lafzından emredici olup olmadığına ilişkin net bir kanıya varılamamakta olup bu kuralın bir yorum kuralı olduğu kabul edilmektedir. Ancak hükmün koruyucu amacından yola çıkılarak emredici olduğu ifade edilebileceğinden işverenin, işçinin alacak

74 **Kılıçoğlu Yılmaz**, s. 1766.

75 **Von Büren**, B: Schweizerisches Obligationrecht, Zürich 1964, dh. 180-181; **Kılıçoğlu Yılmaz**, s. 1766, dn. 15 ‘den naklen.

76 **Becker-BK OR Art. 112, N. 14; Akyol**, s. 23; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1273’ten naklen.

77 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1273-1274.

78 **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 447.

hakkını geri alması veya tarafların işçiye alacak hakkı tanımayacağı yönündeki anlaşmalar geçerli değildir.⁷⁹

Yararlanan, yapılan sözleşmenin gerçek anlamda üçüncü kişi yararına sözleşme olduğunu ve bu yolla alacaklının kendisi olduğunu, alacak hakkının da tam üçüncü kişi yararına bir alacak hakkı olduğunu iddia ettiğinde bu iddiasını ispatla mükelleftir.⁸⁰

3. Sigorta Sözleşmeleri Açısından Durum

Türk Borçlar Kanunu md. 130, üçüncü kişi yararına ayrı bir sözleşme türü düzenlememiş olup sadece işçi yararına yapılan sorumluluk sigortalarının hukuki sonuçlarına ilişkin bir kural getirmiş olduğundan, ilk olarak söz konusu düzenlemenin bir yorum kuralı olduğunu ifade etmek gerekir. Hükmün lafzından emredici olup olmadığı netleştirilemese de koruma amacına binaen TBK md. 130 ‘un emredici bir hüküm olduğunu da belirtmek gerekir. Ancak buradaki emredicilik ifadesinden burada zorunlu bir sigortanın düzenlendiği anlamı da çıkartılmamalıdır. Zira kapsama işverenlerin işçi yararına yaptıkları ihtiyari sorumluluk sigortaları da girmektedir.⁸¹

İşçinin TBK md. 130 doğrultusunda, çalıştırılan kişi yararına sorumluluk sigortası kapsamında talepte bulunabilmesi için işvereni ile arasında TBK md. 393 kapsamında bir hizmet sözleşmesi bulunması gerekli olup TBK md. 130 ‘un md. 129 ‘dan farkı da işverenin sözleşmedeki durumu olmaktadır. İşçinin 130. madde kapsamındaki alacak hakkı burada işverenin iflas masasına yahut terekesine dâhil edilmeyecektir. Zira 130. madde alacak hakkını sadece üçüncü kişi statüsündeki işçiye tanımış olmakla işverenin herhangi bir alacak hakkı bulunmamakta, sigorta tazminatını talep ve dava hakkı da alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi de tamamen işçiye ait kabul edilmektedir. İşveren ise işçinin izni veya onayı ile salt bir temsilci sıfatını haiz şekilde sigortacıdan talepte bulunabilecektir.⁸²

Türk Ticaret Kanunu uyarınca yapılan sorumluluk sigortalarında TTK m. 1473/ I ‘e göre, ‘*Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra*

⁷⁹ **Kartal**, s. 59.

⁸⁰ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1274.

⁸¹ **Weber** Art. 113, N. 7; **Penon** Art. 113, N. 2; **Lips-Rauber**, Art. 113, N. 2; **Kartal**, s. 60, dn. 262 ‘den naklen.

⁸² **Kartal**, s. 60.

doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder.” TTK 1478’e göre ise; “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.”. Burada zarar görene, kanunkoyucunun, sorumluluk sigortasında doğrudan doğruya sigortacıya başvurma imkanını tanınması söz konusudur. Sigortacının asli yükümü üçüncü kişi yararına bir edimi ifa etmekten ziyade sigortalıyı, zarar görenin tazminat talebinden korumak olduğundan ve TTK ‘da 1478. maddenin gerekçesinde zarar görene tanınan bu hakkın sorumluluk sigortalarını üçüncü kişi yararına sözleşme haline getirmeyeceği açıkça vurgulanmış olduğundan hareketle burada salt bir dava takip yetkisi bulunduğunu kabul etmek isabetle yerinde olacaktır.⁸³

Karayolları Trafik Kanunu uyarınca zorunlu mali sorumluluk sigortasında KTK md. 91’e göre, araç işletenler bakımında aynı kanunun 85. maddesinde yer alan sorumluluklarını teminat altına almak üzere zorunlu mali sorumluluk sigortası yapmaları gerekmektedir. Zarar görenin, dava açmadan önce sigortacıya başvurması dava şartı olarak düzenlendiğinden, zarar gören salt başvuru değil dava açma hakkı ile de donatılmış ve ona tazminat davası açabilmek için öncelikle dava dışı başvuruda bulunma yükümü altında bırakılmıştır. Özsunay’a göre, KTK ‘dan doğan zorunlu mali sorumluluk sigortası üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini haiz olmayıp sigortacının sözleşmeden kaynaklı sahip olduğu savunmaları, zarar görene de ileri sürebilme riski vardır. Akyol’a göre ise, Karayolları Trafik Kanunu Mali Mesuliyet Sigortası Umumi Şartları md. 13, sigortacının sorumluluğunu sona erdiren yahut azaltan savunmaların zarar görene karşı ileri sürülemeyeceğini belirttiğinden bu sakınca gerçekleşmemektedir. Bu Genel Şartlar ilga edilmiş olsa da yerine getirilen 2015 tarihli Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları da mülga hükme paralel düzenleme içerdiği için Akyol’ un gerekçesi halen güncelliğini korumaktadır. TTK md. 1478 ile KTK md. 97 birlikte değerlendirilip sentezlendiğinde 97. maddenin zarar görene doğrudan dava hakkı tanıyan bir hüküm olduğu ve zarar gören yararına bir sözleşme ihtiva etmediği ifade edilebilir.⁸⁴

⁸³ Kartal, s. 56

⁸⁴ Kartal, s. 57-58; Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 43.

Mal sigortası, kişinin belli bir mala ilişkin olarak menfaatlerini korumayı amaçlar. TTK md. 1454/ I' e göre⁸⁵, eğer teminat altına alınan menfaat üçüncü kişiye ait ise üçüncü kişi yararına mal sigortası gündeme gelecek olup aksi kararlaştırılmadığı müddetçe üçüncü kişi, sigortacıya karşı doğrudan alacak hakkını haizdir. Son fıkraya göre kanunkoyucu üçüncü kişinin isminin zikredilmesini aramayıp 'kimin olacaksa onun lehine' sigorta yapılması imkânını sağlamakta olup genel esaslarla da uyum içerisinde bir düzenlemedir.

