

ISSN: 1303 - 4650

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

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

**Cilt: XIX, Sayı: 2  
Vol. XIX, No. 2  
Yıl / Year: 2022**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

*YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW**

**Yayın Sahibi / Publisher**

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

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor**

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

**Editör Yardımcıları / Associate Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Teknik Hazırlık / Layout and Page Design**

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. İrem Aksu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yönetim Yeri / Place of Management**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

**İnternet Adresi / Web Address**

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

**Yayının Türü / Type of Publication**

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

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

**Basımcının Adı / Printed by**

Butik Ajans

İstiklal Mahallesi, Kızılay Sokak, No:24/36,

Ümraniye/İstanbul

Tel: 0535 553 17 32

**Basım Yeri / Place of Publication**

İstanbul / *Istanbul*

**Basım Tarihi / Publication Date**

Ekim 2022 / *October 2022*

**ISSN: 1303 - 4650**

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

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

**Telefon / Phone:** (0216) 578 07 67

**Faks / Fax:** (0216) 578 07 56

**Editör / Editor :** (Oktay Uygun) [oktayuygun@yahoo.com](mailto:oktayuygun@yahoo.com)

**Editör Yardımcıları / Associate Editors :**

(Erhan Kanışlı) [erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr](mailto:erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr)

**Posta Adresi / Postal Address:**

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

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*

*Copyright © 2022*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. *All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

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

**Dergimiz Hakkında**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli

bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi’de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

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

### ***About Our Journal***

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

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

### **Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
YUHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

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

### **Danışma Kurulu / Advisory Board**

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

### **Hakem Kurulu**

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi  
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emrehan İnal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Olgun Akbulut, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Nur Bolayır, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Serap Amasya, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hacı Kara, Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hamide Bağçeci, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ali Hakan Evik, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Birden Güngören Bulgan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Verda Neslihan Akün, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Zuhale Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gülay Arslan Öncü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gözde Atasayan, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Karademir Aydemir, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Murat Ceyhan, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl Gül, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Esra Hamamcıoğlu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ledün Akdeniz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Tekin, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Özge Yücel Dericiler, Özyeğin Üniversitesi  
Dr. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

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

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.*

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli araştırma makaleleri, mevzuat kronikleri, karar incelemeleri ve çevirilerdir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

*The articles that are published in the journal are legal articles, legislation chronicles, case notes, and translations. Translations are also subject to referee evaluation. The Articles are written in Turkish and in other European languages are welcome.*

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

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

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

Kağıt boyutu: A4

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

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

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

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

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



*Paper size: A4*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They*

*should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

**10)** Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

**11)** Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

*The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Cilt: XIX, Sayı: 2, Yıl: 2022**

**İÇİNDEKİLER**

**ARAŞTIRMA MAKALELERİ**

**DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNE, SORUMLULUĞUNA VE YARGICIN YETKİLERİNE YAKLAŞIMDA DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİLERİ BAKIMINDAN SİSTEMİK İKLİM DAVALARI**

**Dr. Öğr. Üyesi Bige Açımız.....343**

*Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı*

**e-posta:** *bacımız@ku.edu.tr*

**MALİ EYLEM GÖREV GÜCÜ (FINANCIAL ACTION TASK FORCE-FATF)'NÜN DEĞERLENDİRİLMESİ VE TÜRKİYE'DEKİ YANSIMALARI**

**Koray Akyürek .....429**

*Avukat*

**e-posta:** *koray.akyurek@cci.com.tr*

**BİLGİ EDİNME HAKKININ SINIRI OLARAK İDARİ SORUŞTURMALARA İLİŞKİN BİLGİ VE BELGELER**

**Arş. Gör. Dr. Ezgi Avcioğlu Aksoy .....471**

*Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı*

**e-posta:** *ezgiavcioglu@gmail.com*

**ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR IŞIĞINDA CEZAEVLERİNDEKİ ARAMA USULÜNE İLİŞKİN TEMEL ESASLAR**

**Dr. Bahattin Aras .....499**

*Freelance Editör/Danışman*

**e-posta:** *bahattinaras2018@gmail.com*

**AİHK'NUN 15.MADDESİ VE AİHM'NİN BU BAĞLAMDA OYNADIĞI ROL**

**Prof. Dr. A. Füsun Arsava .....581**

*Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı*

**e-posta:** *mahmutarsava@hotmail.com*

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

## İNTERNET SÜJELERİ VE CEZAİ SORUMLULUKLARI

**Dr. Yusuf Başlar .....603**

Starts Editörlük ve Danışmanlık Hizmetleri,

e-posta: : [yusufbaslar@hotmail.com](mailto:yusufbaslar@hotmail.com)

## KİMLİK HIRSIZLIĞININ TÜRK CEZA HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Dr. Öğr. Üyesi Tuğba Bayzıt .....635**

Kıbrıs Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza  
Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: [tugbayzit35@gmail.com](mailto:tugbayzit35@gmail.com)

## FEDERAL ALMANYA DEVLETİNDE GENEL HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN HAYVAN HAKLARI LEHİNE UYGULANMASI BERABERİNDE GELEN TARTIŞMALAR VE TÜRK HUKUKUNDA HAYVANIN HUKUKİ KONUMUNA KISA BİR BAKIŞ

**Irmak Duman .....661**

LL.M.

e-posta: [irmak\\_duman@hotmail.com](mailto:irmak_duman@hotmail.com)

## HAKEM ÜCRETİNİN ÇOK YÜKSEK OLMASI SEBEBİYLE HAKEM KARARI İPTAL EDİLEBİLİR Mİ? TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA ÖNGÖRÜLEN HAKEM KARARLARININ İPTAL SEBEPLERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRMELER

**Dr. Serpil Işık .....701**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ,Medeni Usul ve İcra İflas Anabilim  
Dalı

e-posta: [serpil.isik@istanbul.edu.tr](mailto:serpil.isik@istanbul.edu.tr)

## CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

**Arş. Gör. Tuan Işık.....735**

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: [tuan.isik@neu.edu.tr](mailto:tuan.isik@neu.edu.tr)

## LAİKLİK İLKESİ VE TÜRKİYE ÜZERİNE BİR İNCELEME

**Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur Kaya .....775**

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: [drsemihbatur@gmail.com](mailto:drsemihbatur@gmail.com)

**KIRILGANLIKLA İLGİSİ BAKIMINDAN YAŞLILAR VE İNSAN HAKLARI İHLALİ OLARAK YAŞLI İSTİSMARI**

**Arş. Gör. Dr. Muhammet Koçakgöl .....799**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

**e-posta:** kocakgol@gmail.com

**LAHEY KURALLARI, LAHEY-VİSBY KURALLARI, HAMBURG KURALLARI VE ROTTERDAM KURALLARI KAPSAMINDA DENİZ YOLUYLA TEHLİKELİ MADDE TAŞIMACILIĞI**

**Esra Ögünç .....821**

Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul Barosu Avukatı

**e-posta:** eogunc@ku.edu.tr

**ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK ve DEĞİŞİKLİK FESHİ**

**Ayşenur Zeynep Özmen & Arş. Gör. Burak Karakoç .....867**

Avukat, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi & Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

**e-posta:** : av.zeynepozmen@gmail.com & burak.karakoc@asbu.edu.tr

**PAPA FERMANLARININ DENİZ HUKUKUNA ETKİSİ**

**Arş.Gör.Erkut Ziya Sivrikaya .....909**

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

**e-posta:** erkutziya.sivrikaya@neu.edu.tr

**KAMU GÖREVLİLERİ VE İDARE BAKIMINDAN VİCDANİ UYARI**

**Doç. Dr. Çağla Tansuğ .....941**

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**e-posta:** caglatansug@gmail.com

**SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK İÇİN KURUMSAL YÖNETİM: TÜRK TİCARET KANUNU'NDA REFORMUN GEREKLİLİĞİ**

**Dr. İrem Töre .....991**

Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Uluslararası Ticaret ve Finans Bölümü

**e-posta:** itore@atu.edu.tr

**FRAENKEL’IN İKİLİ DEVLETİNDEN DUBBER’IN İKİLİ CEZA  
DEVLETİNE CEZA HUKUKUNUN İKİLİ KARAKTERİ**

**Arş. Gör. Erdi Yetkin .....1023**

*Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemeleri  
Anabilim Dalı*

**e-posta:** *erdiyetkinn@gmail.com*

**DÜŞÜNCE YAZILARI**

**NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI/İSTİSMAR MAĞDURLARI NEDEN  
BİR DEFA DİNLENEMEMEKTEDİR?**

**Arş. Gör. Eşref Barış Börekçi .....1077**

*Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemeleri  
Anabilim Dalı*

**e-posta:** *baris.borekci@yeditepe.edu.tr*

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

**Volume: XIX, No: 2, Year: 2022**

**CONTENTS**

**ARTICLES**

**SYSTEMIC CLIMATE LITIGATION FOR ITS  
TRANSFORMATIVE EFFECTS ON THE APPROACH TO THE  
DUTIES AND LIABILITIES OF THE STATE AND THE POWERS  
OF THE JUDGE**

**Asst. Prof. Dr. Bige Açımız.....343**

*Koç University Faculty of Law Administrative Law Department*

**e-mail:** *bacimiz@ku.edu.tr*

**REVIEWING OF THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF)  
AND ITS REFLECTIONS IN TURKEY**

**Koray Akyürek .....429**

*Attorney*

**e-mail:** *koray.akyurek@cci.com.tr*

***INFORMATION AND DOCUMENTS RELATING TO  
ADMINISTRATIVE INVESTIGATIONS AS LIMITATION OF THE  
RIGHT TO INFORMATION***

**Res. Asst. Dr. Ezgi Avcioğlu Aksoy .....471**

*Manisa Celal Bayar University Faculty of Economics and Administrative  
Sciences Public Administration Public Administration Department Legal  
Sciences Department*

**e-mail:** *ezgiavcioglu@gmail.com*

**FUNDAMENTALS PRINCIPLES OF SEARCH PROCEDURE IN  
PRISONS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS  
AND REPORTS**

**Dr. Bahattin Aras .....499**

*Freelance Editor/Advisor*

**e-mail:** *bahattinaras2018@gmail.com*

**ARTICLE 15 OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN  
RIGHTS AND THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF  
HUMAN RIGHTS WITH REGARD TO ARTICLE 15**

**Prof. Dr. A. Füsün Arsava .....581**



Atılım University Faculty of Law International Public Law Department  
e-mail: . mahmutarsava@hotmail.com

**INTERNET SUBJECTS AND THEIR CRIMINAL RESPONSIBILITIES**

**Dr. Yusuf Başlar .....603**

Starts Editörlük ve Danışmanlık Hizmetleri,  
e-mail: : yusufbaslar@hotmail.com

**EVALUATION OF IDENTITY THEFT IN TERMS OF TURKISH CRIMINAL LAW AND COMPARATIVE LAW**

**Asst. Prof. Dr. Tuğba Bayzıt .....635**

Cyprus International Final University Faculty of Law Criminal and Criminal  
Procedural Law Department  
e-mail: tugbayzit35@gmail.com

**THE DISCUSSIONS ON THE IMPLEMENTATION OF THE GENERAL JUSTIFICATIONS IN FAVOUR OF ANIMAL RIGHTS IN FEDERAL GERMANY AND A BRIEF OVERVIEW OF ANIMALS' LEGAL STATUS IN TURKISH LAW**

**Irmak Duman .....661**

LL.M.

e-mail: irmak\_duman@hotmail.com

**CAN ARBITRAL AWARDS BE ANNULLED BECAUSE OF VERY HIGH ARBITRATOR FEES? EVALUATIONS REGARDING GROUNDS FOR ANNULMENT OF ARBITRAL AWARDS SPECIFIED IN TURKISH AND SWISS LAW**

**Dr. Serpil Işık .....701**

İÜHF Faculty of Law, Civil Procedure and Enforcement - Bankruptcy Law  
Department  
e-mail: serpil.isik@istanbul.edu.tr

**FREEDOM OF SPEECH AND INSULT TO THE PRESIDENT**

**Res. Asst. Tuan Işık.....735**

Near East University Faculty of Law Administrative Law Department  
e-mail: tuan.isik@neu.edu.tr

**A REVIEW ON THE PRINCIPLE OF LAICISM AND TURKEY**

**Asst. Prof. Dr. Semih Batur Kaya .....775**

Trabzon University Faculty of Law Constitutional Law Department  
e-mail: drsemihbatur@gmail.com

**ELDERLY IN RELATION TO VULNERABILITY AND ELDER ABUSE AS A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS**

**Res. Asst. Dr. Muhammet Koçakgöl .....799**

Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law Public Law Legal  
Philosophy and Sociology Department

**e-mail:** *kocakgol@gmail.com*

**THE CARRIAGE OF DANGEROUS GOODS BY SEA UNDER THE HAGUE RULES, THE HAGUE-VISBY RULES, THE HAMBURG RULES AND THE ROTTERDAM RULES**

**Esra Ögünç .....821**

Koç University Social Sciences Institute Private Law Ph.D. Programme  
Ph. D Candidate, İstanbul Bar Association Attorney

**e-mail:** *eogunc@ku.edu.tr*

**SUBSTANTIAL CHANGE IN WORKING CONDITIONS AND TERMINATION OF AMENDMENT**

**Ayşenur Zeynep Özmen & Arş. Gör. Burak Karakoç .....867**

Attorney, Ankara Bar Association, Ankara University Social Sciences  
Institute Private Law LL.M. Programme Student & Ankara Social Sciences  
University Labor and Social Security Law Department

**e-mail:** : *av.zeynepozmen@gmail.com & burak.karakoc@asbu.edu.tr*

**THE EFFECT OF THE PAPAL BULLS ON THE LAW OF THE SEA**

**Res. Asst. Erkut Ziya Sivrikaya .....909**

Yakın Doğu University Faculty of Law Legal History Department

**e-mail:** *erkutziya.sivrikaya@neu.edu.tr*

**WHISTLEBLOWING IN TERMS OF PUBLIC OFFICIALS AND PUBLIC ADMINISTRATION**

**Doç. Dr. Çağla Tansuğ .....941**

Galatasaray University Faculty of Law

**e-mail:** *caglatansug@gmail.com*

**CORPORATE GOVERNANCE FOR SUSTAINABILITY: THE NECESSARY REFORM OF TURKISH COMMERCIAL LAW**

**Dr. İrem Töre .....991**

*Alparslan Türkeş Science and Technology University, Faculty of Business*

**e-mail:** *itore@atu.edu.tr*

**FROM FRAENKEL’S “THE DUAL STATE” TO DUBBER’S “THE DUAL PENAL STATE” DUAL CHARACTER OF CRIMINAL LAW**  
**Res. Asst. Erdi Yetkin .....1023**  
*Yeditepe University Faculty of Law Criminal and Criminal Procedural Law Department*  
e-mail: *erdiyetkinn@gmail.com*

**THOUGHTS**

**WHY CANNOT VICTIMS OF AGGRAVATED SEXUAL ASSAULT/ABUSE BE HEARD ONCE?**  
**Res. Asst. Eşref Barış Börekçi .....1077**  
*Yeditepe University Faculty of Law Criminal and Criminal Procedural Law Department*  
e-mail: *baris.borekci@yeditepe.edu.tr*



# # DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİNE, SORUMLULUĞUNA VE YARGICIN YETKİLERİNE YAKLAŞIMDA DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİLERİ BAKIMINDAN SİSTEMİK İKLİM DAVALARI

(SYSTEMIC CLIMATE LITIGATION FOR ITS TRANSFORMATIVE EFFECTS ON  
THE APPROACH TO THE DUTIES AND LIABILITIES OF THE STATE AND THE  
POWERS OF THE JUDGE)

Dr. Öğr. Üyesi Bige Açımız \* \*\*

## ÖZ

Devletin küresel ısınmanın sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerinin ve yürüttüğü faaliyetlerin iklim değişikliğiyle mücadele yükümlülüğüne uygunluğunun denetlendiği sistemik iklim davaları, özellikle Paris Anlaşması'nın imzalanmasından bu yana artış göstermektedir. Devleti harekete geçirmek amacıyla açılan bu davalar, maddi hukukun ve yargıcın yetkilerinin sınırlarını zorlamakta, iklim değişikliğinin zaman ve mekân boyutu nedeniyle farklı yaklaşımların geliştirilmesini gerekli kılmaktadır. Ulusal mahkemeler, taleplere kısmen de olsa yanıt verebilmek amacıyla yeni kavramlar geliştirmekte, kuralları yeniden yorumlamakta, yetkilerini etkili bir yargısal denetimi hedefleyerek kullanmaktadır. Bu çalışmada, Avrupa ülkelerinde verilen önemli kararların çözümlerinden yola çıkılarak, Türkiye'de olası bir iklim davası ile devletin iklim değişikliğinin sınırlanması konusunda harekete geçmeye zorlanıp zorlanamayacağı sorgulanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İklim Davası, İklim Değişikliği, Paris Anlaşması, Urgenda Kararı, Müdahale Benzeri Ön Etki, İptal Davası, İdarenin Sorumluluğu, Yargısal Emir

## ABSTRACT

Systemic climate cases, in which the compliance of State's regulations and activities on limiting global warming with the obligation to combat

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.04.2022. İlk hakem raporu tarihi: 24.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 31.05.2022. Onaylanma Tarihi: 28.06.2022.

\* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0904-5489

**Esere Atıf Şekli:** Bige Açımız, “Devletin Yükümlülüklerine, Sorumluluğuna ve Yargıcın Yetkilerine Yaklaşımda Dönüştürücü Etkileri Bakımından Sistemik İklim Davaları”, YÜHFD, C.XIX 2022/2, s.343-428.

*climate change are reviewed, have been increasing especially since the signing of Paris Agreement. The lawsuits filed with the aim of mobilizing the State, push the limits of material law and the powers of the judge, and require different approaches due to temporal and spatial dimensions of climate change. In order to respond to the claims, albeit partially, national courts develop new concepts, reinterpret existing rules and use their powers with the aim of an effective judicial review. This study questions whether the State can be forced to take action to limit climate change via a potential systemic climate lawsuit in Turkey, on the bases of the analysis of important rulings in European countries.*

**Keywords:** *Climate Litigation, Climate Change, Paris Agreement, Urgenda Judgment, Advanced Interference-Like Effect, Action for Annulment, Liability of the Administration, Injunction*

\*\*\*

## GİRİŞ

İklim değişikliği ve etkileri, yirmi birinci yüzyılın tüm dünya ülkelerince paylaşılan temel kaygısını oluşturmaktadır. Küresel ısınmanın sınırlandırılması ekonomik faaliyetleri etkilediğinden ve köklü değişiklikler yapılmasını gerektirdiğinden, devletler düzenleme yapmada gecikmekte; uygulamalar ve tedbirler yetersiz kalmaktadır. Dünyanın geleceğine ilişkin olumsuz senaryolarda ve iklim araştırmalarında açıkça ortaya konulan bulgulara rağmen fosil yakıt tüketimindeki artış, karbon yutaklarının tahribatı ve sera gazı salımlarının gerekli seviyeye düşmemesi, devletlerin çözüm sunmakta kifayetsiz kaldıklarını açıkça göstermektedir<sup>1</sup>. Başlangıçta ağırlıklı olarak bilim insanlarının uyarıları ve sivil girişimlerin eylemleri ile yürütülen iklim mücadelesi bir süredir ulusal hukuk düzlemine de taşmış, iklim uyuşmazlıklarının yargı yerlerince çözümü farklı kıtalarda yer alan birçok ülkede, ilgili ülke hukukuna özgü araç ve geleneklerle zenginleşen ve yaygınlaşan bir yöntem haline gelmiştir.

İklim uyuşmazlıkları yaygın şekilde Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmışsa da Paris Anlaşması'nın<sup>2</sup> imzalanmasının hem

<sup>1</sup> MAY James R./ DALY Erin, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 269-271; WEGENER Bernhard W., "Urgenda-World Rescue by Court Order? The "Climate Justice"- Movement Tests the Limits of Legal Protection", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 16(3) 2019, s. 140.

<sup>2</sup> Décision no 1.-CP/2, Adoption de l'Accord de Paris, Rapport de la Conférence des Parties sur sa vingt et unième session, tenue à Paris du 30 novembre au 13 décembre 2015, Additif *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

uyuşmazlıklardaki artış<sup>3</sup>, hem de yargıcın yaklaşımındaki değişim bakımından etkili olduğu söylenebilir. 12 Aralık 2015'te, 25. Taraflar Konferansı'nda kabul edilen ve 4 Kasım 2016'da yürürlüğe giren Paris Anlaşması, 2020'de yerini aldığı Kyoto Protokolü'nden<sup>4</sup> farklı olarak, sera gazı salımlarını azaltmaya ilişkin bir yükümlülük öngörmemekte; ortalama sıcaklık artışının sanayi öncesi seviyelere kıyasla 2°C'nin oldukça altında tutulmasını ve mümkünse 1,5°C ile sınırlanmasını hedeflemektedir. Sözleşmede, taraf devletlerin kendi katkılarını serbestçe ve gönüllülük esasına göre belirlemeleri ve beş yılda bir yenileyecekleri ulusal katkılarını mevcut ulusal katkılarına kıyasla ilerleme içerecek şekilde ve mümkün olan en iddialı seviyede sunmaları öngörülmektedir (madde 4). Taraf devletler, sera gazı salımlarının azaltımı hedeflerinin hesaplanmasında hangi yılın esas alınacağını belirlemede de serbest bırakılmışlardır<sup>5</sup>. Paris Anlaşması'nı onaylama koşulu olan, ancak anlaşma ekinde yer almadığından anlaşma metninin parçası kabul edilmeyen ulusal katkıların hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, bunların hukuki yükümlülük yaratan tek taraflı devlet işlemi olduğu görüşü öne çıkmaktadır<sup>6</sup>. Anlaşmanın, ulusal katkıların yerine getirilmesine ilişkin olarak öngördüğü uyum mekanizması “*şeffaf, çekişmesiz ve cezai olmayan bir şekilde işler*”<sup>7</sup>. Dolayısıyla katkı beyanlarına uyum, hukuki bir denetime tabi tutulmamıştır<sup>8</sup>. Nitekim, 26.

Deuxième partie : Mesures prises par la Conférence des Parties à sa vingt et unième session , 29 décembre 2015, FCCC/CP/2015/10/Add.1.

<sup>3</sup> Temmuz 2021'de hazırlanan bir raporda yer alan Mayıs 2021 verilerine göre, 1986-2021 yılları arasında devam eden ve sonuçlanan iklim davası sayısı 1841 olup bunlardan 1006'sı 2015 yılı ve sonrasında açılmıştır, SETZER Joanna / HIGHAM Catherine, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2021 snapshot*, Policy Report, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, London 2021, s. 10. Bu rapor iklim değişikliği ile mücadelenin, uyumlanmayı da içerecek şekilde doğrudan argüman olarak kullanıldığı davaları içermektedir. İklim değişikliğine sadece değinmekle yetinen veya iklim değişikliğiyle dolaylı olarak ilgili davalara rapor kapsamında yer almamaktadır.

<sup>4</sup> Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 11 décembre 1997, Nations Unies, *Recueil des Traités* , vol. 2303, s.162.

<sup>5</sup> İNELİ CİĞER Meltem, *İklim Değişikliği İle Mücadelede Devletlerin Farklılaştırılmış Sorumlulukları ve Uluslararası Hukukta Ortak Fakat Farklılaştırılmış Sorumluluklar İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 108.

<sup>6</sup> MAYER Benoît, “International Law Obligations Arising in Relation to Nationally Determined Contributions”, *Transnational Environmental Law*, 7(2) 2018, s. 265.

<sup>7</sup> Paris Anlaşması madde 15/2.

<sup>8</sup> Anlaşmada ulusal katkıların tam olarak yerine getirilmesi için Küresel Durum Değerlendirmesi, Şeffaflık Çerçevesi ve Uygunluk Mekanizmaları öngörülmüştür. İNELİ CİĞER, s.115.

Taraflar Konferansı'nda devletlerin taahhütlerinin 2°C'nin altı hedefine ulaşmayı sağlamaktan çok uzak oldukları tespit edilmiştir<sup>9</sup>.

Mümkün olan en yüksek katılımın, devletlerin gözünü çok da korkutmadan sağlanması hedeflenerek hazırlanan Paris Anlaşması'nın denetim mekanizmalarının esnekliği ve taahhütlere uygunluğu değerlendirecek bir uluslararası yargı yerinin olmayışı, devletlerin iklim değişikliğinin önlenmesine yönelik çabalarının yeterliliğinin ve taahhütlerine uygun davranıp davranmadıklarının sorgulanmasını ulusal hukuklara kaydırmıştır<sup>10</sup>. Sivil toplum örgütleri, yaşlılar<sup>11</sup> ve özellikle iklim eylemleri ile gelecek kuşakların temsilcileri olarak öne çıkan ve kuşaklararası adalete vurgu yapan çocuklar ve gençler<sup>12</sup>, iklim davalarında davacı sıfatıyla yer almaya başlamışlardır<sup>13</sup>.

İklim davaları geniş anlamıyla iklim değişikliği bilimine, iklim değişikliğini önlemeye veya uyum faaliyetlerine ilişkin hukuki veya fiili sorunların yargı yerleri önünde dile getirdiği davalar olarak tanımlanmaktadır<sup>14</sup>. Bu tanım uyarınca çevresel etki değerlendirmesine ilişkin kararlar, izinler, ruhsatlar, proje kararları, mekânsal planlar, özelleştirme işlemleri ya da kamu ihaleleri dava sürecinde iklim değişikliği

<sup>9</sup> TORRE-SCHAUB Marta (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique: usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Mission de recherche Droit & Justice, 2019, s. 70.

<sup>10</sup> *Ibid*, s. 74.

<sup>11</sup> AİHM, 6.4.2021, *Verein Klimasseniorinnen Schweiz/ İsviçre*, B. No. 53600/20, başvuru tarihi: 26.11.2020, komunikasyon tarihi: 17.3.2021.

<sup>12</sup> United States District Court for the District of Oregon, *Juliana et al. c. United States et al.*, No. 6 :15-cv-01517-TC, 2016 WL 6661146 (D. Or. Nov. 10, 2016) ; AİHM, 30.11.2020, *Duarte Agostinho et al./Portekiz ve 32 diğer devlet*, B. No. 39371/20 , başvuru tarihi: 7.9.2020, komunikasyon tarihi: 13.3.2021.

<sup>13</sup> İklim davaları bakımından yargıya başvuru hakkı ve dava ehliyeti, üzerinde ayrıca durulması gereken bir konudur. Ehliyet koşulunun yerine getirilmesi ilgili ülkenin hukuk sistemine ve dava türüne göre değişebilmekte, ayrıca sistemik iklim davalarının stratejik nitelikleri dolayısıyla yargısal koruma talep edenler de çeşitlilik göstermektedir. Dava ve taraf ehliyeti konusu, hem genişliği, hem de Aarhus Sözleşmesi bakımından da kapsamlı bir incelemeyi gerektirmesi nedeniyle bu çalışmada ayrıca içlenmemiştir.

<sup>14</sup> SETZER/ HIGHAM, s. 8.



boyutunun tartışılması halinde iklim davası olarak nitelenebilirler<sup>15</sup>. İklim değişikliğiyle mücadele, bu konudaki hukuki düzenlemelerin de gösterdiği üzere küresel ısınmayı sınırlama (*mitigation*) ve iklim değişikliğine uyumlanma (*adaptation*) olarak iki ekseninde gerçekleştirilir. İklim değişikliği ile uyumlanma temelde küresel ısınmanın neden olduğu ya da arttırdığı doğa olaylarının -fırtına, kasırga, kuraklık, taşkın vb.- olumsuz etkilerinin önlenmesi ve azaltılmasına karşılık gelir ve geniş anlamıyla idarenin doğal afet risklerini önleme ve iklim değişikliğinin çevresel ve sosyal etkilerini giderme yükümlülüklerini kapsar. İklim davalarını hem bu iki boyutu, hem de iklim değişikliğiyle mücadelenin argüman olarak kullanıldığı her tür kararı içerecek şekilde incelemek, çok geniş ve kapsamlı bir araştırmayı gerektirmesinin yanında, özellikle geçtiğimiz yıllarda ortaya çıkan davaların özgüllüklerini ortaya koymayı da zorlaştıracaktır. Bu nedenle iklim davaları burada daha dar bir alanda, devletin iklim değişikliğiyle mücadele politikasının bütüncül olarak sorgulandığı ve iklim değişikliğiyle küresel ısınmayı sınırlama bağlamında mücadeleye yönelik faaliyetinin hukuka uygunluğunun değerlendirildiği; bu nedenle de “sistemik” olarak adlandırılan iklim davaları<sup>16</sup> kapsamında verilen yargı kararlarıyla sınırlı olarak ele alınacaktır. İklim davalarının bir bölümü ayrıca stratejik davalar olarak da adlandırılmaktadır. Buradaki “stratejik” dava tabiri aslında iklim değişikliğiyle hukuki ve yargısal yollardan mücadeleyi iklim hareketi içerisinde kullanma “stratejisine” işaret etmektedir. Yani davanın stratejik niteliği sadece konusundan değil, aynı zamanda toplumsal boyutundan da kaynaklandığından, stratejik davalar iklim politikasının bütünsel olarak sorgulandığı davalarla sınırlı değildirler; önemli projelere ilişkin davalar da stratejik iklim davaları kapsamında değerlendirilebilmektedirler<sup>17</sup>. Stratejik iklim davası terimi ayrıca, sistemik iklim davalarını karşılayacak şekilde de kullanılabilir.

<sup>15</sup> Türkiye’de açılan ve iklim değişikliğiyle mücadelenin argüman olarak kullanılabilceği bazı davalar için bkz. ÖZLÜER Fevzi/ YILDIRIM Hülya/ ERDEM Cömert Uygur, *Türkiye’de İklim Koruma Davaları ve Hukuki Durum*, Ekoloji Kolektifi, 1. Bası, İstanbul, 2017. Ayrıca bkz. Dan.6D, 28.9.2021, E. 2017/6600 K. 2021/10176 (Danıştay Bilgi Bankası). İdarenin, Marmara Gölü’nün kuruması nedeniyle balıkçıların uğradığı zararlardan sorumluluğunu konu edilen güncel bir davada, iklim değişikliğiyle mücadele argümanı olarak kullanılmaktadır. Bkz. <https://www.dogadernegi.org/turkiyenin-ilk-iklim-davasi-kurutulan-marmara-golunun-balikcilari-adina-acildi/>.

<sup>16</sup> SETZER / HIGHAM, s. 23.

<sup>17</sup> Heathrow havalimanı’nın genişletilmesi projesini konu edinen dava (Supreme Court of the United Kingdom, 16.6.2020, *Friends of the Earth LTD et al. / Heathrow airport*, UKSC 2020/0042) veya Viyana havalimanına üçüncü bir pist eklenmesinin Avusturya’nın iklim

Devletleri iklim değişikliğini sınırlama konusunda etkili politika üretmeye ve harekete geçmeye zorlama amacıyla açılan sistemik iklim davalarında iklim değişikliğinin zamansal ve mekânsal boyutu ön plana çıkmakta; bu çerçevede talep edilen hukuki koruma maddi hukukun ve usul hukukunun mevcut araçlarının sunduğu olanakların sınırlarını zorlamaktadır<sup>18</sup>. Bu nedenle iklim davaları; dava konusu, devletin yükümlülüklerinin belirlenmesi, hukuki dayanaklar, olası hukuki çözümler ve yargıcın yetkileri bakımından tartışmalar doğuran davalar olup hukukun gelişmesine belli sınırlar dahilinde hizmet etmektedirler. İklim değişikliğinin küresel bir sorun olması nedeniyle yerel mahkemeler her ne kadar uyumsuzlukları kendi hukuklarının araçlarıyla çözüyor olsalar da, diğer ülkelerin yargı yerlerinin ürettikleri çözümlerden ve yaklaşımlarından etkilenmekte; bunları bazen kararlarında açıkça zikrederek kullanmaktadırlar<sup>19</sup>.

Türkiye, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne<sup>20</sup> (BMİDÇS) 2003'te taraf olmuş<sup>21</sup>, Kyoto Protokolü'nü ise 2009'da onaylamıştır<sup>22</sup>. Paris Anlaşması'nın 6 Ekim 2021'de ulusal katkı beyanı ile birlikte onaylanması<sup>23</sup> ile bu anlaşma yürürlük tarihi olan 10 Kasım 2021'de<sup>24</sup> Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca ulusal hukukun parçası haline gelmiştir. Anayasayla güvence altına alınan hakların ve devletin çevresel varlıklara ilişkin yükümlülüklerinin gereği olarak zaten iklim değişikliğiyle

---

değişikliğiyle mücadeleye ilişkin kanunda öngörülen sera gazı salımlarının düşürülmesi hedefine aykırı olduğuna karar verilen dava (Austrian Federal Administrative Court, case no. W109 2000179-1/291E) bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bkz. TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 90 vd.

<sup>18</sup> WEGENER, s. 142.

<sup>19</sup> TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 135. Ayrıca aşağıda bkz. BVerfG, 24.3.2021, *Neubauer et al./ Almanya*, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR, 96/20, 1 BvR 288/20; Tribunal de Bruxelles, 17.6.2021, *ABSL Klimaatzaak*, 2015/4585/A (*Klimaatzaak*).

<sup>20</sup> Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 9 mai 1992, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, s. 107.

<sup>21</sup> Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair 4990 sayılı Kanun, RG 21.10.2003- S. 25266; Türkiye'nin BMİDÇS'ne taraf olması hakkında 2003/6458 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, RG 18.12.2003- S. 25320.

<sup>22</sup> Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine Yönelik Kyoto Protokolüne Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair 5836 sayılı Kanun, RG 17.2.2009- S. 27144. Protokol, 7.5.2009 tarihli ve 2009/14979 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanmıştır, RG 13.5.2009- S. 27227.

<sup>23</sup> Paris Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair 7335 sayılı Kanun, RG 7.10.2021 - S.31621,

<sup>24</sup> 4738 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı, RG 4.11.2021- S. 31649.

mücadeleye ilişkin düzenleme yapma ve eyleme geçme yükümlülüğü altında olan devlet, Paris Anlaşması'nı onaylayarak uluslararası bir taahhüt altına da girmiştir. Bu taahhüt, sistemik iklim davalarının Türkiye'de de görülmesi ihtimalini akla getirmektedir. Bu nedenle yabancı hukuklarda, özellikle de Avrupa'da görülen davalar çerçevesinde yapılan tartışmalar ve getirilen çözümler, Türkiye bakımından da önem taşımaktadır. Zira bu çalışmada incelenecek olan davalarda Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) dayanak olarak kullanılmaktadır. Avrupa Birliği (AB) ile gümrük birliği anlaşması olan Türkiye ayrıca Avrupa Yeşil Mutabakatı'na uyum amacıyla Yeşil Mutabakat Eylem Planı'nı<sup>25</sup> yayımlamış ve 2021/15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile<sup>26</sup> tüm kamu kurum ve kuruluşları, bu plana uygun davranmaya davet edilmiştir<sup>27</sup>. İklim değişikliği politikalarının Avrupa Yeşil Mutabakatı ile bağlantısı düşünüldüğünde, Paris Anlaşması'na taraf olan AB üyesi olan ülkelerde görülen davalardaki değerlendirmelerin bilinmesi, pratik olarak da önem kazanmaktadır.

Bu çalışmada incelenecek olan sistemik iklim davalarında<sup>28</sup> devletin iklim değişikliğiyle mücadele konusundaki yükümlülüğünün sadece siyasi

<sup>25</sup> Yeşil Mutabakat Eylem Planı,

<https://ticaret.gov.tr/data/60f1200013b876eb28421b23/MUTABAKAT%20YE%C5%9E%C4%B0L.pdf>.

<sup>26</sup> RG 16.7.2021- S. 31543.

<sup>27</sup> Eylem planı ve genelgenin içeriğine ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile, "Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri, *Memleket Siyaset Yönetim*, 16(36) 2021, s. 349-351.

<sup>28</sup> Bu çalışmada incelenen kararlar Hollanda'da verilen *Urgenda* kararları (Lahey Bölge Mahkemesi kararı - Rechtbank Den Haag, *Urgenda Foundation / Hollanda*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196-; Lahey İstinaf Mahkemesi Kararı -Gerechtshof Den Haag, *Urgenda Foundation/ Hollanda*, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 - ve Yüksek Mahkeme Kararı - Hoge Raad, 20.12.2019, *Urgenda Foundation/ Hollanda*, ECLI:NL:HR:2019:2007-); Brüksel İlk Derece Mahkemesinin 17 Haziran 2021'de verdiği *Klimaatzaak* kararı (Trib. Bruxelles, *Klimaatzaak*, *op. cit.*), Alman Anayasa Mahkemesinin 24 Mart 2021'de verdiği *Neubauer et al./ Almanya* kararı (BVerfG, *Neubauer et al*, *op. cit.*), Fransa'da Devlet Konseyi'nin 9 Kasım 2020 ve 1 Temmuz 2021'de verdiği *Commune de Grande-Synthe* kararları (CE, 19.11.2020, *Cne Grande-Synthe*, n°427301, AJDA 2021, s. 217 ve CE, 1.7.2021, *Cne Grande-Synthe*, n°427301, AJDA 2021, s. 1413 ) ile Paris İdare Mahkemesinin 3 Şubat 2021 ve 4 Eylül 2021'de verdiği *Association Oxfam France et al.* kararlarıdır (TA Paris, 3.2.2021, *Assoc. Oxfam France, Association Notre affaire à tous, Association Greenpeace France, Fondation pour la nature et l'homme*, n°s 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, AJDA 2021, s. 239 ve TA Paris, 4.9.2021, *Assoc. Oxfam France, Association Notre affaire à tous, Association Greenpeace France*,  
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

değil, aynı zamanda hukuki bir yükümlülük olduğu açıkça ifade edilmekte olup bu konuda hak temeli yaklaşımlar öne çıkmaktadır (I). Yükümlülüğün ihlali halinde ise hukuki korunma talebine göre değişen yaptırımlara başvurulmaktadır (II). Türkiye’de açılacak olası davalarda diğer ülkelerdeki yaklaşımlardan esinlenmenin mümkün olup olmadığı, verilmiş olan kararlara ilişkin tartışmalarla birlikte değerlendirilmelidir (III).

## **I. İklim Değişikliğini Önlemenin “Hukuki” Bir Yükümlülük Olarak Kabulü**

İklim değişikliğini sınırlandırmaya yönelik politikaların geliştirilmesi gereği, öncelikle devletlerin taraf oldukları uluslararası sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Konu yargı önüne taşındığı anda ise ilk karşılaşılan sorun, bu gereğin hukuki bir yükümlülük teşkil edip etmediğidir. İklim davalarında davalı devletlerin öne sürdükleri temel argüman, iklim değişikliğiyle mücadeleye ilişkin hedeflerin siyasi nitelik taşıdıkları; buna bağlı olarak da bu konudaki düzenlemelerin yargı yerlerince denetiminin kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal edeceğidir. Ancak bu argümanın etkisi, devletin insan haklarına ilişkin pozitif yükümlülüğü ve idareye üst hukuk normlarıyla verilen görevler nedeniyle zayıflamaktadır. İklim değişikliğiyle mücadele yükümlülüğü, davaların görüldükleri ülkelerin hukuk sistemlerine göre değişen dayanaklardan yararlanılarak temellendirilmektedir (A). İdarenin yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi ise, özellikle salım azaltım yükümlülüğü bakımından kuvvetler ayrılığı ilkesi ve idarenin takdir yetkisinin denetimi bakımından tartışma yaratmaktadır (B).

### **A. Devletin yükümlülüğünün temellendirilmesi**

Devletin iklim değişikliğiyle mücadele yükümlülüğünün bütüncül bir şekilde değerlendirildiği sistemik iklim davalarında, özellikle son yıllarda hak temelli yaklaşımın öne çıktığı gözlemlenmektedir (1). Devletin yükümlülüğünün belirlenmesinde bilimsel verilerden yararlanıldığından iklim değişikliğinin etkilerine ve tedbirlerin doğuracağı sonuçlara ilişkin bilimsel belirsizlikler, yargıcın devletin yükümlülüğünü pekiştirmek için ihtiyat ilkesine başvurmasına neden olmaktadır (2). İdari işlem teorisi ve sorumluluk esasları bakımından da Türkiye’yle benzerlikler taşıyan ve yargı ayrılığı sisteminin benimsendiği Fransız hukukunda ise devletin uluslararası düzenlemeler ışığında yorumlanan yasal yükümlülükleri dayanak olarak kullanılmaktadır (3).

### 1. İklim değişikliğini önleme yükümlülüğüne hak temelli yaklaşım

Devletin iklim değişikliğiyle mücadelesinin temel hak ve özgürlükleri koruma yükümlülüğü üzerinden temellendirilmesinde ulusal, bölgesel ve uluslararası hukuk metinlerinde koruma altına alınan yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, özel yaşamın ve aile yaşamının korunması hakkı, mülkiyet hakkı ve çevre hakkına başvurulabilmektedir. Aslında iklim değişikliğinin çevre hakkıyla doğrudan ilişkisi düşünüldüğünde, akla ilk gelen, anayasalarda düzenlenen bu hakkın veya devletin çevreye ilişkin yükümlülüklerinin öne çıkarıldığı bir başvuru yapılmasıdır. Ne var ki, ilgili anayasal düzenlemelerin doğrudan dava edilebilirlikleri, çevre hakkının çoğunlukla ekonomik ve sosyal haklar kapsamında düzenlenmesi, hakkın kapsamı ve içeriğine ilişkin olarak belirsiz ifadelerle yer verilmesi ve yargı yerlerinin alışkanlıkları nedeniyle, özellikle Avrupa ülkelerinde sınırlı olarak kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Bu nedenle AİHM kararlarının da etkisiyle davalarda özellikle yaşam hakkı ile özel yaşamın ve aile yaşamının korunması hakkı dayanak olarak kullanılmaktadır. Bu haklar, sistemik iklim davalarının görüldüğü ülkeler için ortak referans oluştururken, hakların gündeme getirildiği bağlam, hukuki korunma talebinin niteliğine ve içeriğine göre değişebilmektedir.

Özel hukukun uygulandığı *Urgenda* ve *Klimaatzaak* davalarında devletin yükümlülüğü, özen yükümlülüğü (*due diligence/due care*) üzerine temellendirilmiş; özen yükümlülüğünün kapsamı ise AİHS madde 2’de düzenlenen yaşam hakkı ve madde 8’de öngörülen özel yaşamın ve aile yaşamının korunması hakkından yola çıkılarak belirlenmiştir (a). Alman Anayasa Mahkemesinin 2021 yılında verdiği anayasa şikayeti kararı ise yaşam hakkının iklim değişikliğine karşı korunmayı ve devletin çevreyi korumaya ilişkin anayasal yükümlülüklerinin iklim değişikliğiyle mücadeleyi kapsadığının açıkça ifade edilmesi bakımından önemlidir (b).

#### a. *Urgenda* ve *Klimaatzaak* davaları: devletin özen yükümlülüğü kapsamında insan haklarını koruma ödevi

*Urgenda* Vakfı’nın ve 886 Hollanda yurttaşının Hollanda devletine karşı açtığı davada mahkemenin, devletin ulusal katkı beyanında 2020 için öngördüğü 1990’a kıyasla %20 oranında sera gazı emisyon azaltım hedefi yerine %40, en azından %25 oranında bir hedefi benimsemesi konusunda hüküm kurması talep edilmiştir. *Urgenda* dava sürecinde üç karar

<sup>29</sup> MAY/ DALY, s. 102-109. Hollanda’da devletin çevreye ilişkin anayasal yükümlülüklerinin yargı önünde doğrudan ileri sürülmesi kabul edilmemektedir (s. 150).

mevcuttur. Bunlar; Lahey Bölge Mahkemesinin 24 Haziran 2015 tarihli kararı (*Urgenda 1*), Hollanda devletinin başvurusu üzerine Lahey İstinaf Mahkemesinin 9 Ekim 2018’de verdiği karar (*Urgenda 2*) ve nihayet Hollanda Yüksek Mahkemesinin 20 Aralık 2020 tarihli temyiz kararıdır (*Urgenda 3*). *Urgenda 1* kararı, iklim davalarında verilen ilk karar olmasa da bu kararlar dünyada ilk kez bir devletin, iklim değişikliğini önleme yükümlülüğü bilimsel verilere dayandırılarak, sayısal olarak belirlenen bir oranda ve belirli bir takvim öngörülerek sera gazı salımını düşürmeye yönelik tedbir almasına hükmedilmiştir<sup>30</sup>. Karar, hem verildiği esnada görülen, hem de daha sonra açılan davaları etkilemesi nedeniyle de sistemik iklim davalarında dönüm noktası olarak kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

Devletin sorumluluğuna ilişkin davaların çoğunlukla Medeni Kanun hükümlerine dayandırıldığı ve adli yargıda görüldüğü Belçika’da da davacılar taleplerini *Urgenda* davasıyla benzer bir temellendirme üzerinden kurgulamışlardır<sup>32</sup>. Klimaataak derneğinin ve 8422 gerçek kişinin<sup>33</sup> Belçika devletine ve ayrıca Valon, Flaman ve Brüksel-Başkent bölgelerine karşı açtığı davada temel talepler; davalıların en son 2020 yılına kadar yıllık sera gazı salımlarını 1990 yılına göre toplam %40, en azından %25 oranında azaltmadıklarının tespiti; Medeni Kanun’u, AİHS’nin 2 ve 8. maddelerini, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 6. ve 24. maddelerini<sup>34</sup> ihlal ettiklerine karar verilmesi; davalılara Belçika’nın yıllık toplam sera gazı salımını kademeli olarak belli oranlarda azaltma<sup>35</sup> amacıyla gerekli tedbirleri alma yönünde emir verilmesi ve davalıların yargısal emre uymamaları halinde

<sup>30</sup> TABAU Anne-Sophie/ COURNIL Christel, “Nouvelles perspectives pour la justice climatique. Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas”, RJE, 40(4) 2015, s. 677.

<sup>31</sup> *Ibid.*, s. 692

<sup>32</sup> Belçika hukukunda idarenin sorumluluğuna ilişkin davalarda tarihsel nedenlerle adli yargı görevlidir ve özel hukuk uygulanır. Ancak 2014 reformuyla birlikte hukuka aykırı idari işlemlerden kaynaklanan zararların giderilmesi için Devlet Konseyi nezdinde idarenin sorumluluğuna gidilmesinin önü açılmıştır. Bkz. RENDERS David, *Droit administratif général*, 3. Bası, Larcier, 2019, s. 621 vd.

<sup>33</sup> Davada 82 “uzun ömürlü” ağacın davaya müdahil olarak katılmaları talebi mevcutsa da bu talep ağaçların kişi olmamaları nedeniyle reddedilmiştir. Trib. Bruxelles, *Klimaataak*, s. 56.

<sup>34</sup> Mahkeme, bu hükümlerin devlete çok geniş bir takdir marjı tanıdıkları gerekçesiyle devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülemeyecekleri sonucuna varmıştır. *Ibid.*, s. 62.

<sup>35</sup> Davacılar bu oranları 2025 için 1990’a göre %48, en azından %42; 2030 için 1990’a göre %65, en azından %55; 2050 için de sıfır salım olarak belirlemişlerdir. *Ibid.*, s. 43.

Klimaataak derneği lehine müteselsil olarak ceza ödemeye mahkûm edilmeleridir<sup>36</sup>.

Her iki davada da devletin iklim değişikliğini önleme ödevi, Medeni Kanun'da yer alan özen yükümlülüğü üzerinden temellendirilmiştir. Özen standardını belirlerken hangi hukuku düzenlemelerin temel alınacağı cevap aranan sorulardan ilkidir. *Urgenda 1* kararında yargıç, aralarında AİHS md. 2 ve 8'in de bulunduğu uluslararası ve bölgesel hukuk düzenlemelerinin, hem vakfın tüzel kişi olması, hem de maddi hukuk bakımından, doğrudan uygulanabilir olduklarını kabul etmemekle birlikte, bunları özel hukuktaki özen standardını belirlemek için kullanmıştır<sup>37</sup>. Üst derece mahkemeleri ise ulusal yargıcın ehliyet konusunda AİHM standardıyla bağlı olmadığını ortaya koyarak AİHS'nin 2. ve 8. maddelerinin davada uygulanabileceğine hükmetmişlerdir<sup>38</sup>. *Klimaataak* kararında ise mahkeme, devletin genel ihtiyat ödevini göz ö kapsamında Kyoto Protokolü'nün, Doha değişikliğinin ve Paris Anlaşması'nın etkilerinin doğrudan ya da dolaylı olduklarına bakılmaksızın hukuki sonuç doğurdıkları sonucuna varmıştır<sup>39</sup>. Buna göre davalılar, kendilerine Medeni Kanun uyarınca iyi bir aile babası gibi davranma borcu yükleyen özen yükümlülüğüne ancak bu düzenlemelerin gereklerini yerine getirerek uygun davranmış olacaklardır<sup>40</sup>.

Davacıların tazminat talep etmemiş olmaları sayesinde, iklim değişikliğinin sonuçları somut bir zararın değil, özen göstermeyi gerektirecek bir durumun, bir tehlikenin var olup olmadığını belirlemek için

<sup>36</sup> *Ibid.*, s. 42-43.

<sup>37</sup> *Urgenda 3*, § 5.8.

<sup>38</sup> Bilindiği üzere AİHS'nde çevre hakkı öngörülmemesine karşın çevresel zararın sözleşmede güvence altına alınan hakları etkilediği durumda ve ölçüde, insan hakları hukuku koruması altında olduğu konusunda AİHM'nin içtihadı yerleşiktir. AİHM kararlarında yaşam hakkı (md. 2), adil yargılanma hakkı (md. 6), ifade özgürlüğü (md. 10), Ek 1. Protokolün ilk maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı (Ek 1. Protokol md. 1) ve en yaygın olarak da özel yaşam, aile yaşamı ve konut hakkı (md. 8) bağlamında çevre korumasının sağlandığı görülmektedir. Bkz. TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Çevre Hakkına Yaklaşımı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29 (3) 2021, s. 2590. AİHM, çevrenin insan hakları yoluyla korunmasının mümkün olduğunu kabul etmekte ise de sözleşmede çevre hakkının düzenlenmemesinin bir sonucu olarak çevredeki her bozulmayı insan hakları ile ilişkilendirmemektedir. Nitekim Hollanda hükümeti de iklim değişikliği tehlikesinin AİHS ile doğrudan korunmayan çevreye ilişkin olması nedeniyle sözleşme kapsamına girmediğini ve AİHS koruması altına girebilmek için yeterli özgüllükte olmadığını iddia etmiştir. *Ibid.*, 3, § 5.1.

<sup>39</sup> Trib. Bruxelles, *Klimaataak*, s. 57-59.

<sup>40</sup> *Ibid.*, s. 59.

kullanılmış; böylelikle kararlarda zararın belirsizliği konusunu tartışmaya gerek kalmamıştır<sup>41</sup>. Devletin, AİHM madde 2 ve 8’de düzenlenen hakları ihlali ise ancak iklim değişikliğinin bu haklara müdahale teşkil etmesi halinde söz konusu olabilecektir. AİHM’nin bireylerin endüstriyel ve doğal risklerden korunmasına ilişkin kararları uyarınca devletin harekete geçme yükümlülüğü, AİHS md. 2 kapsamında güvence altına alınan yaşam hakkına yönelik “gerçek” ve “yakın” bir tehdidin varlığı halinde mevcut olduğundan iklim değişikliğinin bu yönde bir tehdit oluşturup oluşturmadığı belirlenmelidir.

Her iki kararda da iklim değişikliğinin kişiler ve çevre üzerindeki etki ve sonuçlarının belirlenmesinde, iklim davalarında tipik olduğu üzere bilimsel verilerden, özellikle Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli’nin (IPCC)<sup>42</sup> raporlarından ve yerel raporlardan yararlanılmıştır<sup>43</sup>. Urgenda kararında yapılan değerlendirmeye göre iklim değişikliğinin varlığı ve etkileri, tehdidin gerçekliği konusunda herhangi bir tereddüde yer bırakmamaktadır. Burada mesele, Strasbourg mahkemesinin içtihadında yer verdiği “yakın” kavramından ne anlaşılacağıdır. Yargıca göre AİHM’nin çeşitli kararlarında da belirtildiği üzere “yakınlık”, riskin kısa bir zaman diliminde gerçekleşecek olmasını zorunlu kılmaz; kişilerin doğrudan tehdit altında olmaları yeterlidir. Dolayısıyla iklim değişikliğinin yaratacağı tehdit gibi uzun vadede gerçekleşecek olan riskler de bu kapsamda değerlendirilebilecektir<sup>44</sup>. Bu durum 8. madde bakımından da geçerli olup kişilerin yaşamlarının ve esenliklerinin iklim değişikliğinin yaratabileceği doğa olayları nedeniyle etkilenecek olması, 8. maddenin uygulama alanı bulması sonucunu doğurmaktadır<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> TABAU/ COUNIL, s. 687.

<sup>42</sup> IPCC, Paris Anlaşması’nın uygulanması ve ulusal katkıların belirlenmesinde önemli bir rol üstlenmektedir. IPCC, Taraflar Konferansınca birçok defa rapor hazırlamaya davet edilmiş ve raporları Paris Anlaşması’nın hazırlık sürecinde etkili olmuştur. IPCC raporlarında farklı derecelerdeki küresel ısınmanın gezegen üzerindeki etkileri, karbon bütçelerinin durumu ve sera gazı salımlarının azaltılmasının olası etkileri, belirsizlikler ile birlikte ortaya konulmaktadır. IPCC raporları hukuk metinleri olmasalar da devletleri yönlendirici işleve sahiptirler. Devletlerin şeffaflık mekanizması kapsamında hazırlayacakları raporlarda IPCC tarafından kabul edilen ve Taraflar Konferansınca hemfikir olunan iyi uygulama yöntemlerinin kullanımı esas alınmaktadır. (madde 13/7/a).

<sup>43</sup> Trib. Bruxelles, *Klimaatzaak*, s. 61-62.

<sup>44</sup> *Urgenda 3*, § 5.2.2.

<sup>45</sup> *Ibid.*, § 5.2.3 ve 5.6.2.



Bu durumda IPCC raporlarının da gösterdiği üzere kesin, bilinebilir ve engellenebilir olan<sup>46</sup> iklim değişikliği, sera gazı salımlarının azaltılması ile önlenebileceğinden, devletin bunu mümkün kılacak uygun ve etkili düzenlemelerden ve araçlardan oluşan bir çerçeveyi oluşturması ise özen yükümlülüğünün gereğidir<sup>47</sup>.

### **b. Alman Anayasa Mahkemesi: devletin yaşam hakkını, mülkiyet hakkını ve çevreyi koruma yükümlülüğü**

Alman Anayasa Mahkemesinin 24 Nisan 2021’de verdiği ve çevrenin daha etkili korunmasına yönelik bir başvurunun ilk kez başarıya ulaştığı<sup>48</sup> anayasa şikayeti kararı, hem kuramsal olarak zengin tartışmalar<sup>49</sup>, hem de önemli hukuki ve fiili sonuçlar doğurmuştur<sup>50</sup>.

Almanya’da, 12 Aralık 2019 tarihli İklim Koruma Yasası ile, Paris Anlaşması taahhütleri doğrultusunda 2030’a kadar %55 oranında azaltım, 2050 için net sıfır karbon hedefi öngörülmüş olup 2030 yılına kadar gözetilmesi gereken yıllık karbon bütçeleri belirlenmiştir. 2030 sonrası bütçelerin ise 2025’te hükûmet tarafından saptanacağı öngörülmüştür<sup>51</sup>. Başvurucular öncelikle, 2030’a kadar öngörülen azaltım hedeflerinin, IPCC raporlarıyla gerekliliği ortaya konulan 1,5°C hedefine ulaşmakta yetersiz kalmaları nedeniyle; devletin, Anayasa’nın 2. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesi<sup>52</sup> ve 14. maddenin ilk fıkrası<sup>53</sup> ile tanınan hakları koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmişlerdir<sup>54</sup>. Ayrıca 2030 sonrasına ilişkin yükümlülüklerin yasayla belirlenmemiş olmasının, Anayasa’nın 2. maddesinin 1. fıkrasının<sup>55</sup>, madde 1<sup>56</sup> ve madde 20a<sup>57</sup> ile birlikte

<sup>46</sup> *Urgenda I*, § 4.63.

<sup>47</sup> *Ibid.*, § 4.66.

<sup>48</sup> EKARDT Felix, “Climate Revolution with Weaknesses”, *VerfBlog*, 8.5.2021.

<sup>49</sup> Örneğin *Verfassungsblog*’da “Der Klimabeschluss des BVerfG” başlığı altındaki tartışma yazılarından yararlanılabilir.

<sup>50</sup> İhlal kararından üç ay sonra hükûmet bir kanun tasarısı sunmuş ve yeni düzenlemelerde hem net sıfır hedefine ulaşma tarihi öne çekilmiş hem de takvimde sera gazı salım azaltım oranları yükseltilmiştir. COUNIL Christel, “Les prémisses de révolutions juridiques? Récents contentieux climatiques européens”, *RFDA* 2021, s. 957.

<sup>51</sup> *BVerfG, Neubauer et al.*, § 251.

<sup>52</sup> Madde 2 (2) ilk cümle: “Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir”. (Bu ve diğer maddelerde Christian Rumpf ve Gökçe Uzar Schüller çevirisinden yararlanılmıştır, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>).

<sup>53</sup> Madde 14 (1): “Mülkiyet ve miras hakları güvence altındadır. Bu hakların kapsam ve sınırları yasalarla belirlenir”.

<sup>54</sup> *BVerfG, Neubauer et al.*, § 40, 127.

<sup>55</sup> Madde 2 (1) : “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir”.

değerlendirilmesi suretiyle güvence altına alınan onurlu bir gelecek ve “asgari ekolojik yaşam standardı” temel haklarının sağlanması yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir<sup>58</sup>.

Mahkeme, anayasal dayanaklara ilişkin olarak öncelikle diğer ülkelerdeki davalarda olduğu gibi bilimsel verilerden, IPCC raporlarına ağırlık vererek yararlanır ve iklim değişikliğinin ve etkilerinin Almanya’da ve diğer ülkelerde halihazırda ortaya çıktığı ve bunların geri dönülemez bir boyuta eriştiği sonucuna varır<sup>59</sup>. Bu etkiler temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturacak niteliktedir.

İklim değişikliği yaşam ve sağlık üzerinde yarattığı tehlike nedeniyle yaşam ve vücut bütünlüğüne müdahale oluşturur<sup>60</sup>. İklim değişikliği nedeniyle meydana gelebilecek taşkınlar ve su seviyesinin yükselmesi sonucunda yerleşim alanlarının ve tarım arazilerinin zarar görme olasılıkları karşısında, mülkiyet hakkına müdahaleden söz etmek de mümkündür<sup>61</sup>. Devletin çevreyi koruma ödevi ise diğer haklara göre farklı bir değerlendirme gerektirir. Zira çevrenin korunması madde 20a hükmü ile bir rehber ilke şeklinde düzenlenmiş olup bu maddeyle subjektif bir kamusal hak öngörülmemektedir<sup>62</sup>. Dolayısıyla madde 20a anayasa şikâyetine konu olabilecek bir hak içermediğinden ve ayrıca anayasa şikâyetine konu olabilecek haklar arasında da sayılmadığından başvuru için doğrudan bir dayanak olamaz<sup>63</sup>. Bununla birlikte kararla, devletin gelecek kuşaklara karşı çevreyi koruma yükümlülüğünü öngören 20a maddesinin kapsamı ve etkisi güçlendirilmiştir. Mahkeme, madde 20a’nın normatif bir içeriğe sahip olduğunu ve yargı denetimine dayanak oluşturabileceğini belirterek<sup>64</sup>,

<sup>56</sup> Madde 1 (1): “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür”.

<sup>57</sup> Anayasa madde 20a: “Gelecek kuşaklara karşı da sorumlu olan devlet, doğal yaşam kaynaklarını ve hayvanları anayasal düzenin çerçevesinde yasamayla, yasalara ve hukuka uygun olarak yürütme ve yargı organlarıyla korur”.

<sup>58</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 40, 127.

<sup>59</sup> *Ibid.*, § 18-28. GAILLET Aurore/ GRIMM Dieter, “La décision Climat de Karlsruhe. Penser les droits fondamentaux sur le long terme: une réponse contentieuse à l’urgence climatique?” AJDA 2022, s. 166.

<sup>60</sup> *Ibid.*, § 99.

<sup>61</sup> *Ibid.*, § 100, 171.

<sup>62</sup> GÜNEŞ Ahmet, “Alman Çevre Hukukunun Anayasal Çerçevesi”, AÜHFD, 58(4) 2009, s. 811-814.

<sup>63</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 112.

<sup>64</sup> *Ibid.*, § 205.

devletin bu hüküm uyarınca iklim değişikliği karşısında hareketsiz kalamayacağını açıkça ifade etmektedir<sup>65</sup>.

Buna karşılık ekolojik asgari yaşam standardı, somut başvuruda ileri sürüldüğü şekliyle otonom bir hak olarak kabul edilmemiştir. Devletin diğer temel haklar sayesinde zaten asgari çevre gereklerini yerine getirme yükümlülüğü mevcut olduğundan “felaket boyutunda ve hatta apokaliptik” çevresel zararlara karşı korunma güvencesi bu kapsamda sağlanmaktadır<sup>66</sup>. Bununla birlikte uyum tedbirlerinin, yaşama zarar verecek derecede alt üst olmuş bir çevrede hayatta kalmayı sağlamakla ve vücut bütünlüğünün ve mülkiyet korumakla birlikte sosyal, kültürel ve siyasi yaşama ilişkin güvenceler bakımından yetersiz kalmaları halinde, asgari ekolojik yaşam standardından otonom olarak bahsedebileceğine de işaret etmiştir<sup>67</sup>. Bu değerlendirmeden, koşullar oluştuğu takdirde iklim değişikliğini önlemenin insan onuruyla ilişkilendirebileceği sonucuna varmak mümkündür<sup>68</sup>.

Küresel ısınma ise özellikle atmosferdeki CO<sub>2</sub> yoğunluğundan kaynaklandığından ve karbon salımını azaltma dışındaki mücadele yöntemleri (negatif karbon emisyonu, uyum tedbirleri) iklim değişikliğini önleme konusunda yetersiz kalacağından, karbon salımının azaltılması bir zorunluluktur<sup>69</sup>. Buna göre karbon salımına ilişkin düzenlemeler, Anayasa ile tanınan haklara müdahale teşkil etmektedir.

İklim değişikliğine ilişkin dava süreçlerinde bilimsel belirsizlik, özellikle davalılarca yükümlülükten kurtulmak ya da yükümlülüklerini daraltmak için kullanılan bir argüman olup hak temelli davalarda sıklıkla öne sürülmektedir. Öyle ki, AIHM önüne giden ve 8. maddenin uygulandığı çoğu uyuşmazlıktan farklı olarak iklim davalarında, devletin alacağı tedbirlerin küresel ısınma üzerindeki etkisinin ne olacağı ya da iklim değişikliği ile bağlantılı tehdidin ne şekilde gerçekleşeceği kesin olarak belli değildir. Yargıç burada hukuki araç olarak hem ihtiyat ilkesini hem de bilimsel belirsizliğin olmadığı hallerde bazen açıkça zikretmese de önleme ilkesini kullanır.

<sup>65</sup> *Ibid.*, § 118.

<sup>66</sup> *Ibid.*, § 114.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Alman Anayasa Mahkemesinin asgari ekolojik yaşam standardı hakkı konusundaki değerlendirmesi öğretide farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Ekardt, kararla asgari ekolojik yaşam standardı hakkının tanındığı (EKARDT, *op. cit.*), Gaillet ve Grimm ise mahkemenin bu fikre kapıyı kapadığı sonucuna varmaktadır (GAILLET/GRIMM, s. 166).

<sup>69</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 31-34.

## 2. İhtiyat ilkesinin yükümlendirici işlevi ve destekleyici etkisi

Önleme ve ihtiyat ilkeleri, iklim değişikliği konusunda temel uluslararası sözleşme olan BMİDÇS kapsamında yer verilen ilkelere aittir. İlkeleri düzenleyen madde 3/3'e göre "*Taraflar, iklim değişikliği nedenlerini önceden tahmin etmek, önlemek veya en aza indirmek ve zararlı etkilerini azaltmak için önleyici önlemler almalıdır. Ciddi veya önlenemez hasar tehlikesi olan durumlarda, tam bilimsel kesinliğin yokluğu, iklim değişikliğine ilişkin politikalar ve önlemlerin mümkün olduğu kadar etkin maliyetli ve en az harcamayla küresel yarar sağlayacak şekilde olmaları gerektiği de dikkate alınarak, bu önlemlerin ertelenmesine neden olarak kullanılmamalıdır.*" Sözleşmenin 4. maddesinde ise Ek I ülkeleri bakımından "*Taraflardan herbiri, insan kaynaklı sera gazı salımlarını sınırlandırarak ve sera gazı yutaklarını ve haznelerini koruyarak ve takviye ederek iklim değişikliğini azaltmak için ulusal politikalar benimseyecekler ve uygun önlemler alacaklardır*" şeklinde bir düzenleme öngörülmektedir.

Sabit bir tanıımı olmayan ihtiyat ilkesi<sup>70</sup> sözleşmede "*ciddi veya önlenemez hasar tehlikesi olan durumlarda*" tam bilimsel kesinliğin yokluğunun iklim değişikliğine ilişkin önlemlerin ertelenmesine neden olarak kullanılmaması gerektiği şeklinde formüle edilmiş; bu politikaların "*mümkün olduğu kadar etkin maliyetli ve en az harcamayla küresel yarar sağlayacak şekilde olmaları gerektiği*"ne vurgu yapılmıştır. Sistemik iklim davalarında devletin ihtiyat ilkesine dayanarak tedbir alıp alamayacağından ziyade aldığı tedbirlerin yeterliliği tartışıldığından, burada karşımıza ihtiyat ilkesinin yükümlendirici işlevi<sup>71</sup> çıkmaktadır. İklim değişikliğinin varlığı, insan kaynaklı olduğu ve atmosferdeki sera gazı artışına bağlı olduğu bilimsel olarak kesinliği kabul edilen gerçekler olduğundan, sera gazı salımını azaltmanın iklim değişikliğine etki edeceği en azından küresel ölçekte herhangi bir bilimsel belirsizlik içermez. Bu alandaki bilimsel çalışmalar, BMİDÇS'nin imzalandığı 1992 yılından bu yana daha da geliştiğinden geçmişte tartışmalı olan birçok konuda bugün kesinliğe ulaşıldığı ve bu durumun geçerli olduğu alanlarda önleme ilkesinin uygulanacağı söylenebilecektir<sup>72</sup>. Ancak, küresel ısınmayı 2°C'nin çok

<sup>70</sup> Bir riskin varlığına ve gerçekleşmesine dair bilimsel belirsizliğin olduğu hallerde uygulanan ihtiyat ilkesi ile devlete, ekonomik ve teknolojik gelişmenin çevre ve insan sağlığı bakımından doğurabileceği potansiyel zarara karşı harekete geçme olanağı sağlanmaktadır. İhtiyat ilkesinin tanımına ilişkin tartışmalar için bkz. TURGUT Nükhet, "İhtiyat İlkesi", AÜHFD, 45(1) 1996, s. 76-78.

<sup>71</sup> GÜNEŞ Ahmet, *Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 116.

<sup>72</sup> TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 67.

altında veya 1,5°C'de tutmak için atmosferdeki sera gazı yoğunluğunun ne kadar olması gerektiği, buna bağlı olarak hangi oranda azaltım yapılmasının kabul edilebilir olduğu ve her bir ülkenin yapacağı salımın küresel olarak veya o ülke coğrafyası üzerindeki etkisinin ne olacağı konusunda kesinlik olmadığı; bu konulardaki verilerin IPCC raporlarında yapılan güncellemelerin de gösterdiği üzere değişkenlik taşıdığı ve dolayısıyla bu alanlarda bilimsel belirsizlik olduğu söylenebilecektir.

Buna göre öncelikle, Ek 1 ülkesi olarak azaltım yükümlülüğü bulunan devletler bakımından iklim değişikliğiyle mücadelenin küresel bir sorun olduğundan yola çıkılarak, yapılacak azaltımın çok ufak bir etkisi olacağını yönündeki itirazlara, sera gazı salımındaki artışta ufak da olsa her bir insan faaliyetinin payı olduğundan itibar edilmemektedir<sup>73</sup>. *Urgenda* davasında ihtiyat ilkesi, bu ilkeye dayanılarak doğrudan tedbir alınması hedeflenerek değil, insan haklarını koruma şeklinde somutlaşan özen yükümlülüğünü desteklemek için kullanılmıştır. Yargıç ayrıca iklim değişikliğine ilişkin olarak yakın vadede tedbir alınmaması halinde uzun vadede ulaşılması gereken hedefleri gerçekleştirmek için sosyal olarak daha ağır tedbirlerin alınması gerekeceğini; bunun da ihtiyat ilkesi ile bağdaşmayacağını ortaya koymuştur. Yani alınacak tedbirin iktisadi ve sosyal etkisi, burada ilkeyi uygulamanın sınırı değil, bilakis gecikmeden harekete geçme gereğinin gerekçesi olarak kullanılmıştır<sup>74</sup>. Böylelikle haklara yapılacak olası müdahaleler nedeniyle uygun önlemlerin alınması konusunda devlete tanınan geniş takdir yetkisinin sınırı belirlenmiştir<sup>75</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi de iklim değişikliği sonucunda temel haklar üzerinde “geri dönülemez” zararların oluşabileceğine dayanarak, bu haklar henüz ihlal edilmiş olmasalar da kümülatif, uzun vadeli ve belirsiz bir müdahale karşısında devletin harekete geçerek ihtiyati tedbirler alması gerekeceğini ifade ederek<sup>76</sup> temel haklar alanında ihtiyat ilkesini uygulamıştır<sup>77</sup>. Burada dikkat çekici olan nokta, mahkemenin geri dönülemez zarar konusunda çevresel varlıklardaki bozulma ya da iklim değişikliğinin etkilerinden ziyade iklim değişikliğinin sebebine odaklanması ve atmosferdeki mevcut CO<sub>2</sub> konsantrasyonu yok edilemeyeceğinden, mevcut ısınmanın halihazırda geri dönülemez bir durum yarattığına işaret

<sup>73</sup> *Urgenda 1*, § 4.79.

<sup>74</sup> TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 68.

<sup>75</sup> YURTCANLI DUYMAZ Seda, Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak İklim Değişikliği, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 8(16) 2019, s. 517.

<sup>76</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 192.

<sup>77</sup> EKARDT, *op. cit.*

etmesidir<sup>78</sup>. Dolayısıyla yasa koyucu, gelecek kuşakları da kapsayan özenli ve dikkatli davranma yükümlülüğü nedeniyle, çevresel konularda neden sonuç ilişkileri bakımından belirsizlikler bulunması halinde de ciddi ve geri dönülmez zararlara ilişkin emareleri dikkate almak zorundadır<sup>79</sup>. Bu değerlendirme, aşağıda da görüleceği üzere, davanın merkezinde yer alan ulusal karbon bütçelerinin hesaplanması ve kalan bütçenin hacminin belirlenmesindeki bilimsel belirsizliklere<sup>80</sup> bağlanacak hukuki sonucun açığa kavuşturulması nedeniyle de önemlidir.

Fransa'daki iklim davalarında ise idari yargı yerleri geleneksel yaklaşımlarını kısmen esnetmekle birlikte terk etmeyerek, devletin yükümlülüğünü üst normlarla belirlenen görevlerini yerine getirme üzerinden temellendirmişlerdir.

### **3. Fransız yargıcının temkinli adımları: idarenin yasayla belirlenen görevlerini yerine getirme yükümlülüğü**

Fransız yargıcının önüne gelen iki davadan ilki olan *Grande-Synthe* davası bir iptal davası, şimdilik ilk derece mahkemesinin kararıyla sonuçlanan ve “Yüzyılın Davası” olarak adlandırılan *Association Oxfam France* davası ise tam yargı davasıdır. Her iki davada da devletin iklim değişikliğini önleme yükümlülüğünün hukuki niteliği ve bu yükümlülüğü yerine getirip getirmediği tartışılmıştır.

Devlet Konseyinin (*Conseil d'État*) 19 Kasım 2020 ve 1 Temmuz 2021 tarihli *Commune de Grande-Synthe* kararları<sup>81</sup> Fransız hukuku açısından önemli bir adım olup bu dava idari yargı yönünde görülen ilk iklim davası olma özelliğini taşımaktadır<sup>82</sup>. Dava, davacı Grande-Synthe Belediyesi'nin Ekolojik Dönüşüm Bakanlığı, Başbakanlık ve Cumhurbaşkanlığı nezdinde birden fazla talebi içeren başvurularının reddi üzerine açılmıştır. Konumuz kapsamındaki talepler; Fransa'nın uluslararası ve ulusal taahhütlerini asgari olarak karşılayacak şekilde ülkede üretilen sera gazı salım eğrisini indirmeye yönelik her türlü tedbirin alınması, “iklim önceliğini zorunlu kılacak” her tür yasal ve idari girişimde bulunulması ve sera gazı salımını yükseltebilecek her nevi uygulamanın yasaklanmasıdır. Belediye,

<sup>78</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 119.

<sup>79</sup> *Ibid.*, s. 1.

<sup>80</sup> MINNEROP Petra, “The ‘Advance Interference-Like Effect’ of Climate Targets: Fundamental Rights, Intergenerational Equity and the German Federal Constitutional Court”, *Journal of Environmental Law*, 34(1) 2021, s. 148.

<sup>81</sup> Bu çalışmada *Cne Grande-Synthe* kararına tarih verilmeksizin yapılan atıflar 19 Kasım 2020 tarihli ilk karara ilişkindir.

<sup>82</sup> HOYNCK Stéphane, “Conclusions sous CE, *Commune de Grande-Synthe*” (arianeweb). *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

başvurusunun zımnen reddi üzerine ret kararlarının iptali için dava açmış, ayrıca mahkemeden Cumhurbaşkanlığı haricindeki idarelere, ilgili tedbirleri altı ay içinde almalarına yönelik yargısal emir verilmesini talep etmiştir<sup>83</sup>.

Paris İdare Mahkemesi'nde 2019 yılında açılan ve "Yüzyılın Davası" olarak tabir edilen davada ise dört çevre derneği idare yargıcına tazminat ve yargısal emir talepleriyle başvurmuşlardır. Dört dernek de devletin iklim değişikliğiyle mücadeleyle ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranarak hareketsiz kalmasından kaynaklanan ekolojik zarar için sembolik birer avro, manevi zararları için de yine sembolik birer avro talep etmişlerdir. Yargısal emir talepleri arasında başbakanlığın ve ilgili bakanlıkların iklim değişikliği ile mücadele ve iklim değişikliğinin etkilerini azaltma yükümlülüklerine tüm aykırılıkları sonlandırmaları, ekolojik zarara en kısa süre içinde son vermeleri; atmosferdeki sera gazı salımını küresel ısınmanın 1,5°C'de tutulması hedefini gerçekleştirmeye yönelik olarak düşürmek ya da en azından kanunlardan ve AB hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli tedbirleri almaları yer almaktadır<sup>84</sup>.

Her iki kararda da hüküm kurulurken davacı taleplerinde öne sürülmüş olan devletin özen yükümlülüğüne dayanılmamıştır. Oysa devletin çevre konusunda özen yükümlülüğünün Fransız hukukunda normatif bir dayanağı mevcuttur. Zira Anayasa Konseyi, anayasalık bloku içinde yer alan Çevre Şartı'nın 1. ve 2. maddelerinin<sup>85</sup> genel bir dikkatli olma/özen yükümlülüğü doğurduğuna hükmetmiştir<sup>86</sup>. Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ilişkin 1. maddenin idare yargıcı önünde doğrudan ileri sürülebileceği ve yargılama sürecinde dikkate alınması gerektiği ise Devlet Konseyinin 2014 yılında verdiği *Ban Asbestos France* kararıyla kabul edilmiştir<sup>87</sup>. Buna rağmen yargı yerleri, iklim davalarında bu düzenlemelerin uygulanması konusunda sessiz kalmışlardır<sup>88</sup>. AİHS'nin 2.

<sup>83</sup> CE, *Cne Grande-Synthe*, § 1-3.

<sup>84</sup> TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 1.

<sup>85</sup> Madde 1 sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını, madde 2 ise çevreyi koruma ödevini düzenlemektedir.

<sup>86</sup> CC, 8.4.2011, *M. Michel Z. et al.*, n° 2011-116. Çevre Şartı'nın 1. maddesinin doğrudan uygulanabilirliği ve sorumluluk hukuku alanında anayasaya uygun yoruma etkisi konusunda bkz. CROTTEY Brice, "Le Conseil Constitutionnel et l'obligation de vigilance environnementale", RFDC, 90(2) 2012, s. 252-257.

<sup>87</sup> CE, 26.2.2014, *Association Ban Asbestos France*, n° 351514, § 7.

<sup>88</sup> Davaların iklim adaletiyle ilgili olması nedeniyle bu hükümlerin göz ardı edilmesi, kaçırılan bir fırsat olarak nitelenmektedir. VAN LANG Agathe/ PERRIN Alix/ DEFFAIRI Meryem, "Le contentieux climatique devant le juge administratif", RFDA 2021, s. 747.

ve 8. maddeleri bakımından da benzer bir yaklaşım sergilenmiş olup kararlarda iklim değişikliğini önleme yükümlülüğünün AIHS madde 2 ve madde 8'ye dayanılarak temellendirilmesi konusundaki talepler üzerinde durulmamıştır<sup>89</sup>. Fransız yargıcı, geleneksel içtihadını bazı esnekliklerle uygulayarak, temelde yasal ve idari düzenlemeleri dayanak olarak kullanmayı tercih etmiştir.

*Commune de Grande-Synthe* kararında sera gazı salım eğrisinin indirilmesine yönelik talebin reddi işleminin yargısal denetimini yapan<sup>90</sup> yargıç, hukuksal temel arayışında özellikle anayasallık bloku içinde yer alan Çevre Şartı ve yasal düzenlemeler üzerinde durmuş, ayrıca devletin uluslararası hukuktan ve AB hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini tespitte çalışmıştır. Devlet Konseyi, BMİDÇS'nin ve Paris Anlaşması'nın, uygulanmaları için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğundan doğrudan etkili düzenlemeler olmadıkları sonucuna geleneksel *GISTI* içtihadından ayrılmayarak varsa da bu kaynakların, uygulanmalarına yönelik ulusal hukuk normlarının ve AB hukuku düzenlemelerinin yorumunda dikkate alınmaları gerektiğini ortaya koyar<sup>91</sup>. Fransa'da, Hollanda'dan farklı olarak sera gazı salım oranlarının düşürülmesine ilişkin hedefler yasayla belirlenmiştir. Enerji Kanunu madde L. 100-4'te ulusal enerji politikasının hedefleri arasında sera gazı salımını 2030'da 1990'a göre %40 oranında azaltma, 2050'de ise net sıfır karbon öngörülmüştür. Devlet Konseyi, madde L. 100-4'ü tek başına değil, hem aynı hükümde atıf yapılan BMİDÇS, Paris Anlaşması ve 2018/842 sayılı AB Tüzüğü; hem de Çevre Kanunu hükümleri ile birlikte değerlendirmiştir<sup>92</sup>. Enerji Kanunu'ndaki hedefler Fransa'nın uluslararası taahhütlerinin ve özellikle bağlayıcı nitelikteki AB düzenlemelerinin ulusal hukuktaki yansıması niteliğinde olup bunların gerçekleştirilmesi, Çevre Kanunu ile belirlenen uygulamalar ve üç ile beş yıllık dönemler için karbon bütçelerini belirleyen kararnamelemler ile sağlanmaktadır.

Yazarlar, Devlet Konseyinin yaklaşımını eleştirmekle birlikte Çevre Şartı'nın doğrudan uygulanmayacağına dair açık bir saptama yapmamasında teselli bulmaktadırlar.

<sup>89</sup> Kararda AIHS zikredilmemekte, bu dayanağın davacılar tarafından ileri sürüldüğü kamu raporünün düşüncesinden anlaşılmaktadır. Bkz. HOYNCK, s. 7-10.

<sup>90</sup> Devlet Konseyi yasal düzenleme yapılmasını konu edinen talebin reddi işlemini bu konudaki görevsizliği sebebiyle incelemiştir. Zira yürütme erkinin parlamentoya kanun tasarısı sunmakta çekimser kalması yasama-yürütme ilişkisine ilişkin olup bu konu idari yargının görevi dışında kalır. CE, *Cne Grande-Synthe*, § 2.

<sup>91</sup> CE, *Cne Grande-Synthe*, § 12.

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 13.



Paris İdare Mahkemesi ise *Association Oxfam France* kararlarında<sup>93</sup>, devletin yükümlülüklerinin dayanakları konusunda Devlet Konseyi'nin çizdiği hat üzerinden ilerlemiştir. Ancak BMİDÇS ve Paris Anlaşması'nı kullanırken Devlet Konseyinden bir adım öteye geçerek bunların devlet için genel bir yükümlülük yarattığını ifade eden mahkeme, Çevre Şartı'nın çevreye müdahaleleri önleme ve bunların etkilerini azaltma yükümlülüğüne ilişkin 3. maddesini de kararında dayanak olarak zikretmiştir.<sup>94</sup> Mahkemenin değerlendirmesine göre Fransız devleti, iklim değişikliği ile mücadelenin “aciliyet” taşıdığını kabul ederek bu olayın sebeplerini sınırlama kapasitesini de kabul etmiş, bu yönde uluslararası taahhütlerde bulunmuş; ulusal düzeyde ise ülkedeki sera gazı salımını düşürmeye yönelik olarak düzenleme yetkisini kullanmıştır<sup>95</sup>. Bu taahhütler, öngörülebilir bir riskin varlığını göstermekte olup durumun aciliyeti, devletin beklemeksizin harekete geçme yükümlülüğünü doğurmaktadır<sup>96</sup>.

Sonuç olarak Fransız hukukunda devletin iklim değişikliğini azaltma ödevinin dayanağı olarak, bağlayıcı nitelikteki yasal, idari, bölgesel ve uluslararası düzenlemeler gösterilmiştir. Devletin iklim değişikliğini sınırlama yükümlülüğü farklı hukuki dayanaklardan yararlanılarak kabul edildikten sonra, bu yükümlülüğün kapsamı belirlenmelidir.

### **B. İklim değişikliğiyle mücadele yükümlülüğünün kapsamı**

Devletin iklim değişikliğiyle mücadele yükümlülüğünün kapsamının ortaya konulduğu yargı kararları davacı taleplerinden, davanın görüldüğü hukuk sisteminin araçlarından ve maddi hukuk kurallarından etkilenmektedir. Hollanda, Fransa, Belçika ve Almanya, BMİDÇS'ne ve Paris Anlaşması'na taraf olan AB'nin<sup>97</sup> üyesi olduklarından, davaların açıldıkları tarihe göre değişkenlik göstermekle birlikte, devletin yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde AB düzenlemeleri etkili olmaktadır. Her bir ülkenin iklim değişikliğine ilişkin ulusal düzenlemeleri ve düzenleme teknikleri benzerlikler taşımakla birlikte farklıdır. Dolayısıyla yükümlülüğün kapsamı da her devlet bakımından hem sera gazı salımlarını

<sup>93</sup> Bu çalışmada *Association Oxfam France* kararına tarih verilmeksizin yapılan atıflar, 3 Şubat 2021 tarihli ilk karara ilişkindir.

<sup>94</sup> TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 18-20.

<sup>95</sup> *Ibid.*, § 21.

<sup>96</sup> Bkz. BRIMO Sara, “Les potentialités du contentieux de la carence administrative en matière de santé et d’environnement”, AJDA 2021, s. 1256.

<sup>97</sup>

azaltma hedefinin öngörüldüğü hukuksal metinlerin hem de kullanılan yargısal araçların etkisiyle değişkenlik gösterebilecektir. Bununla birlikte, ilgili kararlardan ortak yükümlülük alanlarını tespit etmek mümkündür.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan iklim değişikliğini sınırlama kapsamında temel müdahale alanı, Paris Anlaşması'nın 4. maddesinde düzenlenen sera gazı salımının azaltılmasıdır. Küresel ısınmanın sınırlanması ayrıca yenilenebilir enerjinin teşviki ve enerji verimliliğinin iyileştirilmesi gibi sektörel faaliyetler sayesinde de sağlanmaktadır. Sistemik iklim davalarında hukuki düzenlemelerin ve devletin faaliyetlerinin taahhüt edilen azaltım hedeflerini karşılayıp karşılamadığının yanında (2), özellikle sera gazı azaltım hedeflerinin yeterliliği sorgulanmaktadır (1).

### 1. Devletin taahhüt ettiği sera gazı salımlarını azaltma hedeflerinin yeterliliği

Yükümlülüğün kapsamı bakımından en çarpıcı sonucun alındığı *Urgenda* davası görüldüğü sırada iklim değişikliğiyle mücadele, BMİDÇS ile taraf devletler için bir yükümlülük olarak öngörülmüşse de, ne AB hukukunda, ne uluslararası hukukta ne de ulusal düzenlemelerde Hollanda devletini, taahhüt ettiği %20'lik hedef yerine davacıların talep ettikleri %25- %40 oranında sera gazı salımı azaltımı yapmaya zorlayacak somut ve bağlayıcı bir düzenleme mevcuttur<sup>98</sup>. *Urgenda 1* kararı verildikten sonra imzalanan Paris Anlaşması'yla da salım azaltma hedefi devletlerin taahhütlerine bırakılmıştır<sup>99</sup>. Devletin yükümlülüklerini yerine getirmek için alması gereken tedbirler konusunda hukuki standart yokluğunda mahkeme, standart belirleyebilmek için bilimsel verilere başvurur ki, *Urgenda* davasındaki yaklaşımı, özellikle insan haklarına ilişkin yükümlülüğün içini doldurma bakımından yeni kılan ve sonraki davaları etkileme potansiyeline sahip olduğu düşünülen olgulardan biri budur<sup>100</sup>. Yargıç, IPCC Çalışma

<sup>98</sup> BACKES Chris/ VAN DER VEEN Gerrit, "Urgenda: the Final Judgment of the Dutch Supreme Court", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 17(3) 2020, s. 311. *Urgenda 1* kararının verildiği tarihte Avrupa Birliği düzenlemelerine göre Hollanda için öngörülen hedef, emisyon ticaret sistemi (ETS) kapsamındaki sektörler için 2005'e göre %21, ETS dışındaki sektörler için öngörülen hedef ise 2005'e göre %16'lık bir azaltımdır. *Urgenda 1*, § 4.41.

<sup>99</sup> Paris Anlaşması, madde 2 ve 3.

<sup>100</sup> Aslında bu yaklaşımın ilk adımlarının ABD'de iklim davaları bakımından dönüm noktası olarak kabul edilen *Supreme Court*'un *Massachusetts/EPA* kararıyla atıldığı söylenebilir. (*Massachusetts / Environmental Protection Agency*, 127 S. Ct. 1438; 549 U.S. 497 (2007)). Bu kararın IPCC raporlarına dayanmak suretiyle bilimsel verilerin idarenin yükümlülüklerinin belirlenmesi için kullanılması ve özellikle nedensellik bağıını esneterek *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

Grubu'nun 2007 yılında hazırladığı raporda yer alan, sıcaklık artışını 2°C'ta tutma hedefinin %20 oranında bir azaltmayla gerçekleştirilemeyeceği yönündeki veriyi kullanarak<sup>101</sup>, bu hedefi gerçekleştirmek için davacıların talep ettikleri en az %25 oranında bir azaltımın gerekeceğini ortaya koyar ve Hollanda'nın mevcut beyanının AİHS'nden doğan yükümlülüklerinin gereğini karşılamadığı sonucuna varır<sup>102</sup>.

*Urgenda* kararında yargıcın, devletin taahhüt ettiği için daha yüksek bir sera gazı salımı azaltım hedefi taahhüt etmesi gerektiği sonucuna, bu konuda bağlayıcı bir hukuki düzenleme olmaksızın varması, yargıcın denetiminin kapsamına ilişkin tartışmalara neden olmuştur<sup>103</sup>. Bu tür davalarda temel sorun, uluslararası sözleşmelerle devletin takdirine bırakılan taahhütlerin iklim değişikliğiyle etkili ve gerçek mücadele bakımından yetersiz kalması sorununun yargı önünde çözülüp çözülemeyeceğidir.

Bu soruya olumsuz yanıt verenler yargının, devletin hangi oranda sera gazı azaltımı hedeflemesi gerektiğine karar vermesinin, öncelikle AİHM'nin insan haklarının güvence altına alınmasında devlete tanıdığı takdir marjı yaklaşımına aykırı olduğunu ifade etmektedirler<sup>104</sup>. Verilen hüküm, daha

---

sera gazı salımlarıyla kişilerin sağlık ve esenliklerinin bozulması arasında ilişki kurması bakımından Avrupa'da açılan davaları da etkilediği kabul edilmektedir. Bkz. TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 70.

<sup>101</sup> Backes ve Van der Veen, atf yapılan raporda yer alan verinin, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında adil ve maliyet-etkin çaba paylaşımına katkıda bulunma gereğini vurguladığını ve bunun, IPCC'nin bu azaltımı mutlak bir zorunluluk olarak kabul ettiğini göstermediğini ifade etmektedirler. Bkz. BACKES/ VAN DER VEEN, s. 313.

<sup>102</sup> Yargıcın, AB'nin Hollanda için öngördüğü yükümlülükten daha yüksek bir standart belirliyor olması AB hukuku bakımından da sorgulamalara neden olmuştur. AB hukukuyla düzenlenmiş bir alanda ulusal yargıcın yetkilerinin kapsamı ve yargıcın AB hukuku düzenlemesinin eksikliğine ilişkin değerlendirme yapması nedeniyle ABAD'a başvuru usulünün uygulanması gerektiği konusunda bkz. PEETERS Marjan, "Case Note. *Urgenda Foundation and 886 Individuals v. The State of the Netherlands: The Dilemma of More Ambitious Greenhouse Gas Reduction Action by EU Member States*", *Review of European Community and International Environmental Law*, 25(1) 2016, s.123-129. Nitekim *Grande-Synthe* davasında kamu raportörü AB düzenlemelerinden daha yüksek bir standart belirlemenin ABAD'a ön karar başvurusu yapmayı gerektirebileceğine işaret etmiştir. HOYNCK, § 2. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi, konunun AB hukukuyla düzenlenmiş olmasının anayasaya uygunluk denetimine engel teşkil etmediğine karar vermiştir, BVerfG, *Neubauer et al.*, § 141.

<sup>103</sup> Ancak burada, 2011 öncesi azaltım hedefinin %30 olup bu oranın daha sonra AB ölçeğinde indirildiği de göz önünde bulundurulmalıdır. *Urgenda* 3, § 7.4.1-7.4.2.

<sup>104</sup> LEITJEN Ingrid, *The Dutch Climate Case Judgment: Human Rights Potential and Constitutional Unease*, *VerfBlog*, 19.10.2018.

ziyade kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından tartışılmış olup burada aslında çevre hakkının yargı yerleri önünde ileri sürülmesine ilişkin tartışmalarda geliştirilen argümanlarla benzerlik görülmekte<sup>105</sup>; bu alanda yasama tasarrufunun gerektiği öne sürülmektedir. Öncelikle sera gazı salımlarının azaltılması hukuki bir yükümlülük olsa da belirlenen hedefler ekonomik ve sosyal sonuçlar doğurduğundan, bu azaltımın hangi oranda ve hangi vadede yapılacağına belirlenmesi siyasi bir karardır. Dolayısıyla bu oranlar, toplumun bileşenleri ile müzakere süreçleri sonucunda demokratik karar alma mekanizmalarının işletilmesi suretiyle yasama tarafından belirlenmelidir<sup>106</sup>. Bunun yanında, sera gazı salımlarının azaltılmasına yönelik tedbirler ister istemez hemen her sektördeki faaliyeti etkileyecek, bazı malların ya da üretim tekniklerinin kullanımını yasaklama ya da sınırlama sonucu doğuracaktır. İdarenin kolluk faaliyeti kapsamına giren bu tedbirler temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturacağından yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Son olarak idarenin iklim değişikliğiyle mücadele politikası için kaynak oluşturması; bunun için de diğer kamu politikalarından bu alana kaynak aktarması gerekecektir<sup>107</sup>. Bu konu ise bütçe ile ilgili olduğundan yine yasama yetkisi kapsamındadır. Dolayısıyla yargıcın bilimsel verilere dayanarak da olsa standart belirlemesi, kuvvetler ayrılığı ve demokrasi ilkelerine bakımından tartışmalıdır.

Ancak kararı sorgulayan bazı yazarlar dahi, iklim değişikliğini önlemenin “aciliyetini” ortaya koyarak bu konuda konsensüsün oluşmasının beklenmesinin, tedbir alınmaması riskini doğurduğunu belirtmektedirler. Zira meclis çoğunluğunu elinde bulunduran hükümetler siyasi olarak kısa vadeli hedeflerle hareket ettiklerinden iklim değişikliği bir öncelik olmayabilmekte, siyasi kaygılar taşımayan yargıçların hukuki koruma sağlamaları gereklilik haline gelmektedir<sup>108</sup>. Kuvvetler ayrılığı ilkesine farklı bir yaklaşım sunan Loth’un değerlendirmesi ise Yüksek Mahkeme’nin kararını kısmen destekler niteliktedir. Loth’a göre, kuvvetler ayrılığının yasama-yürütme-yargı üçlüsü ile sınırlı düşünülmeyp ulus ötesi (*transnational*) düzlemde, bir denge ve fren mekanizması olarak anlaşılması halinde, yargıcın *Urgenda* kararındaki tavrını bizzat kuvvetler ayrılığı

<sup>105</sup> Bu konuda bkz. RAY/ DALY, s. 102 vd.

<sup>106</sup> WEGENER, s. 131, 142. Konunun çevresel anayasacılık bakımından değerlendirilmesi için bkz. RAY/ DALY, s. 102.

<sup>107</sup> LEITJEN, *op. cit.*

<sup>108</sup> BACKES/ VAN DER VEEN, s. 318.

ilkesinin meşrulaştırdığı düşünülebilecektir<sup>109</sup>. Zira bu kararla, diğer kurumların küresel ısınma sorununa hakiki bir çözüm bulan ortak bir politika üretememeleri telafi edilmektedir<sup>110</sup>.

Yasa koyucunun azaltım hedeflerinin yeterliliği, Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilen Anayasa şikayetinde de tartışılmış olup mahkeme, Hollanda yargıcından daha detaylı bir inceleme yapmıştır. Devletin yükümlülüklerinin kapsamını genel olarak küresel bir sorun olan iklim değişikliği ile mücadele konusunda uluslararası ölçekte varlık ve çaba göstermesi<sup>111</sup>, yasalarıyla net sıfır hedefini öngörmesi ve bu hedefe kademeli olarak ulaşmaya yönelik düzenlemeler yapması; ayrıca bu alandaki faaliyetini iklim değişikliğine uyumlanma ile sınırlı tutmaması olarak belirlemiştir<sup>112</sup>.

Kararın can alıcı noktası ise sera gazı azaltım hedeflerinin hukuka uygunluğunun denetiminde zaman boyutunun dikkate alınmasıdır. Devletin yaşam ve vücut bütünlüğünün korunması hakkına ilişkin yükümlülüğü, hem şimdiki kuşakları hem de gelecek kuşakları iklim değişikliğinden kaynaklanan risklere karşı koruma yükümlülüğünü kapsamaktadır<sup>113</sup>. Yasa koyucunun takdir yetkisi ile iklim değişikliğini önleme yükümlülüğü arasında ince bir çizgide hareket eden mahkeme, 2030'a kadarki dönem için belirlenen azaltım hedeflerinin 2050'de net sıfır hedefine ulaşmak için yetersiz kalabilecek olsalar da devletin hareketsiz kalmamış olması, hedeflerin sonradan gözden geçirilebileceği ve çevresel felaketleri önlemek için iklim değişikliğine uyumlanma kapsamında tedbir alınabilecek olması nedeniyle, objektif anayasa hukukunun ihlal edilmediği sonucuna

<sup>109</sup> LOTH Marc A, "The Civil Court as Risk Regulator: The Issue of Its Legitimacy", *European Journal of Risk Regulation*, 9 2018, s. 71.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Mahkeme böylelikle iklim davalarında sıklıkla öne sürülen, iklim değişikliğinin başka devletlerin faaliyetlerinden de kaynaklanması nedeniyle sorumluluğun tek bir devletin sırtına yüklenemeyeceği argümanına devlet için bir yükümlülük alanı oluşturarak cevap vermekte; sorunun küresel niteliğini devleti sorumluluktan kurtarmak değil, bilakis yükümlülüğünü kuvvetlendirmek için öne çıkarmaktadır. SAIGER Anna-Julia, "The Constitution Speaks in the Future Tense: On the Constitutional Complaints Against the Federal Climate Change Act", *VerfBlog*. 29.4.2021. Kararda uluslararası hukuka yer verilmesi ve devletin uluslararası platformdaki rolünün üzerinde durulması, sınırlı da olsa kuşaklar içi adalet kavramına vurgu yapıldığını göstermektedir. MINNEROP, s. 156.

<sup>112</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 154-157; § 197-208.

<sup>113</sup> *Ibid.*, § 146-148. Mahkemeye göre gelecek nesillerin yaşam ve sağlık haklarının korunması ödevi, iklim değişikliği gibi geri dönülemez etkilerin olduğu hallerde evleviyetle mevcuttur. Gelecek nesillerin kendilerini temsil hakları olmadığından burada objektif bir yükümlülük söz konusudur.

varmıştır<sup>114</sup>. Ancak 2030'a kadar %55'lik azaltım hedefinin öngörüldüğü ve 2030 sonrası için azaltım hedeflerinin ve takviminin 2025'ten itibaren kararnameyle belirlendiği sistem, 2050'de net sıfır hedefine ulaşılması gerekliliği düşünüldüğünde, 2030 sonrası için yeterince güvence sağlamamaktadır.

Devletin, iklim değişikliğini önleme yükümlülüğü ve karbon bütçesinin sınırlılığı karşısında, 2030'a kadar izin verilen karbon salımı, 2030 sonrasında daha az salıma izin verilmesine neden olacak; bu durumda yaşam biçimlerine radikal bir müdahale yapılması ve faaliyetlerin kısıtlanması gerekecek, bu da özgürlüklerin sınırlanması sonucunu doğuracaktır<sup>115</sup>. Mahkeme, devletin özgürlük hakkını gelecekte oluşabilecek zararlara karşı koruma yükümlülüğünü, “zamanlararası özgürlük güvenceleri”<sup>116</sup> kavramından yola çıkarak ortaya koyar. Bugün yapılan düzenlemelerin temel hak ve özgürlükler üzerinde gelecekte bırakacakları etkiyi ifade etmek için ise “müdahale benzeri ön etki”<sup>117</sup> kavramını geliştirir<sup>118</sup>. Anayasa, bazı koşullarda temel haklarla güvence altına alınan özgürlük hakkının gelecekte de korunmasını gerektirmekte ve özgürlük fırsatlarının kuşaklar arasında ölçülü bir biçimde bölüşümünü güvence altına almaktadır<sup>119120</sup>. Karbon odaklı yaşam tarzından net sıfır karbon bir

<sup>114</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 115. Alman Anayasa Mahkemesi kararının birçok yerinde Hollanda Yüksek Mahkemesi kararına atıf yapsa da, uyum tedbirlerine ilişkin değerlendirmesi *Urgenda* davasındaki yaklaşımdan farklı olmuştur. Cournil, Hollanda yargıcının proaktif olarak nitelediği yaklaşımda, Hollanda'nın deniz seviyesinin altında olması nedeniyle iklim değişikliğinden daha fazla etkileenecek olmasının rol oynadığı düşüncesindedir. COUNIL Christel, “Les prémisses de révolutions juridiques? Récents contentieux climatiques européens”, RFDA 2021, s. 957.

<sup>115</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 183-184.

<sup>116</sup> Kararda kullanılan kavram “*Intertemporale Freiheitssicherung*”dur. Kararın Fransızca çevirisinde “*garanties intertemporelles de liberté*”, İngilizce çevirisinde ise “*intertemporal guarantees of freedom*” ifadeleri kullanılmaktadır.

<sup>117</sup> Mahkemenin kullandığı kavram “*eingriffsähnliche Vorwirkung*”dur. Bu kavram İngilizceye “*advance interference-like effect*”, Fransızcaya ise “*effet anticipé similaire à celui d'une ingérence*” şeklinde çevrilmiştir.

<sup>118</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 182, 187.

<sup>119</sup> *Ibid.*, § 187.

<sup>120</sup> Kuşaklararası adaletle ilişkin kuramsal değerlendirme için bkz. BROWN WEISS Edith, “Intergenerational Equity in International Law”, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting v81*, 1987, s. 126-133. Brown Weiss, kuşaklararası adaletin ötesinde gelecek kuşakların haklarına vurgu yapmakta olup bu yaklaşımı, gelecek kuşakların belirsizliği nedeniyle eleştirilmiş; gelecek kuşakların haklarından ziyade bugünkü kuşakların yükümlülükleri üzerinde durulması gerektiği öne sürülmüştür. Bkz. ŞAHİN CEYLAN Şule, “Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü: Bireyden Topluma Doğru”, *İstanbul YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

yaşam tarzına geçiş ise teknolojik ve toplumsal değişimi zorunlu kılmakta olup, 2030'a kadar öngörülen azaltım miktarı düşünüldüğünde, bu geçişin temel hak ve özgürlükler ihlal edilmeksizin gerçekleşmesi olanaksızdır<sup>121</sup>. Yani bugün izin verilen sera gazı salım miktarı, gelecek kuşakların özgürlükleri üzerinde<sup>122</sup> ölçüsüz bir yük bırakmaktadır.

Alman Anayasa Mahkemesi müdahale benzeri ön etki kavramını geliştirerek, temel hak ve özgürlüklerin gelecekte kullanımlarına ilişkin olarak yaratıcı ve yenilikçi bir yaklaşım benimsemiştir<sup>123</sup>. Devletin sera gazı azaltım hedeflerinin yeterliliği denetlenirken, alınan tedbirlerin gelecek kuşakların haklarına etkisinin de değerlendiriliyor olmasını, adil geçişin kuşaklararası boyutunun hukuki temellendirilmesi olarak da okumak mümkündür<sup>124</sup>. Ölçülülük ilkesinin, özgürlüklerden yararlanma şansına zaman boyutunu katarak kullanılması sayesinde gelecek kuşakların özgürlükleri de dikkate alınmıştır<sup>125</sup>. Ancak karbon bütçesinin bir nevi “özgürlük bütçesi” olarak düşünülmesi, iklim değişikliğinin neden olduğu eşitsizlikler bakımından yetersiz kaldığı gibi, gelecek kuşaklar üzerinde

---

*Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72(1) 2014, s. 294, dn. 7. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de kararında başvuruların gerçek kişiler olduğunun ve başvuruya doğmamış insanların ya da gelecek nesillerin haklarının konu edilmediğinin altını çizmiş (§ 109), kararını gelecek kuşakların haklarından ziyade devletin gelecek kuşaklara karşı yükümlülükleri üzerinden kurgulamıştır (§ 146-148).

<sup>121</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 243 vd.

<sup>122</sup> Burada mahkemenin Nepal ve Bangladeş'te yaşayan kişilerin anayasa şikayetinde bulunabilecekleri kabul etmekle birlikte, yaptığı değerlendirmede Almanya'da yaşayanların gelecekteki özgürlüklerine müdahale edildiği sonucuna vardığından, Almanya dışında yaşayanlar bakımından bir hak ihlalinin söz konusu olmadığına hükmettiğini de belirtmek gerekir, *Ibid.*, § 132.

<sup>123</sup> MINNEROP, s. 136.

<sup>124</sup> İklim değişikliğiyle mücadele, kapsamlı bir ekolojik değişimi ve hatta dönüşümü gerektirmekte olup ekonomik ve çevresel kaygıların yanında sürdürülebilir kalkınma ilkesinin sosyal ayağının da ihmal edilmemelidir. Nitekim son yıllarda “adil geçiş” (*just transition*) olarak adlandırılan yaklaşım ve buna bağlı davalar da ortaya çıkmaktadır. Kararın bu boyutu ayrıca, iklim hedefleri doğrultusunda olmayan stratejik iklim davalarını anımsatmaktadır. Bunlar, iklim değişikliğiyle mücadele politikalarının temel hak ve özgürlüklere, özellikle de mülkiyet hakkına ve girişim özgürlüğüne müdahale oluşturmasına dayanan iklim uyumsuzluklarıdır. Karar örnekleri için bkz. SETZER/HIGHAM, s. 15.

<sup>125</sup> 2030 sonrasına ilişkin olarak ihlal kararı verilmesinin aslında 2030'a kadarki dönem için öngörülen tedbirlerden kaynaklandığı ve dolayısıyla ilgili düzenlemenin halihazırda hak ihlali oluşturduğunu görüşü için bkz. GAILLET/ GRIMM, s. 166.

bırakılan yükün temelde sera gazı salımı yapmanın kısıtlanması üzerinden kurgulanması, iklim değişikliğiyle mücadelenin özüne uymamaktadır<sup>126</sup>.

Sera gazı salımlarının azaltılması hedeflerinin yeterliliği konusunda tartışılan bir diğer konu, hedefler belirlenirken Paris Anlaşması'nda öngörülen 1,5°C hedefinin esas alınmasının gerekip gerekmediğidir. Bilindiği üzere Paris Anlaşması'nın 2. maddesinde küresel sıcaklık artışını 1990 seviyesine göre 2°C'nin çok altında ve mümkünse 1,5°C'de tutma hedefi; ayrıca devletlerin mümkün olan en iddialı hedefi sunmaları gereği öngörülmektedir. IPCC'nin 2018 raporunda da küresel ısınmayı 1,5°C'de tutmanın nispeten daha güvenli olacağı ortaya konulmuştur.

*Association Oxfam France* davasında Paris İdare Mahkemesi, devletin 1,5°C'yi ya da 2°C'yi hedeflemesinin etki ve sonuçları üzerinde durmaksızın Fransız devletinin Enerji Kanunu ile %40 oranında bir azalma öngörerek zaten AB Hukuku ile kendisi için belirlenen hedefin ötesinde bir hedef öngördüğünü tespit etmekle yetinmiştir. Dolayısıyla küresel ısınmayı 1,5°C ile sınırlamaya yönelik tedbir almamış olmasının ekolojik zarara yol açtığı sonucuna varılamayacaktır<sup>127</sup>. Alman Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesine göre de yasa koyucunun Paris Anlaşması'nın öngördüğü hedefle paralel bir düzenleme yapması takdir yetkisi içinde kalmaktadır<sup>128</sup>. Almanya'da karbon bütçesi 1,75°C hedeflenerek hazırlanmış olup bu hedefin siyasi olarak yeterince iddialı olmadığı öne sürülebilse de, yasa koyucunun Paris Anlaşması'nda öngörülen sınırlar içerisinde kalmış olması, temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucunu doğurmaz<sup>129</sup>. Zira küresel ısınmaya nereye kadar tahammül edilebileceği ve tahammül edilmesi gerektiği, değer yargısı gerektiren normatif bir sorun olup bilimsel veriler doğrudan hukuki yükümlülük doğurmazlar<sup>130</sup>. Alman yargıcı bu sonuca varmakla birlikte, IPCC raporlarında ısınmayı 1,5°C'de tutmanın dahi çevre için olumsuz sonuçlar doğuracağını ifade edilmesi ve Paris Anlaşması uyarınca devletlerin mümkün olan en iddialı hedefi sunmaları gereği karşısında, devletlerin ısınmayı 1,5°C ile sınırlı tutmaya gayret etmeleri gerektiğini de zikretmiştir<sup>131</sup>. Mevcut hedeflerin iklim değişikliğinin insan sağlığı üzerindeki etkisini engellemek için yetersiz kalacağını farkında

<sup>126</sup> MINNEROP, s. 154.

<sup>127</sup> TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 32.

<sup>128</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 211.

<sup>129</sup> *Ibid.*, § 162-163.

<sup>130</sup> *Ibid.*, § 160-162.

<sup>131</sup> *Ibid.*, § 235. Bu saptama, bir kazanım olarak değerlendirilmektedir. Bkz. EKARDT, *op. cit.*



olan mahkeme, iklim değişikliğine uyumlanmaya yönelik tedbirlerin alınması gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>132</sup>.

## 2. Devletin sera gazı azaltım hedeflerini karşılamak için yürütmesi gereken faaliyetler

Devlet, Paris Anlaşması kapsamındaki taahhütlerine uygun davranması ve ulusal hukuk düzenlemeleriyle belirlenen hedefleri karşılaması için, hem usuli hem de maddi yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Paris Anlaşması'nın 13. maddesi ile usuli yükümlülüklerle ilişkin olarak şeffaflık çerçevesi kapsamında detaylı bir raporlama mekanizması oluşturulmuş olup bu yapı ulusal hukuklarda kullanılan araçlara ve yargıcın değerlendirilmelerine de etki edebilmektedir.

*Klimaataak* kararında özen yükümlülüğünün içeriği, örgütlenmeye ve usule ilişkin gerekliliklere dayanılarak oluşturulmuştur. Yargıcın ortaya koyduğu hukuka aykırılıklardan yola çıkarak sera gazı salım verilerinin net bir şekilde oluşturulmasının ve farklı coğrafi alanlarda yetkili idarelerin -dava bakımından federal devlet ve bölgelerin- iklim değişikliğinin yönetimi konusunda iş birliğini sağlamalarının devletin yükümlülükleri kapsamına girdiği sonucuna varılabilecektir<sup>133</sup>. Karardaki tespitler, devletin iklim değişikliğini önleme ödevinin sadece esasa değil, usule ve işbirliği ve eşgüdüm ilkesinin bir sonucu olarak örgütlenmeye ilişkin yükümlülükleri de barındırdığının ortaya konulması bakımından önemlidir<sup>134</sup>.

Maddi hukuka ilişkin olarak ise öncelikle, temel müdahale alanı olan sera gazı azaltımı somut olarak gerçekleştirilmelidir. Buna göre idare yargıcı, mevcut salımlara ilişkin verileri inceleyerek idarenin gerekli tedbirleri alıp almadığını ve yasal düzenlemelerde öngörülen hedeflere ulaşıp ulaşamadığını denetleyecektir. Fransa'da verilen kararlardan yararlanarak bu konuda bazı tespitler yapmak mümkündür. Öncelikle ülkedeki salımların takip edilmesi ve toplanan verilere göre belirli periyotlar için belirlenen tavan karbon salımlarının aşılp aşılmadığının bağımsız ve tarafsız

<sup>132</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 164-165.

<sup>133</sup> Davada bu eksikliklerden kaynaklanan atalet ve karmaşa ile Belçika'nın bu nedenle AB'nin uyarılarına maruz kalıyor olmasının, hukuka aykırılığın göstergesi olduğu sonucuna varılmıştır. Trib. Bruxelles, *Klimaataak*, s. 79.

<sup>134</sup> Ancak *Klimaataak* kararı hukuki ve fiili etkileri bakımından sembolik kalmış olup karar sonrasında hükümet herhangi bir düzenleme girişiminde bulunmamıştır. Belçika'da halen global bir iklim değişikliği politikası oluşturulmamıştır. Bkz. COURNIL Christel, "Les prémisses de révolutions juridiques? Récents contentieux climatiques européens", RFDA 2021, s. 957.

kuruluşlarca değerlendirildiği bir sistem kurulmalıdır<sup>135</sup>. Zira yargıç, hem küresel ısınmanın önlenmesi için alınması gereken tedbirlerin belirlenmesinde, hem de tedbirlerin yeterliliğinin değerlendirilmesinde bilimsel ve teknik görüşlerden ve raporlardan yararlanmaktadır. Bütçe döneminin henüz sonlanmamış olması ya da hedeflerde iyileştirmelerin yapılmış olması da yargısal denetim için engel değildir. Devletin belirlediği hedeflere ulaşmak için oluşturduğu rotaya uymaması ilave sera gazı salımı yaratacağından, sera gazı salımlarının durumu sadece bütçe döneminde değil her bir yıl için değerlendirilmelidir<sup>136</sup>. *Commune de Grande Synthe* kararında yargıcın yukarıda zikredilen yasal düzenlemelerin yanında AB'nin, davanın açıldığı tarihten sonra 2030 yılı için öngörülen azaltım hedefini %40'tan %55'e çıkaran kararına atıf yapması da dikkat çekici olup mevcut hedeflerin değişerek daha iddialı hedeflerin öngörülebilmesi karşısında, idarenin en azından önceki hedefleri karşılayacak şekilde faaliyetlerini düzenlemesi bir gerekliliktir<sup>137</sup>.

Devletin iklim değişikliğinin önlenmesine yönelik faaliyetleri, doğrudan sera gazı salımının azaltılmasına ilişkin tedbirlerle sınırlı değildir. Nitekim Paris İdare Mahkemesinin önüne gelen davada, iklim değişikliği ile mücadelenin sektörel araçları olarak nitelenen enerji verimliliğinin iyileştirilmesi ve nihai brüt enerji tüketiminde yenilenebilir enerji payının artırılması yükümlülüklerine aykırılık iddiası da mevcuttur. Bu alanlarda AB düzenlemeleriyle öngörülen hedefler yanında Fransız hukukunda ayrıca her bir konuda kanun ve kararnameler ile belirli vadelerde hedefler konulmaktadır. Bunların yönlendirici nitelikte mi yoksa uyulması zorunlu hedefler mi oldukları tartışma yaratan ve yargıcın değerlendirmesine ihtiyaç duyulan bir konudur<sup>138</sup>. Yargıç somut davada bu alanlara yönelik hedeflerinin gerçekleştirilmemesi ile ekolojik zarar arasında nedensellik bağı kuramamış olsa da<sup>139</sup> yaptığı değerlendirme karşısında enerji

<sup>135</sup> Bunlar arasında Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Genel Konseyi; Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Konsey ve Yüksek İklim Konseyi görüş ve raporları yer almakta olup bağımsız çalışan bu yapıların değerlendirmelerinde hem alınan tedbirlerin karbon bütçelerinin gereklerini karşılamak için yeterli olmadıkları, hem de Ulusal Düşük Karbon Stratejisi'nin yasada öngörülen hedefleri gerçekleştirmek için yetersiz kaldığı ortaya konulmaktadır. CE, 1.7.2021, *Cne Grande-Synthe*, § 5.

<sup>136</sup> TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 31.

<sup>137</sup> Bakanlığın sera gazı salımlarını düşürmeye yönelik bir yasa tasarısının mecliste görüşüldüğüne ve idari düzenleme hazırlıklarına ilişkin savunması, yürürlükteki tedbirlerin yeterli olmadıklarını doğrular nitelikte görülmüştür. CE, 1.7.2021, *Cne Grande-Synthe*, § 5.

<sup>138</sup> TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 183.

<sup>139</sup> TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 23-28.

verimliliğinin iyileştirilmesinin ve brüt enerji tüketiminde yenilenebilir enerji payının artırılmasının devletin yükümlülükleri kapsamında yer aldığı sonucuna varılabilecektir. Bu yükümlülükler, Paris Anlaşması (madde 5) uyarınca sera gazı yutaklarının ve rezervlerinin korunması ve güçlendirilmesi de eklenmelidir.

İklim değişikliğinin önlenmesine yönelik hedeflere ulaşamamasının sonuçları ise dava konusuna, davacıların taleplerine ve ilgili hukuk düzeninin yargıca tanıdığı olanaklara göre belirlenmektedir.

## **II. İklim Değişikliğini Önleme Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları**

Sistemik iklim davalarında ortak iddia, devletin iklim değişikliğinin önlenmesi amacıyla öngördüğü sera gazı azaltım hedeflerinin ve aldığı tedbirlerin yetersizliği, ortak amaç ise devletin bu konuda harekete geçirilmesidir. İdarenin düzenlemeleri, iklim değişikliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmede yetersiz kaldıkları iddiasıyla iptal davasına konu edilebilmektedir (A). İklim davalarında idarenin sorumluluğu da gündeme gelmektedir ki burada nedensellik bağı ve zarar bakımından yeni yaklaşımların yanı sıra tazminat biçimi de özellikle çevresel zararlar bakımından öne çıkan konulardandır (B). İklim davalarında amaç, idarenin harekete geçmesinin sağlanması olduğundan, işlemin iptali ya da idarenin mevcut zararlardan sorumlu tutulması etkili bir sonuç alma bakımından yetersiz kalacaktır. Nitekim birçok davada idareye yargısal emir verilmesi talebinde bulunmaktadır (C).