Hayat sigortası, hayatı üzerine sözleşme yapılan kişinin (sigortalının) veya sigorta ettirenin, sözleşme şartları dahilinde ölümü veya hayatta kalmasına bağlı olarak sigorta bedeli ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir sigorta sözleşmesidir. Sigorta ettiren ve sigortalı farklı kişiler olabilecektir ve lehtar olarak belirlenen kişi de bizzat sigorta ettiren yahut bir başkası olabilir ki kendisi riskin gerçekleşmesi durumunda ödemenin yapılacağı kişidir (TTK md. 1493/ VII). Bu anlamda hayat sigortaları bir tam üçüncü kişi yararına sözleşme olup bunun aksi kararlaştırılabilir.⁸⁶

Kaza sigortasında da sigorta bedeli sigorta ettiren veya bir başkasına ödenebilecek olup sigorta ettirenin veya sigortalının, bir kaza sonucu ölmesi yahut yaralanması rizikolarının masraflarını teminat altına almaktadır. Şayet bedel sigorta ettiren dışında bir başkasına ödenecek ise burada bir üçüncü kişi yararına kaza sigortasının varlığı söz konusu olup üçüncü kişi yararına bir kaza sigortasında, üçüncü kişi kanun gereği sigortacıya karşı doğrudan talep hakkını haizdir.⁸⁷

Hastalık sigortası, TTK md. 1511 'e göre sigortalı yararına yapılabileceği gibi üçüncü kişinin lehtar olarak belirlenmesi de mümkündür. Bu-

85 6102 sayılı TTK 1454, "(1) Sigorta ettiren, üçüncü bir kişinin menfaatini, onun adını belirterek veya belirtmeyerek, sigorta ettirebilir. Sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Sigortalı, aksine sözleşme yoksa, sigorta tazminatının ödenmesini sigortacıdan isteyebilir ve onu dava edebilir.

(2) Üçüncü kişinin adının belirtildiği durumlarda, tereddüt hâlinde, sigorta ettirenin, üçüncü kişinin temsilcisi olarak değil, kendi adına fakat üçüncü kişi lehine hareket ettiği kabul edilir.

(3) Sözleşmede, sigortanın kimin menfaati için yaptırıldığı açık da bırakılabilir. "Kimin olacaksa onun lehine" yapılan böyle bir sigortanın, üçüncü kişi lehine yaptırıldığı anlaşılırsa, ikinci fıkra hükmü uygulanır."

86 Kartal, s. 61-62; Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 42.

87 Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 42.

rada sigorta ettirenin, sözleşmede belirlenen hastalıklardan birine yakalandığında bu hastalık sebebiyle zarara uğrayıp uğramaması yahut zarar miktarından bağımsız olarak sigorta bedelinin ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir sözleşmedir. Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesi ile sigorta bedelinin bir başka kişiye ödenmesi hususunda anlaşmış olursa söz konusu üçüncü kişi lehtar olup TTK md. 1520 atfı ile hayat sigortalarına ilişkin düzenleme burada uygulanacak ve lehtar aksi kararlaştırılmadıkça doğrudan doğruya sigortacıdan talepte bulunabilecektir.⁸⁸

Taşıma sözleşmesi de üçüncü kişi yararına sözleşmenin kanuna dayalı olarak ortaya çıkmış olduğu bir sözleşme olup gönderilene taşıyıcıya karşı doğrudan dava hakkı vermektedir.⁸⁹ TTK md. 871' e göre eşya teslim yerine vardıktan sonra taşıma sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ifası karşılığında eşyanın kendisine teslimini isteyebilmek için gönderilenin taşıma ücretini, boşaltma yerinde bekleme ücreti ile hükümde sayılı diğer bedellerin ödenmesi gerekir. Taşıma sözleşmelerinin tabi olduğu özel bu hükümler TBK md. 129 'dan sapma gösterdiği için tipik bir üçüncü kişi yararına sözleşmeden farklı olarak gönderenin, fesih, ibra ve taşıyanın işi yarıda kesip geri dönmesini talep hakları da bulunmaktadır. Sonuç olarak gönderilenin talep hakkı ancak eşya teslim yerine vardığında doğacağından ve aksi kararlaştırılmadıysa taşıma ücretini de ödemek yükümü altında bulunduğundan üçüncü kişi yararına sözleşmelere bağlanan genel sonuçlardan da farklıdır.⁹⁰

E. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Koşulları

Üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedebilmek için bazı genel ve özel koşulların varlığı gerekir ki bunlar geçerli bir borç ilişkisinin kurulmuş olması ve borç ilişkisinde ifanın üçüncü kişi yararına yapılmasının kararlaştırılmasıdır. TBK md. 129 üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerliliği hususunda özel düzenlemeler yapmadığı için borçlar hukukunun sözleşmenin geçerliliğine ilişkin düzenlemeleri burada da uygulama alanı bulacak olup, üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerlilik koşullarının, karşılık ilişkisinin geçerliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir.⁹¹ Üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi, tarafların,

⁸⁸ **Kartal**, s. 63.

⁸⁹ **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 44; **Kartal**, s. 63, dn. 282.

⁹⁰ **Kartal**, s. 63-64; **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 44-45.

⁹¹ **Kartal**, s. 24.

yani vaadettiren ve vaadedenin fiil ehliyetine sahip olmalarına bağlıdır. Oysa üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığından sözleşmenin yapıldığı sırada onun fiil ehliyetine veya ayırdetme gücüne sahip olması şart değildir. Burada üçüncü kişinin alacak hakkını kazanabilmesi için ne sözleşmeye katılması ve ne de alacaktan haberdar olması gereklidir. Hatta üçüncü kişi, ileride doğacak bir gerçek kişi yahut kurulacak bir tüzel kişi veya müstakbel bir şahıs topluluğu dahi olabilir. Üçüncü kişinin, bir başkası tarafından belirlenmesi de mümkündür. Burada aranan tek şart, üçüncü kişinin kendi yararına borçlanılmış bulunana edimin ifa edileceği esnada hak ehliyetine sahip ve objektif surette belirlenebilecek bir kişi olmasıdır. Şayet üçüncü kişinin belirlenmesi mümkün olmaz ise, vaadettiren veya haleflerinin yararlanan sıfatı kabul edilir.⁹² TBK md. 27/I uyarınca, *kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*. Buna göre, sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olmaması, sözleşmenin ahlaka aykırı olmaması, sözleşmenin konusunun baştan itibaren imkânsız bulunmaması hususları sözleşmenin geçerliliği bakımından büyük önem arz eder. TBK md.12/II gereğince kanunun emrettiği geçerlilik şekline uygun yapılması, TBK md.19/I gereğince muvazaalı olmaması; TBK md.30 vd. uyarınca irade sakatlığı halleri olarak sayılan yanılma, aldatma, korkutma (hata, hile, ikrah) gibi sebeplerle sakatlanmamış bulunması ve TBK md.28 uyarınca aşırı yararlanma (gabin) halinin bulunmaması gereklidir. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin asıl tarafları vaadettiren alacaklı ve vaadeden borçlu olduğu için, üçüncü kişi sözleşmenin tarafı sıfatını haiz olmadığından, onun ehliyetsizliği veya irade sakatlığı gibi hallerde yahut sözleşme hakkında bilgisinin olmaması geçerliliği etkilemeyecektir. Üçüncü kişi yararına edim, genel işlem şartları ile öngörülmüş ise, genel işlem şartlarının denetimine ilişkin olan TBK md. 20 vd. hükümleri uygulama alanı bulacak olup bu denetimde üçüncü kişi değil, kural olarak sadece sözleşme taraflarının durumu esas alınacaktır.⁹³

Sözleşmede başkası yararına şart koşuluna yer verilmedi ise borç ilişkisi üçüncü kişi yararına değil doğrudan alacaklı yararına kurulmuş sayılır. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerin yaygın örneklerinden birisi kredi kartı sözleşmeleridir. Banka ile üye işyeri bir sözleşme akdederek banka müşterilerinin işyerinden mal veya hizmet alması karşılığında satış bedelinin bankadan tahsil edileceği düzenlenir. Kredi kurumu olan banka, bu

⁹² Eren, Genel Hükümler, s. 1268- 1269.