### **A. Etkililik bakımından sınırlı bir yaptırım olarak iptal**

İptal davası, iklim değişikliğiyle mücadele hedefiyle uyumlu olmayan proje, izin ve ruhsatların iptali ya da çevresel etki değerlendirme raporlarının veya kararlarının yargısal denetiminin yapılması için geleneksel olarak kullanılan ve davanın konusu bakımından sınırlı da olsa etkili kabul edilen bir araçtır. İdarenin iklim değişikliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin sorgulandığı sistemik iklim davalarında da idarenin denetimi iptal davası aracılığıyla yapılabilmektedir. İptal davasının konusunu, idarenin iklim değişikliğiyle mücadeleye yönelik olarak yaptığı düzenlemeler veya aldığı kararlar şeklindeki olumlu işlemler ya da idareye tedbir almasına yönelik olarak yapılan başvurunun reddi biçimindeki olumsuz işlemler oluşturabilmektedir. Her iki ihtimalde de dava konusu işlemin iklim değişikliğiyle mücadele hedefi karşısında yeterli olup olmadığı tartışılmakta, bu sayede devletin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği ortaya konulmaktadır. Ancak idareye yapılan başvurunun reddi işlemleri dava edildiğinde, bu başvurunun içerik itibarı ile idari yargılama

hukukunda aranan belirlilik koşulunu taşıması da aranır. Nitekim Devlet Konseyi *Commune de Grande-Synthe* kararında “iklim değişikliğini bir öncelik olarak kabul etmeye yönelik her türlü tedbirin alınması” konulu talebin reddi işlemini, ilgili talebin yeterince belirli olmadığı gerekçesiyle denetlememiştir<sup>140</sup>. Buna karşılık, ülkede üretilen sera gazı salım eğrisini indirmeye yönelik her türlü tedbirin alınması talebinin reddi kararı devletin faaliyetinin yetersizliği nedeniyle iptal edilmiştir<sup>141</sup>.

İklim değişikliğinin önlenmesi kapsamında dava konusunu sera gazı salımının azaltılması yükümlülüğüne ilişkin tedbirler oluştursa da yukarıda da belirtildiği üzere devletin bu kapsamda özel yükümlülükleri de vardır. Örneğin yenilenebilir enerjinin enerji tüketimindeki payının artırılması, enerji verimliliğinin artırılması ya da karbon yutaklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin düzenlemelerin, öngörülen yasal hedefleri karşılamamaları nedeniyle iptal edilmeleri mümkündür.

*Commune de Grande-Synthe* kararında iptal hükmü bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer konu, mahkemenin hukuka uygunluk incelemesinde hükmün verildiği tarihi esas almasıdır. İptal davasında kural olarak idari işlemin hukuka uygunluğu, işlemin yapıldığı tarihteki hukuki durum bakımından değerlendirilir. Devlet Konseyi'nin ender olarak başvurduğu bu istisnai uygulamanın<sup>142</sup> amacı, iptal kararının etkililiğini sağlamadır. Dava konusu düzenleme sonrasında değişen hukuki durumun dikkate alınmasını etkili yargılamanın gereği olarak gören mahkeme bu uygulamayı, İdari Usul Yasası'nın yargısal emri düzenleyen L. 911-1'e dayanarak yapmaktadır<sup>143</sup>. Devletlerin ulusal katkılarının sabit olmaması, karbon bütçelerinin belirli dönemler için öngörülmesi ve geçmiş dönemlerdeki verilere göre revize edilmeleri idarenin tedbirlerinin yeterliliğinin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasında hüküm tarihinin esas alınmasına neden olmuştur<sup>144</sup>.

<sup>140</sup> CE, *Cne Grande-Synthe*, § 17.

<sup>141</sup> Bu davalar öncesinde çevreyle ilgili davalarda yargıç, devletin üst hukuk kuralları ile belirlenen yükümlülüklerini yerine getirme amacıyla yaptığı işlemleri denetlerken, yasamanın yerine geçmeme kaygısıyla, sadece bu yükümlülükleri yerine getirmeye açıkça elverişli olmayan ya da bunlara aykırı olan işlemleri iptal etmiştir, TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 154.

<sup>142</sup> Devlet Konseyi bu uygulamayı ilk defa hukuka aykırı bir düzenleyici işlemin iptali talebinin reddi konusunda yapmıştır, CE, ass., 19.7.2019, *Association des Américains accidentels*, n°424216. Değerlendirme ve örnek kararlar için bkz. VAN LANG/ PERRIN/ DEFFAIRI, s. 747.

<sup>143</sup> CE, *Cne Grande-Synthe*, § 8.

<sup>144</sup> HOYNYC, § 7.

İptal davası, idarenin iklim değişikliğiyle mücadeleye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediğinin tespiti ve hukuka aykırı işlemin hukuk düzeninden geçmişe etkili olarak kaldırılması bakımından önemli olsa da, sistemik iklim davalarının sadece iptal talebiyle açılmasına ender olarak rastlanılmaktadır. Bunun nedeni, yargısal emir olmaksızın sadece iptal kararı verilmesinin sınırlı etkisi olabilir. Alınan tedbirlerin yetersizliğini ortaya koyarak işlemi iptal eden bir yargı kararı sonrasında idarenin yeniden işlem tesis etmesi gerekecek; bu süreçte iptal kararının gerekçesinin dikkate alınması gerekse de idarenin yargı yeri tarafından belirli bir yönde işlem yapmaya zorlanmaması halinde iptal kararının fiili etkisi sınırlı olacaktır. Bir çok hukuk düzeninde idarenin hareketsizliği halinde yargıca yargısal emir talebiyle başvurma olanağının öngörülmesi karşısında, sadece iptal talebiyle dava açılması anlamsız kalmaktadır. İdarenin hareketsizliği söz konusu olduğunda, eylemsizliğin idari eylem olarak kabul edilmesi suretiyle idarenin sorumluluğuna gidilmesi de söz konusu olmaktadır.

### **B. İdarenin sorumluluğunda açılımlar**

İdarenin iklim değişikliğinin önlenmesine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucunda bir zarar oluşması halinde bu zararın tazmini gündeme gelebilecektir. İdarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için elbette öncelikle yukarıda açıklanan yükümlülüklerin kapsamı ortaya konularak bunların ihlal edildiği tespit edilmelidir. Ardından sorumluluk koşullarının somut uyumsuzluk bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilir.

İklim değişikliğiyle mücadeleye ilişkin sorumluluk davalarında zaman ve mekân faktörü, sorumluluk hukukunun geleneksel kalıplarını zorlar. Zamansal olarak halihazırda iklim değişikliğine neden olan sera gazları onlarca yıldır salınmaktadır. CO<sub>2</sub>'in atmosferde yüz yıl kalabildiği düşünüldüğünde<sup>145</sup> şu anda salınan sera gazları bugün ve gelecekteki iklim değişikliğine etki edecektir. Ayrıca bazı hallerde zarar, sadece doğrudan küresel ısınmadan değil iklim değişikliğinin de etkisiyle meydana gelen doğa olaylarından da kaynaklanmaktadır. Bunların hangi dönemde salınan sera gazından kaynaklandığının belirlenmesi olanaksızdır. Mekânsal olarak ise, iklim değişikliği küresel bir sorun olduğundan hangi ülkede salınan gazın hangi zarara neden olduğunu tespit etmek olanaksızdır. Bu nedenle nedensellik bağı iklim davalarında tartışma konusu olmaktadır (2). İklim değişikliğinin zamansal boyutu nedeniyle idarenin düzenlemelerinin

<sup>145</sup> TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 31.

eksikliğine, yetersizliğine veya düzenleme yapılmaması nedeniyle eylemsizliğine dayanılarak açılan davalarda başvurucular, somut ve kişiselleşen bir zararın meydana gelmesini beklemek yerine kolektif bir zararın veya ekolojik zararın varlığını ileri sürerek dava açabilmektedirler (1). Zararın tazmini bakımından ise amaç yine devleti harekete geçirmek olduğundan çevresel zararın aynen tazmini önem taşımaktadır (3).

### 1. Zarar

Sorumluluk hukuku teorisi uyarınca idarenin -veya özel kişilerin- sorumluluğuna hükmedilebilmesi için zarar tazmin edilebilir nitelikte olmalıdır. Burada iklim davaları bakımından, diğer çevre davalarıyla benzer şekilde birbiriyle bağlantılı iki engelle karşılaşılmaktadır. Öncelikle sorumluluğa hükmedilebilmesi için davacının mal varlığında veya şahıs varlığında bir zarar meydana gelmesi aranır<sup>146</sup>. Dolayısıyla zararın kolektif niteliği tazminine engel olabilmektedir<sup>147</sup>. Diğer bir sorun ise ekolojik zararın tazminidir. Burada da çevrede meydana gelen bozulma, kişilerin malvarlığı veya şahıs varlığı haklarıyla doğrudan ilişkilendirilemediğinden tazmin edilebilir nitelikte bir zararın meydana gelmediği sonucuna varılabilmektedir<sup>148</sup>. Bazı iklim davalarında, net hatlar henüz belirlenemese de, bu engellerin aşılması yönünde esnemeler görülmektedir. Bunlar, zararın temel hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilmesi nedeniyle kişiselleşmiş bir zararın aranmaması ve ekolojik zararın tazminine yönelik yasal düzenlemeler sayesinde gerçekleşmiştir.

Yukarıda da aktarıldığı üzere *Urgenda* ve *Klimaatzaak* kararlarında yargıç, iklim değişikliğine yönelik tedbir alınmasının özen borcunun gereği olduğunu temellendirirken, devletin AİHS madde 2 ve madde 8’de düzenlenen hakların gerçekleştirilmesi konusundaki pozitif yükümlülüğüne dayanmıştır. *Urgenda* davasında tazminat değil, hukuki temeli aynı olsa da devlete sera gazı salımlarının azaltılması hedefini değiştirmesi konusunda emir verilmesi talep edildiğinden, kararlarda zarar yerine “zarar görme tehlikesi” üzerinde durulmuştur. Nitekim yargıç, davada tazminat talebi olmadığından nedensellik bağının sınırlı rol oynadığını açıkça ifade ederek dava konusu bakımından önlem alınmasını gerektiren gerçek bir riskin varlığının, emir verilmesi için yeterli olduğu sonucuna varmıştır<sup>149</sup>. Kararda nedensellik bağına vurgu yapılmış olsa da, burada aynı zamanda zararın

<sup>146</sup> AGUILA Yann, “Petite typologie des actions climatiques contre l’État”, AJDA 2019, s. 1853.

<sup>147</sup> TORRE-SCHAUB Marta, “Les procès climatiques à l’étranger”, RFDA 2019, s. 660.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Urgenda* 2, § 64.

gelecekte gerçekleşme riski ile gerçekleşen -ve dolayısıyla tazmin edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gereken- zarar arasında da bir ayırım yapıldığını söylemek mümkündür.

Tazminat talebi içeren “Yüzyılın Davası”nın görüldüğü Fransa’da ekolojik zararın tazminine ilişkin açık bir düzenleme vardır. Fransa’da ekolojik zararın tazmini, Çevre Şartı’nda kirleten öder ilkesine yer verilmesine<sup>150</sup>, çevresel zararlara ilişkin AB yönergesinin varlığına<sup>151</sup> ve Yargıtay’ın çok sınırlı da olsa ayrıksı uygulamalarına<sup>152</sup> rağmen, bu konuda Medeni Kanun’a açık bir düzenleme eklenmesi öncesinde mümkün olmamıştır. Medeni Kanun’da 2016 yılında yapılan değişiklikle<sup>153</sup>, ekolojik zarara neden olan kişinin bu zararı tazminle yükümlü olduğu öngörülmüştür.

Kararın özelliği, idare yargıcının bu davada ilk defa kendisinden uzun zamandır beklenen<sup>154</sup> adımı atarak Medeni Kanun’un 1246. maddesini idarenin sorumluluğu alanında uygulanmasıdır. Ekolojik zarardan sorumluluğun idari sorumluluk hukukunda uygulanması ilkesel olarak kabul edildikten sonra Medeni Kanun’un 1247. maddesinde “*ekosistemlerin unsurlarına veya işleyişlerine veya insanın kolektif olarak çevreden sağladığı faydaya göz ardı edilemeyecek bir müdahale*” olarak ifade edilen ekolojik zararın oluştuğu ortaya konulmuştur. Yargıç burada *Urgenda* davasındaki yaklaşımla benzer şekilde IPCC raporlarından<sup>155</sup> ve Fransa

<sup>150</sup> Çevre Şartı madde 4: “Herkes çevreye verdiği zararın giderilmesinde kanunla belirlenen koşullar çerçevesinde katılmak zorundadır.”

<sup>151</sup> Çevresel Zararların Önlenmesi ve Etkilerinin Giderilmesiyle İlgili Çevresel Sorumluluğa İlişkin 2006/21/EC sayılı Yönerge ile değişik 2004/35/EC sayılı Yönerge.

<sup>152</sup> Erika kararı için bkz. Cass. crim., 25.9.2012, *SA Total et al.*, n° 10-82938.

<sup>153</sup> Biyoçeşitliliğin, Doğanın ve Peyzajın Geri Kazanımı hakkında 8 Ağustos 2016 tarihli ve 2016-1087 sayılı kanun.

<sup>154</sup> VAN LANG/ PERRIN/ DEFFAIRI, s. 747; AGUILA, s. 1853.

<sup>155</sup> Yargıcın dayandığı bulgular; endüstri devrimi öncesine göre 1°C’e ulaşan sıcaklık artışının insan kaynaklı sera gazı artışına bağlı olduğu, bu artışın atmosferde ve ekolojik fonksiyonlarda değişikliğe neden olduğu; bunun buzulların ve donmuş toprağın erimesini ve okyanusların ısınmasını hızlandırdığı ve bu durumun sonucu olarak deniz seviyesinin artan şekilde yükseldiğidir. Aşırı iklim olaylarının sıklıklarının ve şiddetlerinin artmasının, okyanusların asitlenmesinin ve ekosistemlerin bozulmasının insan faaliyetleri üzerindeki ciddi ve geri dönülmez etkileri olup bunlar arasında balıkçılık, su ürünleri, su kaynakları sayılmakta; bunların ise gıda güvenesizliği, su kaynaklarının bozulması, insan sağlığı ve ekonomik büyüme bakımından risk yarattığı belirtilmektedir. Mahkeme ayrıca 1,5°C yerine 2°C oranındaki bir sıcaklık artışının bu riskleri özellikle ekosistemler ve en kırılgan gruplar bakımından ciddi biçimde arttıracığına işaret etmiştir. TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 16.

özelinde Ulusal Küresel Isınmanın Etkilerini İzleme Merkezi (*Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique*)<sup>156</sup> raporlarından yararlanarak kanunda aranan nitelikte bir ekolojik zararın gerçekleştiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte aşağıda görüleceği üzere ekolojik zararı iklim değişikliğinin yarattığı etkiden ziyade atmosferdeki değişiklik olarak değerlendiren mahkeme, verdiği hükme de bu yaklaşımı yansıtmıştır.

## 2. Nedensellik bağı

Zarara yol açan fiilin genellikle devletin sera gazı salımlarının azaltılmasına yönelik taahhütlerinin ya da tedbirlerinin yetersizliği olarak belirlendiği sistemik iklim davalarında fiil ile zarar arasında nedensellik bağının kurulması karmaşık bir süreçtir. Sera gazları atmosferi etkileyerek iklim değişikliğine neden olmakta, iklim değişikliği ise ekosistemlerin temel unsurları ve işlevleri üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır<sup>157</sup>. Kişilerin uğradıkları zarar ise ekosistemlerdeki bozulmanın sonucu olup bazı hallerde kuraklık, sel, fırtına, kasırga gibi aşırı doğa olayları da zarara neden olabilmektedir. ekolojik zararlar fiil arasında nedensellik bağının ilk aşamada kurulması, kişilerin uğradığı zararlara göre daha kolaydır. Her şekilde nedensellik bağının varlığından bahsedebilmek için öncelikle devletin faaliyetlerinin ya da hareketsizliğinin iklim değişikliğini olumsuz etkilediği, sonrasında da zararın küresel iklim değişikliğinden kaynaklandığı ortaya konulmalıdır<sup>158</sup>.

Günümüzde küresel ısınmanın insan kaynaklı olduğu ve atmosferdeki sera gazlarının yoğunluğundan kaynaklandığı bilimsel olarak ortaya konulabildiğinden sera gazı salımı ile iklim değişikliği arasında en azından teorik olarak nedensellik bağının kurulması özellikli bir hukuki sorun teşkil etmemektedir<sup>159</sup>. Bununla birlikte idarenin sorumluluğuna ancak uygun nedensellik bağının kurulmasıyla hükmedilebileceğinden, davalı devletin

<sup>156</sup> Fransa'da ortalama sıcaklık artışının özellikle 2003'ten itibaren buzullarda kitlesel erimeyi arttırdığı, kıyı erozyonunun kıyıların dörtte birini etkilediği, su altında kalma riskinin buzullardaki ve kıyılardaki biyoçeşitlilik üzerinde ciddi tehlike oluşturduğu, aşırı sıcaklık, çölleşme, orman yangınları, aşırı yağış, sel ve kasırga gibi uç iklim olaylarının arttığı ve Fransa halkının %62'sinin bu risklere maruz kaldığı; sıcaklık artışının ayrıca ozon kirliliğine ve virüs taşıyan böceklerin yayılmasına neden olduğu ortaya konulmuştur. *Ibid.*

<sup>157</sup> FORT-BESNARD Amélie, Conclusions sous TA Paris, *Associations Oxfam France, Notre Affaire À Tous, la Fondation pour la Nature et l'Homme et Greenpeace France*, s. 18.

<sup>158</sup> TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 184.

<sup>159</sup> Buna karşılık 2007 tarihinde verilen *Massachussets* kararında, sera gazı emisyonları ile küresel ısınma arasındaki nedensellik bağının kurulması özel bir sorun teşkil etmiş, bu konudaki bilimsel belirsizlikler davalı tarafından öne sürülmüştür. *Ibid.*, s. 61-67.



sera gazı azaltımına yönelik yükümlülüklerine aykırı davranışının iklim değişikliğine ne şekilde etki edebileceği tespit edilmelidir.

Yüzyılın Davası'nda Paris İdare Mahkemesi, devletin hukuka aykırı davranışını karbon bütçeleri ile sera gazı salımlarını karşılaştırarak ortaya koymuştur. Davanın açıldığı tarihte tamamlanmış olan 2015-2018 dönemi bütçesinin %3,5 oranında aşıldığını ve davanın açıldığı yıl olan 2019'da ise 2019-2023 bütçesinde belirlenen %1,5 yıllık azalma oranı yerine dava sırasında %0,8'de kaldığını tespit eden mahkeme, devletin bütçedeki hedefleri gerçekleştirmediği sonucuna varır<sup>160</sup>. Burada bir diğer önemli nokta, hedefler periyodik olarak ve zamana yayılarak belirlendiğinden idarenin hedeflerine sonraki dönemlerde, tabiri caizse arayı kapatarak ulaşma ihtimalinin sorumluluğa etkisidir. Mahkeme, devletin belirlediği hedeflere ulaşmak için oluşturduğu rotaya uymamasının ilave sera gazı salımı yaratacağını ve bu gazların mevcut gazlarla birleşerek atmosferdeki yaşam süreleri boyunca, yani yaklaşık yüz yıl atmosferde kalacağını ortaya koyarak bu durumun devletin sorumluluğuna etki etmeyeceğine karar vermiştir<sup>161</sup>.

Mahkeme, yenilenebilir enerji kaynaklarının brüt nihai elektrik tüketimindeki payı ve enerji verimliliğinin artırılması konularındaki yükümlülükler aykırılık iddialarına ise olumlu cevap vermekle birlikte, kamu raportörünü izleyerek<sup>162</sup> bu aykırılıklarla ekolojik zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığına karar vermiştir. Sektörel nitelikli bu politikalar başka politikalar ile ikame edilebileceklerinden, bunlara aykırılığın tek başına zarara neden olduğu sonucuna varmak mümkün değildir<sup>163</sup>.

Nedensellik bağı bakımından bir diğer mesele, sera gazının ağırlıklı olarak özel kişilerin faaliyetleriyle salınmasının ve iklim değişikliğinin başka ülkelerin sera gazı salımlarından da kaynaklanmasının sorumluluğa

<sup>160</sup> TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 30.

<sup>161</sup> *Ibid.*, § 31.

<sup>162</sup> Kamu raportörü, yenilenebilir enerji payına ilişkin hedeflere ulaşamadığını tespit etse de bunların doğrudan sera gazı salımını azaltma hedefinin alt hedefleri olarak nitelenemeyecekleri sonucuna varmıştır. Davada ekolojik zararın tazmini talep edildiğinden, hedeflerden birinin karşılanmaması nihai amaç olan sera gazı azaltım hedefine neden ulaşamadığını açıklayabilse de burada nedensellik bağının doğrudan kurulduğundan söz edilemez. Zira sera gazı azaltım hedefinin diğer tedbirler sayesinde gerçekleştirilmesi mümkündür. FORT-BESNARD, s. 13-14.

<sup>163</sup> TA Paris, 3.2.2021, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 23-28. Bu aykırılıkların sera gazı salımlarına dolaylı olarak etki ettiklerine ilişkin değerlendirme için bkz. Van LANG/PERRIN/DEFFAIRI, s. 479.

etkisidir. Bu olgu, hem geçmişte salınan gazlar, hem de dava konusu tedbirlerin gelecekteki salımlara ilişkin olması nedeniyle önemli olup bunların üçüncü kişi olarak değerlendirilmeleri devletin sorumluluğunu etkileyebilecektir<sup>164</sup>. Ancak bilimsel olarak bugünden sonra salınan her metreküp sera gazının iklim değişikliğine ve küresel ısınmanın yarattığı zarara etki edeceği bilindiğinden, fazladan salınan sera gazı, sera gazı salımını düzenleme yetki ve sorumluluğu olan devlete isnat edilebilecektir<sup>165</sup>. Nitekim Hollanda yargıcı *Urgenda* kararında Hollanda'nın sera gazı salımlarının iklim değişikliğine katkısına odaklanarak, hükûmetin diğer devletlerin ve üçüncü kişilerin faaliyetlerine ilişkin savunmalarını dikkate almamıştır<sup>166</sup>. Bununla birlikte, belki davada tazminat talep edilmemesinin sonucu olarak Hollanda'nın katkı oranına ilişkin bir değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır<sup>167</sup>. Paris İdare Mahkemesi ise idarenin ekolojik zarardan fazladan salınan sera gazı oranında sorumlu olduğuna hükmetmiştir<sup>168</sup>.

### 3. Tazminat ve diğer hukuki koruma araçları

Bu çalışmada incelenen kararlar bakımından *Urgenda* ve *Klimaatzaak* davalarında davacılar haksız fiil hükümlerine dayanmakla birlikte tazminat talep etmemişlerdir. *Urgenda* davasında davacılar, idarenin eylemsizliğinin iklim değişikliğini daha da kötü hale getirmesini engellemek amacıyla yargısal emir verilmesi talebinde bulduklarından bu davalarda sorumluluğun önleyici işlevinin öne çıktığı kabul edilmektedir<sup>169</sup>.

Stratejik bir iklim davası olan Yüzyılın Davası'nda ise davacı çevre dernekleri sembolik bir avro tutarındaki manevi zararlarının ve yine sembolik bir avro tutarında ekolojik zararın tazminini; ekolojik zararın durdurulması ve oluşan zararın aynen tazmini ile bu konularda yargısal emir verilmesini talep etmişlerdir.

<sup>164</sup> VAN LANG/ PERRIN/ DEFFAIRI, s. 479.

<sup>165</sup> TABAU/ CURNIL, s. 683.

<sup>166</sup> *Urgenda 1* kararında mahkeme, ülke sınırlarında egemen konumda olan devletin üçüncü kişilerin -özel kişilerin- sera gazı salımlarını düzenleyebileceğinden hareket ederek ülkedeki sera gazı salımlarının devlete isnat edilebileceği sonucuna varmıştır. Bkz. *Urgenda 1*, § 4.66. Nitekim devletler, uluslararası antlaşmalar kapsamında sera gazı salımını azaltma taahhüdünde bulunmaktadırlar.

<sup>167</sup> *Ibid.* Ayrıca bkz. BACKES/ VAN DER VEEN, s. 310.

<sup>168</sup> TA Paris, 3.2.2021, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 31.

<sup>169</sup> BRIMO, s. 1256. Buna bağlı olarak öğretilde mahkemenin sorumluluk hukukunda hakim olan denkleştirici adalet ilkesini değil, dağıtıcı adalet esasını benimsediği öne sürülmektedir. LOTH, s. 72.

Manevi tazminat talebi konusunda ölçüt, tüzel kişinin tüzüğüyle belirlenen kuruluş amacına ve faaliyet konusuna bir müdahale olup olmadığıdır. Devletin iklim değişikliğiyle mücadele yükümlülüklerinin ihlali, her bir derneğin savunduğu kolektif menfaate müdahale teşkil ettiğinden manevi zararın oluştuğuna karar verilmiş ve birer avroluk tazminat talebi kabul edilmiştir<sup>170</sup>.

Paris İdare Mahkemesi nakden tazmini talebini reddetmiş<sup>171</sup>; ekolojik zararın durdurulması, aynen tazmin ve yargısal emirle ilgili olarak ise karbon bütçesinin aşılmasının neden olduğu zararın karşılanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>172</sup>. Ek tahkikat sonrasında 14 Ekim 2021’de verdiği ikinci kararda ise başbakanın ve ilgili bakanların ekolojik zararı gidermek ve zararın artmasını önlemek için en geç 31 Aralık 2022’ye kadar her türlü tedbiri almaları gerektiğine hükmetmiştir. Hükme göre idarenin ilk karbon bütçesinin aşılma miktarı olan 15 Mt CO<sub>2</sub>eq seviyesindeki sera gazı salımının yarattığı etkiyi telafi etmesi gerekmekte olup zararın giderilmesinde Mesleklerarası Teknik Kirlilik Çalışmaları Merkezi’nin karar sonrasında, 31 Ocak 2022’de yapacağı güncellemeler dikkate alınacaktır<sup>173</sup>.

Paris İdare Mahkemesinin idarenin takdir yetkisine müdahale etmeme kaygısıyla ekolojik zararın tazmin şekline dair soyut bir hüküm kurması öğretide eleştirilmiştir. Bazı yazarlar mahkemenin çevresel zararlardan sorumluluğa ilişkin 2004/35 CE sayılı AB yönergesinde öngörülen ve iç hukuka aktarılan tedbirleri uygulayabileceğini ve gerekirse bilirkişiye başvurarak, örneğin fazla salınan karbonu tutacak miktarda ağaç dikimi yapılması gibi bir giderim şekline pekâlâ hükmedebileceğini savunmaktadırlar<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> TA Paris, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 42-45.

<sup>171</sup> Ret kararının gerekçesi Medeni Kanun’un 1249. maddesi uyarınca ekolojik zararın tazmininde aynen tazminin esas olup bunun hukuken veya fiilen imkânsız olması ya da giderime yönelik tedbirlerin yetersizliği halinde nakdi tazmine hükmedilebilmesi ve bir avroluk talebin zararın ciddiyetiyle bağdaşmamasıdır. *Ibid.*, § 36 ve 37.

<sup>172</sup> 2019-2023 dönemi bütçesinde önceki dönemdeki bütçenin aşılması dikkate alınarak yapılan revizyonu ve 2019 ve 2020 yıllarında karbon salımında düşüş yaşandığını tespit eden mahkeme, fiili durumun devletin gayretlerinden değil Covid-19 salgınının etkilerinden kaynaklandığına dikkat çekmekle birlikte değerlendirmesinde bu düşüşü de dikkate almıştır. TA Paris, 14.10.2021, *Assoc. Oxfam France et al.*, § 6 ve 7.

<sup>173</sup> *Ibid.*, § 10.

<sup>174</sup> VAN LANG/PERRIN/ DEFFAIRI, s. 479.

### C. Çeşitlenen işlevleriyle yargısal emir

Sistemik iklim davalarında devleti özellikle sera gazı azaltımı konusunda yargı yoluyla harekete geçirmek amaçlandığından bu davalar, dava türünden bağımsız olarak yargısal emir talebiyle açılmaktadır. İdarenin yargısal denetiminin etkili bir şekilde gerçekleşmesinin amaçlandığı hukuk düzenlerinde yaygın olarak kabul edilen yargısal emir, yargı kararlarının uygulanmasını sağlamak için başvuru olan bir araçtır<sup>175</sup>. İptal davası bakımından idarenin ne şekilde işlem tesis edeceği belirlenmekte; idarenin sorumluluğuna gidilen davalarda ise hukuka aykırılığın tespit edilmesi ve çevresel zararın giderilmesi veya artmasının engellenmesi amaçlandığından, devletin alacağı önlemleri içeren bir emir verilmek suretiyle, sorumluluğun önleyici fonksiyonu öne çıkarılmaktadır. Yargısal emir, sistemik iklim davalarında kullanıldığı şekliyle özellikle *Urgenda* kararı sonrasında tartışma konusu olmuş, Fransa'da görülen davalar bakımından ise yargısal emrin çeşitlenen işlevleri üzerinde durulmuştur.

Yargısal emrin, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve buna bağlı olarak idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilmemesi gereği karşısında hem kullanılıp kullanılmaması hem de ne şekilde kullanılması gerektiği temel bir tartışma konusudur. Nitekim *Klimaatzaak* kararında mahkeme, kamu otoritelerinin iklim değişikliğini önlemeye yönelik faaliyetlerinin yetersizliğini tespit etmekle birlikte yargısal emir vermekten kaçınmıştır. Kararının gerekçesinde Belçika'nın sera gazı azaltım miktarının ve ritminin siyasi bir sürecin izlenmesi suretiyle belirleneceğini ve Belçika'nın üzerine düşeni yapması için tüm sektörlerin sera gazı azaltımlarına ilişkin sayısal hedeflerin yargı tarafından belirlenemeyeceğini belirterek kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmıştır<sup>176</sup>. Belçika'da federalizmin ayrılma yoluyla kurulmuş olması ve iklim politikalarını belirleme konusunda yetkileri olan federe devletlerin özerkliklerine ilişkin hassasiyetleri, yargıcın yargısal denetiminin sınırları konusundaki yaklaşımını açıklayabilir<sup>177</sup>.

*Urgenda* kararında ise Hollanda devletinin 2020 yılı için öngördüğü %20'lik sera gazı azaltım hedefi yerine %25 oranında azaltım yapması gerektiğini belirterek devlete bu yönde emir verilmiştir. Bu karar, yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere, yargıcın herhangi bir bağlayıcı yasal

<sup>175</sup> YAŞAR Hasan Nuri, *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir*, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 160.

<sup>176</sup> Trib. Bruxelles, *Klimaatzaak*, s. 82.

<sup>177</sup> Belçika hukukunda iklim değişikliğine ilişkin yetki paylaşımı ve kurumsal yapı hakkında bkz. LAVRYSEN Luc, "Belgian Report. Climate Change and Adjudication", EU Forum of Judges for the Environment, 22 and 23 September 2017, s. 1-3.

düzenleme olmaksızın devletin yükümlülüğünün kapsamını belirliyor olması bakımından eleştirilmiştir. Dolayısıyla kararın kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından eleştirilmesinin nedeni, aslında yargıcın emir verme yetkisinin ötesinde, emrinin içeriği olup uygulamayla sınırlı kalmayan ve politika değişikliği sonucunu doğuran bu gibi yargısal emir örnekleri, kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından tartışma yaratmaktadırlar<sup>178</sup>. Hollanda yargıcı ise bu davada, hukuka uygunluk denetiminin, devletin siyasi organlarının faaliyetlerinin bağımsız bir mahkeme tarafından incelenmesini gerektirdiğini ve yargının bireylerin yargısal korunma taleplerine karşılık verme görevini hatırlatarak bu yönde bir talebin görevi kapsamında yer aldığı sonucuna varmıştır<sup>179</sup>. Kuvvetler ayrılığı ise %25 oranında azaltımın sağlanması için alınacak tedbirlerin ne olacağına belirlenmesinde devreye girecek olup bu konu zaten devletin takdirine bırakılmıştır<sup>180</sup>.

Sistemik iklim davaları, Fransa'da aynı zamanda yargısal emrin, yargı kararlarının yerine getirilmesinin ötesine geçen işlevini ortaya koyan davalardır. 1995 değişiklikleriyle getirilen yargısal emir, idari yargı yerlerinin uygulamaları ile, yargı kararlarının uygulanmasını sağlamaya yönelik ikincil bir araçtan, hukukun uygulanmasına yönelik bir yetkiye, iklim davalarından çok daha önce dönüşmüştür<sup>181</sup>. Günümüzde yargısal emrin, idarenin uyması gereken yükümlülüğü somutlaştırmaya hizmet ettiği<sup>182</sup> kabul görmektedir. Ancak iklim davalarından önceki kararlarda yargısal emir, dayanak düzenlemelerde idarenin yükümlülüklerinin daha açık belirlendiği hallerde uygulanmıştır. İklim davalarında ise hem davacıların talepleri hem de dayanılan düzenlemeler yargısal emrin içeriğini

<sup>178</sup> MAY/DALY, s. 155.

<sup>179</sup> *Urgenda 1*, § 4.97 ve 4.98.

<sup>180</sup> *Ibid.*, § 4.101.

<sup>181</sup> PERRIN Alix, "Au-delà du cadre législatif initial : le pouvoir d'injonction en dehors de la loi du 8 février 1995", RFDA 2015, s. 643.

<sup>182</sup> Örneğin 29.6.2001 tarihli *Vassilikiotis* kararında bir düzenleyici işlemin hukuka aykırı hükümlerini iptal eden mahkeme, yeni düzenlemenin AB hukukunun gereklerine uygun şekilde, ilgililerin kişisel durumları dikkate alarak yapılmasına hükmetmiştir. Kararın eksik düzenlemelerde kısmi iptal formülünün kullanılmasına boyutuna ilişkin inceleme için bkz. YALÇIN Enes, *İdare Hukukunda Eksik Kapsamlı Düzenlemelerin Yargısal Denetimi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 35-43. 5.3.2003 tarihli *Titran* kararında ise iptal kararında ise Ceza Kanunu'nun af ve rehabilitasyona ilişkin hükümlerinin uygulanması için yapılacak yeni düzenlemenin hangi konuları içereceği, Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinden yararlanarak sayılmıştır. PERRIN, s. 643.

oluşturma bakımından aynı açıklıkta olmasalar da, mahkemeler yargısal emir vermekten kaçınmamışlardır.

Yargısal emir yetkisinin tam yargı davalarında kullanılması, yargıcın olanaklarını daha da genişletmektedir. Fransız idare yargıcı tam yargı davalarında aynen tazminin talep edilmediği durumlarda dahi idarenin hukuka aykırı davranışına son vermesi yönünde hüküm kurmakta olup bu yetkinin idarenin kanuniliği ilkesine dayandığı kabul edilmektedir<sup>183</sup>. İklim uyuşmazlıkları öncesinde yargısal emir yetkisine atıf yapılmaksızın ve aynen tazminden de bahsedilmeksizin idare yargıcının “tam yargı” yetkisine dayanarak, idarenin hukuka aykırı davranışını sonlandırmaya yönelik emir verebileceği kabul edilmiştir<sup>184</sup>. *Association Oxfam France* kararının özelliği ise idare mahkemesinin yargısal emir yetkisini kullanarak hem idarenin hukuka aykırı davranışına son vermesine, hem de zararın aynen tazminine karar vermesidir<sup>185</sup>.

Devletin iklim değişikliğine ilişkin yükümlülüklerinin yetersizliğinin anayasa yargıcı önüne yargısal emir talebiyle götürüldüğü uyuşmazlıklara da rastlanmaktadır. Fransız Anayasa Konseyi, iklim değişikliğiyle mücadeleyle ilişkin 22 Ağustos 2021 tarihli kanunun denetiminde bu yöndeki başvuruya olumsuz yanıt vermiştir. Karara gerekçe olarak, başvuruda hangi somut düzenlemelerin anayasa aykırılığının iddia edildiğinin belirlenmemiş olmasının yanında, Anayasa Konseyi’nin yasa koyucuya emir veremeyecek olması gösterilmiştir<sup>186</sup>. Fransız hukukuna hakim olan yasa merkezilik ve Anayasa Konseyinin yetkilerinin diğer yargı yerlerinin yetkilerinden farklı oluşu karşısında, bu karar beklenen bir sonuç olarak değerlendirilmektedir<sup>187</sup>. Çok daha geniş yetkileri haiz olan Alman Anayasa Mahkemesi ise yukarıda dayanakları açıklanan kararında, İklim Koruma Yasası’nda 2031 sonrasına ilişkin olarak sera gazı azaltım rotasının belirlenmemiş olmasını ihlal olarak nitelemiş ve yasa koyucunun, kararın gerekçelerini göz önünde bulundurarak en geç 31 Aralık 2022’ye

<sup>183</sup> VAN LANG/ PERRIN/ DEFFAIRI, s. 479.

<sup>184</sup> CE, 27.7.2015, *M. Baey*, n° 367484. Fransız hukukunda “tam yargı”, yargıcın iptalin ötesine geçen yetkisini ifade eder. CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 13. Bası, Montchrestien, Paris 2008, s. 237.

<sup>185</sup> VAN LANG/ PERRIN/ DEFFAIRI, s. 479; TA Paris, 3.2.2021, *Assoc. Oxfam et al.*, § 38.

<sup>186</sup> CC, 13.8.2021, *Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, n° 2021-825 DC.

<sup>187</sup> VERPEAUX Michel, “La lutte contre le dérèglement climatique devant le juge constitutionnel. Les espoirs déçus”, AJDA 2021, s. 2526.

kadar, 2031 sonrası dönemde salım azaltma rotasının belirlenmesine yönelik düzenlemeleri yapmasına hükmetmiştir<sup>188</sup>.

Sonuç olarak sistemik iklim davalarında yargısal emir, yargı kararlarının uygulanmasını güvenceye alma işlevinin ötesine geçecek şekilde kullanılmıştır. Mahkemeler hüküm verirken, dava konusuna göre geçmişe dönük olarak devletin hukuka aykırı davranışının yarattığı çevresel etkileri ortadan kaldırmayı, geleceğe yönelik olarak ise sera gazı azaltımına yönelik tedbirlerin ötelenmemesini güvence altına almaya çalışmışlardır<sup>189</sup>.

### III. İklim Davalarının Geleceği ve Türkiye

İklim davalarında insan haklarının dayanak olarak kullanılması özellikle *Urgenda* davasından beri yaygınlaşmakla birlikte (A), sera gazı azaltım yükümlülüklerinin yasayla öngörülmediği hukuk düzenlerinde yargıcın denetim yetkisinin sınırlandığı da bir gerçektir. Dolayısıyla devletin hakiki bir iklim değişikliğiyle mücadele politikasından varlığından söz edebilmek için sera gazı azaltımına ilişkin kurallar konulmalı ve mevcut düzenlemeler iklim değişikliğiyle mücadele hedefiyle uyumlaştırılmalıdır (B). Yapılacak düzenlemelerin yeterlilikleri ve hukuka uygunlukları ise yargı denetimine tabi olup sistemik iklim davalarında ileri sürülen taleplerin Türk idare hukukunun sınırlarını zorlaması muhtemeldir (C).

#### A. İklim davalarının hak temelli kurgulanması tartışması

İnsan hakları hukukunun sistemik iklim davalarında dayanak haline gelmesi iklim hareketi tarafından ve hukuk yazınında genelde olumlu karşılanırsa da özellikle *Urgenda* davasında aşağıda açıklanacağı üzere, yargıcın aşırı esnek davrandığı yönünde değerlendirmeler de mevcuttur. Karara insan hakları üzerinden yapılan temellendirme yönünden getirilen eleştirileri 2. ve 8. maddenin dayanak olarak kullanılması ve yetersiz gerekçelendirme şeklinde sınıflandırmak mümkündür<sup>190</sup>.

Wegener'e göre AIHM, çevre konusunda insan hakları ihlaline sadece devletin özgül tekil ihlaller veya tehditler konusunda ağır ihmalinin tespit edildiği veya tehlikeli bireysel faaliyetlerle ya da doğrudan öngörülebilir risklerle uygun yöntemlerle mücadele etmediği durumlarda hükmetmekte olup bunun ötesine geçen bir anlayışın hukuki dayanağı zayıf

<sup>188</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, s. 6.

<sup>189</sup> TORRE-SCHAUB Marta, "Le contentieux climatique: du passé vers l'avenir", RFDA 2022, s. 75.

<sup>190</sup> Yargıcın dayandığı standartların belirsizliği ve devletin yükümlülüklerini somut olarak belirlememesi eleştirisi için bkz. BACKES/ VAN DER VEEN, s. 311.

kalmaktadır<sup>191</sup>. Zira iklim değişikliği, somut vakalar haricinde, bireyin temel hak ihlali kapsamında değerlendirilebilmek için fazla karmaşık ve geniş kapsamlı bir konudur<sup>192</sup>. Leitjen ise iklim uyumsuzluklarına hak temelli yaklaşımın mümkün olabileceğini kabul etmekle birlikte<sup>193</sup> yargıcın argümanlarını ikna edici bulmamakta, 2. madde bakımından yaşam hakkına müdahalenin ancak yakın ve somut bir tehdidin varlığı halinde söz konusu olabileceğine; 8. madde bakımından ise mahkemenin bu hakkın ne şekilde ihlal edildiğini belirlemediğine dayanarak kararı eleştirmektedir<sup>194</sup>. *Commune de Grande-Synthe* davasının kamu raportörü Hoynck da, Leitjen'in görüşlerine de atıf yaparak, 2. madde bakımından AİHM'nin aradığı ciddiyette bir riskten söz edilemeyeceğini, aksi takdirde sıfır risk arayışına gidilmesi gerektiğini; 8. madde bakımından ise çevrenin bozulmasının bu maddeyi devreye sokmak için yeterli kabul edilmeyip AİHM'nin kişinin özel alanında olumsuz bir etkinin oluşmasının arandığını ifade ederek hak temelli bir yaklaşımı benimsemeyi reddetmiştir<sup>195</sup>. Norveç, İsviçre ve İrlanda'da açılan bazı davalarda da davacıların başvurularına itibar edilmeyerek insan haklarına müdahale, verilen kararlarda dayanak olarak kullanılmamıştır<sup>196</sup>.

*Urgenda* davasında yargı yerinin, iklim değişikliği gibi AİHM kararlarına yansıyan konulara göre soyut kalan bir konuda insan haklarının ihlal edildiğini tespit ettikten sonra %25 oranında sera gazı azaltımı şeklinde somut bir buyruk vermesinin AİHM'nin yaklaşımının ötesine geçtiği<sup>197</sup> doğru olup kararın gerekçesi bakımından yeterince ikna edici olmadığı da, özellikle de Alman Anayasa Mahkemesinin detaylı muhakemesi sonrasında düşünülebilir. Ancak AİHM kararları ulusal mahkemeler bakımından bağlayıcı ve yol gösterici olsalar da, ulusal yargıç bunları ilgili hakkı ulusal hukukun olanak tanıdığından daha sınırlı bir şekilde koruyacak ve kendi

<sup>191</sup> WEGENER, s. 143.

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> LEITJEN Ingrid, "Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37 (2) 2019, s. 117.

<sup>194</sup> LEITJEN Ingrid, "*The Dutch Climate Case Judgment: Human Rights Potential and Constitutional Unease*", *VerfBlog*, 19.10.2018.

<sup>195</sup> HOYNCK, s. 7-10. Bu yaklaşımı onaylayan De Boulois, iklim davalarında AİHS'nin uygulanması konusunda AİHM önünde görülecek davaların sonucuna göre hareket edilmesi gerektiğini savunarak ulusal yargıcın bu sınırlar içinde kalmasının uygun olduğunu ima etmektedir. Bkz. DE BOULOIS Xavier Dupré, "Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme", *RFDA* 2021, s. 739.

<sup>196</sup> HOYNCK, s. 10.

<sup>197</sup> LEITJEN, *Urgenda*, s. 117.



yetkisini aynı yönde sınırlayacak şekilde kullanmamalıdır. Kaldı ki, iklim davalarının görüldüğü birçok ülkede AİHS'nden farklı olarak çevre hakkı ve/veya devletin çevreyi koruma yükümlülüğü yasal ve hatta çoğunlukla anayasal düzeyde tanınmaktadır<sup>198</sup>. Ancak çevre hakkının yargı yerleri önünde ileri sürülmesi konusunda farklı yaklaşımlar benimsenmekte olup bazı hukuk sistemlerinde bu konuda sınırlandırmalar mevcuttur<sup>199</sup>. Devletin yükümlülüklerinin AİHS ile ilişkilendirilerek ileri sürülmesi bu tür sınırları esnetmeyi sağlamaktadır.

Burada temel mesele, yerel mahkemenin AİHS ile güvence altına alınan hakların koruma alanını dinamik yorum sayesinde genişletirken ve devletin pozitif yükümlülüğünü kabul ederken AİHM'nin çizdiği sınırı benimsemek durumunda olup olmadığıdır. Kanımca yargıcın, AİHM'nin yorum tekniklerinden ilham alarak kendi anayasal sistemindeki çevre hakkını ve devletin çevreyi koruma yükümlülüğünü AİHS madde 2 ve madde 8'e karşılık gelen anayasal haklar ile birlikte değerlendirmek suretiyle devletin pozitif yükümlülüklerini belirlemesi ve nihayetinde önüne gelen uyuşmazlıkta hakkın kapsamını AİHM'nden daha geniş yorumlaması mümkün ve hatta gereklidir<sup>200</sup>.

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen anayasa şikayeti kararında, devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü AİHM'nin çizdiği sınırlarla bağlı kalmaksızın değerlendirmiştir. AİHM'nin devletin yaşam hakkını korumaya ilişkin pozitif yükümlülüğüne ilişkin içtihadına değinen mahkeme, bu kararların Alman Anayasası'ndan daha sıkı bir koruma sağlamadığını ifade ederek, Anayasa'nın 2. maddesiyle güvence altına alınan yaşam hakkının koruma alanının, iklim değişikliğine karşı korunmayı da içerdiği sonucuna varacaktır<sup>201</sup>. Mahkeme ayrıca devletin, çevreyi koruma yükümlülüğünü düzenleyen madde 20a kapsamına iklim değişikliğinin önlenmesi yükümlülüğünün girdiğini de açıkça ifade etmiştir<sup>202</sup>.

Buna göre Türkiye gibi çevre hakkına anayasal hak ve özgürlükler arasında yer veren hukuk sistemlerinde, iklim değişikliğinden korunmanın bir hak olarak düşünülmesi daha rahat temellendirilebilecektir. Ancak burada da çevre hakkının hangi hak kategorisine girdiği; bu hakkın ve devletin çevreye ilişkin yükümlülüklerinin dava edilebilirliği de ayrı bir

<sup>198</sup> Çevre hakkının düzenlendiği anayasa örnekleri için bkz. MAY/ DALY, s. 281-292.

<sup>199</sup> *Ibid.* s. 102 vd.

<sup>200</sup> Aynı yönde bkz. TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Çevre Hakkı, s. 2590.

<sup>201</sup> BVerfG, *Neubauer et al.*, § 147-148.

<sup>202</sup> *Ibid.*, § 118.

tartışma konusu olup özellikle Türk idare yargıcının, çevreye ilişkin birçok davada -hem usul hem de esas bakımından geri gidiş olarak nitelendirilebilecek kararları artış göstermekteyse de-<sup>203</sup> yöntem bakımından hem hak odaklı, hem de hakkı genişletici bir yaklaşımı benimsediği kararları da mevcuttur.

Danıştay'ın ihtiyat ilkesini ve çevre hakkını iptal kararı verirken dayanak olarak kullandığı iki kararını burada zikretmek gerekir. İdari Dava Daireleri Kurulu genetiği değiştirilmiş mısır çeşidinin ithali ve piyasaya sürülmesinde ilişkin Biyogüvenlik Kurulu kararının iptali talebine ilişkin kararda, Türk hukukunda somut uygulamaları olmakla birlikte Çevre Kanunu'nda düzenlenen ilkeler arasında sayılmayan ve dava konusu işlemin dayandığı yasa da açıkça zikredilmeyen ihtiyat ilkesini uyuşmazlığın çözümünde kullanmıştır<sup>204</sup>. Yüksek mahkeme hükmüne dayanak olarak Anayasa'nın 56. maddesinin yanında Rio Deklarasyonu'nu, Biyoçeşitlilik Sözleşmesini ve Cartagena Protokolü'nü gösterirken bu sözleşmenin Biyogüvenlik Kanunu'nun hazırlanmasında esas alındığını ifade etmiş; Türkiye'nin "*taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde, insan sağlığının, çevre sağlığının, biyoçeşitliliğin ve gıda güvenliğinin söz konusu olduğu durumlarda, taraf devletlerin konuya ihtiyatlılık (ön tedbirci) ilkesi çerçevesinde yaklaşımları gerektiği vurgulanmıştır*" şeklinde bir değerlendirme yapmıştır<sup>205</sup>. Danıştay 13. Dairesinin kararında ise ihtiyat ilkesi, sadece Rio Deklarasyonu'na dayanılarak uygulanmıştır<sup>206</sup>. Kararda daha dikkat çekici olan nokta ise Danıştay'ın Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının içeriğini ihtiyat ilkesini içerecek şekilde yorumlamasıdır. Mahkemeye göre, "*Anayasa'da yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı da, geleceğe yönelik bilimsel belirsizliklerin bulunduğu hâllerde gelecek nesillerin yaşam hakkının korunmasına ilişkin gerekli tedbirlerin alınmasını öngören ihtiyat ilkesini içinde barındırmaktadır*"<sup>207</sup>. Bu kararlardaki değerlendirmelerde ihtiyat ilkesi,

<sup>203</sup> Danıştay birçok kararında iptal taleplerin reddederken idarenin takdir yetkisini gerekçe göstermekte ve dava konusu düzenlemelere uygun davranacağını varsayarak değerlendirme yapmaktadır. Örneğin Dan.6D,16.11.2020 E. 2020/1235 K. 2020/10913 (Danıştay Bilgi Bankası).

<sup>204</sup> DİDDK, 19.6.2017, E. 2015/2826 K. 2017/2636 (Lexpera).

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> Dan.13D, 22.5.2015, E. 2011/2352 K. 2015/1943 (Lexpera). Danıştay 13. Dairesi sonraki yıllarda da benzer yönde kararlar vermiş olup bu kararları İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından onanmıştır. Bkz. DİDDK, 27.5.2021, E. 2020/2637, K. 2021/1095 (Danıştay Bilgi Bankası)

<sup>207</sup> *Ibid.*

idarenin çevrenin korunmasına ilişkin yükümlülüklerini genişletecek şekilde kullanılmış olup<sup>208</sup>, ihtiyat ilkesini de kapsayan bir çevre hakkı anlayışı, Anayasa'nın 56. maddesinin iklim davaları bakımından dayanak olarak kullanılması olanağını güçlendirmektedir.

Uluslararası ve bölgesel hukuklarda yaşanan gelişmeler önümüzdeki yıllarda çevre hakkının doğrudan bir insan hakkı olarak kabul edilebileceğini düşündürmektedir. Paris Anlaşması maddelerinde çevre hakkı ve insan haklarına ilişkin bir düzenleme yoksa da Başlangıç bölümünde insan haklarıyla iklim değişikliği arasında bağlantı kurulmaktadır<sup>209</sup>. Böylece çevreye ilişkin bağlayıcı bir uluslararası sözleşmede insan haklarına ilk kez açıkça vurgu yapılmıştır<sup>210</sup>. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, 8 Ekim 2021'de sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamının bir insan hakkı olduğu yönünde karar (*resolution*) almıştır<sup>211</sup>. Çevre hakkının AİHS ve Avrupa Sosyal Şartı'na ek protokol olarak eklenmesi de gündemde olup Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi

<sup>208</sup> OCAK Kasım, *Çevrenin Korunmasına Yönelik Kolluk Faaliyetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara 2019, s. 68.

<sup>209</sup> Başlangıç bölümünün resmi Türkçe çevirisinde, "İklim değişikliğinin insanoğlunun ortak bir endişe konusu olduğunu ve Tarafların, iklim değişikliğinin ele alınması için eyleme geçerken insan hakları, sağlık hakkı, yerli halklar, yerel topluluklar, göçmenler, çocuklar, engelli bireyler ve hassas durumdaki kişilerin hakları ve kalkınma hakkının yanı sıra toplumsal cinsiyet eşitliği, kadınların güçlendirilmesi ve kuşaklar arası adalet konularına yönelik sorumluluklarına saygı göstermeleri, bunları teşvik etmeleri ve dikkate almaları gerektiğini de göz önünde bulundurarak" ifadesi kullanılmaktadır. Cümlelerin başındaki "humankind" (*humanité*) sözcüğünün "insanlık" yerine "insanoğlu" şeklinde çevrilmiş olması, hele ki aynı cümlede toplumsal cinsiyet eşitliğine ve kadınların güçlendirilmesine yapılan vurgu karşısında dikkat çekicidir.

<sup>210</sup> ATAPATTU Sumudu, "The Paris Agreement and human rights: is sustainable development the 'new human right'?", *Journal of Human Rights and the Environment*, 9(1), 2018, s. 73. Buradaki atfın Paris Anlaşması'nın Anayasa md. 90/5 kapsamında değerlendirilmesini sağlayıp sağlamayacağı cevaplanması gereken bir sorudur. Bir yandan anlaşmanın insan haklarıyla ilişkilendirilebilecek maddeleri varsa da insan haklarına açık atfın sadece Başlangıç bölümünde yapılmış olması, anlaşmanın "temel haklara ilişkin bir uluslararası antlaşma" olarak değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır. Ancak Anlaşmanın bir çok maddesi Anayasa md. 56'da düzenlenen çevre hakkının konusuyla ilintilidir, ki bu durum aslında çevreyle ilgili bütün uluslararası antlaşmalar için geçerlidir. Bununla birlikte AYM ve Danıştay, yukarıda da aktarıldığı üzere, çevre alanında md. 90/5 kullandığı (ya da kullandığının tahmin edildiği) kararlarında, çevre hakkını açıkça zikreden uluslararası belgelere atıf yapmaktadır.

<sup>211</sup> CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Résolution 48/3 du 8 octobre 2021, Droit à un environnement propre, sain et durable*, A/HRC/RES/48/3.

29 Eylül 2021’de bu konuda bir Tavsiye kararı almıştır<sup>212</sup>. Son olarak, Portekizli altı gencin Avrupa Konseyi üyesi otuz üç devlete karşı AİHM nezdinde açtığı ilk iklim davasında iç hukuk yollarının tüketilmesini davanın niteliği nedeniyle aramayan mahkeme, davayı devletlere komünike etmiştir<sup>213</sup>. AİHM’ne yapılan ve iklim değişikliğini konu edinen ilişkin başvurular artış göstermektedir<sup>214</sup>.

Bu durumda, devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamı konusundaki tartışmalar saklı kalmak kaydıyla, sistemik iklim davalarında insan haklarına dayanılmasının ilkesel olarak mümkün olduğu sonucuna varılabilecektir. Bununla birlikte iklim değişikliğinin önlenmesine ilişkin düzenlemelerin temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturacağı da düşünüldüğünde, devletin gerçek bir iklim politikasının varlığını teyit edecek normatif yapıyı oluşturması gerekir.

### **B. İklim değişikliğiyle mücadeleye ilişkin düzenleme yapılması gerekliliği**

İklim değişikliği, çevre hakkının yanı sıra Anayasa ile korunan çevresel değerler ve temel hak ve özgürlükler için de tehdit oluşturmaktadır. Aşırı sıcak hava dalgaları ölümlere, küresel ısınma enfeksiyon hastalıklarında artışa neden olmaktadır. Suların yükselmesi nedeniyle kıyıları tehdit altındadır; kuraklık ve seller su kaynaklarını, meraları, tarımı, hayvancılığı, yerleşimleri tehdit etmektedir; iklim değişikliği nedeniyle orman yangınları artmakta, karbon yutağı olan ormanların ve sulak alanların kaybı küresel ısınmayı daha da arttırmaktadır. Dolayısıyla devlet Anayasa’nın kamu yararını yansıtan ülkesel düzenlemeleri<sup>215</sup> ile kendisine yüklenen ödevleri yerine getirilebilmesi için iklim değişikliğini önlemeye yönelik hukuksal çerçeveyi oluşturmalıdır.

BMİDÇS’ne zaten taraf olan Türkiye, Paris Anlaşmasını onaylayarak iklim değişikliğine karşı mücadele konusunda harekete geçme yükümlülüğü altına girmiştir. Anlaşmanın onayına ek olarak sunduğu beyanı ise şöyledir: “*Türkiye Cumhuriyeti, 9 Mayıs 1992 tarihli Birleşmiş Milletler İklim*

<sup>212</sup> Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 29 Eylül 2021, 27. Oturum, Recommendation 2211 (2021).

<sup>213</sup> AİHM, *Cláudia Duarte Agostinho vd. /Portekiz ve diğer 32 Devlet, op. cit.*

<sup>214</sup> AİHM, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz /İsviçre, op. cit.* Ayrıca multipl skleroza bağlı 151 hassasiyeti (Uthoff sendromu) yaşayan bir kişi 25.3.2021 tarihinde Avusturya aleyhine başvuru yapmıştır. Bir diğer başvuru ise Norveç’in Barendts Denizi’nde petrol çıkarmasını konu edinmekte olup mahkeme önüne getirilen ilk iklim-kırım davası olma özelliğini taşımaktadır. Bkz. COUNIL, s. 2021.

<sup>215</sup> KABOĞLU İbrahim/ YANCI ÖZALP Nihan, *Çevre Hakkı*, 4. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul 2021, s. 64.

*Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Paris Anlaşmasında açıkça ve kesin olarak kabul edilen “hakkaniyet, ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar”<sup>216</sup> ve görelî kabiliyetler” temelinde ve Sözleşmenin Taraflar Konferansında kabul edilen 26/CP.7<sup>217</sup>, 1/CP.16, 2/CP.17, 1/CP.18 ve 21/CP.20 sayılı kararlarını hatırlatarak, Paris Anlaşmasını geliştirmekte olan bir ülke olarak ve ulusal katkı beyanları çerçevesinde, Anlaşmanın ve mekanizmalarının ekonomik ve sosyal kalkınma hakkına hâlel getirmemesi kaydıyla uygulayacağını beyan eder”<sup>218</sup>. Beyanda dayanan kararlar Türkiye’nin özel konumunu vurgulamakta olup metinde Türkiye’nin “geliştirmekte olan bir ülke”<sup>219</sup> olduğunun öne çıkarılması ve anlaşmayı ve mekanizmalarını “ekonomik ve sosyal kalkınma hedeflerine hâlel getirmemesi kaydıyla”<sup>220</sup> uygulayacağını belirtmesi, iklim değişikliğiyle mücadelenin Türkiye için öncelik teşkil etmediğini göstermektedir. Türkiye ulusal katkısını, referans senaryoya (*business as usual*) göre sera gazı emisyonlarında 2030 yılında %21 oranına kadar azaltım olarak*

<sup>216</sup> Türkiye’nin ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluk ilkesini öne sürerek elde etmek istediği kazanımlar şunlardır: Küresel ısınmaya neden olan insan kaynaklı salımlardan tarihsel olarak sorumlu olan sanayileşmiş ülkelerden biri olmadığı kabul edilmesi ve Ek-I listesinden çıkarılması; birçok uluslararası örgüt nezdinde ve Montreal Protokolü kapsamında geliştirmekte olan ülke sayıldığından BMİDÇS ve Paris Anlaşması kapsamında da geliştirmekte olan bir ülke olarak kabul edilmesi; kalkınma ihtiyacının ve iklim değişikliğiyle mücadelesinin sözleşme kapsamındaki fon ve mali desteklerden yararlanmasına bağlı olduğunun tanınması ve uluslararası finans kaynaklarına erişiminin artırılması. Bkz. İNELİ CİĞER, s. 161.

<sup>217</sup> Bu kararda Türkiye’nin, talebi üzerine Ek-II listesinden silinmesine karar verilmiş ve Ek-I listesinden silinme talebi kabul görmese de özel şartlarının dikkate alınması yönünde bir davete yer verilmiştir. Bkz. Decision 26/CP.7: Amendment to the list in Annex II to the Convention (8th Plenary Meeting, 9 Nov. 2001). 2021’de bu yöndeki talebini yineleyen Türkiye halen Ek-I listesinde yer almaktadır. *Ibid.*, s. 158.

<sup>218</sup> 4618 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, RG 7.10.2021- S. 31621 (mükerrer).

<sup>219</sup> Türkiye geliştirmekte olan bir ülke olarak kabul edilmeyi sera gazı azaltımı ve özellikle iklim finansmanı sağlama yükümlülüğü altına girmek için istememektedir, İNELİ CİĞER, s. 161.

<sup>220</sup> Burada kullanılan “ekonomik ve sosyal gelişmeye engel olmamak koşuluyla” ifadesi, Çevre Kanunu’nun çıkarıldığı yıllarda benimsenen ve bugün de etkisini sürdürdüğü görülen sürdürülebilir kalkınma anlayışını hatırlatmaktadır. Türk hukukunda sürdürülebilir kalkınmanın algılanışına ilişkin değerlendirme için bkz. TURGUT Nükhet, *Çevre Politikası ve Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2012, s. 104-107.

belirlemiştir<sup>221</sup>. Eylül 2021’de 2053 için net sıfır hedefinin ilan edilmesi<sup>222</sup> ile harekete geçme gereği doğmuştur.

Paris Anlaşması’nın onaylanmasının hemen ardından mevzuatta örgütlenmeye yönelik bazı değişiklikler yapılmıştır. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın adı “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı” olarak değiştirilmiş, İklim Değişikliği ve Uyum Koordinasyon Kurulu oluşturulmuştur<sup>223</sup>. Ayrıca çeşitli bakanlıkların hizmet birimlerine sera gazı emisyonlarına ilişkin politika oluşturma süreçlerine katılmaya, veri oluşturmaya<sup>224</sup> ve iklim değişikliğine uyuma<sup>225</sup> yönelik görevler verilmiştir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na bağlı olarak kurulan İklim Değişikliği Başkanlığı’na ilişkin düzenlemelerde ise sera gazı salımı azaltımı ile BMİDÇS ve Paris Anlaşması’nda düzenlenen konularla ilgili kapsamlı ve detaylı görevler öngörülmeyle birlikte, Türkiye’nin sera gazı salımlarının azaltılması konusunda sayısallaştırılmış ve belirli bir takvime bağlanmış hedeflerine ve bu hedefleri gerçekleştirmek için kullanılacak araçlara yönelik düzenlemeler henüz oluşturulmamıştır. İklim Değişikliği Başkanlığına verilen görevler ise bu düzenlemelere ilişkin hazırlık çalışmalarına ve Paris Anlaşması’nın hayata geçirilmesi için gerekli olan usuli yükümlülüklerle dair altyapının oluşturulmasına karşılık gelmektedir<sup>226</sup>.

221

[https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Turkey%20First/The\\_INDC\\_of\\_TURKEY\\_v.15.19.30.p](https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Turkey%20First/The_INDC_of_TURKEY_v.15.19.30.p)

<sup>222</sup> ŞAHİN Ümit (ed.), *Türkiye’nin Karbonsuzlaşma Yol Haritası: 2050’de Net Sıfır*, İstanbul Politikalar Merkezi, 2022, s. 12.

<sup>223</sup> 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 97. maddesinde bakanlığın görevleri arasında iklim değişikliğine ilişkin görevlere yer verilmektedir. Bkz. md. 97/b, md. 97/l ve md. 97/s.

<sup>224</sup> Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı hizmet birimleri arasında yer alan Enerji Verimliliği ve Çevre Daire Başkanlığı’nın, enerji verimliliği haricinde de iklim değişikliğiyle bağlantılı görevleri de mevcuttur. Bkz. 1 sayılı CBK, md. 174. Enerji sektöründeki sera gazı salımlarına ilişkin verilerin oluşturulması konusundaki esaslar ise Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı İstatistik Sistemi Veri Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir, RG 04.04.2014- S. 28962. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı’nın hizmet birimlerinden Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün görev ve yetkileri arasında uluslararası platformda iklim değişikliğiyle ilgili çalışmalara katılmaya ve bunların sonuçlarını paylaşmaya yer verilmektedir, 1 sayılı CBK md 486.

<sup>225</sup> Örneğin Tarım ve Su İşleri Bakanlığı’nın hizmet birimlerinden Tarım Reformu Genel Müdürlüğü (1 sayılı CBK md. 417) ve Su Yönetimi Genel Müdürlüğü (1 Sayılı CBK md. 421).

<sup>226</sup> Bkz. 4 sayılı CBK, md. 792/B.

İklim değişikliği yasal düzeyde Çevre Kanunu'nun ekonomik araçlara ve teşviklere ilişkin 3/h hükmünde zikredilmektedir. Bu düzenlemede iklim değişikliğiyle mücadele için uyulması gereken standartlar ile yenilenebilir enerji kaynaklarının ve temiz teknolojilerin teşviki ve sera gazı emisyonlarının takibine yönelik piyasaya dayalı mekanizmalardan söz edilmektedir. İklim değişikliği ifadesine ayrıca Enerji Verimliliği Kanunu'nda rastlanmaktadır. Enerji verimliliğinin iklim değişikliğiyle mücadeleye katkısı aşikar olsa da ilgili düzenlemede, eğitim ve öğretim kuruluşlarında kişileri iklim değişikliği konusunda bilinçlendirmeye yönelik eğitim verilmesinin öngörülmesiyle sınırlı kalmıştır<sup>227</sup>. İklim değişikliğinin önlenmesinin temel aracı olan sera gazı salımı azaltımına ise Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Enerji Üretimi İçin Kullanılması Hakkında Kanun'da, kanunun amaçları arasında yer verilmektedir<sup>228</sup>. Çevre Kanunu'nda ayrıca sera gazı salım takibine ilişkin yasaklara veya sınırlamalara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmektedir (madde 21/çç).

Yönetmelik düzeyinde öngörülen usul, araç ve tedbirler ise iklim değişikliğini önlemeye ilişkin belirli bir hedef öngören politikaların yasal temele kavuşturulmamasına bağlı olarak sera gazı emisyonlarının izlenmesi<sup>229</sup>, enerji verimliliği<sup>230</sup> ve iklim değişikliğiyle uyum temelinde şekillenmektedir<sup>231</sup>. Doğrudan sera gazı salımlarının azaltılmasına yönelik kurallara ise azaltımın konusu bakımından florlu sera gazlarına ilişkin düzenlemede<sup>232</sup>, sektör olarak ise ulaşım alanında<sup>233</sup> rastlanmakta olup bu

<sup>227</sup> Enerji Verimliliği Kanunu madde 6, RG 02.05.2007- S. 26510.

<sup>228</sup> RG 18.05.2005- S. 25819.

<sup>229</sup> ÇED raporu kapsamında, sera gazı emisyon miktarına ve emisyonların azaltılması için alınacak önlemlere yer verilmelidir. Bkz. Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği EK-3, RG25.11.2014- S. 29186. Ayrıca bazı faaliyetlerin niteliklerine ve işletme kapasitelerine bağlı olarak sera gazı salımları takip edilmektedir. Bkz. Sera Gazı Emisyonlarının Takibi Hakkında Yönetmelik, RG 17.05.2014- S. 29003.

<sup>230</sup> Örneğin Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği, RG 05.12.2008- S.27075.

<sup>231</sup> Örneğin İçme ve Kullanma Suyu Temini ve Dağıtım Sistemleri Hakkında Yönetmelik uyarınca planlama sürecinde içme suyu sistem elemanlarının tasarımında dikkate alınacak unsurlar arasında iklim değişikliğinin muhtemel etkilerine yer verilmektedir (madde 9/2), RG 12.10.2017- S. 30208. Ayrıca bkz. Havza Yönetim Planlarının Hazırlanması, Uygulanması ve Takibi Yönetmeliği, RG 17.10.2012- S. 28444; Orman Genel Müdürlüğü Ormancılık Araştırma Enstitüsü Müdürlüklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik, RG 17.08.2012- S. 28387.

<sup>232</sup> Florlu Sera Gazlarına İlişkin Yönetmelik, RG 4.1.2018- S. 30291.

<sup>233</sup> Ulaşımında Enerji Verimliliğinin Artırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 02.05.2019- S. 30762. Motorlu taşıtlara ilişkin düzenlemeler için bkz.

düzenlemelerde dayanak olarak BMİDÇS ve Kyoto Protokolü gösterilmektedir.

Görüldüğü üzere Türkiye’de normatif yapı, iklim değişikliğiyle etkili mücadelenin gereklerini henüz karşılamamaktadır. Devlet, Anayasa ile güvence altına alınan çevre hakkı, bu hakla ilişkilendirilebilecek diğer temel hak ve özgürlükleri koruması ve Anayasa ile belirlenen çevresel değerlere ve varlıklara ilişkin görevlerinin ve uluslararası taahhütlerinin gereklerini yerine getirmek için iklim değişikliği ile mücadeleye ilişkin hedefleri ve araçları hukuki düzenlemelerle belirlemelidir. Burada uluslararası taahhütle de sınırlı kalınmamalıdır. Zira Türkiye’nin katkı beyanında 2030 yılı için belirlediği referans senaryosunun gerçekçi olmadığı bir çok araştırmada ortaya konulmuş olup bazı çalışmalarda gerçek katkısının artıştan %7 azalmaya karşılık geldiği hesaplanmıştır<sup>234</sup>. Dolayısıyla, özellikle 2053 için net sıfır hedefinin öngörülmesi sonrasında ciddi adımlar atılmalı ve bütüncül bir politika geliştirilmelidir. Henüz tutarlı bir iklim politikası oluşturmamış olan Türkiye, IPCC verilerine göre iklim politikaları alanında 61 ülke içinde 58. sırada yer almaktadır<sup>235</sup>. Bu yöndeki politikanın hukuki çerçevesi ise hem çevre hakkının gereği olarak, hem de iklim değişikliğiyle mücadelenin özgürlükleri sınırlayıcı etkisi nedeniyle yasayla çizilmelidir.

İklim değişikliğiyle mücadele ilişkin normatif bir yapı oluşturulması, uluslararası ticaret ilişkilerinden ve fiili gereklerden de doğmaktadır. Avrupa Birliği’nin Avrupa Yeşil Mutabakatı kapsamında ele aldığı konulardan biri olan karbon kaçağının<sup>236</sup> önlenmesi konusunda AB

---

Motorlu Araçlarda İklimlendirme Sistemlerinden Çıkan Emisyonlarla İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (2006/40/AT), RG 27.04.2009- S. 27212; Hafif Yolcu ve Ticari Araçlardan Çıkan Emisyonlar (Euro 5 ve Euro 6) Bakımından Motorlu Araçların Tip Onayına İlişkin Yönetmelik ((AT) 715/2007), RG 21.04.2009- S. 27207; İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların ve Dört Tekerlekli Motosikletlerin Tip Onayı ve Piyasa Gözetimi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik (AB/168/2013), RG 22.08.2015- S. 29453.

<sup>234</sup> ŞAHİN Ümit, “Türkiye’nin İklim Hedefi Ne Olmalı? (2) – Resmi INDC’nin Değerlendirilmesi”, Yeşil Gazete, 19.10.2015. Bu değerlendirmelerde 2015’e ilişkin veriler esas alınmış olup Covid-19 salgını ve ekonomik krizin ekonomik büyümeye etkisinin de araştırılması ve durumun hiçbir şey yapmama (*business as usual*) ile karşılaştırılmalıdır.

<sup>235</sup> TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Yeşil Mutabakat, s. 351.

<sup>236</sup> Karbon kaçağı, enerji-yoğun ve ticarete açıklığın yüksek olduğu sektörlerde veya ürün gruplarında üretimin karbon düzenlenmesi olmayan ya da düzenlemelerin daha gevşek olduğu ülkelere kaymasını ifade etmekte olup bu durum salımların (AB ülkelerinde azalsa da) küresel ölçekte artmasına ve karbon fiyatlama sisteminin işlevsiz hale gelmesine neden olmaktadır. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. AŞICI Ahmet Atıl, *Avrupa Birliği’nin Sınırdaki Karbon Uyarlaması Mekanizması ve Türkiye Ekonomisi*, IPM- Mercator Politika Notu, Ocak 2021, s. 4.



bünyesinde mevcut düzenlemelerin güncellenmesi çalışmaları yapılmakta olup sınırda karbon düzenlemesi mekanizmasının AB pazarında Türkiye ihracatçısına yılda 1,1-1,8 milyar avro yük getireceği hesaplanmıştır<sup>237</sup>. Türkiye'nin Dünya Bankası ile imzaladığı hibe anlaşması kapsamında yürütülen Karbon Piyasasına Hazırlık Ortaklığı projesi sonrasında karbon salımlarının izlenmesine ilişkin çalışmalar yapılmış olup<sup>238</sup>, mevcut gönüllü karbon ticaretinin yanında genel bir ETS kurulmasına ilişkin hazırlıklar devam etmektedir<sup>239</sup>. 2022 yılının Şubat ayında düzenlenen İklim Şurası'nda da ele alındığı üzere İklim Kanunu çıkarılması ve Türkiye'nin uzun vadeli iklim politikasının oluşturulması yönünde çalışmalar yapılmaktadır<sup>240</sup>.

İklim Kanunu ile sera gazı azaltım hedeflerinin belirlenip yürürlüğe konulması gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Zira *Association Oxfam France* kararında da görüldüğü üzere, iklim değişikliğiyle mücadelede sektörel olarak adlandırılan faaliyet alanları da önem taşır. Buna bağlı olarak enerji tüketiminde yenilenebilir enerji payının artırılmalı ve enerji verimliliği desteklenmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de “*Kömür, doğalgaz ve fuel-oil gibi fosil yakıtlarının kullanımı sonucu dünya yüzeyinin ortalama sıcaklığında meydana gelen artışa bağlı olarak uzun vadede iklim değişiklikleri, buzulların erimesi, mevsimlerin kayması ve tarım alanlarının verimsizleşmesi gibi sorunlara yol açabilecek nitelikteki sera gazı salınımının düşürülmesi amacıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına öncelik verilmesinin, doğanın korunması bakımından taşıdığı önem açıktır*”<sup>241</sup>. Bunun yanında Anayasa madde 63, 168 ve 169'un da gereği olarak özellikle sulak alanlar ve ormanlar gibi yutak alanlarının korunmasına yönelik politikalar ve kurallar gözden geçirilmeli, bu alanların koruma rejimlerini zayıflatan yasal ve idari düzenlemeler değiştirilmelidir<sup>242</sup>. Çevre Kanunu'nun 3. maddesinde yer verilen ilkeler uyarınca mevzuat bütüncül bir yaklaşımla gözden geçirilmeli, karbon

<sup>237</sup> *Ibid.* s. 13.

<sup>238</sup> Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Karbon Piyasasına Hazırlık Ortaklığı (PMR), <https://iklim.csb.gov.tr/karbon-piyasasina-hazirlik-ortakligi-pmr-i-4403> (erişim tarihi: 21 Şubat 2022).

<sup>239</sup> Türkiye'de emsion ticaret sistemi kurulmasının ve karbon vergisi uygulanmasının gerekliliği ve bunun yaratacağı sosyal sonuçların değerlendirilmesi konusunda bkz. TÜRKOĞLU Üstün, Yeşil Mutabakat, s. 355-356.

<sup>240</sup> <https://iklimsurasi.gov.tr/sayfa/s%C3%BBranin-amaci-ve-hedefleri> (Erişim tarihi: 30.4.2022)

<sup>241</sup> AYM, 5.7.2012, E. 2011/27, K. 2012/101, RG 6.10.2012- S. 28433.

<sup>242</sup> Bkz. YURTCANLI DUYMAZ, s. 520.

salımının azaltılmasına ilişkin hedeflerle ve olası sektörel hedeflerle uyumsuz<sup>243</sup> ve çelişkili<sup>244</sup> düzenlemeler kaldırılmalı veya değiştirilmelidir<sup>245</sup>.

### **C. Davanın konusuna ilişkin sınırlar ve yargıcın yetkilerinin belirleyiciliği**

Devletin, yasal düzenleme sonrasında alacağı tedbirlerin ve yürüttüğü faaliyetlerin, küresel ısınmayı sınırlama ve özellikle karbon salımını azaltma hedeflerine uygunluğu, idari yargı yerleri tarafından yargısal denetime tabi tutulabilir (2). Hatta, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerinden ve konunun yasayla düzenlenmiş olmasından bağımsız olarak, özellikle iklim değişikliğinin sonuçlarını engelleme konusunda, iklim değişikliğinin varlığı ve nedenleri bilindiğinden, idarenin kolluk faaliyeti kapsamında harekete geçme yükümlülüğü mevcuttur. Yine de bir iklim yasası çıkarılması ihtimalinde, idarenin faaliyetlerinin bu yasa kapsamında sınırlı kalması gerekeceğinden, müstakbel yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı ihtimalinde nasıl bir yargısal denetim yapılabileceği öncelikli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır (1).

<sup>243</sup> Bu tür tedbirlere örnek olarak sera gazı salımının azaltılması için fosil enerji kaynaklarından enerji üretimine yönelik yeni projelerin yasaklanması verilebilir. TORRE-SCHAUB, *Dynamiques*, s. 127.

<sup>244</sup> Örneğin yenilenebilir enerji üretim tesislerinin geliştirilmesi iklim değişikliğiyle mücadele için elzemse de, bunların karbon yutakları olan ormanlarda ve korunan alanlarda kurulması, hatta buralarda yenilenebilir enerji kaynak alanları (YEKA) oluşturulması, gözden geçirilmesi gereken konulardandır. Bkz. Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun madde 8/6, RG 18.5.2005- S. 25819. Aralarında zeytinliklerin ve ormanların bulunduğu bazı alanlar YEKA olarak ilan edilmiş olup (RG 21.3.2021- S. 31430) bunlar arasında 2021 yazında yanan zeytinlikler ve orman alanları da yer almaktadır. Bu konudaki yazılı soru önermeleri için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/7/7-55029s.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/7/7-55228s.pdf>.

<sup>245</sup> Bunun için örneğin ÇED kapsamı dışında bırakılan projelerde ve ayrıca Ek-II kapsamındaki projelerin seçme eleme süreçlerinde uygulanan ölçütlerde değişikliğe gidilmelidir. Bu konuya dikkat çeken güncel bir araştırma için bkz. ÖZKAYA ÖZLÜER Ilgın, "Paris Anlaşması Sonrasında "ÇED Kapsam Dışı Değerlendirme" Kararları ve Çevresel Kolluk Faaliyetlerinin İklim Hukuku Açısından Niteliği", AÜHFD, 71(1) 2022, s. 515-542. ÇED kapsamı dışında tutulan projelerin boyutu durumun ciddiyetini ortaya koymaktadır. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının 2022 yılında yayımladığı istatistiklere göre 1993-2021 yılları arasında 69158 proje hakkında "ÇED gereklidir", 1221 proje hakkında "ÇED gerekli değildir" kararı verilmiş olup "ÇED gereklidir" kararları seçme elemeye tabi projelerin %1,79'una karşılık gelmektedir. Bkz. [https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/menu/ced\\_karar\\_1993-2021\\_20220217110839.pdf](https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/menu/ced_karar_1993-2021_20220217110839.pdf) (erişim tarihi: 12.3.2022).

## 1. Yasal Düzenlemenin Yetersizliği İddiasının Anayasa Mahkemesince İncelenmesi

İklim değişikliğinin önlenmesine ve sera gazı salımlarının azaltılmasına yönelik kuralların bir yasayla düzenlenmesi ihtimalinde, bu yasada öngörülen hedeflerin Türkiye'nin Paris Anlaşması kapsamındaki taahhütleri ile sınırlı tutulması yüksek ihtimaldir. Hatırlatmak gerekirse Türkiye, 2030 yılı için referans senaryoya göre artıştan %21'lik bir azaltma yapacağını beyan etmiş, 2053 için ise sıfır emisyonu hedeflediğini açıklamıştır. Tarihsel olarak karbon salımı sorumluluğu olan ülkeler arasında yer almayan Türkiye, özel statüsü kabul edilmekle birlikte halen BMİDÇS'nde Ek-I ülkeleri arasındadır. Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre 1990 sonrasında -ki yukarıda incelenen AB ülkelerinin salım azaltım oranları belirlenirken esas alınan tarih budur- sera gazı salımlarında %140 oranında bir artış olan<sup>246</sup> Türkiye, IPCC'nin 2021 raporuna göre en fazla sera gazı üreten ülkeler arasında 16. sırada yer almaktadır<sup>247</sup>. İklim değişikliği senaryolarında ortalama sıcaklık artışı 2,5 ile 4°C olarak hesaplanmakta, 2021-2050 yılları arasında deniz suyu sıcaklık seviyesinin 6 ile 11°C yükseleceği tahmin edilmekte olup küresel iklim değişikliğinin yol açtığı kuraklık ve sel gibi doğa olayları nedeniyle gıda ve su güvencesi ve güvenliği, doğal varlıklar ve biyolojik çeşitlilik tehdit altındadır<sup>248</sup>. Bu verilere göre Türkiye'nin öngördüğü azaltım hedefinin iklim değişikliğini sınırlama bakımından yetersizliği ortadadır<sup>249</sup>.

Ulusal katkı beyanı esas alınarak hazırlanan ve küresel ısınmanın önlenmesi bakımından yetersiz kalan düzenlemeler içeren bir yasanın AYM önüne norm denetimi yoluyla götürülmesi ihtimal dahilindedir. Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesi kararında yapılan değerlendirmeler ve mahkemenin yaklaşımı esin kaynağı olma potansiyeline sahiptir. Yukarıda da aktarıldığı üzere Alman Anayasa Mahkemesi verdiği kararlar, Anayasa'nın iklim değişikliğine karşı temel bir koruma sağladığını, devletin çevreyi koruma yükümlülüğünün iklim değişikliğine karşı korumayı da kapsadığını ve yakın ve orta vadede öngörülen hedeflerin yetersizlikleri nedeniyle gelecekte karbon bütçesinde oluşacak daralmanın, müdahale benzeri ön etki yaratacağına karar vermiştir. Türkiye de, henüz bir beyan

<sup>246</sup> Enerji sektörü emisyonları 2020 yılında, 1990 yılına göre %163,3, endüstriyel işlemler ve ürün kullanımı emisyonları ise 1990 yılına göre %190,5 artmıştır. TÜİK, *Sera Gazı Emisyon İstatistikleri 1990-2020 Haber Bülteni*, 30 Mart 2022.

<sup>247</sup> TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Yeşil Mutabakat, s. 351.

<sup>248</sup> YURTCANLI DUYMAZ, s. 520.

<sup>249</sup> TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Yeşil Mutabakat, s. 354.

veya taahhüt haline dönüşmemiş olsa da 2053 için net sıfır hedefini açıklamıştır. 2030'a kadar öngörülen hedeflerin sınırlılığı ve Paris Anlaşması'nın 4. maddesinin gereği olan net sıfır hedefine ulaşmak için 2030'dan sonra çok ciddi tedbirler alınmasının gerekmesinin aslında Almanya'yla benzer bir duruma işaret edeceği düşünülebilir. Ayrıca, Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda çevre hakkı, ekonomik ve sosyal haklar kapsamında yer alsa da, bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiştir. Anayasa'da çevresel varlıkların korunmasına yönelik birçok hüküm mevcut olup iklim değişikliğinin bunlar üzerindeki olumsuz etkilerine ve devletin bunları koruma ve geliştirme ödevine dayanılarak bir denetim yapılması da mümkündür. Anayasa Mahkemesi, “*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı[nın]; getirilecek kuralın ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneceği gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan*” olmadığını vurgulamakta<sup>250</sup>; çevre hakkına ilişkin bazı kararlarında uluslararası sözleşmeleri ve esnek hukuk belgelerini dayanak olarak kullanabilmektedir<sup>251</sup>.

Bununla birlikte, olası bir başvuruda, iklim değişikliğiyle mücadeleye ilişkin yasada öngörülen hedeflerin ve araçların, devletin temel hak ve

<sup>250</sup> AYM, 24.5.2012, E. 2011/110, K. 2012/79, RG 21.7.2012- S. 28360.

<sup>251</sup> Mahkeme, Türk Ceza Kanunu'nun çevrenin kirletilmesi suçuna ilişkin düzenlemenin ilan tarihinden iki yıl sonra yürürlüğe girmesine ilişkin hükmünü iptal ederken esnek hukuk metni olarak kabul edilen Stockholm Bildirgesi'ni ve Dünya Doğa Şartı'nı Anayasa madde 90 kapsamında değerlendirmiş ve ilgili hükmün bunlara aykırı olduğuna hükmetmiştir. AYM, 12.6.2008, E. 2004/92 K. 2008/119, RG 5.11.2008- S. 27045. Anayasa Mahkemesinin ilgili hükmün yürürlüğünün durdurulması talebini reddettiği, kararını hükmün yürürlüğünden sonra verdiği ve dayanak olarak madde 56'yı kullanmaktan imtina ettiği unutulmamalıdır. Detaylı değerlendirme için bkz. SEMİZ Yasemin, “Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2) 2014, s. 39. Maden arama faaliyetlerinin ÇED kapsamı dışına çıkarılmasına ilişkin değişikliğin iptali davasında mahkeme düzenlemenin Dünya Doğa Şartı'na ve Stockholm Bildirgesi'ndeki çevre hakkının yanı sıra Anayasa madde 17 ve madde 56'ya aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. AYM, 15.1.2009, E. 2006/99 K. 2009/9, RG 8.7.2009- S. 27282. Son olarak, yatırım kararı alınmış projelerin çevresel etki değerlendirmesi dışına çıkarılmasına ilişkin düzenlemenin iptali davasında, Rio Bildirgesi'nin Anayasa md. 90/5 uyarınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından ÇED uygulamalarında dikkate alınmasının zorunlu olduğunu açıkça belirtmiştir. Bkz. AYM, 3.7.2014, E. 2013/89, K. 2014/116, RG 4.7.2015- S. 29406. Elbette bu örnekler, Anayasa Mahkemesinin özellikle çevre koruma-kalkınma çatışması bakımından Anayasa'nın çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemelerine öncelik verdiği anlamına gelmemektedir. Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisini çevresel kamu yararı aleyhine sınırladığı bazı kararlar için bkz. KABOĞLU/YANCI ÖZALP, s. 218-219.

özgürlükleri ve çevreyi koruma görevlerini yerine getirmesi bakımından yetersiz kaldığına ilişkin bir değerlendirme yapılmasında ilk sınır, yasa koyucunun takdir yetkisi olacaktır. Bu sınır ise ancak anayasal hak ve yükümlülüklerin kapsamlarının iklim değişikliğinin yarattığı tehdidi ciddiye alan bir yaklaşımla doldurulması sonrasında devletin harekete geçme ve tedbir alma yükümlülüğünün kabulü ve ihtiyat ilkesinin uygulanması ile aşılabilir. Olası bir denetimde, Türkiye'nin iklim değişikliği konusunda tarihsel sorumluluğu olan ülkeler arasında yer almamasının, ancak aynı zamanda gelişmekte olan bir ülke olarak karbon salımlarının yüksekliğinin birlikte dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekecektir. Burada yasama organının ihmalinin denetiminin anayasa yargıcının yetkisi dışında kabul edilmesi ve eksik düzenlemelerin denetimine ilişkin kısıtlar da göz ardı edilmemelidir. AYM, eksik düzenlemenin anayasaya aykırılığını çok sınırlı alanlarda kabul etmekte ve ağırlıklı olarak eşitlik ilkesine aykırılık<sup>252</sup> hallerinde bu sonuca ulaşmaktadır. Düzenlemedeki eksikliğin yasa koyucunun takdiri kapsamında değerlendirilmesi veya anayasaya aykırılık iddiasının kabulünün, kuralda yer alan hükmün ötesinde ve bu kuraldan bağımsız olarak yeni bir düzenleme yapılması sonucunu doğurması halinde AYM denetime yanaşmamakta olup<sup>253</sup>, eksik düzenlemenin tespitinin sonucu da ayrı bir tartışma konusudur. Buna göre iklim davalarında norm denetiminin etkili bir yol olarak kullanılmasında bazı engellerle karşılaşılması muhtemel olduğundan akla bir diğer araç olarak bireysel başvuru usulü gelebilir.

Türk hukukunda Alman hukukundan farklı olarak yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yapılamamaktadır. Dolayısıyla olası bir iklim yasasının ya da iklim değişikliğiyle mücadeleye ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme yapılmamış olmasının insan haklarını ihlal edip etmediği, idari yargı yerleri önündeki sürecin tamamlanmasından sonra, etkili bir koruma sağlanamaması ihtimalinde değerlendirilecektir. Bireysel başvurunun konusu ise AİHS'nde güvence altına alınan haklarla sınırlandırılmıştır. Ekonomik ve sosyal haklar kapsamında düzenlenen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, AYM kararlarıyla da ortaya konulduğu üzere bireysel başvuru konusu edilemeyecek, medeni ve siyasi hakların kapsamlarını genişletmede ve içeriklerini belirlemede

<sup>252</sup> AYM, 4.11.1986, E. 1986/11, K. 1986/26, RG 22.2.1986- S. 19380 ; AYM, 27.3.2014, E. 2013/101, K. 2014/63, RG 22.07.2014- S. 29068.

<sup>253</sup> AYM, 7.9.2016, E. 2016/158, K. 2016/150.

kullanılabilecektir<sup>254</sup>. Nitekim mahkeme, “*insan hakları ile çevrenin korunması arasında açık bir bağ olduğu*” düşüncesindedir<sup>255</sup>. AYM’nin şu ana kadar verdiği sınırlı sayıda karar, AİHM’nin ölçütlerini benimsediğini ve uyguladığını göstermektedir<sup>256257</sup>. Mahkeme, risklere ilişkin olarak bilimsel kesinlik aramakta olup belirsizliğin olduğu hallerde ihtiyat ilkesini uygulamamaktadır<sup>258</sup>. Olası bir başvuru bakımından ihtiyat ilkesi uygulandığında varılacak sonuçtan bağımsız olarak, ilk bölümde incelenen

<sup>254</sup> AYM, 24.3.2016, *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu*, B. No: 2013/6587, RG 6.5.2016- S. 29704, § 43 ; AYM, Mehmet Kurt Başvurusu [GK], 25.2.2016, B. No: 2013/2552, RG 20.5.2016- S. 29717, § 46.

<sup>255</sup> AYM, *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu*, § 51. Burada Anayasa Mahkemesinin iddiası “*çevre merkezli yaklaşım olarak da adlandırılabilir olan ve çevrenin kendi başına bir değer olarak korunması gerekliliğine işaret eden ekolojik yaklaşımın yerini, insan hakları ile çevrenin korunması arasında açık bir bağ olduğu düşüncesine bıraktığı*”dır. Anayasa Mahkemesinin bu önermesi, ekolojik yaklaşımla 1500’lerde kurulan modern devletten önceki anlayışı kastetmiyor ise gerçeği yansıtmaktan uzaktır. Zira ekolojik ya da eko-merkezci yaklaşım, yapısal olarak “insan merkezci” olan ve insan haklarını anayasal hak olarak tanıyan modern hukuk sistemlerinde “geçmişte var olan” bir yaklaşım olmadığından yerini insan-merkezci yaklaşıma bırakması mümkün değildir. Bu yaklaşım bilakis yeni anayasacılık anlayışları içinde yer alan, geleceğe yönelik bir anlayıştır. Bkz. MAY/ DALY, s. 255-257. İnsan-merkezci anlayıştan çıkma olarak bu yeni anlayış uyarınca “*Anayasalar yalnızca insanla insan arasındaki bir toplumsal sözleşme olmaktan çıkmalı, sadece insanın hak ve özgürlüklerinin değil, doğanın ve ekosistemin de korunması, kirlenmesinin önlenmesi ve geliştirilmesi için devlet ve birey faaliyetlerini düzenleyen belgelere dönüşmelidir. Bunun için de insanların yanında hayvanların ve diğer doğal varlıkların haklarının olduğu kabul edilmeli ve bunlar anayasal güvence altına alınmalıdır*”. Bkz. KÖYBAŞI Serkan, *Ekolojik Krize Karşı Yeşil Anayasa*, Politika Notu, İstanbul Politika Araştırmaları Enstitüsü, 5 Nisan 2021, s. 5. Bunun yanında insanın çevre hakkını tanıyan mevcut anayasaların ekosistem bakış açısıyla okunmasına yönelik yaklaşım da ağırlık kazanmaktadır. Bkz. KABOĞLU/ “Anayasa’nın Ekosistem Açısından Okunması”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 10 (20) 2021, ss. XI-XXII.

<sup>256</sup> Nitekim mahkemeye göre “*çevresel rahatsızlığın, başvuruçunun özel ve aile yaşamı ya da konuta saygı hakkı üzerinde doğrudan bir etkide bulunması ve söz konusu çevresel kirliliğin belirtilen değerler üzerindeki etkisinin asgari bir şiddet derecesine ulaşması gerekmektedir*”. AYM, Mehmet Kurt Başvurusu, § 58.

<sup>257</sup> Anayasa Mahkemesi Türk hukuku bakımından usuli haklar konusunda bir açılım yaratmış olup bu konuda AİHM içtihadını izleyerek Türkiye’nin imzalamadığı Aarhus Sözleşmesi’nde yer alan ilkelere atıf yapmaktadır. Bkz. AYM, *Mehmet Kurt Başvurusu*, § 65-66; TÜRKÖĞLU ÜSTÜN, Çevre Hakkı, s. 2582-2583. Bununla birlikte mahkemenin çevresel sorunlara ilişkin olarak yargısal başvuru güvencesini zayıflattığı kararları da mevcuttur. Bkz. KABOĞLU/YANCI ÖZALP, s. 246-252.

<sup>258</sup> AYM, *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu*, § 86; AYM, *Fevzi Kayacan (2) Başvurusu*, 10.3.2015, B. No: 2013/6066, § 82. Ayrıca bkz. TÜRKÖĞLU ÜSTÜN, Çevre Hakkı, s. 2574.

kararlarda da görüldüğü üzere, iklim davalarında ihtiyat ilkesinin uygulanması etkili bir yargılama yapılması için elzemdir<sup>259</sup>. Bu sınırlara rağmen AYM'nin, çevre hakkının yaşam hakkı ve sağlık hakkıyla olan yakın ilişkisini, bu hakkın bugünkü nesillerden daha çok gelecek nesilleri ilgilendirdiğini ve kirliliği ve bozulmayı önleyici tedbirlere ağırlık verilmesi gerektiğini kararlarda vurgulayarak “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı[nın]; getirilecek kuralın ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileceği gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan”<sup>260</sup> olmadığını belirtmesi, olası iklim davalarında temel alınabilecek bir değerlendirmedir.

AYM'nin, çevre hakkının bir insan hakkı olarak kabul edilmediği bir sistemde, aralarında yargı yerlerinin de yer aldığı ulusal makamların takdir marjına müdahale etmeme kaygısıyla hareket eden AİHM'nin çizdiği sınırların ötesine geçmesi gerekmektedir. Mahkemenin, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin iklim değişikliğinden korunmayı da güvence altına aldığı yönünde bir yaklaşımı benimsemesi ihtimalinde, yasa koyucunun öngöreceği azaltım hedeflerinin devletin temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü karşısında yeterliliğine ilişkin bir denetim yapması hukuken pekâlâ mümkündür. Bu aşamaya elbette idari yargı yerleri önünde etkili bir hukuki koruma sağlanamaması ihtimalinde gelinecektir.

## 2. İdarenin Tasarruflarının Hukuka Uygunluğunun İdari Yargı Yerlerince İncelenmesi

Türkiye'nin uluslararası taahhütlerine uygun bir biçimde hedeflerin ve alınacak tedbirlerin bir iklim yasasıyla düzenlendiği bir sistemde, Fransa örneğinde görüldüğü üzere idare yargıcı da yargısal denetimde daha rahat hukuki dayanak bulacaktır. Yasa koyucunun veya düzenleme konusuna göre Cumhurbaşkanı'nın düzenleme yapmaması veya yapılan düzenlemelerin gerçek bir iklim politikası oluşturma bakımından yetersiz kalması ihtimalinde ise idare yargıcının idarenin genel olarak iklim değişikliğini sınırlama ve bu çerçevede sera gazı salımlarını azaltma yükümlülüğünün olduğuna karar vermesinin ve denetim yapmasının mümkün olup olmadığının üzerinde durulmalıdır.

<sup>259</sup> Nitekim AİHM, çevre konusunda sınırlı da olsa ihtiyat ilkesini uygulamıştır. Bkz. AİHM, 6.7.2009, Tatar/ Romanya, B No: 67021/01, § 120.

<sup>260</sup> AYM, *Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık Başvurusu*, § 49; AYM, *Mehmet Kurt Başvurusu*, § 52.

Bu ihtimalinde idare yargıcının yasa koyucuyu harekete geçmeye zorlama yetkisi yoktur<sup>261</sup>. Ayrıca Anayasa'nın 123. maddesiyle öngörülen idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca yasayla düzenlenmemiş bir alanda idarenin tasarrufta bulunması, tasarrufun içeriğinden bağımsız olarak hukuka aykırı olacaktır. Burada bir diğer ihtimal, mevcut yasal düzenlemelerde ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülen görevlere dayanılarak idari düzenleme yapılması olabilir. Yetkiye ilişkin bir sorun olmaması halinde yargısal denetimde iklim değişikliğini önleme yükümlülüğünün dayanağı olarak başvurulabilecek araçlar; devletin çevre hakkını ve diğer temel hak ve özgürlükleri etkili bir şekilde koruma yükümlülüğü, Paris Antlaşması ve Ulusal Katkı Beyanı olabilecektir. Danıştay, uluslararası antlaşmaları, bunların hukuki değerleri ve normlar hiyerarşisindeki yerleri konusunda açıkça bir değerlendirme yapmaksızın<sup>262</sup>, hatta kimi hallerde normatif değerine ve doğrudan uygulanma kabiliyetlerine bakmaksızın Anayasa madde 90 anlamında uluslararası sözleşme olarak kabul etmekte ve kararlarında hukuki dayanak olarak kullanabilmektedir<sup>263</sup>.

Ancak, dayanak olarak kullanılacak bir yasal düzenlemenin yokluğunda yargısal denetimin, özellikle sera gazı salımlarının azaltılması konusunda etkili olabilmesi hayli güçtür<sup>264</sup>. Kaldı ki, yukarıda da açıklandığı üzere, olası tedbirler temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduklarından olası idari tasarrufların yasal dayanaktan yoksun oldukları söylenebilecektir. Bununla birlikte, *Association Oxfam France* kararına konu olan üretimde yenilenebilir enerji payının ve enerji verimliliğinin artırılması konuları Türk hukukunda düzenlenmiş alanlar

<sup>261</sup> GÖKALP ALICA Süheyla Suzan, "İklim Davaları" in *İklim Mücadelesinde Ekonomik, Sosyal ve Ekolojik Adalet*, İklim Değişikliği Alanında Ortak Çabaların Desteklenmesi Projesi (iklimİN), İklim Değişikliği Eğitim Modülleri Serisi: 16, s. 57.

<sup>262</sup> YEŞİLYURT Nazile İrem, "Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri", *İnsan Hakları Yıllığı*, 32 2014, s. 26.

<sup>263</sup> Danıştay, yukarıda da aktarılan bazı kararlarının gerekçelerinde hukuken bağlayıcı olduğu kabul edilmeyen ancak çevre hukukunun ilkeleri bakımından temel kaynaklardan olan Rio Bildirgesi'ni dayanak olarak kullanmaktadır. Bkz. DİDDK, 19.6.2017, E. 2015/2826 K. 2017/2636; Dan.13D, 22.5.2015, E. 2011/2352 K. 2015/1943.

<sup>264</sup> Danıştay yukarıda (III/A) zikredilen kararlarında uluslararası antlaşmalara atıf yapmış ve Anayasa'nın 56. maddesinin kapsamını geniş yorumlamış ise de her iki davada da yasal bir düzenleme mevcuttur. Danıştay bu kararlarından bazılarında Anayasa madde 90/5'e dayandığı normları sıralarken yer vermekle birlikte somut dava konusu bakımından yasal düzenlemeyle uluslararası sözleşme arasında çatışma olup olmadığını incelememektedir. Yine de uluslararası belgenin çevre hakkına yer veren düzenlemesini, en azından somut dava bakımından, madde 90/5 kapsamında değerlendirdiği sonucuna varmak mümkündür.



olduğundan; keza örneğin Anayasa madde 169'un gereği olarak yutak alanları olan ormanların korunmasına yönelik yasal ve idari düzenlemeler olduğundan, bu düzenlemelerin iklim değişikliğiyle mücadele yaklaşımı ile dava konusu yapılabilmesi ve bu suretle iklim değişikliğiyle mücadele hedefinin gündeme getirilmesi mümkündür.

İklim değişikliğinin azaltılmasına ilişkin hedefleri ve tedbirleri öngören bir yasal çerçevenin oluşturulması sonrasında ise olası bir iklim davasının konusunu, idarenin yasayı uygulama konusunda hareketsiz kalması, yürürlüğe koyduğu genel düzenleyici işlemlerin eksikliği veya yetersizliği ve öngördüğü tedbirlerin yasayla belirlenen hedeflerin gereklerini karşılamaması oluşturabilir. İYUK madde 2 uyarınca bu hukuka aykırılıklar iptal davası (1) veya tam yargı davası (2) yoluyla yargı önüne taşınabilecektir.

#### a. İptal davası bakımından

İdarenin düzenleyici işlemine karşı, olası bir iklim yasasıyla öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmediği gerekçe gösterilerek dava açılması, davanın akıbetinden bağımsız olarak mümkündür. Davanın konusu ister sera gazı salımlarının azaltılmasına ilişkin yükümlülükler, ister özel yükümlülükler olsun, iptal davasına konu olabilecek işlemin, İYUK madde 14 uyarınca kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde olması aranacaktır. İdarenin sera gazı salımlarının azaltılmasına yönelik tedbirleri, örneğin içerik bakımından bağlayıcı ve zorlayıcı olmayan eylem planları veya strateji belgeleri ile öngörmesi halinde, bunların iptal davasına konu edilmeleri mümkün olmayacaktır<sup>265</sup>. Elbette bu yönde bir düzenleme tekniğinin benimsenmesi, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine de aykırılık oluşturacaktır.

İdarenin yasayla düzenlenmiş bir alanda hiç düzenleme yapmaması ihtimalinde ortada bir işlem olmayacağından doğrudan iptal davası açılması mümkün değildir<sup>266</sup>. Ayrıca idarenin işlem yapıp yapmama veya ne zaman harekete geçeceğine karar verme konusunda takdir yetkisi mevcut olup buradaki tercihinin isabetli olup olmadığı yargı yerlerince tartışılmasının yerinelik denetimi kapsamına girdiği kabul edilmektedir<sup>267</sup>. Ancak yasanın uygulanması idarenin düzenleme yetkisini kullanmasını gerektiriyorsa veya yasada idarenin ilgili konuda düzenleme yapmasına ilişkin hüküm varsa

<sup>265</sup> GÖKALP ALICA, s. 68.

<sup>266</sup> ULUSOY Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 295; ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2019, s. 535.

<sup>267</sup> YILDIRIM Turan/ FİŞ ÜSTÜN Gül, *Açıklamalı- Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu*, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 62.

düzenleme yapma konusunda bağlı yetkiden söz edilebileceğinden, idareye başvurarak işlem tesisi sağlanabilecektir<sup>268</sup>. İYUK madde 10'un ilk fıkrası uyarınca “*ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler*”. Bu hükümde işlem türüne ilişkin bir sınır getirilmemiş olması karşısında, ilgililerin haklarının tanınması bir düzenleme gerektiriyorsa, idareye yasayla öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmesi için düzenleme yapması yönünde bir başvuru yapmaları mümkündür<sup>269</sup>. İdarenin başvuruyu reddetmesi üzerine iptal davası açılabilir; iptal kararı verilmesi ihtimalinde ise idarenin yargı kararını uygulayarak düzenleme yapma yükümlülüğü doğacaktır<sup>270</sup>. İYUK madde 10, “*idarenin cevaplamadığı taleplere karşı dava açılabilmesini düzenlediğine göre; zımnî ret işlemlerinin iptaline ilişkin yargı kararları da idareyi işlem yapmaya zorlar niteliktedirler*”<sup>271</sup>. Ancak düzenleyici işlemler bakımından, idareden kural koyucu bir işlem yapmasının talep edilip bu talebin reddi iptal davasına konu edildiğinde Danıştay'ın idarenin düzenleme yapmaya zorlanamayacağına, aksinin kabulünün idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verme yasağına aykırı olacağına ilişkin kararları mevcuttur<sup>272</sup>. Oysa burada iptal kararıyla bir kural konulmamakta, idarenin hareketsizliğinin hukuka aykırılığı tespit edilmekte; sonuç olarak idarenin

<sup>268</sup> ATAY Ender Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararının Uygulanması”, in *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, s. 45. Yazar bu değerlendirmeyi eksik düzenlemelere ilişkin olarak yapmakta ise de, bağlı yetkinin olması halinde hiç düzenleme yapmama ya da düzenleme yapıp da eksik olduğu iddia edilen kısma ilişkin düzenleme yapmama arasında kuramsal anlamda bir fark olmadığından düzenleme olmaması ihtimalinde de aynı argümanın geçerli olduğu düşünülmektedir.

<sup>269</sup> KARAHANOGULLARI Onur, *İdari Yargı. İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 456; BÜLBÜL Erdoğan, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta, İstanbul 2010, s. 95. Bülbül, uygulamada 10. maddenin birel işlemlerle ilgilendirildiğini tespit etmekle birlikte, ilgililerin bir düzenleyici işlemle menfaatlerinin veya haklarının ihlal edilebilmesi karşısında düzenleyici işlem yapması için idareye başvurabileceklerini ve bu hususun madde 11 kapsamında daha da belirgin olduğunu ifade etmektedir.

<sup>270</sup> ULER Yıldırım, *İdari Yargıda Yargı Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 82; KARAHANOGULLARI, s. 95.

<sup>271</sup> YILDIRIM/ FİŞ ÜSTÜN, s. 62.

<sup>272</sup> Dan5D, 15.11.1977, E. 1974/2691, K. 1977/5440, DD, S. 30-31, 1978, s. 203, aktaran KARAHANOGULLARI, s. 158.

düzenleme yapma konusunda zaten var olan yükümlülüğü artmakta ve nitelik değiştirmektedir.<sup>273</sup>

İklim değişikliğiyle mücadele kapsamında bir düzenleme yapılması ihtimalinde, bu işlem yasada öngörülen hedefleri karşılamada yetersiz kaldığı gerekçe gösterilerek iptal davasına konu edilebilir. Düzenlemede eksiklik olması ihtimalinde, idari yargı yerinin yukarıda anayasallık denetiminde de kısaca değinilen eksik düzenleme nitelemesi yaparak işlemi denetlemesi mümkündür.<sup>274</sup> Bir diğer olasılık ise iklim değişikliğine yönelik politikaların bilimsel gelişmelere göre uyarlanması ve yeni verilerin dikkate alınması gereği nedeniyle<sup>275</sup> veya yasayla daha iddialı salım azaltım hedeflerinin öngörülmesi sonucunda düzenleyici işlemin sonradan eksik hale gelmesidir.

Danıştay'ın eksik düzenlemelerin denetimine ilişkin kararları ağırlıklı olarak bazı kategorilerin düzenleyici işlemlerle belirlenen statüler kapsamında yer almadığı halleri konu edinmekte olup bunların yargısal denetiminde çoğunlukla eşitlik ilkesi dayanak olarak kullanılmaktadır.<sup>276</sup> Ancak sınırlı da olsa çevre ve imara ilişkin bazı kararlarda, yasanın gereklerinin dava konusu işlemde gözetilmemesi eksik düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin çevre düzeni planında,

<sup>273</sup> Zira idarenin iptal kararı sonrasında düzenleme yapmaması artık yargı kararını uygulamama anlamına gelecektir. KARAHANOGULLARI, s. 158, 456.

<sup>274</sup> Bu ihtimalde düzenlenmeyen kısım bakımından boşluk olduğundan, olmayan düzenlemeye doğrudan dava açılması teorik olarak mümkün olmamakla birlikte Danıştay bazı hallerde bu talepleri kabul etmektedir. Burada hiç düzenleme olmaması haliyle benzer şekilde idareye başvuru yapılması gerekli görülmekte ise de bu başvurunun niteliği (İYUK madde 10 başvurusu mu, madde 11 başvurusu mu olduğu) tartışmalıdır. Ortada bir düzenleme olduğundan yola çıkılarak idareye yapılacak olası başvurunun madde 11 başvurusu olarak kabul edilmesi halinde, dava süresinin geçmiş olması karşısında eksik düzenlemenin denetimi mümkün olmayacaktır. Bu konuda bkz. YALÇIN, 78-83.

<sup>275</sup> Bu durum elbette ilgili değişikliğin yasal düzenleme gerektirmemesi halinde söz konusudur. Aksi takdirde düzenlemede değişiklik yapılması yasallık ilkesine zaten aykırı olacaktır. Uyarlanma ilkesinin düzenleyici işlemin kaldırılması ve değiştirilmesiyle ilişkisi hakkında bkz. BÜLBÜL, s. 31-34.

<sup>276</sup> ULUSOY, İdare Hukuku, s. 294-295; ayrıca bkz. YALÇIN, s. 5. Bazı kategorilerin kapsam dışı bırakılması, yönetmeliğin düzenlediği faaliyetin gereklerine aykırı görülerek eksik düzenleme kapsamında değerlendirilmekte ve iptal kararı verilebilmektedir. Örneğin su yapılarının temellerinin incelenmesi için oluşturulacak kurulda jeofizik mühendislerine yer verilmemesi, ilgili süreçte bu uzmanlık alanına asli derecede ihtiyaç duyulacak çalışmalar yapılacak olması nedeniyle hukuka aykırı bulunmuştur. Bkz. Dan10D, 17.11.2020, E. 2015/2736, K. 2020/5020. Bu gibi değerlendirmeler, iklim değişikliğiyle mücadeleyi konu edinen düzenlemelerde benzer eksiklikler olması halinde iklim davaları bakımından da geçerli olabilecek niteliktedir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla koruma altında olan türlerin yaşam alanlarının korunması amacıyla alt ölçekli planları yönlendirecek nitelikte ve bu alanların korunması amacıyla temel ilke ve politikaları içerecek plan hükümlerinin oluşturulmamış olması, Danıştay tarafından eksik düzenleme nedeniyle hukuka aykırı kabul edilmiştir<sup>277</sup>. Elektronik haberleşme istasyonlarına ilişkin olarak, şu anda yürürlükte olan düzenlemeler öncesinde verilen bazı kararlarda da benzer bir yaklaşım izlenmiştir. Danıştay, Anayasa'nın 56. maddesine dayanarak, mevzuatta baz istasyonlarının kurulacakları yer dikkate alınmak suretiyle bir düzenleme yapılmamasını eksik düzenleme olarak değerlendirmiştir<sup>278</sup>. Buna göre iklim değişikliğinin önlenmesine yönelik bir düzenlemenin, örneğin karbon bütçesinin yıllık kullanımına ilişkin bir kuralın, devletin yükümlülükleri bakımından yetersiz kalması ihtimalinde iptalinin sağlanması mümkündür. Zira idareye yasayla takdir yetkisi bırakılmış olsa da, bu yetki kamu yararı - somut örnekte küresel ısınmanın sınırlanması- amacıyla tanındığından ve idarenin şaşmaz ve yanılmaz biçimde<sup>279</sup> kamu yararını gerçekleştirdiği söylenemeyeceğinden, konunun idari yargının denetim yetkisi içinde kaldığı sonucuna varılabilecektir.

İdarenin olası bir düzenlemesinin iptali halinde kararın gerekçesi idare tarafından hukuka uygun bir işlem tesis etmek için dikkate alınmalıdır. Yargıç ayrıca idareyi tesis edeceği işlem konusunda yönlendirebilmekte<sup>280</sup>, hatta idareye yol göstermesi teşvik edilmektedir<sup>281</sup>. Buna karşılık Türk idare hukukunda idare yargıcının idareye emir ve direktif veremeyeceğinin kabul

<sup>277</sup> Dan.6D, 17.2.2020, 2016/1179, K. 2020/13032, DD, S. 121, s. 69.

<sup>278</sup> DİDDK, 18.12.2008, E. 2005/2403 K. 2008/2286 (Lexpera).

<sup>279</sup> YILDIRIM/ FİŞ ÜSTÜN, s. 57.

<sup>280</sup> Danıştay, Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nin asansör uygulama projelerinin hazırlanmasına ilişkin hükmündeki "elektrik mühendisi veya elektrik elektronik mühendisi ve makina mühendisince birlikte" ibaresinin, elektronik mühendislerine yer verilmediğinden eksik düzenleme nedeniyle iptaline karar verdikten sonra şu ifadeleri kullanmaktadır: "(...) anılan iptal kararının yerine getirilmesi aşamasında davalı idarece davacının, Makine Mühendisleri Odasına kayıtlı imalat, mekatronik, üretim mühendislerinin de anılan düzenlemede yer alması gerektiğine dair iddiasının da göz önüne alınarak yeniden düzenleme yapılacağı tabidir." D6 D. 3.2.2021, E. 2017/4842 K. 2021/1091 (Lexpera).

<sup>281</sup> ULER, s. 114; KAYA, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 195. Eksik düzenlemenin iptali halinde idarenin eksik bırakılan konuyu kuralın kapsamına sokmak durumunda olması ve bu durumun yargısal emirle benzerliği hakkında bkz. KARAHANOĞULLARI, s. 775-776. Eksik düzenlemenin kısmi iptalinin eşitlik ilkesi bakımından doğurabileceği sakıncalar ve konunun idarenin takdir yetkisi bakımından değerlendirilmesi için bkz. YALÇIN, s. 45-47.

edilmesi, iklim davalarının temel gayesi olan idarenin harekete geçirilmesi bakımından temel bir sınır oluşturmaktadır.

Yargısal emir verilememesi, genellikle Fransız öğretisine ve Devlet Konseyi kararlarına dayanılarak bir idare hukuku kuralı olarak sunulmaktadır<sup>282</sup>. Gerçekten de, özellikle yargı kararının uygulanmasının ötesine geçerek davanın esasına ilişkin olarak yargısal emir verilmesi Fransız hukukunda genel bir yasak olarak ifade edilegelmiştir<sup>283</sup>. Ancak yukarıda yapılan açıklamaların da gösterdiği üzere son yıllardaki gelişmeler ışığında, Fransız hukukunda idare yargıcının idareye emir veremeyeceğine dair mutlak ve genel bir kuralın varlığı sorgulanabilir hale gelmiştir<sup>284</sup>. İdareye emir verme yasağına ilişkin kural, kuvvetler ayrılığı ilkesine de dayandırılmakla birlikte<sup>285</sup> kuvvetler ayrılığının bu şekilde anlaşılmasının aslında tarihsel bir temeli olan adli ve idari makamların ayrılığı ilkesinin bir yansıması olduğu ve hukuk devleti ilkesinin gelişmesi karşısında bu yasağın aşılması gerektiği savunulmaktadır<sup>286</sup>. Kaldı ki iptal davası objektif nitelikli bir dava olmakla birlikte, adil yargılanma hakkı kapsamında etkili yargısal korunma bekleyen kişiler tarafından açılmakta olup bugün idari yargının işlevinin idarenin hukuka uygunluğunu sağlamakla sınırlı olmadığı, bireylerin hak ve menfaatlerini korumayı da kapsadığı kabul edilmektedir<sup>287</sup>. Bu nedenle, yargısal emir yasağının dayanağı, teoriden ziyade pozitif hukukta aranmalıdır.

<sup>282</sup> GÖZLER, s. 1334.

<sup>283</sup> CHAPUS, s. 971-973.

<sup>284</sup> Kaldı ki Fransız hukukunda ayrıca, yargıcın idarenin yerine geçerek karar verdiği objektif tam yargı davaları da mevcuttur. Hukuka aykırı olduğu iddia edilen bir işleme karşı açılan bu davalarda, “*davaya konu edilen idari işlem, hak ihlaline yol açtığı iddia edilen bir işlem olup, yargıçtan, objektif hukuki durumun belirlenmesi suretiyle idari işlemle ihlal edildiği iddia edilen hakkın ilgisine tanınması talep edilmektedir*”. ÖZTÜRK K. Burak, “Fransa ve Türkiye’de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, Ankara Barosu Dergisi, 77 2019, s. 110. Objektif tam yargı davası şeklinde görülen uyuşmazlıklar için bkz. *Ibid.*, s. 242-247; KAPLAN Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, 5. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 191-194.

<sup>285</sup> Candan, olumsuz işlemin iptali halinde idarenin yeni bir yükümlülük altına girdiğini ortaya koyarak bu ihtimalde iptal kararının etkisini talimata benzetmekle birlikte, yargı yerlerince idareye talimat verilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesi tarafından yasaklandığını öne sürmektedir. CANDAN Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 811. Ayrıca bkz. ATAY, İptal, s. 41.

<sup>286</sup> ÖZTÜRK, s. 114, dn. 40. Nitekim bütün demokratik gelişmiş ülkelerde, aralarında yargısal emrin de yer aldığı, idari yargı kararlarının uygulanmasını sağlayan araçlar geliştirilmektedir. Bkz. YAŞAR, s. 160.

<sup>287</sup> ATAY, İptal, s. 36.

Anayasa madde 125/4'e göre “Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlı olup hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez”. Benzer bir düzenlemeye, İYUK madde 2/2’de yer verilmiştir<sup>288</sup>. Anayasa’nın 125. maddesinin kapsamı ve anlamı tartışmalı da olsa genel kabul, yargısal emir yasağının bu hükümlere dayandığıdır<sup>289</sup>. Maddede geçen “yargı yetkisinin yerindelik denetimi şeklinde kullanılması yasağı”, “yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlama yasağı” ve “idari işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verme yasağı”nın ise farklı olguları ifade edip etmedikleri ve ne anlama geldikleri öğretilerde sorgulanmaktadır<sup>290</sup>.