⁹³ Kartal, s. 24.

sözleşmede kart verdiği müşteriler lehine bir şart koşmaktadır. Kartı çıkaran kuruluşla kredi kartı sahibi arasında kendine özgü yapıya sahip çerçeve niteliğinde akdedilen kredi kartı sözleşmesiyle kartı çıkaran kuruluş, kart sahibinin kullanacağı kredi kartının üye işyerinde nakitsiz ödeme aracı olacak kabul edileceği ve harcamalarının da yine kartı çıkaran kuruluşa ödeneceğini kararlaştırırlar.⁹⁴

Alacaklının yararlananı seçmesi, her şeyden önce sözleşmenin ona böyle bir yetki verdiği hallerde söz konusu olacağından sözleşme bu nitelikte olmadığı halde taraflar alacaklıya sözleşmenin mahiyetini değiştirmek için yenilik doğuran bir hak tanımışlarsa bu hakkın kullanılması, ya sözleşmeyi üçüncü kişi yararına değiştiren bir etki gösterir ya da esasen üçüncü kişi yararına olan sözleşmede sadece yararlananı belirleyici bir etki taşır.⁹⁵

F. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçları

1. Vaadettiren ile Vaadeden Arasındaki İlişki (Karşılık İlişkisi)

Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin nisbiliği ilkesine getirilmiş olan bir istisna olup iki taraflı bir sözleşme olduğu halde üçlü bir ilişki düzeni tesis eder. (Vertragsprinzip)⁹⁶ Vaadeden ve vaadettiren arasındaki sözleşmesel ilişki olan karşılık ilişkisi, üçüncü kişi yararına sözleşmenin içeriği ve akibeti bakımından belirleyici olan temel ilişki olup karşılık ilişkisinin sözleşmenin kaderini belirlemedeki bu rolü, lehdara karşı ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar bakımından önem taşır. Sözleşme, vaadettiren alacaklı ile vaadeden borçlu arasında yapılmakla birlikte def'i hakkının ileri sürülmesinde sözleşmenin üçüncü kişi yararına olması tarafların birbirlerine karşı olan konumu bakımından bir nitelik arz etmez lakin vadeden, karşılık(kapama) ilişkisinden doğan tüm def'i ve itirazları lehdara karşı ileri sürebilecektir. Buna ilişkin olarak TBK 'da hüküm bulunmaması yani vaadedenin lehdara karşı sahip olduğu bu def'i ve itiraz imkânının açık ifadesinin TBK 'da yer almadığı belirtilebilir. Oysa Alman BGB madde 334 'te bu duruma açıkça yer vermekle birlikte Alman öğretisinde aynı sonuca kanunda düzenleme bulunmasa dahi ulaşılabileceği ve lehdara ifa kaydının, karşılık ilişkisinden doğup onun taşıdığı "zayıflık-

94 Kılıçoğlu Yılmaz, s. 1764.

95 Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 98.

96 Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 85.

larla” yüklü olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle açıkça düzenleme bulunmamasına rağmen Türk ve İsviçre Borçlar hukuku bakımından da aynı def’i ve itiraz imkânının mevcut olduğu kabul etmek gerekirse de bunun bir istisnası, TBK madde 141 hükmü ile getirilmiş olan takas yasağı olarak kabul edilebilir. Buna göre vaadeden vaadettirenden olan bir alacağı ile üçüncü kişiye olan borcunu takas edemeyecek olup böyle bir hüküm mevcut olmasaydı bile tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadedenin böyle bir takas imkânından yararlanamayacağını onun vaadettirenden olan alacağı ile bağımsız bir alacak hakkı sahibi olan üçüncü kişiye olan borcu arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmadığından çıkarımla kabul etmek gerekecektir.⁹⁷

Tam yahut eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde alacaklı olan vaadettirenin dışında bir üçüncü kişiye alacak hakkı tanınmaktadır zira üçüncü kişi alacak hakkı kazanmasına rağmen sözleşmeye taraf olarak girmemekte olup alacak hakkı dışındaki hakların da üçüncü kişi tarafından kullanılması sözleşmeye eklenecek yararlandırma kaydı ile mümkün kılınmaktadır.⁹⁸

Sözleşmenin borçlusu vaadeden, alacaklısı vaadettiren, yararlanan üçüncü kişi ise lehdar olarak adlandırılmaktadır. Lehdar yararına bir edim yükümlülüğü belirlenirken, taraflar aynı zamanda lehdarın bağımsız bir alacak hakkı ve buna bağlı olarak ifayı talep yetkisine sahip olacağını kararlaştırmışlarsa, tam üçüncü kişi yararına sözleşme akdedilmiş olmaktadır. Oysa lehdar sözleşmeden bağımsız bir alacak hakkı elde etmiyor, yalnız vaadettiren vaadedenin lehdara ifade bulunmasını talep edebiliyor ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur.⁹⁹

Karşılık (kapama) ilişkisi bakımından bu sözleşmenin cenin (*nasciturus*), ileride doğacak (*nondum conceptus*) yahut henüz belli olmayan bir kişi (*persona incerta*) veya henüz kişilik kazanmamış olan tüzel kişilik yararına kurulması olanakları da bulunmaktadır.¹⁰⁰ Böyle bir sözleşmenin geçerli olduğu şüphesizdir ancak bu süjeler hiçbir zaman sözleşmenin tarafı haline gelmemekte, üçüncü kişinin hakkı, yararına kurulmuş olan sözleşmeden doğmaktadır. Sözleşme kurulduğunda henüz doğmamış olan

97 Çilenti Konuralp, Değerlendirme, s. 170-171.

98 Kılıçoğlu Yılmaz, s. 1768.

99 Çilenti Konuralp, Değerlendirme, s. 156.

100 Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 86-87 ve s. 99.

bir şahsın sözleşmenin kuruluşu ile nasıl hak kazanacağı sorunu 'beklenen hak teorisi'(Anwartschaftsrecht) ile ifadesini bulur. Zira buradaki şahıs bakımından yararına kurulan sözleşmeden doğan hak henüz bir bekleme durumunda olup TMK md. 28' deki tam doğmak koşulu ile hak ehliyetini elde ettiği anda bu hakkı kazanacaktır.¹⁰¹

Karşılık ilişkisi, borçlunun üçüncü kişiye ifasıyla (Reflexwirkung) ifanın yansıma etkisi sebebiyle sona erecektir. Üçüncü kişinin yararına kurulan sözleşmedeki edimi reddetmesi halinde alacaklı, kural olarak sahibi olduğu kazandırmayı geri alma ve yeni yararlananı seçme hakkını haiz ise bu hakları aynen kullanabilmelidir. Sözleşmede kademeli (terditli) yararlanan seçilmiş ise ilk yararlananın reddi ile diğeri, yararlanan sıfatını alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden otomatik olarak kazanacak olup ilk yararlananın reddetmesi taliki şartına bağlanmıştır.¹⁰²

Şayet yararlanan birden fazla olarak belirlenmiş ise bunlardan birisinin reddi halinde sözleşmede bir açıklık yoksa edimin akıbeti, yararlananların kendi aralarındaki ve her biri ile alacaklı arasındaki ilişkinin muhteva ve mahiyetine, edimin amacına yani sözleşmenin yorumuna bağlıdır. Sigortadan yararlanma söz konusu ise birinin reddi halinde diğerlerinin sigorta meblağının tamamını alacağı gibi, yararlananlara alacaklı adına yaptırılacak bir hayır işi için tediye bulunulacaksa reddetmeyen yararlananlar edimin tamamını almalıdırlar.¹⁰³ Bazen de üçüncü kişinin reddi edimin ifasının alacaklıya yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Örneğin, borçlunun alacaklıya olan satım borcunun, onun ödünç alacaklısı olan üçüncü kişi tarafından ödeneceği ihtimalinde, üçüncü kişinin reddi üzerine alacaklıya ödenmesinde olduğu gibi.