Yerindelik denetimi yasağı, aslında yargıcın denetim yetkisinin kapsamına, idarenin takdir yetkisinin denetiminin sınırına ilişkin bir olgudur. Ancak Danıştay, hukuka uygunluk denetimi ve yerindelik denetimi konusunu, yargı denetiminin kapsamıyla sınırlı olarak ele almamaktadır. Yüksek mahkemenin ifadesiyle “(...)idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari işlemler üzerindeki hukuka uygunluk denetimi ise, hukuka aykırı görülmesi halinde işlemin iptali; uygun görülmesi halinde de, davanın reddi yolunda karar alınmasını gerektiren bir yargısal denetim türüdür. (...) işlemi yargılanan idarenin yapması gereken konusunda talimat niteliği taşıyan hüküm kurulması, (...) Anayasanın ve İdari Yargılama Usulü Kanununun, yukarıda sözü edilen, maddelerinde idari yargıç için getirilmiş olan yasaklamalara

<sup>288</sup> Madde 2/2: “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler”.

<sup>289</sup> ATAY, İptal, s. 43-44. Bu düzenlemelerin yargısal emir yetkisiyle bir ilgisi olmadığı konusunda bkz. YAŞAR, s. 193.

<sup>290</sup> Yaşar, Zabunoğlu’nun, takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükmünün adil yargılanma hakkını zedelediği ve yürütme görevini kısıtlayacak biçimde yargı kararı verilemez hükmünün ise talihsiz ve gereksiz olduğu görüşlerini aktarmakta (s. 98); kendisi de yürütme görevinin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesini sağlayan yargıcın, kararlarıyla yürütme görevini kısıtlamış sayılmasının anlaşılabilir bir ifade olduğunu belirtmektedir, YAŞAR, s. 180.

da aykırıdır”<sup>291</sup>. Danıştay uygulamasında idarenin işlem yapmaya zorlanması, idarenin yerine geçme ve yerindelik denetimi olarak değerlendirmektedir<sup>292</sup>. Yargısal emir verilmesinin, idare yargıcının idari işlem niteliğinde yargı kararı veremeyecek olması nedeniyle de mümkün olmadığı ifade edilmektedir. İdari işlem niteliğinde karar verilememesi, mahkemenin işlemi iptal ettikten sonra yerine yeni bir işlem tesis edemeyecek olmasını ifade eder<sup>293</sup>. Oysa yargısal emir veren yargıç, idarenin yerine geçerek işlem tesis etmemektedir. İdarenin yetkisinin bağlı olduğu bir durumda idarenin yapacağı işlemin hükümde gösterilmesi, idarenin yerine geçme anlamına gelmez; zira işlemi yine idare yapacaktır. İdarenin takdir yetkisinin olması ihtimalinde ise yargısal emirle idareye -üst normlar gerektiriyorsa- işlem yapmasının emredilmesi de tek başına idarenin yerine geçme olarak düşünülmemelidir. Zira her ne kadar aksi kabul görüyorsa da<sup>294</sup>, yargı kararının uygulanması amacıyla yargısal emir verilebileceği<sup>295</sup>; bu şekilde verilen bir yargısal emrin, aslında hükmün gerekçesinin hüküm fıkrasına konulmasından ibaret olduğu ileri sürülebilir<sup>296</sup>. Ancak yargıç, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde karar veremeyeceğinden, yargısal emir içerik yönünden idarenin takdir yetkisini kaldıracak nitelikteyse, Anayasa madde 125/4 ve İYUK madde 2’deki yasağa aykırı bir karar verilmiş olacaktır.

Bununla birlikte, Türk hukukunda yargısal emir açık bir düzenlemeyle öngörülmediğinden idare yargıcı, verdiği kararların uygulanmasını sağlama

<sup>291</sup> Yargısal emri kategorik olarak reddeden Danıştay’a göre idari işlemin iptalinin gereklerine uygun işlemin tesisi, normatif düzenlemeler yanında “İdari Rejim kuralları” çerçevesinde idareye ait bir yetkidir. Talimat niteliği taşıyan hüküm kurulması, “İdari Yargının iki yüzyıllık geçmişinin kazanımı olan, yargı kararıyla idareye talimat verilemeyeceği yolundaki kurala aykırı[dır]”. Bkz. D7D, 25.1.2007, E. 2006/1873, K. 2007/138, aktaran YILDIRIM/ FİŞ ÜSTÜN, s. 85-86.

<sup>292</sup> YILDIRIM/ FİŞ ÜSTÜN, s. 47.

<sup>293</sup> ÇAĞLAYAN, s. 225.

<sup>294</sup> Farklı yönde bir değerlendirme için bkz. ATAY, İptal, s. 43-44. Yazar, anayasal bir ilke olan yargı kararlarının gerekçeli olması gerekliliği dolayısıyla dava konusu işlemin iptalinde ve iptal nedeninin ortaya konulmasında, idarenin hukuken yapması gerekeni yapmadığının gösterilmesinin ve teferruatlı bir biçimde açıklanmasının idareye verilen bir emir olarak anlaşılmasını gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>295</sup> ULER, s. 115.

<sup>296</sup> ÇAĞLAYAN, s. 538. Yargısal emir yetkisinin yargılama yetkisi kapsamında olduğu konusunda bkz. *Ibid.* Yargısal emir yetkisinin bu nedenle ayrıca yasal düzenlemeye bağlanmasının gerekmediği hakkında bkz. YAŞAR, s. 190.

konusunda kendini kısıtlaması nedeniyle etkisiz kalmaktadır<sup>297</sup>. Sistemik iklim davalarına ilişkin kararlarda verildiği şekliyle bir yargısal emir olanağının Türk hukukunda mevcut olmaması karşısında, yargısal korumanın tam yargı davası yoluyla talep edilmesi ihtimali üzerinde durulmalıdır<sup>298</sup>.

### **b. Tam yargı davası bakımından**

Tam yargı davasında öncelikle İYUK md. 2’de ehliyet koşulu kapsamında davacının hakkının muhtel olup olmadığı incelenecektir. İklim değişikliğinin sonuçları yukarıda incelenen davalarda da görüldüğü üzere bireylerin anayasalarla ve bölgesel sözleşmelerle güvence altına alınan haklarına müdahale teşkil ettiğinden<sup>299</sup> iklim davalarında ehliyet geniş yorumlanmalıdır. Esastan incelemeye geçildiğinde ise, idarenin faaliyetinin ya da olası hareketsizliğinin asli sorumluluk esasları olan hizmet kusuru teşkil edip etmediği değerlendirilecektir.

Genellikle Duez’in üçlemesi benimsenerek hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olarak formüle edilen hizmet kusuru<sup>300</sup>, idarenin kusurlu sorumluluğunu ifade etmek için kullanılır. Kusurlu

<sup>297</sup> Yaşar’ın ifadesiyle “*Türk idare yargıcının, sürekli biçimde, idarenin yerine geçmek ya da idari işlem veya eylem niteliğinde karar almak yaşağını takıntı haline getirerek, kendi kendine daraltılmış bir alanda görev yaptığı açıktır. Oysa yargıç, egemenlik yetkisini kullanmak adına Anayasadan aldığı yetkinin farkında olarak, yetkilerini gereği gibi kullanmak konusunda kararlı olmalı, idarenin kurnazlıklarını yakından bilebilmenin rahatlığıyla, idareyi kolaylıkla kararlarına uymaya zorlayacak araçlar geliştirebilmelidir*”. YAŞAR, s. 158-159.

<sup>298</sup> Burada, doğrudan iklim değişikliğine yönelik olmayan düzenlemelerin de Türkiye’nin Paris Anlaşması’na taraf olarak verdiği taahhütlerle uyumlu olmaları gerektiği hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla Türkiye’nin sera gazı azaltım taahhüdünü tehlikeye düşürecek ya da sektörel hedeflerle uyumsuz olan bir düzenlemenin, bu gerekçelerle iptal davasına konu edilebilmesi mümkündür. Ayrıca İYUK madde 7/4 uyarınca iklim değişikliği hedefleriyle uyumsuz olan bir projeye ilişkin işlemin iptal davasına konu edilmesi sırasında, bu işlemin dayandığı düzenleyici işlemin iptali de talep edilebilecektir. Bu davaların başarıya ulaşma ihtimali, mevcut hukuki araçların sınırlılığı nedeniyle iklim değişikliğiyle mücadeleyi bütüncül olarak sorgulamayı amaçlayan davalardan daha yüksektir. Bkz. GÖKALP ALICA, s. 57.

<sup>299</sup> İklim değişikliği yukarıda zikredilen hakların yanı sıra kapsamında su hakkının, beslenme hakkının ve barınma hakkının yer aldığı temel hakların karşılanmasını ve yeterli yaşam standardı hakkını etkilemekte, bu etkiler dezavantajlı gruplarda daha da kuvvetli olmaktadır. Bkz. YURTCANLI DUYMAZ, s. 496-505.

<sup>300</sup> DUEZ Paul, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, Paris 1938, s. 27-40; DURAN Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, TODAİE Yayınları, Ankara 1974, s. 28.



sorumluluk ise, mevcut bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkar<sup>301</sup>. Sistemik iklim davalarında idarenin düzenlemelerinin ve aldığı tedbirlerin iklim değişikliğiyle mücadelede yetersiz kalması tartışıldığından, idarenin düzenleme yapmadığı veya tedbir almadığı alanla ilişkili olarak hareketsizliğinden söz edilecektir. Bilindiği üzere, idarenin sadece eylemlerinin değil, daha çok eylemsizliğinin zarara neden olduğu ve bu zararın tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>302</sup>. İdarenin sera gazı salımını azaltım yükümlülükleri konusunda hareketsiz kalması, gerekli standartları belirlememesi veya aldığı tedbirlerin yetersizliği, hukuka aykırılık olarak değerlendirilebilecektir<sup>303</sup>.

İklim davalarında özellikle sera gazı azaltım hedeflerinin gerçekleştirilmesi için yapılacak düzenlemeler ve alınacak tedbirler, çoğunlukla idarenin kolluk faaliyetleri kapsamına girecektir. Türk idari yargısı, idarenin kolluk faaliyetlerini yerine getirmedeki hareketsizliğinden dolayı sorumluluğuna yabancı değildir. Özellikle 1999 depremleri sonrasında verilen kararlarda idarenin deprem tehlikesi bilinmesine rağmen kişileri depremden korumaya yönelik tedbirleri almaması ve düzenlemeleri yapmaması hizmet kusuru olarak değerlendirilmiştir<sup>304</sup>. İdarenin gerekli kolluk tedbirlerini almaması nedeniyle çevre kirliliğine neden olduğu hallerde hizmet kusurunun oluştuğuna hükmedilen kararlar da mevcuttur<sup>305</sup>. Olası bir iklim yasasının uygulanmasındaki hareketsizliğin yanı sıra, 1 sayılı ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile çeşitli idarelere, özellikle de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na ve İklim Değişikliği Başkanlığı'na verilen görevlerin yerine getirilmemesi de hizmet kusuru oluşturabilecek niteliktedir<sup>306</sup>.

Dolayısıyla olası bir iklim davasında tam yargı davası yoluyla etkili bir hukuki koruma sağlanması konusunda zorluk, sorumluluğun esasında değil, sorumluluk koşullarında ve verilecek hükme ilişkin sınırlarda aranmalıdır.

<sup>301</sup> FRIER Pierre-Laurent/ PETIT Jacques, *Précis de droit administratif*, 6. Bası, Montchrestien, Paris 2010, s. 95. Gözler de Chapus'ye atıf yaparak geleneksel üçlemenin terk edilmesi gerektiğini savunmaktadır. GÖZLER, s. 1087.

<sup>302</sup> DURAN, s. 74.

<sup>303</sup> OCAK, s. 24.

<sup>304</sup> *Ibid.*, s. 60.

<sup>305</sup> ALICA Süheyla, "Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4) 2011, s. 104 vd.

<sup>306</sup> İklim Değişikliği Başkanlığı'na verilen görevlerin bir bölümü, Paris Anlaşması mekanizmaları kapsamında devletlerin veri oluşturma ve koordinasyon yükümlülüklerine karşılık gelmektedir. Hatırlanacak olursa *Klimaataak* kararında bu tür faaliyetlerin yerine getirilmemesi hukuka aykırı bulunmuştur.

İdare hukukunda zararın tazmin edilebilmesi için kesin, somut, gerçekleşmiş, belirlenebilir ve hesaplanabilir olması aranır<sup>307</sup>. Zarar maddi ve manevi olabilir; maddi zararlar, mala verilen zararlardan ve şahsa verilen zararlardan meydana gelir<sup>308</sup>. Danıştay, hizmet kusuruna dayalı maddi tazminat istemlerinde, davacının malvarlığında gerçek, kanıtlanabilir bir azalma veya artma olanağından yoksun kalma niteliğinde bir maddi zararın ortaya konulmasını gerekli görmektedir<sup>309</sup>. Manevi zarar ise kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme; *“kendisinin veya yakınlarının şan, şeref, kişilik hakları ve vücut bütünlüğüne yönelik eylem ve işlemler nedeniyle duyduğu derin ruhsal ve bedensel acı, üzüntü olarak tanımlanmaktadır”*<sup>310</sup>.

Fazladan salınan sera gazlarının atmosferde birikmesi ile oluşan küresel ısınma, çevrede bir bozulmaya neden olduğundan her şeyden önce çevresel bir zarar oluşturur. Ancak yukarıda da aktarıldığı üzere sera gazlarının atmosferde yoğunlaşması nedeniyle atmosferin bozulması ekolojik zarar olarak nitelenmektedir.

Türk hukuku bakımından, iklim değişikliğine neden olan atmosferdeki aşırı sera gazı konsantrasyonunun alıcı ortam olan havanın bozulması, bunun da bir çevresel zarar olarak değerlendirilmesi mümkündür. Çevresel zarar öğretide, kirlenme ve bozulma nedeniyle doğrudan çevrede ortaya çıkan zararlar ile üçüncü kişilerin uğrayacakları kişi, mal veya malvarlığı zararlarını kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır<sup>311</sup>. Çevre Kanunu’nda kirleten öder ilkesine ve kirletenin sorumluluğuna yer verilmekle birlikte öngörülen mekanizma, ekolojik zararın karşılanması açısından yetersizdir. Çevre Kanunu madde 3/g’de çevresel zarar tanımında yer alan doğrudan çevresel zararın giderilmesine yönelik bir düzenleme bulunmakla birlikte burada idareyi harekete geçirecek açık bir ifade yer almamakta, düzenlemenin lafzından idarenin çevresel zararla bağlantılı olarak yaptığı masrafların özel kişilerce karşılanmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır<sup>312</sup>.

<sup>307</sup> ULUSOY, İdare Hukuku, s. 570; ÇAĞLAYAN, s. 675-677.

<sup>308</sup> GÖZLER, s. 1299.

<sup>309</sup> Dan.6D, 15.12.2020, E. 2016/3603 K. 2020/12802 (Lexpera)

<sup>310</sup> DİDDK, 13.5.2015, E. 2014/2310 K. 2015/1777 (Lexpera).

<sup>311</sup> ALICA, s. 104.

<sup>312</sup> Madde 3/g: *“Kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar kirleten veya bozulmaya neden olan tarafından karşılanır. Kirletenin kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

Kirletenin sorumluluğuna ilişkin madde 28'e göre ise, "Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar." Bu hükmün kamu tüzel kişileri hakkında da uygulanacağı genel olarak kabul görmekte birlikte bu uygulamanın hangi hukuki rejime tabi olacağı tartışmalıdır<sup>313</sup>. Her şekilde idari yargı yerlerinin idari sorumluluk esaslarını uygularken devletin sorumluluğu kapsamında bu hükümden zararın nitelenmesi bakımından yararlanmalarında ilkesel olarak bir engel yoktur. Ancak Türk sorumluluk hukuku uygulamasında çevresel zarar, sadece kişiselleşebilen zararlarla sınırlı şekilde düşünüldüğünden<sup>314</sup>, Çevre Kanunu'nun 28. maddesinin ekolojik zararın tazmini konusunda bir açılım yarattığından söz edilemeyecektir<sup>315</sup>.

---

*Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir."*

<sup>313</sup> Kamu tüzel kişileri de kirleten olabileceklerinden, Çevre Kanunu'nun 28. maddesi kamu tüzel kişileri hakkında uygulanabilir; aksini gösteren bir kural da bulunmamaktadır. Bkz. TURGUT, Çevre Hukuku, s. 304. Öğretide 28. maddenin idare hakkında da uygulanacağı, bu ihtimalde idarenin özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğuna gidileceği ve davaların adli yargıda görülmesi gerektiği ileri sürülmekte; bu görüş Yargıtay kararları ile desteklenmektedir. Bkz. ÇAKIRCA Seda İrem, "Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 47 2012, s. 82. Ancak, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere idari sorumluluk hukuku yargı içtihatlarıyla geliştirilmiş olup bu alanda açık yasal düzenleme bulunmadıkça özel hukuk kuralları doğrudan uygulanmaz. Bkz. AYM, 22.10.2014, E.2014/94, K.2014/160, 22/10/2014. Bu durumda idarenin özel hukuka tabi olarak faaliyet gösterdiği hallerde Çevre Kanunu'nun 28. maddesinin uygulanması ve davanın adli yargıda açılması mümkün olmakla birlikte, idari faaliyetler söz konusu olduğunda idari yargı yerlerine başvurulmalı ve öncelikle asli sorumluluk esası olan hizmet kusurunun mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. Benzer bir değerlendirme için bkz. ULUSOY Ali D., "Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış", AÜHFĐ, 43(1-4) 1993, s. 134. Danıştay da, idarenin sorumluluğuna ilişkin esasların Çevre Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmediği gerekçesiyle idarenin kolluk faaliyetlerinden doğan sorumluluğunda idari sorumluluk esaslarının uygulanacağına karar vermiştir. Dan.6D, 31.3.2004, E.2002/6748, K.2004/1834, aktaran ALICA, s. 110.

<sup>314</sup> Çevre Kanunu'nun 28. maddesinin uygulanması için çevresel değere zarar verilmesinin yeterli olduğu görüşü için bkz. KABOĞLU/ YANCI ÖZALP, s. 122.

<sup>315</sup> Çevresel zararın ekolojik zararı da içerecek şekilde düşünülmesi ihtimalinde, zararın tazminini kimin talep edebileceği sorunu ile karşılaşılacaktır. Zira Türk hukukunda, çevreyi temsil eden, çevre adına tazminat talep edebilecek bir merci ya da kişi topluluğu öngörülmemiştir. Bu konuda bir diğer yaklaşım Amerika Birleşik Devletleri'nde ve *common law* sistemlerinde genç ve çocukların iklim davalarında yargıya başvuru haklarının dayanağı olarak kullanılan *public trust* doktrindir. *Public trust*'i anayasalarında öngören

Bu durumda iklim değişikliğinin doğrudan malvarlığında veya şahıs varlığında bir eksilmeye neden olması aranacaktır. Bugün örneğin, küresel ısınmadan kaynaklanan sıcak hava dalgalarının sağlığı olumsuz olarak etkilediği, ciddi hastalıklara ve hatta ölümlere yol açtığı bilinmektedir<sup>316</sup>. Böyle bir ihtimalde vücut bütünlüğüne verilen bir zarar söz konusu olduğundan şahıs varlığına ilişkin bir zararın oluştuğundan bahsedilebilecektir. Zararın, iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının yarattığı çevresel etkiler üzerinden kurgulanması da mümkündür. Zira iklim değişikliğinin ekosistemlere verdiği zararın sonucu olarak kişiler de zarar görebilmektedirler. İklim değişikliğinin tarım ve hayvancılık üzerindeki etkileri buna örnek olarak gösterilebilir. Tarım ve Orman Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün 2021'de hazırladığı İklim Değişikliği ve Tarım Değerlendirme Raporu'nda iklim değişikliğinin Türkiye'nin her bir bölgesindeki tarım ve hayvancılık faaliyetleri ciddi biçimde etkilediği ortaya konulmaktadır<sup>317</sup>. Dolayısıyla bu faaliyetlerle uğraşan kişilerin maddi kayıpları kişisel zarar olarak nitelenebilecektir<sup>318</sup>. Ayrıca yerel yönetimlerin zarar görmeleri de ihtimal dahilindedir. Örneğin belediyenin yükselen suların verebilecekleri zararları engellemek için set inşa etmek veya iklim değişikliğinden kaynaklanan diğer doğal risklerin önlenmesi için aldığı tedbir almak için yaptığı harcamalar malvarlığına ilişkin zararlardır<sup>319</sup>.

ülke örnekleri için bkz. MAY/ DALY, s. 268. Bu uygulama aynı zamanda devletin yükümlülüğünün dayanağını belirleme ve zarar bakımından bazı engellerin aşılmasına yardımcı olmaktadır. Bu yaklaşıma göre doğal kaynaklar, devletin -mülkiyetine değil- himayesine bırakılmış olup kamu otoriteleri, yediemin/güvenilen (*trustee*) olarak kendilerine emanet edilen kaynakları gelecek nesiller için koruma yükümlülüğü altındadırlar. Güvenilenin bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde ise doğal kaynakların bozulması şeklinde ortaya çıkan zararın tazmini talep edilebilmektedir. Bkz. VIEIRA Julien, "L'émergence de l'activisme climatique et l'accès au juge", RFDA 2019, s. 636. Sera gazı salımlarının yapıldığı atmosferin bir doğal kaynak olarak kabulü sayesinde iklim davalarında da *public trust* doktrini uygulama alanı bulmuş olup özellikle gençlerin açtığı davalarda dayanak olarak kullanımı yaygınlaşmaktadır. Bkz. GÖKALP ALICA, s. 59, dn. 6.

<sup>316</sup> Boğaziçi Üniversitesi İklim Değişikliği ve Politikaları Uygulama ve Araştırma Merkezi, *İklim Değişikliği ve Sağlık*, <http://climatechange.boun.edu.tr/iklim-degisikligi-ve-insan-sagligi/> (Erişim tarihi: 5.5.2022)

<sup>317</sup> Bkz.

<https://www.tarimorman.gov.tr/TRGM/Belgeler/IKLIM%20DEGISIKLIGI%20VE%20TARIM%20DEGERLENDIRME%20RAPORU.pdf>. (Erişim tarihi: 15.4.2022)

<sup>318</sup> Kirlilik nedeniyle çiftçilerin uğradıkları zararların idare tarafından tazminine ilişkin olarak bkz. ALICA, s. 110.

<sup>319</sup> AGUILA s. 1853.

Bu örneklerde olduğu gibi iklim davaları ile gerçekleşmiş ve somut zararların karşılanması mümkündür<sup>320</sup>. İklim değişikliğinden kaynaklanan zararların tazmini, özellikle süregelen ve boyutu tam bilinemeyen zararlar söz konusu olduğundan güçleşmektedir. Kesin zarar, hem gerçekleşmiş, hem de gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararları kapsamakla birlikte<sup>321</sup> gelecekte gerçekleşecek zararın kesinliği konusunda yargı kararlarıyla net bir ölçüt geliştirildiğini söylemek zordur. Zira Danıştay, zararın belirlenmesine ve hesaplanmasına ilişkin sorun yaşanan bazı hallerde, zararın kesinliğini sorgulamaktadır<sup>322</sup>. Gelecekteki zararın kesin olmaması halinde ise muhtemel zarar vardır ve bu zararın tazmini kabul edilmemektedir. Danıştay örneğin şans kaybının, ciddi olup olmadığını dahi incelemeksizin tazmin edilemeyeceği yönünde hüküm kurmaktadır<sup>323</sup>. İklim değişikliğine ilişkin davalarda ise yaşanan mağduriyetlerin, her zaman tazmini mümkün olabilecek bir zarar niteliğinde olmadığı bir çok duruma rastlanılabilecektir.

Olası bir tazminat davasında ayrıca devletin sera gazı salımının azaltılmasına yönelik düzenlemelerinin ve aldığı tedbirlerin yetersizliği ile zarar arasında nedensellik bağının kurulması gerekecektir ki, yukarıda da aktarıldığı üzere iklim davalarında nedensellik bağı da özellik taşır. Sera gazı salımlarının iklim değişikliğine neden olduğu ve iklim değişikliğinin de ciddi zararlara yol açacağı bugün artık bilimsel verilerle ortaya konulduğundan zorluk, nedensellik bağına bilimsel olarak kurmada değildir<sup>324</sup>. Devletin yükümlülüklerine aykırı davranarak neden olduğu sera gazı salımıyla zarar arasında neden sonuç ilişkisini atmosferin coğrafi sınırlarının olmaması nedeniyle mekânsal, sera gazlarının onlarca yıl atmosferde kalması yüzünden de zamansal olarak belirlemek güçtür<sup>325</sup>. Ayrıca sera gazı salımlarının sorumlusu sadece hareketsiz kalan devlet değil, aynı zamanda diğer devletler ve özel kişilerdir. Zarar birden fazla

<sup>320</sup> GÖZLER, s. 1324.

<sup>321</sup> AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş, Ankara 2021, s. 585; GÖZLER, s. 1324.

<sup>322</sup> GÖZLER, s. 1325. Örneğin Danıştay, bir kişinin idarenin hizmet kusuru nedeniyle yüksek radyasyona maruz kaldığı bir davada, radyasyonun davacı üzerindeki etkileri kısa ve uzun dönemde oluştuğundan, kesin olarak ortaya çıkmış, miktar olarak belirgin gerçek bir zararın mevcut olup olmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir, Dan.10D, 16.9.2005, E. 2004/4147, K. 2005/5012, aktaran ATAY, *İdare Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 719.

<sup>323</sup> Karar örnekleri ve Danıştay'ın yaklaşımının eleştirisi için bkz. GÖZLER, s. 1326-1328.

<sup>324</sup> AGUILA, s. 1853; TORRE-SCHAUB, Procès, s. 660.

<sup>325</sup> ATAPATTU, s. 73.

sebebin birleşmesinden doğduğundan burada uygun nedensellik bağı teorisine başvurulacaktır<sup>326</sup>.

Uygun nedensellik bağı teorisine göre olayların normal seyrine ve genel tecrübelerle göre söz konusu zararı meydana getirmeye elverişli olan sebep, zararın doğrudan nedeni olarak kabul edilir<sup>327</sup>. İklim davalarında idarenin düzenlemelerinin ve aldığı tedbirlerin yetersizliği nedeniyle salınan sera gazı ile zarar arasında nedensellik bağı kurulurken, idarenin eylemsizliğinden hareket edilecektir. Bu varsayımda fazladan sera gazı salımı, devletin koyduğu kuralların yetersizliğinden kaynaklandıysa, mevcut bilimsel verilere göre devletin bu yetersizliğin zarara yol açabileceğinin bilgisinde olması gerekeceğinden, nedensellik bağının kurulması teorik olarak mümkündür<sup>328</sup>. Ancak devletin hareketsizliğinin küresel ısınmaya ve dolayısıyla zarara ne oranda katkıda bulunduğu da belirlenmelidir ki, bunun kesin olarak hesaplanması güç olup burada yargıcın yaklaşımı belirleyici olacaktır.

İklim değişikliği, herkesin yaşamını etkilemekte ve mağduriyete neden olmaktadır. İklim değişikliğiyle mücadelenin ciddiye alınmaması ihtimalinde mağduriyetler artacak ve şimdiden oluşmaya başlayan zararlar daha da yaygınlaşacaktır. Bu durumda kusurlu olan devletin, koşulları karşılayan herkesin zararını karşılaması gibi bir durumla karşılaşılabilir. Zira idarenin hizmet kusuru söz konusu olduğunda kusursuz sorumluluktan farklı olarak özel ve anormal bir zarar aranmamaktadır<sup>329</sup>. Yani böyle bir olasılıkta, rücu ihtimali saklı kalmak üzere, kolektif bir zararı neticede yine kamu giderecektir<sup>330</sup>. Nitekim bu nedenlerle iklim değişikliği konusunda idarenin sorumluluğuna gidilen bir çok davada gerçek zararın tazmininden ziyade idarenin harekete geçmesi amaçlanmakta, talepler de buna göre oluşturulmaktadır.

İdarenin hukuka aykırı davranışının sona erdirilmesi stratejisiyle hareket edilen iklim davalarında etkili bir hukuki korumanın sağlanabilmesi ve

<sup>326</sup> GÖZLER, s. 1339.

<sup>327</sup> *Ibid.*

<sup>328</sup> AGUILA, s. 1853.

<sup>329</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 585; GÖZLER, s. 1335.

<sup>330</sup> Nitekim bir çok ülkede iklim zararlarının karşılanması için devlet ve sera gazı salımı yapan şirketlerin ortaklaşa finanse edecekleri bir fon oluşturması gerektiği ileri sürülmektedir. Son yıllarda özel şirketlere karşı açılan davalardaki artış, iklim davalarının kamu hukukunu ve özel hukuku birbirlerine yaklaştıran niteliği ve kirleten öder ilkesinin hayata geçirilmesi gereği, bu fikri destekleyenlerin dayandıkları argümanlar arasında yer almaktadır. Bkz. VAN LANG, Agathe, "L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État", RFDA 2019, s. 652.

çevre zararının giderilebilmesi için, nakdi tazminat dışındaki olanakların kullanılabilmesi gerekir. Oysa Türk idare hukukunda nakdi tazminat esas olup<sup>331</sup> eski halin iadesi veya bir şeyin aynen ifası gibi telafi yöntemlerinin uygulanamayacağı, yargının idareye bir borç yüklemeye yetkisini haiz olmadığı ve tazminata hükmetmek haricinde olumlu bir eylemin icrasına karar verilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>332</sup>. Aslında bu durum, Türk hukukunda tam yargı davasının tazminat davası olarak anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Oysa tam yargı davası, bir kişi hakkında yapılan zararlı muamelenin durdurulması, ihlal edilen subjektif hakkın yerine getirilmesi, subjektif hakka yapılan tecavüzün durdurulması, eski halin iadesi, idarenin belli bir edimde bulunmaya mahkûm edilmesi veya tecavüzün durdurulması gibi taleplerin de dile getirilebilmesi potansiyelini taşır<sup>333</sup>.

Öğretide tam yargı davalarının tazminat davasına indirgenmesi, yargısal emirde olduğu gibi, Anayasa'nın 125. maddesi ve İYUK madde 2 uyarınca idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceğine ilişkin düzenlemede dayanağını bulan idarenin yerine geçme yasağına bağlanmakta, tam yargı davasının işlevselliğinin sağlanması için bu düzenlemelerin değiştirilmesi gerektiği öne sürülmektedir<sup>334</sup>. Ayanoglu ise idarenin yerine geçme yasağının, yargının idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuran işlemlere yönelik olduğunu ve bu yasağın tam yargı davasındaki taleplere uygun olarak idareye emir yasağını içermediğini ifade etmektedir<sup>335</sup>. Tam yargı davasında idarenin belirli bir miktar tazminatı ödemeye mahkûm edilmesinin de bir buyruk olduğuna dikkat çekerek, günümüzde idarenin etkili denetiminin gerekliliği ve yargıcın idareye emir veremeyeceği fikrinin eski önemini yitirmesi karşısında, tam yargı davasının

<sup>331</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 602; GÖZLER, s. 1386-1387; KAPLAN, s. 327; ÇAĞLAYAN, s. 699; FRIER/ PETIT, s. 534.

<sup>332</sup> ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, İsmail Akgün Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1752.

<sup>333</sup> AYANOĞLU Taner, "Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği", in *Danıştay ve İdari Yargı Günül35. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Yayınları No. 68, Ankara 2004, s. 66-67.

<sup>334</sup> YILDIRIM/ FİŞ ÜSTÜN, s. 433. Bununla birlikte yazarlar, Anayasa'nın 125. maddesiyle bağlı olan adli yargı yerlerinin idareye emir verebildikleri gibi idarenin yerine geçerek karar dahi aldıklarına dikkat çekmektedirler. Gerçekten de, tapu kaydının düzeltilmesi veya nüfus kaydının düzeltilmesi davalarında yargı yeri, idarenin yerine geçerek karar vermektedir.

<sup>335</sup> AYANOĞLU, s. 69. Tam yargı davası ile iptal davası arasında yargıcın kullandığı yetkiler bakımından bir fark olmadığı görüşü için bkz. KARAHANOGULLARI, s. 224.

etkili bir hukuki koruma için kullanılmasının önünde yargıcın kendine koydukları dışında bir engel olmadığı sonucuna varmaktadır<sup>336</sup>.

Sonuç olarak tam yargı davası, daha bütüncül bir yaklaşıma imkan verdiğinden idarenin yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmesi bakımından iptal davasına göre daha geniş olanaklar sunmakla birlikte, iklim davaları bakımından sorumluluğun koşulları ve özellikle yargıcın yetkilerinin sınırlılığı nedeniyle<sup>337</sup> etkili bir yargısal koruma sağlamamaktan uzaktır.

## SONUÇ

İklim davaları, diğer çevre davaları gibi, uluslararası hukuk, insan hakları hukuku, anayasa hukuku, idare hukuku, borçlar hukuku, usul hukuku ve AB hukukunun birlikte değerlendirilmesini gerektiren ve karmaşık hukuki sorunsalların iç içe geçtiği davalardır. Sistemik iklim davalarının ortak özellikleri ise hukuki korunma taleplerinin her bir hukuk disiplininin yerleşik anlayışlarını zorlamasıdır. Bu durum bir yandan taleplerin siyaset alanında kalıyor gözükmelerinden ve dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesinin devreye girmesinden, diğer yandan mevcut normatif yapının ve yargı kararlarıyla yıllar içinde belirlenen yerleşik içtihadın kapsamı dışında değerlendirilmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda, ya hukukun sunduğu araçların insanlığın ortak sorunu olan iklim değişikliğiyle mücadelede çözüm olamadığı sonucuna ulaşılacak, ya da hukuki araçlara yeni bir gözle bakılarak ve yeni araçlar geliştirilerek etkili bir hukuki koruma sağlanmaya çalışılacaktır.

Bu çalışmada incelenen kararlar, bazı adımlar daha cesur, bazıları daha temkinli olsa da ikinci seçeneğin tercih edildiği örneklerdir. *Urgenda* ve *Klimaatzaak* kararlarında iklim değişikliğiyle mücadele ve buna bağlı olarak sera gazı salımlarının azaltılması, AİHS madde 2 ve madde 8'in devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün gereği olarak kabul edilmiş; bu yükümlülük

<sup>336</sup> AYANOĞLU, s. 71. Öztürk ise genişletici bir yorumla bir hak ihlalinin giderilmesi amacıyla açılan davaların, tazminat istemi içermeseler de tam yargı davası kapsamında görülmesinin mümkün olduğu görüşünde olmakla birlikte İYUK'ta tam yargı davasının konusunun para olduğunu gösteren hükümlerin varlığına dikkat çekmektedir. ÖZTÜRK, s. 112.

<sup>337</sup> Onar'ın ifadesiyle "tam kaza davası hükmünün iptal hükmüne benzediği bir nokta iptal davalarında olduğu gibi tam kaza davalarında mahkemenin idare yerine kaim olarak bir karar alamaması ona direktif mahiyetinde bir husus ihtiva etmemesidir: (...) tam kaza davası (...) bir durumun (...) haksız olduğunu ve vaziyetin iadesi lazım geldiği veya bir tazminatın verilmesi yolunda idarenin bir borcunu gösterir. Yoksa ona bir hareket tarzı gösteremez ve tahmil edemez." ONAR, s. 1804.



haksız fiil sorumluluğu kapsamındaki özen yükümlülüğünün içeriğini belirlemede kullanılmıştır. *Urgenda* kararında ayrıca, devlete taahhüt ettiği için daha fazla azaltım yapmaya yönelik tedbir alması konusunda yargısal emir verilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 20a maddesinin devlete gelecek nesilleri iklim değişikliğine karşı koruma ödevi yüklediğini ifade etmiş; anayasal özgürlüklerin zamanlararası güvence altında olduklarını belirleterek yasa koyucunun sera gazı salımlarının sınırlandırmasına ilişkin yükümlülüklerini ötelemesinin özgürlükler üzerinde “müdahale benzeri ön etki” yaratacağı sonucuna varmış ve devlete hak ihlalini ortadan kaldırması için süre vermiştir. Fransa’da Devlet Konseyi, *Commune de Grande-Synthe* kararıyla, idarenin sera gazı azaltım hedeflerini gerçekleştirme amacıyla yürüttüğü faaliyetlerin bu hedefleri karşılamada yetersiz kaldıklarını tespit etmesi sonrasında, devlete gerekli tedbirleri alması konusunda yargısal emir vermiştir. Bu yoldan ilerleyen Paris İdare Mahkemesi ise *Association Oxfam France* kararıyla, Medeni Kanun’un ekolojik zarara ilişkin düzenlemesini ilk kez idari sorumluluk hukukunda uygulayarak idarenin sera gazı salımlarının azaltılmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin ekolojik zarara neden olduğu sonucuna varmış, devletin bu zararın aynen tazminine yönelik tedbirleri almasına hükmetmiştir.

Türk idare yargıcı, kararlarını temellendirirken temel hak ve özgürlüklere, AİHS’ne ve uluslararası hukuka başvurmada özellikle Fransız idare yargıcına göre çok daha liberal bir anlayışa sahip olabilmektedir. Bununla birlikte bazı normatif sınırlar ve özellikle yargıcın kendi yetkilerini kısıtlayıcı yaklaşımları, yukarıdaki kararlarda gerçekleştirilen açılımların benimsenmesini ve yargısal emir gibi araçların kullanımını güçleştirmektedir. Bunun sonucu olarak, idarenin iklim değişikliği ile mücadele yükümlülüğünün, muhtelif faaliyetlere ilişkin genel düzenleyici işlemlere veya izin, lisans ve ruhsat gibi birel işlemlere karşı açılan iptal davalarında ileri sürülmesi, yargıcın bu tür davalara aşına olması ve yargılama tekniğinin yönetsel olarak oturmuşluğu nedeni ile şüphesiz sistemik davalara göre daha güvenli olacaktır. Üstelik bu davaların bir kısmının hem çevresel konulara ilişkin mevcut duyarlılığı açığa çıkarmak, hem de toplumu bilgilendirmek ve kamuoyu oluşturmak bakımından “stratejik” dava olarak kurgulanmaları mümkündür.

İklim değişikliğinin aciliyeti olan bir sorun olması ve zamansal ve mekânsal boyutu nedeniyle bu konuda bütüncül, etkili ve hakiki bir politika oluşturulması ve hukuki araçların geliştirilmesi gerektiği açıktır. Bu nedenle, özellikle Paris Anlaşması’nın onaylanmasından sonra, Türkiye’de

de bütün sınırlara rağmen sistemik iklim davalarının yargı önüne taşınması ihtimal dahilindedir. Bu davaların stratejik dava olarak kurgulanması halinde, özellikle sivil toplum örgütlerinin bilgi birikimi ve deneyimi öne çıkarılabilecek, iklim değişikliğiyle mücadelenin aciliyeti konusunda kamuoyu oluşturulabilecek ve başka ülkelerde açılan davalardaki deneyimlerden de yararlanılarak yürürlükteki hukuk kurallarının ve idarenin faaliyetlerinin iklim değişikliğiyle mücadele bakımından eksikleri ortaya konulabilecektir. İdarenin iklim davaları yoluyla denetiminde maddi hukuk kuralları kadar yargısal araçların yeterliliği de belirleyici olduğundan, bu sayede özellikle etkili yargısal denetime ilişkin yapısal ve uygulamadan kaynaklanan sorunların bir kez daha açığa çıkarılması ve bunlar üzerinde yapıcı tartışma platformlarının oluşturulması da mümkün olabilir.

### **KISALTMALAR**

AB: Avrupa Birliği

ABAD: Avrupa Birliği Adalet Divanı

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AJDA : Actualité juridique. Droit administratif

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AYM: Anayasa Mahkemesi

BVerfG: Bundesverfassungsgericht

B. No.: Başvuru numarası

Bkz.: Bakınız

C.: Cilt

Cass. Crim.: Cour de Cassation, Chambre criminelle

CBK: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

CE: Conseil d'État

CC: Conseil constitutionnel

D.: Dairesi

Dan.: Danıştay

DD: Danıştay Dergisi

DİDDK : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

Dn.: Dipnot

E.: Esas sayısı

Ed.: Editör

Et al.: Et alia

Ibid.: Ibidem

İYUK: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

*YUHF D* Cilt. XIX No.2 (2022)

K.: Karar sayısı

Md.: Madde

No-N°: Numara

Op. cit.: Opus citatum

RFDA: Revue française de droit administratif

RFDC: Revue française de droit constitutionnel

RG: Resmi Gazete

RJE: Revue juridique de l'environnement

S.: Sayı

s.: Sayfa

TA: Tribunal administratif

Trib. Bruxelles: Tribunal de premiere instance francophone de Bruxelles,  
Section civile

Vd.: Ve devamı

VerfBlog: Verfassungblog

Vol.: Volume

## KAYNAKÇA

**AGUILA Yann**, “Petite typologie des actions climatiques contre l’État”,  
AJDA 2019, s. 1853.

**AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil**, *Türk İdari  
Yargılama Hukuku*, 6. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, 861 s.

**ALICA Süheyla**, “Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu”, Gazi  
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4) 2011, ss. 87-119.

**AŞICI Ahmet Atıl**, *Avrupa Birliği'nin Sınırdaki Karbon Uyarlaması  
Mekanizması ve Türkiye Ekonomisi*, IPM- Mercator Politika Notu, Ocak  
2021,

[https://ipc.sabanciuniv.edu/Content/Images/CKeditorImages/20210106-  
00011055.pdf](https://ipc.sabanciuniv.edu/Content/Images/CKeditorImages/20210106-00011055.pdf) (Erişim tarihi: 2.2.2022).

**ATALAY Serde** (çev.), “Urgenda İklim Değişikliği Davası İstinaf  
Kararının Çevirisi”, in GOSSERIES Alex/ KADAYIFÇI Refia /  
ATALAY Serde, *Urgenda İklim Değişikliği Davası*, Ekoloji Kolektifi,  
2019, ss. 11-36. [http://iklimadaleti.org/wp-  
content/uploads/2019/03/Urgenda-2.pdf](http://iklimadaleti.org/wp-content/uploads/2019/03/Urgenda-2.pdf) (Erişim tarihi: 10.11.2021)

**ATAPATTU Sumudu**, “The Paris Agreement and human rights: is  
sustainable development the 'new human right'?", *Journal of Human  
Rights and the Environment*, 9(1), 2018, ss. 68-88.

- ATAY Ender Ethem**, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararının Uygulanması”, in *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Matbaası, Ankara 2008, ss. 13-96. (İptal)
- ATAY Ender Ethem**, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2018, 718 s. (İdare Hukuku)
- AYANOĞLU Taner**, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, in *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Matbaası, Ankara 2004, ss. 63-71.
- BACKES Chris/ VAN DER VEEN Gerrit**, “Urgenda: the Final Judgment of the Dutch Supreme Court”, *Journal for European Environmental & Planning Law*, 17 2020, ss. 307-321.
- BRIMO Sara**, “Les potentialités du contentieux de la carence administrative en matière de santé et d’environnement”, *AJDA* 2021, s. 1256.
- BROWN WEISS Edith**, “Intergenerational Equity in International Law”, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting v81*, 1987, ss. 126-133.
- BÜLBÜL Erdoğan**, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta, İstanbul 2010, 138 s.
- CANDAN Turgut**, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, 1416 s.
- CHAPUS René**, *Droit du contentieux administratif*, 13. Bası, Montchrestien, Paris 2008, 1540 s.
- COURNIL Christel**, “Les prémisses de révolutions juridiques? Récents contentieux climatiques européens”, *RFDA* 2021, s. 957.
- CROTTET Brice**, “Le Conseil Constitutionnel et l’obligation de vigilance environnementale”, *RFDC*, 90(2) 2012, ss. 239-267.
- ÇAĞLAYAN Ramazan**, *İdari Yargılama Hukuku*, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2019, 880 s.
- ÇAKIRCA Seda İrem**, “Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 47 2012, ss.59-94.
- DE BOULOIS Xavier Dupré**, “Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l’homme”, *RFDA* 2021, s. 739.
- DUEZ Paul**, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz, Paris 1938, 342 s.
- DURAN Lütfi**, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, TODAİE Yayınları, Ankara 1974, 101 s.

- EKARDT Felix**, “Climate Revolution with Weaknesses”, *VerfBlog*, 8.5.2021, <https://verfassungsblog.de/climate-revolution-with-weaknesses/>, (Erişim tarihi: 21.3.2022)
- FORT-BESNARD Amélie**, “Conclusions sous TA Paris, Associations Oxfam France, Notre Affaire À Tous, la Fondation pour la Nature et l’Homme et Greenpeace France”, <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2021/03/Concl-AFB-AdS.pdf> (Erişim tarihi: 15.4.2022)
- FRIER Pierre-Laurent/ PETIT Jacques**, *Précis de droit administratif*, 6. Bası, Montchrestien, Paris 2010, 568 s.
- GAILLET Aurore/ GRIMM Dieter**, “La décision Climat de Karlsruhe. Penser les droits fondamentaux sur le long terme: une réponse contentieuse à l’urgence climatique?” *AJDA* 2022, s. 166.
- GÖKALP ALICA Süheyla Suzan**, “İklim Davaları” in *İklim Mücadelesinde Ekonomik, Sosyal ve Ekolojik Adalet, İklim Değişikliği Alanında Ortak Çabaların Desteklenmesi Projesi (iklimİN), İklim Değişikliği Eğitim Modülleri Serisi: 16*, [https://www.iklimin.org/wp-content/uploads/egitimler/seri\\_16.pdf](https://www.iklimin.org/wp-content/uploads/egitimler/seri_16.pdf) (Erişim tarihi: 14.4.2022)
- GÖZLER Kemal**, *İdare Hukuku*, C. II, 3. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, 1664 s.
- GÜNEŞ Ahmet**, “Alman Çevre Hukukunun Anayasal Çerçevesi”, *AÜHFD*, 58(4) 2009, ss. 777-824.
- GÜNEŞ Ahmet**, *Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi*, Bilge Yayınevi, İstanbul 2012, 264 s.
- HOYNCK Stéphane**, “Conclusions sous CE, 19.11.2020, *Commune de Grande-Synthe*”, [https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2020-11-19/427301?download\\_pdf](https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2020-11-19/427301?download_pdf). (Erişim tarihi: 25.11.2021)
- İNELİ CİĞER Meltem**, *İklim Değişikliği ile Mücadelede Devletlerin Farklılaştırılmış Sorumlulukları ve Uluslararası Hukukta Ortak Fakat Farklılaştırılmış Sorumluluklar İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, 185 s.
- KABOĞLU İbrahim/ YANCI ÖZALP Nihan**, *Çevre Hakkı*, 4. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul 2021, 328 s.
- KABOĞLU İbrahim**, “Anayasa’nın Ekosistem Açısından Okunması”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 10(20) 2021, ss. XI-XXII.
- KAPLAN Gürsel**, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, 602 s.

- KARAHANOĞULLARI Onur**, *İdari yargı. İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, 874 s.
- KAYA Cemil**, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 3. Bası, On İki Levha, İstanbul 2021, 258 s.
- KÖYBAŞI Serkan**, “Ekolojik Krize Karşı Yeşil Anayasa”, Politika notu, İstanbul Politika Araştırmaları Enstitüsü, 5 Nisan 2021, [https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586\\_dc99d5204b82443ea857d1d513673f3e.pdf](https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_dc99d5204b82443ea857d1d513673f3e.pdf).
- LAVRYSEN Luc**, “Belgian Report. Climate Change and Adjudication”, EU Forum of Judges for the Environment, 22 and 23 September 2017, <https://biblio.ugent.be/publication/8532413/file/8532415> (Erişim tarihi: 15.6.2022)
- LEITJEN Ingrid**, “The Dutch Climate Case Judgment: Human Rights Potential and Constitutional Unease”, *VerfBlog*, 19.10.2018, <https://verfassungsblog.de/the-dutch-climate-case-judgment-human-rights-potential-and-constitutional-unease/>. (Erişim tarihi: 15.1.2022)
- LEITJEN Ingrid**, “Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37(2) 2019, ss. 112-118. (Urgenda)
- LOTH Marc A**, “The Civil Court as Risk Regulator: The Issue of Its Legitimacy”, *European Journal of Risk Regulation*, 9 2018, ss. 66–78.
- MAY James R./ DALY Erin**, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, 414 s.
- MAYER Benoît**, “International Law Obligations Arising in relation to Nationally Determined Contributions”, *Transnational Environmental Law*, 7(2) 2018, ss. 251-275.
- MINNEROP Petra**, “The ‘Advance Interference-Like Effect’ of Climate Targets: Fundamental Rights, Intergenerational Equity and the German Federal Constitutional Court”, *Journal of Environmental Law*, 34(1) 2021, ss.134-161.
- OCAK Kasım**, *Çevrenin Korunmasına Yönelik Kolluk Faaliyetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara 2019, 176 s.
- ONAR Sıddık Sami**, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, (-1441) 2152 s.
- ÖZKAYA ÖZLÜER Ilgın**, “Paris Anlaşması Sonrasında “ÇED Kapsam Dışı Değerlendirme” Kararları ve Çevresel Kolluk Faaliyetlerinin İklim Hukuku Açısından Niteliği”, *AÜHFD*, 71(1) 2022, ss. 515-542.

**ÖZLÜER Fevzi, YILDIRIM Hülya, Erdem Cömert Uygur,** *Türkiye’de İklim Koruma Davaları ve Hukuki Durum*, Ekoloji Kolektifi, 1. Bası, İstanbul, 2017, <https://secureservercdn.net/160.153.138.71/nm7.e04.myftpupload.com/wp-content/uploads/2017/11/T%C3%BCrkiye-%C4%B0klim-Koruma-Davalar%C4%B1-ve-Hukuki-Durum-Raporu.pdf>. (Erişim tarihi: 3.11.2021)

**ÖZTÜRK K. Burak**, “Fransa ve Türkiye’de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, Ankara Barosu Dergisi, 77 2019, ss. 95-117.

**PEETERS Marjan**, “Case Note. Urgenda Foundation and 886 Individuals v. The State of the Netherlands: The Dilemma of More Ambitious Greenhouse Gas Reduction Action by EU Member States”, *Review of European Community and International Environmental Law*, 25(1) 2016, ss.123-129.

**PERRIN Alix**, “Au-delà du cadre législatif initial : le pouvoir d'injonction en dehors de la loi du 8 février 1995”, *RFDA* 2015, s. 643.

**RENDERS David**, *Droit administratif général*, 3. Bası, Larcier, Bruxelles 2019, 692 s.

**SAIGER Anna-Julia**, “The Constitution Speaks in the Future Tense: On the Constitutional Complaints Against the Federal Climate Change Act”, *VerfBlog*, 29.4.2021, <https://verfassungsblog.de/the-constitution-speaks-in-the-futuretense/> (Erişim tarihi: 15.2.2022)

**SEMİZ Yasemin**, “Anayasa Mahkemesi’nin Çevre Hakkı Perspektifi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2) 2014, ss. 9–46.

**SETZER Joanna/ HIGHAM Catherine**, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2021 snapshot*, Policy Report, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, London 2021, 45 s. [https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation\\_2021-snapshot.pdf](https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf) (Erişim tarihi: 17.12.2021).

**ŞAHİN CEYLAN Şule**, “Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü: Bireyden Topluma Doğru”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72(1) 2014, ss. 293-310.

**ŞAHİN Ümit (ed.)**, *TÜRKİYE’NİN KARBONSUZLAŞMA YOL HARİTASI: 2050’DE NET SIFIR*, İstanbul Politikalar Merkezi, 2022 , 125 s.

<https://ipc.sabanciuniv.edu/Content/Images/CKeditorImages/20220220-22025433.pdf>. (Erişim tarihi: 5.5.2022).

**ŞAHİN Ümit**, “Türkiye’nin İklim Hedefi Ne Olmalı? (2) – Resmi INDC’nin Değerlendirilmesi”, Yeşil Gazete, 19.10.2015, <https://yesilgazete.org/turkiyenin-iklim-hedefi-ne-olmalı-2-resmi-indcnin-degerlendirilmesi/> (Erişim tarihi: 8.5.2022).

**TABAU Anne-Sophie**, “Les circulations entre l’accord de Paris et les contentieux climatiques nationaux : quel contrôle de l’action climatique des pouvoirs publics d’un point de vue global?”, RJE, n° spécial 2017, ss. 229-244.

**TABAU Anne-Sophie/ COURNIL Christel**, “Nouvelles perspectives pour la justice climatique. Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas”, RJE, 40(4) 2015, ss. 672-693.

**TORRE-SCHAUB Marta (dir.)**, *Les dynamiques du contentieux climatique: usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, Mission de recherche Droit & Justice, 2019, 243 s. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2020/01/17.05-RF-contentieux-climatiques.pdf> (erişim tarihi: 15.12.2021) (Dynamiques)

**TORRE-SCHAUB Marta**, “Les procès climatiques à l’étranger”, RFDA 2019, s. 660. (Procès)

**TORRE-SCHAUB Marta**, “Le contentieux climatique: du passé vers l’avenir”, RFDA 2022, s. 75.

**TURGUT Nühket**, “İhtiyat İlkesi”, AÜHFD, 45(1) 1996, ss. 67-102.

**TURGUT Nühket**, *Çevre Politikası ve Hukuku*, 2. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2012, 399 s. (Çevre Hukuku)

**TÜİK**, *Sera Gazı Emisyon İstatistikleri 1990-2020 Haber Bülteni*, 30 Mart 2022. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Greenhouse-Gas-Emissions-Statistics-1990-2020-45862> (Erişim tarihi: 2.5.2022)

**TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile**, “Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri”, Memleket Siyaset Yönetim, 16(36) 2021, ss. 329-366. (Yeşil Mutabakat)

**TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile**, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Çevre Hakkına Yaklaşımı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29(3) 2021, ss. 2545-2593. (Çevre Hakkı)

**ULER Yıldırım**, *İdari Yargıda Yargı Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, 157 s.

**ULUSOY Ali D.**, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, 844 s. (İdare Hukuku)



- ULUSOY Ali D.**, “Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD, 43(1-4) 1993, ss. 125-142.
- VAN LANG Agathe**, “L’hypothèse d’une action en responsabilité contre l’État”, RFDA 2019, s. 652.
- VAN LANG Agathe/ PERRIN Alix/ DEFFAIRI Meryem**, “Le contentieux climatique devant le juge administratif”, RFDA 2021, s. 747.
- VERPEAUX Michel**, “La lutte contre le déreglement climatique devant le juge constitutionnel. Les espoirs déçus”, AJDA 2021, s. 2526.
- VIEIRA Julien**, “L’émergence de l’activisme climatique et l’accès au juge”, RFDA 2019, s. 636.
- WEGENER Bernhard W.**, “Urgenda- World Rescue by Court Order? The “Climate Justice”- Movement Tests the Limits of Legal Protection”, Journal for European Environmental & Planning Law 16(3) 2019, ss. 125-147.
- YALÇIN Enes**, *İdare Hukukunda Eksik Kapsamlı Düzenlemelerin Yargısal Denetimi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, 157 s.
- YAŞAR Hasan Nuri**, *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir*, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul 2013, 225 s.
- YEŞİLYURT Nazile İrem**, “Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri”, İnsan Hakları Yıllığı, 32 2014, ss. 1-29.
- YILDIRIM Turan/ FİŞ ÜSTÜN Gül**, *Açıklamalı- Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu*, On İki Levha, İstanbul 2020, 784 s.
- YURTCANLI DUYZMAZ Seda**, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak İklim Değişikliği”, Anayasa Hukuku Dergisi, 8(16) 2019, ss. 491-545.

### İnternet kaynakları:

- <https://www.bundesverfassungsgericht.de>  
<https://csb.gov.tr>  
<http://climatecasechart.com>  
<https://conseil-etat.fr>  
<https://daloz.fr>  
<https://danistay.gov.tr>  
<https://dogadernegi.org>  
<https://ekolojikolektifi.org>  
<https://istanpol.org>  
<https://legifrance.gouv.fr>

<https://lexpera.com.tr>

<https://lextenso.fr>

<https://notreaffaireatous.org>

<https://ticaret.gov.tr>

<https://tez.yok.gov.tr>

<https://verfassungblog.de>

# # MALİ EYLEM GÖREV GÜCÜ (FINANCIAL ACTION TASK FORCE-FATF)'NÜN DEĞERLENDİRİLMESİ VE TÜRKİYE'DEKİ YANSIMALARI

(REVIEWING OF THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) AND ITS REFLECTIONS IN TURKEY)

Koray Akyürek \* \*\*

## ÖZ

*Suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının temel unsuru olan para, ilk olarak M.Ö. 7. yüzyılda Anadolu'da hüküm süren Lidyalılar tarafından bulunmuştur. Lidyalılara kadar günlük ilişkilerde ve ticari hayatta değiş tokuş yöntemi uygulanmış; paranın bulunmasıyla birlikte insanlık tarihi geri dönüşü olmayacak şekilde değişmiştir. Günümüze kadar olan süreçte para, değerli madenlerle harmanlanan sikke formundan kâğıt formuna bürünmüş, yakın zamanda ise dijital bir görünüme kavuşarak gündelik hayatımızın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Paranın tarihteki kullanımı yalnızca ticaretle sınırlı kalmamış, tüm dönemlerde uluslararası ilişkilerde devletlerin baskı aracına da dönüşmüştür.*

*Bununla birlikte para ve paranın kullanımı suçlarla da ilişkili olmuş, öyle ki para ilk dönemlerde suçun işlenmesinin temel saiklerinden biri iken; modern zamanlarda suçun aracı haline dönüşmüştür. Özellikle liberal ekonomi anlayışının bir yansıması olarak küreselleşen ulusal ekonomiler paranın dolaşımını hızlandırıp takibini zorlaştırırken teknolojinin de etkisiyle suçlardan elde edilen gelirin finans sistemine sokularak aklanması veya suç örgütlerinin hesabına aktarılmasını kolaylaşmıştır.*

*Bu doğrultuda, işlenen suçların insani boyutu ile suç gelirlerinin ekonomik yansımaları tüm ülkelerin politik anlamda birlikte çözüm arayışına girmesine sebep olmuş; bunun sonucu olarak suç gelirlerinin aklanmasına karşı uluslararası zeminde çalışmalar gerçekleştirilmiş ve birtakım ortak standartlar ile politikalar belirlenmiştir. Bu çalışmaların en*

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 14.02.2022. İlk hakem raporu tarihi: 14.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 02.06.2022. Onaylanma Tarihi: 02.06.2022.

\* Avukat

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8394-9673

**Esere Atıf Şekli:** Koray Akyürek, "Mali Eylem Görev Gücü (Financial Action Task Force-FATF)'nün Değerlendirilmesi ve Türkiye'deki Yansımaları", YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.429-469.

büyük yansıması ise Mali Eylem Görev Gücü (“FATF”) olmuştur. Ancak FATF bu anlamda tek kuruluş olmamış, küresel ve bölgesel olarak birçok çalışma grubu veya organizasyon hayata geçmiştir. Tüm bu organizasyonların temel amacı ise suç gelirlerinin önlenmesi ve terörün finansmanı ile olan mücadele olmuştur.

Yukarıda ifade edilen olgular ışığında araştırma makalemizde, kara paranın aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi mücadelesinde en büyük uluslararası organizasyon olan FATF incelenmiş, bu uluslararası organizasyonun ortaya çıkışı, çalışma usulü ve tavsiyeleri okuyucuya aktarılmıştır. Çalışmada ayrıca Türkiye’nin, FATF’ye katılımı ile suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi konusundaki ulusal çalışmaları, kuralları ve yaptırımları da detaylı olarak incelenmiştir.

**Anahtar sözcükler:** Kara Para Aklama, Terörün Finansmanı, Mali Eylem Görev Gücü, FATF Tavsiyeleri, Mali Suçlar, Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK)

## ABSTRACT

Money, which is the main element of laundering the proceeds of crime and terrorist financing, was first found by the Lydians who ruled in Anatolia in the 7th century BC. Until the Lydians, the barter method was used in daily relations and commercial life; with the discovery of money, the history of humanity has changed irreversibly. In the process until today, money has taken the form of paper from the coin form blended with precious metals, and recently it has become an indispensable element of our daily life by gaining a digital appearance. The use of money in history has not been limited to trade, but has also turned into a means of pressure in international relations in all times.

However, money and the use of money have also been associated with crimes, so much so that while money was one of the main motives of the crime in the first period; in modern times, it has turned into a tool of crime. Especially as a reflection of the liberal economy understanding, globalized national economies accelerate the circulation of money and make it difficult to follow it, while with the effect of technology, it has become easier to launder the proceeds from crimes by inserting them into the financial system or to transfer them to the accounts of criminal organizations.

In this direction, the humanitarian dimension of the crimes committed and the economic repercussions of the proceeds of crime caused all countries to seek solutions together in political terms; as a result, studies have been carried out on an international basis against money laundering

*and some common standards and policies have been determined. The biggest reflection of these efforts has been the Financial Action Task Force (FATF). However, FATF has not been the only institution in this sense, and many working groups or organizations have been implemented globally and regionally. The main purpose of all these organizations was the prevention of the proceeds of crime and the fight against terrorist financing.*

*In the light of the facts mentioned above, in our research article, FATF, which is the largest international organization in the fight against money laundering and terrorist financing has been examined, the emergence of this international organization, its working methods and recommendations have been conveyed to the reader. In addition, Turkey's FATF membership, its national studies, rules and sanctions on the prevention of money laundering and terrorist financing were also examined in detail in the article.*

**Keywords:** Money Laundering, Terrorist Financing, Financial Action Task Force, FATF Recommendations, Financial Crimes, Financial Crimes Investigation Board (MASAK)

\*\*\*

## **I. Mali Eylem Görev Gücü (FATF)**

### **1. Genel Olarak FATF**

Mali Eylem Görev Gücü (Financial Action Task Force-FATF), kara paranın aklanması ve kitle imha silahlarını da içeren terörün finansmanının önlenmesi ile ilgili mücadelede uluslararası standartlar oluşturmak ve bu standartlarla uyumlu yasal düzenleyici tedbirlerin alınması ile bu tedbirlerin etkili şekilde uygulanmasını teşvik etmek amacıyla 1989 yılında G7 ülkelerinin (Amerika Birleşik Devletleri, Japonya, Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya ve Kanada) Paris'te yapılan yıllık ekonomik zirve toplantısında kamuoyu ile paylaşılan Ekonomik Deklarasyon<sup>1</sup> ile, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün ("OECD") bünyesinde bulunacak şekilde ancak ondan bağımsız olarak, kurulan hükümetlerarası bir organizasyondur<sup>2</sup>.

Mali Eylem Görev Gücü (FATF), 1989 yılında kurulduğunda yalnızca kara paranın aklanmasıyla mücadelede yer alırken, 11 Eylül 2001 tarihinde

<sup>1</sup> Bkz G7 Economic Declaration (1989)

<<http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/index.html>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

<sup>2</sup> Bkz T.C. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, FATF (Financial Action Task Force) <<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/fatf-mali-eylem-gorev-gucu>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

gerçekleştirilen terör saldırılarından sonra terörün finansmanı ile olan mücadelede de etkin şekilde yer almaya başlamıştır<sup>3</sup>.

FATF'nin üstlendiği misyon yalnızca uluslararası anlamda standart oluşturmak değil; söz konusu uluslararası standartların ulusal düzeyde uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli reformların gerçekleşmesi için siyasi bir dayanak oluşturmaktır. Dolayısıyla FATF'nin temel misyonu, tüm ülkelerde gerekli tedbirlerin var olmasını sağlayarak kara para aklamanın engellenmesine veya bunun tespit edilmesine yardımcı olmaktır. Bu kapsamda küresel ölçekte 200'den fazla ülke ile birlikte bazı bölgesel kuruluşlar, FATF'nin rehber niteliğindeki tavsiyelerini dikkate alarak kara para aklama, organize suç, yolsuzluk ve terörün finansmanı alanlarında mücadele etmektedirler. FATF ise bu mücadelede yer alan ülkeleri ayrı ayrı değerlendirmekte; bu doğrultuda kapsamlı raporlar hazırlamaktadır. Hazırlanan bu raporlar üye ülkelere sunulmakta, ayrıca OECD Bakanlar Konseyi ile G7 zirvesine de gönderilmektedir.

FATF, üstlendiği misyon kapsamında genel olarak aşağıdaki görevleri yerine getirir:<sup>4</sup>

*"a) İlgili yöntemler ve eğilimler de dahil olmak üzere, kara para aklama, terörün finansmanı ve finansal sistemin bütünlüğüne yönelik diğer tehditleri belirlemek ve analiz etmek; uluslararası finansal sistemin kötüye kullanımıyla mücadele etmek için tasarlanmış önlemlerin etkisinin incelenmesi; ulusal, bölgesel ve küresel tehdit ve risk değerlendirmelerini desteklemek;*

*b) Güncel ve etkili olmalarını sağlamak için kara para aklama ve terörizmin finansmanı ve yayılma ile mücadele için uluslararası standartların (FATF Tavsiyeleri) geliştirilmesi ve rafine edilmesi;*

*c) Kara para aklama ve terörün finansmanı ve yayılma ile mücadeleye yönelik sistemlerin teknik uyum, uygulama ve etkinliğinin derecesini belirlemek için 'akran incelemeleri' ('karşılıklı değerlendirmeler') ve takip süreçleri yoluyla Üyelerini değerlendirmek ve izlemek; karşılıklı değerlendirmeler ve değerlendirme takibi yapmak için standart değerlendirme metodolojisinin ve ortak prosedürlerin iyileştirilmesi;*

*d) Yüksek riskli, işbirlikçi olmayan ülkeler ve ulusal rejimlerinde stratejik eksiklikleri olanları belirlemek ve bunlarla ilişki kurmak ve bunların*

<sup>3</sup> Oktay Üstün, 'Karapara Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Uluslararası Girişimler ve Araçlara Toplu Bakış' (2008) (65) Bankacılar Dergisi 19, 19.

<sup>4</sup> Financial Action Task Force, Mandate (2019) 4 ff <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

*oluşturduğu tehdide karşı finansal sistemin bütünlüğünü korumaya yönelik eylemleri koordine etmek;*

*e) FATF tarzı bölgesel kuruluşlar ve uluslararası kuruluşlardan oluşan küresel ağ aracılığıyla tüm ülkeler tarafından FATF Tavsiyelerinin tam ve etkin bir şekilde uygulanmasını teşvik etmek; FATF standartlarının net bir şekilde anlaşılmasını ve FATF küresel ağı genelinde karşılıklı değerlendirme ve takip süreçlerinin tutarlı bir şekilde uygulanmasının sağlanması ve standart eğitim ve erişim dahil olmak üzere bölgesel kuruluşların üye ülkelerini değerlendirme ve izleme kapasitesinin güçlendirilmesi;*

*f) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, G20 ve FATF'nin kendisi de dahil olmak üzere uluslararası toplum tarafından belirlenen ihtiyaçlarla tutarlı olarak finansal sistemin bütünlüğüne yönelik önemli yeni ve ortaya çıkan tehditlere ve risklere gerektiği şekilde yanıt vermek; FATF standartlarıyla uyumlu bir şekilde ilgili uluslararası yükümlülüklerin uygulanmasını kolaylaştırmak için gerektiği şekilde kılavuz hazırlamak (örneğin kara para aklama, terörün finansmanı, yeni ve ortaya çıkan eğilimler dahil olmak üzere finansman ve mali sistemin yolsuzlukla ilgili diğer suistimalleri);*

*g) Terörizm ve nükleer silahların yayılmasının önlenmesine ilişkin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının mali hükümlerinin uygulanmasında yargı mercilerine yardımcı olmak, FATF'nin karşılıklı değerlendirme ve takip sürecine uygun olarak bu tedbirlerin uygulama derecesini ve etkinliğini değerlendirmek ve aşağıdaki şekilde kılavuz hazırlayarak FATF standartlarıyla uyumlu bir şekilde ilgili uluslararası yükümlülüklerin uygulanmasını kolaylaştırmak;*

*h) FATF'nin faaliyet ve hedeflerine erişimini artırmak için başta Birleşmiş Milletler olmak üzere diğer uluslararası örgütler ve organlarla ilişkileri sürdürmek;*

*i) FATF standartlarının daha etkin bir şekilde uygulanmasına yönelik şeffaflığı ve diyalogu teşvik etmek için yıllık istişare forumu ve diğer yöntemler aracılığıyla FATF'nin genel çalışmasıyla ilgili konularda özel sektör ve sivil toplumla ilişki kurmak ve danışmak;*

*j) Faaliyetleri sırasında ve bu yetki çerçevesinde Üyeleri tarafından kabul edilen her türlü yeni görevi üstlenmek; ve bu yeni görevleri, yalnızca başka bir yerde mevcut çabaların tekrarından kaçınırken, belirli bir ek katkısı olduğunda üstlenmek.”*

## 2. FATF'nin Kuruluşu ve Amacı

Mali Eylem Görev Gücü (FATF), bir önceki başlıkta ifade edildiği üzere 16 Nisan 1989'da Paris'te toplanan G7 ülkeleri ve buna ek olarak sekiz ülkenin<sup>5</sup> katılımıyla gerçekleşen ekonomik zirvede yayınlanan Ekonomik Deklarasyon ile OECD bünyesinde kurulmuş olup, çalışmalarını yine Paris'te bulunan OECD merkezinde yürütmektedir. FATF, her ne kadar OECD bünyesinde kurulmuş ve çalışmalarını OECD merkezinde yürütüyor olsa bile kurumun OECD ile herhangi bir organik bağı bulunmamaktadır.

FATF, kurulduğu dönemde belirli bir zaman dilimi için oluşturulmuş bir görev gücü olmasından dolayı kurumun kendi görev süresi sınırsız değildi. Bundan kaynaklı olarak FATF'nin çalışma süresi her beş yılda bir değerlendirilmiş, gerçekleştirilen toplantılarda görev süresi ihtiyaçlara binaen sürekli uzatılmıştır. Ancak 12 Nisan 2019'da alınan bir karar ile FATF'nin periyodik olarak uzatılan görev süresi, süresiz hale getirilmiş ve üye ülkelerin bakanları FATF'ye kara para aklama ve terörün finansmanının önlenmesi ile ilgili mücadelede daha fazla yetki vermiştir<sup>6</sup>.

Mali Eylem Görev Gücü'nün kuruluş amacı, uluslararası finansal sistemin bütünlüğüne karşı tehdit oluşturan kara para aklama ve terörün finansmanı, kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanı ve ilgili bütün tehditlerle mücadele için ihtiyaç duyulan yasal, düzenleyici ve operasyonel tedbirlerin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Bu doğrultuda FATF, kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadelede uluslararası standartları belirlemekte, bu minvalde getirilen yasal, düzenleyici ve operasyonel tedbirlerin ne ölçüde uygulandığını tespit etmek için ülkeleri belli periyotlarla değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Değerlendirme neticesinde, denetlenen ülkenin kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadele sisteminde eksikliklerinin bulunduğu tespit edilmesi halinde bu eksiklikleri giderilmesi için ülkeler uyarılmak suretiyle özel izleme programına alınmakta, bu sürecin sonunda gerekli iyileştirmelerin yapılmaması halinde ise söz konusu ülkelere çeşitli yaptırımlar uygulanabilmektedir.

<sup>5</sup> Bu ülkeler: İsveç, Hollanda, Belçika, Lüksemburg, İsviçre, Avusturya, İspanya, Avustralya.

<sup>6</sup> Financial Action Task Force, Mandate (2019) <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.



### 3. FATF Üyeleri

FATF'nin Ekim 2021 itibariyle 37'si ülke ve 2'si uluslararası organizyon olmak üzere toplam 39 üyesi bulunmaktadır. FATF ayrıca kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadelede yer alan bir dizi uluslararası ve bölgesel kuruluşla da yakın işbirliği içinde çalışmaktadır<sup>7</sup>.

FATF'nin üyeleri sırasıyla: Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Brezilya, Kanada, Çin, Danimarka, Avrupa Komisyonu, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Körfez İşbirliği Konseyi, Hong Kong-Çin, İzlanda, Hindistan, İrlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Kore Cumhuriyeti, Lüksemburg, Malezya, Meksika, Hollanda Krallığı, Yeni Zelanda, Norveç, Portekiz, Rusya Federasyonu, Suudi Arabistan, Singapur, Güney Afrika, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'dir. Üye ülkelerin yanında Endonezya ise gözlemci üye statusündedir.

Bununla birlikte FATF'nin bölgesel ortak üyeleri (FATF Benzeri Kurumlar-Style Regional Bodies - FSRBs) de bulunmaktadır. Tam olarak FATF üyesi olmayan bu bölgesel üyeler ("FSRBs"), FATF toplantılarına bölgesel organların bireysel üye delegeleri sıfatıyla katılarak politik ve operasyonel konulara müdahale etme hakkına sahiptirler. Söz konusu bölgesel ortak üyeler: Asya/Pasifik Karapara Aklama Grubu, Karayip Mali Eylem Görev Gücü, Avrupa Konseyi Karapara Aklama Önlemlerinin ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine İlişkin Uzmanlar Komitesi, Avrasya Grubu, Doğu ve Güney Afrika Karapara Aklamayı Önleme Grubu, Latin Amerika Mali Eylem Görev Gücü, Batı Afrika'da Karapara Aklama ile Mücadele Hükümetlerarası Eylem Grubu, Orta Doğu ve Kuzey Afrika Mali Eylem Görev Gücü, Orta Afrika'da Karapara Aklama Görev Gücü'dür.

Üyeler dışında FATF'nin gözlemci kuruluşları da bulunmaktadır. Aşağıda sıralanan kuruluşlar FATF'de gözlemci statüsüne sahip olmakla birlikte, söz konusu kuruluşların ortak noktası ise kara para aklama karşıtı misyonları ve işbirlikleridir. Bu kuruluşlar: Afrika Kalkınma Bankası, Franc Bölgesi Karapara Aklamayla Mücadele İrtibat Komitesi, Asya Kalkınma Bankası, Basel Bankacılık Denetim Komitesi, Camden Varlık Kurtarma Kurumlar Arası Ağ, Egmont Mali İstihbarat Birimleri Grubu, Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası, Avrupa Merkez Bankası, Eurojust, Europol, Uluslararası Finans Merkezi Denetçileri Grubu, Amerikalılar Arası Kalkınma Bankası, Uluslararası Sigorta Denetçileri Birliği, Uluslararası

<sup>7</sup> Tüm üye ve diğer kuruluşlar için bkz <<https://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

Para Fonu (IMF), Uluslararası Menkul Kıymet Komisyonları Örgütü, Interpol, Terörizme Karşı Amerikalılar Arası Komite, Amerika Kıtası Uyuşturucu Bağımlılığı Kontrol Komisyonu, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGIT), Birleşmiş Milletler (BM), Dünya Bankası, Dünya Gümrük Örgütü'dür.

FATF üyeliği için aday ülke veya uluslararası kuruluşların birtakım taahhütlerde bulunması ve bu taahhütler kapsamında bazı yükümlülükleri yerine getirmesi beklenmektedir. Bu taahhütler arasında, FATF tavsiyelerini ve metodolojisini onaylamak, bu doğrultuda raporlar sunmak ve FATF çalışmalarına katılarak diğer tüm gereklilikleri ulusal düzeyde benimsemek bulunmaktadır. FATF tarafından belirtilen tüm kriterlerin yerine getirilmesinin ardından en geç 3 yıl içinde karşılıklı değerlendirme süreci başlatılır ve uygun görüldüğü takdirde aday ülke, FATF Genel Kurul'u tarafından üyeliğe kabul edilir<sup>8</sup>.

## II. Mali Eylem Görev Gücü'nün İdari Yapısı

### 1. Genel Olarak

Mali Eylem Görev Gücü'nün organizasyonel yapısı;

- Genel Kurul,
- Başkan ve Başkan Yardımcısı,
- Yürütme Kurulu,
- Sekreteryaya

organlarından meydana gelmektedir<sup>9</sup>. Bu organlara sırasıyla bir sonraki başlıkta değinilecek olup, bunlar dışında kalan ve FATF'nin ana faaliyet alanında çalışmalar yürüterek Genel Kurul'a da bilgi sağlayan Çalışma Grupları da bulunmaktadır. Çalışma Gruplarının esas amacı üye ülkelerde ve/veya bölgesel kuruluşlarda özel sektörle iletişimi sağlamak ve FATF tavsiyelerinin uygulamadaki durumunu uzmanlık derecesinde gözden geçirmektir.

<sup>8</sup> Üyelik süreci hakkında detaylı bilgi için bkz <<https://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/membershipprocessandcriteria.html>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

<sup>9</sup> Financial Action Task Force, Mandate (2019) 7 ff <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

## 2. Kurumun Organları

### a. Genel Kurul

FATF Genel Kurulu, üye olan 37 ülke ile 2 uluslararası organizasyondan oluşur. Genel Kurul, FATF'nin karar alma organı olup, kararlar oy birliği ile alınır.

Genel Kurul'un görevleri: a) FATF'nin çalışma şeklini ve usulünü belirlemek, b) başkan, başkan yardımcısı ve Yürütme Kurulu'nu atamak, c) FATF'nin çalışma programını ve bütçesini onaylamak, d) FATF tarafından oluşturulan ve geliştirilen standartları, kılavuzları ve raporları kabul etmek, e) FATF üyeliği, bölgesel ortak üyelik ve gözlemci statüsüne karar vermek, f) FATF'nin yönetimine ilişkin diğer konularda karar vermektir<sup>10</sup>.

Bununla birlikte Genel Kurul, FATF'nin çalışmalarını desteklemek için gerektiğinde çalışma grupları ve diğer alt grupları kurabilir ve yetkilendirebilir ayrıca Başkanın tavsiyesi üzerine çalışma grupları ve alt grupların başkanlarını seçerek atama yapabilir.

Genel Kurul, Başkan'ın yönetiminde Şubat, Haziran ve Ekim aylarında olmak üzere her takvim yılında en az üç kez toplanır. Bununla birlikte koşullar oluştuğunda olağanüstü toplantılar yapılabilir.

Gözlemciler ve bölgesel ortak üyeler dahil olmak üzere tüm üyeler, herhangi bir kapalı veya açık Genel Kurul toplantısına veya Genel Kurul tarafından oluşturulan herhangi bir alt grup toplantısına katılma hakkına sahiptir.

Başkan, üye olmayanların temsilcilerini Genel Kurul Toplantılarının tamamına veya bir kısmına katılmaları için geçici olarak davet edebilir. Genel Kurulun belirli (kapalı) oturumları bağlamında ve üyelerle istişare ettikten sonra, Başkan ayrıca IMF, Dünya Bankası veya gözlemci kuruluşlardan da temsilciler davet edebilir.

### b. Başkan ve Başkan Yardımcısı

Başkan, Genel Kurul tarafından üyeler arasından bir defaya mahsus olmak üzere iki yıllık süre için atanır. Başkanın görev süresi 1 Temmuz'da başlar ve göreve başladıktan iki yıl sonra 30 Haziran'da sona erer. Başkan ve Başkan Yardımcısı ataması Şubat ayındaki Genel Kurulda yapılır, ancak bunların görev süreleri 1 Temmuz'da başlar<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Financial Action Task Force, Mandate (2019) 7 ff <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

<sup>11</sup> Financial Action Task Force, Mandate (2019) 8 ff <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

Başkan, Genel Kurul ve Yürütme Kurulunu toplayarak bu toplantılara başkanlık eder, FATF Sekreterliğini denetler ve Genel Kurul tarafından verilen talimatlara uygun olarak FATF'nin hedeflerine ulaşması için tüm gerekli karar ve eylemleri gerçekleştirir.

Başkan, FATF'nin sözcüsüdür ve FATF'yi dışarıda temsil eder. Başkan, Birleşmiş Milletler, Güvenlik Konseyi ve FATF yetkisiyle ilgili konulardan sorumlu komiteler olmak üzere diğer ilgili uluslararası örgütler ve organlarla sürekli bir ilişki içinde olmakla beraber, FATF Genel Kurulu adına FATF çalışmalarının kilit yönleri hakkında üye ülke bakanlarına ve daha genel olarak FATF yıllık raporu aracılığıyla kamuoyuna düzenli olarak bilgi verir.

Başkan Yardımcısı ise görevlerini yerine getirmesinde Başkana destek olur ve FATF Başkanlığının kendi kurumsal görünülüğünü güçlendirmek amacıyla önemli görüldüğü durumlarda kurumu temsil eder ve vekili olur.

Başkan Yardımcısı, Başkanın atanmadığı yıllarda ise Genel Kurul tarafından kendi Üyeleri arasından iki yıllık bir süre için de atanabilir.

### **c. Yürütme Kurulu**

FATF Yürütme Kurulu bir danışma organıdır ve Başkan tarafından yönetilir. Yürütme Kurulunun oluşumu, coğrafi bölgeler açısından dengeli temsil gözetilerek ve büyüklük bakımından çeşitlilik göz önünde bulundurularak, FATF'nin çalışmalarını ilerletmede en fazla etkinliği sağlayacak şekilde Başkanın teklifi üzerine Genel Kurul tarafından kararlaştırılır. Yürütme Kurulu'nun yapısı iki yılda bir gözden geçirilir ve her takvim yılında Başkan'ın belirleyeceği yer ve zamanda en az üç kez Yürütme Kurulu toplantısı düzenlenir.

Yürütme Kurulu, FATF'nin talimatlarını iletmede Başkana yardımcı olmak için Genel Kurul toplantıları arasında tavsiyelerde bulunur; ancak detaylı sıralamak gerekirse Yürütme Kurulu'nun görevleri; a) FATF'nin devam eden çalışmalarının ilerlemesini izlemek ve yönlendirmek, b) Çalışma grupları arasında koordinasyonu teşvik etmek, c) tüm üyelere etkin bilgi akışını sağlamak, d) Genel Kurul ile istişare ederek FATF'nin görevini yerine getirmesi için gerekli diğer çalışmaları yürütmektir<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Financial Action Task Force, Mandate (2019) 9 ff <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

#### **d. Sekreteryaya**

Sekreteryaya, bir İdari Sekreter ve Sekreteryaya personelinden oluşur. İdari Sekreter ve Sekreteryaya personeli, Başkan'ın talimatlarına göre hareket etmekle yükümlüdür.

Sekreterliğin ana sorumlulukları: a) Çalışma Grupları da dahil olmak üzere FATF'nin faaliyetlerini desteklemek, b) Üyeler, Bölgesel Ortak Üyeler ve gözlemciler arasında işbirliğini kolaylaştırmak, c) Üyeler ve diğerleri ile etkin iletişimi sağlamak, d) ilgili toplantılara katılmak da dahil olmak üzere, Küresel Ağ genelinde FATF Tavsiyelerinin uygulanmasında karşılıklı değerlendirme raporlarının kalitesinin ve tutarlılığının sağlanmasına yardımcı olmak, e) FATF'ye tahsis edilen mali ve insan kaynaklarını yönetmek, f) kayıtları tutmak, dahili ve harici web sitelerini yönetmek ile FATF yazışmalarıyla ilgilenmek, g) Başkan veya Genel Kurul tarafından kendisine verilen diğer görevleri yerine getirmektedir<sup>13</sup>.

FATF'nin sekreterlik hizmeti, OECD tarafından sağlanmakta olup, Sekreterlik Paris'teki OECD Genel Merkezinde bulunmaktadır.

### **III. Mali Eylem Görev Gücü'nün Hukuki Kuralları (Tavsiyeleri)**

#### **1. Genel Olarak FATF'nin Tavsiyeleri**

FATF Tavsiyeleri, kara para aklama, terörün finansmanı ve daha yakın zamanda nükleer silahların yayılmasının finansmanı ile mücadele için FATF tarafından belirlenen uluslararası standartlar olup, bu standartlar ülkelerin kendi içinde alması gereken kapsamlı önlemleri içerir. Bunlar arasında finans kuruluşları ile diğer iş ve meslek gruplarının alacağı önleyici tedbirler, tüzel kişilerin mülkiyeti, ulusal düzenlemeler konusunda şeffaflığı sağlamaya yönelik tedbirler, işbirliği için uygun işlemlere ve yetkilere sahip yetkili makamların kurulması ve diğer ülkelerle işbirliği yapmak için düzenlemeler bulunmaktadır<sup>14</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere FATF Tavsiyeleri, ülkelerin kara para aklama, terörün finansmanı ve kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanı ile mücadelede uygulamaları gereken tedbirlere yönelik olarak kapsamlı ve kalıcı bir çerçeve oluşturmaktadır. Ülkelerin ulusal

<sup>13</sup> Financial Action Task Force, Mandate (2019) 10 <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

<sup>14</sup> U.S. Treasury Financial Crimes Enforcement Network, The Financial Action Task Force <<https://www.fincen.gov/resources/international/financial-action-task-force>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.

adalet sistemleri, idari yapıları, düzenleyici kurumları ve finansal sistemleri birbirinden farklılaşmaktadır ve bu nedenle söz konusu tehditlerle mücadele etmek üzere bütün ülkeler aynı derecede tedbirleri alamamaktadır. Bundan dolayı her ülkede asgari standart oluşturmak adına verilen FATF Tavsiyeleri aşağıdaki öncü tedbirleri düzenlemektedir. Bu tedbirler<sup>15</sup>:

- i. Riskleri tespit etmek, politika ve ülke içi işbirliğini geliştirmek,
- ii. Kara para aklama, terörün finansmanı ve kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanını izlemek,
- iii. Finansal sektöre ve diğer belirlenmiş sektörlere yönelik önleyici tedbirler uygulamak,
- iv. Yetkili makamların (örneğin, soruşturma, yasa uygulama, denetim makamları) yetkilerini ve sorumluluklarını diğer kurumsal tedbirleri ihdas etmek,
- v. Tüzel kişilerin ve yasal oluşumların şeffaflığı ile gerçek faydalanıcı bilgilerinin mevcut olması hususunu geliştirmek,
- vi. Uluslararası işbirliğini kolaylaştırmaktır.

FATF'nin Tavsiye Kararları ilk kez 1990 yılında suç gelirinin aklanması ve finansal sistemin kötüye kullanımının önlenmesi amacıyla hazırlanmıştır. FATF tarafından, Viyana Konvansiyonu'ndan önemli ölçüde faydalanılarak 1990 yılında oluşturulan bu Tavsiye Kararları, özünde 40 adet Tavsiye'den oluşmaktaydı. Ancak FATF, Viyana Konvansiyonu'ndaki yaklaşımdan farklı olarak suç gelirlerinin aklanması ile mücadele için sadece aklama fiilinin suç haline getirilmesini yeterli görmemiş; bunun yanında aklama ile mücadelede ceza hukuku tedbirleri ve önleyici tedbirlerin de uygulanması gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu nedenle FATF'nin 40 Tavsiye Kararları; i) ülkelerin yasal sistemlerinin aklama ile mücadele açısından güçlendirilmesi, ii) finansal sistemin aklama ile mücadeledeki rolünün artırılması ve iii) uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi olarak üç temel alan üzerine yoğunlaşmıştır<sup>16</sup>.

Yayınlanan 40 Tavsiye Kararları, daha sonra 1996 ve 2003 yıllarında ortaya çıkan yeni gelişmeler minvalinde iyi uygulama örnekleri de dikkate

<sup>15</sup> Bkz The FATF Recommendations (2012) 7 <<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.

<sup>16</sup> Bkz T.C. Dışişleri Bakanlığı Karaparanın Aklanmasıyla Mücadele Konusundaki Temel Uluslararası Metinler ve Oluşumlar <<https://www.mfa.gov.tr/karaparanin-akalanmasiyla-mucadele-konusundaki-temel-uluslararasi-metinler-ve-olusumlar-.tr.mfa>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.

alınarak güncellenmiş ve yeni haliyle Tavsiyeler ülkeler tarafından kabul edilerek uluslararası standartlar haline gelmiştir<sup>17</sup>. FATF Tavsiyeleri 1990 yılında oluşturulduğu günden itibaren şimdiye kadar 1996, 2001, 2003, 2004 ve 2012 yıllarında gözden geçirilerek güncellenmiştir. FATF Tavsiyelerinin tüm versiyonları ise kurumun resmi internet sitesinde herkesin erişime açık olarak bulunmaktadır<sup>18</sup>.

Çalışmamızın başında belirtildiği üzere, 11 Eylül 2001 tarihi öncesinde terörizmin finansmanı konusu FATF'nin gündeminde bulunmamaktaydı. Ancak 11 Eylül saldırısı sonrasında 15 Avrupa Birliği üyesi ülke, FATF yetki alanının terörizmin finansmanını da kapsayacak şekilde genişletilmesi çağrısında bulunmuş, benzer şekilde G7 Maliye Bakanları da FATF'ye terörün finansmanı konusunda özel tavsiyeler oluşturmak için AB ülkeleri ile benzer çağrıda bulunmuşlardır. Bunun üzerine FATF tarafından 40 Tavsiyeye ilaveten “Özel Tavsiye” (Special Recommendation) kararları alınmıştır. Bugün itibarıyla özel tavsiye sayısı 9 olup, uygulamada tüm tavsiyeler için 40+9 Tavsiye ifadesi kullanılmaktadır<sup>19</sup>.

Tavsiye kararları ile birlikte FATF, suç gelirlerin aklanması ve terörün finansmanı konusunda standart koyucu bir organ haline gelmiş; takip eden yıllarda 40+9 Tavsiye ile FATF metodolojisi, gerek FATF üyesi ülkeler gerek ise FSRBs, IMF ve Dünya Bankası tarafından aklama ve terörün finansmanı ile mücadele konusunda temel referans ve değerlendirme aracı olarak dikkate alınmaya başlanmıştır. Bunun bir yansıması olarak ülkelerin mevzuatları, önleyici tedbirleri ve uluslararası işbirliği biçimleri FATF tavsiyeleri ve metodolojisine göre şekillenmiştir<sup>20</sup>.

## 2. FATF'nin 40 Tavsiyesi

FATF'nin 40 Tavsiyesi 7 ana başlık altında sıralanmıştır. Söz konusu 7 ana başlık sırasıyla:

### A. Kara Para Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Politikaları ve Koordinasyon

<sup>17</sup> Candan Sedefoğlu, ‘Suç Gelirlerinin Aklanmasında Önleyici ve Denetleyici Kurumlar; Mali Suçları Araştırma Kurulu ve Mali Eylem Görev Gücü’ (2009) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 93.

<sup>18</sup> Bkz The FATF Recommendations <<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/internationalstandardsoncombatingmoneylaunderingandthefinancingofterrorismproliferation-thefatfrecommendations.html>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.

<sup>19</sup> Bkz FATF IX Special Recommendations <<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/ixspecialrecommendations.html>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.

<sup>20</sup> Üstün (n 3) 28.

- B. Kara Para Aklama ve Müsadere
- C. Terörün Finansmanı ve Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanı
- D. Önleyici Tedbirler
- E. Tüzel Kişilerde ve Yasal Oluşumlarda Şeffaflık ve Gerçek Faydalanıcılık
- F. Yetkili Makamların Yetki ve Sorumlulukları ve Diğer Kurumsal Tedbirler
- G. Uluslararası İşbirliği'dir.

Yukarıdaki 7 ana başlık altında düzenlenen FATF'nin 40 Tavsiyesi ise aşağıdaki gibidir<sup>21</sup>.

**A. Kara Para Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Politikaları ve Koordinasyon**

1. Risklerin Değerlendirilmesi ve Risk Bazlı Yaklaşımın Uygulanması
2. Ulusal İşbirliği ve Koordinasyon

**B. Kara Para Aklama ve Müsadere**

3. Kara Para Aklama Suçu
4. Malvarlığının Dondurulması ve Geçici Tedbirler

**C. Terörün Finansmanı ve Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanı**

5. Terörizmin Finansmanı Suçu
6. Terörün ve Terörizmin Finansmanı ile İlgili Olarak Hedeflenen Finansal Yaptırımlar
7. Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanına İlişkin Hedeflenen Finansal Yaptırımlar
8. Kâr Amacı Gütmeyen Kuruluşlar

**D. Önleyici Tedbirler**

9. Finansal Kuruluşlara İlişkin Gizlilik Yasaları
10. Müşterinin Tanınması
11. Kayıtların Saklanması
12. Siyasi Nüfuz Sahibi Kişiler
13. Muhabir Bankacılık

<sup>21</sup> Bkz International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation - the FATF Recommendation (2012) <<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/internationalstandardsoncombatingmoneylaunderingandthefinancingofterrorismproliferation-thefatfrecommendations.html>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.



14. Para veya Değer Transferi Hizmetleri
15. Yeni Teknolojiler
16. Elektronik Transferler
17. Üçüncü Taraflara Güven
18. İç Kontroller ve Yurt Dışı Şube ve Bağlı Kuruluşlar
19. Yüksek Riskli Ülkeler
20. Şüpheli İşlem Bildirimi
21. Bilgi Sızdırma ve Gizlilik
22. FOBİM: Müşterinin Tanınması
23. FOBİM: Diğer Tedbirler

**E. Tüzel Kişilerde ve Yasal Oluşumlarda Şeffaflık ve Gerçek Faydalanıcılık**

24. Tüzel Kişilerde Şeffaflık ve Gerçek Faydalanıcılık
25. Yasal Oluşumlarda Şeffaflık ve Gerçek Faydalanıcılık

**F. Yetkili Makamların Yetki ve Sorumlulukları ve Diğer Kurumsal Tedbirler**

26. Finansal Kuruluşların Düzenlenmesi ve Denetlenmesi
27. Denetleyicilerin Yetkileri
28. FOBİM'in Düzenlenmesi ve Denetlenmesi
29. Mali İstihbarat Birimleri
30. Yasa Uygulama ve Soruşturma Makamlarının Sorumlulukları
31. Yasa Uygulama ve Soruşturma Makamlarının Yetkileri
32. Nakit Kuryeler
33. İstatistikler
34. Rehberlik ve Geri Bildirim
35. Yaptırımlar

**G. Uluslararası İşbirliği**

36. Uluslararası Araçlar
37. Karşılıklı Adli Yardımlaşma
38. Karşılıklı Adli Yardımlaşma: Dondurma ve Müsadere
39. Suçluların İadesi
40. Diğer İşbirliği Şekilleri

**3. FATF'nin 9 Özel Tavsiyesi**

FATF'nin 9 Özel Tavsiyesi, ABD'de yaşanan 11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra gündeme gelmiş olup, bu 9 Özel Tavsiye ile birlikte terörün finansmanı ile olan mücadele için de yeni standartlar

oluşturulmuştur. Bu kapsamda 2001 yılının Ekim ayında Washington D.C.'de yapılan FATF'nin olağanüstü toplantısında, FATF'nin kara para aklama ile mücadele misyonuna terörizmin finansmanın önlenmesi de eklenmiş ve bu amaçla hazırlanan 8 Özel Tavsiye 31 Ekim 2001 tarihinde yayınlanmıştır<sup>22</sup>. Takip eden yıllarda ise nakdin yolcu beraberinde sınırlardan geçirilmesi konusunun da terörizmin finansmanı ile mücadelede dikkate alınması gereken önemli bir husus olduğunu benimseyen FATF, Ekim 2004 tarihindeki Genel Kurul toplantısında nakit taşıyıcılar konusunu gündemine taşımış ve nakit taşıyıcılar konusundaki (Cash Couriers) 9. Özel Tavsiyeyi kabul etmiştir. Böylece FATF'nin terörizmin finansmanı ile mücadeleye yönelik olarak yayınladığı Özel Tavsiyelerin sayısı 9'a ulaşmıştır<sup>23</sup>.

9 Özel Tavsiye, terörist faaliyetlerin ve terörist organizasyonların finansmanı ile mücadele amaçlı birtakım önlemler içermekte ve 40 Tavsiye Kararlarını tamamlayıcı niteliktedir<sup>24</sup>. Sonuç olarak birlikte değerlendirildiğinde FATF'nin 40 Tavsiyesi, 9 Özel Tavsiye ile birleşerek suç gelirlerini aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele için gelişmiş, kapsamlı ve uyumlu önlemler sistemi sağlamıştır.

FATF tarafından terörün finansmanının önlenmesiyle ilgili mücadele kapsamında peyder pey olarak yayınlanan 9 Özel Tavsiye aşağıdaki gibidir<sup>25</sup>:

1. Birleşmiş Milletler belgelerinin derhal onaylanması ve yürürlüğe konulması,
2. Terörizmin finansmanının, terörist eylemlerin ve terörist örgütlerin suç olarak kabul edilmesi,
3. Terörist mal varlıklarının dondurulması,
4. Terörizmle bağlantılı şüpheli işlemlerin bildirilmesi,
5. Ülkeler arasında karşılıklı yardımın sağlanması,
6. Alternatif havale sistemlerinin kontrol altına alınması,
7. Elektronik fon transferlerinde kimlik tespitinin güçlendirilmesi,

<sup>22</sup> Oktay Üstün, 'Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) Dokuz Özel Tavsiyesi' (2005) (52) Bankacılar Dergisi 10, 10.

<sup>23</sup> Üstün (n 22) 12.

<sup>24</sup> FATF, Annual Report 2007-2008 (2008) 1 ff <<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/fatfannualreport2007-2008.html>> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2009; Sedefoğlu, (n 17) 96.

<sup>25</sup> Bkz FATF IX Special Recommendations <<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/ixspecialrecommendations.html>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.

8. Kar amacı gütmeyen kuruluşların istismar edilmesinin önlenmesi,
9. Nakit taşıyıcılar hakkında önlemler alınması.

#### **IV. Mali Eylem Görev Gücü'nün Denetimi**

##### **1. FATF'nin Denetim Metodolojisi**

FATF metodolojisi, Mali Eylem Görev Gücü'nün, 40+9 tavsiyesi ışığında ülkeleri değerlendirirken takip ettiği risk temelli oluşturulmuş kurallar setidir. Bu metodoloji, FATF Tavsiyelerine uyumun değerlendirilmesinde referans bir doküman olup, üyelerin Tavsiyelere uyumu hakkında değerlendirme kriterlerini özetlemektedir. FATF metodolojisi ilk olarak üyelerin suç gelirlerini aklama ve terörün finansmanının önlenmesine yönelik kabul ettikleri ulusal ve uluslararası boyuttaki tüm tedbirlerinin değerlendirilmesi amacıyla 27 Şubat 2004'te yayınlanmıştır<sup>26</sup>. 2004 yılında yayınlanan metodoloji, sonuncusu 2013 yılında olmak üzere değişen koşullarla birlikte birçok kez güncellenmiş ve FATF'nin değerlendirmelerinde etkin olarak kullanılmıştır<sup>27</sup>. Metodolojinin ilk versiyonunda ülke değerlendirmeleri, yalnızca kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadelede gerekli yasal, düzenleyici ve operasyonel yapıların olup olmadığı yönünde gerçekleştirilen tespitten ibaret iken; daha sonra yapılan revizyonlarla birlikte söz konusu değerlendirme, dijitalleşen dünyayla uyumlu olacak şekilde teknik ve etkililik yönünden de tespitlere başlamıştır. Dolayısıyla FATF'nin artık sadece düzenleyici bir kurumun olup olmadığını incelemeyeceğini, var olan kurumun uygulanabilirlik yönünü ve uygulamadaki etkinliğini de değerlendirdiğini söylemek mümkündür.

FATF metodolojisi hazırlanırken üye ülkelerin ve FATF benzeri bölgesel kuruluşların (Bölgesel Ortak Üye) tecrübelerinden faydalanılmış; ayrıca Uluslararası Para Fonu (IMF) ile Dünya Bankası'nın Mali Sektör Değerlendirmesi çerçevesinde edindiği bilgilerden de yararlanılmıştır. FATF tarafından 2013 yılında yayınlanan bu metodoloji son olarak 2020 Kasım ayında gözden geçirilmiş ve kamuoyunun bilgisine sunulmuştur. Söz konusu metodoloji FATF üyeleri ve FATF Benzeri Bölgesel Kuruluşların

---

<sup>26</sup> Bkz Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations (2004) <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/methodology.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

<sup>27</sup> Bkz Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems (2013) <<https://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/fatfissuesnewmechanismstostrengthenmoneylaunderingandterroristfinancingcompliance.html>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

yanı sıra IMF ve Dünya Bankası'nın değerlendirme süreçlerinde de kullanılmaktadır<sup>28</sup>.

FATF metodolojisi, bir ülkenin FATF Tavsiyelerine teknik uygunluk değerlendirmesinin yapılması ve Kara Para Aklamanın Önlenmesi ile Terörün Finansmanı ile Mücadele ("AML/CFT") sisteminin etkinlik düzeyinin gözden geçirilmesi için temel sağlamaktadır. Söz konusu metodoloji üç bölümden oluşmakta olup, ilk bölüm, değerlendirme metodolojisinin arka planına ve dokümanın nasıl kullanılacağına dair genel bir bakış sunan giriş niteliğindedir. İkinci bölüm, FATF Tavsiyelerinin her biri ile teknik uyumu değerlendirmek için kriterleri ortaya koymaktadır. Üçüncü bölüm ise FATF Tavsiyelerinin uygulanmasının etkinliğini değerlendirmek için kullanılan sonuçları, göstergeleri, verileri ve diğer faktörleri ortaya koymaktadır. Karşılıklı Değerlendirme süreçleri ve prosedürleri ise ayrı bir belgede belirtilmiştir.

Metodoloji iki bileşenden meydana gelmiştir. Bunlar:

- i) Ülkelerin, kara paranın aklanması, terörün finansmanı ve kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanı ile mücadele için gerekli yasal ve kurumsal alt yapısının var olup olmadığı hakkındaki Teknik Uyum'u ve
- ii) Kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadelede Teknik Uyum'un operasyonel anlamda etkinliğinin sağlanıp sağlanmadığının ölçülmesine dayalı olan Etkililik Değerlendirmesi'dir<sup>29</sup>.

FATF metodolojisi, yukarıda belirtilen iki ana bileşenden hareket ederek standartların uygulanıp uygulanmadığını değerlendirmekle birlikte bu metodoloji çerçevesinde her bir sektör özelinde risk temelli olarak hazırlanmış rehberlere de temel teşkil etmektedir. Hazırlanan bu rehberler bankacılıktan, sigorta sektörüne, vakıf ve derneklerden(bağış) emlak sektörüne kadar çeşitli alanları düzenlemekte olup, buna göre her bir ülkenin

<sup>28</sup> Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, (updated 2020) 5 <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

<sup>29</sup> Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems (updated 2020) 5 <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

FATF'nin ilgili rehberlerini dikkate alarak kendi sistemlerini dizayn etmesi ve olası ihlalleri önceden tespit ederek engellemesi beklenmektedir<sup>30</sup>.

## 2. Üyelerin Değerlendirilmesi

FATF tarafından ülkelerin denetimi periyodik olarak ortalama 5 yılda bir yapılan “Karşılıklı Değerlendirme Süreci” (Mutual Evaluation Report-MER) ile yerine getirilmektedir.

Karşılıklı Değerlendirme Süreci;

- Değerlendirmeye tabi tutulan ülkenin kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadele sistemini tanımaya yönelik olarak 40 Tavsiye ve AML/CFT metodolojisine göre hazırlanan anketin ilgili ülke tarafından cevaplandırılması,
- Diğer üye ülke temsilcileri ile Sekreteryaya yetkililerinden oluşan FATF Değerlendirme heyetinin ülkeyi yerinde ziyaret etmesi (on site visit) ve bu kapsamda ilgili ülkenin kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadelede görev alan birimin yetkilileri ile görüşerek sistemlerini yakından tanınması,
- Anket cevaplarının değerlendirilmesi ve yerinde ziyaret sonrası FATF tarafından hazırlanan ülke raporunun Genel Kurul toplantısında görüşülmesi

aşamalarından oluşmaktadır<sup>31</sup>. Hazırlanan rapor yılda 3 kez toplanan Genel Kurul tarafından görüşülür ve uygun görüldüğü takdirde kabul edilerek internet sitesinde yayınlanır. Eğer ilgili ülkenin raporunda olumsuzluk var ise raporda tespit edilen eksikliklerin giderilmesi için FATF tarafından söz konusu ülke takip edilir. Takip sürecinde ise iki yöntem uygulanabilir. Bunlar normal takip (regular follow-up) ile sıkılaştırılmış takip (enhanced follow-up) olmak üzere iki çeşittir. Bu takip süreçlerine *C. Değerlendirme Sonucu* başlığında değinilecektir.

Ancak bir ülkenin Karşılıklı Değerlendirme Süreci olumlu sonuçlansa ve bu ülke tüm tavsiyelere büyük ölçüde uyumlu olarak raporlansa bile Karşılıklı Değerlendirme Süreci'nden 5 yıl sonra FATF prosedürü uyarınca ilgili ülke yeniden düzenli incelemeye konu olacaktır<sup>32</sup>. Buradaki amaç, üye

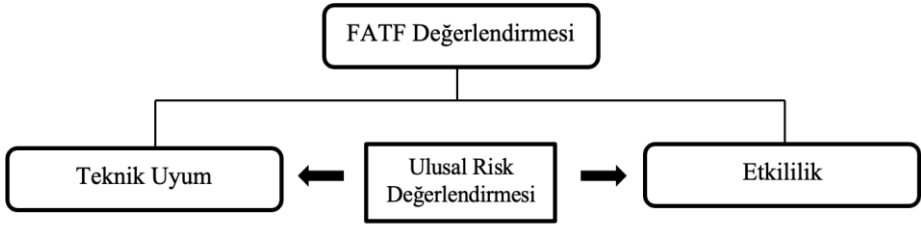
<sup>30</sup> Bkz T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, FATF Guidance on Risk-Based Approach <<https://www.hmb.gov.tr/fatf-guidance-on-risk-based-approach>> Erişim Tarihi 02 Kasım 2021.

<sup>31</sup> Bkz T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu, Mali Eylem Görev Gücü <<https://masak.hmb.gov.tr/mali-eylem-gorev-gucu>> Erişim Tarihi 30 Kasım 2021.

<sup>32</sup> FATF, Procedures for The FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations (2021) 22 <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF-4th-Round-Procedures.pdf>> Erişim Tarihi 30 Kasım 2021.

ülkelerin uyum konusundaki iradelerini test etmek ve olası uyumsuzlukları tespit etmektir. Beş yılda bir gerçekleştirilen düzenli inceleme uygulamada *tur değerlendirmeleri* şeklinde adlandırılmaktadır.

Karşılıklı Değerlendirme Sürecine dönecek olursak bu süreçte ülkeler AML/CFT bakımından bir bütün olarak değerlendirilmekte olup, bu değerlendirme metodolojisinin iki temel bileşeni olan teknik uyum ve etkinlik ölçümü ile birlikte ek olarak ülkelerin ulusal risk değerlendirmesini de içermektedir<sup>33</sup>.



**Şekil 1.** Karşılıklı Değerlendirme Sürecinde esas alınan kriterler

**Kaynak:** T.C. Vakıflar Genel Müdürlüğü, Mali Eylem Görev Gücü IV. Tur Türkiye Değerlendirmesi Bilgi Notu 4.

FATF, Teknik Uyum (Technical Compliance) Değerlendirmesinde, incelenen ülkenin yasal düzenlemeleri ile yetkili kurumlarının söz konusu yasaların uygulanması konusunda gerekli yetkiye ve prosedürlere sahip olup olmadığını FATF Tavsiyelerinde yer alan kriterler doğrultusunda incelemektedir.

Etkililik Değerlendirmesinde (Effectiveness Compliance), bir ülkenin tüm AML/CFT ile mücadele sisteminin uygulamada ne kadar etkin olduğu, AML/CFT ve kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanı risklerini ve tehditlerini ne oranda azalttığı ve bekleneni ne ölçüde karşıladığı değerlemeye tabi tutulmaktadır<sup>34</sup>.

Ulusal Risk Değerlendirmesinde (National Risk Assessment-NRA) ise ilgili ülkenin değerlendirme süreci öncesinde kendi AML/CFT risklerini ve bu riskleri azaltmaya yönelik ulusal çapta politikaları içeren eylem planı

<sup>33</sup> Bkz T.C. Vakıflar Genel Müdürlüğü, Mali Eylem Görev Gücü IV. Tur Türkiye Değerlendirmesi Bilgi Notu 4.

<sup>34</sup> T.C. Vakıflar Genel Müdürlüğü, Mali Eylem Görev Gücü IV. Tur Türkiye Değerlendirmesi Bilgi Notu 4 naklen.

oluşturması, eylem planı doğrultusunda risk değerlendirmesi yapması ve bunları kapsamlı bir rapor halinde FATF'ye sunması gerekmektedir. Yapılan risk değerlendirmesinin, ülkenin ulusal mevzuatı ve uygulama stratejisini gerçek haliyle yansıtması önem arz etmekte olup, buna göre gerek Teknik Uyum Değerlendirmesinde dikkate alınacak mevzuat değişikliklerinin gerek ise Etkililik Değerlendirmesinde dikkate alınacak uygulama adımlarının Ulusal Risk Değerlendirmesinde ortaya konulan riskle aynı olması gerekmektedir<sup>35</sup>.

Önceki paragraflarda detaylı olarak anlatılan Karşılıklı Değerlendirme Süreci sonunda ülkeler Teknik Uyum ve Etkililik konusunda derecelendirilmektedir. Söz konusu derecelendirmelere aşağıda değinilecektir.

- *Teknik Uyum Derecelendirmesi:* Teknik Uyum Değerlendirmesinde ilgili ülkenin FATF'nin 40 Tavsiyesi ile yasal ve kurumsal uyum derecesi ölçülmektedir. Teknik Uyum derecelendirmesi aşağıdaki gibidir<sup>36</sup>.

<b>Uyumlu - C</b>	Ülke tavsiye ile ilgili tüm temel kriterlere uyumlu
<b>Büyük Ölçüde Uyumlu - LC</b>	Ülkede küçük çapta kusurlar söz konusu. Temel kriterlerin büyük çoğunluğu karşılanıyor.
<b>Kısmen Uyumlu - PC</b>	Ülke bazı önemli adımlar atmalı ve temel kriterlerden bazılarını yerine getirmelidir.
<b>Uyumsuz - NC</b>	Ülkede büyük eksiklikler söz konusudur. Temel kriterlerin büyük çoğunluğu karşılanmamaktadır.
<b>Uygulanamaz - NA</b>	Bir yükümlülük, bir ülkenin yapısal, yasal ya da kurumsal özellikleri nedeniyle uygulanmamaktadır.

**Şekil 2.** Teknik Uyum Derecelendirme Notları

<sup>35</sup> T.C. Vakıflar Genel Müdürlüğü, Mali Eylem Görev Gücü IV. Tur Türkiye Değerlendirmesi Bilgi Notu 4 ff.

<sup>36</sup> Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems (updated 2020) 13 <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

- *Etkililik Derecelendirmesi*: Etkililik Uyumu Değerlendirmesinde, FATF Metodolojisindeki 11 etkililik kriteri (*eleven Immediate Outcomes*) özelinde FATF Tavsiyelerinin somut olarak pratikteki uygulanma düzeyi ölçülmektedir. Etkililik Derecelendirmesi aşağıdaki gibidir<sup>37</sup>.

<b>Yüksel Etkililik Seviyesi (High)</b>	Etkililik kapsamında sonuca çok büyük ölçüde ulaşılmıştır. Küçük ölçekte iyileştirmeye ihtiyaç vardır.
<b>Tatmin Edici Etkililik Seviyesi (Substantial)</b>	Etkililik kapsamında sonuca büyük ölçüde ulaşılmıştır. Orta ölçekte iyileştirmeye ihtiyaç vardır.
<b>Orta Dereceli Etkililik Seviyesi (Moderate)</b>	Etkililik kapsamında sonuca bir ölçüde ulaşılmıştır. Önemli ölçekte iyileştirmeye ihtiyaç vardır.
<b>Düşük Etkililik Seviyesi (Low)</b>	Etkililik kapsamında sonuca ulaşılmamış ya da önemsiz ölçüde ulaşılmıştır. Temelden iyileştirmeye ihtiyaç vardır.

**Şekil 3.** Etkililik Derecelendirme Notları

### 3. Değerlendirme Sonucu

Karşılıklı Değerlendirme Süreci sonunda hazırlanan raporda denetlenen ülkeye bir derecelendirme notu verilir ve eğer bu ülke Teknik ve Etkililik Uyumunda eksikliğe sahipse FATF, eksikliklerin giderilmesi konusunda ülke hakkında takip süreci başlatır. Takip sürecinde ise FATF iki yolu tercih edebilir; birincisi her ülkenin düzenli olarak izlendiği normal takip süreci (regular follow-up), ikincisi ise daha sert nitelikte olan sıkılaştırılmış takip süreci (enhanced follow-up) yöntemidir<sup>38</sup>. Ancak her iki takip sürecinden bağımsız olarak ülkeler her beş yılın sonunda Karşılıklı Değerlendirme Süreci (“MER”) ile yeniden değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Normal takip (regular follow-up) sürecinde ülkeler, tavsiyelerin uygulanıp uygulanmaması bakımında belirli aralıklarla (*her durumda FATF’ye üyelikten sonra 3 yılda bir*) izlenir ve FATF’ye raporlanır.

<sup>37</sup> Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems (updated 2020) 21 <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%202022%20Feb%202013.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

<sup>38</sup> Procedures for The FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations (2021) 21 ff. *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*



Buradaki amaç, ülkelerin FATF tavsiyeleri hakkında düzenli izlenmesi, güncel bilgilerin sağlanması ve değerlendirme döngüsünün daha sağlıklı hale getirilmesi ile uyumun sağlanmasıdır. Normal takip süreci MER sonucundan bağımsız olarak 3 yılda bir her ülke için uygulanabilir veya Genel Kurul kararıyla sıkılaştırılmış takip sürecinden normal takip sürecine geçiş yapılabilir.

Sıkılaştırılmış takip (enhanced follow-up)<sup>39</sup> süreci ise normal takip raporunun Genel Kurul'da görüşülmesinden sonra veya rapor sunulmadan önce ilgili ülkenin FATF tavsiyelerine uyumsuz veya kısmen uyumlu olduğu durumlarda ya da MER sonucu kararı olarak uygulanan takip yöntemidir. Bu süreçte ülkeler yoğun şekilde izlenir ve bu izleme sonucunda bir rapor hazırlanarak Genel Kurul'a sunulur. Genel Kurul'da kabul edilen raporu takiben ise FATF, raporda belirtilen uyum eksikliklerinin ülke tarafından giderilmemesi halinde;

- Uluslararası İşbirliği İnceleme Grubu'na (International Cooperation Review Group-ICRG) dahil edilme süreci,
- FATF Başkanı tarafından üye ülkedeki ilgili bakana tavsiyelere uyumsuzluğa dikkat çeken mektup gönderilmesi,
- İlgili ülkeye bu mesajı güçlendirecek yüksek düzeyde temsilcilerin gitmesi,
- FATF, 19. Tavsiyenin uygulanması kapsamında, ilgili üye ülkenin tavsiyelere yeterince uyum gösteremediğini belirten bir bildiri yayınlanması(*yüksek riskli ülkeler listesi*),
- Üye ülkelere çağrıda bulunularak eksikliği bulunan ülkeye karşı mali önlemler alınması talebinde bulunulması,
- Ülkenin, tavsiyelere uyum sağlayıncaya kadar FATF üyeliğinin askıya alınması ve nihayet ülkenin üyeliğinin sona erdirilmesi

kararlarını alabilmektedir.

#### **a. Genel Olarak Gri Liste (Grey List) ve Kara Liste (Black List)**

FATF, Karşılıklı Değerlendirme Süreci sonunda veya normal takip ile sıkılaştırılmış takip sonunda hazırlanan raporlar doğrultusunda yılda üç kez toplanan Genel Kurul'da ülkeler hakkında (bu ülkeler FATF üyesi olmak zorunda değildir) gözden geçirme toplantısı yaparak risk grubuna göre izlenmesi gereken ülkeleri belirler. FATF'nin izlenmesi gereken ülkeler kategorisi iki listeden oluşmaktadır. Bunlardan birincisi gri liste (Grey List), ikincisi ise kara liste (Black List)'dir. Ancak gri veya kara liste ayrımı resmi

<sup>39</sup> Hangi hallerde sıkılaştırılmış takip (*enhanced follow-up*) başlatılacağına ilişkin bkz Procedures for The FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations (2021) 23.

bir adlandırma olmayıp, bu ayırım uygulamada kabul gören bir adlandırmadır. FATF'nin belgelerinde gri liste, *Artırılmış İzleme Altındaki Yetki Alanları*; kara liste ise, *Yüksek Riskli Yetki Alanları* ya da *İşbirlikçi Olmayan Ülkeler Veya Bölgeler (NCCT)* olarak adlandırılmaktadır.

İşbirlikçi Olmayan Ülkeler veya Bölgeler ("NCCT") listesi, diğer bir ifadeyle kara liste, ilk olarak 2000 yılında kara para aklamaya (daha sonra terörün finansmanı) karşı yapılan uluslararası mücadelede işbirliği yapmayan ülkeleri kamuoyuna duyurmak amacıyla yayınlanmış; takip eden yıllarda ise bu liste güncellenerek günümüze kadar etkisini artırarak devam etmiştir.

Artırılmış İzleme Altındaki Yetki Alanları, diğer bir ifadeyle gri liste, kara liste uygulamasından sonra yayınlanmaya başlanan, ülkelerin işbirliği yaptığı ancak Tavsiyelere tam olarak uyumlu olmadığını belirten, sonuçları kara listeye göre çok da ağır olmayan bir listedir.

Takibe alınan ülkenin, FATF izlemesinden çıkabilmesi için riskli veya eksiklik görülen alanlardaki eylem planının tüm bileşenlerini ele almalı ve FATF'ye sunmalıdır. İlerleyen süreçte FATF, izlenen ülkeye, gerekli yasal düzenleyici ve/veya operasyonel reformların uygulandığını ve gerekli siyasi taahhüt ve kurumsal kapasitenin mevcut olduğunu teyit etmek için yerinde ziyaret düzenleyecektir. Söz konusu ziyaretin olumlu bir sonucu olması halinde FATF, bir sonraki FATF Genel Kurulunda, ziyarete binaen hazırlanan rapor doğrultusunda ilgili ülkenin izleme listelerinden çıkarılmasına karar verebilecektir. Ancak her durumda ilgili ülke, AML/CFT rejimini iyileştirmek için normal takip süreci yoluyla FATF veya ilgili FSRBs içinde çalışmaya devam edecektir.

#### **b. Gri Liste (Grey List)**

Gri Liste, FATF tarafından kara para aklama, terörün finansmanı ve nükleer silahların yayılmasının finansmanına karşı koymak için ilgili ülkeleri daha sıkı izlemeye aldığı, Tavsiyelere uyumda eksikliklerin görüldüğü ülkeler listesidir. FATF bir ülkeyi gri listeye aldığı anda ilgili ülke, belirlenen stratejik eksiklikler üzerinde anlaşmayı, varılan zaman dilimleri içinde Tavsiyelere uyumu ve daha fazla incelenmeye tabi olmayı kabul eder.

Gri Liste'ye alınan ülke belirlenen zaman periyodunda incelemeye alınır ve çalışma gruplarının da desteğiyle eksiklik görülen alanlarda Tavsiyelere uyumun yeniden sağlanması için çalışmalar gerçekleştirilir. Ülkenin kendi içinde yaptığı çabalar, kurumsal veya yasal düzenlemeler, denetim mekanizmaları izlemeye alınır. Eğer izlenen ülke, belirlenen sürenin sonunda eksik veya riskli görünen alanlarda tam veya büyük ölçüde uyumu

sağladığı takdirde hazırlanacak raporun Genel Kurul'da görüşülüp kabul edilmesinden sonra Gri Liste'den çıkarılır.

Gri Liste son olarak FATF'nin Ekim 2021 tarihli Genel Kurulu'nun ardından yayınlanmış olup, Ürdün, Mali ve Türkiye bu listeye eklenmiş; Botswana ile Mauritius ise listeden çıkarılmıştır. Böylece son güncelleme ile birlikte Artırılmış İzleme Altındaki Yetki Alanları'nda (Gri Liste) yer alan ülke sayısı 23 olmuştur<sup>40</sup>. Liste kapsamında FATF tarafından her bir ülkenin durumu detaylı olarak açıklanmakta ve oluşturulan eylem planı ile ülke taahhüdü kamuoyu ile paylaşılmaktadır<sup>41</sup>.

Ekim 2021 tarihli Genel Kurul'da Türkiye'nin yeniden gri listeye alınması kararına dayanak oluşturan Kasım 2021 tarihli Türkiye 1. Sıkılaştırılmış Takip ve Teknik Uyum Derecelendirmesi Raporuna (*1st Enhanced Follow-up Report & Technical Compliance Re-Rating*) göre; "Türkiye'nin, 2019 değerlendirmesinden bu yana kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadeleye yönelik tedbirlerini güçlendirmek için önlemler aldığı ancak, ülkenin 2019 yılındaki karşılıklı değerlendirmenin kabul edilmesinin ardından sıkılaştırılmış takip sürecine girdiği, FATF Karşılıklı Değerlendirme Süreci kuralları doğrultusunda, Türkiye'nin aldığı önlemleri FATF'ye rapor ettiği, bu kapsamda Türkiye'nin aşağıda belirtilen Tavsiyeler özelinde yeniden derecelendirildiği ifade edilmiştir."<sup>42</sup> Raporda aktarılan bilgilere göre Türkiye'nin belirtilen Tavsiyeler özelinde yeni derecelendirme notları ise;

Tavsiye 6: Kısmen uyumludan büyük ölçüde uyumluya,

Tavsiye 7: Kısmen uyumludan büyük ölçüde uyumluya,

Tavsiye 18: Kısmen uyumludan büyük ölçüde uyumluya,

Tavsiye 35: Kısmen uyumludan büyük ölçüde uyumluya dönüştürülmüştür.

Ancak Tavsiye 15 bakımından ise gerekliliklerin karşılanamamasından dolayı Türkiye, Uyumsuz-NC olarak derecelendirilmiştir.

<sup>40</sup> Bkz Jurisdictions under Increased Monitoring (2021) <<https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/increased-monitoring-october-2021.html>> Erişim Tarihi 31 Ekim 2021.

<sup>41</sup> Bkz Jurisdictions under Increased Monitoring (2021) <<https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/increased-monitoring-october-2021.html>> Erişim Tarihi 31 Ekim 2021.

<sup>42</sup> FATF, Follow-Up Report Turkey (2021) <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/fur/Follow-Up-Report-Turkey-2021.pdf>> Erişim Tarihi 04 Aralık 2021.

Kasım 2021 tarihli rapora göre Türkiye, 40 Tavsiye'nin 11'ine uyumlu, 20'sine ise büyük ölçüde uyumlu olup, geriye kalanlardan 7 Tavsiye'ye kısmen uyumlu, 2 Tavsiye'ye ise uyumlu değildir.

FATF'nin raporunda son olarak ise Türkiye'nin sıkılaştırılmış takipte kalmaya devam edeceği ve Haziran 2022'de AML/CFT önlemlerinin uygulanmasında kaydedilen ilerleme hakkında FATF'ye rapor vereceği belirtilmiştir<sup>43</sup>.

### c. Kara Liste (Black List)

Kara liste, diğer bir ifadeyle işbirliği yapmayan ülkeler listesi, FATF tarafından kara para aklama, terörün finansmanı ve nükleer silahların yayılmasının finansmanına karşı mücadelede işbirliği yapmayan ve Tavsiyelere uyumun bulunmadığı ülkeler listesidir. Bu liste ilk olarak 2000 yılının Haziran ayında FATF Genel Kurulu sonrası yayınlanmış olup, bu listenin amacı kara para aklama, terörün finansmanı ve nükleer silahların yayılmasının finansmanı ile mücadelede işbirliği yapmayan ülkeleri kamuoyuna duyurmak bu ülkeleri işbirliğine çağırmaktır.

Söz konusu ülkeler yalnızca Kara Listeye alınmamış; bu ülkeler için ayrıca Uluslararası İşbirliği İnceleme Grubu (International Cooperation Review Group-ICRG) oluşturulmuştur. Bu kapsamda işbirliği yapmayan ülke veya bölgeler (Non-Cooperative Countries or Territories-NCCT) FATF tarafından NCCT listesine eklenerek ilan edilmekte ve bu ülke veya bölgeler aklama ve terörün finansmanı ile mücadele konusunda ilerleme kaydetmeye zorlanmaktadır<sup>44</sup>.

Bir ülkenin Kara Listeye eklenmesi için FATF üyesi olması veya olmaması şartı aranmamaktadır. Herhangi bir ülke, FATF ile işbirliğinde bulunmuyorsa veya FATF üyesi olduğu halde izleme süreçlerinde Tavsiyelere yeterince uyum sağlamıyorsa Kara Listeye alınabilmektedir. FATF üyesi olan ülkelerin Kara Listeye eklenebilmesi için değerlendirme veya takip süreçleri sonunda FATF Genel Kurulu tarafından 19 nolu Tavsiye kapsamında karar alması gerekmektedir.

FATF, Kara Liste olarak adlandırılan İşbirlikçi Olmayan Ülkeleri veya Bölgeleri 2000 yılından itibaren günümüze kadar her yıl yayınlamakta olup,

<sup>43</sup> Bkz FATF, Follow-Up Report Turkey (2021) <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/fur/Follow-Up-Report-Turkey-2021.pdf>> Erişim Tarihi 04 Aralık 2021.

<sup>44</sup> Bkz T.C. Dışişleri Bakanlığı, Karaparanın Aklanmasıyla Mücadele Konusundaki Temel Uluslararası Metinler ve Oluşumlar <<https://www.mfa.gov.tr/karaparanin-akalanmasiyla-mucadele-konusundaki-temel-uluslararasi-metinler-ve-olusumlar-.tr.mfa>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.

Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye de olmak üzere şimdiye kadar birçok ülke bu listeye girmiş fakat ardından uyum gerekliliklerinin yerine getirdiği gerekçesiyle listeden çıkarılmıştır. Söz konusu listenin güncel hali incelendiğinde ise Şubat 2020 tarihli rapora göre yalnızca Kuzey Kore ve İran İşbirlikçi Olmayan Ülkeler-NCCT kategorisindedir<sup>45</sup>.

#### **4. FATF Kararlarının Hukuki Niteliği**

FATF'nin temel amaçlarından biri, kara para aklama, terörün finansmanı ve uluslararası finansal sistemin güvenliğine ve bütünlüğüne yönelik ve diğer ilgili tehditlere karşı mücadele için "yasal, düzenleyici ve operasyonel önlemler" normlarını ve standartlarını oluşturmaktır. Ancak FATF'nin soruşturma yetkisi yoktur. FATF, bahsi geçen sektörlerde yasal değişiklikler ve düzenleyici reformlar getirmek için ülkelerle birlikte çalışmakta ayrıca bu ülkelere kara para aklama ve terörizmin finansmanı ve kitle imha silahlarının yayılmasıyla mücadele için uluslararası standartları karşılayan politika önerileri de sunmaktadır. FATF, kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadele için yeterli önlem ve kurumların oluşturulmasında üyelerinin durumunu da izleyip destek olmaktadır.

Sonuç olarak FATF'nin uluslararası zeminde kabul görmüş yaptırım gücü bulunmamakta olup, FATF'nin bu kararları yalnızca tavsiye niteliğindedir. Ancak günümüzün küreselleşmiş ekonomik yapısı ile değişen finans ve sermaye piyasaları hesaba katıldığında ülkeler için daha önemli hale gelen yatırım merkezi olma fikri, FATF tavsiye ve kararlarını dikkate alarak şeffaf bir hukuk devleti olmayı zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla her ülke, kalkınma yolunda ihtiyaç duyduğu sermayeyi çekebilmesi için daha şeffaf, riskleri az, öngörülebilirliği yüksek ve yolsuzluğu yok etmiş bir yapıya ihtiyaç duymaktadır. Bu yapıyı sağlamanın ilk ve vazgeçilmez adımının ise FATF Tavsiyelerine uyumlu olmak olduğu açıktır.

### **1. Türkiye'nin Mali Eylem Görev Gücüne Katılımı Genel Olarak Türkiye'nin Üyelik Süreci**

Türkiye'nin FATF'ye katılım süreci FATF'nin kuruluş döneminde başlamış olup, üyeliğe kabulü ise 1991 yılında gerçekleşmiştir. FATF'nin ilk üyelerinden biri olan Türkiye, şimdiye kadar 1994, 1998, 2006 ve 2019 olmak üzere dört tur Karşılıklı Değerlendirme Sürecinden geçmiştir.

<sup>45</sup> Bkz High-Risk Jurisdictions subject to a Call for Action (2020) <<https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/call-for-action-february-2020.html>> Erişim Tarihi 31 Ekim 2021.

Karşılıklı Değerlendirme Süreçlerine değinmek gerekirse Türkiye hakkında ilk olarak 1994 yılında gerçekleştirilen değerlendirmede, ülkede kara para aklama konusunda yasal düzenlemenin bulunmamasına dikkat çekilmiş<sup>46</sup>, 1996 yılındaki basın açıklamasında Türkiye'nin FATF'nin 40 Tavsiyesi hakkında yasal düzenlemeye sahip olmayan tek üye ülke olduğu vurgulanmıştır<sup>47</sup>. 1996 yılındaki bu açıklamanın ardından FATF, Türkiye'ye bakanlık nezdinde mektup göndermiş ve farklı zamanlarda yapılan toplantılarda FATF Tavsiyeleri çerçevesinde kara paranın aklanmasıyla mücadele kapsamında yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir<sup>48</sup>. FATF tarafından gerçekleştirilen tüm bu uyarıların ardından herhangi bir gelişme yaşanmaması üzerine FATF, 1996 yılında gönderdiği mektupla Türkiye'nin yüksek riskli ülke kategorisine yani kara listeye alınacağını bildirmiştir<sup>49</sup>. Türkiye, yaşanan tüm bu sürecin sonunda 1996 yılında 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Yasa'yı kabul etmiş ve kara para aklamayı suç olarak tanımıştır. Bu yasayla birlikte ayrıca Mali Suçları Araştırma Kurulu ("MASAK") ile onun alt birimlerinden olan Mali Suçlarla Mücadele Koordinasyon Kurulu kurulmuştur.

MASAK, Türkiye'nin FATF nezdindeki yetkili otoritesi olarak mali suçlarla mücadelede FATF Tavsiyelerini ulusal düzeyde takibinden ve etkili şekilde uygulanmasında sorumludur. Bu kapsamda MASAK'ın suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanı ile mücadele kapsamında hayati bir rol üstlendiğini belirtmek mümkündür. MASAK'ın yanında FATF ile olan ilişkilerde ve mali suçlarla olan mücadelede sırasıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı yetkili otoritelere<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> MASAK, 2008 Faaliyet Raporu 17; Sedefoğlu (n 17) 44.

<sup>47</sup> Aziz Taşdelen, *Hukuksal Açından Türkiye'de Kara Paranın Aklanamaması ve Önlenmesi* (Turhan Kitabevi Yayınları 2003) 99; Sedefoğlu (n 17) 44.

<sup>48</sup> FATF, Annual Report 1995-1996 (1996) 12 ff <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/1995%201996%20ENG.pdf>> Erişim Tarihi 04 Aralık 2021.

<sup>49</sup> Taşdelen (n 47) 100; Sedefoğlu (n 17) 45.

<sup>50</sup> Bkz <<https://www.fatf-gafi.org/countries/#Turkey>> Erişim Tarihi 02 Kasım 2021.

## V. Ulusal Düzenlemeler

### 1. Genel Olarak Ulusal Mevzuat

Türkiye'nin FATF'ye katılımı ile birlikte yıllar içinde Tavsiyelere uyum kapsamında birtakım yasal düzenlemeler ve yapısal değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerdeki temel amaç suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi ile ilgili mücadeledir. Ancak belirtmek gerekir ki; Türkiye'nin suç gelirleriyle olan mücadelesi FATF öncesine dayanmaktadır. Türkiye, jeopolitik konumu itibarıyla uyuşturucu kaçakçılığında her zaman bir geçiş noktası olmuş ve bundan dolayı suç gelirleriyle mücadele daha çok önem kazanmıştır. Türkiye, FATF öncesinde suç gelirlerinin aklanmasıyla olan mücadelede Viyana Konvansiyonu'nu 20 Aralık 1988 yılında kabul eden ilk ülkelerden biri olmuştur<sup>51</sup>. Viyana Konvansiyonu uluslararası etkideki ilk metin olmakla beraber nitekim FATF de ilk zamanlarında Viyana Konvansiyonu'nun uygulanabilirliğini sağlanmayı hedeflemiştir.

Bu kapsamda Türkiye yalnızca Viyana Konvansiyonu kabul edip FATF'ye katılmakla kalmamış, takip eden dönemler boyunca Palermo Konvansiyonu, Strazburg Sözleşmesi, Varşova Sözleşmesi, BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme, Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktifleri ile BM Kararları'nı kabul etmiş; EGMONT Grubu'na katılmıştır<sup>52</sup>. Bunlara ek olarak birçok ülkeyle mutabakat muhtıraları ile ikili anlaşmalar akdederek suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi ile ilgili mücadelede uluslararası işbirliğinin içinde olmuştur.

Uluslararası alanda kabul edilen her bir sözleşme, direktif veya kararın ulusal anlamda bir karşılığı olmuş ve Türkiye imza attığı her bir metinde yeni yükümlülükler üstlenmiştir. Bunların karşılığında ise yapısal nitelikteki reformlar ile getirilen yasal düzenlemeler ve denetleyici nitelikteki kamu kurumları hayatımıza girmiştir. Bu kapsamda aklama suçu ve terörün finansmanı kavramları altında ulusal mevzuatımıza giren başlıca yasal düzenlemeler sırasıyla:

1. 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun
2. 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun
3. 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun

<sup>51</sup> Bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22551.pdf>> Erişim Tarihi 08 Kasım 2021.

<sup>52</sup> Bkz <<https://masak.hmb.gov.tr/uluslararasi-mucadele>> Erişim Tarihi 08 Kasım 2021.

4. 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun

5. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik

6. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik

7. Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

8. Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanunun Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>53</sup>.

Ancak yukarıda ifade edilen başlıca yasal düzenlemelerin haricinde suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesiyle olan mücadelede temel ve ilk cezalandırıcı kanun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (“TCK”)’dur. TCK’nın “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama” üst başlıklı 252. maddesinde; kanunda suç olarak tanımlanan bir eylemden kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla çeşitli işlemlere tâbi tutan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte ulusal mevzuatın son parçası ise TCK ile birlikte uygulanan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’dur. Bu kanunun çıkış amacı cebir ve şiddet ile yapılan her türlü terör eylemlerinin cezalandırılması iken; 18.07.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birlikte mali suçlar düzenlenmiş, terörün finansmanı suçu Terörle Mücadele Kanunu’na eklenerek suç olarak tanımlanmıştır.

Uluslararası yükümlülükler çerçevesinde hayatımıza giren kanun ve yönetmeliklerin yanında ayrıca söz konusu yasal düzenlemelerin uygulanması ve denetlenmesi amacıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesinde Mali Suçları Araştırma Kurulu ve Mali Suçlarla Mücadele Koordinasyon Kurulu kurulmuştur.

<sup>53</sup> Aklama suçu ve terörün finansmanı ile ilgili tüm mevzuat listesine erişmek için bkz (i) <<https://masak.hmb.gov.tr/aklama-sucu-ulusal-mevzuat>> (ii) <<https://masak.hmb.gov.tr/terorun-finansmani-ulusal-mevzuat>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2021.



## **2. Ulusal Denetleyici Kurum MASAK**

### **a. Genel Olarak MASAK**

Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK), 13.11.1996 tarihli ve 4208 sayılı Kararın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun kapsamında 17.02.1997 tarihinde kurulmuştur<sup>54</sup>. Mali suçlarla mücadele etmek için kurulan MASAK, suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesine yönelik olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı altında yer alan idari nitelikteki düzenleyici ve denetleyici bir kamu kuruluşudur.

MASAK'ın kuruluşu hakkında detaylı bilgi vermeden önce FATF'nin 29. Tavsiyesi'nden bahsetmekte yarar bulunmaktadır. FATF'nin 29. Tavsiyesi'ne göre ülkeler; (a) şüpheli işlem bildirimlerinin ve (b) kara para aklama, buna bağlı öncül suçlar ve terörün finansmanı ile ilgili diğer bilgilerin alınması ve analiz edilmesinde ve bu analiz sonuçlarının dağıtılmasında ulusal bir merkez olarak hizmet veren mali istihbarat birimi kurmalıdır. Mali istihbarat birimi, bildirimde bulunan kişilerden ilave bilgi edinebilmeli ve fonksiyonlarını uygun şekilde yerine getirmek için gerekli olan finansal, idari ve yasa uygulama bilgilerine zamanında erişim sağlayabilmelidir.

Dolayısıyla ülkeler, FATF'nin 29. Tavsiyesi uyarınca ulusal mali istihbarat birimlerini kurmak ve tavsiyelere uyumu sağlamakla yükümlüdür. Türkiye de bu yükümlülük kapsamında mali istihbarat birimi olarak MASAK'ı kurmuş ve mali suçlarla mücadele için gerekli yapısal düzenlemeleri hayata geçirmiştir.

Bu çerçevede değerlendirmek gerekirse MASAK'ın kuruluş amacı yalnızca ulusal çapta mali suçlarla mücadele etmek değil; uluslararası yükümlülüklerle uyum kapsamında mali istihbarat birimi oluşturularak, suç gelirlerinin aklanmasına yönelik uluslararası işbirliğinde koordinasyonu sağlamaktır. Bu doğrultuda MASAK, uluslararası işbirliği uyarınca FATF, EGMONT Grubu, Avrasya Grubu, MONEYVAL gibi uluslararası kuruluşlarda yer alarak Türkiye'yi temsil görevi üstlenmektedir.

### **b. MASAK'ın Görev ve Yetkileri**

MASAK'ın görev ve yetkileri ilk olarak 4208 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olmakla beraber bu görev ve yetkiler, 4208 sayılı Kanunu mülga eden 11.10.2006 tarihli 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'da yeniden tanımlanmış; son olarak ise 2018 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile MASAK'ın görev ve yetkileri 10.07.2018 tarihli 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 sayılı

<sup>54</sup> MASAK, 2020 Faaliyet Raporu 5.

Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 231. maddesinde düzenlenmiştir<sup>55</sup>.

Söz konusu kararname incelendiğinde MASAK'ın görev ve yetkileri genel olarak; politika belirlemek ve mevzuat geliştirmek, veri toplamak, analiz ve değerlendirme yapmak, görev alanındaki araştırma ve incelemeleri yapmak, yükümlülük denetimleri yaptırmak, idari yaptırım uygulamak ve ilgili uluslararası kuruluşlar nezdinde dış ilişkileri yürütmek şeklinde sıralanabilir<sup>56</sup>.

### c. MASAK'ın İdari Yapısı

Kara paranın aklanması ve terörün finansmanının önlenmesine yönelik olarak; politika oluşturulması ile düzenleme yapılmasına katkıda bulunmak, hızlı ve güvenilir bir şekilde bilgi toplayarak analiz etmek ve elde edilen sonuçları ilgili makamlara sunmak misyonuyla kurulan MASAK<sup>57</sup>, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın bir hizmet birimi olarak Başkan, Başkan Yardımcıları ve Daire Başkanlıklarından oluşmaktadır. Kurumun Başkanı Cumhurbaşkanlığı tarafından göreve atanır ve görevden alınabilir.

Daire Başkanlıkları ise sırasıyla; Stratejik Analiz Daire Başkanlığı, Aklama Analiz ve Değerlendirme Daire Başkanlığı, Yükümlülük Denetimi Daire Başkanlığı, Terörizmin Finansmanı Analiz ve Değerlendirme Daire Başkanlığı, Dış İlişkiler Daire Başkanlığı, Özel Yaptırımlar Daire Başkanlığı, İnsan Kaynakları ve Strateji Daire Başkanlığı şeklindedir.

### d. Mevzuat Kapsamındaki Yükümlülükler

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik uyarınca bazı kurum ve kuruluşlar suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesiyle ilgili mücadelede yükümlülük altındadır.

Yükümlülüklere tabi kurum ve kuruluşlar: bankalar, bankalar dışında banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz kuruluşlar, kambiyo mevzuatında belirtilen yetkili müesseseler, finansman ve faktoring şirketleri, sermaye piyasası aracı kurumları ve portföy yönetim şirketleri, ödeme kuruluşları ile elektronik para kuruluşları, yatırım ortaklıkları, sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri ile sigorta ve reasürans brokerleri, finansal

<sup>55</sup> Bkz Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 1, Kabul Tarihi: 10.07.2018, RG 10.07.2018/30474, m. 231

<<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/1-Sayili-Cumhurbaskanligi-Kararnamesi-1.pdf>> Erişim Tarihi 14 Kasım 2021.

<sup>56</sup> MASAK, 2020 Faaliyet Raporu 7.

<sup>57</sup> MASAK, 2020 Faaliyet Raporu 6.

kiralama şirketleri, sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde takas ve saklama hizmeti veren kuruluşlar, kıymetli madenler ve kıymetli taşlar piyasasına ilişkin saklama hizmeti ile sınırlı olmak üzere Borsa İstanbul A.Ş., Posta ve Telgraf Teşkilatı A.Ş. ile kargo şirketleri, varlık yönetim şirketleri, kıymetli maden, taş veya mücevher alım satımı yapanlar ile bu işlemlere aracılık edenler, Cumhuriyet altın sikkeleri ile Cumhuriyet ziynet altınlarını basma faaliyeti ile sınırlı olmak üzere Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü, kıymetli madenler aracı kuruluşları, ticaret amacıyla taşınmaz alım satımıyla uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler, iş makineleri dahil her türlü deniz, hava ve kara nakil vasıtalarının alım satımı ile uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler, tarihi eser, antika ve sanat eseri alım satımı ile uğraşanlar veya bunların müzayedeciliğini yapanlar, Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Türkiye Jokey Kulübü ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığı dahil talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler, spor kulüpleri, noterler, bazı istisnaları olmak üzere avukatlar, bir işverene bağlı olmaksızın çalışan serbest muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavir, finansal piyasalarda denetim yapmakla yetkili bağımsız denetim kuruluşları, kripto varlık hizmet sağlayıcılar, tasarruf finansman şirketleridir<sup>58</sup>.

Mali suçlarla mücadele kapsamında yükümlülük altında olan kurum ve kuruluşları ifade ettikten sonra bu kurum ve kuruluşların hangi kurallara bağlı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Ulusal denetleyici kurumlar veya yükümlü kuruluşlar, uluslararası tavsiyelerin bir yansıması olarak suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesiyle ilgili mücadele kapsamında alınan tedbirleri bazı ilkeler çerçevesinde uygulamaktadırlar. Söz konusu ilkeler aşağıdaki gibidir<sup>59</sup>.

- Şüpheli İşlem Bildirimi İlkesi
- Müşterini Tanı İlkesi
- Kimlik Tespiti İlkesi
- Kayıtların Saklanması İlkesi
- Eğitim İlkesi
- Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü İlkesi
- Devamlı Bilgi Verme İlkesi

<sup>58</sup> Bkz Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik, Kabul Tarihi: 10.12.2007, RG 09.01.2008/26751, m. 4.

<sup>59</sup> Bkz Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik, Kabul Tarihi: 10.12.2007, RG 09.01.2008/26751, m. 5 vd.

Yukarıda sıralanan ilkeler genel nitelikteki başlıklar olup, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik'te söz konusu ilkelerin alt başlıkları belirtilmiş, sektör bazında ilgili kurum ve kuruluşlar için detaylı olarak uygulama kapsamı, istisnalar, denetim usulleri ve farklı senaryolar ifade edilmiştir. Bu ilkeler kapsamında öne çıkanlar arasında banka ve sigorta sektöründe geniş çaplı değişiklikler yapılmış, özellikle şüpheli işlem bildirim ve müşterini tanı ilkeleri ile birlikte denetim mekanizması sıkılaştırılarak sektörün şeffaflığı artırılmıştır.

Bununla birlikte önemle vurgulanması gereken diğer bir konu ise 5549 sayılı Kanunun 5. maddesinde ifade edilen *Eğitim İlkesi* uyarınca düzenlenen uyum programı oluşturulması yükümlülüğüdür. Buna göre, *Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik* uyarınca bankalar, sermaye piyasası aracı kurumları, sigorta ve emeklilik şirketleri, Posta ve Telgraf Teşkilatı A.Ş., kambiyo mevzuatında belirtilen A grubu yetkili müesseseler, finansman, faktoring ve finansal kiralama şirketleri, portföy yönetim şirketleri, kıymetli madenler aracı kuruluşları, elektronik para kuruluşları, ödeme kuruluşları uyum programı oluşturmakla yükümlüdürler.

Suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi için, Kanun ve Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelik ve tebliğlere gerekli uyumun sağlanması amacıyla risk temelli bir yaklaşımla oluşturulacak olan uyum programı;

- Kurum politikası ve prosedürlerinin oluşturulması,
- Risk yönetimi faaliyetlerinin yürütülmesi,
- İzleme ve kontrol faaliyetlerinin yürütülmesi,
- Uyum görevlisi atanması ve uyum birimi oluşturulması,
- Eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi ve
- İç denetim faaliyetlerinin yürütülmesini

kapsamaktadır<sup>60</sup>. Yönetmelik uyarınca oluşturulan uyum programının izleme ve kontrol faaliyetleri yönetim kurulunun gözetim, denetim ve sorumluluğunda, nitelik ve şartları yönetmelikte tanımlanmış uyum görevlisi tarafından yerine getirilir ve belirli zaman aralıklarında bunlar gözden geçirilerek gerekli görülürse güncellemeler yapılır. Uyum görevlisinin sorumlulukları arasında MASAK ile koordinasyonu sağlamak ve şüpheli işlem bildiriminde bulunmak da yer almaktadır.

<sup>60</sup> Bkz Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik, RG 16.09.2008/26999, m. 5/1. *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

Sonuç olarak kanunda ifade edilen ilkeler kapsamında hayata geçen yükümlülüklerin denetimi risk temelli bir yaklaşımla MASAK tarafından gerçekleştirilmekte; MASAK Başkanlığının talebi üzerine görevlendirilen Maliye ve Gümrük Müfettişleri, Hesap Uzmanları, SPK ve BDDK uzmanları gibi diğer kamu kurumlarının yetkilileri de bu denetimlerde yer alabilmektedir. MASAK Başkanlığı, yükümlülük denetiminin kapsamını, süresini, usul ve esaslarını belirlemeye yetkili olup, bu görev ve sorumlulukları kendi uhdesinde yer alan Mali Suçlarla Mücadele Koordinasyon Kurulu vasıtasıyla yerine getirmektedir.

Ancak MASAK'ın görev alanı ve denetim yetkisi yalnızca (i) Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik ve uyum programlarının düzenlendiği (ii) Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik ile sınırlı olmayıp, terörizmin finansmanının ve kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanının önlenmesiyle ilgili mücadele kapsamında da görev ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bu doğrultuda MASAK, (iii) Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile (iv) Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanunun Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kararları çerçevesinde belirli kişilerin malvarlığının dondurulması ile yasak işlem ve faaliyetler adı altında yürütme ve denetim görevini yerine getirmektedir. MASAK bu görevini, ilgili yönetmelikler altında kurulan Malvarlığının Dondurulmasını Değerlendirme Komisyonu ve Denetim ve İş Birliği Komisyonu vasıtasıyla yerine getirmektedir.

#### **e. Uygulanabilir Yaptırımlar**

Suç gelirlerinin aklanması, terörün ve kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanının önlenmesiyle ilgili mücadelede MASAK, düzenleyici ve denetleyici kurum olarak organları vasıtasıyla idari nitelikteki yaptırımları uygulamaktadır. Söz konusu yaptırımlar idari para cezası şeklinde olabileceği gibi, işlem yasağı ve faaliyet izninin iptali, malvarlığının dondurulması veyahut adli işlem için ilgili kurumlara bildirimde bulunulması şeklinde de tezahür edebilir. Ancak şunu belirtmekte fayda vardır ki; MASAK'ın yalnızca idari nitelikte ceza/yaptırım uygulayabilme yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla MASAK'ın gerçek kişileri adli olarak cezalandırma yetkisi bulunmadığını belirtmek mümkündür. Örneğin 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun ile 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin

Kanun’nda birtakım eylemler suç olarak tanımlanmış olup, bu tanımlardan dolayı 6415 ve 7262 sayılı kanunları adli nitelikte cezalandırıcı düzenlemeler olarak kabul ederek MASAK’ın yetki alanı dışındaki yaptırımlara sahip olduklarını söyleyebiliriz. Nitekim 6415 sayılı Kanunda, direkt olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’na atıfta bulunularak suç olarak sayılan eylemlerin ceza kanunları uyarınca bir sonuç yaratacağı açıkça belirtilmiştir.

Fakat bu iki kanunda adli nitelikteki cezaların yanında idari para cezalarının da düzenlenmiş olduğunu vurgulayarak, MASAK’ın yetkili organları vasıtasıyla (i) 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, (ii) 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun ve (iii) 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanun uyarınca birtakım yaptırımları (idari para cezası, işlem yasağı ve faaliyet izninin iptali, malvarlığının dondurulması veyahut adli işlem için ilgili kurumlara bildirimde bulunulması) uygulama hakkı bulunduğunu, dolayısıyla her ne kadar kanunlarda adli olarak cezalandırıcı hükümler bulunsa bile MASAK’ın yalnızca idari nitelikteki yaptırımları uygulayabildiğini ifade edebiliriz.

### **Sonuç**

Suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanı ile ilgili mücadelede en önemli unsur sıkı takip ve ülkeler arası işbirliğidir. Gelişen bankacılık sistemi ve dijitalleşmeyle birlikte sermayenin akışı kolay takip edilememekte; suçlardan elde edilen gelirler dünyanın birçok yerinde terör veya sosyal yaşamı tehdit eden yeni suçlar için kullanılmaktadır. Dolayısıyla kara paranın aklanmasıyla olan mücadele, ülkelerin ekonomik, politik ve sosyal açıdan refah ve huzur içinde kalabilmesi için duyarlı ve işbirliği içinde olması gereken en önemli alanlardan biri olmuştur. Nitekim uyuşturucu ve silah ticareti, insan ticareti ve organize olarak işlenen pek çok suç ve kara para aklama ile mücadele konusunda hükümler içeren uluslararası sözleşmelerin, birçok ülke tarafından kısa süre içinde imzalanarak yürürlüğe girmiş olması bu duyarlılığın önemli bir göstergesidir. Türkiye özelinde değerlendirmek gerekirse coğrafi konum itibarıyla Türkiye, uyuşturucu ticareti trafiğinin ortasında yer alan ve çevresinde birçok terör örgütünün faaliyette bulunduğu zorlu bir coğrafyada yer almaktadır. Dolayısıyla Türkiye’nin suç gelirlerinin aklanmasıyla olan mücadelede en zorlu görevi üstlenen ülkelerden biri olduğunu söylemek mümkündür. Ancak dünya üzerinde benzer şartlarda bulunan her ülke bu gibi zorluklara maruz kalacaktır. Bu zorluklardan ve olası risklerden

dolayıdır ki; Türkiye, temel sözleşmeleri onaylamak, ülke içinde bu sözleşmelere uygun hukuki düzenlemeler yapmak, mali istihbarat birimi oluşturmak ve FATF'ye ve Egmont Grubuna üye olmak suretiyle kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadele konusundaki duyarlılığını göstermiş; ulusal sisteminde birçok yasal düzenlemeyi hayata geçirerek kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile olan mücadelede ciddi tedbirleri uygulamaya koymuştur.

Ancak yeniden vurgulamak gerekir ki; kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile olan mücadele dinamik yapıda, istikrarlı şekilde takip gerektiren bir süreç ile sınır ötesi etkiler içeren, karmaşık yapıda ve dijital görünüme sahip suç türü olduğu için bu eylemler tipik bir suç gibi değerlendirilmemelidir. Bu suçlarda kullanılan yöntemler küresel boyutta olduğu için ülkelerin bankacılık sistemi ve hukuksal boşlukları iyi tahlil edilmeli, paranın izini sürerken uluslararası yardımlar her zaman talep edilmelidir. Bu minvalde suç gelirlerinin aklanmasıyla olan mücadele küresel boyutta sürdürülmesi gereken karmaşık bir yapıya sahip olduğundan dolayı zamanla ülkeler arasında işbirliğinin önemi artmış, Viyana ve Strazburg Konvansiyonu ile FATF başta olmak üzere ülkeler arasındaki mutabakatlar ile uluslararası kuruluşlar ortaya çıkmıştır. Bunların arasında en güncel ve kapsamlı değerlendirmeyi yapan FATF, zaman içerisinde güncelleyerek yayınlamış olduğu Tavsiyeleri ile birlikte, ülkelerin kara para aklama, terörizmin finansmanı ve kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanı ile olan mücadelesinde uygulamaları gereken tedbirlere yönelik kapsamlı ve kalıcı bir çerçeve oluşturmuştur. FATF, yayınladığı 40 genel ve 9 özel tavsiye ile birlikte ülkelerin alması gereken tedbirleri sıralamış; bu şekilde hem hukuki hem de politik anlamda ülkeler için destek rolü üstlenmiştir. Söz konusu tavsiyelerin kapsadığı alanlar oldukça geniş olup, bankacılıktan, nakit para taşıyanlara, elektronik paradan, sivil toplum kuruluşlarının denetimine kadar çeşitli alanlarda tedbirleri içermektedir. Bu tedbirler arasında belki de en önemlisi 29. Tavsiye kapsamında ulusal mali istihbarat biriminin kurulmasıdır. 29 numaralı tavsiyeye konu olan mali istihbarat birimi, FATF'nin diğer tavsiyeleri arasındaki koordinasyonu sağlayıp bunların uygulanabilirliğini denetleyen kilit görevi haiz bir yapılanmadır. FATF standartlarına uyum kapsamında Türkiye'de mali istihbarat birimi olarak Mali Suçları Araştırma Kurulu ihdas edilmiş; söz konusu birimin yanı sıra kanun ve yönetmeliklerle denetim ve yükümlülükler sıkılaştırılmıştır. Türkiye tarafından gerçekleştirilen faaliyetler bunlarla da sınırlı kalmamış; muhtelif zamanlarda yapılan çalışmalarla, Mali Suçları Araştırma Kurulu yeniden yapılandırılmış, BM

Güvenlik Konseyi malvarlığı dondurma kararları hızlıca yürürlüğe konmuş, yükümlüler için uyum rehberi hazırlanmış, tüzel kişiler için risk analizi çalışması tamamlanmış, gerçek faydalanıcılık sicili kurulmuş, dernekler için denetim faaliyetleri artırılmış, sanal varlıklar için çalışmalar yapılmış, kara para aklama ve terörizmin finansmanı suçları için ihtisas mahkemeleri kurulmuş ve suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanında etkinliğin artırılmasına ilişkin Ulusal Strateji Belgesi<sup>61</sup> yürürlüğe konmuştur. Ancak tüm bu uygulama ve tedbirlere rağmen, çalışmamızda belirttiğimiz üzere FATF, Ekim 2021 tarihinde yayınladığı kararda Türkiye'nin gri listeye alındığını ve bundan böyle sıkılaştırılmış takip sürecine girdiğini ifade etmiştir. Ayrıca FATF tarafından verilen bilgide, Türkiye'nin gri listeye alınma sürecinin 2019 yılında gerçekleştirilen IV. Tur Karşılıklı Değerlendirme Süreci görüşmelerinde tespit edilen eksikliklerin incelenmesi sonucu ortaya çıktığı ifade edilmiştir.

Sonuç olarak Türkiye'nin, FATF standart ve tavsiyelerine uyum kapsamında gerçekleştirdiği birçok ulusal düzenlemeye ve yürürlüğe koyduğu uyum kanunlarına rağmen suç gelirleri ve terörün finansmanı ile olan mücadelenin etkin ve güncel olması gerekliliğinden dolayı birtakım alanlarda eksikliklerinin olduğu söylemek mümkündür. Dikkat çekilen söz konusu eksikliklerin giderilmesi için en önemli etken ise şeffaflık ve güvenilirlik ilkesine sıkı sıkıya bağlılıktır. Kara paranın aklanması ve terörün finansmanının önlenmesine yönelik mücadele karmaşık ve çeşitli alanlarla iç içe geçmiş bir faaliyettir. Bu faaliyetler sırasında alanında uzman birçok kişi veya kurumdan destek alınmalı, tüm süreçler istisnai haller saklı kalmak üzere şeffaf şekilde yürütülmelidir. Aktarılan tüm bilgiler kapsamında, Türkiye'nin FATF kriterlerini karşılaması adına ihtiyacının özellikle sıkı takip olduğu belirtmekle birlikte, mali suçlarla mücadele alanında faaliyet gösteren MASAK ve Mali Suçlarla Mücadele Koordinasyon Kurulu gibi düzenleyici ve denetleyici kuruluşların daha etkin, şeffaf ve sosyal hayata etkisi bulunan olaylarda müdahaleci veya bilgilendirici yapıda olması, ayrıca en önemlisi bu kuruluşların bağımsızlığının aynı Sermaye Piyasası Kurulu'nda olduğu gibi teminat altına alınması olduğunu söyleyebiliriz. MASAK'ın bağımsızlığının temin edilmesi, kurumun saygınlığını artırarak daha etkin ve kapsayıcı olmasını sağlayacaktır. Bağımsızlık kriterini bir de hukuk devleti perspektifinden

<sup>61</sup> Bkz T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Mali Suçları Araştırma Kurulu <<https://masak.hmb.gov.tr/turkiyede-suc-gelirlerinin-aklanmasi-ve-terorizmin-finansmani-ile-mucadelede-ve-musadere-uygulamalarinda-etkinligin-artirilmasi-strateji-belgesi>>

Erişim Tarihi 08 Aralık 2021.

*YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*



değerlendirmek gerekirse; MASAK'ın görev alanının, suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanı ile mücadele olduğunu ve tek başına suç eyleminin hukukumuzda her zaman bağımsız mahkemeler tarafından incelenip karara bağlandığını düşündüğümüzde, MASAK'ın da suç eylemini araştırıp, Cumhuriye Savcılığı'na başvuruda bulunmak gibi gerektiğinde kişilere sirayet edebilecek seviyede cezalandırıcı etkiler doğuran kararlar alıyor olması, kurumun bağımsızlığını elzem kılan en temel unsur olarak öne çıkmaktadır. Dolayısıyla ulusal düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlığını temin ederek FATF tavsiyelerinin konu edildiği alanlarda sıkı takip mekanizması geliştirilmesi ve bunların güncel tutulması Türkiye'nin gri listeden çıkması için yeterli olacağı düşüncesini paylaşmaktayız.

## KAYNAKÇA

G7 Economic Declaration (Paris July 16, 1989)

<<http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/index.html>>

Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

Financial Action Task Force <<https://www.fatf-gafi.org/home/>> Erişim

Tarihi 04 Aralık 2021.

Financial Action Task Force, Mandate (April 12, 2019) <[https://www.fatf-](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf)

[gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf)> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

FATF, Follow-Up Report Turkey (November 2021) <[http://www.fatf-](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/Turkey-FUR-2014.pdf)

[gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/Turkey-FUR-2014.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/Turkey-FUR-2014.pdf)>

Erişim Tarihi 04 Aralık 2021.

FATF IX Special Recommendations <[\[dations.html\]\(https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/ixspecialrecommen-dations.html\)> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.](https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/ixspecialrecommen-</a></p></div><div data-bbox=)

FATF, Annual Report 2007-2008 (2008) <[\[gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/fatfannualreport2007-2008.html\]\(http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/fatfannualreport2007-2008.html\)> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.](http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/fatfannualreport2007-</a></p></div><div data-bbox=)

FATF, Annual Report 1995-1996 (1996) <[https://www.fatf-](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/1995%201996%20ENG.pdf)

[gafi.org/media/fatf/documents/reports/1995%201996%20ENG.pdf](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/1995%201996%20ENG.pdf)> Erişim Tarihi 04 Aralık 2021.

FATF, Procedures for The FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual

Evaluations (2021) <[\[Procedures.pdf\]\(https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF-4th-Round-Procedures.pdf\)> Erişim Tarihi 30 Kasım 2021.](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF-4th-Round-</a></p></div><div data-bbox=)

High-Risk Jurisdictions subject to a Call for Action (2020)

<<https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/call-for-action-february-2020.html>> Erişim Tarihi 31 Ekim 2021.

International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation - the FATF Recommendation (2012)

<<https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/internationalstandardoncombatingmoneylaundryingandthefinancingofterrorismproliferation-thefatfrecommendations.html>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.

Jurisdictions under Increased Monitoring (October 2021) <<https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/increased-monitoring-october-2021.html>>

Erişim Tarihi 31 Ekim 2021.

MASAK, 2008 Faaliyet Raporu.

MASAK, 2020 Faaliyet Raporu.

Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40

Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations (February 27, 2004) <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/methodology.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF

Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems (February 2013) <<https://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/fatfissuesnewmechanismstostrengthenmoneylaundryingandterroristfinancingcompliance.html>>

Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.

Sedefoğlu C, *Suç Gelirlerinin Aklanmasında Önleyici ve Denetleyici*

*Kurumlar; Mali Suçları Araştırma Kurulu ve Mali Eylem Görev Gücü* (2009) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 44-96.

Taşdelen A, *Hukuksal Açıdan Türkiye’de Kara Paranın Aklanamaması ve Önlenmesi* (Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2003).

T.C. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, FATF (Financial Action Task Force)

<<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/fatf-mali-eylem-gorev-gucu>> Erişim Tarihi 28 Ekim 2021.

T.C. Dışişleri Bakanlığı, Karaparanın Aklanmasıyla Mücadele Konusundaki Temel Uluslararası Metinler ve Oluşumlar

- <https://www.mfa.gov.tr/karaparanin-akalanmasiyla-mucadele-konusundaki-temel-uluslararasi-metinler-ve-olusumlar-.tr.mfa> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, FATF Guidance on Risk-Based Approach <https://www.hmb.gov.tr/fatf-guidance-on-risk-based-approach> Erişim Tarihi 02 Kasım 2021.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu, Mali Eylem Görev Gücü <https://masak.hmb.gov.tr/mali-eylem-gorev-gucu> Erişim Tarihi 30 Ekim 2021.
- T.C. Vakıflar Genel Müdürlüğü, Mali Eylem Görev Gücü IV. Tur Türkiye Değerlendirmesi Bilgi Notu.
- The FATF Recommendations (2012) <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.
- U.S. Treasury Financial Crimes Enforcement Network, The Financial Action Task Force <https://www.fincen.gov/resources/international/financial-action-task-force> Erişim Tarihi 29 Ekim 2021.
- Üstün O, *Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) Dokuz Özel Tavsiyesi* (2005) (52) Bankacılar Dergisi 10-27.
- Üstün O, *Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı ile Mücadelede Uluslararası Girişimler ve Araçlara Toplu Bakış* (2008) (65) Bankacılar Dergisi 19-36.



**\* BİLGİ EDİNME HAKKININ SINIRI OLARAK İDARİ  
SORUŞTURMALARA İLİŞKİN BİLGİ VE BELGELER**  
(INFORMATION AND DOCUMENTS RELATING TO ADMINISTRATIVE  
INVESTIGATIONS AS LIMITATION OF THE RIGHT TO INFORMATION)

**Arş. Gör. Dr. Ezgi Avcıoğlu Aksoy\* \*\***

**ÖZ**

*Bilgi edinme hakkı temel insan haklarından biridir. Ancak bilgi edinme hakkının mutlak bir şekilde uygulanması hem kamusal hem de bireysel bazı zararların ortaya çıkmasına yol açabilir. Bu nedenle bu hakkın kullanılmasına yönelik bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan birisi ise idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere ilişkindir. Bu sınırlamanın uygulanabilmesi 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda düzenlenen belirli koşullara bağlıdır. Ayrıca söz konusu sınırlamanın uygulanışının 1982 Anayasası tarafından temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma rejiminde öngörülen güvencelere aykırı olmaması gerekmektedir. Çalışmamızda idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişime yönelik getirilen sınırlamanın hukuki rejimi incelenecektir.*

***Anahtar Kelimeler:** bilgi edinme hakkı, yönetimde şeffaflık, idari soruşturma, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, özel hayatın gizliliği.*

**ABSTRACT**

*The right to information is one of the basic human rights. However, the absolute implementation of the right to information may cause both public and individual harm. For this reason, some restrictions have been imposed on the implementation of this right. One of these limitations is information and documents related to administrative investigations. The implementation of this limitation depends on certain conditions regulated in the Law No. 4982 on the Right to Information. In addition, the implementation of the said restriction should not be contrary to the guarantees stipulated in the*

---

<sup>#</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.02.2022. İlk hakem raporu tarihi: 29.04.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.05.2022; Onaylanma tarihi: 27.05.2022.

\* Manisa Celâl Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6650-2685.

**Esere Atıf Şekli:** Ezgi Avcıoğlu Aksoy, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırı Olarak İdari Soruşturmalara İlişkin Bilgi Ve Belgeler”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.471-497.

*restriction regime of fundamental rights and freedoms by the 1982 Constitution. In our study, the legal regime of the restriction on access to information and documents related to administrative investigations will be examined.*

**Keywords:** *The right to information, transparency in administration, administrative investigation, limitation of fundamental rights and freedoms, privacy of private life.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Bireylerin idarenin elindeki bilgi ve belgelere erişebilmesi yönetimde demokrasinin, şeffaflığın ve hesap verebilirliğin sağlanması açısından temel bir gerekliliktir. İyi yönetim anlayışı içerisindeki önemi nedeniyle bilgi edinme hakkı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde uluslararası ve ulusal hukuk sistemlerinde hızla benimsenmeye başlamıştır. Ülkemizde ise bilgi edinme hakkı ilk olarak 2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile düzenlenmiştir. Sonrasında ise bilgi edinme hakkı 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri ile bir temel hak halini almıştır. Bilgi edinme hakkı kapsamında idare, elindeki bilgi ve belgeleri başvuranlarla paylaşma yükümlülüğü altındadır. Ancak her temel hak gibi bilgi edinme hakkı da sınırsız değildir. Bilgi edinme hakkının mutlak olarak kullanılması pek çok kamusal ve bireysel zarar doğurma tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle bilgi edinme hakkı bazı sınırlara tabidir. Bu sınırlar 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda düzenlenmektedir.

Bilgi edinme hakkının sınırlarından birisini idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeler oluşturmaktadır. 4982 sayılı Kanun ile belirli hallerde idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişim sınırlandırılmaktadır. İdari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişim soruşturulan açısından savunma hakkı ve hak arama haklarının kullanımı bakımından da büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişim sınırlandırılırken bireylerin bilgi edinme hakkı çerçevesinde sağlayacakları kişisel yararları ile bu hakkın sınırlandırılmasındaki kamusal yarar arasındaki dengenin adil bir şekilde sağlanması gerekmektedir. Bu dengenin sağlanmasında 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin getirilen sınırlara da riayet edilmesi gerekmektedir.

Çalışmamız kapsamında idari soruşturmalara yönelik getirilen bilgi edinme sınırının hukuki bir değerlendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede öncelikle genel olarak bilgi edinme hakkı ve sınırları üzerine durularak, sonrasında idari soruşturmalara yönelik getirilen sınırlamanın

koşulları açıklanmıştır. Ayrıca ilgili sınırlama düzenlemesi ve uygulaması 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan güvenceler bakımından değerlendirilmiştir.

## **I. BİLGİ EDİNME HAKKI VE SINIRLARI**

### **A. Genel Olarak Bilgi Edinme Hakkı**

Bilgi edinme hakkı demokratik yönetimin temel unsurlarından birini oluşturmaktadır<sup>1</sup>. Bireylerin idarenin elindeki bilgi ve belgelere ulaşabilme imkanına sahip olması idari usulün tamamlayıcısı ve vazgeçilmez bir parçasıdır. Bu çerçevede bilgi edinme hakkı ülkemizde idari usul tartışmaları içerisinde gündeme gelmiş ve yönetimi iyileştirmeye yönelik çalışmalar doğrultusunda 2003 yılında 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu<sup>2</sup> (BEHK) kabul edilmiştir. Böylelikle bilgi edinme hakkı kanuni bir dayanağa sahip olmuştur. Bilgi edinme hakkının pozitif hukukumuzda dayanağa kavuşturulmasındaki bir diğer önemli gelişme ise 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile olmuştur. 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>3</sup>'ün 8. maddesi ile bilgi edinme hakkı bir temel hak halini almış ve 1982 Anayasası'nın 74. maddesine "*herkes, bilgi edinme ...hakkına sahiptir.*" hükmü eklenmiştir.

Bilgi edinme hakkı temelini demokrasi, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerinde bulmaktadır<sup>4</sup>. Dolayısıyla bilgi edinme hakkının bu ilkelere uygun olarak düzenlenmesi bilgi edinme hakkının özü itibariyle uygulanabilmesinin temel gerekliliğidir. Kanun koyucu da bu bilinçle 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun amacını bilgi edinme hakkının kullanılmasının demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak düzenlenmesi olarak ifade etmiştir (BEHK m. 1).

### **B. Bilgi Edinme Hakkının Sınırları**

Bireylerin idarenin elindeki bilgi ve belgelere ulaşımı yönetimin demokratikleşmesini ve açıklığını sağlamakta, böylelikle idarenin denetimi kolaylaşmakta ve hesap verebilirliği artmaktadır. 4982 sayılı Kanun'un

<sup>1</sup> GÜRAN Sait, "Yönetimde Açıklık", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sarıca'ya Armağan, Y.3, S.1-2, İstanbul, 1982, s.103; ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002, s.3.

<sup>2</sup> RG., 24.10.2003, S.25269.

<sup>3</sup> RG., 13.05.2010, S.27580.

<sup>4</sup> AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.513.

gerekçesinde de, bilgi edinme hakkının, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerinden olduğu belirtilerek, bu hakkın bireylere daha yakın bir yönetimi, halkın denetimine açıklığı, şeffaflığı sağlama işlevlerinin yanı sıra halkın Devlete karşı duyduğu kamu güvenini daha yüksek düzeylere çıkarmada önemli bir rol oynadığı vurgulanmıştır<sup>5</sup>. Anayasa Mahkemesi de bilgi edinme hakkının devletin demokratik niteliğinin geliştirilmesi ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususlarında önemli bir rol oynadığından, demokratik hukuk devletinde vazgeçilmez bir hak niteliğinde olduğunu ifade etmektedir<sup>6</sup>. Ancak tüm bu yararlarına rağmen bilgi edinme hakkı mutlak bir hak değildir. Zira bireylere bilgi edinme hakkının sınırsız olarak tanınması başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi tehlikesini ortaya çıkarabilmektedir. Ayrıca idareye muhatap olan kişilerle bazı bilgi ve belgelerin paylaşımı kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek niteliktedir<sup>7</sup>. Bu nedenle bilgi edinme hakkı idarenin elindeki bütün bilgi ve belgelere ulaşım hakkı anlamına gelmez<sup>8</sup>. Dolayısıyla bilgi edinme hakkının sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu hakkın sınırları belirlenirken şeffaf bir devletin bilgi edinme hakkının uygulanmasını sağlama yükümlülüğü ile gizliliğinde kamu yararı ve toplumsal menfaatlerin bulunduğu bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunması arasındaki duyarlı ve adil dengenin sağlanması gerekmektedir<sup>9</sup>.

Bilgi edinme hakkının kullanılmasına yönelik sınırlamalar 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu içerisinde düzenlenmiştir. İlgili Kanun, bilgi edinme hakkı kapsamında talep edilemeyecek bilgi ve belgeleri sayma yoluyla düzenlemiştir. Bunlar; yargı denetimine kapalı işlemler (m. 15), devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler (m. 16), ülkenin ekonomik çıkarlarına

<sup>5</sup> Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonları Raporları, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss248m.htm>, E.T., 23.12.2021.

<sup>6</sup> AYM, 04.12.2014, E.2013/114, K.2014/184, [www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), E.T., 23.12.2021.

<sup>7</sup> AKILLIOĞLU Tekin, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı”, AÜSBFD, C.46, S.3, Ankara, 1991, s.2, (“Açıklık-Gizlilik”).

<sup>8</sup> KAYA Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.249; Mutlak anlamda açıklık, kabul edilebilirliği ve uygulanabilirliği mümkün olmayan bir durumdur. Belli miktarda kapalılık ve gizlilik yararlı ve hatta gereklidir. AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlem Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 150. YILDIRIM Ramazan, “İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, 1998, s. 234-237; ÇAPTUĞ Mehpare, **İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.168.

<sup>9</sup> DURAN Lûtfî, “İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.31, S.2, Ankara, 1998, s.10; KAYA, s. 254.



ilişkin bilgi veya belgeler (m. 17), istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler (m.18), idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler (m. 19), adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler (m. 20), özel hayatın gizliliği (m. 21), haberleşmenin gizliliği (m.22), ticari sır (m. 23), fikir ve sanat eserleri (m. 24), kurum içi düzenlemeler (m. 25), kurum içi görüş bilgi notu ve tavsiyeler (m.26), tavsiye ve mütalaa talepleridir (m. 27).

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun bilgi edinme hakkının sınırlarını belirten ilgili maddelerinin dışında herhangi bir sınırlama söz konusu olamayacağı için bu sınırlamalar haricindeki durumlar için bilgi edinme hakkı mutlak olarak söz konusu olacaktır ve idare tarafından Kanun'da belirtilmeyen başka bir sınır ileri sürülmesi mümkün değildir. Ayrıca Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 5. maddesinde Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren diğer kanunların Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu içerisinde yer alan bu sınırlamalar hem istisnaların çokluğu hem de madde metinlerinin muğlak ifadelerin yer almasının hakkın özünü ortadan kaldırdığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>10</sup>.

Yasada düzenlenmiş sınırlama hallerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisini hangi ölçütlere göre kullanacağı önem taşımaktadır. İdarenin bilgi edinme hakkını hukuka aykırı olarak kısıtlamasını engelleyebilmek için bu ölçütlerin belirlenmesinde yarar bulunmaktadır<sup>11</sup>. Bu hususta Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu aldığı kararlarıyla bilgi edinme hakkının sınırlama düzenlemelerinin ne şekilde uygulanacağına ışık tutmaktadır. Kurul'un kararlarının büyük kısmının bilgi edinme hakkının sınırlarına ilişkin olduğu görülmektedir. Dolayısıyla Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun kararları bilgi edinme hakkının sınırlarının hukuki belirliliğe kavuşturulmasında büyük önem taşımaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu aldığı kararlarında 4982 sayılı Kanun'un amacına uygun olarak eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkeleri çerçevesinde değerlendirme yapmakla yükümlüdür. Bilgi Edinme

<sup>10</sup> GÜLAN Aydın, "İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı", **Bilgi Edinme Hakkı Paneli**, 5 Mayıs 2004, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s.107; AKŞENER Haşmet Sırrı, "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Üzerine Bir İnceleme", **Legal Hukuk Dergisi**, S. 13, İstanbul, 2004, s.39.

<sup>11</sup> ÇOLAK Nusret İlker, **Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Sınırlama Ölçütleri**, <https://www.ilkercolak.com.tr/bilgi-edinme-hakkinin-sinirlari-ve-sinirlama-olcutleri/>, E.T. 07.01.2022.

Değerlendirme Kurulu'nun bu ilkelere uygun karar verip vermediği ise idari yargının denetimindedir. Kurul'un ve yargı organlarının yapacakları değerlendirmelerde Kanun'un temel amacının demokratik ve şeffaf bir devlet yönetiminin gerçekleştirilmesi olduğunu; hak ve özgürlüklerin kural, sınırlamanın ise istisna olduğunu göz önünde bulundurmaları gerekmektedir<sup>12</sup>.

### C. Bilgi Edinme Hakkının Savunma Hakkı ile Olan İlişkisi

İnsan hakları teorisine göre haklar arasında doğal bir bağlantı bulunmaktadır<sup>13</sup>. Birtakım hakların etkin kullanılabilmesi başka bazı hakların kullanılabilirliğinin temelini oluşturmaktadır. Bilgi edinme hakkı ile savunma hakkı arasında da böyle bir ilişki söz konusudur. İdare tarafından tutulan dosyaların ilgililere açılması, farklı bir ifadeyle dosyaya erişim hakkı tanınması, dinlenme hakkı ile yakından bağlantılı olup, bu hakkın etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamaktadır. Dinlenme hakkı, idari işlemin hazırlanmasından önce karar için önemli olan vakıalarla ilgili olarak, idari işlemde etkilenecek olan kişilere, idare tarafından görüşünü açıklama imkânı verilmesidir<sup>14</sup>. Dinlenme hakkı idari soruşturmalarda karşımıza savunma hakkı olarak çıkmaktadır<sup>15</sup>. Dolayısıyla disiplin ve ceza soruşturmalarında oluşturulanların idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelere erişim imkanına sahip olmaları savunma haklarını etkin bir

<sup>12</sup> DÖNER Ayhan, **Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.222.

<sup>13</sup> “çeşitli yönleriyle hürriyet aslında bir bütün'dür. Bu bütünü parçalara ayırmak, onu - bazan yapılmak istendiği gibi- değişik cephelerinden sadece birine irca etmek mümkün değildir. Özünde ve cevherinde tek olan hürriyetin bu monizm'i onun başlıca vasfını teşkil eder.” KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s.7.

<sup>14</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.513.

<sup>15</sup> Memurlar ve diğer kamu görevlileriyle ilgili iki tür soruşturma yapılmaktadır: hazırlık(ceza) soruşturması ve disiplin soruşturması. BAŞAR Hüseyin, “Kamu Görevlilerine Yönelik Soruşturmalar”, **Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, S.3, Ankara, 1988, s.66. Disiplin soruşturmalarında memur lehine konulmuş olan savunma hakkı anayasamızda ayrıca ve açıkça vurgulanmak suretiyle anayasal güvence altına alınmış mutlak bir haktır. 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 2. fıkrasında “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurum niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.*” hükmü yer almaktadır. Kanun koyucu da bu hükme uygun olarak disiplin soruşturmalarında memurların savunma hakkını düzenlemiştir. SANCAKDAR Oğuz/ ÖNÜT Lale Burcu/ US DOĞAN Eser/ KASAPOĞLU TURHAN Mine/ SEYHAN Serkan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 10. Baskı, Ankara, 2021, s.505.

biçimde kullanabilmeleri açısından büyük önem taşımaktadır<sup>16</sup>. Bu nedenle bilgi edinme hakkı dinlenilme hakkının tamamlayıcısı niteliğindedir<sup>17</sup>.

Bilgi edinme hakkının savunma hakkıyla bağlantısının bir veçhesini ise hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nın 36. maddesi uyarınca “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*”. İdari soruşturmalar neticesinde alınan idari kararlara yönelik olarak kişilerin hak arama hürriyetlerini etkin bir şekilde kullanabilmeleri idari soruşturmalar kapsamındaki bilgi ve belgelere ulaşabilmelerini gerekli kılmaktadır. Ancak bu şekilde kişiler yargı makamları önünde savunma haklarını gereği gibi kullanabileceklerdir. Bu bakımdan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir unsuru olan savunma hakkı da bilgi edinme hakkı ile doğal bir bağlantı içerisindedir.

Bu noktada disiplin soruşturmalarına hakim bir ilke olan “soruşturmanın gizliliği” prensibi üzerinde durmakta yarar vardır<sup>18</sup>. Disiplin soruşturmasının yürütülmesinde gizlilik asıldır<sup>19</sup>. Soruşturmanın gizli yürütülmesi ile bir yandan idari sırlar korunmakta bir yandan da delillerin karartılması önlenmeye çalışılmaktadır<sup>20</sup>. Ancak soruşturmanın gizliliği

<sup>16</sup> Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi soruşturma ve yargulamalarda, kişilere ilişkin beş temel hakkın gözetilmesini istemiştir. Bunlardan biri dinlenilme hakkı diğeri ise bilgi kaynaklarından yararlanma hakkıdır. Dinlenilme hakkı, bireyin olay hakkında konuşabilmesini, delil gösterebilmesini ve bu haklarından haberdar edilmesini içermektedir. Bilgi kaynaklarından yararlanma hakkı ise ilgilinin isteği üzerine, işlemin tamamlanmasından önce, işleme dayanak olacak verilerin tümü hakkında en uygar gereçlerle bireye bilgi verilmesini ifade eder. BAŞAR, s. 66.

<sup>17</sup> AKYILMAZ, s. 149; ÇAPTUĞ, s. 168.

<sup>18</sup> Gizlilik, yönetimdeki bilgi, belge ve diğer verilerin açıklanmamasını ifade etmektedir. EKEN Musa, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.27, S.2, Ankara, 1994, s.26. Gizlilikte, bilgilerin idare dışındakilere kapalılığının yanı sıra idareye verilmiş gizli tutma, sır tutma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu çerçevede gizlilik ödevine uyulmaması hukuki ve cezai sorumluluk doğurur. AKILLIOĞLU, Açıklık-Gizlilik, s.3.

<sup>19</sup> KAYA Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmalarına Hakim Olan Temel İlkeler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.38, S.2, Ankara, 2005, s. 85, (“Temel İlkeler”); SANCAKDAR Oğuz/ ALTINOK ÇALIŞKAN Elif/ SEYHAN Serkan/ DURSUN Gizem/ YAĞCI Pınar, **Disiplin Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 55; BOZ Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.25, S.2, Konya, 2017, s.28. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/A-k maddesinde "soruşturmanın gizliliği esastır" düzenlemesi bulunmaktadır.

<sup>20</sup> SANCAKDAR/ÇALIŞKAN/SEYHAN/DURSUN/YAĞCI, s.55.

ilkesinin soruşturulan kişi için mutlak surette uygulanması savunma hakkını ortadan kaldırır niteliktedir. Bu çerçevede öğretide de soruşturmanın gizliliği ilkesinin soruşturulan memur için geçerli olmadığı kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Danıştay'da soruşturulanın disiplin soruşturma raporu ile eklerinin bir suretinin kendisine verilmesi talebinin idarece 4982 Sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun "idari soruşturmaya dair bilgi ve belgeler" başlıklı 19. maddesi uyarınca kabul edilmemesi üzerine ortaya çıkan uyuşmazlıkta, davacının savunma hakkının ve dolayısıyla açmış olduğu davada savunmasını yapabilmesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>22</sup>.

Pozitif hukukta da soruşturmanın gizliliğinin mutlak olmadığına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu<sup>23</sup>, nun 129. maddesinin 2. fıkrasında hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memurun soruşturma evrakını incelemeye hakkının olduğu düzenlenmektedir. Keza 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu<sup>24</sup>, nun 53/A maddesinde de hakkında üniversite öğretim mesleğinden ve kamu görevinden çıkarma cezası istenenlerin soruşturma evrakını incelemeye haklarının olduğu ifade edilmektedir. Bu mevzuat hükümleri lafzi yorumla değerlendirildiğinde yalnızca haklarında “devlet memurluğundan çıkarma”, “üniversite öğretim mesleğinden çıkarma” ve “kamu görevinden çıkarma” cezası istenen kamu görevlilerinin soruşturma dosyasını inceleme haklarının olduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak hem disiplin hukukunda yer alan savunma hakkı hem de bilgi edinme hakkı çerçevesinde haklarında disiplin soruşturması açılanların hangi cezanın istendiği fark etmeksizin soruşturma evrakını inceleme hakkına sahip olmaları gerekir<sup>25</sup>.

Bilgi edinme hakkı ile savunma hakkı arasındaki doğal bağlantı nedeniyle idari soruşturmalarda bilgi edinme hakkına yönelik getirilecek sınırlamalar savunma hakkını doğrudan etkiler niteliktedir. Ancak idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin tamamına erişim bazı hallerde kamu zararına ya da kişisel bazı zararlara yol açabilme ihtimalini ortaya çıkarabilir. Bu nedenle bazı özel durumlarda idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişimin sınırlandırılabilmesi mümkündür. Ancak bu

<sup>21</sup> KAYA, Temel İlkeler, s.85.

<sup>22</sup> Dan.12.D., 28.1.2014, E. 2013/5654, K. 2014/183, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), E.T. 21.12.2021.

<sup>23</sup> RG., 23.07.1965, S. 12056.

<sup>24</sup> RG., 06.11.1981, S. 17506.

<sup>25</sup> KAYA, Temel İlkeler, s.85; SANCAKDAR/ÇALIŞKAN/SEYHAN/DURSUN/YAĞCI, s.56.

sınırlama yapılırken savunma hakkının özü ile bilgi ve belgelerin gizliliğindeki kamu yararı arasında adil dengenin sağlanması gerekmektedir.

## **II. İDARİ SORUŞTURMALARA İLİŞKİN BİLGİ VE BELGELERE ERİŞİMİN SINIRLANMA REJİMİ**

### **A. İdari Soruşturmalara İlişkin Bilgi ve Belgelere Erişime Yönelik Sınırlamanın Düzenlenişi**

İdari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere yönelik bilgi edinme hakkının daha üstün bir yararın korunması amacıyla sınırlandırılmasında kamu yararı bulunmaktadır<sup>26</sup>. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanun'un da bu kamu yararı gözetilerek idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişim bilgi edinme hakkının bir sınırı olarak düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki 4982 sayılı Kanun'da idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere yönelik getirilmiş genel bir sınırlama bulunmamaktadır. İlgili Kanun idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeleri bazı hallerde bilgi edinme hakkının istisnaları arasında düzenlemiştir. Bu haller Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca;

Kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalara ilişkin olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde;

a) Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak,

b) Kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak,

c) Soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek,

d) Gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek,

bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesindeki düzenlemeden anlaşıldığı üzere bilgi edinme başvurularının reddedilebilmesi için idari soruşturmanın varlığı tek başına yeterli değildir<sup>27</sup>. Dolayısıyla idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere yönelik kategorik bir sınırlama bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Ancak Kanun'da sayılan sebeplerden biri veya

<sup>26</sup> ÇOLAK, <https://www.ilkercolak.com.tr/bilgi-edinme-hakkinin-sinirlari-ve-sinirlama-olcutleri/>, E.T. 07.01.2022.

<sup>27</sup> BEDK, **BEDK Kararları Işığında Açıklamalı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu**, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Yayınları, Ankara, 2015, s.90.

<sup>28</sup> KAYA, s.262.

birkaçının bulunması halinde idare tarafından bilgi edinme başvurusu reddedilebilecektir. Dolayısıyla idarenin maddede sayılan kısıtlayıcı sebeplerden herhangi birinin kapsamına girmeyen idari soruşturmalara yönelik bilgi edinme başvurusunu 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesi kapsamında reddetmesi hukuka aykırı olacaktır<sup>29</sup>.

## **B. İdari Soruşturmalara İlişkin Bilgi ve Belgelere Erişime Yönelik Sınırlamanın Esasa İlişkin Şartları**

İdari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeler kategorik olarak bilgi edinme hakkının sınırını oluşturmazlar. 4982 sayılı Kanun uyarınca idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeler ancak belirli şartların varlığı halinde bilgi edinme hakkının istisnası niteliğindedir. Bu kapsamda öncelikle hakkında bilgi ve belge talep edilen idari soruşturmanın yürütülmekte olan bir idari soruşturma olması gerekmektedir. Bunu dışında idari soruşturmalar kapsamında bilgi edinme hakkının sınırlanabilmesi için talep edilen bilgi ve belgelerin açıklanmasının veya zamanından önce açıklanmasının 4982 sayılı Kanun'da belirlenen tehlikeleri ortaya çıkarma ihtimaline sahip olması gerekmektedir.

### **1. Yürütülmekte Olan Bir İdari Soruşturma Olması**

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesi “yürütülen idari soruşturmalarla” ilgili olan bilgi ve belgelerin açıklanması halinde bilgi edinme hakkı başvurusunun sınırlanabileceğini ifade etmektedir. Bu ibareden idari soruşturmalarla ilgili bilgi edinme hakkına getirilen sınırlamanın yalnızca devam eden soruşturmalar bakımından uygulanabilir olduğu anlaşılmaktadır. Öğretide de yazarlar tamamlanmış idari soruşturmaların bu istisna kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir<sup>30</sup>.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun tamamlanmış idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere yönelik bilgi edinme taleplerinin idarece reddedilmesi üzerinde önüne gelen çeşitli uyuşmazlıklara ilişkin verdiği kararlarında bunların 4982 sayılı Kanun bakımından kısıtlamaya tabi olamayacağını kabul ettiği görülmektedir. Bir kararında Kurul, yürütülen idari soruşturmanın tamamlanmış ve konunun ceza yargılamasına taşınmış olmasını gerekçe göstererek başvuru sahibi kişiye soruşturma raporunun verilmesinin 4982 sayılı Kanun bakımından herhangi bir kısıtlamaya tabi

<sup>29</sup> Dan.10.D., 17.02.2015, E. 2011/7823, K. 2015/546, [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com), E.T. 21.12.2021.

<sup>30</sup> EKEN Musa, **Yönetimde Şeffaflık: Teori-Uygulama**, Sakarya Kitabevi, Adapazarı, 2005, s.117, (“Şeffaflık”); DÖNER, s.247; KAYLAN İbrahim, **Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Yargısal Denetim**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s.140.

olamayacağını kabul etmiştir. Ancak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu söz konusu kararı ile doğrudan idari soruşturmanın tamamlanmış olmasını bilgi edinme başvurusunun kabulü için yeterli bulmamış, kararında ceza yargılamasının aleniyetine ve iddia ve savunma makamlarının mahkeme önüne delil getirme serbestilerine de değinmiştir<sup>31</sup>. Tamamlanmış bir idari soruşturma kapsamında yer alan belgelere yönelik bilgi edinme başvurusu reddedilen başvuruçunun yaptığı itiraz üzerine incelediği başka bir uyuşmazlıkta da Kurul, idari soruşturmanın tamamlanmış olmasını, soruşturma konusunun kişilerin özel hayatı ile ilgili olmamasını ve raporda kişilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak bir bilgi bulunduğuna dair Kurul'a bilgilendirme yapılmamasını gerekçe göstererek istenilen belgenin 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesinde belirtilen nitelikte bir belge olmadığına karar vermiştir<sup>32</sup>. Bu kararında da Kurul, bilgi edinme başvurusunun tamamlanmış bir idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelere yönelik olmasını tek başına başvuruçunun itirazının kabulü için yeterli bulmamış, idarenin ret gerekçelerinin hukuka uygunluğunu da değerlendirmiştir. Başka bir kararındaysa Kurul açıkça neticelenen bir idari soruşturmaya ilişkin olarak idarenin bilgi edinme başvurusunu 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesi hükmüne dayanarak reddedemeyeceğine karar vermiştir<sup>33</sup>.

Davacının kendisi hakkında yürütülmüş ve tamamlanmış bir idari soruşturma dosyasında bulunan belgelerin bir örneğinin tarafına verilmesi talebiyle idareye yaptığı başvurusunun idare tarafından 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesine dayanılarak reddedilmesi üzerine ortaya çıkan bir hukuki uyuşmazlıkta, Danıştay'da 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesinin yürütülmekte olan idari soruşturmalara dair olduğunu belirterek, tamamlanmış soruşturmalara ilişkin istenilen bilgi ve belgelerin bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceğinin açık olduğuna hükmetmiştir<sup>34</sup>.

## **2. Kişilerin Özel Hayatına Açıkça Haksız Müdahale Sonucu Doğuracak Bilgi ve Belgeler**

İdare bireylere ait ve onlara ilişkin pek çok bilgiye sahiptir. Kişilerin toplum içinde özerk bir varlık olarak hayatlarını sürdürebilmeleri açısından, özel hayatlarına ilişkin bilgilerin korunması gerekir. İşte özel hayatın gizliliğini koruma amacı idarenin gizliliğinin önemli bir sebebini

<sup>31</sup> BEDK, 12.04.2006 tarih ve 2006/261 sayılı kararı.

<sup>32</sup> BEDK 10.01.2005 tarihli ve 2005/7 sayılı karar.

<sup>33</sup> BEDK 17.01.2005 tarihli ve 2005/40 sayılı karar.

<sup>34</sup> Dan.10.D, 11.02.2015, E. 2011/10707, K. 2015/375, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), E.T. 21.12.2021.  
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

oluşturmaktadır<sup>35</sup>. Bu çerçevede özel hayatın gizliliği bilgi edinme hakkının sınırlarından biri olarak düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesinde özel bir sınırlama sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak idari soruşturmalar içerisinde de özel hayata ilişkin bilgi ve belgelerin bulunması muhtemeldir. Bu itibarla kanun koyucu idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişimin bir sınırı olarak da özel hayata haksız müdahale sonucu doğuracak bilgi ve belgeleri düzenlemiştir.

Özel hayatın kapsamlı bir tanımını yapmak mümkün değildir. Ancak kazuistik bir yöntemle bireylerin kimliğine ait bilgi ve kayıtlar, cinsel hayata ilişkin davranışlar, kişinin sağlık bilgileri, bireylere ait özel yerler, telefon konuşmaları, posta gönderileri, kişinin fotoğrafı, nam ve şöhreti, yaşam tarzı özel hayat kavramı içerisinde belirlenebilir<sup>36</sup>.

İdari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişim taleplerinin ilgili istisna kapsamında değerlendirilmesinde başvuruyu yapan kişinin idari soruşturmanın muhatabı olup olmaması önem arz etmektedir. Kişilerin kendileri hakkında sonuç doğuran idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişmelerinin özel hayata haksız bir müdahale oluşturmayacağı Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararlarında kabul edilmiştir<sup>37</sup>. Bu kapsamda Kurul, idarenin, üçüncü kişilerin ifadelerinin açıklanmasının bu kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliği taşıdığı iddiasını da, herkesin kendisi hakkında kimin hangi suçu isnat ettiğini öğrenme hakkı olduğunu ifade ederek, kabul etmemiştir<sup>38</sup>.

Üçüncü kişilerin idari soruşturmalarla ilgili bilgi ve belge talep etmeleri halinde ise Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, bunun soruşturulanın özel hayatına haksız bir müdahale oluşturabilme tehlikesi olduğu kanaatinde. Ayrıca disiplin soruşturmalarına hâkim olan soruşturmanın gizliliği ilkesi de üçüncü kişilerin soruşturmaya ilişkin bilgi ve belge alma hakkını sınırlamaktadır<sup>39</sup>. Öğretide de idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelerle doğrudan alakası olmayan kişilerle bilgi ve belge paylaşılması gerektiği

<sup>35</sup> EKEN, s.29.

<sup>36</sup> GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 334; TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz/ ÖNOK Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.278-290; KABOĞLU İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 5. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul, 1993, s.189.

<sup>37</sup> BEDK 17.01.2005 tarihli ve 2005/40 sayılı karar.

<sup>38</sup> BEDK 31.01.2005 tarihli ve 2005/50 sayılı karar.

<sup>39</sup> KAYA, Temel İlkeler, s.85.



ifade edilmektedir<sup>40</sup>. Bu kapsamda Kurul tarafından “*idari soruşturmalara ilişkin bilgiler soruşturmaya ilgili olmayan üçüncü şahıslar tarafından talep edilmekteyse bu bilgilerin verilmesinin hakkında soruşturma düzenlenenin özel hayatına, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturabileceği veya ticari sır niteliğindeki bilgilerinin öğrenilmesi sonucunun doğurabileceği göz önüne alınarak bu belgelerin, ancak talep edenin kişisel haklarını çok yakından ilgilendirecek nitelikte olması veya bu bilgilerin açıklanmasının Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun amacı olan yönetimde şeffaflığın sağlanması bakımından kamu yararı arz etmesi durumunda mümkün olabileceği*” kararlaştırılmıştır.<sup>41</sup>

Bazı kamu görevlileri hakkında yürütülen disiplin soruşturmasına ait bilgi ve belgelerle ilgili üçüncü kişiler tarafından yapılan bilgi edinme başvurusunun idarece reddi üzerine ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkta Danıştay’da yalnızca ilgililerinin şahsi sicil durumlarını ilgilendiren bir konuda bilgi edinme talebinde buldukları gerekçesiyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır<sup>42</sup>. Bu çerçevede Danıştay’ın da idari soruşturma içerisindeki bilgi ve belgelerin herhangi bir kamu yararı olmaksızın üçüncü kişilere verilmesinin soruşturulanların özel hayatlarına müdahale niteliğinde olduğunu kabul ettiği görülmektedir.

İdari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere yönelik üçüncü kişiler tarafından yapılan bilgi edinme başvurusu sonucunda idarenin bu kişilere, soruşturulanın özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte bilgileri vermesi halinde, idarenin söz konusu bilgi paylaşımı, 1982 Anayasası’nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını ihlal eder niteliktedir<sup>43</sup>. Özel hayatlarının gizliliğinin idare tarafından kusurlu ya da kusursuz olarak

<sup>40</sup> ÇOLAK, <https://www.ilkercolak.com.tr/bilgi-edinme-hakkinin-sinirlari-ve-sinirlama-olcutleri/>, E.T. 07.01.2022. Çolak, bilgi edinme hakkı kanununda açık hüküm bulunmama ile birlikte idari soruşturmaya doğrudan ilgili olmayan kişilerin bilgi edinme taleplerinin idare tarafından olumsuz yanıtlanması gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>41</sup> BEDK 11.03.2005 tarihli ve 2005/141 sayılı kararı.

<sup>42</sup> Dan.10.D., 25.03.2015, E. 2011/4729, K. 2015/1347, aktaran KAYLAN, s.142.

<sup>43</sup> Örneğin; AYM, *Arif Ali Cangı Başvurusu*, Başvuru No. 2016/4060, K.T. 17.09.2020, RG., 14.10.2020, S. 31274. İlgili kararda Anayasa Mahkemesi üçüncü kişinin bilgi edinme başvurusu üzerine başvurusunun kişisel nitelikteki birtakım verilerinin idare tarafından üçüncü kişilere aktarılmasının özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Her ne kadar söz konusu bilgi edinme talebi idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere yönelik olmasa da idari soruşturmalar içerisindeki kişisel nitelikli verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması durumunda da benzer bir ihlalin oluşması mümkündür.

bozulması üzerine kişilik hakları zedelenenlerin zararlarının giderilmesi gerekmektedir<sup>44</sup>. Bu şekilde hakları ihlal edilen ilgililerin onur, saygınlık, mesleki kariyer vb. kişisel haklarının ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen zararlarının giderilmesini tam yargı davası yoluyla idareden talep edebilmeleri mümkündür.

Ayrıca belirtmek gerekir ki 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesi yukarıda da açıkladığımız üzere yalnız yürütülmekte olan idari soruşturmalar için uygulanabileceği için, tamamlanmış idari soruşturmalar içerisinde yer alan bilgi ve belgelerin açıklanmasının kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal eder nitelikte olması durumunda idarenin söz konusu başvuruyu Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesi kapsamında reddetmesi gerekmektedir.

### **3. Kişilerin veya Soruşturmayı Yürüten Görevlilerin Hayatını ya da Güvenliğini Tehlikeye Sokacak Bilgi ve Belgeler**

Bilgi edinme hakkı kapsamında talep edilen idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin kişilerin ya da soruşturmayı yürüten görevlilerin yaşam haklarını ve kişi özgürlüğü ve güvenliklerini tehlikeye sokacak nitelikte olması halinde, başvuruçunun bilgi edinme talebinin idare tarafından 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesi kapsamında reddedilmesi mümkündür. Bu istisna ile hem üçüncü kişilerin hem de soruşturmayı yürütenlerin güvenliklerinin korunması amaçlanmıştır. Soruşturulan kişinin kendisini ihbar eden kişinin veya şikayetçinin kimliğini ya da tanık kimliklerini ve tanık ifadelerini öğrenmesi, kişide intikam duygusu yaratarak bu kişilerin güvenliğinin tehlikeye sokulması ihtimalini ortaya çıkarabilir<sup>45</sup>. Bu noktada bu bilgiler söz konusu istisna çerçevesinde değerlendirilebilir. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu da soruşturma dosyasında yer alan, tanık isimlerinin, tanık ifade tutanaklarının ve tanıkların kimliklerinin tespitine olanak sağlayacak bilgilerin, 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesinde belirtilen kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak nitelikte olduğundan bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir<sup>46</sup>. Danıştay'da bir kararında “*devam eden inceleme ile ilgili raporun incelemeyi yapanların güvenliği dikkate alınarak davacıya verilmemesinin, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na aykırılık oluşturmayacağını*” ifade etmiştir<sup>47</sup>. Ancak bu istisnanın uygulanabilmesi için idarenin somut olgu ve olaylar ile bu tehlikenin varlığını ortaya

<sup>44</sup> AKILLIOĞLU, Açıklık-Gizlilik, s.6.

<sup>45</sup> EKEN, Şeffaflık, s.118-119.

<sup>46</sup> BEDK, 14.05.2008 tarih ve K:2008/441 sayılı kararı.

<sup>47</sup> Dan.10.D., 04.07.2013, E. 2009/15748, K. 2013/5862, aktaran KAYLAN, s.144.

koyması gerekmektedir. Bu kapsamda somut bir gerekçeye dayanmaksızın yalnızca soruşturmayı yürüten görevlilerin ya da kişilerin güvenliğinin tehlikeye sokulacağı belirtilerek tanık ifadelerinin ya da raporların soruşturulana verilmemesi bilgi edinme hakkının özünü ortadan kaldıracığı gibi başvuru sahibinin savunma hakkını da ihlal eder niteliktedir.

#### **4. Soruşturmanın Güvenliğini Tehlikeye Düşürecek Bilgi ve Belgeler**

İdari soruşturmalara ilişkin bilgi veya belgelerin paylaşımı, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikteyse bilgi edinme hakkının istisnasını oluşturmaktadır. Bazı durumlarda idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin zamanından önce açıklanması, soruşturulanın delilleri ortadan kaldırması ya da tanıkları etkilemesi gibi soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek durumları ortaya çıkarabilir. İlgili düzenleme ile bu gibi hallerde söz konusu bilgi ve belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında bırakılması mümkün kılınmıştır. Ancak kategorik bir şekilde hangi bilgi ve belgelerin kişilere verilmesinin soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürebileceği belirlenemez. Bu çerçevede idarenin bilgi edinme başvurusu kapsamında talep edilen bilgi ve belgelere erişimin soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikte olup olmadığını her bir somut olayın özelliklerine göre değerlendirmesi gerekmektedir. İdarenin idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere yönelik bilgi edinme başvurusunu herhangi bir somut ve makul gerekçe göstermeksizin yalnızca bu istisnaya dayanarak reddetmesi hukuka aykırı olacaktır.

Bir uyuşmazlıkta başvuru kendisi hakkındaki Ziraat Bankası'na yönelik asılsız iddialarda bulunduğu ilişkin TBMM Soruşturma Komisyonu'nun Ziraat Bankası'na gönderdiği yazıyı bilgi edinme hakkı kapsamında idareden talep etmiş, idare talebini ilgili yazının başvuruyla paylaşılmasının soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle reddetmiştir. Başvuru sahibinin itirazı üzerine olayı inceleyen Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu idarenin kararını hukuka aykırı bulmuştur<sup>48</sup>.

#### **5. Gizli Kalması Gereken Bilgi Kaynağının Açığa Çıkmasına Neden Olacak veya Soruşturma ile İlgili Benzeri Bilgi ve Bilgi Kaynaklarının Temin Edilmesini Güçleştirecek Bilgi veya Belgeler**

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesiyle idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeler, açıklanmaları halinde gizli kalması gereken bilgi kaynağını açığa çıkaracak veya benzeri bilgi ve bilgi

<sup>48</sup> KAYA, s.263.

kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek nitelikteyse bilgi edinme hakkından istisna tutulmuşlardır. İlgili istisna hükmüne ilişkin olarak belirlenmesi gereken ilk husus “gizli kalması gereken bilgi kaynağı” ifadesinin içeriğidir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanun’unda “gizli kalması gereken bilgi kaynağı” ile ilgili bir tanım yapılmamaktadır. Şeffaf devlet ve hukuki idare bakımından gizli kalması gereken bilgi kaynağından ne anlaşılması gerektiğinin açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır<sup>49</sup>. Kanun koyucu tarafından böyle bir belirleme yapılmaya kadar Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu’nun kararları ile söz konusu kavramsal muğlaklığın giderilebilmesine katkı sağlaması gerekmektedir. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu bu istisnayı tanıklara ait ifade tutanakları açısından değerlendirmiştir. Başvurucunun idari soruşturma kapsamındaki belgelerden ismen belirttiği şahıslara ait ifade tutanaklarının kendisine verilmesi talebinin idarece reddedilmesi üzerine yaptığı itiraza dair incelemede, 4982 sayılı Kanun’un 19. maddesi uyarınca, istenilen bilgi ve belgelerin gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek nitelikte gördüğünden itirazın reddine karar vermiştir<sup>50</sup>. Ancak kararda hangi nedenlerle talep edilen tanık ifadelerinin başvurucuya sağlanmasının ilgili hükümde öngörülen sonuçlara yol açacağına dair bir açıklama bulunmamaktadır.

İdari soruşturmalar kapsamında ifadelerine başvurulmuş tanıklar, özellikle hakkında soruşturma yürütülen kişinin hiyerarşik astları konumunda iseler, üstleri aleyhine ifade vermektan kaçınabilecektir. Kanımızca bu durumu öngören kanun koyucu yürütülen bir idari soruşturma sırasında kişilerin tanıklık yapmaktan çekinmelerini önlemek amacıyla bilgi edinme hakkına bu şekilde bir sınırlama getirmiştir.

### **C. İdari Soruşturmalara İlişkin Bilgi ve Belgelere Erişime Yönelik Sınırlamanın Usule İlişkin Şartları**

#### **1. Ret Kararının Gerekeçli Olması**

Türk idaresinin işlemlerinde gerekçe gösterme yükümlülüğüne yönelik genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak çeşitli hukuki düzenlemelerde idarenin belirli konularda yaptığı işlemlerde gerekçe gösterme yükümlülükleri açıkça düzenlenmektedir. Bu hukuki düzenlemelerden birini ise 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu

<sup>49</sup> SOYER Emre, “Bilgi Edinme Hakkının İstisnası Olarak İdari Soruşturmalar Kapsamındaki Bilgi veya Belgeler”, **8. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi**, 24-27 Nisan 2019, Bildiriler Kitabı II, İstanbul, 2020, s.164.

<sup>50</sup> BEDK, s.86-87.

oluşturmaktadır. İlgili Kanun'un 11. maddesi uyarınca idare, bilgi edinme başvurusunu reddetmesi halinde bu kararın gerekçesini ilgiliye bildirme yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede idare, başvuru sahibinin idari soruşturmalara ilgili bilgi ve belgelere erişim talebini reddetmesi halinde, bu kararı 19. madde içerisinde yer alan ret sebeplerinden hangisine ya da hangilerine dayanarak aldığını gerekçeli olarak başvuru sahibine bildirmekle yükümlüdür<sup>51</sup>.

İdari işlemin gerekçeli olması idarenin açıklığını ve hesap verebilirliğini arttırması nedeniyle bir iyi yönetim ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>52</sup>. Gerekçe yükümlülüğü hem idari işlemi tesis eden makamın azami bir özen göstermesini sağlar hem de ilgililerin idari işlemin dayandığı esasları önceden öğrenmesini sağlayarak, bu kişilerin hukuki yollara başvurma konusunda karar vermesine yardımcı olur ve savunma geliştirmelerine imkân tanır<sup>53</sup>. Özellikle idari işlemin ilgisine sağladığı yararlar nedeniyle gerekçe ilkesi bilgi edinme, savunma ve hak arama haklarının bir unsuru niteliğindedir<sup>54</sup>.

Gerekçenin kendisinden beklenen yararları sağlayabilmesi için açık ve anlaşılır olması, işlemin sebebini oluşturan maddi ve hukuki olayların net bir şekilde ortaya konulması ve şablon ibareler kullanılmaktan kaçınılması gerekmektedir. Bu çerçevede bilgi edinme başvurusunun reddine ilişkin kararda, talep edilen bilgi ve belgelerin “idari soruşturmaya ilişkin olmasından ötürü başvurunun reddedildiği” gerekçesi idari usul anlamında doğru bir gerekçe değildir. İdare tarafından ret gerekçesinde, hangi hukuki ve fiili nedenlerle talep edilen bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Kanun'un 19.

<sup>51</sup> BEDK, s.90.

<sup>52</sup> İdari kararların gerekçeli olması Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (RG., 28.03.2013, S. 28601 mük.) 6. maddesinde de iyi yönetim ilkeleri arasında sayılmıştır.

<sup>53</sup> AKYILMAZ, s. 203-204; GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 13. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s.331.

<sup>54</sup> “*İlgililer işlem nedenlerini gerekçe aracılığı ile öğrenmek, gerekiyorsa işleme karşı hukuk yollarına başvurmak durumundadırlar. Bu bakımdan gerekçe ögesini, ilgilinin işlemde bilgi alma hakkının asgari düzeyi olduğu söylenebilir. Başka deyişle, gerekçe asıl olarak işlemin yargı denetimine ilişkin bir öge değil fakat bilgi alma hakkının bir parçasıdır, kısaca, gerekçe, savunma haklarından biri, işlemin gerekçeli olma ilkesi, savunma haklarına saygı ilkesinin bir parçasıdır.*” AKILLIOĞLU Tekin, *Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi, Amme İdaresi Dergisi*, C.15, S.2, Ankara, 1982, s. 9, (“Gerekçe”).

maddesinde yer alan istisnanın kapsamına girdiklerinin somut ve açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir<sup>55</sup>.

## 2. Gizli Bilgilerin Ayrılarak Bilgi ve Belge Verilmesi

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, bilgi edinme hakkı çerçevesinde talep edilen bilgi ve belgeler içerisinde gizli kalması gereken bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olan bilgilerin bir arada bulunması durumunda idarelerin yapması gerekeni düzenlemiştir. İlgili Kanun'un 9. maddesi gereğince istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabiliriyorsa, söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulmalıdır. Ayrıca başvurucuya çıkartılan kısımların ayrılma gerekçesinin yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.

Öğretide “kısmi erişim” (*partial access*) veya “ayrılabilir kısımlar” (*segregable portions*) olarak nitelendirilen bu uygulama, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun istisnalara ilişkin getirdiği yerinde bir düzenlemedir<sup>56</sup>. Kısmi erişim, birçok ülkenin bilgi edinme kanununda da kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Böylelikle idarenin, talep edilen bilgi ve belgeler içerisinde yer alan bazı bilgilerin bilgi edinme hakkına ilişkin istisnalar içerisinde olması durumunda, bilgi edinme talebini kategorik olarak istisna kapsamına sokarak reddetmesinin önüne geçilmiştir. Gizli bilgilerin dosyadan ayrılarak diğer bilgi ve belgelere erişimin sağlanma imkanının getirilmesi ile bilgi edinme hakkının Kanun'un amacına aykırı bir şekilde sınırlandırılmasının da önüne geçilmiştir.

Gizli kalması gereken bilgilerin ayrılması usulü çerçevesinde idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belge taleplerinin yerine getirilmesinde, idare, öncelikle Kanun'un 19. maddesinde dört bent halinde sayılan esasa ilişkin şartlar çerçevesinde değerlendirme yapacak ve talep edilen bilgi ve belgelerde gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabiliriyorsa, bu bilgi veya belgeleri, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgileri çıkardıktan sonra başvuru sahibinin erişimine sunacaktır<sup>58</sup>.

İdari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişim sırasında gizli kalması gereken bilgilerin ayrılması usulü özellikle şikayetçi, tanık ve diğer

<sup>55</sup> KAYA, s.262; SOYER, s.160-161.

<sup>56</sup> KAYA, s.253.

<sup>57</sup> AKILLIOĞLU, Gerekeçe, s.8.

<sup>58</sup> BEDK, s.86-87.

sıfatlarla ifade verenlerin kimlik bilgileri ve kimliklerini ortaya çıkarabilecek diğer bilgilerin karartılması ya da bilgi ve belgeler arasından çıkartılması yoluyla uygulanmaktadır. Böylelikle 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesinin öngördüğü sınırlama sebepleri arasında yer alan kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak, gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek hallerin gerçekleşmesinin önüne geçilmektedir. İdare, gizli kalması gereken bilgileri karartmak ya da dosyadan çıkarmak suretiyle kalan bilgileri, bilgi edinme başvurusunda bulunan kişilere iletmektedir. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu da kararlarında uygulamanın bu yönde yapılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>59</sup>. Danıştay'da benzer şekilde karar vermektedir<sup>60</sup>.

İdari soruşturma içerisindeki bilgi ve belgeler kapsamında açıklanması halinde özel hayatın gizliliğini ihlal edebilecek bilgilerin bulunması halinde de, bilgi edinme başvuruları cevaplanırken söz konusu bilgilerin dosyadan ayrılması ya da karartılması gerekmektedir.

### **C. İdari Soruşturmalara İlişkin Bilgi ve Belgelere Erişime Yönelik Sınırlamanın Sınırları**

Bir temel hak niteliğinde olan bilgi edinme hakkının sınırlandırılması, anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin getirdiği sınırlara uygun olmak zorundadır<sup>61</sup>. Anayasa Mahkemesi de bilgi edinme hakkının sınırlandırılmasını öngören düzenlemelerin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere ve bu bağlamda ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğinin açık olduğuna hükmetmiştir<sup>62</sup>. Bu çerçevede idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişime getirilen sınırlamaların 1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki güvencelere uygun olması gerekmektedir. Bilgi edinme hakkının bireyler tarafından anlamlı bir şekilde

<sup>59</sup> "İtiraz konusu başvuru ile kastedilmiş olan 09.03.2010 tarih ve 04/513 sayılı inceleme raporu ve eklerinin, sadece başvuru sahibi XX ile ilgili olan kısımlarının; diğer şahıslarla ilgili olan yerler ve gerek tanık, şikâyetçi ve gerekse diğer sıfatlarla ifade vermiş olan ifade sahiplerinin kimlik bilgileri ile kimliklerinin tespitine imkan veren her türlü bilgi ve ifade karartılmak suretiyle, başvuru sahibinin erişimine sunulması gerektiği hususlarının Akören Kaymakamlığı (...) İlköğretim Okuluna bildirilmesine karar verilmiştir." BEDK, s.90.

<sup>60</sup> Dan.10.D., 11.02.2015, E.2011/3517, K.2015/370, [www.kazancı.com](http://www.kazancı.com), E.T. 21.12.2021.

<sup>61</sup> YILDIRIM Turan, "Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Sınırlamanın Sınırı", AÜSBFD, C.46, S.1, Ankara, 1991, s.465-474.

<sup>62</sup> AYM, 04.12.2014, E.2013/114, K.2014/184, [www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), E.T., 23.12.2021.

kullanılabilmesi hakkın sınırlarının nerede son bulduğunun belirlenmesini gerektirmektedir<sup>63</sup>. Bununla birlikte sınırların belirlenmesi yasama ve idare organları içinde önemlidir, zira bu sınırları aşan işlemler iptal müeyyidesiyle karşı karşıyadır<sup>64</sup>.

### 1. Sınırlamanın Kanunla Yapılması

Temel hak ve hürriyetlerin ancak yasama organı tarafından kanunla sınırlanma ilkesi 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nden beri kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Bu ilke 1982 Anayasası tarafından da benimsenmiştir. Buna göre temel hak ve özgürlüklerin idarenin düzenleyici işlemleri ile sınırlandırılması mümkün değildir<sup>66</sup>. Kanunla sınırlama ilkesi ile temel hak ve özgürlüklere yürütme organının müdahale etmesi önlenmiştir<sup>67</sup>. 1982 Anayasası'nın bu gerekliliğine uygun olarak idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişime yönelik getirilen sınırlamanın 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile düzenlendiğini görmekteyiz<sup>68</sup>.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 14. maddesinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun oluşturuluş amaçları arasında, kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin kararlar vermesi yer almaktadır. Yine Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin<sup>69</sup> 25. maddesine göre de “kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar verir. Kurul, bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemeye yetkilidir.” Bu hükümler çerçevesinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin ilke kararlar alma yetkisine sahiptir. Danıştay'da ilgili hükümler çerçevesinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun bilgi edinme hakkının

<sup>63</sup> ÇOLAK, <https://www.ilkercolak.com.tr/bilgi-edinme-hakkinin-sinirlari-ve-sinirlama-olcutleri/>, E.T. 07.01.2022.

<sup>64</sup> YILDIRIM, s.465.

<sup>65</sup> KAPANI, s. 230.

<sup>66</sup> “Anayasa'nun temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez.” AYM, **Tuğba Arslan Başvurusu**, Başvuru No. 2014/256, K.T. 25.06.2014, RG., 05.07.2014, S. 29051, par. 87; AYM, **Arif Ali Cangı Başvurusu**, Başvuru No. 2016/4060, K.T. 17.09.2020, RG., 14.10.2020, S. 31274, par. 71.

<sup>67</sup> GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 420.

<sup>68</sup> ÇOLAK, <https://www.ilkercolak.com.tr/bilgi-edinme-hakkinin-sinirlari-ve-sinirlama-olcutleri/>, E.T. 07.01.2022.

<sup>69</sup> RG., 27.04.2004, S. 25445.



kullanılmasına ilişkin ilkeleri belirleyebilme yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir<sup>70</sup>. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun aldığı ilke kararlar idari düzenleyici işlem niteliğindedir.

Belirtmek gerekir ki Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun alacağı ilke kararlar birtakım ilkelere tabidir. Öncelikle kamu hukukunun temel yorum ilkelerinden olan “özgürlükler geniş, sınırlamalar dar yorumlanır” prensibi uyarınca Kurul'un ilke kararlarında bilgi edinme hakkının kullanılmasına yönelik sınırları belirlerken özgürlükleri genişletici şekilde karar alması gerekmektedir<sup>71</sup>. Ayrıca 4982 sayılı Kanun'un “Amaç” başlıklı 1. maddesi hükmüne uygun olarak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun ilke kararlarında kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak belirlemesi gerekmektedir. Son olarak Kurul, ilke kararlarında bilgi edinme hakkını 4982 sayılı Kanun'da öngörülen sınırlama sebeplerini aşacak şekilde sınırlayacak bir karar alamaz. Kurul'un bu içerikte bir karar alması halinde, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlanabileceği ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

## **2. Sınırlamanın Hakkın Özüne Dokunmaması ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Uygun Olması**

1982 Anayasası'nın 13. maddesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine ilişkin olarak hakkın özüne dokunma yasağı getirmektedir. Bu kapsamda öncelikle hakkın özünü belirlemek gerekmektedir. Öğretide hakkın özü kavramının fevkalade belirsiz bir kavram olduğu ifade edilerek bir hakkın özünün nerede başlayıp nerede bittiğinin tespit edilmesinin objektif olarak bilinmeyeceği dile getirilmiştir<sup>72</sup>. Hakkın özünün ne olduğunun her hak ve hürriyet için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmele beraber genel düzeyde hakkın özü “*onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan aslî çekirdeği*”<sup>73</sup> olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi de bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını “*açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına*

<sup>70</sup> Dan.10.D., 08.04.2021, E. 2018/3487, K. 2021/1719, [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), E.T. 14.12.2021; Dan.10.D., 08.04.2021, E. 2020/2089, K. 2021/1720, [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), E.T. 14.12.2021; Dan.10.D., 01.06.2021, E. 2016/16011, K. 2021/2939, [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr), E.T. 14.12.2021.

<sup>71</sup> GÖZLER, s.98.

<sup>72</sup> GÖZLER, s.423.

<sup>73</sup> ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.115.

*ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki*<sup>74</sup> kanuni sınırlamaların hakkın özüne dokunduğunu ifade etmektedir.

Bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak idari soruşturmalara getirilen istisnalar değerlendirildiğinde öncelikle kategorik olarak idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin bilgi edinme hakkı dışında tutulmaması ile hakkın özünün ortadan kaldırılmasına yol açabilecek bir sınırlamaya gidilmesinin önüne geçildiği görülmektedir. Bu çerçevede idarenin belirli kişilere ya da belirli fiillere yönelik yürütülen idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeleri kategorik olarak bilgi edinme hakkının dışında tutması hakkın özünün ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak niteliktedir.

1982 Anayasası'nın 13. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma rejimine getirilen bir diğer ilke ise sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması şartıdır. Bu hükümden öngörülen demokrasi anlayışı şüphesiz evrensel demokratik ölçüleri ifade etmektedir<sup>75</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne göre "*Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir.*"<sup>76</sup>

Anayasa Mahkemesi bir temel hak ve hürriyetin özünü ortadan kaldıracı bir düzenlemenin, aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaşmadığı sonucuna vararak, bu iki kavramı birlikte ve birbirleriyle bağlantılı olarak kullanmaktadır<sup>77</sup>. Bu çerçevede idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişimin hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde sınırlanması, demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı olacaktır.

Kamuoyunu ilgilendiren olaylara ilişkin olarak bireylerin haber alma hürriyeti demokratik bir toplumun gereklerinden biridir. Bu çerçevede kamuoyunu ilgilendiren ya da etkileyen belirli olaylar hakkında yürütülen idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılmasında 4982 sayılı Kanun'un 19. maddesinde yer alan sınırlama sebeplerinin daha sınırlı olarak uygulanması demokratik toplum gereklerine uygunluk bakımından

<sup>74</sup> AYM., 04.01.1963, E. 1962/208, K. 1963/1, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S.1, Y.1962, Ankara, 1964, s.74.

<sup>75</sup> YILDIRIM, s.466-467; ÖZBUDUN, s.116.

<sup>76</sup> AYM, *Ferhat Üstündağ Başvurusu*, Başvuru No. 2014/15428, K.T. 17.07.2018, RG., 28.09.2018, S. 30549, par. 45.; AYM, *Arif Ali Cangı Başvurusu*, Başvuru No. 2016/4060, K.T. 17.09.2020, RG., 14.10.2020, S. 31274, par. 86.

<sup>77</sup> ÖZBUDUN, s.118.

kanımızca daha yerinde olacaktır. Böylelikle idarenin kamuyu aydınlatma yükümlülüğü de yerine getirilmiş olur<sup>78</sup>.

### 3. Sınırlamanın Ölçülü Olması

Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasında ölçülülük ilkesi; sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracının sınırlama amacı bakımından gerekli olmasını ve araçla amaç arasında ölçüsüz bir oran bulunmamasını ifade eder<sup>79</sup>. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini şu şekilde ifade etmektedir; “*Makul, kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur... Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir... Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunması gerekir.*<sup>80</sup>”

Bilgi edinme hakkının sınırı olarak idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere yönelik getirilen düzenleme incelendiğinde ancak belirli tehlikelerin doğma ihtimalinin varlığı halinde söz konusu bilgi ve belgelere erişimin sınırlandırıldığı görülmektedir. Kanun koyucu böylece hakkın kullanılmasından doğacak yarar ile yine hakkın kullanılmasının yol açabileceği bireysel ve kamusal zarar arasında hakkaniyete uygun bir denge sağlamayı amaçlamıştır.

İdari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişime getirilen sınırlamanın ölçülülüğünün sağlanması konusunda önemli olan bir diğer düzenleme ise başvuru talebi ettiği bilgi ve belgelerin gizli bilgilerin ayrılarak verilebilmesine imkân sağlayan 4982 sayılı Kanun’un 9. maddesi hükmüdür. Bu çerçevede idare, idari soruşturmalarla ilgili bilgi ve belgelere yönelik bilgi edinme başvurusunu gizli belgeleri dosyadan çıkararak ya da karartarak başvurucuya sağlayabilecek durumdaysa, bilgi edinme başvurusunu 4982 sayılı Kanun’un 19. maddesine dayanarak reddetmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bilgi edinme hakkının özellikle idari soruşturmalar bakımından savunma hakkı ile olan doğal bağı, bu durumda savunma hakkının da ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

## SONUÇ

İdari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeler, bilgi edinme hakkının sınırı olarak 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 19. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeyle idari soruşturma kapsamında bulunan

<sup>78</sup> SANCAKDAR/ÇALIŞKAN/SEYHAN/DURSUN/YAĞCI, s.55.

<sup>79</sup> ÖZBUDUN, s. 114.

<sup>80</sup> AYM., 22.05.1987, E. 1986/17, K. 1987/11, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S.23, Y.1987, Ankara, 1989, s.222.

tüm bilgi ve belgeler kategorik olarak bilgi edinme hakkının kapsamı dışarısına çıkarılmamaktadır. İdari soruşturma kapsamında yer alan belgeler, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesinde dört bent halinde sayılan hallerin birinin veya birkaçının somut olayda mevcut olması halinde ilgili Kanun'un kapsamı dışında bırakılmaktadır. Buna göre yürütülen idari soruşturmalara ilişkin olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak, kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek bilgi veya belgelere erişim sınırlanmıştır.

İdarenin idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelere erişim başvurusunu reddetmesi için somut olayda 19. maddede yer alan hallerin bulunduğunu maddi vakalar ile gerekçelendirmesi gerekmektedir. İlgili hükümde yer alan bentlerin hangi hallerde uygulanabileceği Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararlarında ortaya konulmaktadır. Uygulamanın belirliliğinin sağlanması açısından Kurul'un kararları büyük önem taşımaktadır. Ancak Kurul, kararlarını 4982 sayılı Kanun'un amacına uygun olarak eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak almalıdır. İdari yargı Kurul'un kararları üzerinde yargısal denetim gerçekleştirerek söz konusu ilkelere uygun olmayan kararları iptal etmektedir. Bu çerçevede idari yargı kararları da idari soruşturmalara ilişkin istisnanın uygulanmasına ışık tutmaktadır.

İdari soruşturmalara ilişkin sınırlamanın, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin güvencelere uygun olması gerekmektedir. Kamu hukukunun temel yorum ilkelerinden olan özgürlüklerin geniş, istisnaların dar yorumlanacağı ilkesi gereği idarenin idari soruşturmalara yönelik getirilen bilgi edinme istisnasını dar yorumlaması gerekmektedir. Kanunilik ilkesi çerçevesinde idarenin idari soruşturmalara ilişkin sınırlama hükmünü daraltıcı düzenleyici işlem tesis etmesi de hukuka aykırıdır.

Bilgi edinme başvurusunda bulunulan idarelerin, hakkın kullanımını imkânsızlaştıracak; hakkın özünü ortadan kaldıracak kararlar vermesi Anayasa'da düzenlenen hakkın özüne dokunmama güvencesine aykırılık oluşturacaktır. Bu kapsamda idarenin belirli kişilere ya da belirli türdeki idari soruşturmalara yönelik bilgi edinme başvurusunu kategorik olarak reddetmesi hukuka aykırıdır. Ayrıca idari soruşturmalara yönelik getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerekmektedir. Bu çerçevede kamuoyunu ilgilendiren ya da etkileyen belirli

durumlar hakkında yürütülen idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin idare tarafından üçüncü kişilerle paylaşılmasının istisna kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Ancak elbette ki idari soruşturmalara ilişkin üçüncü kişilere yapılacak bilgi ve belge paylaşımlarının soruşturulan kişilerin özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmeyecek şekilde yapılması gerekmektedir.

Son olarak hakkın sınırlandırılmasının ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Bu noktada Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda yer alan kısmi erişim imkânı tüketilmeksizin; yapılan başvuruların reddedilmesi ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

### **KAYNAKÇA**

- AKILLIOĞLU Tekin, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı”, **AÜSBFD**, C.46, S.3, Ankara, 1991, ss. 1-12, (“Açıklık-Gizlilik”).
- AKILLIOĞLU Tekin, “Yönetimsel İşlemlerde Gerekece İlkesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.15, S.2, Ankara, 1982, ss. 7-19, (“Gerekece”).
- AKŞENER Haşmet Sırrı, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Üzerine Bir İnceleme”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 13, İstanbul, 2004, ss. 26-40.
- AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 10.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- BAŞAR Hüseyin, “Kamu Görevlilerine Yönelik Soruşturmalar”, **Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, S.3, Ankara, 1988, ss. 65-78.
- BEDK, **BEDK Kararları Işığında Açıklamalı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu**, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Yayınları, Ankara, 2015.
- BOZ Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.25, S.2, Konya, 2017, ss. 15-41.
- ÇAPTUĞ Mehpere, **İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÇOLAK Nusret İlker, **Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Sınırlama Ölçütleri**, <https://www.ilkercolak.com.tr/bilgi-edinme-hakkinin-sinirlari-ve-sinirlama-olcutleri/>, E.T. 07.01.2022.
- DÖNER Ayhan, **Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- DURAN Lûtfi, “İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.31, S.2, Ankara, 1998, ss. 3-13.

- EKEN Musa, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.27, S.2, Ankara, 1994, ss. 25-54.
- EKEN Musa, **Yönetimde Şeffaflık: Teori-Uygulama**, Sakarya Kitabevi, Adapazarı, 2005, (“Şeffaflık”).
- GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 13. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.
- GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- GÜLAN Aydın, “İdare ve Ceza Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı”, **Bilgi Edinme Hakkı Paneli**, 5 Mayıs 2004, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, ss. 100-109.
- GÜRAN Sait, “Yönetimde Açıklık”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sarıca’ya Armağan, Y.3, S.1-2, İstanbul, 1982, ss. 101-112.
- KABOĞLU İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 5. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul, 1993.
- KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964.
- KAYA Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmalarına Hakim Olan Temel İlkeler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.38, S.2, Ankara, 2005, ss. 61-87, (“Temel İlkeler”).
- KAYA Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- KAYLAN İbrahim, **Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Yargısal Denetim**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- SANCAKDAR Oğuz/ ALTINOK ÇALIŞKAN Elif/ SEYHAN Serkan/ DURSUN Gizem/ YAĞCI Pınar, **Disiplin Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- SANCAKDAR Oğuz/ ÖNÜT Lale Burcu/ US DOĞAN Eser/ KASAPOĞLU TURHAN Mine/ SEYHAN Serkan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 10. Baskı, Ankara, 2021.
- SOYER Emre, “Bilgi Edinme Hakkının İstisnası Olarak İdari Soruşturmalar Kapsamındaki Bilgi veya Belgeler”, **8. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi**, 24-27 Nisan 2019, Bildiriler Kitabı II, İstanbul, 2020, ss. 155-167.

- TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz/ ÖNOK Rıfat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- YILDIRIM Ramazan, “İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, 1998, ss. 227-238.
- YILDIRIM Turan, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılmasında Sınırlamanın Sınırı”, **AÜSBFD**, C.46, S.1, Ankara, 1991, ss. 465-474.





# # ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR IŞIĞINDA CEZAEVLERİNDEKİ ARAMA USULÜNE İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

(FUNDAMENTALS PRINCIPLES OF SEARCH PROCEDURE IN PRISONS IN THE  
LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS AND REPORTS)

Dr. Bahattin Aras\* \*\*

## ÖZ

*Çağdaş infaz rejiminde etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci için tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulması gerekmektedir. Cezaevlerinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurularak uygulanması gereken tedbirlerden biri de cezaevlerindeki arama işlemleridir. Burada sorun olan husus aramanın bir gereklilik olmaktan çıkarılarak hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden ve bir noktada onları huzursuz etmek için kullanılan bir genel uygulamaya dönüşmesidir. Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin temel kavram ve ilkeler ışığında hükümlü ve tutukluların cezaevlerinde aranmasına ilişkin temel esaslar ve uygulamada yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *İnfaz Hukuku, Cezaevi, Hükümlü, Tutuklu, Arama Usulü*

## ABSTRACT

*A balance must be struck between the rights of the detainees and convicts and the security, discipline and order of the institution, for an effective, remedial and restorative execution process in the contemporary execution regime. One of the measures that should be implemented by balancing the rights of the detainees and convicts in prisons with the security, discipline and order of the institution is the search procedures in the prisons. The problem here is that the search is no longer a necessity and turns into a*

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.02.2022. İlk hakem raporu tarihi: 08.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 09.06.2022. Onaylanma tarihi: 20.06.2022.

\* Freelance Editör/Danışman.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3551-7363.

**Esere Atıf Şekli:** Bahattin Aras, “Uluslararası Belge Ve Raporlar Işığında Cezaevlerindeki Arama Usulüne İlişkin Temel Esaslar”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.499-579.

*general practice that violates the rights of convicts and detainees, offends them and is used to make them uncomfortable at some point. In the current study, the basic principles of searching convicts and detainees in prisons and the problems and violations of rights in practice will be discussed in the light of the basic concepts and principles of the law of execution.*

**Keywords:** *Law On Criminal Execution, Prison, Detainee, Convict, Search Procedure*

\*\*\*

## GİRİŞ

Çağdaş infaz sisteminde cezaevleri ceza verme yerleri değildir. Suç işlemiş kişinin cezası mahkemeler tarafından verildikten sonra kişinin bir taraftan suçunun cezasını çekeceği bir taraftan da suçlu kişiliğinden arınarak yeniden toplum içine geri dönüşünü sağlayacak toplumsal geri dönüşüm merkezi konumundadırlar. Bu nedenle etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci hedefleyen çağdaş infaz rejiminde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulması gerekmektedir. Cezaevi idaresinin güvenliği, disiplini ve düzeni sağlamak için kaçınılmaz olarak alması gereken bir kısım istisnai önlemler olsa da bunun idari ve yargısal denetime imkân verecek şekilde somut olarak gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Ancak her halükarda alınacak kısıtlamaların temel hakların özüne zarar veren, onların kullanılmasını imkânsız hale getiren, ayrımcı ve insan onuruna aykırı nitelikte olmaması gerekir. Burada mevzuat hükümlerinin açık, anlaşılır, etkin ve uygulanabilir olması önemli olduğu kadar infaz sisteminde yer alan kurum ve personelin bu noktada eğitilmiş ve ihtisaslaşmış olması önem arz etmektedir. İnsan odaklı bir infaz sistemi oluşturulabilmesi bakımından bu gereklidir.

Bu noktada cezaevlerinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulmadığı için ciddi sorunlar ve hak ihlallerine neden olan konulardan biri de cezaevlerindeki arama işlemleridir. Burada kurum güvenliğinin ve düzenin sağlanması bakımından çerçevesi kanunlarla belirlenmiş ve evrensel hukukun temel esaslarına uygun aramaların yapılması bir gerekliliktir. Burada sorun olan husus aramanın bir gereklilik olmaktan çıkarılarak hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden ve bir noktada onları huzursuz etmek için kullanılan bir genel uygulamaya dönüşmesidir. Arama cezaevlerinde güvenliği ve düzeni sağlama noktasında en önemli tedbirlerden biri olsa da bu tedbirin, mevzuatın belirlediği esasların dışında keyfi bir uygulamaya dönüşmemesi gerekir. Burada bu tedbirin uygulanması için makul sebeplerin ortaya çıkması, aramanın orantılı olarak

yapılması ve arama sırasında insan onuruna saygılı davranılması gerekir. Bu esasların dışına çıkıldığında hak ihlalleri ortaya çıkmaktadır.

Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin temel kavram ve ilkeler ışığında hükümlü ve tutukluların cezaevlerinde aranmasına ilişkin temel esaslar ve uygulamada yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır. Bu konular ele alınırken ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın konuya ilişkin uygulama ve içtihatlarına yer verilecektir<sup>1</sup>.

## **CEZAEVLERİNDE ARAMA İŞLEMLERİNE İLİŞKİN TEMEL ESASLAR**

### **GENEL OLARAK BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA**

Ceza muhakemesi sisteminde bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan arama tedbiri, suç delillerinin veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla, kişinin konutunda, işyerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir<sup>2</sup>. Öğretide arama tedbiri ceza muhakemesinin amacına erişmesi maksadıyla, saklanan şüpheli veya sanığın ve delillerin ele geçirilmesi için bir kimsenin konutunda, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemi olarak da tanımlanmaktadır<sup>3</sup>.

Arama tedbirinde kişinin özel yaşamına ve vücut bütünlüğüne bir müdahale vardır. Kişinin özel hayatının gizli alanına devletin müdahale etmesi Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinin ihlali anlamına gelecektir.

<sup>1</sup> Çalışmamızda atıf yapılan AIHM kararlarının orijinal metnine "<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>"; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine "<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>" adresinden dosya bilgilerini yazmak suretiyle ulaşılabilmesi mümkün olduğundan dolayı atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atıf yapılmamıştır.

<sup>2</sup> Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 242; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F. /Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can (Öztürk ve Diğerleri): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 498; ; Sokullu Akıncı, Füsun: "Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 262; Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 287 vd. ; Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 320.

<sup>3</sup> Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2013, s. 1140; Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 413.

Aynı şekilde kişinin beden bütünlüğüne yönelik müdahale de Anayasa'nın 17. maddesinin ihlalidir. Anayasa'nın 13. maddesi ise devletin özel hayatın gizli alanına ve beden bütünlüğüne müdahalede bulunabilmesi için kanuna uygun bir düzenleme ve işlem yapılmasını öngörmektedir. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Bu doğrultuda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir koruma tedbiri olan aramanın, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen sınırlandırma şartlarına uygun yapılması gerekmektedir<sup>4</sup>.

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır. Buna göre, herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olup bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir. Görüldüğü üzere, maddenin birinci fıkrasında özel hayatın gizliliği güvence altına alınırken ikinci fıkrasında bu hakka ilişkin müdahale ve bu müdahalenin sınırları ortaya konulmuştur<sup>5</sup>.

Ceza yargılamasında arama tedbiri uygulanma amacına göre “*adli arama*” ve “*önleme araması*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Her iki tür arama arasında ortak özellikler bulunmakla birlikte hukuki nitelikleri, tabi oldukları kanuni düzenlemeler ve kapsamaları bakımından önemli farklılıklar da içermektedir<sup>6</sup>. Bu kapsamda aramanın şüpheli veya sanığı ya da bir delili elde etme amacıyla yapılması adli arama; bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla yapılması ise önleme araması olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifade ile adli arama suç şüphesinden sonra önleme araması ise suç şüphesinden önce gündeme gelmektedir. Bu sebeple

<sup>4</sup> Yılmaz, Yeşim: “*Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 124, Y. 2016, s. 249-250.

<sup>5</sup> Öncü, Gülay Arslan : *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 366 vd. ; Yılmaz, s. 251.

<sup>6</sup> Doğan, Duygu Çağlar: “*Ceza Muhakemesinde Adli Arama*”, TBB Dergisi, S. 92, Y. 2011, s. 161 vd.

iki arama türünün tabi oldukları hukuki rejimler de farklıdır<sup>7</sup>. Bu kapsamda Adli arama ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ila 122. ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin (AÖAY) 5 ila 12. maddeleri arasında; önleme araması ise 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 9 ve AÖAY'nin 18 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde (AÖAY) adli arama ile önleme araması ayrımı netleştirilerek adli aramanın tanımına da yer verilmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesine yapılan adli arama tanımına göre suç işleyen, suçun işlenmesine yardımcı olan ya da suça katılan şüphelilerin veya sanıkların yakalanması ve gerçeğe ulaşmak için gerekli nesne ya da delillerin bulunabilmesi için kişilerin üstünde, ikamet adreslerinde, evraklarında yapılan araştırmaya adli arama denilmektedir. Adli arama temel kaynağı 5271 sayılı Kanun'dur.

Genel emniyet ve asayişin korunması ile tehlikelerin önlenmesi amacıyla başvurulmuş önleme araması; Yönetmeliğin 19. maddesinde; *"Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir"* şeklinde tanımlanmıştır. Böylelikle kamu güvenliği ile düzenini bozabilecek kişi ve eşya bulunarak muhtemel bir zararın gerçekleşmesine veya suç işlenmesine engel olunarak toplumun yakın bir tehlikeden korunması amaçlanmaktadır<sup>8</sup>.

Düzenleme uyarınca önleme aramasına karar verilebilmesi için belirtilen konulara dair somut ve öngörülebilir bir tehlike olması gerekir. 2559 sayılı Kanun bu nitelikteki tehlike hâlini *"makul sebep"* olarak ifade etmektedir. Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut olgulara dayalı *"makul şüphe"* ile önleme aramasındaki *"makul sebep"* farklı kavramlardır. *"Makul sebep"* konunun uzmanları tarafından ortak görüşle anlamlandırılıp değerlendirilen bir olgu iken *"makul şüphe"* çok sayıda sıradan insanın somut bir olguyu aynı yönde değerlendirmeleri hâlidir<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 291-292; Börekçi, Eşref Barış: *"Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları"*, YÜHFD, C. XVII, Özel Sayı, Y. 2020, s. 89-113.

<sup>8</sup> Yılmaz, s. 253; Seyyidoğlu, Muhammed Siddik: *"Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma"*, İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4 S. 1, Y. 2021, s. 11-31.

<sup>9</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 410-411.

## CEZAEVLERİNDE UYGULANAN ARAMA TÜRLERİ ve HUKUKİ NİTELİKLERİ

### *Cezaevindeki Arama Çeşitleri*

Bir koruma tedbiri olması ve temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahale içermesi nedeniyle arama tedbirinin kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir. Yönetmelik ve diğer alt mevzuat hükümleri ile bir koruma tedbiri olarak arama tedbiri düzenlenemez<sup>10</sup>. Ancak kanunda düzenlenmiş olan esaslar çerçevesinde hazırlanacak yönetmelikte aramanın uygulanma esasları düzenlenebilir. Kanundaki düzenlemenin de temel hak ve özgürlükleri güvenceye alması ve koruma tedbirinin keyfi ve kötü niyetli kullanılmasının önlenmesi bakımından aramanın sınır ve koşullarının açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bir koruma tedbiri olan arama tedbiri başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir<sup>11</sup>. Cezaevlerinde yapılacak aramaya ilişkin olarak da 5275 sayılı Kanun'da bir kısım düzenlemeler yapılmıştır.

Hükümlü ve tutuklular ceza infaz kurumunda buldukları süreçte özgürlük haklarından mahrum olmakla birlikte diğer hak ve özgürlüklerini cezaevi koşullarına uygun olarak kullanmaya devam ederler. Cezaevlerinde de kurum güvenliği ile düzeninin ve disiplinin sağlanması bakımından hükümlü ve tutuklularda yönelik bir kısım kısıtlamaların getirilmesi ve tedbirlerin alınması gerekebilmektedir. Bu tedbirlerden biri de arama tedbiridir. Burada kişinin özel hayatının gizliliği hakkı ile kurum güvenliğinin sağlanması çatıştığında; kurumun güvenliğinin sağlanmasına öncelik tanınarak işlem yapılmakta ve kişilerin özel hayatlarının gizliliği haklarının kısıtlanması yoluna gidilmektedir<sup>12</sup>. Ancak bu kısıtlama ve

<sup>10</sup> Özel, Kadir Can: “*Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, s. 1222.

<sup>11</sup> Başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK)14 116 ve devamı maddelerinde; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun (PVSK) “*Durdurma ve kimlik sorma*” başlıklı 4/A maddesinde, “*Önleme araması*” başlıklı 9'uncu maddesinde, “*Adli görev ve yetkiler*” başlıklı ek 6'ncı maddesinde; 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun “*Önleme araması*” başlıklı 56/A maddesinde; 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun “*Erbaş ve erlerin üst ve eşya aramaları*” başlıklı ek 7'nci maddesinde ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu gibi kanunlarda bir koruma tedbiri olarak arama ve aramaya ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. (Özel, s. 1221)

<sup>12</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 308; Aksoy, Şemsettin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 136.

müdahalenin orantılı olması ve hakkın özüne zarar vermemesi gerekmektedir.

Cezaevlerinin, hükümlülerin ve personelin güvenliğinin sağlanması, cezaevine girişi ve bulundurulması yasak eşyanın ele geçirilmesi ve hükümlü ve tutukluların birbirlerinin vücuduna vermiş olabilecekleri bedensel zararların tespiti adına beden araması gerekebilir. Cezaevlerinde üç çeşit beden araması bulunmaktadır. Buna göre elle üst araması (*Pat-down/frisk search*), hükümlünün giyinik bedeni üzerinden yapılan aramalardır. Bu nedenle, bu aramalar sırasında personelin mahkûma yönelik fiziksel teması olmakla birlikte bu arama çeşidinde çıplaklık yoktur. Diğer bir arama çeşidi ise çıplak aramadır. Çıplak arama (*Strip search*), fiziksel temas olmaksızın vücudun tüm bölümlerinin görsel olarak incelenmesini sağlamak için hükümlünün giysilerinin bir kısmının veya tamamının çıkarılması anlamına gelir. Bu arama çeşidinde mahkûmların kıyafetlerini çıkarmaları ve olası saklama yerlerini engelsiz bir şekilde göstermeleri gerekir. Ağzılarını açmaları, eğilmeleri ve öksürmeleri istenebilir. Erkeklerden penisini ve testislerini kaldırmaları istenebilirken, kadınların genital bölge muayenesi için bacaklarını açmaları gerekebilir. Bir diğer arama yöntemi olan beden çukurlarında arama (*Body-cavity search*) ise, vücudun mahrem boşluklarının (vajina veya anüs gibi) fiziksel muayenesidir. Bu arama türü rektal ve pelvik muayeneyi içermesi nedeniyle fiziksel ve psikolojik olarak en müdahaleci arama yöntemidir<sup>13</sup>.

Cezaevindeki her türlü arama ister istemez muhatap üzerinde korkutucu ve aşağılayıcı etki bırakabilir. Arama yöntemi ne kadar sert olursa, kişide kendisine yönelik müdahale hissi o kadar güçlü olacaktır. Bu noktada belirli dini, siyasi veya kültürel geçmişe sahip mahpuslar ile savunmasız durumdaki mahpuslar için psikolojik etki ve kişinin onur ve haysiyetin ihlali daha da ağır olabilmektedir. Beden araması, istismar, kötü muamele ve hatta işkence açısından yüksek riskli bir durumu temsil eden bir uygulama olduğundan dolayı gözdağı vermek, taciz etmek, misilleme yapmak veya ayrımcılık yapmak için kötüye kullanılabilir. Bu nedenle, üst aramalara yalnızca personelin ve mahpusların güvenliğini sağlamak için ve kesinlikle gerekli olduğunda son çare olarak başvurulmalı ve kişinin onuruna saygı

<sup>13</sup> Bernath, Barbara: “*Body searches: Addressing risk factors to prevent torture and ill-treatment*”, Penal Reform International, Detention Monitoring Tool, Second edition, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fcdn.penalreform.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F01%2Ffactsheet-4-searches2ndv5.pdf&clen=291789&chunk=true İET:23/01/2022, s. 1 vd.

duyulacak şekilde yapılmalıdır. Üst aramalarının kanunla düzenlenmesi ve uygulama koşullarının ve yöntemlerinin açıkça tanımlanması için alt mevzuat düzenlemeleri oluşturulması gerekir. Bu noktada mümkün olan her yerde elektronik tarama cihazları gibi alternatifler geliştirilmeli ve kullanılmalıdır. Aramanın kaçınılmaz olduğu durumlarda en az müdahaleci yöntem uygulanmalıdır. Arama işleminden kaynaklı hesap verebilirliği sağlamak için aramaya ilişkin kayıtlar tutulmalıdır<sup>14</sup>.

5275 sayılı Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesindeki düzenleme uyarınca gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlileri ile birlikte kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Aynı şekilde 5275 sayılı Kanun'un 86. maddesinin altıncı fıkrası gereğince de hükümlüler, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulurlar. Cezaevlerindeki genel arama için hâkim kararına veya mülki idari amirin yazılı kararına gerek olmayıp kanundan kaynaklanan yetki uyarınca kurum en üst amirinin kararıyla yapılmaktadır<sup>15</sup>.

Kanuni düzenleme aramanın niteliğini ve çeşidini ortaya koymaktan uzak soyut ve genel bir düzenlemedir. Ancak nitelik olarak önleme araması niteliğinde bir arama tedbiri öngörülmüştür. Esasen cezaevlerinde uygulanacak arama yöntemleri Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'te (İnfaz Yönetmeliği) düzenlenmiştir. İnfaz Yönetmeliği'nin "Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım" kenar başlıklı 34. maddesinde arama tedbirinin amaç, kapsam ve yöntemi ile genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında arama olmak üzere üç çeşit arama yöntemi düzenlenmiştir<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> George, Amanda: "Strip Searches: Sexual Assault By The State", Alternative Law Journal, Vol. 18, No I, February 1993, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2F138.25.25.65.17%2Fau%2Fjournals%2FAltLawJI%2F1993%2F8.pdf&cLen=575867&chunk=true, İET: 23/0172022, s. 32.

<sup>15</sup> Yenisey/ Nuhoğlu, s. 308; Aydın, Murat: Arama ve El Koyma, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 133; Demirbaş, Timur: İnfaz Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 367; Özkavalcı, Nimet: İnfaz Hakimliği, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 273.

<sup>16</sup> Her ne kadar Yönetmelik değişikliği ile "çıplak arama" kavramı "detaylı arama" olarak değiştirilmiş ise de çıplak aramanın içerik, kapsam ve uygulanma yöntemine yönelik herhangi bir değişiklik yapılmadığından ve detaylı arama da kişinin bedeninin çıplak aranmasını esas aldığından sadece isim değişikliği çıplak arama gerçeğini ortadan kaldıramayacağı için çalışmada çıplak arama kavramı esas alınmıştır.



Maddenin birinci fıkrasında 5275 sayılı Kanun'daki düzenlemeye paralel olarak genel arama düzenlenmiştir. Buna göre kurumlarda, oda ve eklentilerinde, hükümlünün üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Madde içeriği dikkate alındığında genel arama kurum güvenliği, düzeni ve disiplinini sağlamak bakımından rutin olarak gerçekleştirilen bir aramadır. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ *her ay bir kez mutlaka yapılır*” ibaresinden cezaevlerindeki genel aramanın rutin bir önleyici arama olduğu ve ayda bir defa yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Maddenin ikinci ve devamı fıkralarında ise “*çıplak arama*” veya İnfaz Yönetmeliği'ndeki yeni ismiyle “*detaylı arama*” ile “*beden çukurlarında arama*” düzenlenmiştir. Buna göre hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda, kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, detaylı olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir:

**a)** Detaylı arama, hükümlünün utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde ve görevli dışında kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir. Arama sırasında hükümlüye tek kullanımlık giyim önlüğü verilir.

**b)** Arama sırasında önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır, bedenin alt kısmındaki giysiler üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler de mutlaka aranır.

**c)** Detaylı arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir ve görevli tarafından eldiven kullanılır. Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir.

**d)** Detaylı arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir ve işlem tutanağa bağlanır, tutanakta arama yapan görevliler ile hükümlünün imzası bulunur. Hükümlünün imzadan kaçınması hâlinde bu durum tutanağa geçirilir.

Kanun ve İnfaz Yönetmeliği'ndeki düzenleme uyarınca cezaevinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması bakımından hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya

bulduğuna dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması halinde ise çıplak arama yapılmaktadır.

Diğer taraftan İnfaz Yönetmeliği'nde genel arama ve çıplak arama haricinde bir de “*beden çukurlarında arama*” tedbiri düzenlenmiştir. Çıplak aramanın bulunduğu kısımda düzenlenmiş olsa da bu arama tedbiri çıplak aramadan daha ağır nitelikte bir arama çeşididir. Bu arama türünde tutuklu veya hükümlünün beden çukurlarında bir madde veya eşyayı sakladığına dair makul ve ciddi emarelerin bulunması nedeniyle kurum hekimi tarafından beden çukurlarında arama yapılmaktadır. Beden çukurlarında arama doğrudan hükümlünün bedenine teması gerektiren bir arama olduğundan bu arama çeşidinin kurum görevlileri tarafından yapılması mümkün olmayıp bu aramanın muhakkak kurum hekimi tarafından yapılması gerekmektedir. Burada da çıplak arama da olduğu gibi güvenliği sağlamanın yanında bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılan bir arama söz konusudur.

Ceza yargılamasında başvuru koruma tedbiri olan arama için hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekirken cezaevinde başvuru arama çeşitlerine karar verme yetkisi kurum en üst amirine aittir.

### ***Cezaevlerindeki Aramada Temel Amaç***

Hükümlüler özgürlükleri kısıtlanmış olsa da Anayasa'da ve sözleşmelerde belirtilen hakları kullanmaya devam ederler. Bununla birlikte cezanın hukuka uygun usullerle infazından dolayı bir kısım hakları kısıtlanabilir. Buradaki kısıtlamanın da Kanun'da belirlenen esaslar çerçevesinde olması gerekir. Kanun'da belirtilmeyen bir kısıtlamanın idari bir kararla uygulanması mümkün değildir. Bu kısıtlamaların da temel amacı kurum düzen ve disiplininin korunmasını, hükümlünün ve diğer hükümlülerin güvenliğinin teminini ve hükümlünün infazın amaçları çerçevesinde etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci yaşamasını sağlamaktır. Dolayısıyla bu amaçları ihtiva etmeyen kısıtlama hukuki bir kısıtlama olmayacaktır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere bir koruma tedbiri olan aramanın genel amacı; kamu düzeninin sağlanması, suç ve suçlularla mücadele edilmesidir. Arama tedbirinde kişilerin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı çakışmakta ve koşulların varlığı halinde kamu yararı üstün tutulduğundan kişilerin bazı hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunulmaktadır<sup>17</sup>. Bu kişi hak ve hürriyetlerine müdahale suretiyle yapılan arama tedbirinde de suç

<sup>17</sup> Seyyidoğlu, s. 15.  
YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)

delillerinin elde edilmesi, müsadereye tabi eşyanın bulunması veya aranan kişilerin yakalanması amaçlanmaktadır<sup>18</sup>. Aynı şekilde cezaevi düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve hükümlülerin cezaevinde suç işlemelerinin önlenmesi bakımından cezaevi koşullarının ve hükümlülerinin aranması bir gerekliliktir. Cezaevlerindeki genel aramada temel amaç güvenliğin ve düzenin sağlanması iken; çıplak ve beden çukurlarında aramada ise cezaevine sokulması yasak eşyanın bulunması temel amaçtır. Ancak bu amaçlarla cezaevlerinde yapılan aramaların keyfiyete dönüşmemesi ve hükümlülerin haklarının ihlal edilmemesi bakımından bu işlemlerin sıkı kurallara bağlanması gerekmektedir<sup>19</sup>.

### ***Cezaevlerinde Yapılan Aramaların Hukuki Niteliği***

#### **Genel Aramanın Hukuki Niteliği**

Cezaevlerinde yapılan aramanın hukuki niteliğinin ortaya konulabilmesi bakımından öncelikle 5275 sayılı Kanun ve İnfaz Yönetmeliği'nde öngörülen arama tedbirinin amaç, kapsam ve yönteminin ele alınması gerekmektedir. 5275 sayılı Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesindeki düzenleme uyarınca kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir. Kanuni düzenleme içeriğinde aramanın temel amacını ortaya koyan bir hüküm bulunmamaktadır.

Diğer taraftan İnfaz Yönetmeliği'nin "Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım" kenar başlıklı 34. maddesinde arama tedbirinin amaç, kapsam ve yöntemi ile genel arama ve çıplak arama yapılmasının esaslarına yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında Kanun'daki düzenlemeye paralel olarak kurumlarda, oda ve eklentilerinde, hükümlünün üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabileceği düzenlenmiştir. İkinci ve devamı fıkralarında ise çıplak arama veya Yönetmelik'teki yeni ismiyle detaylı aramanın esasları yer almaktadır. Kanun ve İnfaz Yönetmeliği'ndeki düzenleme uyarınca cezaevinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması bakımından genel arama yapılırken hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması halinde ise çıplak arama yapılmaktadır. Bu iki tip aramanın haricinde bir de beden çukurlarında arama yapılacağı düzenlenmiştir.

<sup>18</sup> Özel, s. 1223.

<sup>19</sup> Aras, Bahattin/Güverçin, Sezgin: İnfaz Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 554.  
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

Kanun ve yönetmelik hükümleri ile arama tedbirine ilişkin genel hükümler birlikte değerlendirildiğinde uygulanma amaç ve koşulları itibariyle cezaevlerindeki genel arama nitelik olarak bir idari önleme aramasıdır<sup>20</sup>. Burada esasen yürütülen işin vaziyeti veya o yerin konumu sebebiyle oluşabilecek tehlikeye karşı kişilerin can ve mal güvenliğinin korunmasının yanı sıra cezaevi disiplininin ve düzeninin sağlanması bakımından önleyici arama yapılabilmektedir<sup>21</sup>.

### **Çıplak Aramanın Hukuki Niteliği**

İnfaz Yönetmeliği'nin "*Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım*" kenar başlıklı 34. maddesinin ikinci ve devamı fıkralarında çıplak arama veya Yönetmelik'teki yeni ismiyle detaylı aramanın esasları yer almaktadır. Buna göre hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda, kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, detaylı olarak veya beden çukurlarında arama yapılabilir.

Görüldüğü üzere çıplak veya diğer ismiyle detaylı arama, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu noktasında oluşan makul ve ciddi şüphe nedeniyle diğer bir ifade ile hükümlünün suç sayılan bir eylemi işlediği şüphesiyle gerçekleştirilmesi nedeniyle adli arama niteliğindedir<sup>22</sup>. Cezaevindeki genel aramada cezaevinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması amaçlanırken çıplak aramada ise kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşyanın ele geçirilmesi amaçlanmaktadır. Genel aramada ortada bir suç şüphesi bulunmazken çıplak aramada kuruma yasak eşya sokma şüphesi bulunmaktadır. Dolayısıyla adli aramada olduğu gibi çıplak arama, bir suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra başvurulmuş bir tedbirdir. Zira 5237 sayılı TCK'nın 297. maddesinde "*İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak*" suçu düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşte cezaevinde yapılan çıplak aramadaki amaç bu suçla ilişkin delillerin ele geçirilmesidir.

<sup>20</sup> Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/Soyer Güleç, Sesim: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2021, s. 127.

<sup>21</sup> Centel, Nur/ Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 396.

<sup>22</sup> Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

### **Beden Çukurlarında Aramanın Hukuki Niteliği**

İnfaz Yönetmeliği'nde öngörülen bir diğer arama ise beden çukurlarında arama yapılmasıdır. Esasen çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması ve görevli tarafından eldiven kullanılması gerekmektedir. Ancak yapılan çıplak aramanın yeterli olmaması ve kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde cezaevi tabibi tarafından beden çukurlarında arama yapılır. Görüldüğü üzere burada suç delilinin elde edilmesi amacıyla beden bütünlüğüne müdahale edilmekte ve beden çukurlarında arama yapılmaktadır. Bu tedbir esasen 5271 sayılı CMK'nın "*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*" kenar başlıklı 75. maddesinde yer alan beden muayenesi tedbiri ile nitelik olarak benzerdir. 5271 sayılı Kanun'un 75. maddesindeki düzenleme uyarınca bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Esasen bilim ve teknolojide yaşanan gelişmelere paralel olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve delil elde etme yöntemi olarak suç ve suçlularla mücadelede etkin uygulanan tedbirlerden biridir. Kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliğinde olması, tedbiri daha da önemli hale getirmektedir<sup>23</sup>.

Kanun'un 75. maddesindeki temel amaç beden muayenesi yapmak suretiyle bir suça ilişkin delil elde etmektir. Cezaevlerinde beden çukurlarında yapılan aramada da bir suça ilişkin delil elde etme amacı vardır. Dolayısıyla her iki uygulama birbirine benzer uygulamalardır.

### ***Cezaevlerindeki Arama Tedbiri İle İdari Denetim İşleminin Karşılaştırılması***

Diğer taraftan cezaevlerinde yapılan genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında arama tedbirlerinin hukuki niteliğinin tespitine ilişkin olarak

<sup>23</sup> Aygün, Aydın: "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Y. 2016, s. 49; Dursun, Gizem: "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", D. E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 2955; Aksoy İpekçioğlu, Pervin: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 1, Y. 2012, s. 20; Bağlar, Yunus Emre: Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 21.

bir diğ er değ erlendirme konusu da bu aramaların bir idari denetim olup olmadığıdır. Bilindiğ i üzere önleme araması niteliğ inde sayılmayan idari denetimler için herhangi bir arama emir veya kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. İdari denetim yapılması konusunda Kanun veya alt mevzuat hükümlerinde ilgili kamu görevlilerine yetki verilmiş olması yeterlidir. Bir yerin faaliyeti bakımından uymakla yükümlü bulunduğ u kurallara uygun olarak çalışıp çalışmadığı nın tespiti bakımından o yerde yapılan işlem bir idari denetlemedir<sup>24</sup>.

İdari denetimler esasen bir yerde sürdürülen kamusal veya özel sektör hizmetlerinin belirlenen standartlarda yürütülmesinin için yapılan denetimler olup bunların önleme araması olarak tanımlanması mümkün değildir. İdari denetimler, yapıldıkları yerlerde üst veya eşyaya da özel evrak aramasına olanak vermeyen ve belirli faaliyetlerin yürütülme koşullarının veya bu faaliyetlerin devam edip etmediğ inin denetlenmesi için kolluk kuvvetlerine verilmiş bir teftiş işlemidir. İdari denetimler kolluk tarafından kendiliğ inden yapılabilmele birlikte beden veya özel evrak arama yetkisini sağlamamaktadır.

İdari denetim halleri çeşitli faaliyetleri düzenleyen normlarda dağ ınık olarak yer almakla birlikte bir kısım idari denetim hali AÖAY'nin 18. maddesinde düzenlenmiştir<sup>25</sup>. Yönetmeliğ in "*Denetim yapılacak hâller*" başlıklı 18. maddesinde kolluk tarafından kendiliğ inden denetim yapılabilecek hâller gösterilmiştir. Bu kapsamda örneğ in; umuma açık istirahat ve eğ lence yerlerinin genel güvenlik ve asayiş yönünden denetimi, kimlik sorma, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre araçlarda bulunması gerekli belgeler ve eşyalarla ilgili yapılan denetimler, elektromanyetik aygıtlar ve detektör köpekleri aracılığ ıyla yapılan tarama şeklindeki denetimler kolluk tarafından herhangi bir arama emir veya kararına gerek olmadan kendiliğ inden yapılabilecektir. Önleme araması niteliğ inde sayılmayan idari denetimler yönetmelikte sayılanlardan ibaret olmadığından daha pek çok özel kanunda ve düzenleyici iş lemde idari denetimlere dair hükümler yer almaktadır.

Diğ er taraftan 2559 sayılı Kanun'da ve AÖAY'de hâkimden arama kararı alınması gerekmeyen hâller gösterilmiştir. 2559 sayılı Kanun'un 9/7. maddesine göre polisin, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğ ini sağ ladiğı bina ve tesislere gelenlerin herhangi bir emir

<sup>24</sup> Aydın, s. 137.

<sup>25</sup> Yenisey/Nuhoğ lu, s. 306; Alpsoy, Zeliha: Önleme Araması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 115; Börekçi, s. 95.

veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etme ve arama yetkisi bulunmaktadır. Bunun dışında Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 25. maddesi uyarınca;

- Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,
- 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun Ek 1. maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,
- 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun 11. maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3. maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,
- Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,
- 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanun'un 79. maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında

ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmeyecektir. Yine 2559 sayılı Kanun'un 20. maddesi gereğince; bir hukuka uygunluk nedenine bağlı olarak yapılan aramalarda da örneğin imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi hâllerinde de arama emir veya kararına gerek yoktur.

İdari denetime ilişkin bu bilgiler ışığında cezaevlerinde yapılan aramalar değerlendirildiğinde özellikle cezaevlerinin yukarıda istisna tutulan kurumlar arasında açıkça belirtilmediği görülmektedir. Cezaevinin de bir

kamu kurumu olduğu dikkate alındığında birinci fıkra kapsamında belirtildiği üzere devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında bir karar ihtiyacı yoktur. Bu noktada 5275 sayılı Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesindeki düzenleme uyarınca kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman kurum görevlileri tarafından genel arama yapılabilir. Bu haliyle cezaevlerindeki genel arama yukarıda bahsedilen idari denetim benzeri bir durumdur. Esasen idari denetim denilen husus da bir önleyici aramanın değişik bir halidir. Yalnızca burada kanun bu denetim için belli kurum ve kişileri yetkili kıldığından ayrıca bu idari denetimler için karar alma ihtiyacı bulunmaktadır. Cezaevlerindeki genel aramada da kanun açıkça cezaevi idaresini önleyici ve güvenlik amaçlı olarak arama yapma yetkisi vermiştir.

Buna karşılık cezaevlerinde yapılan çıplak ve beden çukurlarında arama tedbirlerini bir idari denetim olarak kabulü mümkün değildir. Zira çıplak ve beden çukurlarında aramada bir suç şüphesine istinaden delil elde etmek amacıyla yapılan bir arama söz konusudur. Burada rutin bir idari denetimden ziyade delil elde etme amaçlı bir arama söz konusudur. Dolayısıyla çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın idari denetim olarak kabulü mümkün değildir. Her iki arama çeşidinin de adli arama tedbirine olan benzerliği çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.

## **CEZAEVLERİNDE YAPILACAK ARAMANIN KANUNİ DAYANAĞI**

### ***Genel Olarak***

İşledikleri bir suçun cezasını çekmek için cezaevine alınan hükümlülerin kurum güvenliği, disiplini veya düzenini bozmamaları, kurum personeli ve diğer hükümlülere zarar vermemeleri bakımından koşullarının oluşması halinde üstleri, eşyaları ve kaldıkları yerler aranabilir. Bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un "Arama" başlıklı 36. maddesinde de cezaevlerinde yapılacak aramalara ilişkin esaslara yer verilmiştir. Buna göre ceza infaz kurumlarında, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Ayrıca aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir. Kanun'un "Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar" kenar başlıklı 86.maddesinde ise hükümlülerin, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı



yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulacakları ancak aramalarda insan onuruna saygının esas olduğu belirtilmiştir. Kanun'da yer alan düzenlemeye paralel olarak İnfaz Yönetmeliği'nin "*Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım*" kenar başlıklı 34. maddesinde genel arama ve çıplak arama esaslarına yer verilmiştir.

Yukarıda da vurgulandığı üzere hangi sebep ve koşullarda olursa olsun cezaevi idaresinin yapacağı uygulamaların insan onurunu rencide etmemesi esastır. Bu hususta farkındalık adına gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te bu hükme yer verilmiştir. Kurum güvenliği, düzeni, disiplini bakımından arama bir gereklilik olmakla birlikte hiçbir gereklilik insan onurunu rencide etme hakkı vermez. Aramaların insan onurunu rencide etmeden ve kötü muameleye dönüşmeden gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılması gerekir. Zaten Avrupa Cezaevi Kuralları'nda, aramayı yapan personelin aradıkları kişilerin insan onuruna ve kişisel eşyalarına karşı saygılı davranması, onları küçük düşürmemesi ve özel yaşamlarına saygı göstermesinin aramanın en temel ilkeleri olduğu vurgulanmıştır<sup>26</sup>.

### ***Hukuki Belirlilik İlkesine Uygun Arama Yapılması***

Hükümlü cezaevinde özgürlük hakkından mahrum olsa da cezaevi koşullarının elverdiği ölçüde diğer haklarını kullanmaya ve diğer özgürlük alanlarını muhafaza etmeye devam eder. Bu nedenle kişinin hükümlü veya tutuklu olması idareye onun özel yaşamına veya vücut bütünlüğüne müdahale hakkı verilmemektedir. Cezaevinin güvenliği, disiplini ve düzeni gereğiyle alınacak önlemlerin de hükümlünün temel haklarının özüne zarar vermeyen, onu rencide etmeyen, insan onuruna uygun ve orantılı olması gerekmektedir. Dolayısıyla burada hak ihlallerinin önlenmesi bakımından yapılacak müdahalenin sınırlarının başta kanun olmak üzere diğer alt mevzuat hükümleri ile belirli hale getirilmesi gerekmektedir. Bu noktada özellikle temel haklara olan müdahalesi nedeniyle hükümlü ve tutuklulara yönelik yapılacak aramanın usul ve esasları, uygulanma koşullarının açık ve belirli olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle hukuki belirlilik ilkesine uygun arama yapılması gerekmektedir.

Genel olarak arama tedbirinde belirlilik ilkesi, tedbirin sınırlarının belirli olmasını; neyin ya da kimin, hangi gerekçeyle, hangi zaman süresince ve nerede aranacağını, hem aramaya maruz kalan kişiler hem de arama işlemini yerine getirecek görevliler bakımından, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmasını ifade etmektedir. Sınırları kanunla açıkça çizilmiş olan arama

<sup>26</sup> Aras/Güverçin, s. 556.

işleminin uygulanmasında belirlilik ilkesinin dikkate alınmaması, işlemi hukuka aykırı hale getirir. Bu durumda, ceza hukuku anlamında, haksız arama suçunun oluşmasına; tazminat hukuku anlamında, ölçüsüz bir şekilde yerine getirilen arama işlemine karşı maddi ve manevi tazminata hak kazanılmasına ve delil hukuku anlamında ise tedbirden elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelerek muhakemede kullanılamaz hale gelmesine neden olacaktır<sup>27</sup>.

Hukuki belirlilik ilkesinin bir gereği olarak cezaevlerinde hükümlü ve tutuklulara yönelik yapılacak arama uygulamalarından kaynaklı hukuka aykırılıkların ortaya çıkmaması bakımından arama uygulamasının sınırları, koşulları ve kimler tarafından yerine getirileceği gibi temel hususların başta kanun olmak üzere diğer alt mevzuat hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

5275 sayılı Kanun'un cezaevlerindeki aramaya ilişkin hükümleri incelendiğinde esasen hukuki belirlilik ilkesine uygun olmadığı görülmektedir. Şöyle ki 5275 sayılı Kanun'un "Arama" başlıklı 36. maddesinde de cezaevlerinde yapılacak aramalara ilişkin genel ve soyut esaslara yer verilmiştir. Buna göre Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesindeki düzenleme uyarınca kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir. Görüldüğü üzere madde düzenlemesi çok soyut ve genel bir düzenlemedir. Cezaevlerinde çıplak aramanın da olduğu dikkate alındığında kanun hükmünün çok yetersiz olduğu ve aramanın sınırlarını belirlemediği açıktır. Kanun hükmünün bu haliyle arama işlemini yapacak ve dolayısıyla alt mevzuat hükümlerini hazırlayacak idari mekanizmaya geniş bir takdir alanı bıraktığı görülmektedir. Kanunda sınırları çizilmemiş bir uygulamanın tüzük ve yönetmelikle sınırlarının çizilmesi yeterli olmayacaktır. Her şeyden önce hükümlü ve tutukluların haklarının korunması noktasında yeterli bir güvenceye sahip olmayacaktır. Zira özellikle ülkemizdeki alt mevzuat değişikliklerinin yoğunluğu ve sıklığı düşünüldüğünde kanun haricindeki düzenlemeler hukuki belirlilik ilkesinin işlevini yerine getirmekten uzak düzenlemeler olacaktır. Bundan dolayı cezaevlerindeki arama

<sup>27</sup> Çöpoğlu, Hakan Serdar: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2019, s. 221.

uygulamalarının öncelikle 5275 sayılı Kanun'da ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir.

Yukarıda özetlenmeye çalışıldığı üzere cezaevlerindeki genel arama önleme aramasıyla, çıplak arama adli aramaya ve beden çukurlarında arama ise beden muayenesi tedbiriyle nitelik olarak aynı kategoridedir. Ancak ceza yargılamasında uygulanan adli ve önleme araması ile beden muayenesine ilişkin tedbirler sıkı koşullara ve özellikle temel olarak hâkim kararına bağlanmışken cezaevlerinde uygulanacak arama tedbiri kanunda çok soyut olarak düzenlenmiştir. Bu noktada Kanun'da genel arama düzenlenmiş ancak çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin Kanun'da bir düzenleme dahi bulunmamaktadır. Hükümlü ve tutuklunun beden bütünlüğüne ve özel yaşamına ağır müdahale içeren bu ağır tedbirlerin kanuni dayanağının olmaması ve sınırlarının kanun tarafından çizilmemesi ciddi bir eksikliklerdir. Her ne kadar İnfaz Yönetmeliği'nde bir kısım hükümler olsa da bu hükümler yetersiz ve tamamen cezaevi idaresine takdir hakkı veren düzenlemelerdir. Bu bağlamda öncelikle bu hususların 5275 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gerekmektedir. Genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın uygulanma koşulları ve sınırlarının açık bir şekilde kanunda yer alması gerekmektedir. Hak ihlallerine çokça konu olması nedeniyle özellikle çıplak arama ve beden çukurlarında arama yapılmasına karar verme yetkisinin kurum en üst amirinden alınarak cezaevinden sorumlu Cumhuriyet savcısına verilmesi gerekir. Bu şekilde ağır bir uygulamanın idare tarafından rutin bir uygulama hâline getirilmesi önleneceği gibi kararların bir yargı mercii tarafından verilmesi hükümlü ve tutukluların hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından önemli bir güvence olacaktır.

## ULUSLARARASI BELGELERDE CEZAEVLERİNDEKİ ARAMA İÇİN GELİŞTİRİLEN STANDARTLAR

### *Avrupa Cezaevi Kuralları*

Cezaevlerinde disiplin, düzen ve güvenliğin sağlanması için yapılacak aramanın hükümlü ve tutukluların temel haklarına zarar vermeden yapılmasını sağlamak bakımından birçok uluslararası belgede bu konuda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu belgelerin başında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı gelmektedir<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Avrupa Cezaevi Kuralları, [https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151\\_705\\_tavsiye\\_kararlari.pdf](https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151_705_tavsiye_kararlari.pdf), İET: 21/01/2022.

Bu bağlamda Avrupa Cezaevi Kuralları'nın "Arama ve kontroller" kenar başlıklı bölümün 54. maddesinde cezaevlerindeki aramanın usulüne dair önemli kurallar belirlenmiştir. Buna göre; her şeyden önce cezaevi personelinin, mahpusların yaşadığı, çalıştığı ve toplandığı her yeri, mahpusları, ziyaretçiler ve onların eşyalarını ve personeli ararken uymak zorunda olduğu detaylı prosedürler olmalıdır. Bu tür aramaların gerekli olduğu durumlar ve aramaların biçimi ulusal mevzuatta belirtilmelidir. Bu husus cezaevinde yapılacak aramanın yasallığı bakımından bir gerekliliktir. Bunun yanında hak ihlali oluşturmayacak bir aramanın nasıl olacağına dair de aşağıdaki esaslar benimsenmiştir:

- Personele, aradıkları kişilerin insan onuruna ve kişisel eşyalarına karşı saygılı davranmak suretiyle, herhangi bir firar veya suç eşyası gizleme teşebbüsünü ortaya çıkaracak ve önleyecek şekilde arama eğitimi verilmelidir.
- Aranılan kişiler, arama yöntemleri nedeniyle küçük düşürülmemelidir.
- Kişiler sadece hemcinsleri olan personel tarafından aranmalıdır.
- Mahpusların beden boşluklarındaki aramalar cezaevi personelince yapılmamalıdır.
- Arama esnasında, mahrem yerler ile ağız, burun ve kulak içinde yapılacak inceleme sadece doktor tarafından yapılmalıdır.
- Araştırma teknikleri veya personele yönelik potansiyel tehlike buna engel değilse, şahsi eşyaları aranırken mahpuslar da hazır bulundurulmalıdır.
- Cezaevinin emniyet ve güvenliğinin sağlanması zorunluluğu ile ziyaretçilerin özel yaşamına saygı arasında denge kurulmalıdır.
- Yasal temsilciler, doktorlar, sosyal çalışanlar vb. gibi uzman ziyaretçilerin aranmasına ilişkin prosedürler, kurum emniyet ve güvenliği ile özel mesleki giriş hakkı arasında bir denge sağlanması için onların meslek kuruluşlarıyla anlaşmaya varılarak düzenlenmelidir.

Görüldüğü üzere Avrupa Cezaevi Kuralları'nda genel ve çıplak aramanın nasıl ve kimler tarafından yapılması gerektiği ve en önemlisi bu aramanın insan onurunu kırıcı ve kötü muameleye dönüşmeden gerekli ve dikkat ve özen gösterilerek yapılması zorunluluğu vurgulanmıştır. Personel tarafından aranan kişilerin insan onuruna ve kişisel eşyalarına karşı saygılı davranılması, onların küçük düşürülmemesi ve özel yaşamlarına saygı gösterilmesi aramanın en temel ilkeleri olarak kabul edilmiştir.

### ***Nelson Mandela Kuralları***

Hükümlü ve tutukluların aranmasına ilişkin önemli standartlar belirleyen belgelerden biri de Nelson Mandela Kuralları olarak bilinen Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar belgesidir<sup>29</sup>. Nelson Mandela Kurallarının “*Mahpusların ve hücrelerinin aranması*” başlıklı bölümün 50 ila 52. maddeleri mahpusların ve kaldıkları yerlerin aranmasına ilişkin temel esasları düzenlemektedir. Kuralların 50. maddesinde mahpusların üst ve hücrelerinin aranmasına yön veren yasa ve diğer düzenlemelerin, uluslararası hukuk uyarınca üstlenilen yükümlülüklerle uygun olması ve hapisanelerde güvenliği sağlama ihtiyacını göz önünde tutarak, uluslararası standart ve normları dikkate alması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca aramaların, insanlık onuruna ve aranılan kişilerin mahremiyetine saygılı olacak şekilde ve aynı zamanda ölçülülük, yasallık ve gereklilik ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Belgenin 51. maddesinde ise cezaevlerindeki aramaların sınırları, amacı ve hangi amaçlarla kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre aramalar, rahatsız etme, göz korkutma ya da mahpusun mahremiyetine gereksiz yere müdahale etmek için kullanılamaz. Hukuki denetim bakımından hapisane idaresi, özellikle soyma ve beden çukurlarının aranması ile hücre aramaları için arama gerekçesini, gerçekleştirenlerin kimliklerini ve arama sonuçlarını içeren uygun arama kayıtlarını tutması gerektiği vurgulanmıştır.

<sup>29</sup> 1955 tarihli Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar Belgesi, 1955’te Cenevre’de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş, ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663 C (XXIV) sayılı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı Kararlarıyla onaylanmıştır. Hapishanelerde mahpuslara yönelik muameleye ilişkin standartları belirleyen temel belge kabul edilmesi üzerinden 60 yıldan uzun bir süre geçmesi nedeniyle günümüzün ihtiyaçları, insan hakları ve hapisane idaresi alanlarında meydana gelen değişim ve gelişmeleri yansıtabilecek şekilde yeniden gözden geçirilerek Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 2015 tarihinde güncellenmiştir. Güncellenmiş Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar, yaşamının 27 yılını Güney Afrika’nı demokratikleşmesi ve Apartheid rejiminin yıkılması için yaptığı mücadele in edenyle hapishanelerinde mahpus hakları savunucusu olarak geçiren Güney Afrika Cumhuriyeti’nin ilk siyahı Başkanı Nelson Mandela’nın mücadelesini onurlandırmak adına bu uluslararası belgeye Nelson Mandela Kuralları adı verilmiştir. <https://tihv.org.tr/ozel-raporlar-ve-degerlendirmeler/nelson-mandela-kurallari-mahpuslara-muameleye-dair-birlesmis-milletler-asgari-standart-kurallari>. İET:22/01/2022.

Çıplak ve beden çukurlarında aramaya ilişkin esaslar, Belgenin 52. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- Soyma ve beden çukurlarının aranması dâhil rahatsız edici aramalara, ancak mutlak bir gereklilik söz konusuysa başvurulur.
- Cezaevi idaresi, rahatsız edici aramalara uygun seçenekler geliştirmek ve kullanmak konusunda teşvik edilir.
- Rahatsız edici aramalar, özel olarak ve mahpusla aynı cinsiyete sahip eğitilmiş görevliler tarafından yürütülür.
- Beden boşluğu araması sadece yetkili sağlık görevlileri tarafından veya bunlardan başka, öncelikle mahpusların bakımı ile sorumlu ya da en azından hijyen, sağlık ve güvenlik standartları ile ilgili bir sağlık çalışanı tarafından uygun şekilde eğitilmiş görevlilerce yapılır.

Diğer taraftan Nelson Mandela Kurallarınının 60. maddesinde ise ziyaretçilerin aranmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir. Buna göre ziyaretçilerin hapisaneye kabulü, ziyaretçinin aranmasına onay vermesi koşuluna bağlıdır. Ziyaretçi, herhangi bir zamanda onayını geri çekebilir, bu durumda hapisane idaresi, erişimi reddedebilir. Ayrıca ziyaretçilerin aranma ve giriş usulleri aşağılayıcı olamaz ve en azından 50 ila 52. maddelerde belirtilen kurallar kadar koruyucu ilkelere tabii olur. Beden boşluğu aramalarından kaçınılır ve bunlar çocuklara uygulanmaz.

## ARAMALARDA UYULACAK TEMEL İLKELER

### *Genel Olarak*

İnfaz hukuku, işlevi ve amacı dikkate alındığında belli temel ilkeleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu çerçevede temel olarak cezanın eşitlik ilkesine ve insan onur ve haysiyetine uygun olarak infaz edilmesi gerekmektedir. Bu husus çağdaş infaz sistemindeki yeni yaklaşımlar çerçevesinde hükümlünün varlık ve değerine saygı gösterilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında kovuşturma aşamasında göz önünde tutulan bu yaklaşım, hükmün kesinleşmesi sonrasındaki infaz aşamasında hem infazın yapılacağı mekânlar ve hem de infazın şekli konularında da ön plana çıkmaktadır<sup>30</sup>. 5275 sayılı Kanun'un 2, 4 ve 6. maddelerinde infazda esas alınacak temel ilkeler açıkça belirtilmiştir.

<sup>30</sup> Kızılaslan, Hakan: “Yeni Ceza İnfaz Sistemimizin Ana İlkeleri ve Uygulama”, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.

html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.

tchd.

org.

tr%2FUploads%2Fsuc\_ve\_ceza%2Fdosyalar%2F2008-2%2F1.

YEN%25C4%25B0%2520CEZA%2520%25C4%25B0NFAZ%2520S%25C4%25B0STE  
YUHF D Cilt. XIX No.2 (2022)

5275 sayılı Kanun'un "*İnfazda temel ilke*" kenar başlıklı 2. maddesi infazda dikkat edilmesi gereken en temel ilkeleri düzenlemektedir. Buna göre ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikirleri ile ekonomik durumları ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır. Ayrıca ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz.

Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" kenar başlıklı 6. maddesinde ise hapis cezalarının infazında dikkate alınacak diğer temel ilkelere yer verilmiştir. Kanun koyucunun cezaların infazı için belirlemiş olduğu usul ve ilkeler, cezaların infazı ile elde edilmek istenen temel amacın gerçekleşmesi, hükümlünün ıslahı ile topluma yeniden kazandırılması ve hürriyetten yoksun kalmayı gerektiren bir hapis cezasının infazının bir keyfiliğe kurban gitmemesi, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi bakımından önemlidir. Unutulmamalıdır ki, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmayı gerektiren hapis cezası idarenin veya toplumun intikam duygularını tatmin etmek için değil aksine bireyin cezayı gerektiren ihlal eyleminin bir daha tekrarlanmaması bakımından onu ıslah etmek ve cezanın etkin ve hızlı infazı suretiyle gerek hükümlünün ve gerekse diğer kişilerin bir daha böyle ihlal eylemlerini gerçekleştirmemelerini sağlamak içindir. Bu noktada hükümlünün infaz sürecinde gösterdiği pişmanlık ve bu süreçte uygulanan programlara uyum hususundaki gayret ve başarısı hapis cezalarının infazında iyileştirmenin temel kıstasıdır. Ancak tutum ve becerilerin elde edilmesi mutlaka hükümlünün bu hususta istekli olmasına bağlı olduğundan, infaz rejiminin bu isteğin oluşmasını teşvik edecek tarzda donatılması gerekir<sup>31</sup>.

Diğer taraftan 2006 Tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararı'nın "*Temel İlkeler*" kenar başlıklı bölümünde infaza ilişkin esaslar şu şekilde düzenlenmiştir:

- Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese, insan haklarının gerektirdiği gibi saygılı davranılmalıdır.

M%25C4%25B0M%25C4%25B0Z%2520HAKAN%2520KIZILASLAN.

pdf&clen=187787&chunk=true, İET: 21/01/2022, s. 2; Hukukun Evrensel İlkeleri ve Özel Görevli Mahkemeler, İstanbul Barosu Paneli, 18 Kasım 2011, İET: 20/01/2022, s. 9.

<sup>31</sup> Atalay, Osman/Özgelen, Mustafa Safa: İnfaz Hukuku Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayını No: 25, Kasım 2013, s. 10.

- Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler, kendilerini mahkûm eden ya da tutuklayan bir karar ile hukuken ellerinden alınmayan bütün haklarını muhafaza ederler.
- Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere getirilen kısıtlamalar, asgari gereklilikte ve haklarında hükmedilen kararın meşru amacıyla orantılı olmalıdır.
- Kaynakların eksikliği, mahpusların insan haklarını ihlal eden cezaevi koşullarını mazur gösteremez.
- Cezaevi yaşamı, genel toplum yaşamının olumlu yönlerine mümkün olabildiğince yaklaşmalıdır.
- Bütün hapsedilme biçimleri, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin özgür toplumla yeniden bütünleşmelerini kolaylaştıracak şekilde düzenlenmelidir.
- Dışarıdaki sosyal servislerle işbirliği ve toplumun mümkün olabildiği ölçüde cezaevi yaşamına katılımı teşvik edilmelidir.
- Cezaevi personeli önemli bir kamu hizmetini yerine getirmektedir ve bu personel, işe alınmada, eğitimde ve mahpusların bakımında yüksek standartları sürdürmeyi mümkün kılan çalışma koşullarına sahip olmalıdır.
- Bütün ceza infaz kurumları, düzenli olarak resmi denetime ve bağımsız izlemeye tabi tutulmalıdır.

Cezaların kanunun belirlediği ilkeler çerçevesinde infaz edildiğinin takibi ve hükümlünün sahip olduğu hakların farkına varabilmesi için hükümlüye sahip oldukları haklar yazılı olarak derhal bildirilmelidir. Aynı şekilde hükümlünün okuryazar olmaması halinde söz konusu hakların sözlü olarak kendisine bildirilmesi gerekir.

Cezaevindeki aramalar noktasında aramaya tabi tutulacak kişi ile arayacak kişi arasında doğru bir iletişim kurulması da önemli konulardan biridir. Bu süreçte yapılan aramanın amacının ve kapsamının arama öncesi tutuklu ve hükümlüye bildirilmesi, aramadan kaynaklı gerginliğin oluşmaması bakımından görevlinin sürekli olarak hükümlü ve tutukluya sakin ve kibar bir tavır sergilemesi ve ölçülü uyarılarda bulunması önemlidir. Özellikle aramanın görevlinin vereceği doğru talimatlar çerçevesinde gerçekleşebilmesi bakımından, arayan kurum görevlisinin sakin ve kibar davranması ve prosedüre uygun hareket etmesi gerekir<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Carlson, Peter/Garrett, Judith: Prison and Jail Administration: Practice and Theory, Jones & Bartlett Learning, 2008, s. 140.  
YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)



Anayasa, yasalar ve uluslararası sözleşme ve belge hükümleri dikkate alındığında cezaların infazında özellikle cezaevlerinde güvenlik, disiplin ve düzen bakımından çokça başvurulmuş arama tedbirinin uygulanması sırasında aşağıdaki ilkelerin esas alınması gerekmektedir.

### ***Aramanın İnsan Onuruna Saygı İlkesine Uygun Yapılması***

İnfazın insan onuruna uygun olması ilkesi esasen AİHS'nin 3. maddesinin bir gereği olarak cezaların infazında gözetilmesi gereken bir diğer temel ilkedir. 5275 sayılı Kanun'un "*İnfazda temel ilke*" kenar başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu noktadaki temel amaç ve mücadele infazın insanileştirilmesidir<sup>33</sup>. Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" kenar başlıklı 6. maddesi uyarınca da hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluğun, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektilmesi gerekir.

İnsan onuruna saygı ilkesi gereğince cezaevinde tutuklu ve hükümlüler insan onuruna aykırı davranış ve uygulamalara maruz bırakılamaz ya da işkence veya insanlık dışı kötü muamelelere tabi tutulamaz. Suçlunun suçu veya cezası ne olursa olsun bu tip uygulamalar insanlığa karşı işlenmiş eylemler olacaktır. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme, içirme gibi aşağılayıcı muameleler insan onuru ve haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak ortaya çıkabilir<sup>34</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında kötü muamele yasağının demokratik toplumların en temel değeri olduğunu vurgulayarak terörizmle ya da organize suçla mücadele gibi en zor şartlarda dahi Sözleşme'nin -mağdurların davranışlarından bağımsız olarak- işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemleri yasakladığını belirtmiştir. Kötü muamele yasağının Sözleşme'nin 15.

<sup>33</sup> Karakaş Doğan, Fatma: 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Düzenlemesi Işığında Ceza İnfaz Hukuku, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 6-8; Demirbaş, Timur: "*Ceza İnfaz Hukukunun Çağdaş İlkeleri Açısından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun (CGTİK) Değerlendirilmesi*", Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2008, (İlkeler), s. 10.

<sup>34</sup> AYM Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı, Başvuru No: 2013/293, K. T:17/7/2014, Prg. 90.  
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden kamusal tehlike hâlinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediği de içtihatlarda vurgulanmıştır<sup>35</sup>.

İnsan onuruna saygı ilkesinin önem kazandığı alanlardan biri de cezaevlerinde yapılan aramalardır. Hukuk devletinin varlığının hayatın her alanında gözetilmesi gerektiği dikkate alındığında cezaevleri de hukuk devletinin hâkim olduğu alanlardır. Hukuk devleti olmanın gereği olarak arama gibi tedbir ve uygulamaların da insan onuruna saygı ilkesi çerçevesinde yürütülmesi gerekir. Kişinin suçlu olması arama sırasında onun onurunun yok sayılması sonucunu doğurmamaktadır. İnsan onuru, demokrasinin ve hukuk devletlerinin vazgeçilmez bir parçasıdır. Arama sırasında suçlunun bir insan olduğu, nesne olmadığı göz ardı edilmemelidir.

Cezaevlerinde arama sırasında insan onuruna saygı ve utanma duygusunun korunması esastır. 2575 sayılı Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesinde aramaya ilişkin genel düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak Kanun'un "Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar" kenar başlıklı 86. maddesinde ise hükümlülerin, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulacakları ancak aramalarda insan onuruna saygının esas olduğu belirtilmiştir. Bunun haricinde İnfaz Yönetmeliği'nin "Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım" kenar başlıklı 34. maddesinin çıplak aramaya ilişkin esasları düzenleyen ikinci ve üçüncü fıkralarında bu ilke özellikle vurgulanmıştır. Yönetmelik'teki düzenleme uyarınca hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı, bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi nedeniyle yapılacak çıplak aramada, hükümlünün onuru ve haysiyetine saygılı ve utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde ve kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınması bir zorunluluktur. Dolayısıyla arama sırasında ister genel arama olsun ister çıplak arama olsun insan onuruna saygı gösterilmesi ve buna uygun olarak arama işlemini gerçekleştirilmesi bir yükümlülüktür.

### ***Aramanın Özel Hayata Saygı İlkesine Uygun Yapılması***

Anayasal güvence altına alınan özel hayata saygı ve özel hayatın gizliliği ilkesi gereğince bireyin bu özel alanının devlet tarafından korunması esastır ve devletin istisnalar haricinde müdahalesi ise mümkün değildir. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi uyarınca herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Maddenin

<sup>35</sup> AİHM Labita/İtalya Kararı, Başvuru No: 26772/95, K. T: 6/4/2000, Prg. 119. *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

ikinci fıkrasında ise hâkim veya yetkili merciin emri olmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Görüldüğü üzere özel hayat Anayasa'da güvence altına alınmış ve bu alana müdahale niteliğinde olarak arama tedbirinin anayasal sınır ve koşulları açıkça belirtilmiştir.

Diğer taraftan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2012/12-1510 Esas 2014/331 sayılı kararında da arama ve el koyma tedbirinin özel hayatın gizliliği bakımından doğrudan ilişkili olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kararda, kanunda belirtilen sınırlar doğrultusunda ve demokratik bir toplumun gereği olarak kişi hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olduğu vurgulanmıştır.

Hükümlü ve tutuklular ceza infaz kurumunda buldukları süreçte özgürlük haklarından mahrum olmakla birlikte diğer hak ve özgürlüklerini cezaevi koşullarına uygun olarak kullanmaya devam ederler. Cezaevlerinde de kurum güvenliği ile düzeninin ve disiplinin sağlanması bakımından hükümlü ve tutuklulara yönelik bir kısım kısıtlamaların getirilmesi gerekebilmektedir. Bu kısıtlamalardan biri de arama tedbiridir. Burada kişinin özel hayatının gizliliği hakkı ile kurum güvenliğinin sağlanması çatıştığında; kurumun güvenliğinin sağlanmasına öncelik tanınarak işlem yapılmakta ve kişilerin özel hayatlarının gizliliği haklarının kısıtlanması yoluna gidilmektedir<sup>36</sup>. Ancak bu kısıtlama ve müdahalenin orantılı olması ve hakkın özüne zarar vermemesi gerekmektedir.

Diğer taraftan cezaevleri, kişilerin sınırlı bir mahremiyet beklentisine sahip olduğu yerlerdir. Diğer hakları gibi özel hayatın gizliliğinin muhafazası imkânı da çok sınırlıdır. Bundan dolayı yapılacak bir aramanın makul bir sebebinin olması gerekmektedir. Burada neyin makul olduğuna karar verme noktasında aramanın yapılma zarureti ile kişinin sahip olduğu sınırlı hakların ihlali arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir<sup>37</sup>. Mahpusların ve cezaevi çalışanların güvenliği bakımından arama bir gereklilik olmakla birlikte bir noktada mahpusların evi konumuna gelen bir kurumda mahpusların da ev gibi gördükleri bu alanda biraz özel hayata saygı ve mahremiyet beklentilerinin olması çok doğaldır. Bu ikisi arasında bir dengenin sağlanması lazımdır. Bu dengenin kurulabilmesi bakımından bir arama gerekiyorsa bunun için özel ve makul bir sebep bulunmalıdır<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 292; Aksoy, s. 136.

<sup>37</sup> Boston, John/Manville, Daniel E. : Prisoners' Self-Help Litigation Manual, Forth Editon, Oxford University Press, New York 2010, s. 280-281.

<sup>38</sup> Ohlin, Jens David: Investigative Criminal Procedure: Doctrine, Application, and Practice, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2019, s. 296.

Nitekim AİHM 26.09.2006 tarihli **Wainwright/Birleşik Krallık Kararında**<sup>39</sup>, bir yakınına ziyarete giden, ancak cezaevine uyuşturucu sokmaya çalıştığı iddia edilen başvurunun çıplak aramaya maruz kaldığı olayda, arama öncesi aramanın nasıl ve ne şekilde yapılacağını anlatan ve aramaya ilişkin onayını gerektiren formun başvurucuya verilmemesi, aramanın tamamen çıplak yapılması mümkün değilken, aramanın bu şekilde yapılması, bu kapsamda kurallara uyulmadan yapılan çıplak aramanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirterek, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme burada incelemeyi AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı kapsamında değil, 8. maddede düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında yapmıştır.

### ***Hükümlünün Beden ve Ruh Bütünlüğünün Korunması İlkesi***

Hükümlünün ruh ve beden bütünlüğünün korunması cezaevi idaresinin temel yükümlülüğüdür. Bu kapsamda 5275 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirlenen bu ilke uyarınca ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur. Bu kapsamda AİHM'e göre infazın yöntemi ve infaz sürecindeki davranışların mahkûmları özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinden daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokmaması gerekir. Ceza infaz kurumunda tutulmanın pratik gerekleri çerçevesinde mahkûmların sağlık ve esenlikleri gibi hususların yeterli bir şekilde güvence altına alınması ve yeterli tıbbi yardım sağlanması da insan onuruna yakışır şartların sağlanması için gereklidir<sup>40</sup>.

Diğer taraftan kurum içerisinde hükümlünün beden ve ruh bütünlüğünü tehdit eden hususlardan biri de arama işlemidir. Aramanın ölçülü, insan onuruna uygun ve kanunun belirlediği usulde yapılmaması bu noktada hükümlünün ruh ve beden bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır.

2575 sayılı Kanun'un "*Arama*" kenar başlıklı 36. maddesinde ayrıca bu ilkeye ilişkin bir vurgu yapılmamış ise de İnfaz Yönetmeliği'nin "*Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım*" kenar başlıklı 34. maddesinde buna ilişkin önemli hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda çıplak aramaya ilişkin usul ve esasların yer aldığı İnfaz Yönetmeliği'nin 34. maddesindeki düzenlemeye göre hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması

<sup>39</sup> AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 12350/04, K. T: 26. 09. 2006.

<sup>40</sup> AİHM Piechowicz/Polonya Kararı, Başvuru No: 20071/07, K. T:17/4/2012, Prg. 162. *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

durumunda kurum en üst amirinin gerekli görmesi nedeniyle yapılacak çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilmesi gerekmektedir. Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Burada beden çukurlarındaki arama, muhakkak cezaevi tabibi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere istisnai ve son çare olarak yapılacak çıplak aramada kişinin onurunun rencide olmaması ve vücut dokunulmazlığının haksız müdahalelere maruz kalmaması bakımından belirli esaslar çerçevesinde hareket edilmelidir.

### ***Aramanın Kanunilik İlkesine Uygun Yapılması***

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının kanunla belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirilmesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin doğal sonucudur. Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin genel esaslar" başlıklı 38. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır." hükmü karşısında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ve söz konusu ilkenin sonuçlarının infaz hukuku bakımından da geçerli olduğu açıktır. Buna göre kanunsuz suç ve ceza olmayacağı gibi kanunsuz infaz da olamaz.

Bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un 6/1-c maddesinde hükümlünün kanun ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunilik ve hukuka uygunluk ilkelerinin esas alınacağı açıkça vurgulanmıştır. Cezaların infazı rejiminin uygulamasında kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından çeşitli sınırlamalar getirildiğinden, bu sınırlamaların dayanağının mutlaka kanunla öngörülmesi gerekir. Buradaki kanunilik ilkesinin de hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde olacağı açıktır. Diğer taraftan 5275 sayılı Kanun'un 6/1-b maddesinde hükümlülerin, Anayasa'da yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanun'da öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir. Kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere hükümlülerin temel hakları ancak kanunla ve kanunun belirlediği esaslar çerçevesinde kısıtlanabilir. Kanun dışında kanun hükmünde kararname veya yönetmelik ya da tüzük ile temel hakların kısıtlanması yoluna gidilemez.

İnfazın kanuniliği ilkesinin önem arz ettiği alanlardan biri de cezaevinde yapılan arama işlemleridir. Aramanın usul ve esaslarının kanunda belirlenmesi ve uygulanma koşullarının alt mevzuatta detaylı bir şekilde düzenlenmesi gerekir. İnsan onurunu ve aynı zamanda kişinin ruh ve beden

bütünlüğünü ilgilendiren arama gibi bir tedbirin kanuni olması hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez gereğidir. Bu noktada tüzük, yönetmelik, genelge gibi mevzuat hükümlerinin başta AIHS olmak üzere Anayasa ve 5275 sayılı Kanun'un infaz için geliştirdiği emredici hükümlere aykırı olmaması ve cezaevi idaresinin de arama uygulamalarının kanunilik ilkesine uygun olması gerekir. Hiçbir gerekçe ile mevzuat tarafından sınırları çizilen arama usulünün dışına çıkılmaması ve burada belirtilen emredici hükümlere uygun hareket edilmesi gerekir. Ayrıca Kanun'un arama konusunda kurum yetkililerine vermiş olduğu takdir yetkisinin de keyfi kullanılmaması gerekir. Bu nedenle yapılan aramanın kanuni olabilmesinin bir diğer koşulu da hukuki ve delillere dayalı bir gerekçesinin olmasıdır.

### ***Aramada Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi***

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kuralların hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikirleri ile ekonomik durumları ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanacağı 5275 sayılı Kanun'un "İnfazda temel ilke" kenar başlıklı 2. maddesinde belirtilmiştir. Aynı şekilde ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı da maddede hüküm altına alınmıştır. Bu noktadaki temel amaç ve mücadele infazın insanileştirilmesidir. Aynı şekilde öğretide infazın bu temel ilkelerinin yanında infazın kesintisizliği ilkesi ve gizlilikten kaçınma ilkesinin de önemli olduğu dile getirilmektedir<sup>41</sup>.

Adı geçen maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde, diğer milletlerarası sözleşme ve hak bildirilerinde ve Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "insanlar arasında cins, ırk, renk, din, mezhep, milliyet, siyasal ve fikrî kanaat, millî ve sosyal köken, bir azınlığa mensup olma, servet, doğum ve benzeri nedenlerle ayırım yapılmayacağına" ilişkin ilke, hükümlü ve tutuklular yönünden de aynen geçerlidir. Hükümlünün infaz aşamasında anayasal güvence altına alınmış olan haklarına yönelik getirilen sınırlamaların tam belirlenmesi ve hükümlünün konumunun tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya konulması da hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bundan dolayı temel haklara yapılan bu müdahalelerin kanunla açık ve net olarak belirlenmesi gerekir<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Karakaş Doğan, s. 6-8; Demirbaş, (İlkeler), s. 101.

<sup>42</sup> Demirbaş, s. 47 vd.

AİHM içtihatları uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümleri cezaevinin kapısında son bulmaz. Hükümlü ve tutuklular, genel olarak, özgürlük hakkı hariç olmak üzere Sözleşme kapsamında güvence altına alınan tüm temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam ederler. Sözleşmede belirtilen haklara getirilen her türlü kısıtlamanın gerekçelendirilmesi gereklidir. Bununla birlikte, söz konusu gerekçe, suçun önlenmesi ve düzenin sağlanması gibi mahkûmiyet koşullarından kaynaklanabilen güvenlik kaygıları kapsamında olabilir<sup>43</sup>.

Eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olarak cezanın infazı aşamasında ayrımcılık yasağına ilişkin esasların aynen dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda arama işlemleri sırasında kategorik olarak bazı tutuklu ve hükümlülerin, diğer bazı kategorilerdekilerden farklı muamele görmelerine neden olan belirli bir cezaevi rejiminin uygulanması ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır. Mesela somut bir şüphe sebebi olmaksızın bir kısım hükümlünün veya terör gibi bazı nitelikli suçlardan hükümlü veya tutuklu olanların rutin bir şekilde ziyaretçi dönüşü çıplak aramaya tabi tutulması aynı zamanda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin ihlali sonucunu da doğuracaktır.

### ***Aramanın Orantılılık İlkesine Uygun Yapılması***

Kişinin özel yaşamına ve vücut bütünlüğüne müdahaleyi bünyesinde barındıran arama tedbirinin yasal koşullarının oluşması nedeniyle bu tedbire başvurulması halinde dikkat edilmesi gereken bir diğer ilke orantılılık ilkesidir. Anayasa'nın 13. maddesi devletin özel hayatın gizli alanına ve beden bütünlüğüne yapacağı bu tip müdahalelerin yapılabilmesi için kanuna uygun bir düzenleme ve işlem yapılmasını öngörmektedir. Buna göre, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Bu doğrultuda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir koruma tedbiri olan arama, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen sınırlandırma

<sup>43</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, Mahpus Hakları, Ankara 2019, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020134215mahpus%20haklar%C4%B1%20olarak%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirelim%20ba%C5%9F1%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, İET: 20/01/2022, s. 7.

şartlarına uygun yapılması gerekmektedir<sup>44</sup>. Aynı şekilde AİHS'nin 8. maddesinde özel hayatın gizliliği güvence altına alınmış ve bu hakka ilişkin müdahale ve bu müdahalenin sınırları ortaya konulmuştur<sup>45</sup>.

Bu bakımdan cezaevlerindeki arama işlemleri değerlendirildiğinde genel arama ile halledilebilecek bir hususun çıplak arama ile veya çıplak arama ile şüphenin giderilmesi mümkünken beden çukurlarında arama yoluna gidilmesi tedbirin orantısız uygulanması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle cezaevindeki her türlü aramada orantılılık ve dürüst işlem ilkesi mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Aramanın amacını aşarak kişiye eziyet ve işkenceye dönüşen bir arama da orantısız ve dürüst işlemi ilkesine aykırı arama olacaktır<sup>46</sup>. Zaten bu tip orantısız ve amacını aşan aramalar AİHS'nin 3. maddesi bağlamında işkence ve kötü muamele niteliğine dönüşmektedir<sup>47</sup>.

Benzer şekilde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üye devletlerce uygulanmasını denetleyen iki organdan biri olan Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu X ve Diğerleri/Arjantin davasında<sup>48</sup> hapisanedeki aramalarla ilgili olarak aramanın kaçınılmaz olandan daha fazla ıstırap ve aşağılama yaratmaması ve orantılı olarak uygulanması gerektiğine vurgu yapmıştır<sup>49</sup>.

### ***Arama Tedbirinin Dürüst İşlem İlkesine Uygun Yürütülmesi***

<sup>44</sup> Yılmaz, Yeşim: “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 124, Y. 2016, s. 249-250.

<sup>45</sup> Öncü, Gülay Arslan : Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 366 vd. ; Yılmaz, s. 25.

<sup>46</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 47-53; Yılmaz, s. 272.

<sup>47</sup> Mesela AİHM, Van Der Ven/Hollanda (Başvuru No: 50901/99, K. T: 04/02/2003) Kararında kaçması halinde yeniden şiddet suçları işleme riski bulunduğu için cezaevinde çok katı bir rejim altında tutulan başvurucunun üç buçuk yıl boyunca her hafta sistematik olarak çırılçıplak soyularak üst aramasına tabi tutulmasının Sözleşme'nin 3. maddesini ihlali olarak değerlendirmiştir.

<sup>48</sup> X ve Diğerleri /Arjantin davasında, başvuranlar bir mahkûmun karısı ve 13 yaşındaki kızıdır. Ziyaret öncesi vajinal arama yapıldı. Bu, mahkûmla kişisel temas kurmak isteyen ziyaretçiler için zorunluydu. Komisyon, bunun, aranan kişinin zihinsel ve ahlaki bütünlüğünü etkilemeyecek şekilde yapılması gerektiğini belirtti. Komisyon, böyle bir arama için yargı kararının bulunmadığını ve aramanın nitelikli bir personel tarafından yapıldığını değerlendirerek, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesine aykırı bir şekilde mağdurların beden ve ruh bütünlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

<sup>49</sup> Neziroğlu, İrfan: “A Comparative Analysis of Mental and Psychological Suffering as Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under International Human Rights Treaty Law”, Essex Human Rights Review Vol. 4 No. 1, February 2007, <https://nanopdf.com/download/a-comparative-analysis-of-mental-and-psychological-suffering-as-pdf>, İET:22/01/2022.



Yargılama hukuku bakımından adil yargılanma ilkesi olarak nitelendirilen ancak idari işlem ve kararların alınması süreci bakımından “dürüst işlem ilkesi” olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, idarenin bütün işlem ve kararlarında kanunla daha önce öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde hareket etmesi gereklidir. Bu da verilen karar ve işlemlerde asgari olarak adil yargılanma hakkının düzenlendiği Anayasa’nın 36 ve AİHS’nin 6. maddesindeki esasların dikkate alınarak hareket edilmesi zorunluluğunu getirmektedir. Esasen burada özellikle delillerin toplanmasında başvurulmuş işlemlerin ve kullanılan yöntemlerin insanın onurunu, adaletin saygınlığını zedelememesi güvence altına alınmaktadır<sup>50</sup>.

Nitekim **Anayasa Mahkemesi 1999/2 Esas, 2001/2 Karar ve 22/06/2001 Tarihli** kararında; “...*Özel konuşmaları kaydedilen kişilerin en temel hakları ihlal edilmiştir. Çünkü Anayasanın 20. maddesinde özel hayatın gizliliğine dokunulamaz, 22. maddesinde ise haberleşmenin gizliliği esastır kuralı yer almaktadır. Bu yol bir kez açılacak olursa, hukuk devletinin temel kurallarından birisi olan ve varlığını Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinden alan delil yasaklarına ilişkin kanun maddesi tüm etkisini yitirecektir. Usul hukukumuzdaki ilkelerden olan “dürüst işlem ilkesi” de bu şekilde elde edilen bir delilin kullanılmasına olanak vermez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil/dürüst yargılanma hakkı, kişilerin hukuk devletinin kuralları çerçevesinde yargılanmalarını öngörür. Bu kurala aykırılık, işlemin adil olmasını ve dürüst işlem ilkesini ihlal edecektir...*” demek suretiyle bu ilkeye vurgu yapmıştır.

Hukuk devletinde hayatın her alanında kamu kurumları ve kamu görevlilerinin işlem ve hizmetlerinde bu ilkeye uygun hareket etmesi esastır. Özellikle ceza yargılaması ve cezaların infazı sürecinde de işlem ve kararlara yön veren bir ilke niteliğindedir. Bu noktada personel yetersizliği, teknolojik yetersizlikler ve devletin suçla mücadelesini olumsuz yönde etkileyen diğer imkânsızlıklar dâhil hiçbir sebep, suçla mücadelede devletin doğruluk kurallarından ayrılmasının gerekçesi olamaz. Zaten böyle bir muhakeme sonrasında gerçekleşecek yargılama adil yargılama ilkesine aykırı olacağı gibi bu ilkenin yok sayıldığı bir infaz süreci ise hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla bu ilke çerçevesinde yargılama ve

<sup>50</sup> Özbek, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s. 32.

infaz makamlarının bu doğruluk kurallarına titizlikle uymayı kendisine amaç edinmesi gerekmektedir<sup>51</sup>.

Dürüst işlem ilkesinin önem arz ettiği durumlardan biri de arama koruma tedbiridir. Dürüst işlem ilkesi hem adli arama hem de önleyici arama için geçerlidir<sup>52</sup>. Bu ilke çerçevesinde hak ihlallerine sebep olmamak ve hukuk devleti ilkesini zedelememek için arama uygulaması sırasında önceden belirlenen kurallara riayet etmek gerekmektedir. Bunun yanı sıra bu kuralların kişilerce bilinmesine ve bu nedenle onların haklarını arayabilmesine de imkân tanınmalıdır<sup>53</sup>. Burada arama tedbirine başvurulduğunda tedbirin kanun koyucunun amacına uygun yapılması ve uygulamanın yasayla getirilen güvenceleri ortadan kaldırmak amacını taşımaması gerekir<sup>54</sup>. Ayrıca arama sırasında makul sınırı aşmamak gerekir. Bu bağlamda gündüz başlayan bir aramayı gereksiz yere uzatarak geceye sarkıtmak suretiyle kanun ile getirilen güvencelerin ortadan kaldırılmaması gerekir<sup>55</sup>. Bu nedenle dürüst işlem ilkesinin bir gereği olarak aramanın gerekçesini oluşturan makul şüphe ve makul sebeplerin dürüstçe belirlenmesi, gerçeğin bulunması amacına hizmet etmesi, kanunlardaki usullere uyulması, gereksiz ve ölçsüz müdahalelerden kaçınılması, kısaca aramanın hakkaniyete uygun şekilde icra edilmesi gerekir<sup>56</sup>.

Dürüst işlem ilkesinin en temel uygulanma kriterlerinin gereği olarak; cezaevlerinde yapılacak arama uygulamalarının önceden kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde yürütülmesi ve diğer temel haklara riayet edilmesi, kanun hükümlerinin kişilerin aleyhine olacak şekilde yorumlanıp tevil edilmemesi, kanuna karşı hile kullanılmaması, tedbirin amacına uygun ve ölçülü olarak uygulanması gerekmektedir. Kanunun belirlediği genel aramanın amacına uygun yürütülmesi gerektiği gibi istisnai ve son çare olan çıplak aramanın da aynı şekilde temel hak ve hürriyetlere zarar vermek ve hükümlüyü baskılamak gibi hukuk dışı amaçlar için kullanılmaması gerekir.

<sup>51</sup> Bouzat, Pierre: “*Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları*”, (Çev. Hasan Bıyıklı), Yargıtay Dergisi, Ocak 1977, C:3, S:1-2, s. 113.

<sup>52</sup> Feyzioğlu Metin: Tanıklık ve Dürüst Muhakeme, US-A Yayıncılık, Ankara 1998,s. 1.

<sup>53</sup> Özbek, s. 32.

<sup>54</sup> Keskin Kızıroğlu, Serap: “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58 , S. 1, Y. 2009, s. 164; Özbek/Doğan/Bakçaksız, s. 53.

<sup>55</sup> Doğan, s. 169; Özbek/Doğan/Bakçaksız, s. 53; Yılmaz, s. 272; Keskin Kızıroğlu, s. 164; Turhan, Faruk: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınevi, Ankara, 2006. s. 245 ; Yurtcan, Erdener: *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı*, (. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 103.

<sup>56</sup> Özbek, s. 33.

## ÇIPLAK ARAMA ve UYGULANMA ESASLARI GENEL OLARAK ÇIPLAK ARAMA

Cezaevi düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ile hükümlülerin cezaevinde suç işlemelerinin önlenmesi bakımından cezaevi koşullarının ve hükümlülerinin aranması bir gerekliliktir. Bazı mahkûmların, özellikle de orta ya da azami düzeyde güvenliğe tabi olanların zaman zaman şahsen de aranarak üstlerinde başkalarına ya da kendilerine zarar vermek için kullanabilecekleri herhangi bir şeyin veya sözgelimi bir uyuşturucu gibi, yasak bir maddenin olup olmadığının kontrol edilmesi gerekir. Bu aramaların yoğunluk derecesi duruma göre değişir. Örneğin, çok sayıda mahkûmun bir çalışma yerinden barınma yerlerine dönmekte oldukları bir durumda, günümüzde uçak yolcularına yaygın olarak yapıldığı gibi, üstlerinden hafifçe el geçirerek arama yapılabilir. Başka durumlarda, özellikle de bir mahkûmun üstünde bir şey gizlediğinden şüphelenildiğinde, çıplak arama veya Yönetmelik'teki yeni adıyla detaylı arama olarak bilinen yöntemle başvurulması gerekebilir<sup>57</sup>.

Arama koruma tedbirinin nitelikli bir hali olan ve kişinin özel yaşamının gizli alanına müdahale içerdiği gibi doğrudan kişinin beden bütünlüğüne de müdahale içeren çıplak aramanın Türk hukukundaki temel dayanağı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'tir.

Çıplak arama kendisine veya diğer hükümlülere ya da cezaevi personeline zarar verici, kesici, delici ve benzeri eşya taşıdığı ya da cezaevine girmesi yasak olan bir maddeyi sakladığından şüphelenilen kişinin, kimsenin görmeyeceği bir alanda elbiseleri çıkarılmak suretiyle aynı cinsiyetten olan görevliler tarafından bütün vücudunun temas edilmeden gözle aranmasıdır<sup>58</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus şüphe üzerine yapılan çıplak aramada kesinlikle kişinin vücuduna temas edilemez. Ayrıca bu tedbirin; ne sıklıkla gerçekleştirileceği, hükümlünün çömelip kalkması, öksürmesi veya herhangi bir davranışta bulunmasının gerekip gerekmediği hususlarının mevzuatla düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla kişinin çıplak aramasında onu rencide edecek hareketlerin yapılmaması gerekir<sup>59</sup>.

Çıplak aramada cezaevi güvenliğinin sağlanması noktasında elde edilen deliller açısından bir “*tehlikenin önlenmesi*” amaçlanmaktadır. Burada

<sup>57</sup> Coyle, Andrew: Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, Yayınlayan: Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, 2002. s. 64.

<sup>58</sup> Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

<sup>59</sup> Demirbaş, s. 367.

genel aramanın sınırları aşılmakta hükümlünün vücudunda detaylı arama yapılmaktadır. Çıplak arama vücut bütünlüğüne müdahale ve kişi onurunu rencide etmesi nedeniyle sürekli tartışma konusu olmuş bir tedbirdir<sup>60</sup>.

Özellikle toplumsal muhalefetin yoğun olarak yaşandığı dönemlerde veya tutuklu ve hükümlülerin cezaevindeki hak ihlallerine karşı açlık grevi başlatmasından, isyan ya da firar etmesinden sonra “güvenlik” gerekçesi ile tutuklu ve hükümlüler üzerindeki baskılar ve tedbir adı altında keyfi uygulamalar artmaktadır. Bu gibi dönemlerde koşulları bulunmamasına rağmen yalnızca bir kısım hükümlüleri örselemek, korkutmak ve yıldırım suretiyle kurum düzenini sağlamaya çalışmak veya özellikle devlete karşı işlenmiş suçlarda bu hükümlülere yönelik onları yıldırım, geçmişte yaptıklarına pişman etmek ve cezalandırmak gibi saiklerle çıplak arama uygulamaları sıklaşmaktadır. Bu saiklerle bu yöntemin kullanılması açıkça hukuka aykırı arama sonuçlarını ve sorumluluğunu doğuracaktır. Dolayısıyla çıplak aramanın uygulama biçiminin çıplak arama müessesesinin getirdiği kaçınılmaz unsurların ötesine geçmesi, bireyin aşağılanması ya da küçük düşmesine sebebiyet vermesi hâlinde insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlali ortaya çıkabilecektir<sup>61</sup>.

Cezaevlerinde arama ve özellikle çıplak arama noktasında hak ihlallerinin oluşmaması bakımından cezaevi personelinin arama yaparken izlemesi gereken ayrıntılı süreçler olmalıdır. Bu süreçlerin dayanağının kanunda olması gerekir. Kanuni düzenlemeye uygun hazırlanmış diğer alt mevzuatlarda ise diğer ayrıntılar düzenlenmelidir. Alt mevzuat düzenlemelerinde çıplak arama sürecinin hak ihlaline sebebiyet vermemesi bakımından, aramaların ne zaman, nerede, ne kadar sürede, kimler tarafından yapılabileceği belirtilmeli, arama sürecinin mahkûmları küçük düşürmemesi sağlanmalı, mahkûmların aynı cinsiyetten personel tarafından aranması gerektiği belirtilmelidir<sup>62</sup>. Bu noktada en önemlisi çıplak aramanın istisnai ve son çare olarak başvurulacak bir tedbir olduğu ve ancak makul ve ciddi emarelerin bulunması halinde başvurulabileceği hususunda cezaevi idaresi ve personeline farkındalık oluşturulmalıdır.

Hukuka aykırı çıplak aramaların önlenmesi adına öncelikle bu istisnai tedbirin uygulanma koşullarının kanunla belirlenmesi gerekir. Ayrıca uluslararası standartlara uygun olarak hükümlüleri küçük düşürmek ve ayırım yapmak için bir yöntem olarak çıplak aramadan kaçınma ve bir çıplak

<sup>60</sup> Aras/Güverçin, s. 557.

<sup>61</sup> AYM Mehmet Bayraktar Kararı, Başvuru No: 2014/2316, K. T:15/2/2017, Prg. 64.

<sup>62</sup> Coyle, s. 64.

arama yapılması gerekiyorsa bunun yasal prosedürlere uygun olarak yürütme yükümlülüğünün kurum ve personel tarafından özümsemesi ve aksi uygulamaların önlenmesi noktasında gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Çıplak aramanın hükümlüler üzerindeki olumsuz etkileri çok iyi bilindiği için, uluslararası standartlar uyarınca vücut tarama makineleri gibi alternatif yöntemlerin geliştirilmesi gerekir.<sup>63</sup>

Özellikle son zamanlarda ceza infaz kurumlarında tutuklu veya hükümlülere yönelik olarak keyfi, hukuka ve kanuna aykırı sistematik olarak çıplak arama yapıldığı sıkça dile getirilmeye başlanmıştır. İstisnai olarak uygulanabilecek bir uygulamanın genelleştirildiğine ve tutuklu ve hükümlülere yönelik bir işkence ve intikam aracına dönüştüğüne yönelik iddialar sıklıkla dile getirilmektedir. Hâlbuki cezaevlerinde önleyici, güvenlik amaçlı veya delil elde etmek için, zorunlu olmak kaydıyla ölçülü şekilde tatbiki gereken çıplak arama tedbiri, bir ceza veya intikam veya gözdağı verme aracı olarak kullanılamaz<sup>64</sup>. Bu kapsamda yakın zamanda AİHM Kaya/Türkiye Kararında<sup>65</sup> Gezi eylemlerine karışmasından dolayı tutuklanan öğrenci Elif Kaya'nın tutuklanması üzerine sevk edildiği İzmir Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun mahkûm kabul bölümünde Kurum personeli tarafından çıplak kalacak şekilde soyularak arama yapılmasını reddetmesi üzerine şiddet ve tacize maruz kalarak zorla çıplak aramaya maruz kalmasını ve aramaya direndiği için disiplin cezası verilmesini Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine aykırı bulmuştur. Halbuki bu başvuruya alakalı Anayasa Mahkemesi işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermişti<sup>66</sup>.

Tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumunda çıplak olarak aranmaları güvenlik ve kurum düzeninin sağlanması bakımından gerekli görülebilmekte ancak bu kapsamdaki bir arama her hâlükârda insan onuruna uygun bir şekilde ve uygun bir tarzda yapılmalıdır. Çıplak arama koşullarının tam belirlenmemesinden ya da mevzuatta belirtilen usule aykırı yapılmasından kaynaklı sürekli hak ihlallerinin yaşandığı bir istisnai arama tedbiridir. Cezaevinde somut delillere dayalı olarak bir tehlikeyi bertaraf etmek için uygulanması gereken istisnai bir tedbir olması gerekirken kurum otoritesini hükümlülere gösterme, hükümlüleri küçük düşürme ve onları

<sup>63</sup> Tanz, Eva: "Hapishaneler ve Çıplak Arama Uluslararası Standartlar ve Alternatifler", Türkiye'de Mahpus Olmak 2, TCPS Kitaplığı 14, İstanbul 2017, s. 162.

<sup>64</sup> Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

<sup>65</sup> AİHM Kaya/Türkiye Kararı, Başvuru No: 80765/17, K. T: 18/01/2022.

<sup>66</sup> AYM Elif Kaya Kararı, Başvuru No: 2014/266, K:T: 6/4/2017.

rencide etme gibi saiklerle yapılan rutin bir uygulama haline getirildiği genel şikâyetler arasındadır<sup>67</sup>.

TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu tarafından cezaevleri ziyaretleri sonrası hazırlanan birçok raporda hukuka aykırı çıplak aramaların varlığı tespit edilmiştir. Bu bağlamda İnsan Hakları İnceleme Komisyonu tarafından 2019 yılında hazırlanan;

- “*Elazığ Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu*”nun “*B. CEZA İNFAZ KURUMUNDA YAPILAN İNCELEMELERDE ULAŞILAN SONUÇ VE TESPİTLER İLE HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARLA YAPILAN GÖRÜŞMELER*” kenar başlıklı bölümünde Elazığ T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda görüşe gelenlerin çıplak aramaya tabi tutulduğu belirtilmiştir<sup>68</sup>.
- “*Diyarbakır Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu*”nun “*B. CEZA İNFAZ KURUMLARINDA YAPILAN İNCELEMELERDE HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARLA YAPILAN GÖRÜŞMELER VE ULAŞILAN SONUÇ VE TESPİTLER*” kenar başlıklı bölümünde Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda “*Aramalarda insan onuru ile bağdaşmayan uygulamaların yapıldığı, çıplak aramaların yapıldığı, kurum içerisinde veya kampüs içerisinde bir yere gidip gelirken dahi hükümlü ve tutukluların çok sıkı aramalara tabi tutuldukları*” tespitine yer verilmiştir<sup>69</sup>.
- “*Bakırköy Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu*”nun “*B. CEZA İNFAZ KURUMUNDA YAPILAN İNCELEMELERDE ULAŞILAN SONUÇ VE TESPİTLER İLE HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARLA YAPILAN GÖRÜŞMELER*” kenar başlıklı bölümünde kurumda barındırılan hükümlü ve tutuklular tarafından; Kuruma ilk gelişte çıplak arama yapıldığı belirtilmiştir<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Aras/Güverçin, s. 557.

<sup>68</sup> Elazığ Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, s. 9, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2020/elazig\\_ceza\\_infaz\\_kurumlari\\_raporu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2020/elazig_ceza_infaz_kurumlari_raporu.pdf), İET: 21/01/2022.

<sup>69</sup> Diyarbakır Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, s. 8, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2020/diyarbakir\\_ceza\\_infaz\\_kurumlari\\_raporu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2020/diyarbakir_ceza_infaz_kurumlari_raporu.pdf), İET: 21/01/2022.

<sup>70</sup> Bakırköy Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, s. 7, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2019/bakirkoy\\_kadin\\_kapali\\_ceza\\_infaz\\_kurumu\\_raporu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2019/bakirkoy_kadin_kapali_ceza_infaz_kurumu_raporu.pdf), İET: 21/02/2022.

Cezaevlerinde çıplak arama iddialarına ilişkin yazılı, görsel ve sosyal medyada yer alan haberler üzerine Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü 21.12.2020 tarihli ve “*Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Arama Prosedürüne İlişkin Basın Açıklaması*”<sup>71</sup> başlıklı bir açıklamada bulunmuştur. İnfaz Yönetmeliği’nin 34. maddesinde değişiklik yapılmadan önce yapılan bu basın açıklamasında “*çıplak arama*” kavramı yerine “*detaylı arama*” kavramı kullanılmıştır. Çıplak arama kavramının oluşturduğu ağır etkiyi hafifletmek saikiyle yapıldığı değerlendirilen bu açıklamanın esasen Türkiye’deki cezaevlerinde neredeyse rutinleşen hukuksuz çıplak aramaları “*detaylı arama*” adı altında meşrulaştırmayı amaçladığı değerlendirilmektedir. Esasen İnfaz Yönetmeliği’ndeki düzenlemenin kavramsal olarak da sorunlu olduğu Genel Müdürlüğün açıklamasındaki çekince den anlaşılmaktadır. Bu açıklamanın insan hakları kuruluşlarının ve muhalefet partilerinin dile getirdiği eleştirilere karşı “*cezaevlerinde çıplak arama yoktur, detaylı arama vardır*” söylemini güçlendirmek için yapıldığı da açıktır<sup>72</sup>. Zaten bu eleştirileri ve kavramsal tartışmayı bitirmek adına Yönetmelik’te yapılan değişiklikle “*çıplak arama*” kavramı “*detaylı arama*” kavramıyla değiştirilmiştir. Esasen Adalet Bakanlığının çıplak arama yetkisinin hükümlü ve tutukluları utandırmak için kötüye kullanıldığı ve hatta bu uygulamaların taciz boyutuna ulaştığı iddiaları karşısında daha detaylı bir açıklama yapması, hükümlü ve tutukluların yalnızca silahlı terör örgütü mensubu olmasının veya herhangi bir gösteri yürüyüşüne katılmış olmasının, çıplak aramaya tabi tutulması için yeterli olmayacağına örneklerle anlatması yerinde olurdu<sup>73</sup>. Sadece kavramsal değişikliklerle konuya ilişkin yapılan açıklama yetersiz ve sorunları çözmekten uzak niteliktedir.

## TÜRK HUKUKUNDA ÇIPLAK ARAMANIN DAYANAĞI VE KANUNİLİK SORUNU

### *Anayasal Dayanak Sorunu*

Anayasa’nın “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” kenar başlıklı 17. maddesinde herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ve tıbbi zorunluluklar ve

<sup>71</sup> <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarinda-uygulanan-arama-prosedurune-iliskin-basin-aciklamasi21122020050818>, İET: 21/02/2022.

<sup>72</sup> “*CHP’den 'çıplak arama' iddiaları için 'komisyon kurulsun' önergesi*”, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202012261043465505-chpden-ciplak-arama-iddialari-icin-komisyon-kurulsun-onergesi/>, İET:22/01/2022.

<sup>73</sup> Şen, Ersan: “*Çıplak Arama*”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı; kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20'nci maddesinde ise herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu; özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı ve maddede belirtilen haller haricinde yetkili mercilerin kararı ve onayı olmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere insan onurunun ve beden bütünlüğünün korunması ve özel yaşamın gizliliği Anayasa'nın koruması altındadır. Dolayısıyla kişinin beden bütünlüğüne yapılacak bir müdahalenin Anayasa'nın bu hükümlerinin belirlediği ölçü ve standartlarda olması gerekmektedir. Anayasa'nın yukarıdaki hükümleri incelendiğinde istisnaen yapılabilecek aramayı kişinin "üstü, özel kâğıtları ve eşyası" olarak belirtmiştir. Anayasa'da çıplak aramaya dayanak olabilecek özel sınırlama sebebinin Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasında yer almadığı açıktır. Burada Anayasa yer alan "kişinin üstü" ibaresinin "bedeni" kapsamadığı; zira kişinin üstünün aranmasından kastın kişinin üzerinde bulunan kıyafetleri çıkarılmaksızın üstten veya dış, iç ceplerinin aranması, sıvazlanması, yoklanması, yani kıyafetleri üzerinde iken aranması olduğu ve bununda çıplak aramayı kesinlikle kapsamadığı öğretide dile getirilmektedir<sup>74</sup>.

Diğer taraftan, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması" başlıklı 13. maddesine göre Anayasa'nın ilgili maddesinde sınırlama sebebi gösterilmedikçe kanunla bir hak ve özgürlüğün sınırlanabilmesi mümkün değildir. Bu noktada Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlıklı 20. maddenin ikinci fıkrasında kişinin "bedenin" aranabileceğine ilişkin bir sınırlama sebebi yer yer almamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında "kimsenin üstü, **bedeni**, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz" ibaresine yer verilmediği sürece yapılacak düzenlemeler Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

<sup>75</sup> Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.



### ***Kanuni Dayanak Sorunu***

5275 sayılı Kanun'un 36. maddesinde, cezaevlerinde yapılacak aramanın genel esasları belirtilmesine karşın çıplak aramaya ve beden çukurlarında aramaya dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında hükümlünün; 116. maddesinin birinci fıkrası atfı ile de tutuklunun, üst ve eşyasının habersiz olarak her zaman aranabileceği, bu aramanın her ay bir kez mutlaka yapılması gerektiği belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi devletin özel hayatın gizli alanına ve beden bütünlüğüne yapılacak müdahaleler için kanuna uygun ve ölçülü bir düzenleme ve işlem yapılmasını öngörmektedir. Buna göre, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum gereklerine uygun olması gerekmektedir. Cezaevlerinde yapılacak arama da arama türü olduğundan bunun da sınırlarının kanunla çizilmesi gerekmektedir. Kaldı ki çıplak arama ve beden çukurlarında arama gibi kişinin beden bütünlüğüne ve hayatının özel alanlarına açık ve ağır bir müdahale içeren tedbirlerin kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu infazın kanuniliği ilkesinin de bir gereğidir. Ancak Türk hukukunda çıplak arama ve beden çukurlarında arama İnfaz Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere beden aramasının anayasal dayanağının olmadığı ve sadece kanuni dayanağının olduğu bir noktada beden aramasının en ağır ve nitelikli hali olan çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın kanuni dayanağı dahi bulunmamaktadır. Türk hukukunda çıplak arama kanunla değil, idarenin düzenleyici bir işlemi olan yönetmelikle düzenlenmiştir<sup>76</sup>. Esasen çıplak arama gibi ağır müdahale içeren bir tedbirin esaslarının kanunla belirlenmesi gerekirdi. Çıplak arama gibi ağır bir tedbirin geçmişte Tüzük şimdi ise İnfaz Yönetmeliği'ndeki bir hükümlü uygulanması doğru değildir<sup>77</sup>. Zira Anayasa'nın 13. maddesindeki açık hüküm gereğince, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkili olan çıplak aramanın daha önce Tüzük'te ve sonradan da İnfaz

<sup>76</sup> İnci, Z. Özen: "Türkiye'nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme", Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 120, Y. 2016, s. 50.

<sup>77</sup> Özbek, Veli Özer: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021, (İnfaz), s. 227.

Yönetmeliği'nde düzenlenmesi Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. İnfazın kanuniliği ilkesi gereğince de infaz sürecindeki hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin de Kanun'la yapılması gerekmektedir. İdarenin infaz sürecinde düzenleyici işlemleriyle hükümlü ve tutukluların bedenlerine müdahale edilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır. Ayrıca, daha önce Tüzük'te ve sonradan çıkarılan İnfaz Yönetmeliği'nde çıplak arama yapılabilmesi için öngörülen şartlar, temel haklara müdahaleyi yoruma dayalı olarak genişletmeye de müsait niteliktedir<sup>78</sup>.

Diğer taraftan Anayasa 124. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartı ile yönetmelik çıkartılabilir. Ayrıca olağan hukuk düzeninde arama ve el koyma tedbirleri bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamaz. Dolayısıyla çıplak aramaya ilişkin Anayasa ve yasa hükmü bulunmadan doğrudan yönetmelik hükmü ile bu tedbirin düzenlenmesi hukuka aykırıdır<sup>79</sup>.

İnsan onuruna ve vücut bütünlüğüne doğrudan yapılan bu müdahalenin hangi koşullarda ve kimler tarafından yapılacağıın kanunla belirlenmesi hak ihlallerini ve keyfiligi engellemede önemli role sahip olacaktır. Yapılacak düzenlemede ise istisnai olarak uygulanacak çıplak aramanın her halükarda beden çukurlarında yapılacak arama da dâhil olmak üzere yalnızca kurum tabibi tarafından yapılması esası getirilmelidir.

Çıplak aramanın esaslarına ilişkin olarak her ne kadar İnfaz Yönetmeliği'nde hükümler olsa da uygulamada bu hükümlerin de esasen yetersiz ve aleyhe yorumlandığı bireysel başvuru kararlarından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hükümlünün temel hak ve özgürlüklerinin korunması, arama tedbirinin keyfi uygulanmasının önüne geçilmesi için, arama tedbirinde hukuki belirlilik ilkesine uyularak, tedbirin sınırlarının çizilmesi gerekmektedir<sup>80</sup>. Bunun içinde öncelikle cezaevlerinde hükümlü ve tutuklunun genel aramasının ve özellikle çıplak arama hususunun kanunda ayrıntılı düzenlenmesi, koşullarının somut olarak belirlenmesi ve buna uygun olarak alt mevzuat düzenlemelerinin yapılması gerekmektedir<sup>81</sup>.

Dolayısıyla insan onurunu rencide edebilen, onun vücut dokunulmazlığını ihlal eden, utanma duygusunu rencide eden “çıplak

<sup>78</sup> İnci, s. 70.

<sup>79</sup> Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

<sup>80</sup> Çöpoğlu, s. 157.

<sup>81</sup> Özbek, (İnfaz), s. 227; Şahin, Merve: Önleme Araması, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2021, s. 35.

*arama ve beden çukurlarında arama*” konusunda Anayasa dayanağına sahip, önleyici, güvenlik ve delil elde etme bakımından ayrıntılı şekil ve şartları taşıyan, kimin, ne kadar yetkili olduğunu ve bu konuda takdir yetkisini kullanabileceğini gösteren kanuni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. İnfazın kanuniliği ilkesi gereğince infaz sürecinde temel haklara bu kadar ağır bir müdahale içeren bir tedbirin Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yayımlanan bir yönetmelik hükmü ile getirilmesi hukuka aykırıdır. Burada yapılması gereken başta Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında ve 5275 sayılı Kanun’un 36. maddesinin birinci fıkrasında mutlaka “*beden aramasına*” imkân veren bir değişikliğin yapılması gerekmektedir<sup>82</sup>.

### **ÇIPLAK ARAMA KAVRAMININ YÖNETMELİK DEĞİŞİKLİĞİ İLE DETAYLI ARAMA KAVRAMIYLA DEĞİŞTİRİLMESİ**

Cezaevlerinde aramalarda yaşanan hak ihlalleri ve buna karşı oluşan tepkiler neticesinde İnsan Hakları Eylem Planında (İHEP) yer alan hedefler ve yargı reformu kapsamında ‘Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik’te değişiklik yapıldı. 12/11/2021 tarihli Resmi Gazetenin 31657 sayısında yayınlanan 4773 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle İnfaz Yönetmeliği’nde yapılan değişiklikler kapsamında hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumlarına ilk girişlerinde yapılan arama işlemlerine düzenleme getirildi. Adalet Bakanlığı tarafından yapılan basın açıklamasında “*Hükümlü ve tutuklulara ilk kabulde şüphe üzerine yapılan ve yönetmelikte ‘çıplak arama’ olarak isimlendirilen uygulamaya son verildi*”<sup>83</sup> demek suretiyle hak ihlallerinin kaynağı olan çıplak arama uygulamasının kaldırıldığı belirtilmiştir.

İnfaz Yönetmeliği’nin 34. maddesinde yapılan bir diğer önemli değişiklik ise maddenin dokuzuncu fıkrasında yer alan “*Arama ve sayımlar sırasında insan onuruna saygı esastır.*” hükmü, “*Arama ve sayımlar sırasında insan onuru ve haysiyetine saygı ile utanma duygusunun ihlal edilmemesi esastır. Bu kapsamda gerekli her türlü tedbir alınır.*” şeklinde değiştirilmesidir.

Yine İnfaz Yönetmeliği’nin önceki halinde yapılan çıplak aramanın tutanağa bağlanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı sadece aramanın Yönetmeliğin 34. maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde “*Çıplak arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir*” hükmü yer

<sup>82</sup> Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

<sup>83</sup> “İnfaz Yönetmeliği, Yargı Reformu Ve İnsan Hakları Eylem Planı Hedefleri Çerçevesinde Yenilendi”, <https://basin.adalet.gov.tr/infaz-yonetmeliği-yargı-reformu-ve-insan-haklari-eylem-planı-hedefleri-cercevesinde-yenilendi>, İET:30/11/2021.

almaktaydı. Yapılan değişiklikle “*Detaylı arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir ve işlem tutanağa bağlanır, tutanakta arama yapan görevliler ile hükümlünün imzası bulunur. Hükümlünün imzadan kaçınması hâlinde bu durum tutanağa geçirilir.*” hükmü getirilmiştir. Böylelikle çıplak veya Yönetmelik’teki yeni adıyla detaylı arama yapılması halinde bunun tutanağa bağlanması zorunluluğu getirilmiştir.

Yönetmelik değişikliği ile getirilen ve uygulamada riayet edilmesi hâlinde keyfi çıplak aramaların önüne geçecek nitelikteki husus maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesine “*bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda*” cümlesinin eklenmesidir. Getirilen bu düzenleme ile birlikte çıplak veya detaylı arama istisnai ve son çare olarak başvurulabilecek bir arama yöntemidir.

Yapılan değişiklikler incelendiğinde esasen çıplak arama kaldırılmamış, sadece isim değişikliğine uğramıştır. Yönetmelik’te getirilen yeni düzenlemeyle “*çıplak arama*” ibaresi mevzuattan tamamen çıkarılırken, bu işlemler “*detaylı arama*” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Yönetmelik değişikliği ile “*çıplak arama*” kavramı “*detaylı arama*” olarak değiştirilmiş ise de çıplak aramanın içerik, kapsam ve uygulanma yöntemine yönelik herhangi bir değişiklik yapılmamış ve kişinin bedeninin çıplak aranması esas alınmıştır. Yönetmelik’te sadece isim değişikliğine gidilmiştir.

Burada uygulamanın adının çıplak arama veya detaylı arama olmasından ziyade önemli olan aramanın AİHS ve Anayasa’da güvence altına alınan temel haklara ve yasal koşullara uygun olması ve koşullarının varlığının objektif olarak tespit edilip denetlenebilmesidir. Uygulamada çıplak aramanın hukuka aykırı aramaya dönüşmesinin sebebi uygulamanın adının “*çıplak arama*” olması değil aramanın keyfi, gereksiz, insan onurunu rencide edecek tarzda genelleştirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla detaylı arama olarak isim değişse de uygulanma koşullarına uygun hareket edilmesi ve temel insan haklarına uygun yapılmaması halinde “*detaylı arama*” yine hukuksuz aramaya dönüşecektir.

## **ÇIPLAK ARAMADA MAKUL VE CİDDİ EMARE ZORUNLULUĞU**

### ***Makul ve Ciddi Emarelerin Varlığı***

Çıplak arama kişinin vücut bütünlüğüne ve özel yaşam alanına yönelik ciddi bir müdahaleyi barındıran bir tedbir olması nedeniyle bu tedbire ancak makul ve ciddi emarelerin varlığı halinde başvurulabilir. İnfaz Yönetmeliği’nin “*Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım*” kenar başlıklı 34.

maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki düzenleme uyarınca hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı halinde ancak çıplak arama yapılabilir. Esasen çıplak arama gibi ağır bir tedbire kurum en üst amirinin yani idari bir makamın karar vermesi ve tedbire başvurulabilmesi için “*makul ve ciddi emare*” gibi belirsiz bir kriterin yeterli kabul edilmesi yerinde değildir. Diğer bir ifade ile “*makul ve ciddi emare*” kriteri yetersiz bir kriterdir. Zira 5271 sayılı Kanun’un “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*” kenar başlıklı 75. maddesinde beden muayenesi için ciddi koşullar öngörmüştür. Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde daha sonra hâkim onayına sunulmak koşuluyla Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Ancak cezaevlerinde yapılacak çıplak arama için kurum amirinin takdirinin yeterli görülmesi yerinde değildir. Kişinin hükümlü olması bu tür ağır müdahalelere açık hale gelmesi sonucunu doğurmamalıdır. Bu gibi ağır tedbirler bakımından daha katı kuralların getirilmesi gerekmektedir. Hükümlü her tür tedbire maruz bırakılabilecek bir obje hâline getirilemez. Dolayısıyla hakkın özüne zarar verecek ve orantısız müdahalelerin yapılmasına imkân tanıyacak bu tip düzenlemeler yerinde düzenlemeler değildir<sup>84</sup>.

İnfaz Yönetmeliği’ndeki düzenlemeye göre çıplak arama ancak; hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde yapılabilir. Bunun dışında makul ve ciddi emareler yoksa çıplak aramanın yapılması mümkün değildir. Makul ve ciddi emarelerin neler olduğunun hukuki bir gerekçeyle ortaya konulması gerekmektedir. Bu noktada genel geçer, basmakalıp ve mevzuatta yazılı sözlerin tekrarından ibaret gerekçelerden ziyade çıplak aramanın yapılmasının hukuki ve fiili yönden haklı olup olmadığını ortaya koyan gerekçeye ihtiyaç vardır<sup>85</sup>.

Aynı şekilde cezaevlerinde rutin olarak yapılan soyut şekil ve şartları kanunda gösterilen güvenlik ve önleyici maksatlı genel aramalarda ise; kanun ve yönetmeliğin öngördüğü şekil ve şartlara bağlı kalmak suretiyle

<sup>84</sup> Özbek, (İnfaz), s. 227.

<sup>85</sup> Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.  
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

arama yapılmalı, yetki kötüye kullanılmamalı ve ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi gerekmektedir.

Burada soyut bir kavram olması nedeniyle hakkaniyete uygun yorumlanması gereken temel kavram “*makul ve ciddi emarelerin varlığı*” kavramıdır. Her ne kadar yönetmelik metninde “emare” kullanılmış ise de bunun makul şüpheye destekleyecek nitelikte delil olarak anlaşılması gerekir. Makul şüphe ise; somut olayda çıplak aramanın vücudun tümünde veya bir kısmında yapılabilmesi için aramayı haklı kılabilecek mantıklı, akla uygun ve gerekli bir sebebin ortaya çıkmasını ifade etmektedir. Burada şüphe üzerine çıplak aramayı yapacak görevlinin o somut olayda çıplak aramayı gerçekleştirmesi için makul, yani mantıklı, akla uygun ve gerekli şüpheye mesleki tecrübesi ve bilgisi ile ulaşması gerekmektedir. Burada keyfi bir değerlendirmeden ziyade olaydan kaynaklanan ve çıplak aramanın yapılması gereğinin net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir<sup>86</sup>.

Diğer taraftan cezaevleri, kişilerin mahremiyet beklentisinin az olduğu ve özel hayatın gizliliğinin muhafazası imkânının da sınırlı olduğu yerler olduğundan yapılacak bir aramanın makul bir sebebinin olması gerekmektedir. Burada neyin makul olduğuna karar vermek noktasında aramanın yapılma zarureti ile kişinin sahip olduğu sınırlı hakların ihlali arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir<sup>87</sup>. Mahpusların ve cezaevi çalışanlarının güvenliği bakımından arama bir gereklilik olmakla birlikte bir noktada mahpusların evi konumuna gelen bir kurumda mahpusların da özel hayata saygı ve mahremiyet beklentilerinin olması çok doğaldır. Dolayısıyla güvenlik ve mahremiyet arasında bir dengenin kurulabilmesi bakımından bir arama gerekiyorsa bunun için özel ve makul bir sebebin bulunması gerekir<sup>88</sup>.

Öte yandan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde makul şüphe “*hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe*” şeklinde tanımlanmıştır. Düzenleme uyarınca makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenmelidir. Burada somut olaylara dayalı bir şüphe durumu vardır. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması zorunludur. Arama

<sup>86</sup> Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

<sup>87</sup> Boston/Manville, s. 280-281.

<sup>88</sup> Ohlin, s. 296.

sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.

Esasen hak ihlallerinin olmaması bakımından bu kavramların AİHM'nin belirlediği kıstaslar çerçevesinde yorumlanması ve buna göre uygulama geliştirilmesi gerekir. Hükümlünün mahkûm olduğu suç türü tek başına çıplak arama için yeterli bir gerekçe değildir. Bunun haricinde hükümlünün kuruma sokulması veya kurumda bulundurulması yasak madde veya eşya bulundurduğuna dair kurum görevlilerince ulaşılmış delillere ihtiyaç vardır. Her ne kadar Yönetmelik burada “*emare*” kavramından bahsetmiş ise de düzenlemede ayrıca “*makul ve ciddi*” ifadelerine de yer verildiği dikkate alındığında burada çıplak arama gibi bir tedbiri uygulamak için makul bir delil gerektiği tartışmasızdır. Somut bir olaya dayalı hiçbir veri olmadan “*idari takdirle*” bu aramanın yapılması hukuka aykırı olacaktır. Hiçbir somut delil olmadan kuruma girmesi yasak olan bir eşya için insan onurunun ve bedeninin bu kadar ağır bir müdahaleye maruz bırakılması “*hukuka aykırı arama*” sonucunu ve sorumluluğunu doğuracaktır<sup>89</sup>.

### ***AİHM’ye göre Cezaevinde Arama İçin “Makul Ve Ciddi Emarenin” Varlığını Ortaya Koyan Bir Gerekçenin Bulunması Zorunluluğu***

AİHM’ye göre çıplak aramanın gerçekleştirilme şekli, küçük düşürme ve itibarı azaltma amacıyla olma ihtimali dikkate alındığında ve buna yönelik hiçbir gerekçenin bulunmaması durumunda yapılan arama aşağılayıcı muamele anlamına gelebilir<sup>90</sup>. AİHM **Iwańczuk/Polonya Kararında** çıplak aramanın koşullarına ve özellikle makul bir gerekçenin varlığına vurgu yapmıştır. Kararda başvurucu, tutukluluğu sırasında 1993 yılı parlamento seçimlerinde oy kullanmak için izin istemiştir. Gardiyanlar buna izin verileceğini, fakat önce soyunup aranması gerektiğini söylemişlerdir. Başvuran, iç çamaşırları haricinde soyunmuştur. Bu sırada gardiyanlar kendisiyle alay etmiş, vücuduyla ilgili aşağılayıcı hareketlerde ve sözlü tacizde bulunmuşlardır. Görevliler tarafından iç çamaşırlarını da çıkartarak çırılçıplak soyunması emredilmiş, ancak kendisi bunu reddedince, oy kullanmasına izin verilmeksizin koğuşuna geri gönderilmiştir. Mahkeme, bu davranışların, aşağılayıcı muamele teşkil ederek, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlaline yol açtığını değerlendirmiştir.

Mahkemeye göre başvurucunun tutukluluğu süresince uysal bir tutum içerisinde olması, şiddet içeren bir suçtan yargılanmamış olması, sabıka kaydının bulunmaması ve şiddete başvuracağından endişelenilmesini

<sup>89</sup> Aras/Güverçin, s. 561.

<sup>90</sup> AİHM Valašinas/Litvanya Kararı, Başvuru No: 44558/98, K. T: 24/7/2001, Prg. 117.

gerektirecek makul bir gerekçenin bulunmaması göz önüne alındığında, başvuranın güvenlik gerekçesi kapsamında gardiyanlar önünde çıplak soyunmasını gerektirecek herhangi bir haklı neden bulunmamaktadır. Mevcut davada da olduğu gibi, kişide aşağılanma duygularını uyandırabilecek davranışlar, kişinin insanlık onuruna saygı gösterilmediğini ortaya koymaktadır.

Benzer şekilde, AİHM **DejnekJ/Polonya Kararında**<sup>91</sup> aramanın ilgili yerel düzenleyici çerçeveye uygun olarak yürütülmesi ve küçük düşürücü veya itibarı azaltıcı muameleye ilişkin hiçbir unsur içermemesi nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme yerel düzeyde üst aramaları veya çıplak aramalar için bir gerekçe sağlanamamasının Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bir tedbirin 3. madde kapsamındaki muameleye uymadığı hallerde, bunun özel hayata saygının bir parçası olarak, diğerlerinin yanı sıra, kişinin fiziksel ve ahlaki bütünlüğünü koruyan Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal edebileceğine karar vermiştir. Çıplak aramaya tabi olma gerekliliği, genellikle 8. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, burada sıralanan meşru amaçlardan biri veya daha fazlası bakımından “*hukuka uygun*” ve “*demokratik bir toplumda gerekli*” olarak gerekçelendirilmesi gereken bir müdahale teşkil edecektir. Mahkeme yerleşik içtihadında, gereklilik kavramının, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini ve özellikle de izlenen meşru amaç ile orantılı olduğunu belirtmektedir<sup>92</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, bu tür aramalar genellikle, makul bir sebep olmaksızın aramaları yasaklayan Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Ek Dördüncü Değişikliğine göre yürütülmektedir. Bu noktada **Bell v. Wolfish Davası** emsal bir davadır. ABD Yüksek Mahkemesi davaya ilişkin kararında, beden çukurlarında arama yapmak için bir makul gerekçe standardı oluşturmuştur. Somut güvenlik endişeleri de makul gerekçeler arasında belirtilmiştir<sup>93</sup>.

Görüldüğü üzere çıplak arama uygulaması, belirli hallerde cezaevi güvenliğinin temini veya cezaevinde kargaşanın önlenmesi adına gerekli olabilmekle birlikte, bu işlemin makul ve ciddi emarelere dayanan haklı ve

<sup>91</sup> AİHM DejnekJ/Polonya Kararı, Başvuru No: 9635/13, K. T:01/06/2017, Prg. 61-66 / 75-76.

<sup>92</sup> AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:12350/04, K. T:26/09/2006, Prg. 43.

<sup>93</sup> U. S. Supreme Court, Bell v. Wolfish, 441 U. S. 520 (14/05/1979), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/520/> İET: 24/01/2022.



somut olaylara dayalı gerekçelerle yapılması gerekir. Cezaevinde uysal bir tutum içerisinde olan, cezaevi personeline ve diğer hükümlülere yönelik saldırgan bir eylemi olmayan, şiddet içeren bir suçtan yargılanmamış olan, hükümlü olduğu suç dışında sabıka kaydı bulunmayan ve şiddete başvuracağından veya içeriye yasak madde sokmaya çalışacağından şüphelenilmesini gerektirecek makul bir gerekçe bulunmayan bir hükümlünün güvenlik gerekçesiyle çıplak aranması hukuka aykırı olacaktır.