2. Vaadettiren ile Üçüncü Kişi (Lehdar) Arasındaki İlişki (Değer İlişkisi)

Üçüncü kişi yararına sözleşmede alacaklı ile borçlu ve borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiler dışında kalan ilişki olarak değer ilişkisinde (Valutaverhaeltnis)¹⁰⁴, vaadettiren üçüncü kişiye bir kazandırmada bulun-

¹⁰¹ Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 99.

¹⁰² Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 87 ve s. 105.

¹⁰³ Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 106-107.

¹⁰⁴ Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 86.

maktadır ki bu kazandırma vaadettiren ile üçüncü kişi arasındaki bir alacak hakkına dayanabileceği gibi bağışlama yahut ifa gibi sebeplere de dayanabilir.¹⁰⁵ Üçüncü kişinin hakkının kaynağı sadece alacaklının iradesi imiş gibi görünüyorsa da gerçekte hakkın kaynağı alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmedir. Gerçekte alacaklı ile üçüncü kişi arasında, sözleşmenin kurulmasından önce çoğunlukla bir başka hukuki ilişki bulunmaktadır ki, borçlu ile anlaşarak üçüncü kişi yararına sözleşme kurulmasının nedeni de işte bu önceki ilişkideki borcun ifa edilmesidir. Bu noktada alacaklı, üçüncü kişiye karz vereceğini vaademiş olabilir yahut ona bir satış sözleşmesi sebebiyle borçlu bulunabilir ki alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden üçüncü kişi yararına kararlaştırılan talep hakkı yahut edim alacaklı ile üçüncü şahıs arasındaki ilişkiye dayanmaktadır. Yani üçüncü kişinin alteri stipulari kazanmasının düğümü bu kazandırma ilişkisine (Zuwendungsverhaeltnis) dayalıdır.¹⁰⁶

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaadedenin borcunu lehdara hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden dolayı vaadettirenin bir zarara uğraması halinde, vaadettiren zararının tazminini üçüncü kişiden bağımsız olarak talep edebileceği gibi, onunla birlikte de talep edebilir.¹⁰⁷

3. Vaadeden ile Üçüncü Kişi (Lehdar) Arasındaki İlişki (Edim İlişkisi)

Üçüncü kişi yararına sözleşmede tam yahut eksik olması fark yaratmaksızın üçüncü kişinin yarar elde ettiği hukuki işleme yabancı olduğu görülmektedir. Dış ilişki diye de ifade edilen bu ilişkide üçüncü kişi ile borçlu arasında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Zira onun sözleşmeye katılma yönünde bir irade açıklamasının varlığı, yararına sözleşme kurulan bu kişiyi sözleşmenin tarafı haline getirir ki, bu durumda üçüncü kişi yararına bir sözleşmeden bahsetmek mümkün olmaz.

Alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkiye yabancı olan üçüncü kişi ile borçlu arasındaki bu ilişki, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki kazandırma ilişkisine verilen ‘iç ilişki’ deyiminin zıddı olarak (Ausserverhaeltnis) dış ilişki olarak adlandırılır ki bu deyim salt üçüncü kişi yararına sözleşmede

¹⁰⁵ Kılıçoğlu Yılmaz, s. 1769.

¹⁰⁶ Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 135-136.

¹⁰⁷ Kılıçoğlu Yılmaz, s. 1769.

değil havale, alacağın devri, borcun üstlenilmesi gibi üçlü ilişkilerde de kullanılmaktadır.¹⁰⁸

Üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasında kurulan sözleşmeden talep hakkı elde ederek onun tarafından herhangi bir irade açıklamasında bulunulmadan kazanılmakta olan bir hak söz konusu olduğundan sonradan onun bu hakkını kullanmak istediğini açıklaması, bu hakkın doğumu için yapılmış bir irade açıklaması yahut sözleşmeye katılma açıklaması niteliğinde olmayıp sadece bu kararlaştırılan hakkı kullanmak istediğini gösteren, bir edimi kabul açıklamasıdır. Hatta üçüncü kişinin hakkı alacaklı ile aralarında bir sebep ilişkisi henüz doğmamış olsa dahi mevcuttur. Dolayısıyla sebep ilişkisi bu hakkın doğumundan sonra da kurulabilir. Eğer alacaklı, üçüncü kişiye bağışlama yapmak istiyorsa ve bu sebeple borçluyu üçüncü kişi yararına vaadde bulundurmuş ise onun bu niyeti üçüncü kişi tarafından bilinmedikçe ve kabul edilmedikçe bir bağışlama söz konusu olmayıp sadece bir bağışlama hazırlığından (Vorbereitung zur Schenkung) bahsedilebilir.¹⁰⁹

Üçüncü kişi ile borçlu arasındaki ilişki, ifa ve ifayı kabulden ibaret olmayıp bunun dışında sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarında üçüncü kişinin söz sahibi olduğunu görmek mümkündür. Edim ve ifa biçimi hakkında alacaklıya tanınan yetkiler, ifayı talep hakkı olan üçüncü şahıs tarafından kullanılır, teslim tayini yeri alacaklıya bırakılmışsa bunu üçüncü kişi yapar, sözleşmede seçimlik bir borç var ise ve seçim hakkı alacaklıya bırakılmışsa bu seçimi de yararına ifade bulunulan üçüncü kişi yapacaktır, yine üçüncü kişi hakkını devredebileceği gibi alacaklının hakkına zarar vermemek kaydıyla borçluyu ibra da edebilir. Taraf olmaması sebebiyle üçüncü kişinin sözleşmeden dönemeyeceği yönündeki dogma da sarsılmış olup yararına ifade bulunulan üçüncü kişiye bazı durumlarda dönme hakkı da tanınmış olması, sözleşmedeki taraf yetkilerinin alacaklı ile borçlu arasında bölüştüğü yönünde açıklanabileceği gibi, bir sözleşme benzeri olarak da nitelendirilebilir (vertragsähnliches Verhaltenis).¹¹⁰

Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde borç, vaadeden borçlu ile vaadet-tiren alacaklı arasındaki sözleşmeden doğar ki, vaadeden bu sözleşmeye

¹⁰⁸ **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 171.

¹⁰⁹ **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 171-172.