## **ÇIPLAK ARAMANIN İSTİSNAİ VE SON ÇARE OLARAK BAŞVURULABİLEN BİR TEDBİR OLMASI**

### ***Çıplak Aramada İstisnai ve Son Çare Prensibi***

Çıplak arama tedbirinin konusu kişinin vücut bütünlüğü ve özel yaşam alanı olduğundan ancak istisnai ve son çare olarak uygulanabilecek bir tedbirdir. Bundan dolayı cezaevinin güvenliğinin, disiplininin ve düzeninin başka şekilde temini mümkünse veya aramaya konu suç şüphesinin başka yollarla giderilmesi mümkün ise çıplak arama yapılamaz. Çıplak aramanın istisnai ve son çare olarak başvurulabilecek bir tedbir olduğu 12 Kasım 2021 tarihli Yönetmelik değişikliği ile özellikle vurgulanmış ve bu yönde özel düzenleme getirilmiştir. Yönetmelik'te yapılan değişiklikle İnfaz Yönetmeliği'nin 34. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine “*“bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda”* ibaresi eklenmiştir. Yönetmelik'teki düzenleme dikkate alındığında esasen bir tehlikenin önlenmesi bağlamında istisnai bir arama olan çıplak aramada temel amaç, hükümlü ve tutukluların kurum içinde kendilerine veya diğer hükümlü ve tutuklulara ya da infaz koruma memurlarına zarar verecek kesici ve delici aletlerin sokulmasını, bulundurulmasını veya suç oluşturacak uyuşturucu gibi maddelerin kurum içerisine girmesini engelleme suretiyle kurum güvenliğini sağlamaktır<sup>94</sup>.

Yönetmelik'teki hüküm uyarınca “*çıplak arama*” istisnai bir uygulamadır. Bu uygulamanın cezaevine kabullerde, kurum içinde veya kurum dışına her giriş çıkışta rutin bir uygulama haline getirilmesi hak ihlali doğuracaktır. Buradaki kurum ve kişilerin güvenliğinin sağlanması ile yasak eşyanın içeriye alınmasının önlenmesi başka surette mümkün ise çıplak arama yapılamaz. Yönetmelik değişikliği ile getirilen ve uygulamada riayet edilmesi hâlinde keyfi çıplak aramaların önüne geçecek nitelikteki bu

<sup>94</sup> Çalışkan, Suat: “*Çıplak Arama*”, <https://www.hukukihaber.net/ciplak-arama-makale,8481.html>, İET: 21/01/2022.

düzenleme ile birlikte çıplak veya detaylı arama istisnai ve son çare olarak başvurulabilecek bir arama yöntemi olduğu hüküm altına alınmıştır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 15.12.2015 tarihli **Turan Günana Kararında**<sup>95</sup> hükümlünün ceza infaz kurumuna kabulü sırasında çıplak kalacak şekilde aranmak istenmesi ve başvuranın karşı çıkması üzerine zor kullanılarak başvuruçunun çıplak aranmasını, çıplak arama tedbirine rutin bir şekilde başvurulmasını, bu tedbire maruz kaldıktan sonra bireyin kapalı bir yerde tutulmasını Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

### ***AİHM'ye Göre Çıplak Arama Güvenlik Ve Zorunluluk Durumunda Başvurulabilen İstisnai Bir Tedbir Olması***

Çıplak aramanın istisnai ve son çare olarak başvurulabilen bir tedbir olduğu AİHM kararlarında da vurgulanan bir husustur. Nitekim AİHM'nin **Van der Ven/Hollanda Kararında**<sup>96</sup>; çıplak arama yöntemine ancak güvenlik ve zorunluluk durumunda başvurulabileceği, sık sık (haftada bir) yapılacak bu uygulamanın üzüntü ve aşağılama duygusunu artıracığı, bu yönüyle güvenlik açısından zorunluluk olmadıkça sık sık bu tür tedbire başvurulmaması gerektiği, günümüzde teknolojinin gelişmiş olduğu da göz önüne alınırsa, bu konuda alternatif tekniklere ve yollara başvurulmasının kişilik haklarına daha uygun olacağı vurgulanmıştır. Zorunlu olmadıkça bu tür uygulamalara başvurulmaması ilke olarak benimsenmektedir. AİHM kararları doğrultusunda aramanın çıplak yapılması halinde, bunun AİHS'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilme olasılığı da dikkate alınarak, aramanın yapıldığı alanların görüntülerinin incelenmesi de dâhil olmak üzere detaylı araştırma yapılması gerekmektedir<sup>97</sup>. Çıplak aramaya tabi olma gerekliliği, genellikle, AİHS'nin 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, burada sıralanan meşru amaçlardan biri veya daha fazlası bakımından "*hukuka uygun*" ve "*demokratik bir toplumda gerekli*" olarak gerekçelendirilmesine bağlıdır. Yerleşik içtihadı göre, gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini ve özellikle de

<sup>95</sup> AYM Turan Günana Kararı, Başvuru No: 2013/5545, K. T: 15. 12. 2015.

<sup>96</sup> AİHM Van der Ven/Hollanda Kararı, Başvuru No:50901/99, K. T. 04/02/2003.

<sup>97</sup> Türkiye İnsan Hakları Kurumu: 01. 01. 2014 Tarihinde Sincan Cezaevinde Meydana Gelen Olaylarla İlgili İnceleme Raporu, Rapor No: 2014/02, Rapor Tarihi: 10. 07. 2014, <http://www.tihk.gov.tr/tr/duyuru-ve-haberler/haberler/01012014-tarihinde-sincan-cezaevinde-meydana-gelen-olaylarla-ilgili-inceleme-raporu-yayinlandi/73>, (Sincan Raporu), s. 71.

izlenen meşru amaç ile orantılı olduğunu amaçlamaktadır<sup>98</sup>. Mahkemenin belirlediği bu gereklilik ve zorunluluk halinin karşılanamaması halinde çıplak arama haksız ve usulsüz arama niteliği kazanacaktır.

Çıplak arama somut delillere dayalı bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla başvuru istisnai ve önleyici bir tedbir olduğundan cezaevinin güvenliğinin sağlanması için başvurulabilecek rutin ve genel bir uygulama haline getirilemez. Bu bağlamda AİHM **Frérot /Fransa Kararında**<sup>99</sup> rutin ve genel bir uygulama haline getirilen çıplak arama uygulamasına ilişkin ihlal kararı vermiş ve önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkemenin kararına konu olayda başvuru, aşırı solcu bir silahlı örgütün eski üyesi olup, adam öldürme ve silahlı soygun gibi birtakım suçlardan mahkûm edildiği müebbet hapis cezasının infazı sürecinde, 1994-1996 seneleri arasında tutulduğu Frenses cezaevinde her ziyaret sonrasında çıplak aramaya tabi tutulmuştur. Bu uygulamayı reddettiğinde ise disiplin hüccesine konmuştur. Mahkeme, başvuranın çıplak aramaya tabi tutulmasının, güvenliğin temin edilmesi ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla gerçekleştirildiğini kabul etmekle birlikte, arama usulünün bir cezaevinden diğere değişiklik göstermesi karşısında hayrete düşmüştür. Başvuranın yalnızca Frenses cezaevinde anal incelemeye tabi olması istenmiştir. Söz konusu cezaevinde, ziyaret odasından dönen her mahkûmun mahrem yerlerinde madde veya nesne saklayabilecekleri düşüncesi hâkim olmuştur. Mahkeme bu nedenle, ilgili mahkûmların keyfi tedbirlere tabi tutuldukları hissine kapılmış olabileceklerini değerlendirmiştir. Zira arama usulü bir genelgeye dayandırılmış olup, bu doğrultuda cezaevi müdürüne geniş takdir hakkı tanınmıştır. Mahkeme bu gerekçelerle Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme bu tedbirin herhangi bir uyarı olmaksızın, başvuru görüşme odasından ayrıldığında veya kurumdan her çıkışta ve geri dönüşte gerçekleştirilmesini, arama sırasında kişinin eğilip öksürmesi istenilerek, anüs bölgesinde de arama yapılmasını, arama tedbirlerinin hapis haneden hapis haneye değişmesini ve gerçekleştirilen her arama işleminin hükümlünün yasaklı bir cisim veya maddeyi sakladığına ilişkin olamayacağını değerlendirmiş ve bunları da ihlal gerekçesi olarak kararında belirtmiştir.

<sup>98</sup> AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:12350/04, K. T: 26/09/ 2006, Prg. 43.

<sup>99</sup> AİHM Frérot /Fransa Kararı, Başvuru No:70204/01, K. T: 12/06/2007.

Diğer taraftan burada hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığına rağmen başka bir şekilde bu madde veya eşyanın tespiti mümkünse çıplak arama yapılamaz. Yani çıplak arama son çare olarak başvurulacak bir yöntemdir. Mesela hükümlünün beden çukurunda bir madde gizlediğine ilişkin makul ve ciddi emarelerin bulunması halinde cezaevinde X-Ray cihazı kullanılarak bunun tespiti mümkün ise öncelikle X-Ray cihazının kullanılması gerekir. Bunun gibi teknolojinin bu konudaki getirmiş olduğu yeni uygulamalar cezaevlerinde kullanılabilir.

## **ÇIPLAK ARAMANIN TUTANAĞA BAĞLANMASI ZORUNLULUĞU**

### ***İdari Ve Hukuki Denetim Bakımından Tutanak Zorunluluğu***

Yukarıda da vurgulandığı üzere çıplak arama, somut delillere dayalı bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla başvuru istisnai ve önleyici bir tedbir olmalıdır. Çıplak aramanın yapılması için makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması ve kurum en üst amirinin bunu gerekli görmesi gerekir. Bu koşullar dışında çıplak arama yapılamaz.

Çıplak aramaya yönelik idari ve hukuki denetimin yapılabilmesi ve keyfiliğin önlenmesi bakımından çıplak arama kararı veren kurum en üst amirinin makul ve ciddi emarelerin neler olduğunu ve neden başka suretle bunun tespitinin olanaksız olduğunu somut gerekçeleriyle tutanağa bağlaması gerekmektedir. Aynı şekilde çıplak arama yapılması üzerine çıplak aramanın yapılmasına ilişkin işlemler, nerede, ne zaman, kimler vasıtasıyla yapıldığı, varsa aramada ele geçirilen eşyanın neler olduğu gibi hususların ayrıntılı olarak tutanağa bağlanması ve tutanağın imza altına alınması gerekir.

Diğer taraftan 12/11/2021 tarihli İnfaz Yönetmeliği değişikliği öncesinde yapılan çıplak aramanın tutanağa bağlanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı sadece aramanın Yönetmeliğin 34. maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde “*Çıplak arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir*” hükmü yer almaktaydı. Yapılan değişiklikle “*Detaylı arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir ve işlem tutanağa bağlanır, tutanakta arama yapan görevliler ile hükümlünün imzası bulunur. Hükümlünün imzadan kaçınması hâlinde bu durum tutanağa geçirilir.*” hükmü getirilmiştir. Böylelikle çıplak arama yapılması halinde bunun tutanağa bağlanması zorunluluğu getirilmiştir.

### ***Çıplak Arama Kararı ve Gerekçesinin Tutanağa Bağlanması Zorunluluğu***

Yönetmelik'teki düzenleme ve çıplak aramanın oluşturduğu ağır müdahale dikkate alındığında çıplak aramayı gerektiren ağır ve ciddi emarelerin varlığı ve şüphenin başka yollarla giderilmesinin mümkün olmaması koşullarının bulunması halinde bu konuda ceza infaz kurumu en üst amirinin çıplak aramaya karar verme yetkisi vardır. Bu noktada yukarıda da izah edildiği üzere çıplak aramanın keyfi ve genel bir uygulama haline gelmemesi bakımından kurum en üst amirinin çıplak aramaya ilişkin kararının da yazılı olarak hazırlanması ve çıplak aramayı haklı kılan gerekçenin de bu karar işlenmesi gerekir. Diğer bir ifade ile çıplak arama öncesi kurum en üst amirinin çıplak aramaya ilişkin kararının da yazılı hale getirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kurum en üst amirinin çıplak aramaya ilişkin kararının gerekçesinin çıplak arama öncesi hazırlanacak ilk tutanakta belirtilmesi ve en üst amirin de bunu imzalaması gerekir. Çıplak arama işleminin tamamlanması sonrasında da bu işlemin tutanağa bağlanıp imza altına alınması gerekmektedir. Bu noktada Yönetmelik değişikliği eksik niteliktedir.

### **ÇIPLAK ARAMANIN YAPILMA ESASLARI**

Cezaevi düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve hükümlülerin cezaevinde suç işlemelerinin önlenmesi bakımından cezaevi koşullarının ve hükümlülerin aranmasının zorunluluk arz ettiği durumlarda bu çıplak aramanın Kanun ve Yönetmelik'te belirlenen ilke ve esaslar çerçevesinde yapılması gerekir<sup>100</sup>. Çıplak aramanın nasıl yapılacağı İnfaz Yönetmeliği'nin "Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım" kenar başlıklı 34. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Yönetmelik'te yapılan değişikliklerle birlikte hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı, bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, çıplak olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir:

- Çıplak arama, hükümlünün onuru ve haysiyetine saygılı ve utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde ve kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

<sup>100</sup> Aras/Güverçin, s. 560.

- Arama sırasında önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır, bedenin alt kısmındaki giysiler üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler de mutlaka aranır.
- Yönetmelik değişikliği ile arama sırasında hükümlüye tek kullanımlık giyim önlüğü verilmesi ve aramada görevlinin eldiven kullanılması zorunludur.
- Çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.
- Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir.
- Çıplak olarak arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir ve yapılan çıplak arama derhal tutanağa bağlanır.

Bunun haricinde beden ve üst aramalarının aynı cinsiyetten güvenlik ve gözetim görevlileri tarafından yapılması zorunludur. 5275 sayılı Kanun'un 116 ve Yönetmeliğin 141'inci maddeleri gereğince, tutuklular da gerekli şartların varlığı halinde çıplak aranabilir.

Yönetmelik'teki düzenleme dikkate alındığında esasen bir tehlikenin önlenmesi bağlamında istisnai bir önleme araması niteliğinde olan çıplak aramada temel amaç, hükümlü ve tutukluların kurum içinde kendilerine veya diğer hükümlü ve tutuklulara ya da infaz koruma memurlarına zarar verecek kesici ve delici aletlerin sokulmasını, bulundurulmasını veya suç oluşturacak uyuşturucu gibi maddelerin kurum içerisine girmesini engellemek suretiyle kurum güvenliğini sağlamaktır<sup>101</sup>. Ancak Yönetmelik'te de vurgulandığı üzere başka şekilde bunun temini mümkün ise çıplak arama yapılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çıplak arama ile ilgili başvuruları Sözleşme'nin 3 ve 8. maddeleri çerçevesinde değerlendirmektedir. Mahkeme cezaevi güvenliğini sağlamak ve cezaevinde kargaşa çıkmasını önlemek için bazı durumlarda çıplak aramanın gerekli olabileceğini ancak aramanın uygun şekilde yapılması gerektiğini kararlarında ifade etmektedir.

Yargıtay da, kararlarında kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı

<sup>101</sup> Çalışkan, Suat: Çıplak Arama, <https://www.hukukihaber.net/ciplak-arama-makale,8481.html>, İET: 21/01/2022.  
YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)

şartının nasıl oluştuğunu, çıplak aramanın gerekli olup olmadığı hususunun araştırılması gerektiğini ve varlığı halinde haksız fiil niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>102</sup>.

Görüldüğü üzere istisnai ve son çare olarak yapılacak çıplak aramada kişinin onurunun rencide olmaması ve vücut dokunulmazlığının haksız müdahalelere maruz kalmaması bakımından belirli esaslar çerçevesinde hareket edilmelidir. Bu esaslar şunlardır:

#### ***Çıplak Aramanın Bu Tedbir İçin Tahsis Edilmiş Bir Odada Yapılması***

Çıplak aramada hak ihlali oluşmaması bakımından hükümlünün utanma duygusunu ihlâl etmeyecek şekilde ve görevli dışında kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınması zorunludur. Bu bağlamda öncelikle çıplak arama açık bir alanda yapılamaz. Düzenlemede de vurgulandığı üzere görevliler haricinde kimsenin görmeyeceği bir mekânda çıplak aramanın yapılması gerekir. Diğer bir ifade ile tutuklu ve hükümlünün utanma duygusunu ihlâl etmeyecek ve dışarıdan içerinin görünmeyeceği şekilde, sadece aramalar için tahsis edilmiş bir odada çıplak aramanın yapılması gerekir.

#### ***Beden Çukurlarındaki Aramanın Yalnızca Doktor Tarafından Yapılması***

Çıplak aramada bir diğer önemli kural kişinin bedenine dokunulamamasıdır. Çıplak arama niteliği itibariyle kişinin beden bütünlüğünü ihlal eden bir tedbir olması nedeniyle zorunlu ve son çare olarak uygulanacak bir tedbir olsa da bu tedbirin uygulanması sırasında beden muayenesi yapılmasının gerekmesi halinde kurum personelinin bu işlemi yapması mümkün değildir. Beden çukurlarındaki arama, ancak cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir. Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Buna

<sup>102</sup> "...Ankara Kadın Kapalı Cezaevinde hükümlü olarak bulunan sanığın İstanbul Adli Tıp Kurumuna yüksek güvenlikli araçla ve gözetim altında götürülerek, rapor alınması yönünden işlemleri tamamlandıktan sonra kuruma geri getirildiği sırada çıplak arama yapılmak istendiğinin anlaşılması karşısında Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 46/2. maddesinde yer alan düzenleme gözetilerek üzerinde kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı şartının nasıl oluştuğu, ayrıca sanığın dövülerek kötü muameleye maruz kaldığı şeklindeki savunması ve çıplak aramanın gerekli olup olmadığı, sanık yönünden haksız bir fiil niteliği taşıyıp taşımadığı üzerinde durularak hakkında TCK'nın 29 ve 129. maddelerinin uygulanması gerekip gerekmediğinin karar yerinde tartışılmaması...5. CD, 2012/16248 E. , 2014/3268 K. , 24. 03. 2014 T.:"

rağmen sorun çözülemezse beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilecektir. Görüldüğü üzere cezaevi personelinin beden çukurlarında arama yapma yetkisi yoktur. Ayrıca çıplak aramada muhakkak eldiven kullanılması gerekir.

Avrupa Cezaevi Kuralları'nda da mahpusların beden çukurlarındaki aramaların cezaevi personeline yapılmaması ve arama esnasında, mahrem yerler ile ağız, burun ve kulak içinde yapılacak incelemelerin de sadece doktor tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde Mahkûmların Tedavisine Yönelik Gözden Geçirilmiş BM Standart Asgari Kuralları'nda, "*Vücut boşluğu aramaları sadece tutuklunun bakımından aslen sorumlu sağlık görevlileri dışındaki sağlık çalışanları veya en kötü şartlarda bir tıp uzmanı tarafından hijyen, sağlık ve güvenlik standartları ile ilgili uygun şekilde eğitilmiş bir personel tarafından yapılmalıdır*" hükmüne yer verilmiştir. Amerikan hukukunda da beden çukurlarında aramada bu konuda eğitilmiş sağlık görevlileri yetkili kılınmıştır<sup>103</sup>.

Diğer taraftan Mahkûmların Üst Aramasına İlişkin Dünya Tabipler Birliği Bildirisinde arama sürecinde güvenlik sorununun sağlık sorunundan önce geldiği noktasında bir gerekçenin ortaya çıkmaması bakımından sağlık mensuplarının mahpusun aranmasına ilişkin karar sürecine katılmaması gerektiği belirtilmiş ancak mahkûmların bu süreçte zarar görmelerini engellemek için aramanın mutlaka sağlık görevlisi tarafından yapılması gerektiği vurgulanmıştır<sup>104</sup>.

### ***Çıplak Aramanın Aynı Cinsiyetten Güvenlik ve Gözetim Görevlileri Tarafından Yapılması***

Çıplak aramada dikkat edilecek önemli noktalardan biri de aramanın aynı cinsiyetten güvenlik ve gözetim görevlileri tarafından yapılması zorunluluğudur<sup>105</sup>. Erkek hükümlünün kadın cezaevi personeli tarafından çıplak aramaya maruz bırakılması AİHM kararları ile sabit olduğu üzere onu küçük düşürme, aşağılama ve rencide etme amacı taşıdığından doğrudan hak ihlali niteliğindedir. Avrupa Cezaevi Kurallarında da hükümlülerin sadece hemcinsleri olan personel tarafından aranması gerektiği vurgulanmıştır. Nitekim AİHM **Valaşinas/Litvanya Kararında**<sup>106</sup> hırsızlık, ateşli silah bulundurma ve satma suçlarından mahkûmiyet nedeniyle cezaevinde bulunan başvuruçunun, bir akrabasının ziyareti

<sup>103</sup> Carlson/Garrett, s. 140.

<sup>104</sup> Smit, Dirk van Zvl/Snacken, Sonia: Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights, OUP Oxford, New York 2009, s. 320.

<sup>105</sup> Carlson/Garrett, s. 140.

<sup>106</sup> AİHM Valaşinas/Litvanya Kararı, Başvuru No: 44558/98, K. T: 24/7/2001.



sonrasında bir kadın infaz koruma görevlisinin önünde soyunmak zorunda bırakılması, soyunduktan sonra çömelmesinin emredilmesi ve cinsel organları ile akrabasının getirdiği yiyeceklerin eldiven giymedikleri halde gardiyanlar tarafından incelenmiş olmasını aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiş ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu şekilde arama yapılmasının başvurana karşı açık bir saygısızlık olduğunu ve bu suretle insanlık onurunun hiçe sayıldığını kararında vurgulamıştır.

Diğer taraftan aramaya tabi tutulan tutuklu veya hükümlünün işkence, eziyet, cinsel taciz gibi muamelelere maruz kalmaması veyahut bu hususta akıllarda soru işareti kalmaması yönünden de kadının bir kadın erkeğin de bir erkek tarafından aranması zorunludur. Dolayısıyla arama işlemi sırasında başka bir kamu görevine mensup bir kadın memurun arama mahallinde bulunmaması hallerinde, bu konuda gönüllü olabilecek bir kadın vatandaş tarafından işlemin gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır<sup>107</sup>.

### ***Çıplak Aramanın Zaman Kaybetmeden Derhal Tamamlanması***

Çıplak aramanın çok uzamadan ve derhal yapılıp bitirilmesi esastır. Hükümlünün çıplak aramada elbiseleri çıkarılmadan önce veya çıkarıldıktan sonra ya da çıplak arama yapılacağından bahisle gereğinden fazla bekletilmesi mevzuata ve hukuka aykırı olacaktır. Zira bu arama sürecinin uzaması çıplak arama gibi ağır bir tedbir altına sokulan hükümlüdeki yıpranmayı arttıracaktır. Dolayısıyla koşulları bulunmasına rağmen yapılan çıplak aramanın makul bir zamanda bitirilmemesi hükümlü bakımından kötü muamele ve onur kırıcı davranış niteliğinde olacağından hak ihlali doğuracaktır. Bu tarz davranış aynı zamanda dürüst işlem ilkesine de aykırı olacaktır.

### ***Hiçbir Şekilde Hükümlünün Tamamen Çıplak Aranmaması***

Çıplak aramada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise hiçbir şekilde hükümlünün tamamen çıplak aranmamasıdır. Yönetmelik'te de vurgulandığı üzere arama sırasında önce bedenin üst kısmındaki giysilerin çıkarttırılması ve bedenin alt kısmındaki giysilerin de üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılması gerekir. Ayrıca bu işlemler yapılırken hükümlüye tek kullanımlık önlük verilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi 13.10.2020 tarihli **Ahmet Uğur Yaşar Kararında**<sup>108</sup>; başvurucuya elbiselerini çıkardıktan sonra giymesi için bir

<sup>107</sup> İliki, Sedef: Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Ve Elkoyma, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2020, s. 64.

<sup>108</sup> AYM Uğur Ahmet Yaşar (2) Kararı, Başvuru No: 2017/24680, K. T: 13.10.2020.

ameliyat önlüğü verildiği, aramaya tabi tutulan kişinin utanma duygusunun ihlal edilmemesi ve aramanın insan onuruna uygun şekilde gerçekleştirilmesi yönünde uygun tedbirlerin alındığı, anılan arama biçiminin tek başına kişinin utanma duygusunu ihlal etmeyecek nitelikte olduğu anlaşıldığından tedbirin başvurucuya uygulanış biçiminin çıplak arama uygulamasının getirdiği kaçınılmaz unsurların ötesine geçmediği, başvurucunun aşağılanması ya da küçük düşmesine sebebiyet vermediği sonucuna ulaşıldığından arama tedbirinin tek başına kötü muamele teşkil etmediğine hükmetmiştir.

## **CEZAEVİ GİRİŞİNDE ZİYARETÇİLERİN ve AVUKATLARIN ARANMASI**

### **A. ZİYARETÇİLERİN ARANMASI**

Arama, hükümlüler bakımından olduğu kadar ziyaretçiler bakımından da kurum güvenliği bakımından bir gerekliliktir. Ancak burada da temel ilke aramanın orantılı yapılması ve ziyaretçinin onurunu rencide etmeden ve kötü muameleye dönüşmeden tamamlanmasıdır. Zira işkence ve kötü muamele yasağının ceza infaz kurumuna yakınlarını ziyarete gelen kişileri de kapsadığı ve kurum personelinin ziyaretçilere karşı tutumunun insan onurunu koruyacak şekilde olması gerektiği açıktır. Bu noktada Avrupa Cezaevi Kuralları'nda cezaevinin emniyet ve güvenliğinin sağlanması zorunluluğu ile ziyaretçilerin özel yaşamına saygı arasında denge kurulması gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar (Nelson Mandela Kuralları)'nın 60. maddesine göre de ziyaretçilerin aranması ve kuruma alınma prosedürleri aşağılayıcı olmamalıdır<sup>109</sup>.

Hükümlülerin ziyaretçi kabulüne ilişkin esaslar 5275 sayılı Kanun'un 83 ila 86. maddeleri ile Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yönetmelik'te düzenlenmiştir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 83. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca hükümlü, belgelendirmesi koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından haftada bir kez, zorunlu haller dışında bir daha değiştirilmemek üzere, ad ve adreslerini bildirdiği en fazla üç kişi tarafından, yarım saatten az ve bir

<sup>109</sup> Aras/Güverçin, s. 570.

buçuk <sup>110</sup> saatten fazla olmamak üzere çalışma saatleri içinde ziyaret edilebilir.

Bu kapsamda Kanun'un "*Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar*" kenar başlıklı 86. maddesinde ise kapalı ve açık ceza infaz kurumlarına ziyaret veya görüşe gelen resmî heyet ve özel kişilerin, kurum güvenliğini tehlikeye sokacak davranışlarda bulunamayacağı, kurum güvenliği için alınan ve uygulanan yasal ve idarî tedbirlerin değiştirilmesini isteyemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre de kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dâhil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal detektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır.

Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yönetmelik'in "*Ceza infaz kurumlarına girişte arama*" kenar başlıklı 6. maddesindeki düzenlemede ise Kanun'un 86. maddesi hükmüne aynen yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında elle arama yapılmasını gerektiren hallerde, kuruma giren bayanlar, bayan infaz koruma memurları veya bayan jandarma görevlileri tarafından, bu görevlilerin bulunmaması halinde, ceza infaz kurumu müdürünün istemi, Cumhuriyet başsavcısının talebi üzerine, mülki amir tarafından görevlendirilecek kadın memurlarca aranılır.

Görüldüğü üzere ziyaretçiler bakımından ziyaret esasları ve ziyaretçilerin aranma usulleri belirlenmiştir. Ancak burada uygulamada sorun oluşturan husus şüphe hâlinde detektör ve x-ray cihazların bulunmaması nedeniyle elle yapılan aramalardır. Özellikle şüphe halinde elle arama yapılmasına karar verilecekse ortada makul ve ciddi emarelerin bulunması gerekir. Her halükârda elle yapılacak aramada ziyaretçinin vücut bütünlüğüne müdahale edecek nitelikte veya onun onurunu rencide edecek şekilde arama yapılamaz. Kanun hükmünde açıkça "*elle arama*" yapılacağı belirtilmiş olup bu noktada elle aramanın dışında beden araması için çıplak arama yapılamaz.

AİHM 26.09.2006 tarihli **Wainwright/Birleşik Krallık Kararında**<sup>111</sup>, bir yakınına ziyarete giden, ancak cezaevine uyuşturucu sokmaya çalıştığı iddia edilen başvurusunun çıplak aramaya maruz kaldığı olayda,

<sup>110</sup> 25. 06. 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7328 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 83. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "bir saatten fazla" ibaresi "bir buçuk saatten fazla" şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>111</sup> AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 12350/04, K. T: 26. 09. 2006.

başvurucuya arama öncesi aramanın nasıl ve ne şekilde yapılacağını anlatan ve aramaya ilişkin onayını gerektiren formun verilmemesini ve aramanın tamamen çıplak yapılması mümkün değilken, aramanın bu şekilde yapılmasını demokratik bir toplumda gerekli olmadığından AİHS'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda ayrıca herhangi bir suç işlememiş olabilecek olan cezaevi dışındaki kişilerin uygun bir şekilde aranması için prosedürlerin düzenlendiği durumlarda, cezaevi yetkililerinin belirlenen güvencelere sıkı bir şekilde uymaları ve aranan kişilerin saygınlığına orantısız müdahale edilmemesi konusunda gerekli önlemlerin alınması gerektiği vurgulanmıştır<sup>112</sup>.

### **B. CEZAEVİ GİRİŞİNDE AVUKATLARIN ARANMASI**

5275 sayılı Kanun'un "*Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar*" kenar başlıklı 86. maddesinde ise kapalı ve açık ceza infaz kurumlarına ziyaret veya görüşe gelen resmî heyet ve özel kişilerin, kurum güvenliğini tehlikeye sokacak davranışlarda bulunamayacağı, kurum güvenliği için alınan ve uygulanan yasal ve idarî tedbirlerin değiştirilmesini istemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dâhil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal detektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır.

Uygulamada temel sıkıntıyı tutuklu veya hükümlü müvekkillerini ziyaret eden avukatlar yaşamaktadır. Bilindiği üzere 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya

<sup>112</sup> AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:12350/04, K. T:26/09/2006, Prg. 48.

görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ayrıca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz<sup>113</sup>.

Avukatların aranmasının özel hükümlere tabi tutulmasının temel gerekçesi avukatın sır saklama yükümlülüğü ve savunmanın bağımsızlığının sağlanması ile avukatlık mesleğinin icrasının hukuka uygunluğunun muhafazasıdır. Dolayısıyla avukatlar hakkındaki aramanın özel bir arama statüsünde olması, savunma ve yargı bağımsızlığını sağlayarak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşan bir durumdur<sup>114</sup>.

Bu noktada suçun adi veya görevle ilgili olup olmadığı fark etmeksizin ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hali dışında avukatların üstünün, eşyasının, aracının aranması yasaktır<sup>115</sup>. Avukatın adli aramasını öngören CMK'nın 130. maddesi yanında Avukatlık Kanunu 58. maddesi adli ve önleme aramaları konusunda herhangi bir fark gözetmediğinden avukatın aranma yasağı hem adli arama hem de önleme araması hakkında geçerlidir. Ayrıca avukatla ilgili arama yasağı; sadece elle, dıştan veya içten, elbiseye temasla, ceketini veya çantayı açtırmak veya ceplerde olanları dışarı çıkarttırmak suretiyle değil, avukatın üzerinin metal detektör, X-ray cihazı veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilmesi suretiyle aranmasını da içermektedir<sup>116</sup>. Ancak öğretilerde avukatın önleme aramasına tabi olduğu görüşü de ileri sürülmektedir<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 415 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 415; Keskin Kızıroğlu, s. 146; Şahin/Göktürk, s. 352.

<sup>114</sup> Örs, Cengiz Ozan: *“Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, Y. 2016, s. 109.

<sup>115</sup> Şen, Ersan: *“Avukat, Hakim ve Savcuların Aranması”*, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 2013, (Avukat), s. 342.

<sup>116</sup> Şen, (Avukatın Aranması), s. 342 vd.

<sup>117</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1021; Yenisey/Nuhoğlu, s. 310; Kocaoğlu, Serhat Sinan: *“Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”*, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, T. 2012, s. 51; Mahmutoğlu, Fatih Selami/Dursun, Selman: *Müdafinin Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 133; Özbek, Veli Özer/ Bacaksız, Pınar: *“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”*, Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, Y. 1, Ekim 2006, s. 155.

Diğer taraftan 5275 sayılı Kanun'un "Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar" kenar başlıklı 86. maddesi Avukatlık Kanunu'na paralel bir şekilde, avukatların da üstlerinin ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranmayacağını düzenlemiştir. Maddedeki düzenleme uyarınca duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde avukatlar ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Görüldüğü üzere elle arama yasağı olan kişilerin rıza göstermesi halinde ancak kendileri elle aranabilir<sup>118</sup>. Görüldüğü üzere burada duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde avukatların üstlerinin aranmayacağı genel kuralından ayrılmış ve avukatların ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebileceklerine yer verilmiştir<sup>119</sup>. Ancak bu elle arama hiçbir şekilde çıplak aramaya dönüşemez. Zira burada ağır cezalı suçüstü hali haricinde arama yasağına getirilen tek istisnası avukatın rızası ile elle arama yapılması halidir.

## **CEZAEVLERİNDEKİ ARAMALARIN YARGISAL DENETİMİ ve HUKUKA AYKIRI ARAMANIN SONUÇLARI**

### **ARAMANIN YARGISAL DENETİMİ SORUNU**

#### ***Genel Olarak Arama Tedbirine Karşı Kanun Yolları***

Ceza muhakemesinde arama koruma tedbiri düzenlenirken arama kararlarının denetimine ilişkin özel bir kanun yolu öngörülmediğinden, genel hükümlere göre hareket edilmesi gerekmektedir. 5271 sayılı Kanun'un 267. maddesine göre, hâkim kararı ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268/1. maddesine göre ise hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hallerde CMK'nın 35. maddesine göre, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren merciye verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşuluyla zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Bu durumda soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından verilen arama kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir. Arama kararının hâkim tarafından verilmemesi, aramanın Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin emriyle yapılması durumunda bunun denetimi, CMK 127/3 ile 127/4 kıyasen uygulanmak suretiyle yapılmalıdır. Buna göre, hâkim kararı olmaksızın yapılan arama işlemi yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını arama işleminden itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi halde

<sup>118</sup> Özkavalcı, s. 273.

<sup>119</sup> Kocaoğlu, s. 53.

arama işlemi kendiliğinden kalkar. Arama işlemine tabi tutulan kişi/kişiler, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilirler.

Buna göre 5271 sayılı CMK'nın 267. maddesinde 'kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir' hükmü çerçevesinde soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin verdiği arama kararına, karşı hâkim kararı olduğundan itiraz yoluna gidilebilir. Ayrıca Kanun, arama işleminin kovuşturma evresinde de yapılabileceğini düzenlemiştir. Ancak kovuşturma evresinde verilebilecek arama kararına karşı, tutuklamada ve adli kontrolde olduğu gibi itiraz yoluna gidilebileceğine dair özel düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı kovuşturma aşamasında verilen arama kararının hukuka aykırılığı, hükümle birlikte istinaf veya temyiz aşamasında ileri sürülebilir<sup>120</sup>.

### ***Cezaevindeki Aramalara İlişkin Kanun Yolları***

Çıplak arama ve beden çukurlarında arama gibi ağır koruma tedbirleri bakımından önemli olan bir diğer husus ise etkin bir yargısal denetime tabi olması zorunluluğudur. 5275 sayılı Kanun'un 36. maddesinde, cezaevlerinde yapılacak aramanın genel esasları belirtilmesine karşın bu aramalara ilişkin başvurulabilecek kanun yollarına dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Arama işlemlerinin Kanuna göre biraz daha ayrıntılı düzenlendiği İnfaz Yönetmeliği'nin 34. maddesinde cezaevlerinde yapılacak genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin bazı esaslar düzenlenmesine karşın bu tedbire karşı tutuklu veya hükümlünün başvurabileceği kanun yolları gösterilmemiştir. Esasen özellikle çıplak arama ve beden çukurlarında arama gibi ağır tedbirlere karşı işlem sonrası başvurulabilecek kanun yollarının düzenlenmesi ve etkin denetim mekanizmalarının oluşturulması gerekmektedir.

Diğer taraftan çıplak arama ve beden çukurlarında arama gibi ağır nitelikli koruma tedbirlerini denetleyecek mercilerin yerindelikten ziyade hukukilik denetimini yapması, görevden kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığını veya suça veya hukuka aykırı herhangi bir fiilin olup olmadığına bakması gerekir<sup>121</sup>. Sadece kanunda kendisine yetki verilmiş olması ve verilen yetki kapsamında karar verildiğinin denetlenmesinden ziyade çıplak arama gibi tedbire başvurulmasını gerektiren makul ve ciddi emarelerin neler olduğu, çıplak arama haricinde bu şüphenin giderilme imkânının olup olmadığı gibi hususlarında irdelenmesi gerekmektedir.

<sup>120</sup> Gülşen, s. 93; Keskin Kızıroğlu, s. 167; Özel, s. 1256.

<sup>121</sup> Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.  
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

Çıplak arama veya beden çukurlarında arama gibi ağır müdahalelere maruz kalan hükümlü ve tutukluların bu aramaların yapıldığı anda bu işleme itiraz etmeleri ve bunu tutanağa geçirtme haklarının olduğu tartışmasıdır. Ancak cezaevleri gibi kapalı kurumlarda bu tip uygulamaların rutine dönüşmemesi, kötüye ve keyfi kullanılmaması bakımından bu işlemlerin karar merciinin kurumun en üst amiri olmaktan çıkarılarak bu yetkinin ilgili cezaevinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısına verilmesi gerekir.

Yapılması gereken bir diğer yasal düzenleme ise çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin cezaevinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama kararlarının ve aramaya ilişkin işlemlere dair tutanakların arama sonrasında en geç 24 saat içinde infaz hâkimliğinin denetimine sunulması zorunluluğu getirilmelidir. Aynı şekilde bu gibi ağır tedbirlere maruz kalan tutuklu ve hükümlülerin yapılan işlemin sonrasında da bu işlemin hukuka aykırı olduğu, arama koşullarının bulunmadığı ve tamamen baskı kurma ve cezalandırma amacıyla yapıldığına yönelik iddialarının infaz hâkimliği tarafından denetlenmesine imkân tanınması ve hukuka uygun görülmeyen işlemler bakımından işlemin yasalara aykırı yapıldığının ilgili kuruma bildiriminin sağlanması gerekir. Esasen bu işlemin infaz hâkimi tarafından onaylanmaması arama işleminin hukuka aykırı olduğu sonucunu doğuracaktır. Bu gibi bir ilkesel denetim bile infaz kurumu yetkililerini bu tip çıplak arama işlemlerini gerçekleştirmede ve ilgili Cumhuriyet savcısından çıplak arama veya beden çukurlarında arama kararı talep etme noktasında daha dikkatli davranmalarını sağlayacaktır. Acele işlerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama kararının daha sonra hâkim onayına sunulması zorunlu olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek bir çıplak arama kararının da muhakkak daha sonra infaz hâkimliğinin onayına sunulmasına imkân sağlayacak bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır.

Esasen CMK'nın 119 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan aramanın usul ve esaslarına ilişkin hükümlere benzer bir düzenlemenin 5275 sayılı Kanun'a eklenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın uygulanma esasları ve başvurulacak kanun yollarının ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir. Bu noktada aramanın hukuki ve cezai denetimimin sağlanabilmesi bakımından arama işleminin gerekçesini içeren karar tutanağı ile arama sonrasında düzenlenip imza altına alınan tutanağın bir nüshasının da hükümlü veya tutukluya verilmesinin zorunlu hale getirilmesi sağlanmalıdır.

Diğer taraftan hukuka aykırı olarak çıplak arama veya beden çukurlarında aramaya maruz kalan tutuklu veya hükümlülerin hak arama



hürriyeti kapsamında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunma hakkı vardır. Bu bağlamda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2016/730 Esas, 2018/558 Karar ve 22.11.2018 tarihli kararında da vurgulandığı üzere hukuka aykırı aramanın maddi ceza hukuku bakımından yaptırım eylemin suç teşkil etmesidir. Ortada hukuka aykırı yapılan bir arama varsa ilgili kişinin yapacağı suç duyurusu da bir yargısal denetim mekanizmasıdır.

### **CEZAEVLERİNDE POZİTİF HUKUK KURALLARINA VE EVRENSEL HUKUK İLKELERİNE AYKIRI ARAMANIN SONUÇLARI**

Hukuk düzenlerinin hiçbiri kusursuz olmadığından ve her hukuk düzeninde hatalı işlemler yapılmış olabileceğinden, bunlardan doğan zararların devlet tarafından giderilmesi gerekmektedir. Arama tedibi uygulanırken suç delillerinin elde edilmesi düşüncesinin yanı sıra bu tedbirin isabetli olmama ihtimalinden dolayı bireylerin çeşitli mağduriyetlere uğrayabileceği de dikkate alınmalıdır. Burada delillerin elde edilmesi amacı çerçevesinde bireyin temel haklarının ihlal edilmemesi ve mağduriyetlere müsaade edilmemesi gerekmektedir. Aramanın koşullarının varlığının sıkı bir şekilde takibi önemli olduğu kadar usulüne uygun yürütülen bir arama sırasında kişinin temel haklarına saygılı davranmak ve arama tedbirinin ölçülü yürütülmesi önem arz etmektedir. Aksi halde hukuka aykırı arama gündeme gelecektir. Haksız arama idari, hukuki ve cezai sorunluluğu gündeme getirecektir. Özellikle ölçsüz aramadan kaynaklanan tazminat sorumluluğu gündeme gelebileceği gibi haksız arama suçu da oluşabilmektedir.

#### ***Hukuka Aykırı Arama***

Adli ve önleme aramalarında olduğu gibi cezaevlerinde yapılan aramalarında kanun ve yönetmeliğin belirlediği sınırlar içerisinde belirlenen koşullara uygun yapılmaması halinde yapılan arama hukuka aykırı arama haline dönüşecektir. Esasen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2016/730 Esas, 2018/558 Karar ve 22.11.2018 tarihli kararında da vurgulandığı üzere aramanın hukuka aykırı olması, arama karar veya emrinin ya da aramanın icrasının hukuka aykırı olması anlamına gelmektedir. Hukuka aykırılık bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır. Kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının çerçevesi ve kapsamı belirlenirken gerek pozitif hukuk kurallarına gerekse temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı hâlinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 22.06.2001

tarhli ve 2-2 sayılı kararında hukuka aykırılığın en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına geldiğini ve bu çerçevede, Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümünün hukuka aykırılık kavramı içinde yer aldığı özellikle vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi adı geçen kararında ayrıca çağdaş dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kurallarını ifade eden evrensel hukukun genel ilkelerinin de hukuk kuralı olarak kabul edileceğini ve hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığının bulunduğunu ve hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini belirtmiş ve bu çerçevede hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiş olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla aramanın hukuka uygun olup olmadığı, arama tedbirine başvurma şartları ve uygulanmasıyla ilgili gerek pozitif hukuk kuralları gerekse evrensel hukuk kuralları göz önünde bulundurularak bütüncül bir bakış açısıyla belirlenmelidir.

Hukuka aykırı olarak yapılan aramanın hem ceza muhakemesi hukuku, hem maddi ceza hukuku, hem de tazminat hukuku bakımından bir takım yaptırımları ortaya çıkabilmektedir. Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınamamasıdır. 5271 sayılı Kanun'un 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de, ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı ifade edilmiş ve hukuka uygun olarak elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağı vurgulanmıştır.

Cezaevlerinde yapılacak genel, çıplak ve beden çukurlarında aramanın Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Kişinin hükümlü veya tutuklu olması nedeniyle cezaevinde bulunması yapılacak aramaya ilişkin belirlenen genel kuralların veya evrensel hukuk ilkelerinin veyahut temel anayasal güvencelerin göz ardı edilmesi hakkı vermemektedir. Kaldı ki cezaevleri gibi dış dünyaya kapalı ve devletin mutlak hâkimiyetinin olduğu bir yerde kamu görevlilerinin pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırı davranması kabul

edilebilecek bir durum değildir. Buralarda yapılan arama da nitelik ve teknik olarak bir arama olduğundan cezaevlerinde de pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak hareket edilmesi gerekmektedir. Neticede suç soruşturması için 5271 sayılı Kanun kapsamında yapılan aramanın usulüne uygun yapılmaması hâlinde bu arama nasıl hukuka aykırı ve bu aramada elde edilen delil de hukuka aykırı delil oluyorsa cezaevlerinde de özellikle delil elde etmek amacıyla yapılan çıplak ve beden çukurlarında arama da pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırı yapılırsa bu arama sonucunda elde edilecek delillerde hukuka aykırı delil olacaktır. Mesela beden çukurlarında arama yapılmasına yönelik somut olaylara istinaden oluşan makul şüphe nedeniyle başvurulmasına karşın beden çukurlarında aramanın cezaevi personeli tarafından yapılması yapılan aramayı hukuka aykırı hale getirecektir.

### ***Cezai Sorumluluk***

Hukuka aykırı aramanın maddi ceza hukuku bakımından yaptırımı eylemin suç teşkil etmesidir. 5237 sayılı TCK'nın "*Haksız arama*" başlıklı 120. maddesinde hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Burada geçerli bir arama nedeni olmaksızın ya da arama kararında belirtilen sınırlamalara uyulmaksızın arama işleminin yapılmış olması aramanın hukuka aykırı hale gelmesini ve dolayısıyla TCK'nın 120. maddesindeki suçun oluşmasına neden olmaktadır<sup>122</sup>.

Haksız arama suçunda korunan temel hukuki yarar, kişinin hareket hürriyeti, güvenliği ve dokunulmazlığı olmakla birlikte kişilerin üzerinin ve eşyasının aranması insan onuruna ve özel hayatın gizliliğine karşı bir saldırı oluşturduğu için bu suçun cezalandırılması ile söz konusu bu yararlar da korunmaktadır<sup>123</sup>.

Diğer taraftan bir aramanın hukuka uygun olup olmadığı arama tedbirine başvurulma şartları ve uygulanmasıyla ilgili gerek pozitif hukuk kuralları gerekse evrensel hukuk kuralları göz önünde bulundurularak bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Bu perspektifte cezaevlerinde yapılacak

<sup>122</sup> Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 374-375.

<sup>123</sup> Sokullu-Akıncı, Füsün: "*Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları*", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S. 1-3, Y. 2011, s. 262; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 338; Gülşen, Recep: "*Haksız Arama Suçu*", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 12-13, Y. 2009, s. 140-141.

genel, çıplak ve beden çukurlarında aramanın Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Aksi halde hukuka aykırı arama suçu oluşacaktır. Dolayısıyla cezaevlerinde gerçekleştirilen arama işlemlerinin hukuka aykırı olması durumunda arama işlemini gerçekleştiren kamu görevlilerinin eylemi suç haline geldiğinden cezai sorumlulukları gündeme gelecektir.

### **Tazminat Sorumluluğu**

Diğer taraftan aramadaki hukuka aykırılıklar gerek Devletin, gerekse arama kararını veren veya uygulayan kamu görevlilerinin tazminat sorumluluğunu da gündeme getirebilecektir<sup>124</sup>. Bu kapsamda Anayasa'nın 40. maddesine uygun olarak CMK'nın 141/1-i maddesinde, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin, “*maddi*” ve “*manevi*” her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri belirtilmiştir. Haksızlık nedeniyle oluşan zarar bu şekilde giderilmeye çalışılmaktadır<sup>125</sup>. 5271 sayılı CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasında aramanın amacıyla orantılı olmayacak biçimde ölçüsüz gerçekleştirilmesi durumunda kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri öngörülmüştür<sup>126</sup>.

Diğer taraftan CMK'nın 141/1-i maddesinde düzenlenen haksız arama cezaevlerinde yapılan aramayı kapsamamaktadır. Cezaevinde haksız aramaya maruz kalan kişi, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” hükmüne dayanarak idare aleyhine idari yargıda tazminat davası açabilir<sup>127</sup>. Kanaatimizce cezaevlerinde yapılan aramalar idarenin gerçekleştirdiği aramalar olması nedeniyle açılacak tazminat davasının da Anayasa'nın 125. maddesi hükmü nedeniyle idari yargıda açılması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi **Nebahat Baysal Gül Kararında**<sup>128</sup> “...26. Gözaltında tutma, yargısal nitelik taşıyan bir karara dayanmaktadır. Ancak gözaltı işleminin gerçekleştiği nezarethanelerin yönetim, denetim ve işletilmesinin idare tarafından yürütülen bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Nezarethane

<sup>124</sup> Ceza Genel Kurulu, 2017/736 E. , 2019/651 K. , 07. 11. 2019 T.

<sup>125</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 334; Yenisey/Nuhoglu, s. 521; Şahin/Göktürk, s. 381 vd.

<sup>126</sup> Yalvaç, Gürsel: “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*”, CHKD, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 304.

<sup>127</sup> Aksoy, s. 158.

<sup>128</sup> AYM Nebahat Baysal Gül Kararı, Başvuru No: 2016/14634, K. T: 28/5/2019, Prg. 26-27.

*koşullarının ilgili ulusal ve uluslararası hukukta belirtilen standartlara uygun hâlde bulundurulması idarenin sorumluluğundadır.*

27. 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargıda tam yargı davası açılabileceği belirtilmiştir. Buna göre idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan her türlü zararın idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilmesi mümkündür. Anılan kuralda idari işlem veya eylem türleri yönünden herhangi bir ayırım yapılmadığından idari fonksiyona giren her türlü işlem veya eylem sebebiyle oluşan zararın tazmininin bu kurala dayanılarak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasıyla istenebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir idari eyleme ilişkin zararın idari yargıda dava konusu edilebilmesi için 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yeterli bir yasal zemin oluşturduğu görülmektedir. Bu durumda nezarethanedeki tutulma koşullarının hukuka uygun olmaması nedeniyle doğan zararların 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca idari yargıda tam yargı davasına konu edilmesinin olanaklı olduğu sonucuna varılmaktadır...” demek suretiyle idarenin işlemlerinden kaynaklı oluşan hak ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarında idari yargının görevli olduğuna vurgu yapmıştır.

Bu emsal karardan hareketle yönetim, denetim ve işletilmesi idare tarafından yürütülen cezaevlerinde sunulan kamu hizmetinin ilgili ulusal ve uluslararası hukukta belirtilen standartlara uygun bulunmamasından idare sorumlu olduğundan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakkı doğrudan ihlal edilen tutuklu veya hükümlü idari yargıda tam yargı davası açabilir. Bu bağlamda cezaevlerindeki kötü muamele veya çıplak arama gibi nedenlerle açılacak tazminat davalarında idari yargı yetkilidir.

Öte yandan infaz aşamasında infaza yönelik yargısal denetimin en önemli ayağını infaz hâkimlikleri oluşturmaktadır. Ülkemizde 16/05/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu ile ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikâyetleri incelemek, karara bağlamak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere infaz hâkimlikleri kurulmuştur. 15.04.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun “Amaç ve kapsam” başlıklı 1. maddesinin ikinci fıkrası değişikliğe uğramış ve infaz hâkimliklerinin görev alanları genişletilmiştir. Yapılan değişiklikle birlikte infaz hâkimlikleri infaz aşamasında ana yetkili merci konumuna gelmişlerdir. Esas mahkemesinin istisnai yetkileri haricinde infaz

aşamasının karar, itiraz ve şikâyet mercii infaz hâkimliği olmuştur. Diğer bir ifade ile infaz hâkimlikleri birer ihtisas mahkemesi olarak infaz aşamasının yargısal denetim mercii olmuşlardır<sup>129</sup>.

İnfaz hâkimlikleri, bu şekilde bir infaz aşamasının istisnalar haricinde bütün işlem ve kararlarının yargısal denetim mercii konumunda ihtisas mahkemesi haline gelmeleri nedeniyle Kanun'da yapılacak bir düzenlemeyle cezaevlerindeki kötü muamele ve haksız arama gibi işlemleri nedeniyle tazminat sorumluluğunun ortaya çıktığı hallerde bu tip tazminat davalarının açılma mercii de infaz hâkimlikleri olması yerinde bir uygulama olacaktır. Bu infaz hâkimliklerine cezaevleri üzerinde daha etkin bir denetim gücü de verecektir.

İstisnai ve son çare olarak başvurulabilen bir tedbir olması nedeniyle çıplak arama usulü ve sıklığı kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurabilir. Özellikle ceza infaz kurumunda güvenlik, düzen ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını aşacak ve hükümlü ve tutuklular yönünden insan onurunu zedeleyecek nitelikte bir rutin uygulamaya dönüşmesi kötü muamele yasağı yönünden göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Koşulları bulunmamasına rağmen çıplak arama yapılması veya bu uygulamanın rutinleşmesi ağır sonuçlar doğurmaktadır. Unutulmamalıdır ki bu şekilde kuralsız ve yaygın çıplak aramalar da, tıpkı işkence, eziyet, tecrit, sürgün ve disiplin cezaları gibi, tutuklu ve hükümlüler üzerinde uygulanan aşağılama, baskı ve sindirme politikalarının bir aracı haline dönüşebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi 23.01.2019 tarihli **F.E ve Diğerleri Kararında**<sup>130</sup>, çıplak aramanın çocuklar dâhil hükümlü ve tutuklular açısından tek başına kötü muamele yasağını ihlal eden bir durum olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak çıplak arama usulü ve sıklığının kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurabileceğini, özellikle çıplak aramanın ceza infaz kurumunda güvenlik, düzen ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını aşacak ve hükümlü/tutuklular yönünden insan onurunu zedeleyecek nitelikte bir uygulamaya dönüşmesinin, kötü muamele yasağı yönünden göz önünde bulundurulması gereken hususlar olduğunu belirtmiştir.

Hukuku aykırı yapılan bir çıplak arama yapılış şekline göre işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliği kazanacaktır.

<sup>129</sup> Güvercin/Aras, s. 48 vd.

<sup>130</sup> AYM F. E. ve Diğerleri, Başvuru No: 2014/15586, K. T: 23/1/2019. *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

Anayasa Mahkemesi'nin **Cezmi Demir ve Diğerleri Kararında**<sup>131</sup> özellikle vurguladığı üzere anayasal düzenleme kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığına en fazla zarar veren muamele işkencedir. Muamelenin ağırlığının yanı sıra İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkencenin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırım amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle yapıldığı belirtilmiştir. Buna karşılık işkence seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, belirli bir süre devam eden, yaralanmaya, yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler eziyet olarak tanımlanabilir. Bu hâllerde duyulan acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz olarak bulunan acının ötesine geçmektedir. İşkenceden farklı olarak eziyette, ıstırap vermenin belli bir amaç doğrultusunda yapılması şartı aranmaz. Buna karşılık kişileri küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kişide korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen muameleler ise insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak tanımlanmaktadır. Eziyetten farklı olarak, uygulanan bu muamele kişide bedensel ya da ruhsal bir acı oluşturmaya da küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki yaratmaktadır. Ayrıca çıplak arama vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir uygulama olduğundan usul ve esaslara uygun yapılmaması halinde tutuklu ve hükümlüler bakımından cinsel şiddet, işkence ve eziyet yöntemine dönüşmesi kaçınılmaz olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre bir muamelenin anılan kavramlardan hangisinin kapsamında olduğunu belirleyebilmek için her somut olayın kendi özel koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Aleni olarak yapılması veya kamuoyunun bilgi sahibi olması muamelenin aşağılayıcı niteliğinin belirlenmesinde rol oynasa da muamelenin aleni olmadığı durumlarda kişinin kendini değersiz hissetmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilir. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapıp yapılmadığı dikkate alınmakla birlikte böyle bir amacın belirlenememesi muamelenin kötü muamele olmadığı anlamına gelmeyecektir<sup>132</sup>.

Bu bağlamda hukuka aykırı bir çıplak aramada aramanın yapıldığı yer, yapan kişiler, arama sırasında hükümlüye yönelik davranışlar ve yapılan

<sup>131</sup> AYM Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı, Başvuru No: 2013/293, K. T: 17/7/2014, Prg. 80 vd.

<sup>132</sup> AYM Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı, Başvuru No: 2013/293, K. T: 17/7/2014, Prg. 80 vd.

fiziksel müdahaleler, hükümlüye söylenen kötü ve aşağılayıcı sözler, çıplak aramanın süresi ve yapılma sıklığına göre aramanın işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak nitelendirmesi yapılacak ve buna göre hukuki, cezai ve idari sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira çıplak arama usulü ve sıklığı Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Özellikle ceza infaz kurumunda güvenlik, düzen ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını aşacak ve hükümlü/tutuklular yönünden insan onurunu zedeleyecek nitelikte bir uygulamaya dönüşmesi kötü muamele yasağı yönünden göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Burada işkence ve eziyet seviyesine varmamış olsa da hükümlüde bedensel ya da ruhsal bir acı oluşturmaya da küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki yaratmış ise bu çıplak arama nedeniyle ilgililerin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bütün bu hususların cezaevlerindeki kötü muamele ve haksız arama nedeniyle açılacak tazminat davalarında da göz önünde bulundurulması gerekir.

### ***Yapılan Aramalarda Elde Edilen Delillerin Hukuki Durumu***

Cezaevlerinde suç işlenmesinin önlenmesi, cezaevi güvenliğinin, düzeninin ve disiplinin sağlanması amacıyla yapılan genel arama sırasında suç unsuru olabilecek delillerin bulunması halinde bunlar ceza yargılamasında kullanılabilir. Diğer taraftan çıplak arama nitelik olarak adli arama niteliğindedir. Kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu noktada oluşan makul ve ciddi şüphe nedeniyle diğer bir ifade ile hükümlünün suç sayılan bir eylemi işlediği şüphesiyle gerçekleştirilen bir tedbirdir. Çıplak aramada kuruma yasak eşya sokma şüphesi bulunulduğundan arama ile kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşyanın ele geçirilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla adli aramada olduğu gibi çıplak arama da bir suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra başvuru bir tedbirdir. Aynı şekilde cezaevlerinde beden çukurlarında yapılan aramada da bir suça ilişkin delil elde etme amacı vardır.

Çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın bir suç şüphesi üzerine başlatılıp suçun delillerinin ele geçirilmesi amaçlandığından bu tedbir kapsamında elde edilen deliller ceza yargılamasında kullanılabilir. Ancak ceza yargılamasında kullanılacak delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olması gerekmektedir. Bunun için çıplak arama ve beden çukurlarında aramada pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak hareket edilmesi gerekmektedir. Neticede suç soruşturması için 5271 sayılı Kanun



kapsamında yapılan aramanın usulüne uygun yapılmaması hâlinde bu arama nasıl hukuka aykırı ve bu aramada elde edilen delil de hukuka aykırı delil oluyorsa cezaevlerinde de özellikle delil elde etmek amacıyla yapılan çıplak ve beden çukurlarında arama da pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırı yapılırsa bu arama sonucunda elde edilecek deliller de hukuka aykırı delil olacaktır. Mesela beden çukurlarında arama yapılmasına yönelik somut olaylara istinaden oluşan makul şüphe nedeniyle başvurulmasına karşın beden çukurlarında aramanın cezaevi personeli tarafından yapılması yapılan aramayı hukuka aykırı hale getirecektir.

Hukuk devletinin delillerin hukukiliği/yasalılığı ilkesi olarak ifade edilebilecek ilkesi Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında da açıkça hükme bağlanmıştır. Anayasal düzenlemeye göre kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemeyecektir. Anayasal hükme paralel olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206/2-a maddesinde, kanuna aykırı elde edilmiş delilin reddedileceği; 217/2 maddesinde, yüklenen suçun hukuka uygun elde edilmiş her türlü delil ile ispat edilebileceği; 230/1-a maddesinde, reddedilen delillerin gösterilmesinden bahsedildikten sonra hukuka aykırı elde edilmiş delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiği; 289/1-i maddesinde ise, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delile dayanmasının, kesin hukuka aykırılık sebebi olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere hukuka aykırı deliller ve hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesindeki değerine ilişkin olarak Anayasa ve CMK'da çeşitli hükümler yer almaktadır. Ayrıca delil elde etme yasaklarına, diğer hukuka aykırılıklara ve delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin açık düzenlemeler de bulunmaktadır<sup>133</sup>.

Anayasal ve yasal hükümler birlikte değerlendirildiğinde Türk hukukunda hukuka aykırı delillere ilişkin olarak Anglo-Amerikan sisteminde olduğu gibi, mutlak değerlendirme yasağı öngörülmüştür. Kıta Avrupası hukuk sisteminde delil yasakları ile temel hak ve hürriyetlerin korunması amaçlanmaktayken Anglo-Amerikan sisteminde delil yasakları ile esasen delil toplamakla görevli olan kolluğun disiplin altına alınması amaçlanmaktadır<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> Yılmaz, s. 249-150.

<sup>134</sup> Gülşen Recep: "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", CHKD, C. 3, S. 2, Y. 2015, (Deliller), s. 237; Öztürk ve Diğerleri, s. 397-398; Centel/ Zafer, s. 660-661.

Diğer taraftan hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olduğu için delillerin elde edilmesine ilişkin olarak da hukuka aykırılık kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi de bir kararında hukuka aykırı elde edilmiş delillerdeki hukuka aykırılık ifadesinin, pozitif hukuk kurallarından daha geniş bir içeriğe sahip olduğunu ve tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılığı da içerdiğini; bu anlamıyla “*hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin*”, “*yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller*” kavramından yani “*yasadışılıktan*” da geniş bir içeriğe sahip olduğunu belirtmiştir.

Türk hukukunda Anayasa ve CMK’nın, hukuka aykırı deliller konusunda mutlak ret yaklaşımını benimsediği için hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacağı genellikle kabul edilmektedir<sup>135</sup>.

Bu kapsamda cezaevinde çıplak veya beden çukurlarında yapılan aramada elde edilen delillerin de suç soruşturmasında kullanılabilmesi bakımından CMK’nın 206 ve 217. maddeleri uyarınca hukuka uygun olarak elde edilmiş olması gerekmektedir. Mevcut Yönetmelik hükümleri çerçevesinde en üst amirinin kararı olmaksızın yapılacak çıplak arama veya doktor haricinde kurum personeli tarafından yapılan beden çukurlarında arama neticesinde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılması mümkün değildir. Zira hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmişlerdir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2016/730 Esas, 2018/558 Karar ve 22.11.2018 tarihli kararında da vurgulandığı üzere ceza muhakemesinin amacı; sosyal düzenin korunması ile kişilerin hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurulması suretiyle hukuken geçerli kanıtlarla hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu noktada cezaevlerinde kişiler hükümlü ve tutuklu olsa da bu kişilere yönelik her türlü işlemin yasal olması gerekmektedir. Dolayısıyla cezaevlerinde yapılacak ister genel ister çıplak aramaların da yasal koşullarına uygun ve

<sup>135</sup> Yurtcan, s. 446 vd. ; Akbulut, Berrin: “*Delil Değerlendirme Yasakları*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, S. 13, Y. 2, Aralık 2010, s. 19; Koca, Mahmut : “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, S. 2, Y. 1, 2006, s. 224 vd. ; Ünver, Yener: “*Ceza Muhakemesinde İspat, C. M. K. ve Uygulamamız*”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, S. 2, Y. 2006. s. 132; Şen,Ersan: Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, (Delilller), s. 139 vd. ; Keskin, Serap: Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, s. 177.

ölçülü yapılması gerekmektedir. Özellikler delil elde etmek amacıyla yapılan çıplak ve beden çukurlarında arama uygulamalarının yasal koşullarına uygun olarak yapılması bir gerekliliktir. Bu noktada delillerin hukukiliği ilkesi aramanın muhatabının hükümlü veya tutuklu olması nedeniyle bertaraf edilecek bir husus değildir. Hukuka uygun yöntemlerle bu delillerin tutuklu ve hükümlülerden ele geçirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 tarih ve 2005/144 esas, 2005/150 karar sayılı kararında; usulüne göre alınmış bir arama kararı olmadan yapılan arama hukuka aykırı olduğundan, arama işleminde elde edilen maddi delilin hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir. Cezaevlerindeki aramalar bakımından da aynı durum geçerlidir. Kurum en üst amirinin izni olmadan arama yapılması veya kurum doktoru yerine kurum personeli tarafından beden çukurlarında yapılan arama neticesinde elde edilen uyuşturucu madde gibi suç eşyası suç soruşturmasında delil olarak kullanılamaz.

## SONUÇ

Çağdaş infaz rejiminin bir gereği olarak etkin, ıslah edici ve onarıcı infaz sürecinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulması gerekmektedir. Cezaevi idaresinin güvenliği, disiplini ve düzeni sağlamak için kaçınılmaz olarak alması gereken bir kısım istisnai önlemler olsa da bunun idari ve yargısal denetime imkân verecek şekilde somut olarak gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Ancak her halükarda alınacak kısıtlamaların temel hakların özüne zarar veren, onların kullanılmasını imkânsız hale getiren, ayrımcı ve insan onuruna aykırı nitelikte olmaması gerekir. Burada mevzuat hükümlerinin açık, anlaşılır, etkin ve uygulanabilir olması önemli olduğu kadar infaz sisteminde yer alan kurum ve personelin bu noktada eğitilmiş ve ihtisaslaşmış olması önem arz etmektedir. İnsan odaklı bir infaz sistemi oluşturulabilmesi bakımından bu gereklidir.

Bu noktada cezaevlerinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulmadığı için ciddi sorunlar ve hak ihlallerine neden olan konulardan biri de cezaevlerindeki arama işlemleridir. Burada kurum güvenliğinin ve düzenin sağlanması bakımında çerçevesi kanunlarla belirlenmiş ve evrensel hukukun temel esaslarına uygun aramaların yapılması bir gerekliliktir. Burada sorun olan husus aramanın bir gereklilik olmaktan çıkarılarak hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden ve bir noktada onları huzursuz etmek için kullanılan bir genel uygulamaya dönüşmesidir. Arama

cezaevlerinde güvenliği ve düzeni sağlama noktasında en önemli tedbirlerden biri olsa da bu tedbirin, mevzuatın belirlediği esasların dışında keyfi bir uygulamaya dönüşmemesi gerekir. Burada bu tedbirin uygulanması için makul sebeplerin ortaya çıkması, aramanın orantılı olarak yapılması ve arama sırasında insan onuruna saygılı davranılması gerekir.

Cezaevlerinde uygulanacak arama tedbiri 5275 sayılı Kanun'un 36. maddesinde çok soyut olarak düzenlenmiştir. Bu noktada Kanun'da genel arama düzenlenmiş ancak çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin kanunda bir düzenleme dahi bulunmamaktadır. Hükümlü ve tutuklunun beden bütünlüğüne ve özel yaşamına ağır müdahale içeren bu ağır tedbirlerin kanuni dayanağının olmaması ve sınırlarının kanun tarafından çizilmemesi ciddi bir eksikliklerdir. Her ne kadar İnfaz Yönetmeliği'nde bir kısım hükümler olsa da bu hükümler yetersiz ve tamamen cezaevi idaresine takdir hakkı veren düzenlemelerdir. Bu bağlamda öncelikle bu hususların 5275 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gerekmektedir.

Cezaevlerinde yapılacak genel, çıplak ve beden çukurlarında aramanın Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Aksi halde, ceza hukuku anlamında, haksız arama suçunun oluşmasına; tazminat hukuku anlamında, ölçüsüz bir şekilde yerine getirilen arama işlemine karşı maddi ve manevi tazminata hak kazanılmasına ve delil hukuku anlamında ise tedbirden elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelerek muhakemede kullanılamaz hale gelmesine neden olacaktır.

Çıplak arama veya beden çukurlarında arama gibi ağır müdahalelerle maruz kalan hükümlü ve tutukluların bu aramaların yapıldığı anda bu işleme itiraz etmeleri ve bunu tutanağa geçirtme haklarının olduğu tartışmasızdır. Ancak cezaevleri gibi kapalı kurumlarda bu tip uygulamaların rutine dönüşmemesi, kötüye ve keyfi kullanılmaması bakımından bu işlemlerin karar merciinin kurumun en üst amiri olmaktan çıkarılarak ilgili cezaevinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısına verilmesi gerekir.

Yapılması gereken bir diğer yasal düzenleme ise çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin cezaevinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama kararlarının ve aramaya ilişkin işlemlere dair tutanakların arama sonrasında en geç 24 saat içinde infaz hâkimliğinin denetimine sunulması zorunluluğu getirilmelidir. Aynı şekilde bu gibi ağır tedbirlere maruz kalan tutuklu ve hükümlülerin yapılan işlemin sonrasında

da bu işlemin hukuka aykırı olduğu, arama koşullarının bulunmadığı ve tamamen baskı kurma ve cezalandırma amacıyla yapıldığına yönelik iddiaları bakımından bu denetimlerin infaz hâkimliği tarafından denetlenmesi ve hukuka uygun görülmeyen işlemler bakımından işlemin yasalara aykırı yapıldığının ilgili kuruma bildirimini sağlanması gerekir.

Yapılan son yasal değişikliklerle birlikte infaz hâkimlikleri, bu şekilde bir infaz aşamasının istisnalar haricinde bütün işlem ve kararlarının yargısal denetim mercii konumunda ihtisas mahkemesi haline gelmeleri nedeniyle Kanun'da yapılacak bir düzenlemeyle cezaevlerindeki kötü muamele ve haksız arama gibi işlemler nedeniyle tazminat sorumluluğunun ortaya çıktığı hallerde bu tip tazminat davalarının açılma merciiinin de infaz hâkimlikleri olması yerinde bir uygulama olacaktır. Bu infaz hâkimliklerine cezaevleri üzerinde daha etkin bir denetim gücü de verecektir.

### KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin: “*Delil Değerlendirme Yasakları*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, S. 13, Y. 2, Aralık 2010, s.6-25.
- Aksoy İpekçioğlu, Pervin: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, C. 70, S. 1, s. 19-38.
- Aksoy, Şemsettin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Alpsoy, Zeliha: Önleme Araması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Aras, Bahattin/Güverçin, Sezgin: İnfaz Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Atalay, Osman/Özgelen, Mustafa Safa: İnfaz Hukuku Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayını No: 25, Kasım 2013.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, Mahpus Hakları, Ankara 2019, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020134215mahpus%20haklar%C4%B1%20olarak%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirelim%20ba%C5%9F%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, İET: 20/01/2022.
- Aydın, Murat: Arama ve El Koyma, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Aygün, Aydın: “*Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Y.2016, s. 49-73.

- Bernath, Barbara: “*Body searches: Addressing risk factors to prevent torture and ill-treatment*”, Penal Reform International, Detention Monitoring Tool, Second edition, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fcdn.penalreform.org%2Fwpcontent%2Fuploads%2F2016%2F01%2Ffactsheet-4-searches2ndv5.pdf&clen=291789&chunk=true İET:23/01/2022.
- Boston, John/Manville, Daniel E.: *Prisoners' Self-Help Litigation Manual*, Forth Editon, Oxford University Press, New York 2010.
- Bouzat, Pierre: “*Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları*”, (Çev. Hasan Bıyıklı), Yargıtay Dergisi, Ocak 1977, C. 3, S. 1-2, s. 85-113.
- Börekçi, Eşref Barış: “*Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları*”, YÜHFD, C. XVII, Özel Sayı, Y. 2020, s. 89-113.
- Carlson, Peter/Garrett, Judith: *Prison and Jail Administration: Practice and Theory*, Jones & Bartlett Learning, 2008.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Coyle, Andrew: *Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım*, Yayınlayan: Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, 2002.
- Çalışkan, Suat: *Çıplak Arama*, <https://www.hukukihaber.net/ciplak-arama-makale,8481.html>, İET: 21/01/2022.
- Çöpoğlu, Hakan Serdar: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2019, s. 155-230.
- Demirbaş, Timur: “*Ceza İnfaz Hukukunun Çağdaş İlkeleri Açısından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun (CGTİK) Değerlendirilmesi*”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, Nisan 2008, (İlkeler), s. 10-21.
- Demirbaş, Timur: *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Doğan, Duygu Çağlar: “*Ceza Muhakemesinde Adli Arama*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 92, Y. 2011, s. 157-180.
- Dursun, Gizem: “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 2955-2996.
- Feyzioğlu Metin: *Tanıklık ve Dürüst Muhakeme*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.

- George, Amanda: “*Strip Searches: Sexual Assault By The State*”, *Alternative Law Journal*, Vol. 18, No I, February 1993, s.31-33, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2F138.25.65.17%2Fau%2Fjournals%2FAltLawJI%2F1993%2F8.pdf&cflen=575867&chunk=true, İET: 23/01/2022.
- Gülşen, Recep: “*Haksız Arama Suçu*”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 12-13, Y. 2009, s. 139-158.
- Gülşen, Recep: “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi*”, (Deliller), *CHKD*, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 2165.-189.
- İlikli, Sedef: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Ve Elkoyma*, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2020.
- İnci, Z. Özen: “*Türkiye'nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 120, Y. 2016, s.50-70.
- Karakaş Doğan, Fatma: *5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Düzenlemesi Işığında Ceza İnfaz Hukuku*, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Keskin Kızıroğlu, Serap: “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 1, Y. 2009, s. 139-168.
- Keskin, Serap: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, Alfa Yayınları, İstanbul 1997.
- Kızılaslan, Hakan: “*Yeni Ceza İnfaz Sistemimizin Ana İlkeleri ve Uygulama*”, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.tchd.org.tr%2FUploads%2Fsuc\_ve\_ceza%2Fdosyalar%2F2008-2%2F1.YEN%25C4%25B0%2520CEZA%2520%25C4%25B0NFAZ%2520S%25C4%25B0STEM%25C4%25B0M%25C4%25B0Z%2520HAKAN%2520KIZILASLAN.pdf&cflen=187787&chunk=true, İET: 21/01/2022, s.2; *Hukukun Evrensel İlkeleri ve Özel Görevli Mahkemeler*, İstanbul Barosu Paneli, 18 Kasım 2011, İET:20/01/2022.
- Koca, Mahmut : “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayınevi, S. 2, Y.1, 2006, s. 207-225.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan: “*Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi*

- Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2012, s. 43-69.
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2013.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Dursun, Selman: Müdafinin Yasaklılık Halleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Neziroğlu, İrfan: “*A Comparative Analysis of Mental and Psychological Suffering as Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under International Human Rights Treaty Law*”, Essex Human Rights Review Vol. 4 No. 1, February 2007, <https://nanopdf.com/download/a-comparative-analysis-of-mental-and-psychological-suffering-as-pdf>, İET:22/01/2022.
- Ohlin, Jens David: Investigative Criminal Procedure: Doctrine, Application, and Practice, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2019.
- Öncü, Gülay Arslan: Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Örs, Cengiz Ozan: “*Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, Y. 2016, s. 103-146.
- Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Özbek, Veli Özer/ Bacaksız, Pınar: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, Y. 1, Ekim 2006, s. 145-206.
- Özbek, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999.
- Özbek, Veli Özer: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021.
- Özbek, Veli Özer: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021, (İnfaz).
- Özel, Kadir Can: “*Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, 1217-1266.
- Özkavalcı, Nimet: İnfaz Hâkimliği, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Öztürk, Bahri/ Eker Kazancı, Behiye/ Soyer Güleç, Sesim: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2021.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can



- (Öztürk ve Diğerleri): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Seyyidoğlu, Muhammed Sıddık: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*” İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4 S. 1, Y. 2021, s. 11-31.
- Smit, Dirk van Zvl/Snacken, Sonia: Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights, OUP Oxford, New York 2009.
- Sokullu-Akıncı, Fusun: “*Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S. 1-3, Y. 2011, s. 261-269.
- Şahin, Merve: Önleme Araması, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2021.
- Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Şen, Ersan: “*Avukat, Hâkim ve Savcılarının Aranması*”, (Avukat), Ankara Barosu Dergisi, S.2, Y.2013, s.333-344.
- Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.
- Şen,Ersan: Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, (Deliller), Beta Yayınevi, İstanbul 1998.
- Tanz, Eva: “*Hapishaneler ve Çıplak Arama Uluslararası Standartlar ve Alternatifler*”, Türkiye’de Mahpus Olmak 2, TCPS Kitaplığı 14, İstanbul 2017, s. 154-164.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Turhan, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.
- Ünver, Yener: “*Ceza Muhakemesinde İspat, C.M.K. ve Uygulamamız*”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, S. 2, Y. 2006. s. 103-205.
- Yalvaç, Gürsel: “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*”, CHKD, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 267-306.
- Yenisey, Feridun/ Nuhogđlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Yılmaz, Yeşim: “*Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 124, Y. 2016, s. 247-304.
- Yurtcan, Erdener: Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.



## ‡ AİHK’NUN 15.MADDESİ VE AİHM’NİN BU BAĞLAMDA OYNADIĞI ROL

(ARTICLE 15 OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND THE ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS WITH REGARD TO ARTICLE 15)

Prof. Dr. A. Füsun Arsava \* \*\*

### ÖZ

Makalede AİHK’nun 15.maddesi ışığında AİHM’nin insan haklarının korunmasında oynadığı rol ele alınmaktadır. Bu bağlamda makalede Konvansiyon tarafı devletlere 15.madde muvacehesinde bırakılan takdir alanının (“margin of appreciation”) kapsamı, Konvansiyon tarafı devletlere olağanüstü hale yol açan tehlikelerle mücadele için tanınan takdir alanının kapsamı sorularının cevabı aranmaktadır. Bu soruların cevaplandırılması için makale üç bölüm olarak düzenlenmiştir. İlk bölümde AİHK’nun 15.maddesi çerçevesinde söz konusu edilen takdir alanı güncel AİHM kararları ışığında değerlendirilmekte; ikinci bölümde olağanüstü durumlarda takdir alanının genişletilmesinin AİHK’nun 15.madde gerekliliklerine bağlı kriterler ışığında mümkün olduğu ortaya konulmaktadır. Makalenin üçüncü bölümünde ise demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü hal durumunda AİHM’nin rolü ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** ölçülülük kriteri, mutlak gereklilik kriteri, derogasyon, olağanüstü hal, AİHK

### ABSTRACT

The article discusses the role played by the ECHR in the protection of human rights with regard to Article 15 of the European Convention of Human Rights. In this context, the article analyses the scope of the "margin of appreciation" granted to the Contracting States under Article 15 and the discretion left to the Contracting States in times of emergency. The article is organized in three sections. In the first part, it evaluates the jurisprudence of the European Court of Human Rights specifically with regard to Article

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 12.04.2022. İlk hakem raporu tarihi: 28.04.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27.06.2022. Onaylanma Tarihi: 27.06.2022.

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2275-7664.

**Eserin Atf Şekli:** A. Füsun Arsava, “AİHK’nun 15.maddesi ve AİHM’nin Bu Bağlamda Oynadığı Rol”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.581-602.

*15 of the European Convention on Human Rights In the second part, it assesses the flexibility which the Contracting States have in extraordinary situations in the light of Article 15. In the third part, it discusses the role of the ECHR in the state of emergency that endangers democracy.*

**Keywords:** *the principle of proportionality, absolute necessity, derogation, state of emergency, ECHR*

\*\*\*

## I – Giriş

Avrupa'da uluslararası olağanüstü hal hukukunun önemi artmaktadır.<sup>1</sup> Konvansiyon tarafı devletlere olağanüstü durumlarda belli Konvansiyon haklarından sapma olanağı veren AİHK'nun 15.maddesi günümüzde sadece teorik değil, pratikte de önemli bir anlam kazanmıştır. Bu durum özellikle Türkiye'nin 21.07.2016'da yaptığı ve 08.08.2018'de geri aldığı derogasyon bildirimini bakımından önem taşımaktadır.<sup>2</sup> Türkiye tarafından yapılan derogasyon bildirimini darbe girişimi nedeniyle olağanüstü hal ilanını takiben yapılmıştır. AİHM 20.03.2018 tarihli iki kararında Türkiye'de uygulanan olağanüstü hal önlemlerini değerlendirmiş ve Türkiye hakkında iki gazetecinin tutuklanması nedeniyle mahkûmiyet kararı vermiştir.<sup>3</sup> Türkiye'nin yanısıra son dönemde başka devletler de derogasyon bildirimini yapmıştır. Ukrayna Doğu Ukrayna uyuşmazlığı nedeniyle bölgesel olağanüstü hal ilanı ile bağlantılı olarak 09.06.2015'te derogasyon bildirimini yapmıştır. Fransa da 13.11.2015'te Paris'te gerçekleşen terör eylemi nedeniyle ilân edilen olağanüstü hal ilanı ile bağlantılı olarak derogasyon bildirimini yapmıştır.<sup>4</sup> Fransa derogasyon bildirimini olağanüstü halin 01.11.2017'de kaldırılması ertesinde geri almıştır.<sup>5</sup>

AİHK'nun 15.maddesi Konvansiyon devletlerine olağanüstü durumda kimi Konvansiyon haklarından (olağanüstü halin etkilemediği haklar hariç) sapma yetkisi vermektedir. Konvansiyon devletleri istisnai olarak normal şartlarda AİHK'nu ile bağdaşmayan önlemleri böyle bir durumda alma yetkisine sahiptir. Derogasyon bildirimini şüphesiz olağanüstü halden etkilenen Konvansiyon haklarını yürürlükten kaldırmamaktadır.

<sup>1</sup> O'Boyle, Michael: Emergency Government and Derogation under the ECHR, EHRLR 16(2016), 331(334)

<sup>2</sup> <http://www.coe.int>; Die Welt, 18.7.2018, <http://www..welt.de>; FAZ, 19.7.2018, <<http://www.faz.de>> (02.12.2020)

<sup>3</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Urteil vom 20.3.2018, Nr.13237/17; Şakir Alpay v. Turkey, Urteil vom 20.3.2018, No.:16538/18

<sup>4</sup> bknz.: <http://www.coe.int>> (02.12.2020)

<sup>5</sup> bknz.: <http://www.elysee.fr>> (02.12.2020)

Derogasyon, normal durumlarda uygulanan Konvansiyon hakları sınırlamalarının ötesine giden ilave sınırlamalara olanak vermektedir.<sup>6</sup> AİHM derogasyon bildirimini bağlamında öncelikle ilgili temel hakka ilişkin özel sınırlamaların olağanüstü hal önleminin hukuka uygun bir müdahale teşkil edip etmediğini değerlendirmektedir. AİHM ikinci adım olarak AİHK'nun 15.maddesine göre derogasyon için gerekli koşullarının bulunup bulunmadığını değerlendirmeye tabî tutmaktadır.<sup>7</sup>

Derogasyon'un şekli koşulları AİHK'nun 15.madde, 3.fıkrasında yer almaktadır. AİHM re'sen bu koşulları esas alarak derogasyon bildirimini değerlendirmektedir.<sup>8</sup> AİHK'dan sapmak isteyen devlet Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne kapsamlı bir şekilde alınan önlemleri ve bunun sebeplerini bildirir; bu bağlamda alınan önlemlerin ne zaman tekrar kaldırılacağı konusunda da bilgilendirme yapar (hangi temel haklardan sapılacağına bildirilmesine gerek bulunmamaktadır). AİHK'nun 15.maddesinin uygulanmasında 1.fıkra ve 2.fıkra da yer alan maddi koşullar önemli bir ağırlığa sahiptir. Bu hükümlere göre öncelikle bir olağanüstü durum gerekmektedir; savaş veya başka bir olağanüstü durum nedeniyle halkın yaşamına ilişkin bir tehdidin mevcut olması gerekmektedir. Buna ilaveten alınan önlemler mevcut durum ışığında mutlak olarak gerekli olmalıdır. Nihayet alınan önlemlerin Konvansiyon tarafı devletlerin Uluslararası Hukuk yükümlülükleri ile bağdaşması ve olağanüstü durum dışında bırakılan hakları etkilememesi gerekmektedir. Bu haklara hukuka uygun savaş eylemleri sonucu ortaya çıkan ölümler istisna olmak üzere yaşam hakkı (AİHK md.2), işkence ve insanlık dışı muamele yasağı (AİHK md.3), kölelik yasağı (AİHK md.4, fık.1), “*nulla poena sine lege*” (kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibi (AİHK md.7) ve ölüm cezası yasağı (AİHK'na ek 6 nolu protokolün 3.md. ve 13 nolu ek protokolün 2.md.) dahildir.

AİHK'nun 15.maddesine ilişkin temel sorun yargı denetiminin kapsamı ve dolayısı ile AİHM'nin rolüdür. Hangi ölçüde “judicial selfrestraint”in

<sup>6</sup> Johann, Christian: Kommentierung der Art. 18, 32 und 33 EMRK, bknz.: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer, EMRK Kommentar, 2.Aufl., C.H.Beck Verlag, München 2015, Art.15, Rn.9

<sup>7</sup> krş.t.: Ireland v. United Kingdom, 18.01.1978, Series A No.25, §191; A. and others v. United Kingdom, 19.2.2009, Reports of Judgements and Decisions, EGMR 2009-II, §161

<sup>8</sup> EGMR, Aksoy v. Turkey, 18.12.1996, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 1996-VI, §86

makul olduğu,<sup>9</sup> Konvansiyon devletlerinin “margin of appreciation” olarak ifade edilen takdir alanlarının kapsamının ne olması gerektiği bu bağlamdaki en önemli sorulardır.<sup>10</sup> Bunlar somut ifade ile yatay yetki taksimi olarak uluslararası yargı ve ulusal yetkiler arasındaki ilişki ve olağanüstü hal durumlarında yargının yürütme ve yasama üzerinde denetim yetkisidir. Konvansiyon tarafı devletlere tehlike ile etkin mücadele için AİHK’nun 15.maddesine göre kapsamlı bir takdir alanının bırakılmasının mı, yoksa insan haklarının olağanüstü durumlarda özellikle tehlikede olması nedeniyle yargı denetiminin daha yoğun yapılmasının mı daha doğru olduğu, olağanüstü halin demokrasiyi korumak için mi, yoksa demokrasiyi zayıflatmak veya yok etmek için bir araç olarak mı kullanıldığı sorularının cevabı bu bağlamda yaşamsal öneme sahiptir.<sup>11</sup>

## II – AİHM kararlarında kabul gören takdir alanı

“Margin of appreciation” doktrini AİHK’nun 15.maddesi çerçevesinde geliştirilmiştir.<sup>12</sup> İrlanda ve İngiltere arasındaki uyuşmazlık nedeniyle 1978’de AİHM tarafından verilen karar bu konudaki ilk adımı oluşturmuştur. AİHM vermiş olduğu kararla AİHK’nun 15.madde çerçevesinde yargı denetiminin sınırlarının açıklığa kavuşmasını sağlamıştır.<sup>13</sup> AİHM kararında *“it falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of (its) nation’ to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’ and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para.1 [...] leaves those authorities a wide margin of appreciation”* şeklinde ifade

<sup>9</sup> Mahoney, Paul: Judicial Activism and judicial selfrestraint in the European Court of Human Rights:

Two sides of the same coin, HRLJ 11(1990), s.57,80 vd.)

<sup>10</sup> Peters, Anne/Altwickler, Tilman.: Europäische Menschenrechtskonvention, 2.Aufl. 2012, JuS, CH Beck Verlag, München, Kap.3, Ziff.18

<sup>11</sup> Bernhardt, Rudolf: Internationale Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum, bkz.: Rudolf Bernhardt/Wilhelm Karl Geck/Günther Jaenicke/Helmut Steinberger [Hrsg.], Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, FS für Herman Mosler, 1983, 756(86)

<sup>12</sup> Michael O’Boyle, The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15; Ritual Incantation or Principle?, HRLJ 19(1998), 23(24)

<sup>13</sup> EGMR, Ireland v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A No.25, §201  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

edildiği gibi takdir alanının sınırsız olmadığı görülmektedir. AİHM Konvansiyon üyesi devletlerin krizle mücadelede gerekli olanın ötesine geçip geçmediklerini denetleme yetkisine sahiptir.<sup>14</sup> Olağanüstü durumla bağlantılı olarak AİHK'nun 15.md. muvacehesinde verilen bu karar Konvansiyon devletlerine bırakılan takdir yetkisinin sadece makullük denetimini öngören bir içtihadın oluşmasına yol açmıştır. AİHM alınan önlemlerin mutlak gerekliliğini denetlerken ölçülülük denetimi bakımından çekingen davranmaktadır.

### **1 – Olağanüstü hal - Takdir Alanı ve Makullük denetimi**

AİHK'nun 19.madde, 1.fıkrasına göre savaş veya diğer bir kamusal olağanüstü halin halkın yaşamını tehdit etmesi durumunda olağanüstü durum söz konusudur. AİHM'nin içtihadına göre tüm halk bakımından sonuçları olan ve toplumun kamusal yaşamını tehdit eden alışılmışın dışındaki krizler veya olağanın dışındaki haller olağanüstü durum olarak kabul edilmektedir.<sup>15</sup> Bu krizlerin özelliği güncel veya doğrudan mevcut olmalarıdır. Bu krizler Konvansiyonun ulusal güvenliğinin, sağlığını korunması için olağan önlemlerle mücadele edilmesine izin verdiği krizlerden farklıdır. Kamusal olağanüstü hale ilişkin bu tanıma rağmen AİHM şimdiye dek somut hiçbir durumu bu tanım ışığında değerlendirmemiştir. Bu durum Konvansiyon taraflarına Konvansiyon tarafından tanınan kapsamlı takdir alanından ileri gelmektedir.<sup>16</sup>

AİHM içtihadında Konvansiyon devletlerinin takdirlerinin yüzeysel olarak bir nedensellik denetimine tabî kılındığı görülmektedir.<sup>17</sup> Tehdidin yoğunluğu inceleme konusu yapılmamaktadır. Türkiye'nin 2016 yılında yapmış olduğu derogasyon bildirimine ilişkin AİHM'nin aktüel içtihadı bu durumu teyit etmektedir. AİHM 2016 Temmuz'da gerçekleştirilen darbe

<sup>14</sup> von Ungern-Sternberg, Antje: Die Konsensmethode des EGMR-Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und innerstaatliche Demokratieprinzip, AVR 51(2013), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, s.312 vd.); EGMR, Ireland v. United Kingdom, §207

<sup>15</sup> EGMR, Lawless ve Ireland (No.3), 1.7.1961, Series A No.3, §28-37

<sup>16</sup> bkz.: EGMR, Ireland v. United Kingdom, §207

<sup>17</sup> Krieger, Heike: Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität? bkz.: Rainer Grote/Thilo Marauhn: EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd.I, 2.Aufl. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, Kapitel 8

girişimine bağlı olarak ilan edilen olağanüstü hali, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan tespite istinaden kabul etmiştir.<sup>18</sup>

Aynı şekilde Kuzey İrlanda'da ve İngiltere'de İrlanda Cumhuriyet Ordusunun (IRA),<sup>19</sup> Türkiye'de PKK'nın<sup>20</sup> ve El Kaide'nin 11 Eylül 2001'den sonraki terör tehditleri olağanüstü durum olarak kabul edilmiştir. İngiltere ile ilgili kararı 2009'da Büyük Daire vermiştir.<sup>21</sup> Bu karar dikkat çekici şekilde Konvansiyon tarafı devletlerin kapsamlı takdir alanını özel olarak açıkça ortaya koymaktadır. İngiltere 2001'de El Kaide'nin terör tehditleri nedeniyle olağanüstü duruma istinat etmiştir.<sup>22</sup> AİHM bunu kabul etmiştir. AİHM kararına göre sadece bir tehdidin mevcudiyeti olağanüstü durumun kabulü için yeterlidir. Konvansiyon devletlerinin felaket yaşanmadan önlem alabilmelerini teminen krizin, olağanüstü durumun an itibariyle mevcut olması istenmemektedir.<sup>23</sup> Tehdidin yoğunluğu ile bağlantılı olarak AİHM devletin kurumsal yapısının, işlevinin mutlaka tehdit altında olması gerekmemektedir.<sup>24</sup> Diğer devletlerin benzer tehdit durumlarında aynı şekilde olağanüstü hal ilân etmelerinin olası olması da bu bağlamda ölçü olmamaktadır.<sup>25</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu'nun 1969 tarihli Yunanistan için hazırlamış olduğu rapor bu bağlamda özel bir durum teşkil etmektedir. Cunta hükümeti Yunanistan'da askeri darbe ertesini 1967'de olağanüstü hal ilân etmiş ve bir dizi temel hakkı uygulama dışı bırakmıştır. Komisyon hazırlamış olduğu raporda olağanüstü hal durumunu reddetmiştir. Raporda, olağanüstü halin mevcudiyeti ile ilgili ispat yükünün Yunan hükümetine ait olduğu ve Yunan hükümetinin de bu yükümlülüğü yerine getirmediği ifade edilmiştir.<sup>26</sup>

## 2 – Mutlak gereklilik

AİHM olağanüstü hal durumunun mevcut olup olmadığına ilişkin incelemeye nazaran önlemlerin alınmasının mutlak gerekli olup olmadığını

<sup>18</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Urteil vom 23.3.2018, Nr.13237/17, Şahin Alpay v. Turkey, Urteil vom 20.3.2018, Nr.16538/18

<sup>19</sup> EGMR, Irland v. United Kingdom, §205

<sup>20</sup> Demir v. Turkey, 23.09.1998, Reports of Judgements and Decisions, EGMR 1998-VI, §45

<sup>21</sup> EGMR, A. and others v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A No.25, §177-181

<sup>22</sup> House of Lords, Judgement – A(FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), 16.12.2004

<sup>23</sup> EGMR, A. and Others v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A. No.25, §177

<sup>24</sup> EGMR, A. and Others v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A. No.25, §179

<sup>25</sup> EGMR, A. and Others v. United Kingdom, 18.1.1978, Series A. No.25, §180

<sup>26</sup> "Greek Case": Berichte vom 5.11.1969, Nr.3321/67, §154



daha detaylı incelemektedir.<sup>27</sup> AİHM bu çerçevede sadece önlemlerin makullüğü denetimi değil, temkinli bir ölçülülük denetimi gerçekleştirmektedir. AİHM kararlarında devletlerin kapsamlı takdir alanına sahip olduğunu vurgulasa da, ölçülülük denetimini daima daha kapsamlı ve detaylı yapma yolunda bir yaklaşım ortaya koymaktadır.<sup>28</sup> AİHM 2009 tarihli A. and Others v. United Kingdom davasında, AİHK'nun 5.maddesi için söz konusu olduğu gibi bir temel haktan sapma durumunda, bunun olağanüstü durumla mücadele için alınan bir önlem olup olmadığı, bu önlemin tüm kapsamı ile olağanüstü durumun koşulları ışığında savunulmasının mümkün olup olmadığı, bunun kötüye kullanılmasına karşı iç hukukta uygun önlemler bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu kriterlere rağmen ölçülülük denetiminin ve takdir alanının kapsamı belirsiz kalmaktadır.

AİHK'nun 15.maddesine ilişkin AİHM'nin yeni kararlarına bakıldığı zaman AİHM'nin alınan önlemlerin mutlak gerekliliğini reddettiği görülmektedir. İlk kez olarak 1996 tarihli Aksoy - Türkiye davasında ve daha sonra 20.3.2018 tarihli Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay - Türkiye davasında bu durumun teyit edildiği görülmektedir. Aksoy - Türkiye davasında belli suçlarla bağlantılı olarak şüpheli durumda olan kişiler söz konusu olan olağanüstü hale istinaden 30 güne yakın bir süre mahkemeye çıkarılmaksızın gözaltında tutulmuştur.<sup>29</sup> Bu süre zarfında davacı avukatı, arkadaşları, doktoru, akrabaları ile görüştürülmemiştir. AİHM AİHK'nun 5.madde, 3.fıkrasının ihlâlini kabul etmiştir. Gözaltında bulunan kişilerin mahkemeye çıkarılması için 1988 tarihli Brogan - İngiltere davasında kabul edilen zamansal sınırlama (4 gün 6 saat) aşılmıştır.<sup>30</sup> Türkiye bu önlemi AİHK'nun 15.madde çerçevesinde PKK ile yapılan terör mücadelesine istinat ettirmiş, PKK üyelerinin sorgulamalara direndiklerini bu nedenle söz konusu önlemin mutlaka gerekli olduğunu, PKK üyelerinin gizli haberleşme ağlarının olduğunu, büyük kaynaklara erişim imkânlarının olduğunu ve komşu ülkelerden yardım aldıklarını dile getirmiştir.<sup>31</sup> AİHM bununla beraber bu önlemin mutlak olarak gerekli olduğunu kabul etmemiştir.<sup>32</sup> AİHM kararını özellikle uzun gözaltı süresine ve keyfi muamelelere istinat

<sup>27</sup> Harris, David J./O'Boyle, Michael/Bates, Edward P./Buckley, Carla C.: Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press,3.Aufl. 2014, 837

<sup>28</sup> O'Boyle, Michael: EHRLR 16(2016), 331(334)

<sup>29</sup> EGMR, Aksoy v. Türkiye , §29,71

<sup>30</sup> EGMR, Brogan and Others v. United Kingdom, 29.11.1988, Series A No.145-B, §62

<sup>31</sup> EGMR, Aksoy, §72

<sup>32</sup> EGMR, Aksoy, §76-87

ettirmiştir. Davacı dış dünya ile ilişkisinin kesilmiş olması nedeniyle gözaltında iken tam olarak savunmasız kalmıştır. Bunun ötesinde Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu'daki somut koşulların gözaltında bulunan kişilerin sorgu hâkimine çıkartılmasını imkânsız kıldığı gerekçesi kabul görmemiştir. Bu içtihadı AİHM Türkiye'ye karşı açılan diğer davalarda verdiği kararlarında teyit etmiş ve geliştirmiştir.<sup>33</sup> AİHM Büyük Dairesi A. u.a. -. İngiltere davasında verdiği kararda aynı şekilde alınan önlemlerin mutlak gerekliliğini reddetmiştir. İngiltere tarafından ihdas edilen bir kanunda hakkında herhangi bir tutuklama nedeni bulunmayan terör şüphelisi yabancıların, sınır dışı edilme olanağı bulunmadığı takdirde gözaltına alınması kabul edilmiştir. Bu bağlamda AİHK'nun 5.madde, 1.fıkra, 1.bendinin ihlâli gündeme gelmektedir. House of Lords bu önlemin mutlak gerekli olmadığını, önlemin caiz olmayan bir şekilde İngiliz vatandaşları ve yabancılar arasında ayırma yol açtığını tespit etmiştir. Bu hareket noktasını AİHM de benimsemiştir. AİHM prensip olarak AİHK veya AİHM içtihadı yanlış yorumlanmadığı veya açık olarak mantık dışı olmadığı takdirde ulusal mahkeme kararlarında yapılan tespitlerle bağlı olma yaklaşımını benimsemektedir.<sup>34</sup>

AİHM yeni kararlarından biri olarak Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay - Türkiye davasında alınan önlemlerin mutlak gerekli olduğunu kabul etmemiştir. Bu dava ile ilgili AİHM kararı A.u.a.- İngiltere davasında olduğu gibi yeni bir içerik incelemesine gerek olmaksızın Türk Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal önleminin gerekliliğini kabul etmemiş olmasına ve Türk hükümetinin ikna edici yeni kanıtlar sunmamasına istinat ettirilmiştir.<sup>35</sup> Kararda önem taşıyan ifadelerin iki paragrafta toplandığı, ikinci paragrafın da birinci paragrafta gönderme yaptığı görülmektedir.<sup>36</sup> Verilen karar 15.07.2016 tarihli darbe girişiminden sonra darbe girişimine katılma suçu isnat edilerek tutuklanan ve gözaltında bulunan iki Türk gazetecisine ilişkindir. Suç kanıtı olarak gazetecilerin yazdıkları makaleler ve televizyonda yaptıkları beyanlar esas alınmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi yapılan tutuklamanın Türk Anayasası tarafından garanti edilen özgürlük ve güvenlik, düşünce ve basın özgürlüğü haklarını ihlâl ettiğini saptamış; dolayısı ile gazetecilerin düşünce özgürlüğüne ve basın özgürlüğüne istinat eden faaliyetlerinin suç işlediklerine ilişkin yeterli bir

<sup>33</sup> EGMR, Demir v. Turkey, 23.09.1998, Reports of Judgements and Decisions, EGMR 1998 – VI, §45

<sup>34</sup> EGMR, A. and Others, §174

<sup>35</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan, §140; Şahin Alpay, §119

<sup>36</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan, §140; Şahin Alpay, §119 ve 183

şüphe oluşturmadığını kabul etmiştir. AİHM Anayasa Mahkemesinin görüşünü takip ederek ikna edici kanıtlar olmaksızın tutuklama yapılmasının özgürlük ve güvenlik haklarını ihlâl ettiğini ve tutuklama kararı verilmesinin somut durumda ölçülülük esasına uygun olmadığını karara bağlamıştır.<sup>37</sup>

Aynı durum AİHK'nun 10.madde muvacehesinde korunan düşünce özgürlüğüne ilişkin derogasyon bakımından geçerlidir.<sup>38</sup> Bu konuda AİHM'nin açıklamaları oldukça sınırlıdır; AİHM kararında sadece AİHK'nun 5.maddesine ilişkin derogasyon bildirimini için yapmış olduğu açıklamaya gönderme yapmıştır.<sup>39</sup> Bu çerçevede Kuzey İrlanda uyuşmazlığı bağlamında alınan önlemlerin AİHM tarafından mutlak gerekliliğinin kabul edildiği görülmektedir. AİHM'nin bu uyuşmazlığa ilişkin son önemli kararı 1993 tarihli Brannigan ve McBride - İngiltere davasında verdiği kararı teyit eden 2001 tarihli Genel Kurul kararıdır.<sup>40</sup> Bu kararda İngiltere hükümetinin takdir hakkı şimdiye dek verilen kararlarda kabul edilen takdir hakkının kapsamından çok daha kapsamlı kabul edilmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta kimi terör eylemi şüphelilerinin gözaltı sürelerinin mahkemeye çıkartılmaksızın ve yargısal denetim olmaksızın 5 güne kadar uzatılması dava konusu olarak AİHM tarafından ele alınmıştır. Şikâyetçilerden biri somut olayda 6 gün, 14 saat, 3 dakika, diğer ise 4 gün, 6 saat ve 25 dakika yargıç tarafından sorgulama yapılmaksızın gözaltında kalmıştır. İngiltere gözaltı süresinin uzatılması kararının güvenilir bilgilere istinat ettiğini, gözaltında bulunanların avukatlarının onları tehlikeye sokmamak için bilgilendirilmediğini ve önemli bilgilere ulaşılmasının süre uzatımı olmadan mümkün olmamasını gerekçe olarak ileri sürmüştür. Bunun ötesinde İngiltere mahkeme kararıyla gözaltı süresinin uzatılmasının, yargının soruşturma prosedürünün bir parçası gibi bir görüntüye yol açabileceğine, bunun da yargı bağımsızlığına gölge düşürebileceğine işaret etmiştir.<sup>41</sup> Bu gerekçeler mahkeme heyetinin çoğunluğu tarafından bu konuda bir inceleme yapılmaksızın kabul edilmiştir. AİHM kararında hangi önlemlerin bilgilere ulaşmak için daha uygun olduğu konusunda inceleme yapmanın kendi görevi olmadığını; gözaltına almakla ilgili yetkilerin kötüye kullanılmasına karşı İngiliz hukukunda yeterli önlemlerin bulunduğunu, şikâyetçilerin süre uzatımı nedeni ile olmasa da, gözaltına alınma nedeni ile avukatlarına başvurarak

<sup>37</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan, §140; Şahin Alpay, §119

<sup>38</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan, §214; Şahin Alpay, §183

<sup>39</sup> EGMR, Şahin Alpay, §183

<sup>40</sup> Plenum; EGMR Marshall v. United Kingdom, Nr.41571/98/Ziff.B

<sup>41</sup> EGMR, Brannigan v. McBride, §56

yargısal denetim talep etme haklarının bulunduğunu gerekçe olarak ifade etmiştir.<sup>42</sup> İngiltere Kuzey İrlanda uyuşmazlığına ilişkin derogasyon bildirimini 1984’de geri almıştır. İngiltere 1988’de gözetli uygulamaları nedeniyle AİHM tarafından mahkûm edilmiştir.<sup>43</sup>

### III – Farklı alanlar için yeni kriterler

AİHM içtihatında farklı alanlara ilişkin olarak zımnen kabul ettiği yeni yaklaşımın yerinde olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu çerçevedeki ölçünün oldukça soyut ve belirsiz tutulduğu görülmektedir. Bu nedenle alınan somut önlem mutlak gereklilik icabı alınan bir önlem mi olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu bağlamda Konvansiyon tarafı devletlere olağanüstü hale istinat eden derogasyon bildirimini bakımından kapsamlı bir takdir alanının bırakıldığı ve yargısal denetimin makullük ölçüsü ile sınırlandırıldığı görülmektedir.<sup>44</sup> Alınan önlemin mutlak gerekliliği bağlamında ise prensip olarak Konvansiyon devletlerine daha sınırlı bir takdir alanı tanınmaktadır. AİHK’nun 15.maddesinin gerekliliklerini daha iyi karşılayabilmek için AİHM takdir alanıyla ilgili yeni kriterler geliştirmiştir.

#### 1 – Olağanüstü hal durumu - geniş takdir alanı

Konvansiyon tarafı devletlere tehlike durumlarının olağanüstü hal olarak kategorize edilmesi bağlamında geniş takdir hakkı bırakılmaktadır. Bu çerçevede alınan kararlar Konvansiyon tarafı devletlerin egemenliklerine ilişkindir; bu nedenle bu kararlar ulusal parlamentolar tarafından alınır; Konvansiyon tarafı devletler geniş takdir alanına sahiptir. Alınan önlemlerin makul olması ve gerçek bir olağanüstü hal durumunun mevcudiyeti bu takdir alanının sınırlarını oluşturmaktadır. Konvansiyon tarafı bir devletin ülkesinde gerçekten tehlikeli özel bir durumun söz konusu olmaması veya olağanüstü durum ilanı olanağının kötüye kullanılması bu takdir alanının sınırlarını teşkil etmektedir. Tehlikeli bir durumun mevcudiyetinin takdiri genel olarak siyasi karar konusudur; tehlikeli durumun istisnai ağır bir durum olarak kategorize edilmesi, diğer bir ifade ile halkın genel güvenliği için bir tehlike olarak değerlendirilmesi birçok

<sup>42</sup> EGMR, Brannigan und McBride, § 62-65

<sup>43</sup> EGMR, Brogan and Others v. United Kingdom, 29.11.1988, Series A, No.145-B, §58-62).1989’da İngiltere yeniden bir derogasyon bildirimini yapmıştır. Brannigan ve McBride davası bu nedenle AİHM’nin önüne gelmiştir. AİHM İngiltere’nin uygulamasını bu kez ancak terörle mücadelede gerekli önlem olarak mütalâa etmiştir (EGMR, Brannigan und McBride v. United Kingdom, 25.05.1993, Series A, No.258-B, §51)

<sup>44</sup> Krieger, Heike: Kap.8, Rn.13  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

faktöre bağlı tahmini bir karardır. Halkını tehlikelerden korumak her devletin en önemli görevi ve sorumluluğudur. AİHM'ne göre somut durumun bir tehlike teşkil edip etmediğinin uluslararası yargıçlara nazaran ulusal merciler tarafından daha doğru takdir edilmesi mümkündür. Ulusal merciler AİHM'den farklı olarak ulusal güvenlik birimleri üzerinden aldıkları bilgilerle somut durumu daha iyi değerlendirme olanağına sahiptir.<sup>45</sup> Olağanüstü bir durumun bulunması yahut bulunmaması bununla beraber somut önlemin gerçekten caiz olduğunu yahut caiz olmadığını göstermemektedir. Bunun ancak alınan önlemin mutlak gerekliliği ışığında belirlenmesi mümkündür.

AİHM tarafından kabul edilen bu yaklaşım “margin of appreciation” doktrininin geri planında yer alan kendi varlığını korumaya ilişkin pragmatik düşünceye istinat etmektedir.<sup>46</sup> AİHM'nin sahip olduğu otoriteyi koruması, kararlarının üye devletler tarafından saygı görmesine bağlıdır.<sup>47</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kararların icrasına matuf olarak sahip olduğu yaptırım mekanizmasının sadece tamamlayıcı bir fonksiyonu bulunmaktadır. AİHM'nin olağanüstü durumu kabul etmemesi durumunda ulusal egemenliğin özünün tehlikede olmasına istinaden Konvansiyon tarafı devletin karara uymama, hatta Konvansiyondan çekilme tehlikesi ortaya çıkmaktadır.<sup>48</sup> Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun olağanüstü hal durumunu reddetmesi üzerine Yunanistan Cunta yönetiminin AİHK'dan çekilme örneğinde yaşanmıştır. AİHK'nun 58.madde, 1.fikrasına göre Konvansiyon tarafı devletler Konvansiyon'un yürürlüğe girmesinden itibaren 5 yıl geçtikten sonra 6 ay önceden haber vermek kaydıyla Konvansiyon'dan çekilme hakkını kullanabilir.

## **2 – Mutlak gereklilik - daha sıkı ancak farklı denetim**

AİHK'nun 15.maddesine göre bir önlemin mutlak olarak gerekli olup olmadığı yargı denetimi ile ortaya konulabilir. Sadece bir makullük denetiminin yapılması yeterli değildir. Bu bağlamda yukarıda işaret edilen içtihadı uygun olarak bir ölçülülük denetiminin yapılması gerekmektedir. Özel kriz durumlarında mutlak gereklilik kriteri ışığında Konvansiyon

<sup>45</sup> Bernhardt, Rudolf: FS für Herman Mosler, 1983, 756(86)

<sup>46</sup> Peters, Anne/Altwickler, Tilman: C.H.Beck Verlag, München, Kap.3, Ziff.18

<sup>47</sup> Engel, Norbert Paul: Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 30 (2003), N.P.Engel Verlag, Kehl am Rhein, 122

<sup>48</sup> Schmal, Stefanie: Derogation von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen, bkz.: Dieter Fleck, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, Nomos Verlag, Baden-Baden, 125

haklarından sapma yetkisinin kullanılmasında takdir hakkının derogasyon yapan üye devlete bırakılması mümkün değildir. AİHM'nin olağanüstü durumlarda da Konvansiyon haklarının etkin temini için sıkı bir denetim yapması gerekmektedir. Bu bağlamda krizin ağırlığı, olağanüstü durumun süresi, AİHK'da yer alan haklardan ne ölçüde sapıldığı dikkate alınması gereken hususlar arasında değerlendirilir. Değerlendirilecek önemli konular arasında olağanüstü halin kötüye kullanılmasına karşı uygun önlemler olup olmadığı ve etkin bir yargı denetiminin bulunup bulunmadığı da yer almaktadır.<sup>49</sup> Söz konusu bu son denetim kriteri olağanüstü hal durumlarında da hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı prensibinin belli bir ölçüde korunmasına ve dolayısıyla demokrasiye hizmet etmektedir. AİHM'nin bu nedenle yeni içtihadında özellikle olağanüstü halin kötüye kullanılıp kullanılmadığı yönündeki denetime ağırlık verdiği görülmektedir.<sup>50</sup> Bu bağlamda söz konusu olan takdir alanının kapsamının tayininde esas alınan kriterlere aşağıda yer verilmektedir.

#### a) Derogasyon yapan devletin durumu

Takdir alanının kapsamının tayininde olağanüstü durumun niteliği önemli bir kriter teşkil etmektedir. Olağanüstü durumun demokrasiyi korumaya mı, demokrasiyi tehlikeye sokmaya mı matuf olduğu, olağanüstü durumun süresi, ulusal yargının fonksiyonunu gösterip göstermediği, azınlıkların ayrımcı muameleye uğrayıp uğramadığı bu bağlamda esas alınan kriterler olarak karşımıza çıkmaktadır.

aa) Demokrasiyi tehlikeye sokan – demokrasiyi korumaya matuf olağanüstü hal

Bir tehlike durumuna ön almak amacıyla Konvansiyon tarafı devletlerin koruma önlemleri alması mümkündür. Bu önlemler prensip olarak demokratik düzenin korunması veya yeniden tesisi için alınan önlemlerdir. Böyle bir durumda prensip olarak kapsamlı bir takdir alanından hareket edilmektedir. Demokrasiyi korumaya matuf olağanüstü durumlar özellikle belli bir tehlike ile mücadele için zamanla sınırlı olarak alınan parlamento ve yargı denetimine tabî münferit önlemler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumlarda demokratik sistemi değiştiren ve anayasal düzeni yeniden düzenleyen kapsamlı sürekli önlemler ya hiç öngörülmez, ya da çok dar kapsamda karşımıza çıkar (örneğin, parlamentonun ana yetkilerinin sürekli olarak yürütmeye devredilmesi gibi). Bu tür bir demokrasiyi korumaya

<sup>49</sup> EGMR, A. and others v. United Kingdom, 19.02.2009, Reports of Judgements and Decisions, EGMR 2009-II, §178

<sup>50</sup> Niemitz v. Germany, 16.12.1992, Series A No.251-B, §37  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

matuf olağanüstü hal Fransa'da 13.11.2015'de gerçekleştirilen terör eyleminden sonra 14.11.2015'de ilan edilmiştir. Fransa 24.11.2015'de AİHK'nun 15.maddesi muvacehesinde derogasyon bildirimini yapmıştır.<sup>51</sup> Fransa'nın ilan ettiği olağanüstü halin iç hukuktaki dayanağı ve olağanüstü halin hukuki sonuçları 60 yıl kadar eski olağanüstü hal kanununda düzenlenmiştir.<sup>52</sup> Olağanüstü halin önemli etkisi temel haklara yürütmenin müdahale yetkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Fransız olağanüstü hal kanununda da bu müdahaleler düzenleme konusu yapılmıştır. Yürütme organının bu yetkilerinin en önemlileri arasında yürütmenin yargı kararı olmaksızın bir süreliğine önleyici olarak ev hapsi cezası verme yetkisi, gece ve gündüz yargı kararı olmaksızın ev arama yetkisi karşımıza çıkmaktadır. Fransız İç İşleri Bakanlığının verdiği bilgilere göre iki yıl içinde 4.457 ev araması gerçekleştirilmiş ve 752 kişi ev hapsinde tutulmuştur.

Olağanüstü hal döneminde alınan önlemler münferit durumlarda idare mahkemesi tarafından hukuka uygunluk ve özellikle yerindelik denetiminden geçirilmiştir. Yürütme bu şekilde yargı üzerinden denetlenmiştir. Yürütmenin olağanüstü hal kanununda düzenlenen yetkileri 9 kez Fransız Anayasa Mahkemesi kararlarının konusu olmuştur. Fransız Anayasa Mahkemesi 7 kararında kimi düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmuştur; bunun sonucu olarak 1955 tarihli olağanüstü hal kanunu değişikliğe uğramıştır. Bu şekilde Fransa'da hukuk devleti karakteri olağanüstü durumda da korunabilmiştir. Bunun dışında kapsamlı parlamento denetimi devam etmiştir. Fransız Parlamentosu ilk kez 20.11.2015'de ve 5 kez daha olağanüstü halin uzatılmasını karara bağlamıştır. Yürütmenin olağanüstü hal durumunda sahip olduğu özel yetkilerin tür ve kapsamı konusunda karar verme yetkisini Fransız Parlamentosu kullanmıştır. Yürütmenin tasarruflarının hukuki dayanağı olan olağanüstü hal kanunu olağanüstü hal esnasında Parlamento tarafından birçok kez değişikliğe uğramıştır. Buna ilave olarak yürütmenin olağanüstü hal döneminde alınan tüm önlemler hakkında Parlamento, Ulusal Meclisi ve Senatoyu bilgilendirme mükellefiyeti yerine getirilmiştir. Bütün bu dikkate getirilen hususlar, Fransa'da olağanüstü hal döneminde alınan önlemlerin demokratik düzenin yok edilmesi yahut demokratik düzene zarar verilmesi için alınmadığını ortaya koymaktadır. Aynı şekilde Fransa'da siyasi sistemi değişikliğe uğratan anayasa değişiklikleri de yapılmamıştır.

<sup>51</sup> bkz.: <https://www.legifrance.gouv.fr> (02.12.2020)

<sup>52</sup> 03.04.1955 "Loi relatif à l'Etat d'urgence" (*olağanüstü hal*); bkz.: <https://www.legifrance.gouv.fr> (02.12.2020)

Devlet başkanı anayasanın 16.maddesinde yer alan olağanüstü hal durumlarında kullanabileceği yetkileri de kullanmamıştır.

Demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü hal durumlarında ise olağanüstü durumda alınan önlemlerin demokrasiye yönelik tehdit ve tehlikeleri önlemeye matuf olarak değil, demokrasiyi yok etmek veya demokratik yapıyı zayıflatmak için alınması söz konusudur.<sup>53</sup> Bu durumun münferit bir durumda tespiti oldukça zordur ve daima tahmini bir karar olma ihtimali vardır. Şüphesiz bu bağlamda tarihi tecrübeler ışığında objektif ipuçlarının elde edilmesi mümkündür. Bu tür veriler bulunduğu nispette takdir alanının da daraldığı görülmektedir. Takdir alanının sınırı AİHK'nun sistematüğinden, anlam ve amacından istihraç edilmektedir. AİHK'nun 15.maddesi muvacehesinde demokratik devlet yapısının korunmasına ve devamına hizmet eden önlemlerin AİHK ile bağdaştığı kabul edilmektedir.<sup>54</sup> Bu durumu Konvansiyonda yer alan temel özgürlüklerin en iyi gerçek bir demokratik (siyasi) düzende temin edileceği inancını lâfzen dile getiren AİHK'nun dibacesi teyit etmektedir. Aynı şekilde Konvansiyonun 17.maddesi de Konvansiyon'un, Konvansiyon'da yer alan hak ve özgürlükleri yok edecek şekilde yahut onları Konvansiyonda öngörülenin ötesinde sınırlayacak şekilde yorumlamaya izin vermediğini öngörmektedir. AİHK'nun 18.maddesinde hak ve özgürlüklere ilişkin caiz sınırlamaların sadece öngörülen amaçlarla sınırlı olarak gerçekleşebileceği kabul edilmiştir. Bu durum demokratik toplumsal yapıya vurgu yapan Konvansiyon hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasına ilişkin düzenlemelerde de açık şekilde teyit edilmektedir (AİHK md.8-11). AİHM içtihadında da sıklıkla demokrasinin AİHK ile bağdaşan yegâne yönetim şekli olduğu vurgulanmaktadır.<sup>55</sup> Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay - Türkiye davasında verilen kararda aynı yönde ifadeler yer almaktadır. AİHM kararlarında *obiter dictum* (yaklaşım olarak) olağanüstü durumlarda alınan önlemlerin demokratik düzenin korunmasına matuf olması gereğine işaret etmektedir.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Questiaux,Nicole: Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency, UN Doc E/CN4/2 of 27.07.1982, §129 vd.

<sup>54</sup> Stein,Torsten: Die Ausserkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge, bkz.: Irene.Maiyer/ Jürgen Schmude, Europäischer Menschenrechtsschutz: Schranken und Wirkungen, 1982, Verlag Müller C.F. Heidelberg, s.135;

Kitz, Heinz-Eberhard: Die Notstandsklausel des Art.15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Verlag Duncker&Humblot, Berlin 1982, s.72

<sup>55</sup> EGMR, Ždanov v. Latvia, Urteil vom 16.03.2006, Nr.98278/00, §98

<sup>56</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan-Şahin Alpay, §180



Yürütmenin olağanüstü dönemde aldığı önlemler üzerinde yargısal ve/veya parlamento denetiminin eksikliği, yokluğu demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum örneği oluşturmaktadır. Buna ilave olarak yasamanın genel olarak fonksiyonunu yapamaması, çok sınırlı olarak normal fonksiyonlarını yerine getirebilmesi ve parlamentonun görevlerinin yürütme tarafından üstlenilmesi<sup>57</sup> ve yürütmenin kapsamlı şekilde sürekli etki gösteren kararnamelerle düzenlemeler yapması demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum önlemlerine örnek teşkil etmektedir.<sup>58</sup> Demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum önlemlerinin bir diğer örneğini ise demokratik düzen için inşai karakteri olan düşünce özgürlüğü gibi temel hakların ortadan kaldırılması veya kapsamlı şekilde sınırlanması vermektedir.<sup>59</sup>

Olağanüstü hal durumunda mevcut siyasi sistemi, demokratik hukuk devleti düzenini kısmen ortadan kaldırmak veya bir diktatörlük rejimine dönüştürmek amacıyla anayasa değişikliği yoluyla düzenlemeler yapılması demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum örneği teşkil etmektedir. Bu şekilde sınırsız yahut sınırlı tekel nitelikli yetkilerin bir kişi, kişi grubu yahut partide toplanması temin edilmektedir.<sup>60</sup> Bu bağlamda özellikle parlamentoya ait asli yetkilerin yürütmeye devrini sağlayan, yargının yetkisini sınırlayan ve/veya kuvvetler ayrılığı prensibini büyük ölçüde sınırlayan yahut yok eden anayasa değişiklikleri örnekleri önem taşımaktadır; bu nedenle kimi anayasalar olağanüstü hal durumlarında anayasa değişikliğini yasaklamaktadır.<sup>61</sup> Bu çerçevede yapılan anayasa değişikliğinin en açık ve çarpıcı örneğini 24.3.1933 tarihli “das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (yetki kanunu)” vermektedir.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Lillich, Richard Bonnot: The Paris Minimum Standards of Human Rights. Norms in a State of Emergency, AJIL 79 (1985), 1072(1074)

<sup>58</sup> krş.: Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu görüşü için bkz.: Opinion on Emergency Decree Laws Nos.667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15.07.2016, Adopted by the Venice Commission at its 109<sup>th</sup> Plenary Session (Venedig, 9 – 10.12.2016), §155

<sup>59</sup> EGMR, Handyside v. United Kingdom, 7.12.1976, Series A No.24, §49; Editions Plon v. France,

Urteil vom 18.04.2004, Nr.58148/00, §42; BVerfGE 5, 85(205) – KPD Verbot; BVerfGE 7, 198(208)

<sup>60</sup> diktatörlük kavramı için bkz.: Heun, Werner/Honecker, Martin/Morlok, Martin/Wieland, Joachim: Evangelisches Staatslexikon, Stichwort Diktatur, 2006, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 378 vd.

<sup>61</sup> bkz.: Portekiz Anayasası md.289; İspanya Anayasası md.157; Ukrayna Anayasası md.157, fık.2; Belçika Anayasası md.169

<sup>62</sup> bkz.: Reichsgesetzblatt 1933, Nr.25,141; söz konusu yetki kanunu ile tüm Weimar Anayasası prensip olarak ortadan kaldırılmıştır

Bunun ötesinde olağanüstü durumun keyfi tutuklamalar ve/veya işten çıkarmalar yoluyla muhalefetin susturulmasına, korku ve yıldırma yolunun uygulanmasına, olağanüstü hal ilanına neden olan tehlike ile alâkası olmayan muhalif medya veya kuruluşların yasaklanmasına yol açıp açmadığı, alınan önlemlerle bağlantılı olarak serbest tartışma olanağının olup olmadığı esas alınarak bütünü itibarıyla değerlendirilmesi gerekmektedir. Demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü durum söz konusu olduğu takdirde alınan önlemlerin mutlak gerekliliğinin incelenmesinde prensip olarak Konvansiyon devletlerinin dar takdir alanından hareket edilmektedir.

bb – Olağanüstü halin süresi

Olağanüstü hal süresi tek başına Konvansiyon devletlerinin takdir alanının sınırlanmasında “*per se*” bir ölçü değildir.<sup>63</sup> Sürekli bir olağanüstü halin bununla beraber olağanüstü halin normal hale gelmesine yol açması nedeniyle kendi kendisi ile çelişkili bir durum yarattığı kabul edilmektedir.<sup>64</sup> Bunun ötesinde uzun süren bir olağanüstü hal temel hakların uzun süreli sınırlanmasına yol açması nedeniyle de sakıncalıdır. Tehlike durumunun uzun süreli olması devletin varlığı bakımından da tehlike yaratır. Olağanüstü halin süresi bununla beraber tek başına takdir alanının sınırlanmasında ölçü değildir. Takdir alanının sınırlanmasında bu nedenle başka kriterler de gerekmektedir.

cc – Ulusal yargının fonksiyon yeteneği

Demokrasiyi tehlikeye sokan bir olağanüstü halin söz konusu olup olmadığı bağlamında ulusal yargının fonksiyon yeteneği diğer bir kriter oluşturmaktadır. Ulusal mahkemelerin olağanüstü hale ilişkin önlemler için etkin denetim yapma olanağı bulunduğu takdirde prensip olarak geniş bir takdir alanından söz edilmektedir. Kimi yazarlar olağanüstü hal durumunda mahkemelerin genel olarak yürütmeyi olması gerektiği gibi denetleme yetkisinin olmadığından hareket etmektedir.<sup>65</sup> AİHM bireylerin olağanüstü durumlarda temel hak müdahalelerine karşı yargı yoluyla kendilerini koruyabildikleri ve mahkemelerin temel hak müdahalelerinin ortadan kaldırılmasını mümkün kılacak şekilde bağımsız ve tarafsız olarak faaliyet

<sup>63</sup> bkz.: EMRG, Brannigan und McBride v. United Kingdom, 25.05.1993, Series A No.258-B, §42

<sup>64</sup> Mizock, Adam: The Legality of the Fifty-two Year State of Emergency in Israel, University of California, Davis Journal of International Law and Policy Vol.7 (2001), 223 (245)

<sup>65</sup> Alexander, Georg J.: The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency, HRLJ Vol.55(1984), s.1 vd.

gösterebildikleri takdirde ulusal yargının fonksiyon yeteneğinin mevcut olduğunu kabul etmektedir. Ulusal mahkemelerin etkin denetim olanağı azaldığı yahut bulunmadığı nispette, ulusal takdir alanı da daralmaktadır. Böyle bir durumda uluslararası denetim yegâne yargısal denetim olanağı olmaktadır. Ulusal seviyede fonksiyonunu yerine getiren bir temel hakları koruma sisteminin mevcut olmaması, Konvansiyon devletlerine takdir alanı bırakan doktrine esas olan subsidiarite prensibinin uygulama dışı kalmasına yol açmaktadır.

dd) Azınlıkların korunması

Azınlıklara yahut onların çıkarlarına yönelik olarak, onlara yük getiren önlemlere karşı ulusal seviyede etkin bir koruma mekanizması bulunmadığı takdirde, Konvansiyon tarafı devletlerin takdir alanının darlığından hareket edilmektedir. Bu durum özellikle azınlık mensubu bireylerin ulusal karakterli hakları koruma mekanizmasından etkin yararlanamamaları halinde ortaya çıkmaktadır. Demokratik sistemlerde olağan durumlarda da azınlıkların çıkarlarının ihlâli konusunda potansiyel bir tehlike bulunmaktadır. Bu durum demokrasinin gereği olan çoğunluğun hâkimiyetinin sonucudur. Bu tehlike olağanüstü durumlarda daha büyümektedir. Olağanüstü durumlarda azınlığın tehlikenin nedeni olarak görülerek ayrımcılığa uğrama tehlikesi artmaktadır.<sup>66</sup> Bu nedenle AİHM A.u.a. - İngiltere davasında ayrımcı bir önlemi mutlak gerekli önlem olarak mütalâa etmemiştir.

**b – İhlâl edilen Konvansiyon haklarının türü**

Takdir alanının kapsamının tayininde ihlâl edilen Konvansiyon haklarının türü ve bu hakka ilişkin spesifik sınırlayıcı düzenlemeler de ölçü alınmaktadır. Temel haklara ilişkin sınırlamalar bağlamında iki temel hak kategorisi arasında ayırım yapılmaktadır. İlk grupta AİHK'nun 5. ve 6. maddelerinde yer alan çok dar sınırlama olanağı öngören temel haklar karşımıza çıkmaktadır. AİHK'nun 5.madde, 1.fıkrası özgürlükten mahrumiyeti sadece 5.madde, 1.fıkra da sayılan tutuklama nedenleri muvacehesinde kabul etmektedir.<sup>67</sup> AİHK'nun 8-11 maddeleri arasında yeralan klâsik özgürlük hakları bakımından ise ilk kategoriden farklı olarak sınırlama düzenlemelerinde olağan durumlar için sadece ölçülülük denetimi

<sup>66</sup> Gross, B.Oren/Aolain, Fionnuala Ni: From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, HRQ Vol.23(2001),John Hopkins University Press, Baltimore, s.625

<sup>67</sup> EGMR, A. and Others, §163

öngörülmektedir.<sup>68</sup> AİHM henüz AİHK'nun 5.- 6.maddeleri ve 8.- 11.maddeleri arasında yer alan hükümlerde öngörülen sınırlayıcı düzenlemelerin farklılığı sorununa detaylı bir yorum getirmemiştir.

AİHM'nin şimdiye dek AİHK'nun 15.maddesine ilişkin kararları AİHK'nun 5.maddesi bağlamında ortaya çıkan derogasyonlara ilişkindir.<sup>69</sup> Temsil edilen ağırlıklı görüşe göre AİHK'nun 15.maddesi muvacehesinde özgürlük haklarına yapılan derogasyonlarda temel haklar arasındaki bu farklılığın dikkate alınması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile olağan durumlarda sınırlayıcı düzenlemelere esas olan bu farklılığın AİHK'nun 15.maddesinde öngörülen olağanüstü durumlar için de geçerli olması gerekmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi'nin genel yorumlarında bu bağlamda daha da ileri gittiği görülmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi 29 nolu general comment'inde AİHK'nun 8-11.maddelerinde yer alan hükümlere paralel olan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 21.maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne olağanüstü durumlarda da istisna getirilmesinin haklı görülemeyeceğini vurgulamıştır.<sup>70</sup> AİHK 15.madde, 2.fıkrası olağanüstü durumlarda özgürlük haklarına derogasyon yapılmasını yasaklamamaktadır.<sup>71</sup> Bununla beraber bu bağlamda AİHK'nun 8.-11.maddelerinde Konvansiyon haklarının sınırlanmasına ilişkin olarak öngörülen hükümlerin 15.maddede yer alan olağanüstü durumlara değil, olağan durumlardaki sınırlamalara ilişkin olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

Olağan durumlarda özgürlük haklarına getirilen sınırlamalara ölçülülük denetimi esas alınmakta ve AİHK'nun 5.madde, 1.fıkra, 2.cümlesinde vurgulandığı üzere özgürlük haklarının sınırlanması ancak kimi koşullarla mümkün kabul edilmektedir. Konvansiyon devletlerine olağanüstü durumlarda tanınan takdir alanı düşünce ve toplantı özgürlüğü gibi demokrasi için vazgeçilmez hayati önem taşıyan temel haklar bakımından daha dar değerlendirilmektedir. Mutlak gereklilik kriteri demokrasi için vazgeçilmez temel haklara derogasyon yapılmasını sadece temel hak teminatlarından sapmayı haklı kılan ağır ve ikna edici olağanüstü durumlarda haklı kılmaktadır. Bu durum AİHK'nun anlam ve amacının bir sonucu olarak kabul edilmektedir. AİHK sadece demokrasinin yeniden

<sup>68</sup> bknz.: AİHK md.8, fik.2; md.9, fik.2; md.10, fik.2; md.11, fik.2

<sup>69</sup> bknz.: EGMR, A. and others, §137 vd.; Brannigan and McBride, §36vd; Aksoy, §65vd.

<sup>70</sup> bknz.: CCPR General Comment No.29, Article 4: Derogations During a State of Emergency, Adopted at the seventy-second Session of the Human Rights Committee, on 31.8.2001, CCPR/C/21/Add.11, §4

<sup>71</sup> Kitz, Hans-Eberhard: s.77

tesisi ve korunması için önlemler alınmasına izin vermektedir. Demokrasinin korunması için ilan edilen olağanüstü durumlarda düşünce özgürlüğüne derogasyon yapılması sadece mutlak gereklilik durumunda kabul edilebilir. AİHM'nin güncel içtihadına esas olan yaklaşım bu sonucu ortaya koymaktadır. Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay - Türkiye kararlarında AİHM ilk kez AİHK'nun 10.maddesini (*düşünce özgürlüğü*) olağanüstü durum bağlamında incelemiştir. AİHK'nun 15.madde bağlamında mutlak gereklilik kriterinin içeriği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla beraber AİHM'nin AİHK'nun 10.madde, 2.fıkrasında yer alan temel hak sınırlamasına ilişkin açıklaması düzenlemeyi olağanüstü durumlarda daha dar yorumladığına işaret etmektedir. AİHM, AİHK'nun 10.madde, 2.fıkrasında yer alan sınırlama düzenlemesi muvacehesinde Türk Anayasa Mahkemesinin tutuklamaları ölçülü bulan kararına uymayı reddetmiştir.<sup>72</sup> AİHM bu kararlarda *obiter dictum* demokratik bir toplumun mutlak dayanağı olan siyasi tartışma özgürlüğünün olağanüstü durum mazeret gösterilerek sınırlanamayacağını vurgulamıştır.<sup>73</sup> Bu durum gazetecilerin mutlak olarak sadece istisnai durumlarda gözaltına alınmasının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır.

#### IV – Sonuç

AİHM olağanüstü durumlarda da tabii yargıç olarak görevine devam etmektedir. AİHM olağan durumlarda olduğu gibi olağanüstü durumlarda da derogasyon ihlallerini denetleme ve AİHK'nun 15.maddesinin sınırlarını koruma işlevini yerine getirmektedir. AİHK'nun 15.maddesi bağlamında Konvansiyon devletlerinin takdir alanları farklılık göstermektedir. Hukuki güven ve hukuki açıklık açısından AİHM'nin olağanüstü durumlarda AİHK'nun 15.maddesi bağlamında mutlak gereklilik kriteri ışığında Konvansiyon devletlerinin sahip olduğu takdir alanının kapsamını belirleyen ölçüler geliştirmesi gerekmektedir.<sup>74</sup>

Olağanüstü durum AİHM bakımından özellikle demokrasiyi tehdit eden bir nitelik taşıdığı takdirde büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu bağlamda uluslararası yargının öngördüğü sınırların önemi ortaya çıkmaktadır. Demokrasi için tehlike oluşturan olağanüstü hal durumlarında AİHM'ne insan haklarının korunması için daha fazla ihtiyaç bulunmakla beraber AİHM'nin rolü olağanüstü hal durumlarında daha zordur. Demokrasiyi

<sup>72</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan, §206vd.; Şahin Alpay, §177 vd.

<sup>73</sup> EGMR, Mehmet Hasan Altan, §210.; Şahin Alpay, §180

<sup>74</sup> Michael O.Boyle, 29

tehlikeye sokan olağanüstü hal durumlarında AİHM'nin alınan önlemleri AİHK'na uygun bulmaması, Konvansiyon devletinin AİHK'dan çekilmesine neden olabilir. AİHM olağanüstü hal önlemleriyle iştiğal ettiğİ kararlarında bu nedenle pragmatik bir yaklaşımla çekimsiz davranmakta ve AİHK'nun 15 maddesine ilişkin mutlak açıklamalar yapmamaktadır. AİHM ancak alınan ulusal önlemleri gerekli kabul eden ulusal mahkeme kararlarının arkasına gizlenmek de istemediğİ için kararlarında *obiter dictum* olağanüstü hal durumunun yegâne amacının demokratik düzenin korunması olduğuna işaret etmektedir. AİHM'nin demokrasiyi tehlikeye sokan olağanüstü hal durumlarında da Konvansiyon haklarının geçerliliğini savunma stratejisi uygulamak zorunda olduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

### KISALTMALAR:

AİHK	Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel (madde)
Aufl.	Auflage (bası)
AVR	Archive des Völkerrechts
CCPR	Centre for Civil and Political Rights
COE	Council of Europe
ECHR	Europaen Court of Human Rights
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EHLR	European Human Rights Law Review
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRQ	Human Rights Quarterly
Hrsg	Herausgeber (editör)
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

### KAYNAKÇA

**Alexander, Georg J.:** The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During

Periods of Emergency, HRLJ Vol.55(1984)

**Bernhardt, Rudolf:** Internationale Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum, bkz.: Rudolf Bernhardt/Wilhelm Karl *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Geck/Günther Jaenicke/ Helmut Steinberger [Hrsg.], Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, FS für Herman Mosler, 1983

**Engel, Norbert Paul:** Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 30 (2003), N.P.Engel Verlag, Kehl am Rhein

**Gross, B.Oren/Aolain, Fionnuala Ni:** From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, HRQ Vol.23(2001),John Hopkins University Press, Baltimore

**Harris, David J./O'Boyle, Michael/Bates, Edward P./ Buckley, Carla C.:** Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press,3.Aufl. 2014

**Heun, Werner/Honecker, Martin/Morlok, Martin/Wieland, Joachim:** Evangelisches Staatslexikon, Stichwort Diktatur, 2006, Kohlhammer Verlag, Stuttgart

**Johann, Christian:** Kommentierung der Art. 18, 32 und 33 EMRK, bknz.: Ulrich

**Karpenstein/Franz C. Mayer,** EMRK Kommentar, 2.Aufl., C.H.Beck Verlag, München 2015

**Kitz, Hans-Eberhard:** Die Notstandsklausel des Art.15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1982

**Krieger, Heike:** Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?

bknz.: Rainer Grote/Thilo Marauhn: EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd.I, 2.Aufl. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, Kapitel 8

**Lillich, Richard Bonnot:** The Paris Minimum Standards of Human Rights. Norms in a State of Emergency, AJIL 79 (1985), 1072(1074)

**Mahoney, Paul:** Judicial Activism and judicial selfrestraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin, HRLJ 11(1990)

**Mizock, Adam:** The Legality of the Fifty-two Year State of Emergency in Israel, University of California, Davis Journal of International Law and Policy Vol.7 (2001)

- O'Boyle, Michael:** The Margin of Appreciation and Derogasyon under Article 15; Ritual Incantation or Principle?, HRLJ 19(1998)
- O'Boyle, Michael:** Emergency Government and Derogation under the ECHR, EHRLR 16(2016), 331(334).
- Peters, Anne/Altwicker, Tilman:** Europäische Menschenrechtskonvention, 2.Aufl. 2012, JuS, CH Beck Verlag, München
- Questiaux, Nicole:** Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency, UN Doc E/CN4/2 of 27.07.1982,
- Schmal, Stefanie:** Derogasyon von Menschenrechtsverpflichtungen in Notstandslagen, bkz.: Dieter Fleck, Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, Nomos Verlag, Baden-Baden.
- Stein, Torsten:** Die Ausserkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge, bkz.: Irene.Maier/Jürgen Schmude, Europäischer Menschenrechtsschutz: Schranken und Wirkungen, 1982, Verlag Müller C.F. Heidelberg
- von Ungern-Sternberg, Antje:** Die Konsensmethode des EGMR-Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und innerstaatliche Demokratieprinzip, AVR 51(2013), Mohr Siebeck Verlag, Tübingen



## \* İNTERNET SÜJELERİ VE CEZAI SORUMLULUKLARI (INTERNET SUBJECTS AND THEIR CRIMINAL RESPONSIBILITIES)

Dr. Yusuf Başlar \* \*\*

### ÖZ

İnternetin bir sahibinin olmaması ve kendine özgü yapısı internet ortamında gerçekleşen hukuka aykırı eylemlerde sorumluluğun kime ait olduğu sorununun ortaya çıkarmaktadır. Bu durum hukuka aykırı eylemleri gerçekleştiren ancak çoğu zaman kimliklerini gizlemeyi başaran asli faillerin yanı sıra internetin görünen yapısı olan internet sùjelerinin cezai, hukuki ve idari sorumluluk hâllerini de gündeme getirmektedir. Bu çalışma kapsamında internet sùjelerinin cezai sorumlulukları ele alınmıştır. Bu bağlamda 5651 sayılı Kanun'da erişim sağlayıcı, içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcı gibi internet sùjelerinin Kanun'da öngörülen yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda hem cezai hem de idari sorumluluklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 71/2'de içerik sağlayıcının cezai sorumluluğunu öngören ayrıksı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna karşın yine bir internet sùjesi olan toplu kullanım sağlayıcıların 5651 sayılı Kanun'da öngörülen yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda idari para cezasını gerektiren yaptırımlar düzenlenmiş, suç teşkil eden eylemler ve buna bağlı cezai yaptırımı öngören herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Diğer yandan 5651 sayılı Kanun'da internet servis sağlayıcı ve sunucu gibi internet sùjeleri tanımlanmamış ve bu sùjelerin sorumluluk alanlarından da bahsedilmemiştir. İnternet sùjelerinin cezai sorumluluklarına ilişkin mevzuatta açık bir düzenlemenin olmadığı hâllerde bu sùjelerin suç teşkil eden eylemleri nedeniyle genel hükümler uyarınca cezai sorumlulukları gündeme gelmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İnternet, İnternet Sùjeleri, Cezai Sorumluluk, 5651 sayılı Kanun

---

\* Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.04.2022. İlk hakem raporu tarihi: 10.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 19.07.2022. Onaylanma Tarihi: 19.07.2022.

\* Starts Editörlük ve Danışmanlık Hizmetleri

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3575-6345.

**Eserin Atf Şekli:** Yusuf Başlar, "İnternet Sùjeleri Ve Cezai Sorumlulukları", YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.603-633.

## ABSTRACT

*The fact that nobody owns the Internet and its unique structure reveal the issue of who is responsible for illegal acts that take place on the Internet. This situation brings up the criminal, legal and administrative responsibilities of Internet subjects, the visible structure of the Internet, in addition to the main perpetrators who carry out unlawful acts but often manage to hide their identities. In the scope of the present study, the criminal responsibilities of Internet subjects were discussed. In this context, the Law No. 5651 includes regulations regarding both criminal and administrative responsibilities of Internet subjects including access providers, content providers and hosting providers if they do not fulfill the obligations stipulated in the Law. In addition, Law on Intellectual and Artistic Works m. 71/2, includes an exceptional regulation envisaging the criminal responsibility of the content provider is included. However, when collective use providers, which are also Internet subjects, do not fulfill the obligations stipulated in the Law No. 5651, the sanctions requiring administrative fines have been regulated, whereas there are no regulations for stipulating criminal acts and the related criminal sanction in it. Besides, Internet subjects such as Internet service provider and server were not defined in the Law No. 5651 and also the areas of responsibility of these subjects were not addressed. In cases where there is no clear regulation in the legislation regarding the criminal responsibility of Internet subjects, the criminal responsibility of these subjects due to their criminal acts applies in accordance with the general provisions.*

**Keywords:** *Internet, Internet Subjects, Criminal Responsibility, Law No. 5651*

\*\*\*

## I. GİRİŞ

Uluslararası alanda kabul görmüş protokoller uyarınca internet bağlantısının sağlanabilmesi ve internet vasıtasıyla yapılabilecek işlemlerin yerine getirilmesini bir kısım unsurlar sağlamaktadır. Sanal âlemi hazırlayan, sunan, girmeye aracılık eden, orada kalınmasını sağlayan ve bir kısım işlemlerin yapılabilmesini olanaklı kılan bu unsurlara internet sùjeleri denilmektedir<sup>1</sup>.

İnternetin bir sahibinin bulunmaması ve her parçasının birbirinden bağımsız ve farklı uygulamalarla işlerliğini sürdüren kurumlardan oluşması

<sup>1</sup> **Levent, Kurt**, *Açıklamalı – İctihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 47  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

nedeniyle kendisine belirli bir hukuki kişilik verilememekte ve buna bağlı olarak da internet uygulamalarından kaynaklı sorumluluk tek bir kişiye izafe edilememektedir. İnternetin bu belirsiz yapısından dolayı yetkililer internetin görünen yapısı olan internet sùjelerine yönelmektedir<sup>2</sup>.

İnternet üzerinden işlenen suçlar nedeniyle internet sùjelerinin sorumluluklarının nitelendirilmesi ve ne ölçüde sorumlu olacaklarının belirlenmesi gerekmektedir. Suç içerikli yayınlar nedeniyle internet sùjelerinin sorumluluklarına gidilip gidilemeyeceği, gidilecekse hangi şartlar altında bunun gerçekleşeceğini belirlenmesi, bu sùjelerin yerine getirdikleri fonksiyonların doğru biçimde saptanmasıyla mümkün olacaktır<sup>3</sup>.

İnternette faaliyette bulunan pek çok internet sùjesinden söz etmek mümkündür. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da erişim sağlayıcı, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıdan bahsedilmiş, bu internet sùjelerinin tanımları ve sorumlulukları açıkça belirlenmiştir. Bununla birlikte internet servis sağlayıcı (İSS) ve sunucu (server) gibi internet sùjelerinin 5651 sayılı Kanun'da tanımlanmaması ve bu sùjelerin sorumluluk alanlarına değinilmemesi önemli bir eksiklik olarak dikkat çekicidir.

## II. İNTERNET SÜJELERİ

### A. İnternet Servis Sağlayıcılar

İnternet sanal dünyada insanların birbirleriyle iletişim içerisinde oldukları sınırsız bir iletişim platformudur. Kullanıcıları sanal dünyaya aktararak onların internete bağlanmalarını sağlayan araca ise İSS denilmektedir. İSS'ler olmadan kişiler internete bağlanamazlar. Bu bakımdan İSS'ler internet erişiminde köprü işlevini yerine getirmektedir<sup>4</sup>.

İnternet erişimi telefon hatları vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Mevcuttaki telefon hatları üzerinden telekomünikasyon kurumları özel hatları internet erişimi için ayırmaktadır. Data hatları denilen ve yalnızca internet erişimi

<sup>2</sup> **Zeynep Devran**, "İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları Nelerdir ve Neler Olmalıdır?", *Bilişim Hukuku* içinde (348-356), drl. Mete Tevetoğlu (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006), 348.

<sup>3</sup> **Sevil Yıldız**, "Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 17 (2007), 621; **Mine Kaya**, "Almanya'da İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3 (2015), 742.

<sup>4</sup> **Tamer Soysal**, "İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 61 (2005), 308-309.

amacıyla kullanılan bu hatları telekomünikasyon kurumları İSS'lere tahsis etmektedir. Telekomünikasyon kurumları yalnızca teknik sorumluluğa uymakta iken İSS'lere data hatlarını tahsis etmektedir<sup>5</sup>.

En temel düzeyde bir İSS, son kullanıcılara internet erişimi için bir yol sağlamaktadır. Her ne kadar bir son kullanıcı internete doğrudan erişiyormuş gibi görünse de gerçekte öyle değildir. Son kullanıcının çevrimiçi dünyayla ilk temas noktası, bir İSS'nin sunucu ağıdır. İSS, bir kişinin tüm talimatlarını ve internetle olan etkileşimini bir IP adresiyle tanımlar. Daha sonra veriler, başka bir yerde dağıtım için İSS ağına dolaşır. Bir İSS'nin rolünün diğer tarafı, Web sitelerini İSS'nin ağı içindeki özel sunuculara barındırmasıdır. Bu şu nedenle önemlidir; İSS'ler, hesap sahiplerinin internette ziyaret ettiği hesap bilgileri, dağıtılan veri miktarı, barındırılan Web sitesi tarafından alınan (bu trafiğin nereden geldiği ile birlikte) ve IP adresi gibi son kullanıcılar hakkında büyük miktarda veriye sahiptir. Bir Web sitesindeki belirli kayıtlar veya hesaplarla bağlantılı olan her şey bir İSS'den geçer<sup>6</sup>.

5651 sayılı Kanun'da İSS'nin açık bir tanımı bulunmamaktadır. İSS'ler ile ilgili açık bir tanımlamanın yapılmamış olması internet sükelerinin genel anlamda İSS olarak tanımlanmasına ve özellikle İSS'ler ile erişim sağlayıcılar arasında bir kavram karmaşasının doğmasına neden olmaktadır.

İSS, kendi bilişim sistemlerini kullanıcıların internete erişim sağlayabilmeleri amacıyla bir giriş kapısı olarak hizmete sunan internet sükesidir. İSS, başkası tarafından hazırlanan içeriği kendi sunucularında depolayabilmektedir. Buradan da doğrudan internet bağlantılarını kullanmak suretiyle internet ortamına aktarabilir<sup>7</sup>.

Geniş anlamıyla internet hizmeti sunan herhangi bir oluşuma İSS denilebilir. Buna göre çevirmeli internet erişimi sunan bir işletmeciden, Uluslararası Telekomünikasyon Birliğine (International Telecommunication Union) kadar internet hizmeti sunan her kurum İSS olarak kabul edilebilir. Bir İSS'nin yerine getirmiş olduğu iş kendisine ait bilişim sistemi ve yerel şebekeden kiraladığı hatlar aracılığıyla kullanıcıları yerel ve uluslararası internet omurgalarına taşımak şeklinde özetlenebilir. İSS'lerin kullanıcılara

<sup>5</sup> **Sevil Yıldız**, "İnternet Servis Sağlayıcılar ve Cezai Sorumlulukları", *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, S. 3 (2002), 169.

<sup>6</sup> **Melise R. Blakeslee**, *Internet Crimes, Torts and Scams - Investigation and Remedies* (New York: Oxford University Press, 2010), 159.

<sup>7</sup> **Yıldız**, "İnternet Servis Sağlayıcılar", 169.  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

satmış olduğu bu hizmet internet sektörünün perakende pazarını oluşturmaktadır<sup>8</sup>.

İSS'lerin verdikleri hizmeti farklı ve önemli kılan özellik, İSS'lerin başkalarının hazırlanmış olan içerikleri kendi sunucularında depolayabilme olanağına sahip olması ve depoladıkları bu içerikleri internet bağlantılarını kullanmak suretiyle sanal dünyaya aktarabilme kabiliyetini haiz bulunmasıdır<sup>9</sup>.

Belirtmek gerekir ki aşağıda açıklanacak bazı farklılıklarla birlikte İSS'ler sıkça kullanılan anlamıyla erişim sağlayıcı kavramına karşılık gelmektedir<sup>10</sup>. Buna karşın İSS'ler gerçekte erişim sağlayıcılardan farklı bir role sahiptir. İSS'ler bir hukuka aykırılık hâlinde hukuka aykırı verileri bizzat barındırmaktadır. Erişim sağlayıcılar ise hukuka aykırı verilerin faili ile hiçbir hukuksal ilişki içinde değildir. Zira bu failer İSS'lerin müşterisidirler<sup>11</sup>.

5651 sayılı Kanun'da İSS'lere yönelik herhangi bir tanıma yer verilmediği gibi İSS'lerin idari ya da cezai yükümlülüklerine ilişkin herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bununla birlikte İSS'lerin genel hükümler uyarınca suç teşkil eden eylemleri nedeniyle cezai sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

### B. İnternet Erişim Sağlayıcılar

Erişim sağlayıcı; “kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sunan her türlü gerçek ya da tüzel kişileri ifade eder.”<sup>12</sup>. Erişim sağlayıcı, internet iletişiminin alt yapı ağını sağlamaktadır<sup>13</sup>. Erişim sağlayıcılar üçüncü kişiler tarafından üretilen verilerin yalnızca birer taşıyıcısıdır. Erişim sağlayıcılar abonelerine sadece internete maddi bir erişim sağlamakla yetinir. Aboneler ise internet üzerinden erişilebilir nitelikteki her çeşit veriyi kabul edip etmemekte serbesttirler<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> **Müberra Güngör / Gökhan Evren**, *İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri* (Ankara: Telekomünikasyon Kurumu Tarifeler Dairesi Başkanlığı, 2002), 6-7

<sup>9</sup> **Oğuz Turhan**, “Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar” (Planlama Uzmanlığı Tezi, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Ankara, 2006), 18.

<sup>10</sup> **Güngör / Evren**, 7.

<sup>11</sup> **Zeynel T. Kangal**, “Fransa’da İnternet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 59, S. 1-2 (2001), 235.

<sup>12</sup> 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 1-e.

<sup>13</sup> **Ali Karagülmez**, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 452.

<sup>14</sup> **Kangal**, 232-233.

İSS'ler çoğu durumda erişim sağlayıcı kavramına karşılık gelmekle birlikte erişim sağlayıcılar, İSS'de olduğu gibi başkalarına ait bilgileri depolamayıp bir kaç salise içerisinde bilgileri kullanıcıya ulaştırır<sup>15</sup>. Bu anlamda çoğu zaman İSS'ler ile aynı anlamda kullanılan erişim sağlayıcılar yalnızca internete erişim sağlamak işlevini gördüklerinden İSS'lerden ayrılmaktadır<sup>16</sup>. Bu veriler ışığında bütün İSS'lerin yanı sıra yetkilendirildiği hizmet sunumu çerçevesinde internet erişim hizmeti de sunan işletmeler erişim sağlayıcı sınıfına girmektedir. Hâlihazırda İSS'ler, GSM işletmeleri ve GMPCS işletmelerinin erişim sağlayıcı durumunda oldukları söylenebilir<sup>17</sup>.

5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1 fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar yönetmelikle belirlenen esas ve usuller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği biçimde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür. Bunun yanı sıra 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında erişim sağlayıcıların yükümlülükleri aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir;

*“MADDE 6- (1) Erişim sağlayıcı;*

*a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde (...) erişimi engellemekle,*

*b) Sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla,*

*c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma<sup>18</sup>, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmek ve trafik bilgilerine ilişkin kayıtları yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak Kuruma teslim etmekle,*

*ç) Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla,*

<sup>15</sup> **Turhan**, 20; Yetim'e göre de internet erişim sağlayıcılar, daha önceleri internet servis sağlayıcılarına verilen ismi ifade etmektedir. Bkz. **Servet Yetim**, *Ceza Muhakemesi Hukuku Kapsamında Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme (Facebook Örneği)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 64.

<sup>16</sup> **Soysal**, 309; **Yıldız**, “İnternet Servis Sağlayıcılar”, 169-170.

<sup>17</sup> **Yasemin Durnagöl**, “5651 Sayılı Kanun Kapsamında İnternet Aktörlerine Getirilen Yükümlülükler ile İdari ve Cezai Yaptırımlar”, *TAAD*, Y. 2, S. 4 (2011), 383.

<sup>18</sup> Madde hükmünde geçen Kurum ifadesiyle “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu” kastedilmektedir. Bkz. 5651 sayılı Kanun m. 2/1-1.

*d) Kurumun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla, yükümlüdür.”*

Belirtmek gerekir ki 5651 sayılı Kanun’un 6/A maddesi uyarınca Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur. Buna göre Erişim Sağlayıcıları Birliği 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Birlik özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olup merkezi Ankara’dır. Birlik, 05.11.2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm İSS’ler ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur.

Aşağıda ayrıntısıyla inceleneceği üzere erişim sağlayıcının 5651 sayılı Kanun’da belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda cezai sorumluluğu doğacaktır.

### **C. İnternet İçerik Sağlayıcılar**

İnternet içerik sağlayıcılar, internette erişimi mümkün olan herhangi bir Web sitesinin içeriğinin oluşmasına bilgi aktarımı yoluyla katkı sunan kurum, kuruluş ve bireyleri ifade etmektedir. Bu bilgi aktarımı Web sayfası sahibi tarafından aktarım, internet ortamına bilgi yükleme (uploading) gibi farklı yöntem ve biçimlerde gerçekleşebilir<sup>19</sup>. İçerik sağlayıcılar çok uluslu şirketler olabileceği gibi bireyler de olabilir. İçerik sağlayıcılar bir Web sayfasına sahip olarak bu yolla internet ortamına belli bir bilgiyi aktarmaktadır<sup>20</sup>.

5651 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde içerik sağlayıcı; “*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır. Yine aynı Kanun’a göre içerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur<sup>21</sup>. E-ticaret siteleri, haber siteleri, sosyal medyada profil açıp yorum yapan ya da paylaşımında bulunanların birer içerik sağlayıcı olduğu söylenebilir<sup>22</sup>.

Belirtmek gerekir ki internet ortamında bir bilgiyi üreten, değiştiren ve sağlayan aynı kişi olmayabilir. Nitekim bir Web sitesinin sahibi, tasarımını yapanı veya yöneteni ayrı, bu bağlamda bilgileri değiştireni, sağlayanı ya da içeriği üreteni ayrı kişiler olabilir. Hatta günümüzde çoğu zaman bu

<sup>19</sup> Soysal, 309.

<sup>20</sup> İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007), 40.

<sup>21</sup> 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 4/1.

<sup>22</sup> Ahmet Gül, *Doğrudan – Dolaylı Bilişim Suçları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 27.

aktörlerin farklı olduğu da bilinmektedir. Aynı içeriğin birden çok-ortak üretene bile olabilir. Dolayısıyla içerik sağlayıcıya dair hususların daha ayrıntılı ve net olarak mevzuatta yerini bulması daha uygun olacaktır. Bu bağlamda dolaylı içerik sağlayıcı gibi bir süjeden söz etmek de mümkündür<sup>23</sup>.

5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca içerik sağlayıcılar yönetmelikle belirlenen esas ve usuller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği biçimde ve güncel olarak bulundurma yükümlülüğündedir. Bunun yanı sıra içerik sağlayıcı 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun (BTK) kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde BTK'ya teslim etmekle ve BTK tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür.

İçerik sağlayıcı 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca verilen içeriğin çıkarılması kararlarını da uygulamak zorundadır. Kanun'da belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda içerik sağlayıcıların cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Ayrıca içerik sağlayıcıların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrası uyarınca hakkı ihlal edilen hak sahiplerinin öncelikle içerik sağlayıcıya ihlalin durdurulması için başvurması ve üç gün içerisinde bu ihlalin durdurulmaması hâllerinde FSEK'in 71. maddesinin 2. fıkrasında yaptırıma bağlanan ve aşağıda ayrıca ele alınacak olan cezai sorumluluk hâli de söz konusu olacaktır.

#### **D. İnternet Yer Sağlayıcılar**

Yer sağlayıcı; *"hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade eder."*<sup>24</sup>. Yer sağlayıcı, internet kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sunan erişim sağlayıcı olmadığı gibi, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi ya da veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak nitelendirilen içerik sağlayıcı da değildir. Yer sağlayıcının tek sorumluluğu, bilgi ya da veriyi internet kullanıcılarına sunmak isteyenlere bu ortamı hazırlamaktır. Yer sağlayıcı, aynen alışveriş merkezinin sahibi ya da işletmecisinde olduğu gibi bu hizmetin karşılığı olarak maktu ya da nispi ücret, masraf veya komisyon bedeli tahsil etmektedir. Bu sebeple, yer

<sup>23</sup> Durnagöl, 414-415.

<sup>24</sup> 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 1-m. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



sağlayıcının internet ortamında sağlanan içeriklerden dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>25</sup>.

Yer sağlayıcı olarak; hosting firmaları (sunucu barındırma dâhil), kişisel olarak hosting hizmeti veren gerçek kişiler (sunucu barındırma dâhil), başka kullanıcılara yer sağlama hizmeti vermese bile internet ortamındaki kişisel veya kurumsal yayını kendi sisteminde barındıranlar sayılabilir<sup>26</sup>. Bu bağlamda Facebook, Twitter, Instagram, Youtube, Periscope gibi sosyal ağlar hem içerik hem de yer sağlayıcı konumundadır. Ayrıca sahibinden.com, arabam.com, gittigidiyor.com, mynet.com, milliyet.com da yer sağlayıcılara örnek olarak gösterilebilir<sup>27</sup>.

Uygulamada büyük yer sağlayıcıların “data center” adı verilen ve sunucuların barındırıldığı sistem odaları bulunmaktadır. Bu merkezlerde kendi yer sağlama sistemlerini barındırmakla birlikte başkalarına kendi sunucularını tahsis etme, sunucularının sadece bir bölümünü tahsis etme, bir sunucu üzerinde bulunan sanal makinalar aracılığıyla fiziksel olmayan sunucuları tahsis etme, müşterilerinin sunucularını barındırma biçiminde de hizmetler verilmektedir. Bu tür hizmetleri alanlar da yine yer sağlayıcı konumunda sayılmaktadır<sup>28</sup>.

5651 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yer sağlayıcılar da yönetmelikle belirlenen esas ve usuller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür. Bunun yanı sıra 5651 sayılı Kanun’un 5. maddesinde yer sağlayıcıların yükümlülükleri aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir;

“MADDE 5- (1) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

(2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanununun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür.

(3) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre

<sup>25</sup> Ersan Şen, “Yer Sağlayıcıların 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Karşısında Hukuki Durumu ve Tüzel Kişi Yer Sağlayıcıların Ceza Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4 (2012), 282.

<sup>26</sup> Durnagöl, 393.

<sup>27</sup> Gül, 28.

<sup>28</sup> Durnagöl, 393-394.

kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.

(4) Yer sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilir ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilirler.

(5) Yer sağlayıcı, Kurumun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür.”

Klasik manada verileri depolamak, muhafaza altına almak ve verilerin güvenliğini sağlamak için ciddi anlamda enerji harcaması, yer ve kaynak tahsisi gerektiğinden daha verimli olan bulut bilişim teknolojileri kullanılmaktadır. Bulut bilişim teknolojilerinde yer sağlayıcılar genellikle ülke sınırları dışındaki teknoloji firmaları olmaktadır. Bu durum ise 5651 sayılı Kanun kapsamında alınan kararların infazının gecikmesine veya yerine getirilememesine neden olabileceği gibi kimi zaman uluslararası düzeyde çıkabilen anlaşmazlıkları da tetiklemektedir<sup>29</sup>.

Belirtmek gerekir ki yürütülen bir soruşturma ya da kovuşturma kapsamında ülke içerisinde hizmet sunan veya yasal temsilciliği bulunan bir yer sağlayıcıdan (ör: Microsoft Corporation) doğrudan bilgi alınabilmektedir. Buna karşın ülke dışında olan ve yurt dışından hizmet sunan yer sağlayıcılardan bilgi almak için uluslararası adli yardımlaşma prosedürü izlenmelidir<sup>30</sup>. Aşağıda ayrıntısıyla inceleneceği üzere yer sağlayıcının 5651 sayılı Kanun’da belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda cezai sorumluluğu doğacaktır.

### **E. İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılar**

İnternet toplu kullanım sağlayıcılar ticari olup olmadıklarına göre ikiye ayrılır. Ticari olmayan internet toplu kullanım sağlayıcı 5651 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasının i bendinde *toplular kullanım sağlayıcı* başlığı altında “kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayanı ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Benzer bir tanım 11.04.2017 tarihli İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik’in 3. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde de bulunmaktadır.

Bu bağlamda çalışanlarına ya da mensuplarına internet kullanım imkânı sunan işyerleri, kurum ve kuruluşlar, meslek odaları gibi yerler internet toplu kullanım sağlayıcı olarak nitelendirilebilir. Örneğin kendi

<sup>29</sup> Yetim, 65-66.

<sup>30</sup> Gül, 28.

çalışanlarına erişim sağlayan bir İSS, herhangi bir işyeri ya da kamu kurum ve kuruluşları toplu kullanım sağlayıcıdır<sup>31</sup>.

01.11.2007 tarihli Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendinde ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı; “*İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığı internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek ve tüzel kişileri ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>32</sup>.

5651 sayılı Kanun’da internet toplu kullanım sağlayıcılar bakımından ticari amaçla hareket edip etmemelerine göre farklı sorumluluklar öngörülmüştür. Yukarıdaki tanımın da işaret ettiği üzere; ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılar denildiğinde genelde ilk olarak internet kafeler akla gelmektedir<sup>33</sup>. Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, mahallî mülkî amirden izin belgesi alma yükümlülükleri bulunmaktadır. İzne dair bilgiler otuz gün içerisinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır<sup>34</sup>. Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın tüm internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç teşkil eden içeriklere erişimin engellenmesine ve kullanıma dair erişim kayıtlarının tutulması hususunda yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür. Ayrıca ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri de almakla yükümlüdür<sup>35</sup>.

Belirtmek gerekir ki konusu suç teşkil eden içeriklere erişimin engellenmesine yönelik tedbir alınması yükümlülüğü ile pek çok işyeri, kamu kurum ve kuruluşunun, ilk başta haberleşme hürriyetiyle çelişir gibi görünen, uygun olmayan/faydasız içeriklere yönelik gerçekleştirdikleri filtreleme işlemlerinin yasal bir zemine kavuşturulması sağlanmış olup bu

<sup>31</sup> Durnagöl, 404.

<sup>32</sup> Aynı tanım için bkz. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 3/1-o.

<sup>33</sup> **Mehmet Bedii Kaya**, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternet Erişiminin Engellenmesi* (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010), 134; **Murat Volkan Dülger**, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 706.

<sup>34</sup> 5651 Sayılı Kanun m. 7/1.

<sup>35</sup> 5651 Sayılı Kanun m. 7/2-3.

işlemlerin internet erişim imkânı sunan ile interneti kullanan arasında bir sözleşmeye bağlanmasının da önü açılmıştır<sup>36</sup>.

5651 sayılı Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere, Avrupa Konseyi 1999/246 ve 2005/854 sayılı kararları ile üye ülkelerin internetin güvenli kullanılmasının sağlanması amacıyla filtreleme ve bloke etme programları geliştirmeye ve aynı amaç doğrultusunda eğitim ve tanıtım faaliyetlerini yaygınlaştırmaya davet etmektedir. İnternet kafeler gibi toplu kullanım sağlayıcılar, çocuklar da dâhil toplumun her kesimince internete erişim amacıyla yoğun şekilde kullanılmaktadır. Bu nedenle, bu yerler nezdinde alınacak önleyici tedbirler internet ortamında suçla mücadele anlamında önemli bir yer teşkil etmek olup<sup>37</sup> internet kafelerde işlenen bilişim suçlarının önlenmesinde de yarar sağlamaktadır<sup>38</sup>.

Bununla birlikte günümüzde gelinen aşama nazara alındığında neredeyse herkes toplu kullanım sağlayıcı hâlini almıştır. Bu anlamda iki kişinin çalıştığı ofiste, dört kişinin yaşamını sürdürdüğü evde, binden fazla kullanıcının olduğu üniversite veya kullanıcı sayısının binlerle ifade edilebileceği havaalanı gibi tesislerin neredeyse tamamında internete erişim sağlanmakta olup bu sağlayıcılar yasa hükmü uyarınca toplu kullanım sağlayıcı sıfatını kazandığından Kanun'un 7. maddesinde belirtilen yükümlülükler tabi olmaktadır. Bir an için büyük şirketler veya üniversite gibi kurumlar tarafından filtreleme yazılımlarının kullanımının özellikle maddi bakımdan etkili olacağı kabul edilse bile evlerde veya küçük ofislerde ya da iş yerlerinde bunun nasıl uygulanacağı veya bu maddi külfetin altından nasıl kalkılabileceği bilinmemektedir<sup>39</sup>.

5651 sayılı Kanun'da internet toplu kullanım sağlayıcıların Kanun'da öngörülen yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda idari para cezasını gerektiren yaptırımlar düzenlenmiş olmakla birlikte spesifik olarak suç teşkil eden eylemler ve buna bağlı cezai yaptırımı öngörülen herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda internet toplu kullanım sağlayıcıların genel hükümler uyarınca suç teşkil eden eylemleri nedeniyle cezai sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

<sup>36</sup> Durnagöl, 405.

<sup>37</sup> Mehmet Bedii Kaya, 134.

<sup>38</sup> Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları* (Bursa: Beta Yayıncılık, 2008), 153.

<sup>39</sup> Dülger, 708.

## F. Sunucu

Ağıdaki istemcilere veri, dosya ve kaynak paylaşımı yapan, genel olarak üstün donanımsal özelliklere sahip bulunan hizmet sağlayıcı bilişim sistemlerine sunucu denir<sup>40</sup>. Bu bağlamda internete bağlı bulunan bilişim sistemlerinden bilgi isteyene istemci, bilgi sunana ise sunucu denilmektedir<sup>41</sup>. Bir ana bilgisayar olarak da değerlendirilebilen sunucular bir veya daha fazla ağa bağlanabilen bir cihaz olarak da tanımlanabilir. Bu ağlardan herhangi bir bilgi alabileceği gibi onlara da bilgi gönderebilir<sup>42</sup>. Sunucu aynı zamanda belli bir kapasitesi olan bir program ve dijital bilgilerin saklandığı manyetik bir ortamdır. Adından da anlaşıldığı üzere, sunucu başka bilişim sistemine ya da manyetik ortama hizmet/destek sağlama işlevini yerine getirir<sup>43</sup>.

Sunucular dijital bilgileri kapasiteleri oranında depo ederek diğer bilişim sistemlerine hizmet sunan bilişim sistemleri veya programlardır. Eğer sunucular aynı zamanda İSS değil ise bir İSS'den destek almaları gerekir. İSS'ler de üstlendikleri hizmetleri ifa edebilmek için sunucuları kullanır. Özel ve kamu kurum ve kuruluşları da kendi yerel sunucularını kurarak kendilerine ait bilgileri saklayabilir. Kendi bilgisayarını sunucu olarak kullanan kişi bu bilgileri internet ortamında kullanabilmek için ya kendisi İSS hizmeti görecektir ya da bir başka İSS'nin hizmetinden yararlanacaktır<sup>44</sup>.

Belirtmek gerekir ki teknolojinin hızla gelişmesi sonucunda kişisel bilişim sistemleri de sunucu bilişim sistemlerine yakın işlem performanslarına sahiptir. Bazı küçük ölçekli ağ yapılarında, donanım olarak sunucu bilişim sistemi teknolojisinde olmamasına rağmen sunucu bilişim sistemi işlevi gören kişisel bilişim sistemleri kullanılabilir<sup>45</sup>.

5651 sayılı Kanun'da sunuculara yönelik herhangi bir tanımlamada bulunulmadığı gibi sunucuların idari ya da cezai yükümlülüklerine ilişkin herhangi bir düzenleme de yer almamaktadır. Bununla birlikte sunucuların

<sup>40</sup> **Ertan Çelebi**, "Server Nedir?", 2 Mayıs 2021, erişim 27 Temmuz 2021, <https://bilgigram.com/server-nedir/>

<sup>41</sup> **Sefer Oğuz**, *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 45.

<sup>42</sup> **Ömer Bağcı**, "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İSS Sorumlulukları", *Bilişim Hukuku* içinde (357-381), drl. Mete Tevetoğlu (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006), 361.

<sup>43</sup> **Sağlam**, 39; **İbrahim Keskin**, "İnternet Servis Sağlayıcılarının (İSS) Hukuki ve Ceza Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 84, S. 5 (2010), 2940.

<sup>44</sup> **Soysal**, 309-310; **Habip Oğuz**, "İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması" (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2010), 50.

<sup>45</sup> **Göksoy**, 32.

genel hükümler uyarınca suç teşkil eden eylemleri nedeniyle cezai sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

### III. İNTERNET SÜJELERİNİN CEZAI SORUMLULUK HÂLLERİ

Hukuka aykırı bir eylemin yasal sonuçları ele alındığında, genellikle cezai ve hukuki sorumluluk ayrımının yapıldığı görülmektedir. Cezai sorumluluk, yasa tarafından yasaklanan ve bir suç olarak nitelendirilen eylem için yasada öngörülen cezaların verilmesini ifade etmektedir. Hukuki sorumluluk ise genel manada bir kimsenin başkalarının şahsına ya da mallarına yönelik kasıt ya da ihmali davranışları nedeniyle doğan herhangi bir zararı tazmin etme yükümlülüğünü ifade eder. Bununla birlikte her iki sorumluluk türünün bir arada bulunması da söz konusu olabilir. Bu durumda suç eylemlerinde bulunanlar, yalnızca hak ve özgürlüklerini kısıtlayacak olan yaptırımlarla karşı karşıya kalmayacak, aynı zamanda haksız eylemlerinden zarar gören kişilerin maruz kaldığı zararı telafi etmek için parasal bir tazminat da ödeyecektir<sup>46</sup>.

İnternet yoluyla işlenen suçlar ve bu suçlar nedeniyle kimlerin sorumlu tutulacağı hususu, tüm dünyada sürekli yinelenen ve teknolojinin ilerlemesiyle beraber yeni cevaplar aranan bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>47</sup> İnternet sükjelerinin cezai sorumluluk hâllerinin belirlenmesi internetin gelişimini devam ettirmesi açısından önem arz etmektedir. Ayrıca bu sorumluluk durumunun belirlenmesi internetin hukuk dışı, kendi başına buyruk bir alan olmadığına da göstergesi niteliğindedir<sup>48</sup>.

Bir kitle iletişim ve haberleşme aracı olan internetin düzenlenmesi gerekliliği, internet üzerinden işlenen hukuka aykırı eylemlerin engellenebilmesi ve genel anlamda internet aracılığıyla faaliyet gösteren kişilere ilişkin sorumluluk rejiminin tespiti noktasında ortaya çıkmaktadır. Bir Web sayfasının internet aracılığıyla sunulması ve bu sayfaya erişim sağlama örneğinde olduğu gibi bu tür bir faaliyetin birden çok kişinin

<sup>46</sup> **Claudio Ruiz Gallardo / J. Carlos Lara Gálvez**, “Liability of Internet Service Providers (ISPs) and the Exercise of Freedom of Expression in Latin America”, 4-5, accessed July 14, 2020, [https://www.palermo.edu/cele/pdf/english/Internet-Free-of-Censorship/02-](https://www.palermo.edu/cele/pdf/english/Internet-Free-of-Censorship/02-Liability_Internet_Service_Providers_exercise_freedom_expression_Latin_America_Ruiz_Gallardo_Lara_Galvez.pdf)

[Liability\\_Internet\\_Service\\_Providers\\_exercise\\_freedom\\_expression\\_Latin\\_America\\_Ruiz\\_Gallardo\\_Lara\\_Galvez.pdf](https://www.palermo.edu/cele/pdf/english/Internet-Free-of-Censorship/02-Liability_Internet_Service_Providers_exercise_freedom_expression_Latin_America_Ruiz_Gallardo_Lara_Galvez.pdf)

<sup>47</sup> **Barış Erman**, “Alman Hukukunda İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 59, S. 1-2 (2001), 203.

<sup>48</sup> **Soysal**, 338.

katkısıyla gerçekleşebilmesi, internet sùjelerinin sorumluluklarının düzenlenmesi neticesini doğurmuştur. Bununla birlikte başkasına ait içeriğin internet aracılığıyla erişilebilir kılınmasını ya da bu içeriğe erişilebilmesini sağlayan kişilerin sorumlu olup olmayacağı hususu tartışma konusu olmaktadır<sup>49</sup>.

Ceza hukukunda esas olan, bir kimsenin bizzat gerçekleştirmiş olduğu eylem nedeniyle sorumlu tutulmasıdır. Bununla birlikte sosyal hayatın getirdiği birliktelik uyarınca ceza yasalarında bir bireyin, içerisinde bulunduğu topluluğun diğeri bir üyesinin gerçekleştirdiği eylem nedeniyle ortaya çıkan suçtan sorumlu tutulduğu hâller düzenlenmiştir. Kişilerin bireysel eylemleri nedeniyle sorumlu olmaları esasının istisnalarını oluşturan bu durumların genişletilmesi, bireysel özgürlüklerin ciddi biçimde sınırlandırılmasına sebep olacağından bu yapılırken oldukça titiz davranılmalıdır<sup>50</sup>. Gerçekten de ceza hukuku, özgürlükleri kısıtlayan bir hukuk dalı olması sebebiyle internet hukukuna dair cezai müeyyideler özgürlüklere olabildiğince az müdahale edecek şekilde belirlenmelidir. İnternet, bir yandan tanımı bilinen, klasik hâle gelmiş suç türlerinin meydana gelmesine elverişli bir ortam sağlarken, gerçekleşmesine imkân tanıdığı bazı fiiller bakımından da yeni suç türleri oluşturmaktadır. Bu tür eylemlerde, internet bir suçun gerçekleşmesinde bir araç veya aracı konumdadır<sup>51</sup>.

Genellikle şirket bünyesinde kurulan ve faaliyet gösteren internet sùjelerinin tüzel kişiliğe sahip olmalarından dolayı, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 20/2 maddesi uyarınca, bazı güvenlik tedbirleri hariç olmak üzere, ceza sorumlulukları bulunmadığından, şirket yetkililerinin sorumlulukları gündeme gelmektedir<sup>52</sup>. Bu bağlamda internet sùjelerinin cezai sorumluluğunun değerlendirilmesinde ikili bir ayrıma gitmekte yarar bulunmaktadır. Bunlardan ilki bir internet sùjesinin gerçekleşen suç fiilini bizzat gerçekleştirmesi ya da bu suçlara iştirak etmesi durumunda genel hükümler uyarınca cezai sorumluluğunun gündeme gelmesidir. İkinci

<sup>49</sup> **Muammer Ketizmen**, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), 25.

<sup>50</sup> **Özgür Uçkan / Yasin Beceni**, "Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku", *İnternet ve Hukuk* içinde (363-430), drl. Yeşim M. Atamer (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004), 410.

<sup>51</sup> **Keskin**, 2961.

<sup>52</sup> **Şen**, 281.

durum ise mevzuatta belirtilen yükümlülüklerin ihlali durumunda ilgili internet sűjesi için spesifik olarak öngörülen cezai sorumluluk hâlidir<sup>53</sup>.

Belirtmek gerekir ki internetin diğer yazılı, görsel ve işitsel basın araçlarındaki esaslar çerçevesinde düzenlenmesi ve üçüncü kişiler bakımından bu mecralarda öngörülen sorumluluk rejimlerinin tatbik edilmesi pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Klasik basın yayın araçlarına nazaran çok daha hızlı tepki verebilme kabiliyeti, işleyiş mekanizmasındaki farklılık ve çeşitlilik, internetin mevcut yasalar dâhilinde var olan kurumlar ve sorumluluklar rejimleriyle uyum gösterememesine neden olmaktadır. Bu noktada internetteki mevcut yapıların teknik anlamda nasıl işlediğini açık bir şekilde ortaya koyup sorumluluk sahibi olan sűjelerin objektif kriterler göz önüne alınarak tespiti ve üçüncü kişilerin sorumluluklarına neden olacak eylemlerde bu kişilerin iştirak iradesinin hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Üçüncü kişilerin suç teşkil eden eyleme yönelik iştirak iradesinin açık bir şekilde ortaya konulmadığı hâllerde bu kişilerin cezalandırılmasından kaçınılmalıdır<sup>54</sup>.

Diđer yandan internet sűjelerinin bir kamu kurumu tarafından verilen izne istinaden faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişileri oldukları nazara alındığında organ ya da temsilcilerinin eylemleri sebebiyle ceza sorumluluklarının tespiti açısından TCK'nın 60. madde hükmü dikkate alınmalıdır. Özel hukuk tüzel kişisinin organ ya da temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin suiistimali sonucunda tüzel kişi yararına gerçekleştirilen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet durumunda, iznin iptaline karar verilmelidir<sup>55</sup>.

Çalışmamızın bu aşamasında yukarıda tanımları yapılan internet sűjelerinin gerek suç unsuru eylemi bizzat ya da iştirak hâlinde işlemesi neticesinde genel hükümler uyarınca doğan gerekse mevzuatta bulunan özel düzenlemeler nedeniyle doğrudan karşı karşıya kaldıkları cezai sorumlulukları ele alınacaktır.

### **A. Genel Hükümler Uyarınca Oluşan Cezai Sorumluluk Hâlleri**

Özel hukuk tüzel kişisi olan internet sűjelerinin temsilcileri tarafından gerçekleştirilen kimi eylemlerin ceza mevzuatında karşılığı bulunan bazı suçlara temas etmesi mümkündür. Bu hâllerde meydana gelen suçlar

<sup>53</sup> Yusuf Başlar, *Ceza Muhakemesinde IP Adresinin İspat Değeri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, 90.

<sup>54</sup> Uçkan / Beceni, 410.

<sup>55</sup> Keskin, 2964.



bakımından söz konusu kişilerin genel hükümler uyarınca cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bu bağlamda kişilerin e-posta kullanımından kaynaklanan suç fiillerinde ortaya çıkan cezai sorumluluğunun e-postayı hazırlayan ve gönderen kişilere ait olacağı açıktır. Buna karşın e-posta hizmetlerinin İSS'ler tarafından sağlanan hosting hizmetleri ile gerçekleştiği dikkate alındığında<sup>56</sup> e-posta sahibinin izni alınmadan, kişisel bilgilerinin yetkili makamlar haricinde, üçüncü kişilere verilmesi veya kullanılması hâlinde İSS'lerin cezai sorumluluğu doğacaktır. Diğer taraftan İSS'nin gönderilen bir e-postanın içeriğini kontrol etmesi, denetlemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve Anayasa'nın 20. maddeleri uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlali, TCK'nın 132 vd. maddeleri bağlamında ise özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>57</sup>.

İnternetteki suç teşkil eden verilerden erişim sağlayıcıların sorumluluğu suçun faili ile iştiraki açısından genel hükümler uyarınca söz konusu olabilir. Bir suça maddi iştirakin söz konusu olabilmesi için ise olumlu bir hareketin erişim sağlayıcıya isnat edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte göz ardı edilmemesi gereken husus erişim sağlayıcının bağlantıyı suçun failinin kullanımına sunmamasıdır. Bunun aksine erişim sağlayıcı bu bağlantıyı kendi abonelerinin hizmetine sunar. Erişim sağlayıcı aboneli olmayan suç faili ile fiili ya da hukuki bir ilişkiye girmemektedir. Bu nedenle erişim sağlayıcılar, eylemi ortaya çıktığı ana kadar haberdar olmadıkları bir suçun işlenmesine herhangi bir yardımda buldukları gerekçesiyle sorumlu tutulamaz<sup>58</sup>.

İçerik sağlayıcı, internet yayınının içeriğini hazırlayan ve bilgiyi bizzat üretendir. İçerik sağlayıcının belirli bir içeriğin hazırlayanı ya da üretene olması cihetiyle kendi eyleminden sorumlu tutulması kaçınılmaz bir durumdur. Nitekim 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere içerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. Bu anlamda suç unsuru taşıyan bir internet yayınında suç unsuru teşkil eden içeriği bizzat hazırlayan ya da üreten içerik sağlayıcı genel hükümler uyarınca sorumlu olacaktır.

Yukarıda belirtilen ve içerik sağlayıcının genel sorumluluğunu düzenleyen madde hükmü uyarınca içerik sağlayıcı olan asıl failin yanı sıra içeriğin yayına hazırlanmasını ve yayına konulmasını sağlayan kişilerin (ağ

<sup>56</sup> Soysal, 321.

<sup>57</sup> Keskin, 2937-2938.

<sup>58</sup> Kangal, 233.

yöneticisi, editör vb.) internet yayınının içeriğinden dolayı iştirak hükümleri uyarınca cezai sorumlulukları söz konusu olacaktır<sup>59</sup>. Belirtmek gerekir ki Basın Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1 bendinde tanımlanan “eser sahibi” ile internet hukuku kapsamında “içerik sağlayıcı” benzer nitelik ve özellikleri haizdir. Bu bakımdan içerik sağlayıcıların suç oluşturan içerik sebebiyle yani kendi eylemleri dolayısıyla ceza sorumluluklarının olması ceza hukuku ilkelerine uygundur<sup>60</sup>.

Bununla birlikte 5651 sayılı Kanun'da içerik sağlayıcı için yapılan tanım ve aynı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca içerik sağlayıcının internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu tutulması, bu hükmün içerik sağlayıcılar bakımından objektif sorumluluğu doğuracak nitelikte olduğu ve 5651 sayılı Kanun'un amaç ve kapsamıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle öğretilen eleştirilmiştir<sup>61</sup>.

Belirtmek gerekir ki 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca içerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten doğrudan sorumlu değildir. Ancak sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli olması durumunda yine genel hükümler uyarınca sorumlu tutulacaktır. Buna göre 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. ve 2. fıkra hükümleri birlikte değerlendirildiğinde içerik sağlayıcının, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten doğrudan sorumlu olmaması karşısında genel sorumluluğu düzenleyen 1. fıkra hükmünün “objektif sorumluluk” öngören bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz.

5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında sorumluluğun doğmasını belirleyen temel faktörün bağlantılı içeriğin sunuş biçimi olduğu görülmektedir. Şayet sunuş biçiminden bağlantı sağlanan içeriğin benimsendiği ya da kullanıcıların bu içeriğe ulaşmasının amaçlandığı açıkça belli oluyorsa içerik sağlayıcı bu tür içerikten genel hükümler uyarınca sorumlu tutulacaktır<sup>62</sup>.

İçerik sağlayıcının bağlantıyı sağlamadan önceki açıklamalarıyla bağlantı sağladığı içeriği benimsediğinin anlaşılması, ilgili bağlantının sağlanması, internet sitesine girilmesi doğrultusunda sözlü ya da görsel faaliyette bulunulması ya da reklam yapılması durumlarında içerik sağlayıcının madde

<sup>59</sup> Kangal, 231.

<sup>60</sup> Kayıhan İçel, “Türkiye’de İnternet Ortamında İşlenen Suçlardan ve Kabahatlerden Sorumluluğun Genel Esasları - Erişimin Engellenmesi – İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Cevap Hakkı”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 8, S. 16 (2009), 19.

<sup>61</sup> Mehmet Bedii Kaya, 128.

<sup>62</sup> Mehmet Bedii Kaya, 128.

hükmünde belirtilen “sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli” olduğu değerlendirilmesi yapılabilecektir<sup>63</sup>. Yine bir Web sayfasında herkes tarafından ilk bakışta görülebilen, girmesi için teşvik edici renk, ışıklandırma vb. dikkat çekici şekilde verilen bağlantılar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Özellikle çocuklar için hazırlanan ve bir tıklama ile onları amaç dışı ve sakıncalı internet sitelerine yönlendiren bağlantılara da dikkat edilmesi gerekmektedir<sup>64</sup>. Bu gibi durumlarda TCK’nın 37-39 maddeleri uyarınca genel hükümlere göre içerik sağlayıcının söz konusu suça iştirak ettiğinden bahsedilebilir. Aksi durumda içerik sağlayıcının yalnızca başkasına ait içeriğin bulunduğu Web sitesine bağlantı sağlaması nedeniyle suç oluşturan eyleme iştirak ettiği ileri sürülemeyecektir<sup>65</sup>.

Yukarıda belirtilen madde hükmünde geçtiği üzere, bağlantı sağladığı içeriği benimseyip benimsemediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçlayıp amaçlamadığı hususu tartışmaya açık olmakla beraber, bu konunun ilgili mercilerin takdirine bırakılmış olması yerindedir. Zira internet birbirine verilen bağlantılar sayesinde oldukça büyük ve dinamik bir yapıya sahiptir. İnternetin bu özelliği içeriğe erişimi kolaylaştırdığı gibi suç içeren yayınlara erişimi de kolaylaştırmış olup bu konuda yasa koyucunun önleyici bir tedbir aldığı görülmektedir. Yasa koyucu burada verilen bağlantılardaki içeriğin her an değişebileceğini öngörmüş ve içerik sağlayıcıyı verdiği bağlantılar nedeniyle sorumlu tutmamıştır. Bununla birlikte ön plana çıkartılan bir bağlantıdaki içerikten haberdar olunması tabii bir beklentidir. Yasa kapsamında bu yükümlülüğe dair herhangi bir yaptırım belirlenmemiş olup yasalarda öngörülen genel hükümler uyarınca yaptırım uygulanabilecektir<sup>66</sup>.

Bununla beraber Kanun’un 4. maddesinin 2. fıkrasında geçen “benimseme ve ulaşmayı amaçlama” hususlarında yasa uygulayıcılarının işini kolaylaştırmak için belli ölçütler konulması da yerinde olacaktır. Buna göre; bir içerik sağlayıcının ücret ödeyerek kendi bağlantısının üst sıralarda görülmesini sağlaması; buna karşın içeriğin hukuka aykırı olması durumunda sözleşme uyarınca bu bağlantıya ulaşılmasını sağlayan arama motorunun bundan sorumlu olmayacağı meselesi tartışmalara neden

<sup>63</sup> **Necati Meran**, “İnternet Yoluyla İşlenen Suçlarda Erişimin Engellenmesi ve İçeriğin Yayından Kaldırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 47 (2010), 118.

<sup>64</sup> **Durnagöl**, 401.

<sup>65</sup> **Meran**, 118.

<sup>66</sup> **Durnagöl**, 401-402.

olmaktadır. Benzer güncel bir durum Web 2.0 teknolojisinin<sup>67</sup> kullanımında yaşanmaktadır. Zira bu sitelerin kullanıldığı teknoloji, içeriğin internet ortamında çok hızlı biçimde yayılmasını sağlamaktadır. Bu şekilde yayılan bir içeriğin suç unsuru içermesi hâlinde her bir Web sitesinin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve içerik sağlayıcının sunuş biçimi değerlendirilerek sorumluluğun tayini gerekecektir. Web 2.0 teknolojisinin son derece yaygın kullanımı nazara alındığında kimi hâllerde bir içerik nedeniyle pek çok kişinin suça iştiraktan sorumlu tutulmasına neden olabilecektir. Bu bakımdan mevcut yasa hükmünün teknolojideki gelişmeler ve verilen örnekler de dikkate alınarak yeniden düzenlenmesinde fayda bulunmakta olup bu durum şüphesiz yasa uygulayıcılarının da işini kolaylaştıracaktır<sup>68</sup>.

İSS'ler kendilerinin hazırlayıp sundukları içerikler açısından içerik sunucu olarak kabul edileceklerinden bu içeriklerin suç unsuru teşkil edebilecek bilgiler içermesi durumunda İSS sıfatıyla değil, içerik sunucu olarak genel hükümlere göre cezai sorumluluğa sahiptir. Buna karşın İSS'lerin içerik sağlayıcı fonksiyonuna sahip olmadığı ve suç unsuru teşkil eden içeriklerin varlığı hâlinde, suç unsuru içeriklerden haberdar olmayan İSS'lerin genel hükümler uyarınca sorumluluğundan söz edilemez. Zira içerik sağlayıcı kendi bilgilerini İSS aracılığıyla internet kullanıcılarının kullanımına sunmaktadır. Bu anlamda İSS, içerik sağlayıcıların her birine özgü bir alan açmaktadır. İçerik sağlayıcı kendisine ait parola ile doğrudan doğruya bu alana girerek istediği bilgileri İSS'nin bilgisi olmaksızın değiştirebilir, silebilir veya bunlara eklemeler yapabilir. Bu bakımdan İSS'nin içerik sağlayıcı ile sözleşmeye dayalı bir ilişkiye girmesi ve ona bir alan açması bu içerik sağlayıcı tarafından işlenmiş olan suçlara iştirak ettiği sonucunu doğurmaz<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Kullanıcıların, internet sitesinde bulunan içeriği oluşturduğu, yani bilgi ve verileri kendilerinin üretebildiği ya da değiştirebildiği web 2.0 internet siteleri de içerik sağlayıcı olarak kabul edilmektedir. Bu tür internet siteleri, kullanıcılara, sitedeki içeriği üretme ve/veya değiştirme olanağı tanıyarak bilgi ve veri sağlamaktadır. Söz konusu bilgi ve veriler, bizzat site kullanıcıları tarafından üretilse ya da değiştirilse de bu bilgi ve verilerin üretilerek ya da değiştirilerek internet ortamı üzerinden diğer kullanıcılara sunulması içerik sağlayıcı tarafından gerçekleştirilmektedir. Bkz. **Serhat Koç / Selva Kaynak**, "Bilişim Suçları Bağlamında Yeni Medya Olarak İnternet ve Kişisel Güvenlik", *Akademik Bilişim '10 - XII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri* içinde (71-78), C. 1, ed. Mustafa Akgün / Athem Derman / Ufuk Çağlayan / Attila Özgüt / Tuğrul Yılmaz (Muğla Üniversitesi, Muğla, 10-12 Şubat 2010), 75-76.

<sup>68</sup> **Dülger**, 697-698; **Mehmet Bedii Kaya**, 129-130.

<sup>69</sup> **Kangal**, 235-237; **Hasan Sınar**, *İnternet ve Ceza Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), 88.

5651 sayılı Kanun'da İSS'ler için yükümlülük ve cezai sorumluluk durumunu öngören özel hükümler bulunmamaktadır. Bu nedenle İSS'ler kendi denetimleri altındaki bölgelerde gerçekleşen hukuk ihlallerine ne şekilde müdahale etmeleri gerektiğini bilememekte ve somut olayın özelliğine göre müdahale edememelerinden ötürü asıl failin eylemlerine iştirak ettikleri gerekçesiyle sorumlu tutulabilmektedir<sup>70</sup>. Bu nedenle 5651 sayılı Kanun'da İSS'lerin yükümlülüklerinin ve cezai sorumluluklarının açıkça öngörüldüğü düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

5651 sayılı Kanun'da İSS'ler için cezai sorumluluğu öngören özel hükümler bulunmamakta ise de aşağıda incelenecek olan içerik ve erişim sağlayıcılar için düzenlenen cezai hükümler içerik ve erişim sağlayıcı işlevine sahip İSS'ler için de geçerlidir. Bu durumda İSS'ler içerik ve erişim sağlayıcı sıfatıyla cezai sorumlulukla karşı karşıya kalacaktır.

Son olarak değinmek gerekir ki bir internet sűjesi olan sunucunun ne tanımına ne de cezai sorumluluđuna iliřkin olarak mevzuatta herhangi bir yasal dűzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan sunucuların cezai sorumluluđu genel hűkűmler uyarınca gerçekleřecektir. Diđer yandan her ne kadar 5651 sayılı Kanun'da internet toplu kullanım sađlayıcıların yasada ۆngörűlen yükűmlűlűkleri yerine getirmemesi nedeniyle haklarında idari yaptırım hűkűmleri ۆngörűlműş ise de suç teřkil eden eylemler ve buna bađlı cezai yaptırımı ۆngören herhangi bir dűzenlemeye yer verilmesi cihetiyle bu sűjeler bakımdan da cezai sorumluluk durumu genel hűkűmler uyarınca belirlenecektir.

## **B. Mevzuatta Dűzenlenen Cezai Sorumluluk Hűlleri**

İnternet sűjelerinin suç fiilini bizzat iřlememesi ya da iřtirak durumunun söz konusu olmaması hűlinde ۆzel yasalarda kendilerine yüklenen yükűmlűlűklerin var olup olmadıđına bakmak gerekmektedir. 5651 sayılı Kanun'da ya da FSEK'te ۆngörűlen kimi hűkűmler bazı internet sűjelerinin kendilerine yüklenen yükűmlűlűkleri yerine getirmemeleri hűlinde cezai müeyyideyi ۆngörmektedir.

### **1. Koruma Tedbiri Olarak Verilen İçeriğin çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi Kararının Gereğini Yerine Getirmeme**

29.07.2020 tarih ve 7253 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanun'da bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de Kanun'un 8. maddesinde dűzenlenen "erişimin engellenmesi" koruma tedbirinin yerine getirilmesine ilişkin dűzenlemeye "içeriğin çıkarılması" koruma tedbirinin de eklenmesidir. Bu madde metninde daha ۆnce "erişimin engellenmesi"

<sup>70</sup> Erman, 224.

koruma tedbirinin gereğini yerine getirmeyen yer ve erişim sağlayıcının cezai sorumluluğunun yanı sıra “içeriğin çıkarılması” koruma tedbirinin gereğini yerine getirmeyen içerik sağlayıcı açısından da aynı cezai sorumluluk öngörülmüştür.

Yukarıda da değinildiği üzere içerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başka bir kimseye ait içerikten sorumlu olmayıp ancak sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumlu olacaktır. Diğer yandan bir yer sağlayıcının, yer sağladığı içeriği kontrol etmek ya da hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle yer sağlayıcının, yer sağladığı hukuka aykırı içerik nedeniyle doğrudan sorumluluğu bulunmamaktadır. Benzer şekilde bir erişim sağlayıcı da herhangi bir kullanıcısının yayımladığı hukuka aykırı içerik nedeniyle doğrudan sorumlu değildir. Bununla birlikte gerek içerik sağlayıcı gerek yer sağlayıcı gerekse erişim sağlayıcı, koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi koruma tedbirinin gereğini yerine getirmemesi durumunda cezai sorumlulukla karşı karşıya kalmaktadır.

5651 sayılı Kanun’un 2/1-ö maddesi uyarınca içeriğin yayından çıkarılması, içerik ya da yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılması anlamına gelmektedir. Aynı Kanun’un 2/1-o maddesi uyarınca erişimin engellenmesi ise alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade etmektedir. Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına ilişkin usul 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesinde açıklanmıştır.

Buna göre internet ortamında yapılan ve içeriği 5651 sayılı Kanun’un 8/1-a, b ve c bentlerinde yazılı suçları oluşturduğuna yönelik yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir. İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar yirmi dört saat içerisinde hâkimin onayına sunulmalı ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içerisinde vermelidir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması durumunda tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

Hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yerine

getirmek amacıyla BTK'ya gönderilir. İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içerisinde yerine getirilir.

5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 10. fıkrası uyarınca yukarıda usulü açıklanan ve koruma tedbiri niteliğinde verilmiş olan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yapmayan içerik, yer veya erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması hâlinde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

## **2. Suç Faillerine Ulaşmak İçin Gerekli Bilgileri Verme Yükümlülüğüne Uymama**

5651 sayılı Kanun'a 27.03.2015 tarih ve 6639 sayılı Kanunla eklenen 8/A maddesi uyarınca yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ya da genel sağlığın korunması nedenlerinden bir veya birkaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde BTK Başkanı tarafından internet ortamında yer alan yayına ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Ancak BTK Başkanı'nın bu kararı alabilmesi öncelikle Cumhurbaşkanlığının veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi şartına bağlanmıştır. BTK Başkanı tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, yine Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulmalıdır. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.

Belirtmek gerekir ki Kanun'un 8/A maddesi uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhurbaşkanlığı ve ilgili bakanlıkların talebi üzerine BTK Başkanı'na içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını alma yetkisinin tanınması siyasi iradenin internet üzerinde ölçsüz bir kontrol sağlamasına imkân tanımaktadır. BTK Başkanı tarafından verilen kararın yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması zorunluluğu da bu durumu değiştirmemektedir.

5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında BTK Başkanı tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacaktır. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilmek zorundadır. Bu bağlamda Kanun'un 8/A maddesinin 4. fıkrası uyarınca BTK tarafından istenen bu bilgileri verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen içerik, yer ve

erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması hâlinde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

### **3. İçeriğin Yayından Çıkarılması veya Erişimin Engellenmesi Kararını Yerine Getirmeme**

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde internet ortamında yapılan yayın içeriğinden dolayı kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda ihlale uğrayanların talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Kanun hükmü uyarınca hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle vermelidir. Ancak hâkim, URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceği kanaatine varması durumunda, gerekçesini de belirtmek suretiyle internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

Sulh ceza hâkimi tarafından verilen söz konusu içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları doğrudan Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya iletilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Sulh ceza hâkiminin kararını madde hükmünde belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde uygulamayan içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Belirtmek gerekir ki 29.07.2020 tarih ve 7253 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yapılan değişiklikte internet ortamında yapılan yayın içeriği sebebiyle kişilik hakları ihlal edilen kişilerin sulh ceza hâkimine talepte bulunması hâlinde daha önce yasa kapsamında var olan erişimin engellenmesi koruma tedbirinin yanı sıra içeriğin çıkarılması tedbiri de öngörülmüştür. Hakları ihlal olanlar, değişiklik öncesi dönemde, içeriğin çıkarılması için yalnızca içerik sağlayıcıya, buna ulaşamamaları hâlinde ise yer sağlayıcıya başvurarak uyarı yöntemiyle içeriğin yayından çıkarılmasını isteme hakkına sahipti. Ancak sulh ceza hâkiminden içeriğin çıkarılması istenemiyor yalnızca erişimin engellenmesi talep edilebiliyordu.

Diğer yandan yasa değişikliğinden önceki düzenlemede erişimin engellenmesi kararını yerine getirmede tek yükümlülük erişim sağlayıcıya ait iken yeni düzenleme ile içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin



engellenmesi kararını yerine getirmekle içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı yükümlüdür. Bu değişikliklerle bağlantılı olarak madde metninde yapılan düzenleme ile eskiden tedbire uymayanlar için kullanılan “*sorumlu kişi*” ibaresi yerine “*içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları*” ibaresi getirilerek sorumluluk durumu da netleştirilmiştir.

#### **4.FSEK’in Ek Madde 4 Hükümünün İhlali Suçları**

Ülkemizde internet sùjelerinin sorumluluğunun düzenlendiği genel nitelikteki kanun 5651 sayılı Kanun olmakla birlikte FSEK m. 71/2’de bir internet sùjesi olan içerik sağlayıcının cezai sorumluluğunu öngören ayrıksı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu bağlamda yasa koyucu FSEK’in 71. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “... *bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” düzenlemesiyle içerik sağlayıcıların FSEK’te korunan hakların ihlaline devam etmeleri hâlinde cezai yönden sorumlu olacaklarını hükme bağlamıştır<sup>71</sup>.

İçerik sağlayıcıların hangi durumlarda belirtilen suçu gerçekleştirmiş sayılacağı FSEK’in Ek Madde 4 hükümünün 3. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre FSEK’in Ek Madde 4 hükümünün 3. fıkrasında “*Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâle devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.*” hükmüne yer verilmiştir.

<sup>71</sup> **Yusuf Başlar**, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Ek Madde 4 Hükümünün İhlali Suçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 4 (2019), 59.

Belirtmek gerekir ki yukarıdaki yasa hükmü uyarınca servis sağlayıcılar ve içerik sağlayıcılar ile ilgili gerçekleştirilen düzenlemenin özel bir önemi bulunmaktadır. Zira bu düzenlemeyle birlikte Türk hukuk sistemi bakımından önemli bir yenilik getirilerek ilk kez internet sùjelerinin sorumluluğuna dair bir pozitif düzenleme, eser ve bağlantılı hakların korunması bağlamında mevzuatımıza girmiştir<sup>72</sup>. FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrası çerçevesinde gerçekleştirilen düzenlemeyle birlikte Dijital Binyıl Telif Hakkı Kanunu'ndakine (Digital Millennium Copyright Act-DMCA) benzer bir uyar ve kaldır (notice and take down) sisteminin kurulmak istendiği gör÷lmektedir<sup>73</sup>.

Bununla birlikte FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrasındaki düzenleme ile uygulanmak istenen uyar ve kaldır sistemi, DMCA'daki düzenleme ve ABD'deki uygulamanın aksine servis sağlayıcı yerine içerik sağlayıcılar bakımından öngör÷lmüş olmasının içerik sağlayıcıların işlevlerine ve bünyesine uygun olmaması, madde hükmünde belirtilen internet sùjelerinin hukuksal ve cezai sorumlulukları açısından üstlendikleri işleve nazaran net bir biçimde tanımlanmamış ve bu anlamda servis sağlayıcı ile içerik sağlayıcının işlevlerinin birbirine karışırılmış olması bakımından da eleştirilmektedir<sup>74</sup>.

Bu bağlamda FSEK m. 71/2'de düzenlenen suçun eylem unsurunun yerine gelmesi için içerik sağlayıcının yalnızca FSEK'te korunan bir hakkı ihlal etmesi yeterli olmayıp FSEK'in Ek Madde 4 hükmünün 3. fıkrası uyarınca hakları ihlal edilen kişilerin içerik sağlayıcıya başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını talep etmeleri ve buna rağmen içerik sağlayıcının ihlale devam etmiş olması gerekmektedir. Buna göre suç, üç

<sup>72</sup> **Hasan Sınar**, "Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması" (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2006), 372.

<sup>73</sup> **İbrahim Emre Bayamhođlu**, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma" (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2007), 280; DMCA'daki düzenleme uyarınca servis sağlayıcılar hak sahiplerinden kendilerine gelen hak ihlalinin gerçekleştiğine ilişkin bildirim üzerine ihlale neden olan veriyi sistemden kaldırmaktadır. Servis sağlayıcılar Telif Hakları Bürosuna kendilerine hak sahiplerince yapılan bildirimleri almak ve cevaplamakla yetkili kıldıkları kimseyi ve iletişim bilgilerini, Telif Hakları Bürosu tarafından yayımlanan bir form vasıtasıyla bildirmektedir. Bkz. **Kùltür ve Turizm Bakanlığı**, "Sayısal Haklar Yönetimi (DRM)", 2006, erişim 4 Eylül 2020, [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2014/04/Eylem20\\_Sayisal\\_Haklar\\_Yonetimi.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2014/04/Eylem20_Sayisal_Haklar_Yonetimi.pdf)

<sup>74</sup> **İhsan Baştürk**, "Genel Olarak Fikir ve Sanat Eserleri ve Bunlara İnternet Yoluyla Tecavüz ile Sonuçları" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2006), 202; **Sınar**, "Ceza Hukuku Açısından", 380.

günlük sürenin dolmasından itibaren işlenmeye başlanacaktır. Bunun doğal bir neticesi olarak da içerik sağlayıcılar tarafından gerçekleştirilen ihlaller hak sahiplerince öğrenilmediği ve uyarı prosedürü tamamlanmadığı sürece cezai yaptırıma tabi olmayacaklarının da kabulü gerekmektedir<sup>75</sup>.

Hakkının ihlal edildiğini düşünen suç mağdurunun öncelikle yapması gereken içerik sağlayıcıya başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını istemek olmasına karşın yasa hükmünde bunun yöntemi belirtilmemiştir. Ayrıca karşı tarafın cevabının ne şekilde alınacağı da hiçbir şekilde belli değildir. Bu durumun belirlenmesi uygulamadaki işleyişe bırakılmıştır. Herhangi bir şekil şartının öngörülmemesi karşısında bu ihbarın e-posta yoluyla yapılabilmesi mümkün<sup>76</sup> olduğu gibi hak sahibinin bu durumu belgeleyen evrakı ekleyerek bir yazıyla başvurması da yeterlidir. Söz konusu yazının noter marifetiyle gönderilmesi ise ispat kolaylığı açısından daha yerinde olacaktır<sup>77</sup>.

#### IV. SONUÇ

İnternetin bir sahibinin olmaması ve nevi sahsına münhasır yapısı internet ortamında gerçekleşen hukuka aykırılık hâllerinde sorumluluğun kime ait olduğu sorununun ortaya çıkarmaktadır. Özellikle sanal ortamda meydana gelen hukuka aykırı eylemlerin kolay, hızlı ve tek bir hareketle pek çok kişinin mağduriyetine neden olabilecek şekilde gerçekleşebilmesi bu sorunu daha da derinleştirmektedir. Bu durum hukuka aykırı eylemleri gerçekleştiren ve fakat çoğu zaman kimliklerini gizlemeyi başaran asli failerin yanı sıra internetin görünen yapısı olan internet sükjelerinin sorumluluk hâllerini gündeme getirmektedir.

İnternet ortamında gerçekleşen hukuka aykırılıklar nedeniyle internet sükjelerinin sorumluluklarının belirlenmesi internetin hukuk dışı bir ortam olmadığını göstermek adına önem arz etmektedir. Bu bağlamda internet ortamında gerçekleşen hukuka aykırılıklar nedeniyle internet sükjelerinin

<sup>75</sup> **Başlar**, 59-60.

<sup>76</sup> **Türkay Alca**, “İnternette Telif Hakları”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı - Bilişim ve Hukuk*, C. 2 (Ankara, 08-11 Ocak 2008), 196; **Savaş Bozbel**, “Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* içinde (135-164), ed. Tekin Memiş (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2009), 156; **Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü**, “Fikri ve Sınai Haklar Yargı İstisare Grubu Birinci Toplantısı”, Antalya, 22 Kasım 2008, 12, erişim 9 Nisan 2022, <https://docplayer.biz.tr/1132423-Fikri-ve-sinai-haklar-yargi-istisare-grubu-birinci-toplantisi.html>

<sup>77</sup> **Teknaile Özderiyol**, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 237.

cezai, hukuki ve idari sorumluluklarının kabul edilmesi oldukça doğaldır. Bu çalışma kapsamında da internet süjelerinin cezai sorumlulukları ele alınmıştır.

İnternet ortamında işlev gören birçok internet s jesinden söz etmek mümkündür. Nitekim 5651 sayılı Kanun'da erişim sağlayıcı, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıdan bahsedilmiş, bu süjelerin tanımları ve sorumlulukları açıkça belirlenmiştir. Bu kapsamda 5651 sayılı Kanun'da erişim sağlayıcı, içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcıların Kanun'da öngörülen yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda hem cezai hem de idari sorumluluklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca FSEK m. 71/2'de içerik sağlayıcının cezai sorumluluğunu öngören ayrıksı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna karşın internet toplu kullanım sağlayıcıların 5651 sayılı Kanun'da öngörülen yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda idari para cezasını gerektiren yaptırımlar düzenlenmiş, suç teşkil eden eylemler ve buna bağlı cezai yaptırımı öngören herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda internet toplu kullanım sağlayıcıların suç teşkil eden eylemleri nedeniyle ancak genel hükümler uyarınca cezai sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

Diğer yandan 5651 sayılı Kanun'da önemli internet s jelerinden olan İSS ve sunucu kavramları tanımlanmamış ve bu süjelerin sorumluluk alanlarından da bahsedilmemiştir. Bununla birlikte mevzuatta yetki ve sorumlulukları açıkça belirtilmeyen İSS ve sunucuların da suç teşkil eden eylemleri nedeniyle genel hükümler uyarınca cezai sorumlulukları söz konusu olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki özellikle İSS'ler ile ilgili açık bir tanımlamanın yapılmamış olması internet süjelerinin genel anlamda İSS olarak tanımlanmasına ve İSS'ler ile erişim sağlayıcılar arasında bir kavram karmaşasının doğmasına neden olmaktadır. Bu durum dikkate alındığında İSS'lerin mevzuatta tanımlanarak yetki ve sorumluluklarının net olarak belirlenmesi yerinde olacaktır.

## KAYNAKÇA

**Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü**, "Fikri ve Sınai Haklar Yargı İştishare Grubu Birinci Toplantısı". Antalya, 22 Kasım 2008, erişim 9 Nisan 2022, <https://docplayer.biz.tr/1132423-Fikri-ve-sinai-haklar-yargi-istisare-grubu-birinci-toplantisi.html>

**Alıca, Türkay**. "İnternette Telif Hakları". *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı - Bilişim ve Hukuk*, C. 2, Ankara, 08-11 Ocak 2008.

- Bağcı, Ömer.** “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından ISS Sorumlulukları”. *Bilişim Hukuku* içinde (357-381), drl. Mete Tevetoğlu, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Başlar, Yusuf.** “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Ek Madde 4 Hükümünün İhlali Suçları”. *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 4 (2019), 37-74.
- Başlar, Yusuf.** *Ceza Muhakemesinde IP Adresinin İspat Değeri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Baştürk, İhsan.** “Genel Olarak Fikir ve Sanat Eserleri ve Bunlara İnternet Yoluyla Tecavüz ile Sonuçları”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2006.
- Bayamlioğlu, İbrahim Emre.** “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2007.
- Blakeslee, Melise R.** *Internet Crimes, Torts and Scams- Investigation and Remedies*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Bozbel, Savaş.** “Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?”. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ* 2009 içinde (135-164), ed. Tekin Memiş, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2009.
- Çelebi, Ertan.** “Server Nedir?”. 2 Mayıs 2021, erişim 27 Temmuz 2021, <https://bilgigram.com/server-nedir/>
- Devran, Zeynep.** “İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları Nelerdir ve Neler Olmalıdır?”. *Bilişim Hukuku* içinde (348-356), drl. Mete Tevetoğlu, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Durnagöl, Yasemin.** “5651 Sayılı Kanun Kapsamında İnternet Aktörlerine Getirilen Yükümlülükler ile İdari ve Cezai Yaptırımlar”. *TAAD*, Y. 2, S. 4 (2011), 375-416.
- Dülger, Murat Volkan.** *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Erman, Barış.** “Alman Hukukunda İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 59, S. 1-2 (2001), 203-225.
- Gallardo, Claudio Ruiz / J. Carlos Lara Gálvez.** “Liability of Internet Service Providers (ISPs) and the Exercise of Freedom of Expression in Latin America”. accessed July 14, 2020, <https://www.palermo.edu/cele/pdf/english/Internet-Free-of-Censorship/02->

Liability\_Internet\_Service\_Providers\_exercise\_freedom\_expression\_Latin\_America\_Ruiz\_Gallardo\_Lara\_Galvez.pdf

**Gül, Ahmet.** *Doğrudan – Dolaylı Bilişim Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

**Güngör, Müberra / Gökhan Evren.** *İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri*. Ankara: Telekomünikasyon Kurumu Tarifeler Dairesi Başkanlığı, 2002.

**İçel, Kayhan.** “Türkiye’de İnternet Ortamında İşlenen Suçlardan ve Kabahatlerden Sorumluluğun Genel Esasları - Erişimin Engellenmesi – İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Cevap Hakkı”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 8, S. 16 (2009), 17-28.

**Kangal, Zeynel T.** “Fransa’da İnternet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğu”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 59, S. 1-2 (2001), 227-240.

**Karagülmez, Ali.** *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

**Kaya, Mehmet Bedii.** *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternet Erişiminin Engellenmesi*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010.

**Kaya, Mine.** “Almanya’da İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3 (2015), 739-774.

**Keskin, İbrahim.** “İnternet Servis Sağlayıcılarının (İSS) Hukuki ve Ceza Sorumluluğu”. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 84, S. 5, (2010), 2921-2980.

**Ketizmen, Muammer.** *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

**Koç, Serhat / Selva Kaynak.** “Bilişim Suçları Bağlamında Yeni Medya Olarak İnternet ve Kişisel Güvenlik”. *Akademik Bilişim’10 - XII. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri-Cilt: 1* (71-78), ed. Mustafa Akgün / Athem Derman / Ufuk Çağlayan / Attila Özgüt / Tuğrul Yılmaz, Muğla Üniversitesi, Muğla, 10-12 Şubat 2010.

**Kurt, Levent.** *Açıklamalı – İctihathlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

**Kültür ve Turizm Bakanlığı.** “Sayısal Haklar Yönetimi (DRM)”. 2006, erişim 4 Eylül 2020, [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2014/04/Eylem20\\_Sayisal\\_Haklar\\_Yonetimi.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2014/04/Eylem20_Sayisal_Haklar_Yonetimi.pdf)

**Meran, Necati.** “İnternet Yoluyla İşlenen Suçlarda Erişimin Engellenmesi ve İçeriğin Yayından Kaldırılması”. *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 47 (2010), 115-129.

- Oğuz, Habip.** “İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması”. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2010.
- Oğuz, Sefer.** *İnternet Alan Adı (Domain Name) Haklarının Korunması*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özderyol, Teknail.** *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Sağlam, İpek.** *Elektronik Sözleşmeler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- Sınar, Hasan.** *İnternet ve Ceza Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- Sınar, Hasan.** “Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması”. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2006.
- Soysal, Tamer.** “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 61 (2005), 304-339.
- Şen, Ersan.** “Yer Sağlayıcıların 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Karşısında Hukuki Durumu ve Tüzel Kişi Yer Sağlayıcıların Ceza Sorumluluğu”. *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4 (2012), 279-307.
- Taşkın, Şaban Cankat.** *Bilişim Suçları*, Bursa: Beta Yayıncılık, 2008.
- Turhan, Oğuz.** “Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar”. Planlama Uzmanlığı Tezi, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Ankara, 2006.
- Uçkan, Özgür / Yasin Beceni.** “Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku”. *İnternet ve Hukuk* içinde (363-430), drl. Yeşim M. Atamer, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Yetim, Servet.** *Ceza Muhakemesi Hukuku Kapsamında Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme (Facebook Örneği)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yıldız, Sevil.** “İnternet Servis Sağlayıcılar ve Cezai Sorumlulukları”. *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, S. 3 (2002), 167-184.
- Yıldız, Sevil.** “Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi”. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 17 (2007), 595-607.





**# KİMLİK HİRSIZLIĞININ TÜRK CEZA HUKUKU VE  
KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN  
DEĞERLENDİRİLMESİ**  
(EVALUATION OF IDENTITY THEFT  
IN TERMS OF TURKISH CRIMINAL LAW AND COMPARATIVE LAW)

**Dr. Öğr. Üyesi Tuğba Bayzıt \* \*\***

**ÖZ**

Genellikle araç suç olarak mağdura ait kimlik bilgilerinin elde edilmesi ve ardından amaç suç teşkil eden fiillerin (dolandırıcılık, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması gibi) işlenmesi şeklinde karşımıza çıkan kimlik hırsızlığı, günümüzde internetin de yaygınlaşmasıyla daha çok işlenir hale geldiğinden tüm dünyada önemli maddi zararlara neden olmaktadır. TCK'da kimlik hırsızlığı adı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde kimlik hırsızlığına ilişkin özel düzenlemeler bulunmakta iken bazı ülkelerde konu kanunlarında yer alan klasik suç tipleri ile çözümlenmektedir. Çalışmamızda çeşitli hukuk sistemlerindeki düzenlemelere değinilerek TCK bakımından birtakım önerilerde bulunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Kimlik Hırsızlığı, Kişisel Veriler, Dolandırıcılık, Kimlik Bilgileri, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*

**ABSTRACT**

Identity theft, which is generally encountered as a means of obtaining the identity information of the victim and then committing criminal acts (such as fraud, misuse of bank and credit cards), causes significant financial losses all over the world as it has become more common with the widespread use of the internet. There is no regulation under the title of identity theft in the Turkish Criminal Code. While there are special regulations regarding identity theft in some countries, in some countries the legal problem is resolved with classical crime types. In our study, some suggestions will be

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.04.2022. İlk hakem raporu tarihi: 14.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 19.07.2022. Onaylanma Tarihi: 19.07.2022.

\* Kıbrıs Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002- 6527-5465.

**Esere Atıf Şekli:** Tuğba Bayzıt, “Kimlik Hırsızlığının Türk Ceza Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.635-659.

*made in terms of TCK by referring to the regulations in various legal systems.*

**Key-words:** *Identity Theft, Personal Data, Fraud, Identity Information, Credit Card Fraud*

\*\*\*

## GİRİŞ

Teknolojinin hayatımızın her alanını kolaylaştırmasının yanı sıra kişisel verilere ulaşılmasını da kolaylaştırdığı bir gerçektir. Kişisel verilere özellikle de kimlik verilerine hukuka aykırı şekilde erişilmesi sadece özel hayatın gizliliği bakımından değil; pek çok başka değer bakımından da sorun yaratır. Bu kapsamda kimlik verileri başka suçlar işlemek ve maddi menfaatler elde etmek için kullanılabilir. Hatta failin kimlik bilgilerini kullandığı kişi onun işlediği suçlardan yargılanma tehlikesiyle karşılaşabilir.

Kimlik verileri ele geçirilerek işlenen suçları ifade etmek üzere karşılaştırmalı hukukta “*kimlik hırsızlığı*” terimi kullanılmaktadır. Kimlik hırsızlığı terimi esas itibariyle başkasına ait kimlik verileri ele geçirilerek o kimlik altında suç işlenmesini ifade eder. Burada fail kimlik bilgilerini ele geçirmek için bir suç işlediği gibi bu kimlik altında başka suçlar da işler.

Kimlik hırsızlığının cezalandırılma şekli ise ülkeden ülkeye değişmektedir. Bazı ülkelerde konuya ilişkin müstakil düzenlemelere yer verilirken bazı ülkelerde konu ceza kanunlarında yer alan klasik suç tipleri üzerinden çözülmektedir.

Çalışmamızda öncelikle kimlik hırsızlığı fiillerinin kriminolojik görünüşü ele alınarak konunun kapsamı ortaya konacaktır. Daha sonra karşılaştırmalı hukuktaki konuya ilişkin yaklaşımlar tartışılacaktır.

Kimlik hırsızlığına ilişkin olarak TCK’da müstakil bir düzenleme yer almamaktadır. Çalışmamızda bu durumun avantajlı ve dezavantajlı yönleri ele alınacak ve TCK açısından bazı önerilerde bulunulacaktır.

Son olarak kimlik hırsızlığı fiillerinin soruşturulması esnasında dikkat edilmesi gereken hususlara işaret edilecektir.

## I. KİMLİK HIRSIZLIĞI KAVRAMI

### A. TANIM-KAVRAM

Kimlik hırsızlığı esasen 21. yüzyıla özgü bir olgudur. 1980’lerde mail adreslerinin ele geçirilmesiyle başlayan bu süreç günümüzde çok daha karmaşık bir noktaya evrilmiştir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Gercke Marco, “Legal Approaches to Criminalize Identity Theft, Handbook on Identity-related Crime”, United Nations New York 2011, s. 11.

Kimlik hırsızlığı bir kişiye ait ayırt edici kimlik bilgilerinin kazanç elde etmek yahut suç işlemek için bir başkası tarafından kullanılmasıdır<sup>2</sup>. Bir başka tanıma göre: kimlik hırsızlığı, bir dolandırıcının kişinin belirlenmesini sağlayacak verilerin ana parçalarını elde ederek bunları kendi kişisel çıkarı için kullandığı bir siber suçtur<sup>3</sup>.

ABD Adalet Bakanlığı ise kimlik hırsızlığını şu şekilde tanımlamaktadır<sup>4</sup>: “*Kimlik hırsızlığı ve kimlik dolandırıcılığı kavramları bir kişiye ait kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde hile/aldatma içeren yöntemlerle ele geçirilerek genellikle ekonomik menfaat elde etmek amacıyla kullanılmasını ifade eder.*”

Amerikan doktrininde kimlik suçları üst başlığı altında iki farklı suç tipinden söz edilmektedir. Buna göre kimlik suçları kimlik hırsızlığı ve kimlik dolandırıcılığı olmak üzere iki türdür. Kimlik hırsızlığı bir kişiye ait kimlik bilgilerinin hukuka aykırı şekilde ele geçirilmesi iken kimlik dolandırıcılığı bir kişinin kimlik bilgilerinin hukuka aykırı şekilde kullanılmasını ifade eder. Birçok olayda kimlik hırsızlığı ve kimlik dolandırıcılığı bir arada bulunduğu gibi, bu iki terim çok zaman birbiri yerine kullanılmaktadır<sup>5</sup>.

Bir başka tanıma göre kimlik hırsızlığı bir kişinin bir başkasına ait doğum tarihi, sosyal güvenlik numarası yahut kredi kartı numarası gibi ayırt edici verilerini kullanarak yapılan dolandırıcılıktır. Fail bu bilgilerle hukuka aykırı şekilde kredi yahut kredi kartı başvurusu yapabilir, işe girebilir, telefon vs. hizmetlerden yararlanmak için abone olabilir<sup>6</sup>.

AB hukuku da esasen kimlik hırsızlığı konusuna duyarsız kalmamıştır. AB hukukunun kişisel verilerin korunması konusundaki en önde gelen belgelerinden olan Veri Koruma Tüzüğü'nün giriş kısmında kişisel verilerin

<sup>2</sup> **Salam A. F. / Dai Hua/ Wang Lei**, “*Online Users’ Identity Theft and Coping Strategies, Attribution and Sense of Urgency: A Non-Linear Quadratic Effect Assessment*”, Information Systems Frontiers, Springer Media, October 2021, s. 1. **Gies/Piquero/Piquero/Green/Bobnis** ise kimlik hırsızlığını bir kişiye ait değerli malların o kişinin ayırt edilmesine yarayan bilgiler ele geçirilerek çalınması olarak tanımlamaktadırlar. (**Gies V. Stephen/ Piquero Nicole Leeper/ Piquero Alex R./ Green Bradn/ Bobnis Amanda**, “*Wild, Wild Theft: Identity Crimes in the Digital Frontier*”, Criminal Justice Policy Review 2021, Vol. 32(6)592-617, s. 593)

<sup>3</sup> **Salam/ Dai/ Wang**, s. 1.

<sup>4</sup> <https://www.justice.gov/criminal-fraud/identity-theft/identity-theft-and-identity-fraud>, Erişim Tarihi: 20.03.2022.

<sup>5</sup> **Gies/ Piquero/ Piquero/ Green/ Bobnis**, s. 593.

<sup>6</sup> **Mullady Jr. Raymond G./ Hansen Scott D.**, “*Identity Theft Litigation: A Roadmap for Defense and Protection*”, Utah Law Review, No. 2, 2008, s. 565.

gizliliğinin ihlalinin kimlik hırsızlığına vücut verebileceğine dikkat çekilmiştir.

Görüldüğü üzere kimlik hırsızlığı iki aşamadan oluşur. Öncelikle araç suç olarak mağdura ait kimlik bilgileri elde edilir. Ardından amaç suç teşkil eden fiiller (dolandırıcılık, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması gibi) işlenir<sup>7</sup>.

Biz bu kapsamda kimlik hırsızlığını şu şekilde tanımlamayı uygun görüyoruz:

*“Bir kişiye ait kimlik bilgilerini hukuka aykırı yöntemlerle ele geçirerek bu kimlik altında suç işlenmesine kimlik hırsızlığı denir.”*

### **B. KRİMİNOLOJİK AÇIDAN KİMLİK HIRSIZLIĞI FİİLLERİ**

İnternetin yaygınlaşmasıyla daha karmaşık ve çok işlenir hale gelen kimlik hırsızlığı fiilleri ciddi maddi zararlara neden olmaktadır. ABD’de Mart 2021 tarihi itibariyle 49 milyon tüketici kimlik hırsızlığı nedeniyle 56 milyar dolar zarara uğramıştır<sup>8</sup>. Federal Ticaret Komisyonu raporuna göre 2020 yılında ABD’de kimlik hırsızlığı dolandırıcılık suçu için en sık işlenen araç suçtur<sup>9</sup>.

Kimlik hırsızlığı fiillerinin en yaygın etkileri şunlardır<sup>10</sup>:

- Banka kartları ve hesaplarının bloke edilmesi/erişime kapanması
- Vergi kayıtlarına müdahale edilmesi
- Sağlık hizmetlerinden yararlanamama
- Banka hesaplarından para çekilmesi
- Borçların/faturaların ödenmemesi

ABD’de kimlik hırsızlığı klasik çek sahteciliği fiilleri ile işlenmeye başlamış ancak internetin yaygınlaşması ile şekil değiştirmiştir. Günümüzde kimlik hırsızlığı fiilleri neticesinde elde edilen verilerin satıldığı ciddi bir pazar oluşmuştur<sup>11</sup>.

ITRC (Identity Theft Resource Center- Kimlik Hırsızlığı Kaynak Merkezi) kimlik hırsızlığının beş türü olduğu ifade etmektedir<sup>12</sup>:

<sup>7</sup> Gercke, s. 25.

<sup>8</sup> Salam/ Dai/ Wang, s. 1.

<sup>9</sup> Amerikan hukuku’nda kimlik hırsızlığı dolandırıcılığın bir türü olarak görülmektedir. Salam/ Dai/ Wang, s. 1. Kıta Avrupası hukuku bakımından burada bir amaç suç-araç suç ilişkisi olduğu söylenebilir.

<sup>10</sup> Goel Rajeev K., “Identity theft in the internet age: Evidence from the U.S. states”, Managerial & Decision Economics, 2019; 40, s. 169.

<sup>11</sup> Goel, s. 169.

<sup>12</sup> Bisogni Fabio/ Asghari Hadi, “More Than a Suspect: An Investigation into the Connection Between Data Breaches, Identity Theft, and Data Breach Notification Laws”, Journal of Information Policy, Vol. 10, 2020, s. 48.

-**Mali Kimlik Hırsızlığı:** Bir dolandırıcının bir başka kişiye ait mali nitelikli ayırt edici verilerle (sosyal güvenlik numarası gibi) yeni mali kaynaklar oluşturmasıdır.

-**Suçlu Kimlik Hırsızlığı:** Suç işleyen bir kişinin yakalanmamak için kovuşturma makamlarına vermek üzere başkasına ait kimlik bilgilerini kopyalamasıdır.

-**Kimlik Klonlama:** Dolandırıcının yeni bir hayat kurmak için mağdurun kimliğini kopyalaması ve bu kimlik altında hayatını sürdürmesidir.

-**Tıbbi Kimlik Hırsızlığı:** Bir başka kişinin kimliğinin sağlık hizmeti almak için kullanılmasıdır.

-**Ticari Kimlik Hırsızlığı:** Mali kimlik hırsızlığından farklı olarak burada mağdur bir ticaret şirketidir.

*Gercke* yeni kimlik hırsızlığı yöntemleri olarak şu yöntemlerden söz etmektedir<sup>13</sup>:

-Mağdura gönderilen mailleri başka bir adrese yönlendirerek mağdur şüphelenmeden ona ait verileri ele geçirmek

-Gönderi hırsızlığı yaparak (posta/kargo) kişisel veri elde etmek

-Çöp karıştırarak çöpe atılan belgelerden kişisel veri toplamak

-Kurum içi bilgisayarlardan veri elde etmek

-Kamuya açık bilgileri kullanmak

-Dijital ortamda saklanan verileri kullanmak

Bu kapsamda başvurulmuş başlıca yöntemler şunlardır:

-**Kart bilgilerini kopyalamak (Skimming):** Bir ATM'ye mağdura ait bilgileri ve şifreleri elde etmek üzere müdahale edilmesidir.

-**Oltalama (Phishing):** Bu yöntem sıklıkla kötü amaçlı yazılımlar kullanılarak hackleme suretiyle gerçekleştirilir.

Bunlar dışında bazen klasik suç tipleri de kimlik verilerinin ele geçirilmesinde kullanılabilir. Bunun en tipik örneği bilgisayar yahut veri depolama cihazlarının çalınmasıdır<sup>14</sup>.

Öte yandan doktrinde yukarıda ifade edilenler dışında kimlik hırsızlığının kullanıldığı *sunı kimlik hırsızlığı* (farklı kişilere ait bilgilerden bir kimlik oluşturmak), *ortadan kaybolma* (ghosting-ölü bir kimsenin kimliğini tahrif ederek yeni bir kimlik oluşturma), *siber zorbalık* (başka bir kişiyi taklit ederek cep telefonu yahut internetten hukuka aykırı mesajlar göndermek) gibi fiillerden de söz edilmektedir<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Gercke, s. 15 vd.

<sup>14</sup> Gercke, s. 18.

<sup>15</sup> Bisogni/ Asghari, s. 48, dn 9.

Bu kapsamda sıklıkla kimlik hırsızlığına konu olan kişisel veriler şu şekilde sıralanabilir<sup>16</sup>:

- Sosyal güvenlik numarası
- Pasaport bilgileri
- Ehliyet bilgileri
- Finansal hesaplar ve kredi kartı numaraları
- Doğum belgesi
- Şifreler
- IP ve diğer bağlantı bilgileri

Faillerin elde ettikleri veriler ile işledikleri fiillerden en sık karşılaşılanlar şunlardır<sup>17</sup>:

- Ekonomik suçlar işlemek
- Verileri satmak
- Kendi kimliğini gizlemek için mağdurun verilerini kullanmak

Kimlik Hırsızlığı Araştırma Merkezi yaptığı bir anket çalışmasında, katılanlara kimlik hırsızlığına karşı hangi önlemleri aldıklarını sormuştur. Araştırmada sorulan soruların kimlik hırsızlığına karşı isabetli önlemler olabileceğini düşündüğümüzden aşağıda bu yöntemlere yer vermeyi uygun görüyoruz<sup>18</sup>:

- Güvenli bir mail kutusu kullanmak
- Kredi kartı ekstrelerini düzenli takip etmek
- Kredi kartlarında güvenlik önlemleri ve harcama durdurma özelliği kullanmak
- Ücretli harcama kontrol uygulamaları kullanmak
- Ücretli kimlik kontrol uygulamaları kullanmak
- Kişisel veri ve hesap bilgileri içeren belgeleri tamamen yok etmek
- Dolandırıcılığı önlemek için uyarılar kullanmak
- Spam mailleri ve SMS mesajlarını cevaplamadan silmek
- Düzenli olarak bilgisayar güvenlik sistemleri kullanmak
- Sadece bilinen sitelerden online alışveriş yapmak
- Girilen sitelerin http uzantısına dikkat etmek
- Kimlik numaramı hiç/çok gerekli olmadıkça yanımda taşımamak
- Gün içinde ihtiyaç duyulmayacaksa üzerinde birden fazla kredi kartı taşımamak
- Çek defterini sadece ihtiyaç duyulacak günlerde yanına almak

<sup>16</sup> Gercke, s. 13 vd.

<sup>17</sup> Gercke, s. 19 vd.

<sup>18</sup> Gies/ Piquero/ Piquero/ Green/ Bobnis, s. 604.

- Kredi kartlarını kullanırken gözden ayırmamak
- Banka kartının kredi kartı olarak kullanılabilirse bile şifre korumalı olması
- Şifreleri üç ayda bir değiştirmek
- Şifreleri harf ve sayı içeren en az sekiz haneli olacak şekilde belirlemek
- Sosyal medya hesaplarına kişisel bilgi paylaşmamak
- Korumalı olmayan halka açık ağları kullanmamak
- Telefonda ve tablette düzenli olarak veri silme programları kullanmak
- Telefonda ve tablette şifre kullanmak
- ATM kullanmamak
- Hesap hareketlerini haftalık olarak kontrol etmek
- Vergi işlemlerinde şifre kullanmak

Kimlik hırsızlığı her ne kadar teknoloji ile özdeşleşmiş olsa da bu fiillerin işlenişi bakımından yüksek teknoloji kullanılan ve düşük teknoloji kullanılan kimlik hırsızlığı olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre düşük teknoloji kullanılan kimlik hırsızlığı fiillerinde fail kişisel verileri makbuz, fatura gibi dökümanları çalarak yahut telefonda kişiyi yanlış yönlendirerek (bankadan yahut resmi bir kurumdan aradığını söyleyerek), form yahut benzeri dökümanlardaki bilgileri okumak için eline geçen fırsatları kullanarak elde etmektedir. Bu kapsamda RadioShack isimli bir firma müşterilerine ait ad-soyad, iletişim bilgisi, kredi kartı bilgileri gibi verilerin olduğu makbuzları herkes tarafından ulaşılabilecek bir çöp kutusuna attığı için dava edilmişti<sup>19</sup>.

Yüksek teknoloji kullanılan kimlik hırsızlığı ise internet bağlantısı olan ve veri tabanlarına ulaşabilen hackerlar tarafından işlenmektedir. Şubat 2002’de Ford Araç Kredisi şirketi veritabanı hacklenmiş ve çok sayıda kişiye ait veri çalınmış idi. Somut olayda hackerlar ford çalışanlarının kullandığı şifreler ile çalışan gibi sisteme sızarak bu verileri elde etmişlerdi<sup>20</sup>.

Kimlik hırsızlığının teknolojiden ayrı düşünülmesi söz konusu olamaz. Bu kapsamda ifade edilmelidir ki şu etkenler bu fiilleri önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır<sup>21</sup>:

- Geniş veri tabanlarının varlığı
- Giderek artan miktarda veri depolama eğilimi
- Kısa sürede çok fazla verinin kopyalanabilir olması

<sup>19</sup> Mullady Jr./ Hansen, s. 566.

<sup>20</sup> Mullady Jr./ Hansen, s. 567.

<sup>21</sup> Gercke, s. 21 vd.