¹¹⁰ **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 171-173.

dayanarak borcun ifasını isteyen üçüncü kişiye karşı sözleşmenin geçersizliği, muvazaalı olması, zamanaşımı gibi sözleşmeden doğan her tür def'i ve itirazları ileri sürebilir.¹¹¹

G. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

1. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ile Karşılaştırılması

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşmeye taraf olmasa da sözleşmeye aykırılıktan zarar gören üçüncü kişilerin edime olan yakınlıkları nedeniyle, kendisi için dezavantajlı olan haksız fiil hükümlerine göre değil, sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayalı olarak tazminat talep edebilmelerini mümkün kılan bir hukuki kurumdur.¹¹² Öğretide üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme terimi ilk kez Alman hukukunda Larenz tarafından kullanılmıştır. Larenz'e göre bu sözleşme, kanunkoyucunun düzenlediği anlamda üçüncü kişi yararına sözleşmeyi değil, geniş anlamda üçüncü kişi yararına sözleşmenin zayıflatılmış bir türünü ifade etmekte olup üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen kanun hükümlerinin uygulama alanını kanunkoyucu tarafından öngörülmemiş şekilde üçüncü kişi lehine genişletmiştir. Aynı kavramı anlatmak için 'edime yakınlıktan doğan borç ilişkisinde üçüncü kişinin korunması' tabirinin de kullanılmasında sakınca yoktur.¹¹³

Ancak kanunkoyucunun üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen hükümlerinde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye açıkça yer verilmemiş olması, bu kavramın reddi için yeterli sebep teşkil etmemektedir.¹¹⁴ Taraflarca sözleşmeden yararlanması öngörülmemeyen ve hatta sözleşme kurulurken mevcut olmayan kişilerin zarara uğramaları halinde bu zararların tazmini için normal olan haksız fiil sorumluluğu esaslarına dayanmalarıdır. Fakat Alman ve Fransız mahkemelerinin zarara uğrayan kişinin sözleşmenin taraflarına yakınlıklarını dikkate alarak ona sözleşme sorumluluğunun kolaylıklarını bahşetmek istemeleriyle 'üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme' ile bunun bir çeşidi olan 'üçüncü kişiyi koruyucu etkili sorumluluktan kurtulma sözleşmesi' ilk kez hukuk hayatında üçüncü

¹¹¹ Kılıçoğlu Yılmaz, s. 1769.

¹¹² Kartal, s. 118.

¹¹³ Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 50-52.

¹¹⁴ Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi, s. 49-50.

kişi yararına sözleşme olarak görülmüşlerdir.¹¹⁵ Ancak modern öğretide artık üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bağımsız bir sözleşme türü olduğu ifade edilerek üçüncü kişi yararına sözleşmenin bir alt türü olduğu görüşü reddedilmektedir. Buna göre, her iki sözleşme türü aynı sınıfa dâhil edilebilirse de üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerini düzenleyen kanun hükümlerinin bu türde kıyasen uygulama alanı bulması teorikte mümkün görülse bile içerdikleri hukuki yararın farklılığından dolayı somut olaya uygulanabilirliği çoğunlukla mümkün olmayacaktır. Zira somut olayda tam üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığına gerek kalmayacak olup, lehdar sözleşmenin ifası sırasında zarar görse dahi tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin var olduğu durumlarda lehdar yararına doğacak olan müteakip koruma hükümleriyle vaadedene başvurma konusunda bağımsız bir talep hakkı elde eden lehdarın ayrıca üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığına ihtiyacı olmayacaktır.¹¹⁶

Üçüncü kişinin tarafı olmadığı bir sözleşmenin ve hatta katılmadığı bir sözleşme görüşmesinin doğurduğu yükümlülüklerin ihlali sebebiyle kimi zaman en az o sözleşmenin tarafları kadar üçüncü kişinin de zarara maruz kalması muhtemel olduğundan söz konusu kişilerin gerek edime yakınlığı gerekse alacaklının bu kişilerin korunmasındaki menfaatleri onların da en az sözleşmenin tarafları kadar korunmasını gerekli kılmaktadır.¹¹⁷

İki sözleşme türünün, sözleşmeye yabancı bir üçüncü kişinin bu sözleşmenin etki alanına dâhil edilmesi sebebiyle gösterdiği benzerlik, hem tam hem eksik üçüncü kişi yararına sözleşme yönünden geçerli olup eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar sözleşmeden kaynaklanan bir alacak hakkı elde etmemiş olsa bile edimden yararlandırılmaktadır.

Bununla birlikte, üçüncü kişi yararına sözleşme ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme arasında iki temel farklılık bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşmeden yararlandırmanın içeriğinden kaynaklanmakta olup üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadeden edim yükümlülüklerinden en az birini lehdara ifa etmeyi taahhüt etmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu

¹¹⁵ **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 57.

¹¹⁶ **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 50-51

¹¹⁷ Nil **Karabağ Bulut**, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD Yüksek lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 29, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.

etkili sözleşmede ise üçüncü kişi sadece asıl sözleşmeden doğan koruma yükümlülüklerinin kendisine sirayetinden faydalanmaktadır.¹¹⁸

İkinci farklılık ise sözleşmelerin kuruluş aşamalarındaki taraf iradelerine ilişkin olup üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin ortaya çıkması tarafların doğrudan hedeflediği bir sonuç olmayıp sıradan bir borç ilişkisi kuran taraflar arasında koruma yükümlülüklerinin şartların gerçekleşmesi dâhilinde dürüstlük kuralı gereğince kendiliğinden üçüncü kişiye sirayeti söz konusudur.¹¹⁹ Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmede tarafların iradesi doğrudan lehdarı yararlandırmaya yönelik olarak oluşmaktadır.

2. Alacağın Devri ile Karşılaştırılması

6098 sayılı TBK 183 vd. hükümlerinde 818 sayılı BK' daki temlik tabiri terk edilmiş olup 'alacağın devri' başlığı altında 'iradi devir', 'yasal devir' ve 'yargısal devir' olmak üzere alacağın devrinin üç türü de ele alınmıştır.¹²⁰ Alacağın devri ile tam ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, içerdikleri ekonomik fayda yani üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın benzerliği bakımından birbirine benzemekte olsalar da iki kurum yapısal anlamda birbirinden tamamen farklıdır. Alacağın tipik bir devri, devreden ve devralan alacaklı arasında yapıldığı için üçüncü kişi yararına bir sözleşme niteliğinde olmayıp alacak hakkının devralana geçmesi sonucunu doğuran yazılı şekle tabi bir tasarruf işlemidir.¹²¹ Alacağın devri bir hukuki işlem olup tarafların iradesi, alacağın devredenden devralana geçmesi suretiyle borç ilişkisinin taraflarından alacaklıda bir değişim meydana getirmektedir.¹²² Hukuki işlemler bir veya birden çok kişinin hukuki bir sonuca yönelik özellikle bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya matuf irade açıklamaları şeklinde ifade edilerek Borçlar hukukundaki irade özerkliği prensibinin içerisinde bir uygulama aracı olmaktadır. Alacağın devrinde, alacağı devralan üçüncü kişi, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede ise lehdar, sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte sözleşmeden doğan alacak hakkından

¹¹⁸ Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi, s. 51.

¹¹⁹ Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi, s. 52.

¹²⁰ Kocaman, Değerlendirme, s. 536.

¹²¹ Kartal, s. 110.

¹²² Kemal Dayınlarlı, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 5. Bası, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2019, s. 73.

istifade etmekte ve diğer yandan onun karşı ediminin borçlusu olmaktadır.¹²³

Alacağın devri bir tasarruf işlemi niteliği taşımakta iken üçüncü kişi yararına sözleşme bir borç sözleşmesidir. Ayrıca alacağın devri işlemi alacaklı ve alacağı devralan üçüncü kişi arasında yapılmakta iken üçüncü kişi yararına sözleşme vaadeden ve vaadettiren arasında yapılmakta ve lehdar bu hukuki işlemin tarafı olmamaktadır. Alacak devredildiğinde eski alacaklının alacaklı sıfatı tamamen son bularak o alacak hakkı üzerinde hiçbir tasarruf yetkisine sahip olamamakta alacağa bağlı ifayı talep yetkisi de tamamen yeni alacaklıya geçmektedir. Yani artık devralan, 'alacaklı' yetkilerine sahiptir çünkü artık o alacaklı olmuştur.¹²⁴ Oysa hem eksik hem tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde vaadettiren alacağın lehdara ifasını talebe yetkili olmakta ve alacak geri alınabilir olduğu müddetçe kendisine ait olmayan bu alacak hakkı üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilmektedir.¹²⁵

Türk Borçlar Kanunu md. 188/1 gereği borçlu devri öğrendiği sırada alacaklıya karşı sahip olduğu tüm savunmaları yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir iken üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadeden yalnızca karşılık ilişkisinden doğan def'ileri lehdara karşı ileri sürebilecektir. Ayrıca TBK md. 141, vaadedenin lehdara karşı olan borcunu vaadettirenden olan alacağı ile takas edemeyeceğini düzenler ki, bunun sebebi temlik işleminin tarafı olmayan borçlunun durumunun ağırlaşmaması düşüncesinin, üçüncü kişi yararına sözleşmede taraf olan vaadeden bakımından geçerli olmamasıdır.¹²⁶ Alacağın devri ilişkisinde devreden alacak hakkını kaybetmekte, devralan ise bu hakkı 'devren kazanılmış bir hak' olarak kazanmakta olsa da tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadettiren alacaklı, alacak hakkını üçüncü kişiye devretmemekle birlikte üçüncü kişi bu hakkı doğrudan kazandığından vaadeden borçludan alacağın ifasını doğrudan talep edebilmektedir.¹²⁷

123 **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 52.

124 **Akyol**, İfayı Talep Yetkisi, s. 77.

125 **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 53.

126 **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 53.

127 **Kılıçoğlu Yılmaz**, s. 1770.

Alacağın devri ile üçüncü kişi yararına sözleşme arasındaki en önemli fark, alacak hakkının kazanım türü olup alacağın devrinde alacağı devralanın kazanımı devren, üçüncü kişi yararına sözleşmede ise lehdarın alacak hakkını kural olarak aslen kazanmasında kendisini göstermekte olsa da sıradan bir sözleşmeye sonradan üçüncü kişi yararına bir kayıt konularak üçüncü kişi yararına sözleşme kurulduğunda bu farklılık ortadan kalkar. Bucher'e göre bu durumda üçüncü kişi yararına gerçek olmayan temlik işlemi gerçekleşmekte ve iki kurum birbirine çok yakınlaşmaktadır.¹²⁸ Fakat üçüncü kişi yararına sözleşme bu halde dahi gerçek anlamda bir alacağın devri niteliğine sahip olamayacaktır. Zira alacağın devri işlemi alacağı devreden ve devralan arasında gerçekleşmektedir.

3. Temsil ile Karşılaştırılması

Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil denilmektedir. Temsil yetkisi, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile verilir ve bu bakımdan bir sözleşme niteliğini haiz olmayıp, taraflar dilerse temsil yetkisini, vekâlet yahut hizmet sözleşmesi gibi bir zemine de dayandırabilirler.¹²⁹ Üçüncü kişi yararına sözleşme ise doğrudan temsil yetkisine dayanan bir sözleşme olamaz. Zira alacaklının vaadettiren sıfatı ile üçüncü kişi adına bir hukuki işlem kurması söz konusu değildir.¹³⁰ Temsil yetkisinin kullanılması doğrudan temsilde üç köşeli bir hukuki ilişki meydana getirmemektedir.

Temsilci, yetkisini kullanarak temsil olunana temsilci sıfatıyla kazandırmada bulunduğu temsil olunan sözleşme tarafı sıfatıyla hak kazanır ve borç altına girer. Dolayısıyla, kavramsal anlamda üçüncü kişi sayılmaktadır.¹³¹ Üçüncü kişi yararına sözleşmede alacaklı sıfatını lehdar, taraf sıfatını ise vaadettiren haiz iken doğrudan temsilde sözleşmenin tarafı temsilci değil temsil olunan olup bunun bir sebebi de doğrudan temsilde temsilcinin başkası adına ve hesabına hareket etmesi, üçüncü kişi yararına sözleşmede ise vaadettirenin sözleşmeyi kurarken her zaman kendi adına hareket etmesi olduğundan, bu anlamda vaadettiren lehdarın temsilcisi sayılmayacaktır.

¹²⁸ **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 54.

¹²⁹ **Kartal**, s. 112-113.

¹³⁰ **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 59-60.

¹³¹ **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 55.

Dolaylı temsilde ise TBK md. 40/2 hükmü gereği temsilci kendi adına ve başkası hesabına hareket ettiği için kurulan sözleşmenin tarafı olur ancak bu sözleşmeden doğan alacak ve borçlar bakımından alacağın devri yahut borcun üstlenilmesi işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerektiğinden, borçlu kural olarak üçüncü kişiye karşı değil alacaklıya (dolaylı temsilciye) karşı borç altına girmekte olup temsil olunan işlem açısından üçüncü kişi sayılsa da onun konumu lehdarınkinden çok farklıdır.¹³²

Bunun yanında, hem dolaylı hem doğrudan temsil ilişkisiyle üçüncü kişi yararına sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesinde gerekli şartlar bakımından çok önemli bir farklılık mevcuttur ki, temsil ilişkisinde kural olarak temsil olunanın temsilciyi yetkilendirmesi yahut temsile sonradan icazet göstermesi gerekirken üçüncü kişi yararına sözleşmede bu yararlanım için bir yetkilendirmeye, izne veya sözleşmeye katılıma ihtiyaç bulunmamaktadır.

4. Havale ile Karşılaştırılması

İsviçre doktrininde Gautschi, üçüncü kişinin edimi kendi adına talep edebilmesi, sözleşme karakterinde ve özellikle de üçüncü kişi yararına vekâlet karakterinde mevcuttur ifadesiyle, havalenin üçüncü kişi yararına hukuki işlemler yapmak için temsil yetkisi olduğunu belirtmektedir.¹³³ Türk hukukunda da Tunçomağ, Gautschi'nin etkisinde olarak havalede bir üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği bulunduğunu ifade eder. Nitekim Gautschi'nin vardığı bu sonuç havaleyi Vor Art. 466.madde metninin Fransızca metnindeki 'sözleşme' (contrat) ifadesinden yola çıkarak anlamlandırması ile uyumludur.¹³⁴

Havale TBK md.555 vd. da düzenlenmiş olup, havale edenin havale edilene, havale alıcısı olan üçüncü kişiye ödemede bulunması ve üçüncü kişi olarak da havale alıcısına bu ödemeyi kabul etmesi için verdiği çifte yetki olarak belirlenmiştir.¹³⁵ Yani havale, bir sözleşme değil bir tek taraflı yetki vermedir ki yetki iki ayrı şahsa tevcih edilmekte olup kaynak

¹³² **Çilenti Konuralp**, Üçüncü Kişi, s. 56-57.

¹³³ Arif Burhanettin **Kocaman**, Türk Borçlar Hukukunda Havale, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 38.

¹³⁴ **Kocaman**, Havale, s. 38.

¹³⁵ **Kılıçoğlu Yılmaz**, s. 1770; **Oser/Schönenberger**, Art. 466, N. 9, s. 1704; **Becker**, Art. 466, N. 2, s. 727; **Schneider/Fick**, Art. 466, N. 7, s. 896; **Bilge**, s. 240-241;

OR' nin 1911'deki gözden geçirilme çalışmalarında da yetki görüşü desteklenerek havalenin mahiyetinin akit olmadığı eski dönemde çoğunluğun görüşünün bulunduğu zemindi.¹³⁶ Doktrinde havalenin hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde farklı görüşler de ortaya atılmıştır. Temelde havale- nin bir sözleşme olup olmadığı doğrultusunda ilerlemiş olan bu tartışmada bir görüşe¹³⁷ göre havalenin etkilerini göstermesi havale ödeyicisinin kabulüne bağlı olduğundan bir üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini haiz kabul edilir. Baskın olan diğer görüşe¹³⁸ göre ise, havale bir çifte yetki teşkil eder (Doppelermaechtigung) ve havale eden, belirli bir meblağı havale alıcısına ödemesi için havale ödeyicisine ödeme yetkisi, bu meblağın kabulü için de havale alıcısına kabz yetkisini tek taraflı bir hukuki işlemle temin eder. Havalede, havale eden, havale ödeyicisi ve havale alıcısı olmak üzere üç taraf mevcut olup bu taraflar arasında üçüncü kişi yararına sözleşmeye benzer şekilde bir üç köşeli ilişki söz konusudur. Bu yönden ele alındığında bu üç köşeli ilişkide, havale eden ve havale ödeyicisi arasında karşılık ilişkisi, havale eden ve havale alıcısı arasında değer ilişkisi ve havale ödeyicisi ve havale alıcısı arasında ise havale ilişkisi mevcuttur.¹³⁹

Havale ile tam üçüncü kişi yararına sözleşme arasında üçüncü kişinin, vaadeden borçlunun edimini kendi adına kabul etmesi/kabzetmesi yönünden benzerlik bulunsa da havale alıcısının havale ödeyicisi karşısında hiçbir talep hakkı elde edememesi yönüyle de ayrılmakta olduğunu belirtilebilir. Havale, bir eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak da addedilemez çünkü havale ödeyicisi, havale alıcısına bir edimde bulunmakla yükümlü değildir. Diğer yandan vaadeden borçlu, üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadettiren alacaklı karşısında mevcut itiraz ve def'ilerini üçüncü kişiye karşı da ileri sürebildiği halde havalede bu mümkün değildir.¹⁴⁰

Oğuzman, Borçlar, s. 16; Aksi görüş: **Gautschi**, Vorbem. Art. 466 3a, s. 487 ve BGE 73 II 46; **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 61 dn.17'den naklen.

¹³⁶ **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 61-62.

¹³⁷ **Ulmer**, s. 170; **Gautschi**, Vorbem. OR 466-471, N. 3 b; **Tunçomağ**, s. 723; **Kartal**, s. 116, dn. 160'dan naklen.

¹³⁸ **Von Tuhr**, JheringsJb, s. 17; **Akyol**, Üçüncü Şahıs, s. 61; **Özakman**, s. 261; **Kocaman**, Havale, s. 298; **Friz**, Art. 466, N. 1; **Beyeler**, Art. 466, N. 1; **Kartal**, s. 116, dn. 161'den naklen.

¹³⁹ **Kartal**, s. 116.

¹⁴⁰ **Kocaman**, Havale, s. 38.

İki ilişkinin yapısındaki tüm farklılıklara rağmen TBK md.557 hükmü gereği havale ödeyicisinin ödemeyi kabul ettiği veya havale edene borçlu olduğu için ödeme yükümlülüğünün bulunduğu banka havalesi gibi durumlarda iki kurumun somut olayda birbirinden ayırılması zorlaşmaktadır. Banka ve müşterisi arasındaki ilişkide, müşteri bankadan alacaklı olduğu için ve taraflar arasındaki bankacılık sözleşmesi gereği, banka onun belirlediği kişiye yine onun belirlediği miktar parayı ödemekle yükümlü olup bu hallerde Hassold' a göre tam üçüncü kişi yararına sözleşme değil havale söz konusu olmaktadır. Zira durum yapısal anlamda havaleye daha yakındır, banka bu durumda müşteri adına ödeme yaptığı için somut olayda banka havalesi, hukuken de havale işlemi olarak nitelendirilmelidir.¹⁴¹

5. Vekâletsiz İş Görme ile Karşılaştırılması

Henüz üçüncü kişi yararına sözleşmenin, kanuni zeminine kavuşmadığı dönemlerde gerek Fransız gerek Alman hukukunda bu müessesenin açıklanması için vekâletsiz iş görmeye başvurulmaktaydı. Vekâletsiz iş görmenin, iş sahibinin menfaatine olması veya olmaması ile onun üçüncü kişi yararına sözleşme olması farklı hususlardır. Alacaklının üçüncü kişinin vekâletsiz iş göreni sayılmasına, yararına sözleşme kurulan şahsın ret yetkisine karşın vekâletsiz iş görmede menfaati bulunan iş sahibinin masrafları ödeme konusunda bir serbestiye sahip olmaması kuralı engel olur.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, alacaklı ile üçüncü kişi arasında önceden mevcut bulunan '*causa*' ilişkisi vekâletsiz iş görmede bulunmamaktadır. Şöyle ki, alacaklı satım bedelinin kendisine ödenmesi yerine kredi açmak için anlaştığı üçüncü kişiye tediyesini kararlaştırırsa yapılan ödeme alacaklı bakımından '*causa credendi*' etki doğurur iken borçlu bakımından alacaklıya yapılan bir '*causa solvendi*' söz konusudur.

Vekâletsiz iş görmede, işi görenin iş sahibi yararına ve onun adına borçludan edimi talep etmesi imkânı bulunmamakta iken üçüncü şahıs yararına sözleşmede ise bunun imkân dâhilinde oluşu ise iki müessese arasındaki bir diğer farktır.¹⁴²

¹⁴¹ Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi, s. 61.

¹⁴² Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 66- 67.

6. Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma ile Karşılaştırılması

Sözleşmenin devri ile bir borç ilişkisinin taraflarında değişiklik yapılmakta olup, TBK md. 205/ I hükmüne göre, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden tarafı borç ilişkisi içerisinden tamamen çıkarmak suretiyle yerine devralanı koyan bir anlaşma niteliğini haiz üç taraflı bir hukuki işlemdir. Üçüncü kişi yararına sözleşmede ise borç ilişkisinde bir taraf değişikliği mevzu bahis edilmeyip salt üçüncü kişiye karşı bir borç altına girilmesi ve ona bir alacak hakkı tanınması durumu söz konusudur.

Türk Borçlar Kanunu md. 206/ I¹⁴³ düzenlemesinde sözleşmeye katılma hususunda, bir tarafın borç ilişkisinden çıkması gibi bir durum söz konusu olmayıp bilakis onun yanına taraf sıfatı kazanan yeni bir kişinin eklenmesi hali mevcuttur. Burada üçüncü bir kişi borç ilişkisine dâhil olmakta ve yanında katıldığı tarafın tüm hak ve borçlarına da sahip olmaktadır. Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi, konum itibarıyla borç ilişkisine taraf olarak dâhil olmamakta ve borçluya karşı bir borç yükümü altına girmemektedir.¹⁴⁴

SONUÇ

Sözleşmenin etkisinin prensip olarak Roma hukukundan kaynaklanan şekliyle salt onun tarafları ile sınırlı olması kuralı sözleşmeye yabancı olan kişiler yararına haklar doğmasını önlemekte olup borcun doğumu için bir hukuki bağ (iuris vinculum) aranmaktaydı. Roma ‘da sadece bir sözleşmenin üçüncü kişiler hakkında hüküm ve etki doğurması değil sözleşmelerin üçüncü kişinin yararını amaçlaması da *alteri stipulari nemo potest* kuralı ile yasaktı. Sözleşmenin nisbiliği ilkesi kapsamında sözleşmede taraflarca kararlaştırılan haklar ve borçların, yalnızca sözleşmenin tarafları arasında (inter partes) hüküm doğurması kabul edilmişti.

Roma hukukundan günümüze uzanan süreç içerisinde üçüncü kişi yararına sözleşme müessesesi üç köşeli bir borç ilişkisi olarak hukuki zeminine artık kavuşmuş olan bir borç sözleşmesidir. Bu sözleşmenin taraflarından birisi kararlaştırılan edimi üçüncü bir kişiye ifa etmeyi taahhüt etmekte olduğundan isimli, isimsiz, her tür sözleşme için artık üçüncü kişi

¹⁴³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 206/I, “Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.”.

¹⁴⁴ Kartal, s. 111-112.

yararına sözleşme kurulabilmesi kabul edilmektedir. Sözleşmelerin nisbiliği genel ilkesinin bir istisnası olan TBK md.129 genel düzenlemesinin yanında TBK md.130'da sorumluluk sigortalarına ilişkin olmak üzere özel bir düzenleme de bulunmaktadır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede taraflar arasında aksine anlaşma yoksa alacaklının ifanın üçüncü kişiye yapılmasını talep etme hakkı bulunduğundan tam sözleşmede üçüncü kişinin alacak hakkı ile alacaklını alacak hakkı özel bir durum yaratmaktadır. Ancak bunu müteselsil alacaklılık olarak anlamamak gerekir. Alacaklının alacak hakkı fer'i niteliktedir zira alacaklının ifanın kendisine değil üçüncü kişiye yapılmasını talep hakkı vardır.

Üçlü ilişki dolayısıyla sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi üzerinde hükümlerini doğuran sözleşmeler üçüncü kişinin yalnızca yararına olacak şekilde yani üçüncü kişiyi borç altına sokmayacak şekilde düzenlenebilirler. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve çalışmamızın konusunu oluşturan tam üçüncü kişi yararına sözleşme olmak üzere üçüncü kişiye ifayı talep yetkisi verip vermemesine göre ikili bir ayrıma tabi tutulan bu müesseseye detaylıca Alman hukukunda inceleme alanı bulmuştur.

TBK md.129'un temel norm olarak düzenlediği genel bir kavram olarak tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin bu genel yapısı onun dogmatik yapısının bir bütün olarak gelişmesini de engellemiştir. Genel norm olma karakterinden mütevellit hukuki sorunlar karşısındaki yetersizliği doktrin tarafından genel hükümle ve diğer üçlü borç ilişkilerinin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulmaktadır. Bu sebeple de sözleşmenin kuruluşunda ve sıhhatinde, tarafların ehliyet durumlarının değerlendirilmesinde ve içerdiği edim yükümlülüğünün türünde tüm sözleşmelere uygulanabilecek genel hükümlerin uygulanması isabetli görülmektedir. Bu noktada sözleşmenin tarafı olmayan lehdarın, sözleşmenin kuruluşu sırasında hak ve fiil ehliyetlerine sahip olmasının koşul olarak belirlenmemiş olması da öğretinin ulaştığı yerinde çözümlerdendir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde lehdar, alacak hakkını aslen ve kendiliğinden kazanmakta olduğundan vaadettirenin uhdesinden lehdara bir devir söz konusu değildir.

Türk Borçlar Kanunu md. 130, üçüncü kişi yararına ayrı bir sözleşme türü düzenlememiş olup sadece işçi yararına yapılan sorumluluk sigortalarının hukuki sonuçlarına ilişkin bir kural getirmiş olduğundan, ilk olarak söz konusu düzenlemenin bir yorum kuralı olduğunu ifade etmek gerekir. Hükmün lafzından emredici olup olmadığı netleştirilemese de koruma amacına binaen TBK md. 130 'un emredici bir hüküm olduğunu da belirtmek gerekir. Ancak buradaki emredicilik ifadesinden burada zorunlu bir

sigortanın düzenlendiği anlamı da çıkartılmamalıdır. Genel düzenlemenin haricinde kanun koyucunun özel olarak düzenlemiş olduğu üçüncü kişi yararına sözleşme türlerine ait hükümlerin TBK md. 129 genel düzenlemesinden sapma göstermesi olağan olup hayat sigortası, hastalık sigortası, kaza sigortası, işçinin yararına yapılan sorumluluk sigortası ve taşıma sözleşmelerinde olduğu gibi gerektiğinde özel sözleşme hükümlerinin uygulanması bu müessesenin işlerliğinin zorunlu bir sonucudur.

KAYNAKÇA

- Akipek**, Şebnem/**Küçükgüngör**, Erkan. Sözleşmeler Rehberi. 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002.
- Akyol**, Şener. Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme. Vedat Kitapçılık Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2008. (Üçüncü Şahıs)
- Akyol**, Şener. Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi. Vedat Yayıncılık, İstanbul 2007. (İfayı Talep Yetkisi)
- Aslan**, Yavuz Can. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme. 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Aydınlı**, İbrahim. “Borç İlişkisinin Nisbikliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi”. Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi. 2008/1(16).
- Çilenti Konuralp**, Ayşen. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme. 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020. (Üçüncü Kişi)
- Çilenti Konuralp**, Ayşen. “Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi. S. 146, Y. 2020, s. 158, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-146-1896>. (Değerlendirme).
- Dayınlarlı**, Kemal. Borçlar Kanununa Göre Alacağı Temliki. Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2019.
- Dinç**, Mutlu. Türk Ticaret Kanunu Gerekçeli – Karşılaştırmalı. Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Eren**, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020. (Genel Hükümler)
- Eren**, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020. (Özel Hükümler)
- Karabağ** Bulut, Nil. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme. İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD Yüksek lisans Tezi, İstanbul 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.
- Kartal**, Dilşah Buşra. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme. 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Kılıçoğlu Yılmaz**, Kumru. Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 1761, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372513>).
- Kocabaş**, Gediz. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı). İstanbul 2016, C. 22, s. 1798. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372537>).

Kocaman, Arif Burhanettin. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme. Ankara Barosu Yayınları, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012. (<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/erzurumluoglu-armagani.pdf>). (Değerlendirme)

Kocaman, Arif Burhanettin. Türk Borçlar Hukukunda Havale. 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020. (Havale)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt. Filiz Kitabevi, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

Koç, Nevzat/**Ulusoy**, Erol/**Akipek**, Şebnem. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu. 1. Baskı, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2012.

Oğuzman, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt- 1-2. 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Olgaç, Senai. Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu. Olgaç Matbaası, Ankara 1976.

Serozan, Rona. Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt. Filiz Yayıncılık, İstanbul 2014.

Şenyüz, Doğan. Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler. Ekin Yayınları, 9. baskı, Bursa 2018.

von Tuhr, Andreas. Borçlar Hukuku Cilt 1-2. Çev. Cevat Edege, Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

Turan Başara, Gamze. "Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessesese: Borca Katılma". AÜHFD. C. 63, S. 2, Y. 2014, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622839>).