- Kimlik bilgilerinin kamuya açık şekilde paylaşılması
- Geniş kaynaklara erişim imkanı
- Küresel çapta verilere ulaşabilme imkanı
- İletişimin anonim olması
- Dijital iletişimin manipüle edilebilmesi

Buraya kadar ifade edilen hususlar çerçevesinde dünyada kimlik hırsızlığı fiillerinin ne sıklıkta işlendiğine ilişkin şu tabloya göz atmak gerekecektir<sup>22</sup>:

Ülke	Yüzde Olarak Kimlik Hırsızlığı %	100.000 kişide ihlal sayısı	100.000 şirkette ihlal sayısı	Nüfus	İşveren firma sayısı
Hollanda	0.90%	147.20	10,544.49	17,081,507	238,456
İrlanda	2.16%	132.52	5,712.05	4,784,383	110,998
Danimarka	0.93%	115.43	5,544.44	5,748,769	119,684
Finlandiya	1.23%	71.11	2,881.20	5,503,297	135,825
Almanya	1.42%	31.12	1,722.02	82,521,653	1,491,314
İsveç	2.17%	48.14	1,684.10	9,995,153	285,712
Lüksemburg	2.64%	56.97	1,671.73	590,667	20,129
Slovenya	1.45%	52.55	1,600.44	2,065,895	67,833
Malta	1.40%	31.00	1,073.03	460,297	13,298
Polonya	1.87%	13.74	694.13	37,972,964	751,657
Avusturya	2.27%	12.10	544.61	8,772,865	194,913
İngiltere	2.61%	17.79	524.16	65,808,573	2,233,560
Belçika	4.11%	7.88	469.14	11,351,727	190,672
Estonya	1.37%	9.74	235.89	1,315,634	54,322

<sup>22</sup> Bisogni/Asghari, s. 71.



Çek Cumhuriyeti	1.52%	4.03	188.39	10,578,820	226,304
Fransa	2.64%	3.20	188.37	66,989,083	1,138,011
Letonya	1.56%	6.13	169.17	1,950,116	70,662
Litvanya	0.89%	4.18	158.56	2,847,904	75,075
Macaristan	3.01%	4.87	129.90	9,797,561	367,328

Kıbrıs	2.61%	4.80	121.21	854,802	33,852
Romanya	2.88%	1.90	100.21	19,644,350	372,471
İtalya	1.94%	2.05	90.46	60,589,445	1,373,008
İspanya	1.84%	2.08	74.12	46,527,039	1,305,705
Yunanistan	0.58%	1.50	39.25	10,768,193	411,555
Amerika Birleşik Devletleri	0.11%	0.38	20.48	325,025,206	6,073,017

## II.KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

Kimlik hırsızlığına ilişkin hukuki düzenlemeler farklı şekillerde kaleme alınmıştır. Bazı ülkelerde konuya ilişkin doğrudan düzenlemeler getirilmişken, bazı ülkelerde de kimlik hırsızlığı sahtecilik, dolandırıcılık gibi suçlar kapsamında değerlendirilmektedir. Diğer ülkelerde ise kimlik hırsızlığı kapsamındaki amaç ve araç suçlar ceza kanunlarında yer alan suçlar çerçevesinde ele alınmaktadır.

Bu kısımda fikir vermek amacıyla ulaşılabilen hukuki düzenlemelerin çevirilerine yer verilmiştir. Bir makalenin sınırlarını aşmamak için her hukuki düzenlemeyi suç tipi incelemesi şeklinde ele almayı tercih etmiyoruz.

### A. ABD

ABD’de kişisel verilerin ihlali ile kimlik hırsızlığı arasındaki bağlantı nedeniyle pek çok eyalet kişisel verilerin gizliliğinin ihlal edilmesi halinde

bildirimde bulunulmasına ilişkin yasaları yürürlüğe koymuştur. Eyaletlere göre bu dağılım şu şekildedir<sup>23</sup>:

Yürürlük Yılı	Yürürlüğe Sokan Eyalet Sayısı	Değişiklik Olmayan Kanunlar	1 Değişiklik	2 Değişiklik	3 Değişiklik	4 Değişiklik
2003	1	-	-	-	-	1
2005	10	1	5	3	-	1
2006	16	5	9	2	-	-
2007	9	3	4	-	2	-
2008	5	2	2	1	-	-
2009	4	2	1	1	-	-
2011	1	1	-	-	-	-
2014	1	-	1	-	-	-
2017	1	1	-	-	-	-
2018	2	2	-	-	-	-
<b>Toplam</b>	<b>50</b>	<b>17</b>	<b>22</b>	<b>7</b>	<b>2</b>	<b>2</b>

Federal düzeyde yapılan hukuki düzenlemelere örnek olarak ise şu hükümlere değinmek gerekir:

Kimlik belgeleri, doğrulama özellikleri ve kimlik bilgileriyle bağlantılı dolandırıcılık ve benzeri suçlar başlığını taşıyan hükümde kimlik hırsızlığı şu şekilde tanımlanmıştır<sup>24</sup>:

*“...Her kim bilerek hukuki bir yetki olmaksızın başkasının kimliğini ispatlamak için kullandığı bir aracı federal yasalarda suç olarak tanımlanan yahut herhangi bir eyalet yasası yahut yerel yasa uyarınca suç olarak tanımlanan bir fiili işlemek yahut buna yardım veya yataklık etmek için elinde bulundurur, devreder yahut kullanır ise..”*

<sup>23</sup> Bisogni/ Asghari, s. 54.

<sup>24</sup> Provision 18 U.S.C. 1028(a)(7), Gercke, s. 28. Ayrıca bkz. <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/rules/identity-theft-assumption-deterrence-act-text>, Erişim Tarihi: 10.04.2022.

Kimlik hırsızlığı ile ilgili bir başka tanım da Federal Ticaret Komisyonu tarafından yapılmıştır. Buna göre<sup>25</sup>:

“Kimlik hırsızlığı başkasına ait kimlik bilgileri kullanılarak işlenen bir tür dolandırıcılık suçudur.” Hükümde komisyonun konuya ilişkin başka tanımlamalar yapabileceği de ifade edilmiştir.

Nitekim bu düzenlemeye dayanarak komisyon kimlik hırsızlığı konusunda daha detaylı şu tanımları getirmiştir<sup>26</sup>:

“(a) Kimlik hırsızlığı teriminden bir başkasına ait kimlik bilgilerinin hukuka uygun bir yetki olmadan dolandırıcılık suçu işlemek yahut buna teşebbüs etmek için kullanılması

(b) Kimlik bilgisi teriminden belirli bir insanı tanımlamak için kendi başına yahut başka bilgilerle bağlantılı olarak kullanılacak her türlü isim yahut numara anlaşılır. Bu bilgiler şunları içerebilir:

1) İsim, sosyal güvenlik numarası, doğum tarihi, ehliyet, vatandaşlık numarası yahut yabancı kayıt numarası, pasaport numarası, işveren yahut vergi sicil numarası.

2) Parmak izi, ses izi, retina yahut iris görüntüsü veya diğer fiziksel özellikler gibi eşsiz biyometrik veriler.

3) Elektronik kimlik numarası, adresi veya yönlendirme kodu.

4) Telekomünikasyon tanımlayıcı bilgi veya erişim cihazı.”

Amerikan Hukukunda kimlik hırsızlığına ilişkin olarak getirilen ilginç bir düzenleme “Kimlik Hırsızlığı Cezalarının Artırılması Hakkında Kanun” olarak da ifade edilebilecek olan “Identity Theft Penalty Enhancement Act” isimli kanundur. Kanun kapsamına giren nitelikli kimlik hırsızlığı fiilleri için zorunlu olarak iki yıl hapis cezası öngörmektedir. Bu kanuna duyulan ihtiyaç esasen kaçak göçmen işçi çalıştırılması ile yakından ilgilidir. Pek çok yerde uydurma sosyal güvenlik numaraları ile kaçak göçmen işçi çalıştırma yoluna gidilmiştir. Bu sahte numaraların zaman zaman gerçek kişilerin sosyal güvenlik numaraları ile çakışması sonucu durum ortaya çıkmıştır<sup>27</sup>.

Kanunda nitelikli hal şu şekilde ifade edilmiştir:

“Her kim, belirli kimlik dolandırıcılığı sırasında ve bu suçla ilgili olarak, kanuni yetki olmaksızın başka bir kişinin kimliğini belirlemekte kullanılan

<sup>25</sup> Provision 15 U.S.C. 1681a(q)(3), Gercke, s. 28.

<sup>26</sup> Gercke, s. 28.

<sup>27</sup> Glithero Kristina, “Picking Numbers Out of Thin-Air: Federal Aggravated Identity Theft Prosecutions in Light of Flores-Figueroa”, American Journal of Criminal Law, Vol. 37:1, 2009, s. 70.

*araçları bilerek devreder, bulundurur veya kullanırsa, isnad edilen suçta ek olarak 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılır. ”*

ABD Hukukunda bu kanuna ilişkin önemli sayılan davalardan bir tanesi Godin davasıdır. Somut olayda sanık yedi farklı sosyal güvenlik numarası ile farklı bankalardan toplam 40.000 Dolar para çekmiştir. Yargılama esnasında suçun manevi unsuruna ilişkin bir tartışma yapılmıştır.

Anglo Sakson hukuk sisteminde suçun iki unsuru olduğu kabul edilir actus reus ve mens rea. Actus reus Kıta Avrupası'ndaki hareket unsurunu karşılarken mens rea ise manevi unsura karşılık gelmektedir. Somut olayda da hukuki sorun suçun manevi unsurunun oluştuğunun kabul edilmesi için failin, kullandığı kimlik numaralarının kime ait olduğunu bilmesinin gerekip gerekmediğidir.

Suç tipinde *“bilerek”* ifadesi kullanılmıştır, sanık ise kullandığı sosyal güvenlik numaralarının kime ait olduğunu bilmediğini dolayısıyla suçun manevi unsurunun oluşmadığını iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi önünde sanık mahkum olmuştur. Yüksek Mahkeme'de farklı görüşler söz konusu olsa da en sonunda hukuki düzenlemenin muğlak olduğu gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir<sup>28</sup>.

Türk hukuku bakımından bu düzenleme bir gerçek içtima haline karşılık gelmektedir. Zira benzer fiillerin ülkemizde işlenmesi halinde fail her suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Fakat okuyucuya kolaylık sağlamak açısından hukuki düzenlemenin tam karşılığını dilimize çevirerek kullanmayı tercih ediyoruz.

## **B. KANADA**

Kanada 2007 yılında kimlik hırsızlığı fiillerini içeren bir yasa tasarısı hazırlamıştır. Tasarıda kimlik hırsızlığına ilişkin iki hüküm bulunmaktadır. Hükümler şu şekildedir<sup>29</sup>:

### **Madde 402.1:**

*“402.2 ve 403. maddeler anlamında kimlik bilgisi biyolojik ve fiziksel bilgiler de dahil olmak üzere tek başına yahut diğer bilgilerle birlikte bir kimseyi tanımlamak yahut belirtmek için kullanılabilen parmak izi, ses izi, retina görüntüsü, iris görüntüsü, DNA profili, isim, adres, doğumgünü, ıslak imza, elektronik imza, dijital imza, kullanıcı adı, kredi kartı numarası, banka kartı numarası, finansal kurumlardaki hesaplara ait numaralar,*

<sup>28</sup> **Woodworth** Jaclyn N., *“First Circuit Deems Aggravated Identity Theft Statute Ambiguous and Applies Rule of Lenity - United States v. Godin, 534 F.3d 51 (1st Cir. 2008)”*, Suffolk University Law Review, Vol.XLII:1013, s. 1013 vd.

<sup>29</sup> **Gercke**, s. 42-43.

*pasaport numarası, sosyal güvenlik numarası, sağlık sigortası numarası, ehliyet numarası yahut şifresi gibi her türlü bilgiyi ifade eder.”*

**Madde 402.2:**

*“1) Her kim bir başkasına ait kimlik bilgilerini bu bilgilerini dolandırıcılık, sahtecilik, gerçeğe aykırı beyan gibi suçlar işleyeceği konusunda makul şüphe uyandıracak şekilde bilerek ele geçirir yahut bulundurur ise suç işlemiş olur.*

*2) Her kim başkasına ait kimlik bilgilerini bu bilgilerin dolandırıcılık, sahtecilik yahut gerçeğe aykırı beyan suçlarının işleneceğini bilerek, amaçlayarak yahut bu konuda özensiz davranarak nakleder, ulaşılabilir hale getirir, dağıtır, satar yahut satışa sunarsa veya bulundurursa suç işlemiş olur.*

*3) Paragraf (1) ve (2)'de sözü edilen amaçlarla işlenecek olan suçlar aşağıda sayılanlardan birisi olabilir:*

*(a) 57. madde (pasaportta sahtecilik veya sahte pasaport kullanma);*

*(b) 58. bölüm (vatandaşlık belgesinin hileli kullanımı);*

*(c) 130. bölüm (kolluk görevlisi gibi davranma);*

*(d) 131 bölüm (yalan tanıklık);*

*(e) 342. madde (kredi kartının çalınması, sahteciliği vb.);*

*(f) 362 bölüm (iftira veya yanlış beyan);*

*(g) 366 bölüm (sahtecilik);*

*(h) 368 bölüm (sahte belgeyi imal etme, ticaretini yapma veya kasıtlı olarak bulundurma);*

*(i) 380 bölüm (dolandırıcılık); ve*

*(j) 403 bölüm (kimlik sahtekarlığı).”*

Kanada hukukunda yer alması planlanan düzenleme kimlik hırsızlığını tüm yönleriyle ortaya koyması anlamında kanımızca başarılıdır. Kanunda ilgili kısım kimlik hırsızlığının konusunu ortaya koyarak başlamaktadır. Kimlik hırsızlığı olarak düzenlenen tip bizim de benimsediğimiz tanımla uyumludur. Zira bu fiillerin en önemli özelliği elde edilen kimlik bilgilerinin başka suçlar işlemekte kullanılmasıdır. Kanada hukukunda kimlik hırsızlığı fiillerinin kapsadığı amaç suçlar da bir katalog halinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin bir sınırlama getirmesi kanunilik ilkesi anlamında başarılı olmakla birlikte kanımızca çok etkin olamayacaktır. Zira kimlik hırsızlığı ile işlenecek amaç suçları öngörmek her zaman mümkün değildir.

### C. İNGİLTERE

İngiliz Hukuku'nda kimlik suçları denebilecek suçlardan ilki 2006 tarihli Kimlik Belgeleri Kanunu 8. kısımda düzenlenmiştir. Buna göre<sup>30</sup>:

*“Bu kısımdaki amaçlarla (...); bir kimlik belgesinin düzenlenmesine veya değiştirilmesine yönelik bir başvuru ile bağlantılı olarak, belgeyi düzenlemek yahut değiştirmekle yetkili olan kişiye gerçeğe aykırı bilgi veren kişi kimlik belgesini hukuka aykırı şekilde ele geçirmiş kabul edilir. “*

Aynı kanununun 25. bölümüne göre<sup>31</sup>:

*“Bir kimsenin aşağıda sayılanları mülkiyetinde yahut kontrolü altında bulunduması suçtur:*

- (a) Gerçeğe aykırı kimlik belgesi
- (b) Hukuka aykırı şekilde elde edilmiş kimlik belgesi
- (c) Bir başkasına ait kimlik belgesi yahut
- (d) Gerçeğe aykırı kimlik belgesi üretmek yahut üretiminde kullanmak için tasarlanmış yahut uyarlanmış her türlü araç, eşya.”

Görüldüğü üzere İngiliz Hukuku'nda kimlik suçları daha ziyade sahtecilik suçları biçiminde düzenlenmiştir. Kimlik hırsızlığının amaç suç özelliği İngiliz hukukuna yansımamıştır.

### D. FRANSA

Fransız Ceza Kanunu m. 441 kapsamında konumuzla ilgili olarak düzenlenen suç tipleri şunlardır<sup>32</sup>:

#### **Madde 441-6:**

*“Bir kamu idaresinden veya kamu hizmeti görevi yapan bir kuruluştan, bir hak, kimlik veya ehliyet oluşturmaya veya yetki vermeye yönelik her türlü belgeyi hileli yollarla hukuka aykırı olarak elde etmek iki yıl hapis ve 30.000 Euro para cezası ile cezalandırılır.*

*Aynı cezalar, bir kamu idaresinden veya kamu hizmeti görevini yerine getiren bir kuruluştan, muaccel olmayan bir ödenek, nakit ödeme veya menfaat elde etmek amacıyla gerçeğe aykırı beyanda bulunulması halinde de uygulanır.”*

#### **Madde 441-5:**

*“Bir hak, kimlik veya ehliyetin tesisi veya yetki verilmesi amacıyla bir kamu kurumu tarafından verilen bir belgeyi hukuka aykırı olarak başkası adına temin etmek, beş yıl hapis ve 75.000 Euro para cezası ile cezalandırılır.*

<sup>30</sup> Gercke, s. 85.

<sup>31</sup> Gercke, s. 87.

<sup>32</sup> Gercke, s. 85.

*Suçun şu şekilde işlenmesi halinde ceza yedi yıl hapis cezasına ve 100.000 Euro para cezasına yükseltilir:*

*1) kamu yetkisine sahip bir kişi tarafından veya görevini yerine getirirken bir kamu hizmeti görevini yerine getirmek için;*

*2) itiyadi olarak;*

*3) veya bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak veya failin cezasız kalmasını sağlamak amacıyla.”*

**Madde 441-3<sup>33</sup>:**

*“441-2. maddede tanımlanan sahte belgelerden herhangi birinin yasadışı olarak bulundurulması, iki yıl hapis ve 30.000 Euro para cezası ile cezalandırılır.*

*Birden fazla sahte belgenin yasadışı olarak bulundurulması durumunda ceza beş yıl hapis cezasına ve 75.000 Euro para cezasına yükseltilir.”*

Fransız hukuku da kimlik hırsızlığı fiillerini büyük ölçüde sahtecilik suçları kapsamında ele almıştır.

**E. ALMANYA**

Alman Ceza Kanunu da kimlik hırsızlığı fiillerini sahtecilik fiillerine benzer şekilde düzenlemiştir. Konumuza en yakın düzenleme m. 281’de yer almaktadır. Alman Hukuku bakımından en ilginç bulduğumuz düzenleme m. 275’te yer almaktadır<sup>34</sup>. Hüküm sahte kimlik ve aşı kartı düzenleme suçunun hazırlık hareketlerini de cezalandırmaktadır.

**Madde 275-Resmi Kimliklerde Sahtecilik ve Gerçeğe Aykırı Aşı Kartı Üretmeye Hazırlık<sup>35</sup>:**

*“(I) Her kim, resmi belgelerde sahteciliği hazırlamak üzere;*

- 1. plakalar, kalıplar, basıma hazır dökümler, baskı kalıpları, negatifler, matrisler veya türü itibariyle fiilin işlenmesine elverişli olan benzer aletleri,*
- 2. resmi belge üretilmesi için belirlenmiş ve taklide karşı özel olarak korunan kağıtlara benzer bir kayıt türü veya karıştırılabilecek kadar benzeyen kağıtları veya*
- 3. resmi kimlik belgelerinin formlarını üretir, kendisi veya bir başkası için temin eder, satışı sunar, saklar, bir başkasına bırakır veya ülkeye sokmaya veya ülkeden çıkartmaya*

<sup>33</sup> Gercke, s. 87.

<sup>34</sup> Madde metinleri için bkz. Yenisey Feridun/ Plagemann Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (STGB), Beta Yayıncılık, Mayıs 2015, s. 398-399, 401.

<sup>35</sup> [http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_275.html](http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_275.html), Erişim Tarihi: 15.04.2022.

*girişirse, iki yıl kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(1a) Her kim gerçeğe aykırı bir aşı kartı hazırlayarak henüz yapılmamış bir aşığı boş bir aşı kartı ile belgeler yahut bu şekilde düzenlenmiş bir boş aşı kartını kendisine yahut bir başkasına temin eder, satışı sunar, saklar, başkasına devreder yahut ihraç veya ithal etmeye kalkışırsa iki yıla kadar hapis yahut para cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Fail meslek veya sanat haline getirerek veya birinci fıkrada ya da 1a fıkrada tanımlanan suçları temadi edecek bir şekilde işlemek üzere oluşturulmuş olan bir çetenin üyesi sıfatıyla hareket ederse, ceza üç aydan beş yıla kadar hapis cezasıdır.”*

### **Madde 276-Sahte resmi kimlik edinmek<sup>36</sup>:**

*“(1) Her kim, gerçek dışı veya tağyir edilmiş resmi bir belgeyi veya 271 ve 348. maddelerde tanımlanan türden, gerçek dışı bir düzenleme içeren resmi bir belgeyi,*

- 1. ülkeye sokmaya veya ülkeden çıkartmaya girişir veya*
- 2. bunun hukuki ilişkilerde aldatmak için kullanılmasını sağlamak amacıyla, kendisi veya bir başka kişi için edinir, bulundurur veya bir başkasına bırakırsa, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

*(2) Fail meslek veya sanat haline getirerek veya birinci fıkrada tanımlanan suçları temadi edecek bir şekilde işlemek üzere oluşturulmuş olan bir çetenin üyesi sıfatıyla hareket ederse, ceza üç aydan beş yıla kadar hapis cezasıdır.”*

### **Madde 281-Kimlik belgelerinin kötüye kullanılması<sup>37</sup>:**

*belgesini bir başkasına bırakırsa, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suça teşebbüs cezalandırılır.*

*(2) Hukuki ilişkilerde kimlik olarak kullanılan değerlendirme raporları (Zeugniss (karneler)) ve diğer belgeler, resmi kimlik belgesi ile eşdeğerdir.”*

Alman Hukuku’nda kimlik hırsızlığı olarak nitelendirilebilecek olan hüküm kanununun 281. maddesidir. Alman Ceza Kanunu amaç suç olarak da dolandırıcılığı kabul etmektedir. Bu anlamda hükmün kapsamının biraz dar kaldığı kanaatindeyiz.

Alman Hukuku’nun kimlik sahteciliğinde cezalandırmanın alanını oldukça genişlettiğini görmekteyiz. Kanun hazırlık hareketlerini de cezalandırmaktadır. Esasen bu durum m. 281’deki bakış açısı ile uyumlu

<sup>36</sup> [http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_276.html](http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_276.html), Erişim Tarihi: 15.04.2022.

<sup>37</sup> [http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_281.html](http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_281.html), Erişim Tarihi: 15.04.2022.



değildir. Kanımızca cezalandırmanın sınırı ne hazırlık hareketlerini cezalandıracak kadar geniş, ne de suçla mücadeleyi zorlaştıracak kadar dar olmalıdır.

### III. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN KİMLİK HIRSIZLIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukukumuzda kimlik hırsızlığı adı altında bir suç tipi bulunmamaktadır. TCK'da yer alan suç tipleri kimlik hırsızlığı bakımından araç suç ya da amaç suç teşkil edebilir. Bu anlamda kimlik hırsızlığından söz edebilmek için TCK'da yer alan suçlardan birden fazlasının işlenmesi gerekmektedir. Tek başına bir sahtecilik/hırsızlık fiili kimlik hırsızlığı değildir. Kimlik hırsızlığını diğer suçlardan ayıran husus kimlik bilgilerinin başka suçlar işlemek için kullanılmasıdır. Dolayısıyla bugün kimlik hırsızlığı fiillerinin cezalandırılması bakımından bir gerçek içtima hali söz konusu olacaktır. Aşağıda kısaca klasik suç tiplerinin kimlik hırsızlığının bir parçası olup olamayacağı üzerinde durulacaktır. Akışı bozmamak için bu suç tiplerinin ayrıntılarına yer verilmeyecektir.

#### A. DOLANDIRICILIK SUÇU BAKIMINDAN

TCK m. 157'ye göre dolandırıcılık; hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak şeklinde tanımlanmıştır. TCK m. 158'de ise suçun nitelikli halleri yer almaktadır<sup>38</sup>.

Kimlik hırsızlığı fiillerinde amaç suçlar çok zaman maddi menfaat elde etmek amacıyla işlenir. Bu nedenle kimlik bilgileri araç fiillerle elde edildikten sonra amaç fiil malvarlığına yönelecektir. Bu anlamda TCK'da yer alan suçlar içerisinde söz konusu örgüye en uygun olanlardan birisi ve başlıcası dolandırıcılıktır.

Fail mağdura ilişkin kimlik bilgilerini ele geçirdikten sonra bu bilgileri kolaylıkla dolandırıcılık suçunun hile unsurunu gerçekleştirmek doktrinde

<sup>38</sup> Dolandırıcılık suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021, s. 705-729; **Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021, s. 864-911; **Artuk M. Emin/ Gökçen Ahmet/ Alşahin M. Emin/ Çakır Kerim**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2019, s. 621-656; **Koca Mahmut/ Üzülmöz İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2017, s. 644-670; **Hafizoğulları Zeki/ Özen Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ocak 2015, s. 400-419.

sıkça kullanılan ifadeyle oyununu “*sahneye koymak*”<sup>39</sup> için kullanabilir ve bu şekilde başka mağdurlardan maddi menfaat elde edebilir.

Failin kimlik bilgilerini ne şekilde elde ettiğinden bağımsız olarak bu verileri kullanım biçimi dolandırıcılığa vücut verebilecek ve bu suçlar arasında gerçek içtima ilişkisi söz konusu olabilecektir. Örneğin failin mağdura ait cüzdanı çaldıktan sonra, onun kimliğiyle banka veznesine giderek hesabından para çekmesi halinde hırsızlık ve dolandırıcılık suçları oluşacaktır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, dolandırıcılık suçunun bazı nitelikli halleri de kimlik hırsızlığı suçunun görünüş biçimlerini karşılamaktadır. Özellikle TCK m. 158/f<sup>40</sup> ve j<sup>41</sup> hükümlerinde olduğu gibi suçun bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle yahut banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla işlenmesi bu suç bakımından sıklıkla ortaya çıkabilecek hallerdir.

## B. SAHTECİLİK SUÇLARI BAKIMINDAN

Kimlik hırsızlığı fiilleri bakımından amaç suça yönelen fail mutlaka mağdurun bilgilerini kullanmalıdır. Bu bilgiler özellikle bir belgenin hazırlanmasında kullanılır ise ortaya çıkan belge gerçeğe aykırı olacaktır. Belgenin özelliğine göre burada özel ya da resmi belgede sahtecilik suçu yahut resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu oluşabilecektir<sup>42</sup>.

Belgede sahtecilik fiilleri söz konusu olduğunda TCK m. 212’den de<sup>43</sup> söz edilmelidir. Hükme göre evrakta sahtecilik suçları diğer suçlarla bir

<sup>39</sup> Selçuk Sami, Dolandırıcılık, İstanbul 1982, s. 114.

<sup>40</sup> **TCK madde 158-** “(1) Dolandırıcılık suçunun; ... *f) Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle, ... işlenmesi halinde, üç yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, (e), (f), (j), (k) ve (l) bentlerinde sayılan hallerde hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.*”

<sup>41</sup> **TCK madde 158-** “(1) Dolandırıcılık suçunun; ... *j) Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla, ... işlenmesi halinde, üç yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, (e), (f), (j), (k) ve (l) bentlerinde sayılan hallerde hapis cezasının alt sınırı dört yıldan, adli para cezasının miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.*”

<sup>42</sup> Belgede sahtecilik suçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 835-859; **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 1050-1075; **Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır**, s. 740-849; **Koca/ Üzülmöz**, s. 680-732.

<sup>43</sup> **TCK madde 212-** “(1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”

araya geldiğinde her halükarda bir gerçek içtima ilişkisi söz konusu olacaktır.

Yukarıda verilen örnekten devam edersek, failin banka veznesinden para çektikten sonra ilgili dekontu mağdurun adıyla imzalaması halinde özel belgede sahtecilik suçu da oluşacaktır.

### **C. KİŞİSEL VERİLERE İLİŞKİN SUÇLAR BAKIMINDAN**

Kişisel verilere karşı işlenen suçlar TCK m. 135 vd.'da düzenlenmiştir. Bu kapsamda kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme suçları düzenlenmiştir<sup>44</sup>.

Kimlik hırsızlığı fiilleri bakımından belki de en önemli suç tipi kişisel verilere karşı işlenen suçlardır. Zira kimlik hırsızlığı fiilleri bakımından vazgeçilmez araç suç kişisel verilere karşı işlenen suçlardır. Bu anlamda şu olasılıklar söz konusu olabilir:

-Fail, mağdura ait verileri hukuka aykırı şekilde kaydeder ise TCK m. 135/1.

-Failin kaydettiği veriler hassas nitelikli kişisel veri ise TCK m. 135/2.

-Failin verileri hukuka aykırı şekilde ele geçirmesi halinde TCK m. 136.

-Failin hukuka uygun şekilde ele geçirdiği verileri belli bir sürede yok etme yükümlülüğü altında olmasına rağmen söz konusu verileri yok etmemesi halinde TCK m. 138.

Kimlik hırsızlığı fiilleri bakımından her durumda kişisel verilere ilişkin bir fiil işlenmiş olacaktır. Fail daha sonra bu verileri kullanarak işlemeyi kastettiği amaç suça yönelecektir.

### **D. BİLİŞİM SUÇLARI BAKIMINDAN**

Yukarıda da söz edildiği üzere kimlik hırsızlığı fiillerinin ilk adımı kişisel verilerin ele geçirilmesidir. Bu ele geçirme otomatik olmayan yöntemlerle işlenirse hırsızlık vb. fiillere vücut verecektir. Öte yandan bilişim sistemlerinde depolanmış kişisel verilerin ele geçirilmesi halinde TCK m. 243 veya 244 anlamında bir bilişim suçu da söz konusu olabilecektir<sup>45</sup>.

Failin bir bilişim sistemine girerek oradaki verilere ulaşması yahut veri trafiğini gözlemesi halinde TCK m. 243; sistemdeki verileri bir yere yollaması yahut bu verilere müdahale etmesi halinde TCK m. 244 söz konusu olacaktır.

<sup>44</sup> Kişisel verilere karşı işlenen suçlar hakkında bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 575-599; **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 691-697; **Hafizoğulları/ Özen**, s. 286-293.

<sup>45</sup> TCK m. 243 ve 244 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 955-986; **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 1148-1175; **Koca/ Üzülmöz**, s. 805-843.

Hemen ifade etmek gerekir ki bilişim suçları kimlik hırsızlığı bakımından hem amaç hem de araç suç niteliği taşıyabilir. Fail manuel olarak elde ettiği şifre vs. verilerle mağdura ait sistemlere girerek orada suç işleyebileceği gibi; hem verileri bilişim sistemlerinden elde edip hem de amaç suçu (örneğin banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması<sup>46</sup>) bilişim sistemi üzerinde işleyebilir. Bunun tam tersi şekilde fail bilişim sistemlerine müdahale ederek elde ettiği kimlik bilgilerini bilişim sistemleri dışında suç işlemek için de kullanabilir. Örneğin bu bilgilerle dolandırıcılık suçu işleyebilir.

Bu anlamda bilişim suçları kimlik hırsızlığı bakımından hem amaç hem araç suç niteliği taşıyabilir.

### **E. DEĞERLENDİRME**

Kimlik hırsızlığı hukukumuzda müstakil bir suç olarak düzenlenmemiştir. Çalışmamızda buraya kadar kriminolojik özelliklerinden söz ettiğimiz fiil TCK'da yer alan klasik suç tipleri ile karşılanmaktadır. Bu kapsamda araç suç olarak işlenen fiiller TCK m. 135 vd.'da yer alan kişisel verilere ilişkin suçlara yahut TCK m. 243 vd.'da düzenlenen bilişim suçlarına vücut verecektir. Hemen ifade etmek gerekir ki kimlik bilgileri klasik hırsızlık suçu işlenerek de elde edilmiş olabilir.

Amaç fiil bakımından ise büyük oranda dolandırıcılık söz konusu olacak, zaman zaman da sahtecilik fiilleri ile gerçek içtima ilişkisi ortaya çıkacaktır.

Bu durum karşısında amaç suç ve araç suç arasında hemen hemen her durumda gerçek içtima söz konusu olacak; hatta çoğu zaman fail ikiden fazla suçtan cezalandırılacak ve ortaya yüksek cezalar çıkacaktır. Zararın çok büyük olduğu durumlarda bu cezalar adalet hissini tatmin etse de bazı durumlarda bu ceza haksızlık içeriğiyle örtüşmeyecektir. Bu ikilem karşısında kimlik hırsızlığı suçunun müstakil olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkacaktır.

Kanun koyucunun önünde kimlik hırsızlığı konusunda şu olasılıklar mevcuttur:

-Kimlik hırsızlığına ilişkin müstakil bir düzenleme yapmadan konuyu klasik suç tipleriyle çözmek.

-Müstakil bir kimlik hırsızlığı suçu düzenlemek.

-Kimlik hırsızlığını nitelikli hal olarak düzenlemek.

Kimlik hırsızlığına ilişkin müstakil bir hukuki düzenlemenin olmaması yukarıda ifade edilen sıkıntıya yol açacak; bir başka deyişle fiilin haksızlık

<sup>46</sup> Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu hakkında bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 987-1020; **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 1175-1205; **Koca/ Üzülmez**, s. 843-870. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

içeriğini karşılayan bir cezalandırma çok zaman söz konusu olmayacaktır. Örneğin mağdurun otobüste unuttuğu çantasını alan fail, bilgisayarına girerek mağdurun e-devlet şifresi ile hastane randevusu alsın ve tedavi olsa burada birden fazla farklı suç oluşacaktır.

Kimlik hırsızlığının müstakil bir suç olarak düzenlenmesi halinde de sorun amaç suçun ne olabileceğini öngörmek ve cezanın alt ve üst sınırlarını buna göre düzenlemektir. Bu anlamda alt ve üst sınırlar arasındaki makasın çok dar olması hakkaniyete, çok geniş olması ise kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.

TCK'da kişisel veriler ile ilgili kısımda kimlik hırsızlığının nitelikli bir hal olarak düzenlenebileceğini öngörüyoruz. Kanımızca kanun koyucu kişisel verilere ilişkin bir katalog düzenleyerek nitelikli bir hal öngörebilir. Failin bu verileri kullanarak işlediği amaç suçtan dolayı da ayrıca cezalandırılması halinde fail kural olarak eylemine ve verdiği zarara uygun iki suçtan cezalandırılmış olacaktır. Böylece cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin de daha kolay olacağını düşünmekteyiz.

Bu kapsamda TCK m. 136'nın<sup>47</sup> bir nitelikli hali olarak şu düzenlemeyi önermekteyiz:

*“Bu hüküm kapsamında kimlik bilgilerinin o kimlik altında başka suçlar işlemek amacıyla ele geçirilmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır. Fail bu kimliği kullanarak işlediği amaç suçtan da ayrıca cezalandırılır. Bu nitelikli hal kapsamında kimlik bilgisi deyiminden kişinin adı, soyadı, TC kimlik numarası, sosyal güvenlik numarası, banka vb. tüzel kişiler nezdindeki müşteri numarası anlaşılır.”*

Kanuna bir nitelikli hal eklenmesini önerdiğimiz için burada suç tipi inceleme şemasına uygun bir akış benimsenmemiştir.

#### IV. KİMLİK HIRSIZLIĞI FİİLLERİNİN SORUŞTURULMASINDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Buraya kadar ifade edildiği üzere kimlik hırsızlığı çok farklı amaç ve araç suçların bir araya gelmesiyle işlenebilir. Kimlik hırsızlığı fiilleri TCK'da yer alan klasik suç tiplerine başvurularak işleniyor ise (hırsızlık, dolandırıcılık gibi) CMK'da yer alan koruma tedbirlerine başvurularak soruşturma yapılabilecektir. Örneğin arama, elkoyma, bilgisayarlarda,

<sup>47</sup> **TCK m. 136:** “(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (Ek:17/10/2019-7188/17 md.) Suçun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca kayda alınan beyan ve görüntüler olması durumunda verilecek ceza bir kat artırılır.”

bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma gibi.

Kimlik hırsızlığı fiillerinin internet ortamında işlenmiş olması, örgütlü suç şeklinde işlenmiş olması ve sınıraşan şekilde işlenmiş olması bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında sorun yaratan olasılıklardır.

Kimlik hırsızlığının dijital ortamda işlenmiş olması halinde soruşturma açısından CMK m. 134 hükümlerinin uygulanmasının önemli olacağını ve suçun aydınlatılmasında büyük fayda sağlayacağını düşünmekteyiz.

Suçun örgütlü ve sınıraşan bir şekilde işlenmesi halinde ise uluslararası adli yardımlaşma gerekli olacaktır<sup>48</sup>. Uluslararası adli yardımlaşma konusunda başta BM Sınıraşan Örgütlü Suçlulukla Mücadele Sözleşmesi ve suçluların iadesine ilişkin sözleşmeler olmak üzere çok taraflı sözleşmeler öne çıkmaktadır<sup>49</sup>.

Türkiye uluslararası adli yardımlaşmaya imkan tanıyan pek çok sözleşmeye taraftır. Öte yandan 6706 sayılı *Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu*'nun<sup>50</sup> yürürlüğe girmesiyle TCK m. 18'den daha kapsamlı ve uluslararası sözleşmelere uygun bir düzenleme yapılmış olmaktadır.

## SONUÇ

Çalışmamızda kimlik hırsızlığı konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle kimlik hırsızlığının tanımına ve kriminolojik özelliklerine yer verilmiştir. Daha sonra kimlik hırsızlığına ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ele alınmıştır. Son olarak ülkemizdeki durum değerlendirilmiş ve TCK açısından bazı önerilerde bulunulmuştur.

Kimlik hırsızlığı çeşitli şekillerde tanımlanmakla birlikte biz şu tanımın uygun olduğunu düşünmekteyiz.

*“Bir kişiye ait kimlik bilgilerini hukuka aykırı yöntemlerle ele geçirerek bu kimlik altında suç işlenmesine kimlik hırsızlığı denir.”*

Kimlik hırsızlığı fiilleri sıklıkla şu verilere karşı işlenir:

- Sosyal güvenlik numarası
- Pasaport bilgileri
- Ehliyet bilgileri
- Finansal hesaplar ve kredi kartı numaraları

<sup>48</sup> Gercke Marco/ Simion Raluca; “Practical guide to international cooperation to combat identity-related crime”, Handbook on Identity-related Crime, United Nations New York 2011, S. 245.

<sup>49</sup> Gercke/ Simion, s. 263 vd.

<sup>50</sup> RG., 05/05/2016, 29703.

- Doğum belgesi
- Şifreler
- IP ve diğer bağlantı bilgileri

Kimlik hırsızlığı fiilleri esas itibariyle iki kısımdan oluşur. Kimlik bilgilerinin elde edildiği araç suç ve bu bilgilerle işlenen amaç suç. Araç suçlar kişisel verilerin çeşitli yollarla ele geçirilmesi ile işlenir. Amaç suçlar ise büyük ölçüde failin ekonomik çıkar elde etmek amacıyla işlediği suçlarıdır.

Kimlik bilgileri elde edildikten sonra fail bu bilgilerle genellikle aşağıdaki fiillere yönelir:

- Banka kartları ve hesaplarının bloke edilmesi/erişime kapanması
- Vergi kayıtlarına müdahale edilmesi
- Sağlık hizmetlerinden yararlanamama
- Banka hesaplarından para çekilmesi
- Borçların/faturaların ödenmemesi

Kimlik hırsızlığı ile mücadele etmek için ülkeler çeşitli yöntemler benimsemiştir. Bu kapsamda bazı ülkeler müstakil hukuki düzenlemeler kabul etmiş iken Türkiye gibi bazı ülkeler ise ceza kanunlarındaki klasik suç tipleriyle konuya yaklaşmışlardır. Bu anlamda hukukumuz bakımından en önemli sorun yukarıdaki gibi amaç-araç suç şeklinde işlenen fiillerin çok ağır cezalandırılacak olmasıdır. Zira mevcut durumda kişisel verilere karşı işlenen suç/suçlar ile amaç suç/suçlar arasında bir gerçek içtima hali söz konusu olacak ve fail birden fazla suçtan cezalandırılacaktır. Büyük ekonomik zarar doğuran fiiller bakımından bu durum adaletli gibi görünse de daha dar kapsamlı fiiller bakımından bu durumun adil olmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle kimlik hırsızlığının bir nitelikli hal olarak kanunda yer alması gerektiğini ve failin araç ve amaç suç olmak üzere iki suçtan cezalandırılmasının yeterli olduğu kanaatindeyiz. Böylece hakim alt ve üst sınırlar arasında takdir yetkisini kullanarak cezayı somut olaya uygun hale getirilebilecektir.

Buraya kadar ifade ettiğimiz hususlar çerçevesinde TCK m. 136'ya şu hükmün eklenmesini önermekteyiz:

*“Bu hüküm kapsamında kimlik bilgilerinin o kimlik altında başka suçlar işlemek amacıyla ele geçirilmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır. Fail bu kimliği kullanarak işlediği amaç suçtan da ayrıca cezalandırılır. Bu nitelikli hal kapsamında kimlik bilgisi deyiminden kişinin adı, soyadı, TC kimlik numarası, sosyal güvenlik numarası, banka vb. tüzel kişiler nezdindeki müşteri numarası anlaşılır.”*

## KAYNAKÇA

- Artuk M. Emin/ Gökçen Ahmet/ Alşahin M. Emin/ Çakır Kerim**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2019.
- Bisogni Fabio/ Asghari Hadi**, “More Than a Suspect: An Investigation into the Connection Between Data Breaches, Identity Theft, and Data Breach Notification Laws”, *Journal of Information Policy*, Vol. 10, 2020, s. 45-82.
- Gercke Marco**, “Legal Approaches to Criminalize Identity Theft, *Handbook on Identity-related Crime*”, United Nations New York 2011, s. 1-53.
- Gercke Marco/ Simion Raluca**; “Practical guide to international cooperation to combat identity-related crime”, *Handbook on Identity-related Crime*, United Nations New York 2011, s. 235-337.
- Gies V. Stephen/ Piquero Nicole Leeper/ Piquero Alex R./ Green Bradn/ Bobnis Amanda**, “Wild, Wild Theft: Identity Crimes in the Digital Frontier”, *Criminal Justice Policy Review* 2021, Vol. 32(6), s. 592-617.
- Glithero Kristina**, “Picking Numbers Out of Thin-Air: Federal Aggravated Identity Theft Prosecutions in Light of Flores-Figueroa”, *American Journal of Criminal Law*, Vol. 37:1, 2009, s. 69-95.
- Goel Rajeev K.**, “Identity theft in the internet age: Evidence from the U.S. states”, *Managerial & Decision Economics*, 2019; 40, s. 169-175.
- Hafizoğulları Zeki/ Özen Muharrem**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ocak 2015.
- Koca Mahmut/ Üzülmöz İlhan**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2017.
- Mullady Jr. Raymond G./ Hansen Scott D.**, “Identity Theft Litigation: A Roadmap for Defense and Protection”, *Utah Law Review*, No. 2, 2008, s. 563-591.
- Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021.
- Salam A. F. / Dai Hua/ Wang Lei**, “Online Users’ Identity Theft and Coping Strategies, Attribution and Sense of Urgency: A Non-Linear Quadratic Effect Assessment”, *Information Systems Frontiers*, Springer Media, October 2021, s. 1-20.
- Selçuk Sami**, *Dolandırıcılık*, İstanbul 1982.
- Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok R. Murat**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2021.
- Woodworth Jaclyn N.**, “First Circuit Deems Aggravated Identity Theft Statute Ambiguous and Applies Rule of Lenity - *United States v. Godin*,”



534 F.3d 51 (1st Cir. 2008)", *Suffolk University Law Review*,  
Vol.XLII:1013, s. 1013 -1020.

**Yenisey Feridun/ Plagemann Gottfried**, *Alman Ceza Kanunu  
Strafgesetzbuch (STGB)*, Beta Yayıncılık, Mayıs 2015.

<https://www.ftc.gov/>

<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

<https://www.justice.gov/>



**† FEDERAL ALMANYA DEVLETİNDE GENEL HUKUKA  
UYGUNLUK SEBEPLERİNİN HAYVAN HAKLARI LEHİNE  
UYGULANMASI BERABERİNDE GELEN TARTIŞMALAR VE  
TÜRK HUKUKUNDA HAYVANIN HUKUKİ KONUMUNA KISA  
BİR BAKIŞ**

*(THE DISCUSSIONS ON THE IMPLEMENTATION OF THE GENERAL  
JUSTIFICATIONS IN FAVOUR OF ANIMAL RIGHTS IN FEDERAL GERMANY AND A  
BRIEF OVERVIEW OF ANIMALS' LEGAL STATUS IN TURKISH LAW)*

**Irmak Duman \* \*\***

**ÖZ**

*Hukukun dinamikliği, ait olduğu toplumdaki değerlere paralel şekilde değişime uğramasındadır. Bu değişimin – özellikle son iki on yılda – teknolojinin sürekli olarak gelişip beraberinde çözülmeyi bekleyen yeni tartışmalar getirmesi, bireylerin kendi hak ve özgürlüklerine dair farkındalığının artması, cinsiyet eşitliği, azınlık hakları ve hayvan hakları gibi nispeten ikinci plana itilmiş toplumsal gerçekliklere gün geçtikçe daha fazla vurgu yapılması ile ivme kazandığı gözlemlenebilir. Toplumsal gelişmeler ve değişen değerlere adaptasyonda hukuk normları ve hatta çalışmanın odak noktalarını da oluşturan zorunluluk hali ve meşru savunma gibi klasikleşmiş temel hukuk kurumlarının dahi bu güncelleme ihtiyacı ile karşı karşıya kaldığı gözlemlenmektedir. Bahsi geçen zorunlu adaptasyon bu çalışmada Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nin (BGH) vermiş olduğu bir karar üzerinden somutlaştırılacaktır. Karar, tehlike altında olan hukuki değerlerin hayvanların refahı olması durumunda tehlikeyi bertaraf etmek için zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenine başvurulup başvurulamayacağı tartışmasıyla başlayıp, aynı durumda meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilirliği tartışmasına kadar uzanmaktadır. Karar incelemesinden çıkarılabilecek en önemli sonuç şudur ki, günümüz Alman ceza hukukunda alışlagelmişin üzerine yalnızca insanı*

---

† Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.05.2022. İlk hakem raporu tarihi: 27.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 30.05.2022. Onaylanma Tarihi: 30.05.2022.

\* LL.M.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6375-3884.

**Esere Atf Şekli:** Irmak Duman, “Federal Almanya Devletinde Genel Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Hayvan Hakları Lehine Uygulanması Beraberinde Gelen Tartışmalar Ve Türk Hukukunda Hayvanın Hukuki Konumuna Kısa Bir Bakış”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.661-699.

ve insana dair hakları merkeze oturtan yaklaşımlardan ziyade çoğulcu bir hukuk düzenine her geçen gün daha fazla vurgu yapılmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Hukuka Uygunluk Sebepleri, Zorunluluk Hali, Meşru Savunma, Hayvanları Koruma, Hayvanların Refahı

### ABSTRACT

*The dynamism of law lies in its ability to change in line with the values of the society it belongs to. This change is observed to expedite – especially in the last two decades – through the continuous development of technology and the new matters of debate it produces, the growing awareness of the individuals of their own rights and freedom and the rising emphasis on issues like gender equality, minority rights and animal rights that were long neglected. Even the deep-rooted law institutions – such as the state of necessity and the self-defense which constitute the two main focuses of the paper – have their shares of the aforementioned necessity of keeping pace. This adaptation will be transmitted through a recent decision of the Federal Court of Justice of Federal Germany. The decision first deals with the applicability of the state of emergency when the “animal welfare” is the legal interest that is being threatened and continues with the applicability of self-defense in the given situation. The most important conclusion to draw from the decision in question is that the current criminal law trends in Federal Germany are far from conventionally dignifying general customs and morals and adopt a more pluralistic approach by denying the purely anthropocentric perspectives.*

**Keywords:** Justification, State of Necessity, Self-Defense, Animal Protection, Animal Welfare

\*\*\*

### GİRİŞ

Hayvan haklarının toplum bilincinde gün geçtikçe daha fazla yer alması ve hayvan hakları aktivistliğinin yaygınlaşması ile hayatımıza giren bir diğer gerçeklik de hayvanlar üzerinde deney yapan laboratuvarlara, hayvanların tutulduğu ahır ve çiftliklere, mezbahalara, hayvansal ürünlerin kullanıldığı tekstil fabrikalarına ve pet shop diye anılan evcil hayvan dükkanlarına, hayvan hakları ihlallerinin ortaya çıkarılması için gizlice ve yer yer kılık değiştirerek gerçekleştirilen “undercover ziyaretler” olmuş, buna dair haberler görsel ve yazılı medyada da gün geçtikçe daha fazla yer

tutmaya başlamıştır.<sup>1</sup> Bahsi geçen undercover ziyaretler, gerçekleştirildiği ülkenin kanununa göre farklılık gösterse de, çoğunlukla yabancı bir iş yerine/kamuya açık olmayan bir alana girmek anlamına geleceği için ortaya ceza hukuku anlamında bir konut dokunulmazlığının ihlali suçu ortaya çıkacaktır.<sup>2</sup> Bu makalede incelemesi yapılacak olan karara konu olan olayda da bahsi geçen gibi bir durum ele alınmakta, bir ahırdaki hayvan ihlallerini ihbar alan iki hayvan aktivistinin ihlalleri belgelemek adına ahırlara izinsizce girmesi sonucunda ortaya çıkan konut dokunulmazlığının ihlali suçunun, ceza hukukunun genel hukuka uygunluk sebeplerinden faydalanarak hukuka uygun hale gelip gelemeyeceği incelenmektedir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi incelemesini yalnızca zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi üzerinden yaparken, ilk derece mahkemesinin kararının istinaf mahkemesine taşınmasıyla birlikte anılan olayda meşru savunmanın da kabul edilip edilemeyeceği tartışılmaya başlanmıştır. Mahkeme kararlarıyla genel hukuka uygunluk sebeplerinin ihlali söz konusu hukuki değer hayvanların refahı olunca uygulanabilirliği dışında ortaya çıkan çok daha can alıcı mesele, hayvanların hukuk düzeninin yalnızca pasif bir objesi mi yoksa aktif bir süjesi mi olduğu sorunsalıdır.

## I. ALMAN CEZA HUKUKUNDA ZORUNLULUK HALİ VE MEŞRU SAVUNMA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNİN ŞARTLARI

Aşağıda uyuşmazlığa konu olan olay ve mahkemelerin yaklaşımları incelenmeden önce Alman ceza hukukunda hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin ve meşru savunmanın kabul edilmesi için aranan şartlar incelenecektir. Nitekim olayın mahkemeler tarafından çözümlenmesinde de somut olayın koşullarının hukuka uygunluk sebeplerinin ön şartlarına uyup uymadığı tek tek incelenmiştir. Belirtilmelidir ki, Türk ve Alman ceza hukukları arasında zorunluluk hali ve meşru savunma için aranan şartlar büyük ölçüde örtüşmekte, iki hukuk düzeni arasındaki fark esasen hukuka

<sup>1</sup> Benzer olayların medyaya yansıdığı ya da diğer araçlarla kamuoyunun bilgisine sunulduğu bazı örnekler için bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50383638>; <https://www.peta.org/media/news-releases/undercover-peta-video-turkeys-kicked-punched-at-humane-certified-wegmans-supplier/>; <https://vegworldmag.com/undercover-investigation-reveals-cruelty-at-fish-slaughterhouse-supplying-major-chains/>.

<sup>2</sup> Bu esnada kapıların, kapı kilitlerinin ya da güvenlik alarmlarının zarara uğraması durumunda mala zarar verme; hayvanların eşya statüsü taşıdığı hukuk düzenlerinde girilen yerlerdeki hayvanların özgür bırakılması durumunda ise hırsızlık suçu söz konusu olabilecektir.

uygunluk sebebinin uygulanmasında subjektif unsurun varlığının aranıp aranmayacağı ve buna bağlanan sonuçlar noktasında kendini göstermektedir.

### **A. Alman Ceza Kanunu Madde 34: Hukuka Uygunluk Sebebi Olan Zorunluluk Hali ve Şartları**

Zorunluluk hali, Alman ceza hukukunda hukuka uygunluk (ACK Md. 34) ve mazeret sebebi<sup>3</sup> (ACK Md. 35) olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Mahkeme kararları kapsamında varlığı tartışılan zorunluluk hali, Alman Ceza Kanunu'nun 34. maddesinde yer alan hukuka uygunluk hali oluşturan zorunluluk halidir. Maddeye göre “*Her kim hayat, vücut bütünlüğü, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki değere yönelik halihazırda mevcut ve başka türlü define imkân bulunmayan bir tehlike hali içinde, tehlikeyi kendisi veya üçüncü kişi bakımından bertaraf etmek amacıyla bir fiil işlerse, koruma hareketinin yöneldiği hukuki değerini koruma hareketi ile tehlikeye atılan hukuki değere önemli derecede ağır basması şartıyla, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Bu hüküm, işlenen fiilin tehlikeyi bertaraf etme bakımından uygun bir araç olduğu durumlarda uygulanır.*”<sup>4</sup>

#### **1. Tehlikeye İlişkin Koşullar**

##### **a. Halihazırda Mevcut Olan Bir Tehlikenin Varlığı**

Zorunluluk halinde faili harekete geçmek zorunda bırakan durum kendisini bir tehlikenin varlığı olarak gösterir. Tehlike, zarar doğuran bir olayın meydana gelmesinin olası olduğu<sup>5</sup> ve hukuk düzenince korunan bir hukuki değer tehdit altında olduğu durumları betimler.<sup>6</sup> Tehlike halinin varlığının kabulünde her ne kadar katı şartlar aranmasa da hukuki değer ihlalinin meydana gelmesinin tamamen olasılık dışı ya da çok uzak ihtimal olmaması gerekir.<sup>7</sup> Bir trafik kazası sonucu kişinin acilen hastaneye götürülmemesi durumunda ölmesi ya da sağlık sorunları yaşama riskinin

<sup>3</sup> *Türk Hukukundaki kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler (Schuldausschließungsgründe) ile mazeret sebepleri (Entschuldigungsgründe) ayrımının Alman doktrinindeki karşılığı için bkz. Bechtel, Alexander, Schuldausschließungsgründe bei Täterschaft und Teilnahme, Berlin 2019, s. 28-29.*

<sup>4</sup> Almanca kanun maddesi metinleri ve başvurulan diğer kaynakların çevirileri yazarın kendisine aittir.

<sup>5</sup> **Gropp, Walter/Sinn, Arndt**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Berlin 2020, s. 236; **Roxin, Claus/Greco, Luis**, Strafrecht Allgemeiner Teil – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1. Cilt, 5. Baskı, Münih 2020, s. 848.

<sup>6</sup> **Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd**, Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger, 2. Baskı, Stuttgart 2020, s. 108.

<sup>7</sup> **Eisele/Heinrich**, s. 108.

yalnızca yüzde on olması durumunda bile, yabancı bir aracın izinsiz kullanılarak kişinin hastaneye götürülmesi hareketi tehlikenin varlığı sebebiyle hukuka uygun hale gelebilecektir.<sup>8</sup> Tehlikenin gerçekten var olup olmadığı zorunluluk hali failinin sübjektif bakış açısına değil, objektif üçüncü bir kişinin bakış açısına göre değerlendirilir.<sup>9</sup>

Zorunluluk haline konu edilebilecek tehlikenin halen mevcut olması, ya da başka bir ifadeyle, güncel olması gerekir. Meşru savunma kapsamında oldukça dar yorumlanan saldırının güncel olması unsuru, zorunluluk hali bakımından iki farklı noktada daha geniş yorumlanacaktır.<sup>10</sup> Zorunluluk hali bakımından zararın meydana gelmesinin yakın olmadığı ya da zararlar henüz doğrudan doğruya yüzleşilmediği hallerde de tehlikenin güncelliğinin kabul edilebileceği durumlardan bahsedilir. Korunma hareketinin derhal gerçekleştirilmemesi halinde daha sonrasında gerçekleştirilmesi hiç mümkün olmayacak ya da ancak çok daha büyük riskler alınması sayesinde mümkün olacaksa, tehlike yine de güncel bir tehlikedir.<sup>11</sup> Bu duruma ek olarak, süregelen tehlike de (Dauergefahr) zorunluluk hali bakımından uygulama alanı içindedir.<sup>12</sup> Süre gelen tehlike kavramıyla hukuki değer ihlal edileceği anın kesin ve somut olarak belirlenemediği ancak tehlikeli durumun zararlar sonuçlanmasının her an için mümkün olan durumlar kastedilir.<sup>13</sup> Örnek olarak her an yıkılabilecek bina, toplum için tehlike arz eden akıl hastalığı olan bir insan,<sup>14</sup> devrilmesi her an için mümkün olan bir ağaç ya da her alkol kullanımı sonunda evde eşini darp etmeye meyilli failin durumu verilebilir.<sup>15</sup>

Dikkat edilmesi gereken son husus mevcut tehlikenin hukuka aykırı bir tehlike olması gerekliliğidir. Bununla kastedilen, kişinin tehlikeye ve tehlike sonucu ortaya çıkan hukuki değer ihlaline katlanma zorunluluğunun bulunmamasıdır. Bir ceza yargılaması sonucunda hapis cezası alan kişinin,

<sup>8</sup> Roxin/Greco, s. 848.

<sup>9</sup> Eisele/Heinrich, s. 108; Gropp/Sinn, s. 235; Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Baskı, Heidelberg 2020, s. 151; Roxin/Greco, s. 848.

<sup>10</sup> Roxin/Greco, s. 850; Eisele/Heinrich, s. 109.

<sup>11</sup> Roxin/Greco, s. 850; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Berlin 1996, s. 361.

<sup>12</sup> Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Baskı, Bielefeld 2016, s. 415.

<sup>13</sup> Eisele/Heinrich, s. 109; Wessels/Beulke/Satzger, s. 152.

<sup>14</sup> Roxin/Greco, s. 850.

<sup>15</sup> Wessels/Beulke/Satzger, s. 152.

hareket özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle gardiyanı döverek hapisneden kaçması durumunda zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebine gidilemeyecektir, zira burada mahkûmun ceza yargılaması sonucu ortaya çıkan sonuçlara katlanma yükümlülüğü vardır.<sup>16</sup>

### **b. ACK Md. 34 Tarafından Korunma Altına Alınmış Bir Hukuki Değerin İhlali**

Hakkında zorunluluk haline başvurulabilecek hukuki değerler kanun maddesi tarafından hayat, vücut bütünlüğü, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki değer olarak belirlenmiştir. Kanun maddesi ilk etapta sınırlı sayıda bir sayım yapmış gibi gözükse de özellikle de “*diğer bir hukuki değer*” ifadesi ile birlikte her hukuki değer zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebine konu olabileceği anlaşılmaktadır.<sup>17</sup> Bu bağlamda hukuki değerler ceza hukuku tarafından korunan bir hukuki değer olması da aranmaz.<sup>18</sup> Medeni hukuk dalına ait olan ve kanunun açık lafzında yer almayan kişilik haklarına<sup>19</sup> ya da güvence altına alınmış iş hakkına karşı zorunluluk haline başvurulması da yine bu bağlamda kabul edilmiştir.<sup>20</sup> Öyle ki sınırları dar çizilmekle birlikte toplumsal hukuki değerler de yine bu kapsamdadır.<sup>21</sup> Toplumsal hukuki değerlere karşı zorunluluk halinin örneğini sarhoş halde araba kullanmakta ısrar ederek trafik güvenliğinin tehlikeye atan sürücünün anahtarının elinden kuvvet kullanılarak alınması verilebilir.<sup>22</sup> İhlali söz konusu olan hukuki değerlerin failin kendisine ya da üçüncü bir kişiye ait olması zorunluluk halinin uygulanması bakımından önemsizdir. Kanun maddesinde kullanılan “*Tehlikeyi kendisi veya üçüncü kişi bakımından bertaraf etmek amacıyla*” ibaresi, üçüncü kişi için zorunluluk halinin Alman ceza hukukunda da kabul edildiğini gösterir.<sup>23</sup>

## **2. Korunmaya İlişkin Koşullar**

<sup>16</sup> Örnek için bkz. **Eisele/Heinrich**, s. 110.

<sup>17</sup> **Jescheck/Weigend**, s. 361; **Eisele/Heinrich**, s. 109; **Rengier, Rudolf**, Srafrecht Allgemeiner Teil, 12. Baskı, Münih 2020, s. 183.

<sup>18</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 150; **Roxin/Greco**, s. 847.

<sup>19</sup> **Eisele/Heinrich**, s. 109.

<sup>20</sup> OLG Oldenburg, NJW 1978, 1869 kararı doğrultusunda **Roxin/Greco**, s. 847.

<sup>21</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 418; **Eisele/Heinrich**, s. 109; **Jescheck/Weigend**, s. 361; **Rengier**, s. 183; **Roxin/Greco**, s. 847; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 151; krş. **Gropp/Sinn**, s. 236: Toplumsal hukuki değerleri, korunmaya karşı hareketin aynı zamanda bireysel bir hukuki değer de menfaatine hizmet ettiği takdirde madde tarafından korunan hukuki değerler kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürer ve hayvanlara karşı tehlikelerin bertaraf edilmesini açıkça bu kapsama alır.

<sup>22</sup> Örnek için bkz. OLG Frankfurt NSTZ-RR 96, 136.

<sup>23</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 417; **Eisele/Heinrich**, s. 109.



### a. Korunma Hareketinin Gerekliliği

Korunma hareketinin gerekliiği kabaca mevcut tehlikenin bertaraf edilmesi için fail tarafından yapılan hareketin zorunlu olması anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle failin korumaya çalıştığı menfaatinin korunması yalnızca bir başka menfaatin feda edilmesiyle mümkün olmalıdır.<sup>24</sup> Korunma hareketinin gerekliiği iki alt unsurun bir araya gelmesiyle oluşacaktır.<sup>25</sup> Buna göre hareketin gerekliiğinin ilk koşulu tehlike halini bertaraf etmeye elverişli olmasıdır.<sup>26</sup> Tehlike altındaki hukuki değeri yalnızca çok uzak bir ihtimal olarak koruma şansı bulunan hareketlerin elverişliliğinden, dolayısıyla da gerekliiğinden bu bağlamda bahsedilemez.<sup>27</sup> Dikkat edilmesi gereken ikinci unsur, failin elinde tehlikeyi bertaraf edecek birden fazla elverişli araç olması durumunda faile içlerinden en hafif olanı seçme yükümlülüğü yüklenmesidir. Başka bir ifadeyle fail, bir başka menfaatin ihlal edilmesine sebebiyet veren korunma hareketine ultima-ratio çare olarak başvurmuş olmalıdır.<sup>28</sup> Failin elinde tehlikeyi bertaraf edebilecek yalnızca tek bir araç olması durumunda gereklik şartının otomatik olarak yerine getirildiğinden bahsedilir.<sup>29</sup>

### b. Çatışan Menfaatlerin Karşılaştırılması

Failin tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla gerçekleştirdiği korunma hareketiyle birlikte başka bir menfaat açısından ortaya bir zarar çıkmaktadır. Korunma hareketine ilişkin ikinci şart, fail tarafından korunma hareketiyle koruma altına alınmaya çalışılan menfaatin, korunma hareketi sonucunda ihlal edilenden önemli ölçüde daha üstün olması gerekliiğidir.<sup>30</sup> Burada dikkat edilmesi gereken nokta bu karşılaştırmanın yalnızca hukuki değerler üzerinden değil, daha geniş anlamıyla bir “çıkar karşılaştırılması” şeklinde, hukuki değerleri tehdit eden tehlikenin de denkleme katılarak yapılması gerektiğidir.<sup>31</sup> Şartın “Güterabwägung” (değer karşılaştırması) olan

<sup>24</sup> Jescheck/Weigend, s. 361-362.

<sup>25</sup> Gropp/Sinn, s. 237; Wessels/Beulke/Satzger, s. 152.

<sup>26</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 422; Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Baskı, Berlin, 1991, s. 417.

<sup>27</sup> Eisele/Heinrich, s. 109; karşı görüş için bkz. Roxin/Greco, s. 789: “Hareket, tehlikeden kurtulma değil de intikam alma amacıyla yapılmadıkça başarıya ulaşma şansı az olan hareketlerin de elverişli olduğunun kabulü mümkündür.”

<sup>28</sup> Gropp/Sinn, s. 237.

<sup>29</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 423.

<sup>30</sup> Wessels/Beulke/Satzger, s. 153.

<sup>31</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 425; Eisele/Heinrich, s. 111; Wessels/Beulke/Satzger, s. 153.

Almanca karşılığının kanun değişikliği ile “Interessenabwägung” (menfaat karşılaştırması) olarak değiştirilmesi de şartın analizinde yalnızca karşı karşıya gelen hukuki değerlerin birbiri karşısındaki rütbesinin değil, daha genel anlamda karşı karşıya gelen menfaatlerin birbiriyle karşılaştırılması gerektiğini açıkça göstermektedir.<sup>32</sup> Karşılaştırmada hesaba katılması gereken unsurlara örnek olarak, tehlikenin yoğunluğu ve yakınlığı, ortaya çıkabilecek değer kaybı, ortaya çıkan zararın eski hale getirilememesi/yerinin doldurulamaması gibi unsurlar verilebilir.<sup>33</sup>

Bu unsur aynı zamanda Alman ceza hukukunda, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haliyle mazeret sebebi olan zorunluluk halini birbirinden ayıran unsurdur. Şayet, korunma hareketiyle korunan menfaat, feda edilen menfaatten önemli ölçüde üstün değilse veya her iki değer eşitse artık hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinden değil, mazeret sebebi olan zorunluluk halinden bahsedilecektir.

### 3. Hukuka Uygunluk Sebebinin Sübjektif Unsuru

#### a. Alman Hukukunda Sübjektif Unsur: Bilmek mi? Bilmek ve İstemek mi?

Hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsuru kendi içerisinde çok katmanlı ve tek başına bir kitaba konu edilebilecek yoğunlukta bir sorunsal oluşturmaktadır. Dolayısıyla konu bu noktada yalnızca, çalışmanın ileri kısmında sunulacak kararın çözümlemesini anlaşılır kılacak detay ve içerikte ortaya konacaktır. Sorunlar merdivenin ilk basamağını oluşturan, hukuka uygunluk sebepleri objektif midir sübjektif mi sorusuna Alman hukukunda büyük bir görüş çoğunluğuyla, sübjektiftir cevabı verilebilir.<sup>34</sup> Ancak tartışma burada bitmemekte, bu sübjektifliğin tam olarak neyi kapsamaması gerektiği konusunda tartışmalar devam etmektedir.

Failin sübjektif unsurunun neyi kapsamaması gerektiği sorusunun bir başka ifade şekli şudur: Hukuka uygunluk sebepleri bakımından hangi kast çeşidi aranmalıdır? Bu soruya verilen yanıt da kast türlerine paralel şekilde ilerlemekte ve ortaya temelde iki farklı yaklaşım çıkmaktadır. Her görüş bakımından ortak olan asgari gereklilik, failin bir hukuka uygunluk durumunda bulunduğu ve bir hukuka uygunluk hareketi

<sup>32</sup> **Roxin/Greco**, s. 852.

<sup>33</sup> Daha kapsamlı liste için bkz. **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 426; **Eisele/Heinrich**, s. 112; **Roxin/Greco**, s. 853-877; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 153.

<sup>34</sup> Hukuka uygunluk sebeplerini yalnızca objektif bir süreç olarak tasvir eden ve bu anlamda sübjektif unsurlara yer bırakmayan görüşün temsilcisi için bkz. **Spendel, Günter** in FS für Bockelmann, s. 250; **Spendel**, Leipziger Kommentar, 11. Baskı, § 32 Kn. 138 vd. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

gerçekleştirdiğinin farkında ve bilincinde olmasıdır.<sup>35</sup> Başka bir ifadeyle fail, hukuka uygunluk hareketinin yapılmasına meydan veren objektif olgu ve gerçeklikleri biliyor olmalıdır.<sup>36</sup> Görüldüğü üzere burada kastın “bilme unsurunun” ön plana çıktığı 1. dereceden doğrudan kastın (Dolus Directus 1. Grades) ağırlığı hissedilmektedir. Failin hukuka uygun olarak nitelendirilecek korunma/savunma hareketini yaparken ortada bir zorunluluk hali için bir tehlike, meşru savunma hali için bir saldırı olduğu hakkında kesin bilgisinin olması ve gerçekleştirdiği hareketle de bu tehlikeyi ya da saldırıyı engelleyebileceği ya da durdurabileceğini kesin olarak biliyor/öngörüyor olması, sübjektif unsurun var sayılması için yeterli koşuldur. Hukuka uygunluk sebebinin sübjektif unsuruna dair ilk görüş böylelikle bilme unsurunu yeterli bulmakta, “istemenin” olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine dair ekstra bir araştırma içine girmemektedir.<sup>37</sup>

Tehlikeden korunma ya da saldırıya karşı savunma hareketine mahal veren bir durum içinde bulunulduğunu bilmenin yetmeyeceğini ileri süren görüşlere göre ise, failin bunun ötesinde belirli bir amaçla “hukuka uygun hale getirme amacıyla” hareket etmesi gerekmektedir.<sup>38</sup> Bu görüşler bakımından “isteme unsurunun” baskın geldiği 2. dereceden doğrudan kastın (Dolus Directus 2. Grades) etkisi açıkça görülmektedir. Bu görüşün savunucuları bunu zorunluluk hali için tehlikeyi bertaraf etme amacı, meşru savunma için ise saldırıyı durdurma amacı olarak somutlaştırmaktadırlar. Bu görüş mahkeme içtihatları tarafından benimsenen görüştür. Belirtilmelidir ki mahkemeler karar incelemelerinde failin “tehlikeyi bertaraf etme ya da savunma yapma amacıyla” hareket etmelerini aramaktadır.

### **b. Zorunluluk Halinin Sübjektif Unsuru**

Doktrinin çoğunluğu zorunluluk halinin sübjektif unsurunu bakımından, failin tehlike halinin farkında olması ve hareketiyle tehlikeyi bertaraf edebileceği bilinci ve farkındalığıyla hareket etmesini yeterli görmekte, ekstra bir isteme unsuru aramamaktadır.<sup>39</sup> Karşı görüş ise zorunluluk hali bakımından failin tehlikeyi bertaraf etme isteği/iradesiyle hareket etmesi

<sup>35</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 360; **Eisele/Heinrich**, s. 85; **Gropp/Sinn**, s. 198; **Jescheck/Weigend**, s. 356; **Kühl, Kristian**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Baskı, Münih 2017, s. 129.

<sup>36</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 360.

<sup>37</sup> **Roxin/Greco**, s. 752.

<sup>38</sup> **Rengier**, s. 143.

<sup>39</sup> **Kühl**, s. 303; **Roxin/Greco**, s. 884.

gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>40</sup> Bilme unsurunun yanında bir kurtarma/tehlikeden kurtarma iradesi arayan görüş kaynağını ACK 34. maddesinin lafzında bulmaktadır. Buna göre failin “*tehlikeyi bertaraf etme amacıyla*” hareket etmesi gerektiğini arayan kanun maddesi, failin bu yönde irade taşıması gerektiğini somutlaşmaktadır.<sup>41</sup> Failin başka duyguları yanında ikincil kalmayan bir tehlikeyi bertaraf etme amacını aramaktadırlar.<sup>42</sup>

### c. Sübjektif Unsurun Yokluğu

Sübjektif unsura dair kendini gösteren sorunların son basamağını ise, hukuka uygunluğun diğer bütün şartlarının yerine getirildiği ancak sübjektif unsurun olmadığına kanaat getirilen durumlarda nasıl bir yol izleneceği, ne karar verileceği oluşturur. Hukuka uygunluk sebeplerinde sübjektif unsurun varlığının aranması, sübjektif unsurun bulunmadığı durumlarda failin hareketine nasıl bir sonuç bağlanacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada Alman ceza hukukunda iki farklı çözümden bahsetmek mümkündür. Birinci görüşe göre (Vollendungslösung) failin hareketi, sübjektif unsurun yokluğu durumunda hukuka aykırı kabul edilecek ve fail ihlal edilen normun tam cezasıyla cezalandırılacaktır. Doktrinde çoğunluk tarafından ve artık Almanya Federal Adalet Mahkemesi (BGH) tarafından da kabul edilen teşebbüs görüşüne (Versuchslösung) göre ise, savunma hareketi ile gerçekleştirilen suçta teşebbüsün mümkün olduğu durumlarda fail teşebbüsten cezalandırılacak, suçta teşebbüsün mümkün olmadığı durumlarda ise failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Aşağıda yer alan olayda da mahkemelerin teşebbüs görüşü doğrultusunda karar verdiği görülecektir.

### B. Alman Ceza Kanunu Madde 32: Meşru Savunma Hukuka Uygunluk Sebebinin Şartları

Alman Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasına göre: “*Meşru savunmanın zorunlu kıldığı bir fiili gerçekleştiren kimse, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz.*” Meşru savunma nedir sorusuna ise aynı maddenin ikinci fıkrası şu şekilde cevap vermektedir: “*Meşru savunma, kişinin gerek kendisine gerek bir başkasına yönelik halihazırdaki hukuka aykırı bir saldırıyı bertaraf etmek için gereken savunmadır.*”

<sup>40</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 432; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 161.

<sup>41</sup> Orijinal metin: “*um die Gefahr von sich oder von einem anderen abzuwenden*”.

<sup>42</sup> **Rengier**, s. 198.

## 1. Saldırıya İlişkin Koşullar: Hukuka Aykırı Güncel Bir Saldırının Varlığı

Saldırı, hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış bir hukuki değer ya da menfaatin – icrai ya da ihmalî<sup>43</sup> – insan hareketi aracılığıyla ihlali anlamına gelmektedir. İhlalin ortaya çıkmasına sebebiyet veren insan hareketinin zarar verme saiki, tasarısı ya da isteğiyle gerçekleştirilmiş olmasına gerek yoktur ancak hareket maddi anlamda fiilin sahip olması gereken unsurlara – failin iradesine bağlı olma, dış dünyada etki doğurma gibi – sahip olmalıdır.<sup>44</sup> Hayvan saldırıları bu bağlamda ele alınamaz.<sup>45</sup> Prensip olarak her hukuki değer ve menfaat meşru savunma hareketiyle korunabilecek olsa da zorunluluk halinden farklı olarak toplumsal hukuki değerlere yönelik saldırılara meşru savunma ile cevap vermek mümkün olmayacaktır.<sup>46</sup> Meşru savunma, kişisel hukuki değerlere yönelik saldırılara karşı yapılan savunma hareketlerini kapsar.<sup>47</sup>

Bahsi geçen saldırının güncel bir saldırı olması gerekmektedir. Güncellikten anlaşılması gereken saldırının başlangıç anının kapıya dayanmış olması, çoktan başlamış olması ve/veya önceden başlamış olan bir saldırının devam ediyor olmasıdır. Meşru savunma bakımından saldırının güncel olması şartı zorunluluk halindeki gibi süregelen saldırıları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacaktır. Ancak eğer doğrudan bir saldırının kısa zaman içinde tekrarlanmasından korkuluyorsa, bu, güncellik tanımının içinde değerlendirilecektir.<sup>48</sup> Henüz başlamamış bir saldırıya karşı tedbir amaçlı savunma hareketi gerçekleştirmek mümkün değildir.<sup>49</sup>

Hukuk düzeniyle çatışan her türlü saldırı, haksız saldırı kapsamındadır. Bu noktada saldırının ceza kanunu anlamında bir suç tipini oluşturması aranmaz.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 384; **Gropp/Sinn**, s. 214; **Roxin/Greco**, s. 775.

<sup>44</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 383; **Eisele/Heinrich**, s. 90; **Jescheck/Weigend**, s. 338; **Roxin/Greco**, s. 774; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 164.

<sup>45</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 383; **Roxin/Greco**, s. 773; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 164.

<sup>46</sup> **Jescheck/Weigend**, s. 340; **Roxin/Greco**, s. 786.

<sup>47</sup> **Roxin/Greco**, s. 784; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 164.

<sup>48</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 166.

<sup>49</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 165.

<sup>50</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 386; **Eisele/Heinrich**, s. 93; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 168.

## 2. Savunmaya İlişkin Koşullar

### a. Savunma Hareketinin Yalnızca Saldırana Yönelmesi Gerekliliği

Savunma hareketi üçüncü kişilerin hukuki değer ya da menfaatlerini ihlal etmeyecek şekilde yalnızca saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı yöneltilmelidir.<sup>51</sup> Meşru savunma bu yönüyle de üçüncü kişiler bakımından bir hukuki menfaat ihlali doğmasını göze alan zorunluluk halinden ayrılmaktadır.

### b. Savunma Hareketinin Gerekliliği

Gereklilik konusunda zorunluluk hali için yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır. Savunma hareketi saldırıyı önlemeye elverişli ve failin elinde savunma için bulunan bütün araçlar arasında en hafifi olan olmalıdır.<sup>52</sup> Saldırının şiddetini azaltan ya da zarar sonucunun ortaya çıkmasını geciktiren hareketler bu bağlamda elverişli olarak kabul edilir.<sup>53</sup> Aynı etkinlikte birden fazla savunma hareketi imkânı olan durumda savunma hareketini gerçekleştiren kişiden en az zarar meydana getireni seçmesi beklenmektedir.<sup>54</sup> Ancak sırf imkân dahilindeki en hafif araç olduğundan bahisle kişiden saldırıdan “yalnızca kaçması” kural olarak beklenemez.<sup>55</sup> Nitekim Alman hukukunda meşru savunmanın adeta sloganı haline gelmiş “*Haklının (ve hukukun) meydanı haksızlığa bırakma zorunluluğu yoktur*”<sup>56</sup> sözü de bunu destekler niteliktedir.

Silah ve bıçak gibi yaralayıcı araçlara savunma hareketi bakımından son çare olarak başvurulması gerekir.<sup>57</sup> Bu araçların savunmada kullanımından önce, kullanılacağına dair karşı tarafın uyarılması – örneğin durmazsan ateş edeceğim cümlesi ya da havaya açılan uyarı ateşi gibi – gerekir.<sup>58</sup> Uyarının karşı tarafın saldırısını sonlandırmasında yeterli olmadığı ve aracın kullanılmasını zorunlu kıldığı durumlarda ise öncelikli olarak bacak gibi, daha az hassasiyet gösteren ve hayati önem taşıyan organların hedef alınması gerekir.

<sup>51</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 394; **Eisele/Heinrich**, s. 88.

<sup>52</sup> **Jescheck/Weigend**, s. 343; **Roxin/Greco**, s. 789.

<sup>53</sup> **Eisele/Heinrich**, s. 94; **Gropp/Sinn**, s. 218; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 171.

<sup>54</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 397.

<sup>55</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 396.

<sup>56</sup> Almanca orijinali: *Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.*

<sup>57</sup> **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 171.

<sup>58</sup> **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, s. 399; **Gropp/Sinn**, s. 218; **Wessels/Beulke/Satzger**, s. 171.

### c. Savunma Hareketinde Sosyal Kısıtlamalar

Meşru savunmanın kabul edilebilirliği zorunluluk halinde olduğu gibi bir hukuki menfaat karşılaştırmasına bağlı değildir.<sup>59</sup> Ancak savunma hareketinin saldırıya yönelik “anında bir cevap olarak icra edilmesinin” önüne geçecek bir takım sosyal kısıtlamaların varlığından bahsedilmektedir. Bu sosyal kısıtlamalar belirli başlıklar altında gruplandırılmışlardır. Bu gruplara giren durumlar bakımından Almanya Federal Adalet Mahkemesi’nin geliştirdiği üç-aşamalı-teori (Drei-Stufen-Theorie) doğrultusunda hareket etmek gerekir. Bu teoriye göre bu durumlarda, saldırı karşısında savunma hareketini gerçekleştirecek olan kişi, öncelikle saldırıdan kaçınmayı (Ausweichen) denemeli, bunun mümkün olmadığı ya da saldırıyı durdurmadığı takdirde kendisini saldırıdan korumaya yarayacak bir hareket gerçekleştirmeli (Schutzwehr) ancak bu iki aşamanın başarısız olması durumunda kendisi aktif saldırı anlamına gelecek bir savunma hareketi (Trutzwehr) gerçekleştirmelidir.<sup>60</sup>

Hangi durumlarda direkt bir savunma hareketi yerine üç aşamalı savunma kullanılması gerektiği, Alman hukukunda gruplar şeklinde belirlenmiştir.<sup>61</sup> İlk grubu, sonuçları, saldırı sonucunda meydana gelen zarar ile karşılaştırılınca ciddi bir orantısızlık doğuran savunma hareketleri almaktadır. Başka bir deyişle bu grupta saldırı ile sebebiyet verilen zarar, savunma hareketiyle sebebiyet verilen zararlar karşılaştırılınca göz ardı edilebilir/önemsiz kalmaktadır. Ancak buradan zorunluluk halinde olduğu gibi katı bir değerler dengesi ya da üstün menfaati tespit etme arayışı anlaşılmalıdır. Bu grubun Alman hukukundaki tipik örneğini tekerlekli sandalyedeki malikin, kiraz ağaçlarından kiraz koparıp yiyen çocuğa silahıyla ateş etmesi olarak verilmektedir. Burada çocuğun kiraz yemesiyle ortaya çıkan zarar ile malikin mülkiyeti için yaptığı savunma aşırı oransız olarak görülmekte, dolayısıyla sosyal kısıtlama gruplarına dahil edilmektedir. Mülkiyet ile bağlantılı olan ikinci grubu genel olarak malvarlığını korumak amacıyla bir başka insanın yaşam hakkını hedef alan savunma hareketleri oluşturmaktadır. İkinci grubu oluşturan bu kısıtlamaların kaynağını AİHS 2. maddesi oluşturmaktadır.

<sup>59</sup> Eisele/Heinrich, s. 88; Wessels/Beulke/Satzger, s. 173.

<sup>60</sup> Eisele/Heinrich, s. 96; Wessels/Beulke/Satzger, s. 174.

<sup>61</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 404-413; Eisele/Heinrich, s. 96-102; Gropp/Sinn, s. 222-226; Roxin/Greco, s. 798-826.

Kusur sorumluluğu bulunmayan kişilerin hareketlerine karşı meşru savunma hareketi kural olarak mümkünken, bu kişilere karşı da mümkünse öncelikli olarak saldırıdan kaçınma ve kendini koruma hareketlerinin yapılması gerekliliği belirtilmiştir. Bir başka grubu yakın aile ilişkileri içinde ortaya çıkan saldırılar oluşturmaktadır. Son grup ise kabaca, saldırının kişinin kendisi tarafından provoke edildiği durumlar olarak özetlenebilir.

### 3. Meşru Savunmanın Sübjektif Unsuru

Meşru savunma failinin öncelikle ortada savunmayı gerektiren bir durum olduğunu bilmesi ve mevcut hareketiyle bu saldırıyı durdurabileceğinin bilincinde olması gerekir. Bu tanım, yukarıda daha detaylıca ortaya konulduğu üzere, sübjektif unsur bakımından bilmeyi yeterli gören görüş açısından isabetlidir. Belirtilmelidir ki meşru savunmanın sübjektif unsur bakımından doktrinin çoğunluğu yalnızca bilme ile sınırlı bir kastı yeterli görmekte, hukuk düzeni tarafından izin verilen bir şeyi yapan kişiyi bu davranışa motive eden şeyin araştırılmasını niyet okuyan bir ceza hukuku olarak nitelendirmektedir.<sup>62</sup>

Mahkeme içtihatları ve doktrinde karşı görüşü oluşturanlar ise, savunmanın objektif ve sübjektif unsurların birliği içerisinde değerlendirilebileceği iddiasıyla, içinde bulunulan durumun savunma gerektiren bir durum olduğunun yalnızca bilinmesinin yetmeyeceğini, ilaveten failin hareketiyle saldırıya karşı savunma gerçekleştirmeyi istemesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>63</sup> Öte yandan içtihatlara bakıldığında mahkemeler, failde savunma hareketini bir savunma amacıyla yapma, yani bir isteme unsuru aramaktadırlar. Bu isteme unsuru çok katı şekilde yorumlanmamakta, yalnızca savunma amacının, intikam, nefret, kıskançlık gibi duyguların yanında arka planda kalmış olmamasını aramaktadır.<sup>64</sup>

## II. MAHKEME KARARINA KONU OLAN OLAY VE MERCİİLERİN ÇÖZÜMLERİ

### A. Karar Konusunu Oluşturan Olay

Karar konusunu oluşturan olayın failleri F ve M Animal Rights Watch derneğine bağlı olarak uzun yıllardır hayvan hakları aktivistliği yapmaktadır. Failler daha öncesinde de bağlı oldukları kurum aracılığıyla

<sup>62</sup> Kindhäuser, Urs/Zimmermann, Till, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Baskı, Baden-Baden, 2020, s. 162; Roxin/Greco, s. 836; Kühl, s. 185.

<sup>63</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 402; Eisele/Heinrich, s. 103; Gropp/Sinn, s. 226; Jescheck/Weigend, s. 342; Wessels/Beulke/Satzger, s. 183.

<sup>64</sup> Rengier, s. 178.



çeşitli hayvan hakları ihlallerinin açığa çıkmasında rol oynamıştır. Karara konu olan olay, faillerden F'nin, hayvanların V firmasına ait ahırlarda 31.12.2013 tarihinde yürürlüğe giren yeni "Çiftlik Hayvanlarının ve Hayvansal Ürünlerin Üretimi İçin Tutulan Diğer Hayvanların Muhafazaları Sırasında Korunmasına İlişkin Yönetmeliğe"<sup>65</sup> aykırı şekilde, özellikle dışı domuzların gebelik esnasında içinde tutulduğu alanların (Kastenstand) olması gerekenden dar olduğu ve erkek domuzların diğer domuzlarla göz kontağı bile kuramayacak alanlarda tutulduklarına dair somut ihbar almasıyla başlamıştır. Hayvan hakları aktivistliğini uzun süredir yapıyor olmanın verdiği tecrübeyle F ve M, ihlalleri görsel malzeme ile belgelemedikçe yetkili makamları ihlaller konusunda harekete geçiremeyeceklerini bildikleri için firmaya ait ahırlara girip yetkili makamlara sunacak görsel malzeme toplamaya karar vermişlerdir.

Failler F ve M görsel malzeme toplamak amacıyla ilk olarak 29.06.2013 tarihinde daha sonrasında ise tespit edebildikleri tüm ihlalleri tek seferde kayıt altına alamadıkları için 11.07.2013 tarihinde toplam iki kez olmak üzere firmanın ahırlarına izinsiz şekilde girmişlerdir. 07.11.2013 tarihinde topladıkları görsel delillerle birlikte bağlı oldukları Animal Rights Watch Organizasyonu üzerinden Magdeburg Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmuşlar, savcılık ise Hayvanları Koruma Kanunu'nun<sup>66</sup> ihlal edildiğini tespit edemediği gerekçesiyle Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca dosya hakkında takipsizlik kararı vermiş ve dava dosyasını idari makamlara göndermiştir. Dosyanın gönderildiği idari makamlar tarafından V firmasına ait çiftliğe habersiz şekilde gerçekleştiren ilk denetimler ve 10.02.2014 tarihli takip denetimlerinde ise Çiftlik Hayvanlarının ve Hayvansal Ürünlerin Üretimi İçin Tutulan Diğer Hayvanların Muhafazaları Sırasında Korunmasına İlişkin Yönetmeliğin gerçekten de çeşitli şekillerde ihlal edildiği tespit edilmiştir.

### **B. Çözülmesi Gereken Hukuki Mesele**

Anılan olayda faillerin V firmasına ait ahırlara iki kere izinsiz girmeleri Alman Ceza Kanunu'nun 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Konut Dokunulmazlığının İhlali" suçunun konusunu oluşturmaktadır. Olayı ele alan mahkemeler kararlarında hukuka aykırı bu hareketin, (hukuka uygunluk sebebi olan) üçüncü kişi lehine zorunluluk hali ve meşru savunma vasıtasıyla hukuka uygun hale gelip gelemeyeceğini değerlendirmiştir.

<sup>65</sup> Verordnung zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer zur Erzeugung tierischer Produkte gehaltener Tiere bei ihrer Haltung.

<sup>66</sup> Tierschutzgesetz.

Mahkeme kararları yardımıyla üç spesifik soruya cevap bulmak mümkündür. Bunlar: Hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsurunun varlığının tespiti, hayvanların refahının hakkında zorunluluk hali uygulanabilecek bir hukuki değer olup olmadığı ve hayvanların meşru savunma normu uyarınca “bir başkası” kabul edilip edilemeyeceğidir.

### C. Mercilerin Çözüm Şekli

#### 1. İlk Derece Mahkemesi: AG Haldensleben

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun Alman hukukundaki muadili olarak tanımlanabilecek GVG (Gerichtsverfassungsgesetz)’ye göre, uyuşmazlığa konu olan davalar – davanın istisnai olarak başka mahkemelerde açılacağı belirtilmemişse – öncelikle AG (Arbeitsgericht) adı verilen ilk derece mahkemelerine gelir.

Bu doğrultuda anılan uyuşmazlıkla ilgili olarak verilen ilk karar 29.06.2016 tarihinde AG Haldensleben’in ACK md. 123/I (Konut Dokunulmazlığının İhlali) ve ACK Md. 34 (Zorunluluk Hali Hukuka Uygunluk Sebebi) üzerinden failler hakkında verdiği beraat kararıdır.<sup>67</sup>

#### a) Mahkemenin Tehlikeye İlişkin Şartlara İlişkin Değerlendirmesi

İlk olarak tehlikeye ilişkin şartların meydana gelip gelmediğini değerlendiren mahkemenin kanaati olayda zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinin uygulanabileceği bir hukuki değere yönelik halihazırda mevcut bir tehlikenin olduğu doğrultusundadır.

Mahkeme, hukuk düzeni tarafından korunan her türlü hukuki menfaati zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinden faydalanmaya elverişli olarak kabul etmiştir.<sup>68</sup> Hayvanları korumanın gerek Alman Anayasasının başlangıç ilkelerinde devletin koruma hedefleri kapsamına alınması gerekse Hayvan Koruma Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde bu hedefin hukuk kuralları şeklinde somutlaşması sebebiyle mahkeme, hayvanların refahının ACK 34. madde uyarınca hakkında hukuka uygunluk zorunluluk halinin uygulanabileceği bir hukuki değer olduğuna hükmetmiştir.

Somut olayda hukuki değere karşı olası bir zarar aşamasının geçilip zararın çoktan meydana gelmiş olmasından bahisle, halihazırda mevcut tehlikenin varlığı da mahkeme tarafından onaylanmıştır.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Karar için bkz. AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)- juris.

<sup>68</sup> AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)- juris, Kn. 16.

<sup>69</sup> AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)- juris, Kn. 16.

### **b) Mahkemenin Korunmaya İlişkin Şartlara İlişkin Değerlendirmesi**

İkinci olarak korunma hareketine ilişkin şartların değerlendirilmesine geçen mahkeme, gerçekleştirilen koruma hareketinin elverişliliği tartışmasında, anılan fiillerin meydana gelen ihlallerin durdurulmasında uygun bir araç teşkil edip etmediğine bakmış ve ahırlara girme, filme alma, suçu ihbar etme ve görsel malzemelerin yayınlaması şeklinde gerçekleşen hareket zincirinin tehlike halini ve hukuk değer ihlalini durdurmada elverişli olduğuna karar vermiştir.<sup>70</sup> Nitekim bu hareketler sonucunda ahırların işletmecisine karşı idari bir sürecin başlatılması sağlanabilmiştir.

Korunma hareketleri bakımından failer tarafında en hafif araca başvurulduğu da mahkemece onaylanmış, failerin elinde ihlali durdurmada başvurabilecekleri daha hafif bir araç bulunmadığı yönünde karar verilmiştir. Resmi makamları başka türlü harekete geçiremeyeceğini bilen faillerin ahır alanlarına girip oradaki ihlalleri kayıt altına almaları ve bu kayıtları yayınlamalarındaki amacı mahkeme, tüketicileri ahırların durumundan haberdar etmek ve resmi makamları aksiyona geçirmede baskı yaratmak şeklinde açıklamıştır.<sup>71</sup>

Korunma hareketiyle ihlal edilen menfaatin konut (iş yeri) dokunulmazlığı, korunan menfaatin ahırda bulunan hayvanların vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı olarak somutlaştığı olayda çatışan menfaatleri karşılaştıran mahkeme, korunan menfaatin ihlal edilen menfaatten çok daha üstün olduğuna karar vererek, korunmaya ilişkin şartların da tamamının yerine geldiğine hükmetmiştir.<sup>72</sup> Mahkemenin bu değerlendirmesinde failerin ahırlara girdiğinde herhangi bir özel alana girmeye çalışmamaları ve işyeri sahibinin herhangi bir malına zarar vermemeleri de etkili olmuştur.

### **c) Mahkemenin Hukuka Uygunluk Sebebinin Sübjektifliğiyle İlgili Değerlendirmesi**

Zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinin üç ayağından ikisinin değerlendirilmesinde şartlara ilişkin herhangi bir eksiklik tespit etmeyen mahkemenin tutumu hukuka uygunluk sebebindeki manevi unsurun varlığı

---

<sup>70</sup> AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)-juris, Kn. 18.

<sup>71</sup> AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)-juris, Kn. 19.

<sup>72</sup> AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)-juris, Kn. 20.

araştırmasında değişmiştir. Bu kapsamdaki inceleme farklı tarihli iki hareket bakımından ayrı ayrı yapılmıştır.

Faillerin ahırlara ikinci girişini oluşturan sonraki tarihli (11.07.2013) hareket bakımından sübjektif unsurun varlığı mahkeme tarafından sorunsuz şekilde kabul edilmiş, zorunluluk halinin bütün şartlarının olayda bulunmasıyla 11.07.2013 tarihli hareket hukuka uygun sayılarak sanıklar hakkında beraat kararı verilmiştir. Mahkeme buna yönelik kararını, daha önceden ahırlara girmiş olan faillerin ahırlarda hak ihlalleri olduğunun kesin bilgisine sahip olmaları ve ahırlara bu hak ihlaller sonucu ortaya çıkan tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla girmelerinin sabit olmasıyla gerekçelendirmiştir.<sup>73</sup>

İlk hareket bakımındansa (29.06.2013) hukuka uygunluk sebebinin sübjektif unsurunun varlığı kabul edilmemiştir. İkinci hareketin aksine faillerin ilk hareket bakımından ahırlarda hak ihlali olduğunu kesin olarak bilmedikleri, çünkü failleri ilk etapta harekete geçiren ve hukuka aykırı hareketi gerçekleştirmelerini sağlayan yalnızca bir tanıdığı belirsiz ihbarı olduğuna vurgu yapılmıştır.<sup>74</sup> Başka bir ifadeyle ilk hareket bakımından mahkeme ortada bir tehlike halinin olduğuna dair somut veriler ve kesin bilgi olmadığını belirterek, hukuka uygunluk sebebinin sübjektif elementinin anılan hareket bakımından gerçekleşmediğine kanaat getirmiştir.

Bu noktada sübjektif unsurun yokluğu halinde, teşebbüs çözümünü (Versuchslösung) benimseyen mahkeme, sanıkların teşebbüs hükümlerince cezalandırılması yoluna gitmiş, ancak konut dokunulmazlığının ihlaline teşebbüsün cezalandırılmasının Alman ceza hukukunda mümkün olmaması sebebiyle sanıklar hakkında netice itibarıyla ilk hareket bakımından da beraat kararı verilmiştir.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)-juris, Kn. 22.

<sup>74</sup> AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)-juris, Kn. 14.

<sup>75</sup> AG Haldensleben, Urteil vom 26. September 2016 – 3 Cs 224/15 (182 Js 32201/14)-juris, Kn. 21; Alman Ceza Kanunu Madde 23'e göre yalnızca hakkında bir yıl ve daha üstü hapis cezası öngörülen suçlara (Verbrechen) teşebbüs direkt olarak mümkündür. Hakkında ön görülen ceza bir yılın altında olan suçların (Vergehen) teşebbüsten cezalandırılabilmesi için ilgili suç tipinde suçun teşebbüste kalmış halinin de cezalandırılabilmesine dair açık ifade olması gerekir. Konut dokunulmazlığının ihlali suç tipi için Alman Ceza Kanunu'nun 123. maddesinde öngörülen ceza "bir yıla kadar hapis cezası" olduğu ve teşebbüsten cezalandırılabilmesine dair açık hüküm olmadığı için bahsi geçen olaydaki hareketlerin cezalandırılması mümkün değildir.

## **2. İstinaf Mahkemesi: LG Magdeburg**

İlk derece mahkemesinin – farklı gerekçelendirmelerle – iki hareket bakımından da beraat kararı vermesinin üzerine Magdeburg Savcılığı tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuş ve dosya istinaf mahkemesi olan LG Magdeburg’un önüne gelmiştir. Savcılığın istinaf başvurusunu haksız gören istinaf mahkemesi, 11.10.2017 tarihinde verdiği kararla sanıkların hareketlerinin yalnızca ACK Md. 34 zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinin şartlarının gerçekleşmiş olması sebebiyle değil ACK Md. 32’de yer alan meşru savunma sebebiyle de hukuka uygun hale geldiğine hükmetmiştir.<sup>76</sup>

### **a) İstinaf Mahkemesinin Zorunluluk Hali Hukuka Uygunluk Sebebi ile İlgili Değerlendirmesi**

Sanıkların hareketlerinin zorunluluk halinin varlığı sebebiyle hukuka uygun hale geldiğine kanaat getiren istinaf mahkemesinin bu konudaki hukuki değerlendirmesi ilk derece mahkemesininkiyle bir nokta haricinde örtüşmektedir. Tıpkı ilk derece mahkemesi gibi istinaf mahkemesi de Alman Anayasası Md. 20a, Hayvanları Koruma Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde kendine yer bulan hayvanların refahının, hakkında zorunluluk hali uygulanabilecek bir hukuki menfaat olduğunu belirtmiş, hayvanların ahırda barındırılma şartları ve denetimde ortaya çıkarılan ihlallerle birlikte bu hukuki menfaat açısından yakın ve gerçek bir tehlikenin varlığını onaylamıştır.<sup>77</sup>

Savunma hareketinin mevcut tehlikeyi bertaraf etmede elverişli araç olduğu istinaf mahkemesince teyit edilmiş olsa da gereklilik başlığı altında farklı bir soru ortaya atılmış, faillerin ilgili idari makamları harekete geçirme yolunu denemeden önce ahırlara kendi imkanlarıyla girip görüntü kaydı almalarının, “en hafif araca başvurmak” sayılıp sayılamayacağı noktasında şüpheye düşülmüştür.<sup>78</sup> Bu tartışmanın sebebi, genel kamunun korunmasında birincil sorumluluğun devlette ve ilgili organlarında olması ve özel kişilerin bu bağlamdaki hareketlerinin gereklilik bakış açısından değerlendirince daha katı bir şekilde sınırlandırılmış olmasıdır. Bu noktada mahkeme, özel kişi faillerin hareketine gelene kadarki süreçte, devletin

<sup>76</sup> Karar için bkz. LG Magdeburg, Urteil vom 11. Oktober 2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris.

<sup>77</sup> LG Magdeburg, Urteil vom 11. Oktober 2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris, Kn. 23.

<sup>78</sup> LG Magdeburg, Urteil vom 11. Oktober 2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris, Kn. 26.

makamlarının ihlallerin farkında olmalarına rağmen harekete geçmediği üç durumu sıralamıştır. Buna göre, dişi domuzların gebelik esnasında içinde tutulduğu alanların olması gerekenden dar olduğu veteriner dairesi tarafından eski tarihli kontrollerde tespit edilmiş ancak hakkında hiçbir şey yapılmamıştır. Yine eyalet idare dairesi ilgili bakanlığa göz ardı edilemeyecek ihlaller tespit ettiğini belirtmiş, bakanlık tarafından aksiyon alınmamıştır. Son olarak ise veteriner, uzman görüşünde, domuzların bu kadar küçük kasaları uzun süreli mesken olarak kullanmalarının domuzlar için azımsanamayacak ciddiyette bir acı çekme anlamına geldiğini belirtmiş ancak ihlaller yine ortadan kaldırılmamıştır. Bu bilgiler ışığında faillerin elinde başka bir menfaate daha az müdahale etmek anlamına gelen bir alternatif olmadığını tespit eden mahkeme, faillerin ahırlara girmelerinin en hafif araca başvurmak olduğuna ve mevcut tehlikenin başka yollarla bertaraf edilmesinin mümkün olmadığına kanaat getirmiş, savunma hareketinin gerekliliği konusunda ortaya çıkan soru işaretlerini de böylelikle çözmüştür. Çatışan menfaatlerden hayvanların refahının üstün tutulması gerektiği, istinaf mahkemesince de tartışmasız kabul edilmiştir.<sup>79</sup>

İstinaf mahkemesi kararının ilk derece mahkemesi kararından ayrıldığı nokta, hukuka uygunluk sebebinin sübjektif unsuruna dair incelemelerde kendini göstermektedir. İlk tarihli hareket bakımından sübjektif unsurun varlığını kabul etmeyen ilk derece mahkemesinin aksine istinaf mahkemesi, anılan kararda her iki hareket bakımından da sübjektif unsurun gerçekleştiğine karar vermiştir. Mahkeme, faillerin ahıra ilk girişinin kesin bilgi teşkil etmeyen sıradan bir ihbar sonucu gerçekleşmesinin hukuka uygunluk sebebinin sübjektif unsurunda noksanlık yaratacağını reddetmiş ve olayı zorunluluk halinde yanılma (Putativnotstand) hükümlerini uygulayarak çözmüştür.<sup>80</sup> Buna göre, ACK Md. 16/I doğrultusunda faillerin kasten hareket etmediği kabul edilmiş, konut dokunulmazlığının ihlali suçunun Alman ceza hukukunda taksirle işlenmesi mümkün olmadığı için faillerin hakkında verilen beraat kararı bir kere daha onaylanmıştır.<sup>81</sup>

### **b) İstinaf Mahkemesinin Meşru Savunma Hukuka Uygunluk Sebebi ile İlgili Değerlendirmesi**

<sup>79</sup> LG Magdeburg, Urteil vom 11. Oktober 2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris, Kn. 27.

<sup>80</sup> LG Magdeburg, Urteil vom 11. Oktober 2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris, Kn. 24.

<sup>81</sup> ACK Md. 16/I'e göre "Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."

Mahkeme, anılan olayda zorunluluk hali dışında meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin de varlığına hükmetmiştir. Mahkeme olayda kişinin kendisine veya bir başkasına yönelik gerçekleştirilen bir saldırı olduğuna hükmetmiştir. Başka bir ifadeyle hayvanların, hakkında meşru savunma yapılabilecek üçüncü kişiler olduğunu kabul etmiştir.<sup>82</sup> Belirtilmelidir ki mahkemenin bu kararı hayvanların üçüncü kişi olarak kabul edilip edilemeyeceği konusundaki tartışmalara hiç girilmeden verilmiştir.

Mahkemenin analizinin odak noktasına koyduğu bir diğer maddeyi ise Hayvanları Koruma Kanunu'nun varlık amacını belirten *“Bu yasanın amacı, hayvanlarla aynı yeryüzünü paylaşmanın insana yüklediği sorumluluktan dolayı<sup>83</sup>, hayvanların hayatını ve esenliğini korumaktır. Hiç kimse sebepsiz yere bir hayvana acı, eziyet veya zarar veremez”* şeklindeki 1. maddesi oluşturmaktadır. Mahkeme, anılan 1. maddeyle koruma altına alınan bir diğer şeyin insanların hayvanlara karşı duyduğu empati ve şefkat olduğunu belirtmiş, buna bağlı olarak hayvanlara zulüm karşısında meşru savunma yapılabilmesinin bu açıdan da olanaklı olduğunu ifade etmiştir.<sup>84</sup>

### 3. Temyiz Mahkemesi: OLG Naumburg

İstinaf mahkemesinin kararı, faillerin anılan fiillerinin gerek ACK Md. 34 zorunluluk hali, gerekse ACK Md. 32 meşru savunma hükümlerine göre hukuka uygun bulunmasının üstüne savcılık tarafından temyiz edilmiş, istinaf mahkemesinin değerlendirmelerinde maddi hukuka aykırılıklar bulunduğu ileri sürülmüştür. Savcılığın iddiaları meseleyi temyiz mahkemesi olarak ele alan OLG Naumburg tarafından incelenmiştir.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> LG Magdeburg, Urteil vom 11. Oktober 2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris, Kn. 20.

<sup>83</sup> Çevirisini bu şekilde yaptığımız ifade için kanun maddesinde kullanılan orijinal terim insanlar ve hayvanların *“Mitgeschöpf”* olduğu şeklindedir. Kelime İngilizce'ye fellow-creature olarak çevrilebilir.

<sup>84</sup> LG Magdeburg, Urteil vom 11. Oktober 2017 – 28 Ns 182 Js 32201/14 (74/17) –, juris, Kn. 20.

<sup>85</sup> Karar için bkz. OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. Februar 2018 – 2 Rv 157/17 –, juris.

### **a) Temyiz Mahkemesinin Savcılığın Zorunluluk Hali Hukuka Uygunluk Sebebi ile İlgili İleri Sürdüğü İddialarla İlgili Değerlendirmesi**

Zorunluluk hali bakımından savcılığın karşı çıktığı ilk nokta ortada zorunluluk halinin uygulanmasına elverişli bir hukuki değer olduğu değerlendirilmesidir. Savcılığa göre tehlike altında olan hukuki değerlerin domuzlara ait olması, bu kabulü geçersizleştirir.<sup>86</sup> Savcılığın bu noktadaki bir diğer argümanı, hayvanların malikinin somut olayda böyle bir zarar tehlikesini göze almış olduğudur. Temyiz mahkemesi açısından ortada zorunluluk halinin uygulanmasına elverişli bir hukuki değer olduğu, daha önceki kararlarda da anılan Alman Anayasası madde 20a ve Hayvanları Koruma Kanunu ve ilgili yönetmelikleri sebebiyle oldukça nettir. Hayvanın sahibinin malik olarak bu tehlikeyi göze almasının zorunluluk halinin uygulamasına engel teşkil edeceği iddiasını da mahkeme reddetmiş, böyle bir argümanın geçerli olması faraziyesinde aşırı sıcakta camları kapalı arabada boğulma tehlikesiyle karşı karşıya olan bir köpeğin kurtarılması için arabanın camlarının kırılmasının da – yine malikinin göze almış olduğundan bahisle – mümkün olmayacağıın kabulünün gerekeceğini belirtmiştir.<sup>87</sup>

Savcılığın bir sonraki itiraz noktası olan, bir hukuka aykırılığın tespitinde, faillerin ilk refleks olarak ahırlara kendileri girmek yerine devlet otoritelerini harekete geçirmeleri gerekliliğine temyiz mahkemesi temelde hak vermiş olsa da şu eklemeyi yapmıştır: Bu temel prensip, yetkili makamların göreve çağrılmalarının sonuçsuz kalacağıın en başından beri belli olduğu durumlarda geçersizdir.<sup>88</sup> Mahkeme bu noktada somut olayda faillerin hareketinden önce devlet yetkililerinin kontroller yapıp ihlaller tespit etmiş olmasına rağmen harekete geçmemiş olmasını hatırlatmıştır. Faillerin, ellerinde iddialarını kanıtlayacak somut görsel malzeme olmadan kendilerinden üst bir devlet otoritesi ya da polise başvurmaları durumunda olumlu sonuç elde edemeyeceklerini bilmeleri de yine mahkemenin savcılığın iddiasını geri çevirme sebeplerinden birisidir.

Savcılığın zorunluluk hali ile ilgili son iddiası ise faillerin, hareketlerini aslında bir “savunma amacı” gütmekten gerçekleştirmiş oldukları yönündedir. Savcılık, faillerin ahırlara mevcut bir tehlikeyi bertaraf etmek

<sup>86</sup> OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. Februar 2018 – 2 Rv 157/17 –, juris, Kn. 20.

<sup>87</sup> OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. Februar 2018 – 2 Rv 157/17 –, juris, Kn. 20.

<sup>88</sup> OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. Februar 2018 – 2 Rv 157/17 –, juris, Kn. 22.



amacıyla değil, almış oldukları hayvan hakları ihbarının gerçek olup olmadığını teyit etmek amacıyla girdiklerini iddia etmiştir. Temyiz mahkemesi ise savcılığın iddiasını reddetmiş, faillerin ahırlara onlar için zaten bilindik olan ihlallerin görsel malzemesini elde etmek ve nihai amaç olarak da ihlalleri durdurmak için girdiğini belirtmiştir.<sup>89</sup>

### **b) Temyiz Mahkemesinin İstinaf Mahkemesinin Olayda Meşru Savunma Olduğuna Dair Tespitiyle İle İlgili Değerlendirmesi**

Zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinin varlığı konusunda istinaf mahkemesinin görüşüne katılan temyiz mahkemesi, söz konusu meşru savunma olduğundaysa istinaf mahkemesiyle görüş ayrılığı yaşamış, savcılığın temyiz talebini haklı bularak olayda savunma hareketinin hukuka aykırı güncel bir saldırının bertaraf edilmesi amacına hizmet etmediğini ileri sürmüştür. OLG Naumburg'a göre faillerin ahırlara girip ahırlardaki durumu kayıt altına almaları domuzların acısını anlık olarak dindirmediği gibi, toplanan görsel malzemenin hazır edilip yetkili makamlara ulaştırılmasına kadar geçen sürede de domuzların içinde bulunduğu koşullarda hiçbir değişiklik olmamıştır.<sup>90</sup> Temyiz mahkemesince, materyallerin toplanmasından yetkili makama teslim edilmesi ve bu noktadan da ihlallerin durdurulmasına kadar geçen hatırı sayılır süre içinde faillerin video kaydına almaktan ibaret hareketleri, ahırda hazır bulunan hayvanların koşullarını iyileştirme konusunda işlevsiz kalmıştır. Bu hareket ancak ihlallerin durdurulması ve ahırdaki koşulların iyileştirilmesi sonrasında, ahıra yeni getirilen hayvanlar bakımından işe yarayacak bir yöntemdir. Faillerin hareketi esnasında henüz ahırda bulunmayan bu hayvanlar bakımından ise ahıra girme hareketinin gerçekleştirildiği tarihte bir saldırı bulunduğu bahsedilemeyeceğinden bahisle temyiz mahkemesi, faillerin hareketinin meşru savunmaya dayandırılarak hukuka uygun hale gelebileceğine hükmetmiştir.<sup>91</sup>

Meşru savunma ile ilgili olarak yalnızca “güncel saldırı” olup olmadığı sorunu değinen temyiz mahkemesi LG Magdeburg'un hayvanların ACK Md. 32 kapsamında “bir başkası” sayılabileceğine dair değerlendirmesiyle ilgili ise pozisyon almamıştır.

<sup>89</sup> OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. Februar 2018 – 2 Rv 157/17 –, juris, Kn. 28.

<sup>90</sup> OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. Februar 2018 – 2 Rv 157/17 –, juris, Kn. 29.

<sup>91</sup> OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. Februar 2018 – 2 Rv 157/17 –, juris, Kn. 29.

### III. MAHKEME KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Şüphesiz ki ceza adli yargılamasının mevcut üç aşamasının üçünden de geçerek kesinleşen bu karar, meşru savunma ve hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali gibi ceza genel teorisinin köklü kurumları açısından önemli noktalara değinmiştir. Kararların üstlendiği ilk rolün, anılan hukuka uygunluk sebepleri bakımından aranan şartların kapsamlı ve didaktik bir özetini sunmak olduğu söylenebilir. Kararları yalnızca didaktik bir tekrar olmaktan çıkaran nüans ise, ilgiyi gerek Türk gerekse Alman doktrininde yeterince üstünde durulmamış ve çözüme ulaştırılamamış “hayvanların hukuk düzenindeki kişiliği” konusuna çekmesidir.

#### A. Zorunluluk Hali Hukuka Uygunluk Sebebi Hakkında Mahkemelerin Değerlendirmeleri Hakkındaki Görüşümüz

Gerek mahkeme kararlarına konu olmuş somut olay nezdinde gerekse genel itibarıyla hayvanları kurtarma amaçlı ahırlara, laboratuvarlara girme olay örgülerinde zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebinin uygulama bulacağı Alman doktrininde geçerli görüştür. Bu görüş birliği kendini iki nokta dışında mahkeme kararlarında da göstermektedir. Buna göre anılan olayda üç mahkemeye göre de ortada hakkında zorunluluk haline gidilebilecek bir hukuki değere yönelik bir tehlike mevcuttur. Bu noktada Alman Ceza Kanunu'nun “herhangi bir hakka” yönelik tehlikeye karşı da korunma hareketine izin veren kapsayıcı lafzının tartışmaya çok da yer bırakmadığı söylenebilir. Üç mahkemenin görüş birliğine vardığı diğer bir husus, anılan tehlikenin yakın ver gerçek olmasıdır. Gerçekten de her an için hayvanların vücut bütünlüğü ve sağlığında bozulmalar – ve hatta ölüm – meydana getirebilecek ahır şartlarının, hayvanların refahı bakımından bir tehlike oluşturduğu ortadadır.

Failler tarafından gerçekleştirilen korunma hareketi, tıpkı mahkemelerce de belirtildiği gibi, elverişlidir. Nitekim failer bu hareketle, amaçladıkları gibi hayvanlar bakımından tehlike halini sonlandırmak için idari yetkilileri harekete geçirmeyi başarmışlardır. Mahkemeler arasında görüş ayrılığı yaratan ilk husus, korunma hareketinin gerekliliğine dair ortaya çıkan, failerin hareketinin başvurulabilecek en hafif araç olup olmadığı sorusudur. Faillerin tehlikeyi ortadan kaldırmak için bizzat ahırlara girmesini her ne kadar ilk derece mahkemesi daha fazla tartışmaya gerek görmeden en hafif araca başvurmak olarak kabul etse de gerek istinaf mahkemesinin değerlendirmesinde gerekse savcılık tarafından yapılan temyiz başvurusunda, özel kişilerin, genel kamuyu ilgilendiren bir tehlikeyi bertaraf etmede harekete geçerken daha çekimsiz davranmaları gerektiği vurgulanmıştır. Nitekim toplumun tümünü ilgilendiren hukuki değerlerin ve

genel anlamda hukuk düzeninin korunmasında birincil görev devlete verilmiştir, hatta bu bağlamda devletin bir zor kullanma/güç tekeli olduğundan bahsedilir.<sup>92</sup> Toplumun tümünü ilgilendiren tehlikelerde, yetkili makamları alarma geçirmek yerine özel kişilerin bizzat tehlikeye müdahale etmelerinin, savunma hareketinin gerekliliğini onaylamada soru işareti yaratacağı belirtilmiş olsa da karara konu olan somut olayda yetkili idari makamların aksiyon almadığına dikkat çeken istinaf ve temyiz mahkemeleri, faillerin devlet yetkililerini beklemeden özel kişi olarak müdahale ettiklerinin iddia edilemeyeceğinin altını çizmiştir.

İstinaf ve temyiz mahkemelerinin bu değerlendirmesi oldukça yerinde görünmektedir. Anılan tehlikelerin faillerin hareketinden önceki tarihlerde defalarca tespit edilip yine de eylemsiz kalınması, tehlikeyi bertaraf etmede birincil sorumluluk sahibi olan devlet ve devletin yetkili organlarının tehlikeyi bertaraf yönünde bir eğilimi olmadığına delalettir. Bu noktada özel kişi olan faillerin tehlikeyi bertaraf etmek adına gerekli adımı atmaması somut olayda yalnızca tehlike halinin devamı anlamına gelecektir. Bu bağlamda faillerin, olayda başka hiçbir aracın sonuç vermemiş olduğu da göz önünde tutularak ellerindeki en hafif araca başvurduklarının kabulü gerekir. Konu ile ilgili olarak *Hecker*'in de belirttiği gibi devletin gerekli otoriteleri uzun süre çekimser ve hareketsiz kaldıktan sonra vatandaşların olaya müdahil olması zorunlu hale gelmiştir ve bu “cezalandırma değil saygı hak eden bir medeni cesarettir”<sup>93</sup>.

Zorunluluk hali bakımından tartışmalı diğer noktayı ise olayda faillerin ilk tarihli hareketi bakımından hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği oluşturmaktadır. İlk derece mahkemesi ilk hareket bakımından faillerin hareketinin belirsiz bir ihbara dayandığı, dolayısıyla da ahırlarda gerçekten bir tehlike hali olup olmadığının somut olarak bilinemeyeceğinden bahisle bu unsuru kabul etmemiş, netice itibarıyla beraat kararına gitse de bunu faillerin hareketini hukuka uygun bulduğu için değil, subjektif unsurun yokluğunda uyguladığı teşebbüs teorisinin bir cezalandırma sonucu doğurmaması sebebiyle yapmıştır. Öte yandan bahsi geçen ihbarın kesin bilgi olarak

<sup>92</sup> **Bock, Stefanie**, Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notstandrecht als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2019, s. 555-558; **Perron**, Schönke/Schröder, 30. Baskı, § 34 Kn. 10.

<sup>93</sup> **Hecker Bernd**, Nothilfe und Notstand bei Eindringen in Tierzuchtanstalt zwecks Dokumentation von Missständen, Juristische Schulung 2018, s. 84.

yorumlanamayacağı ve sübjektif unsurun bu sebeple gerçekleşmediği konusunda ilk derece mahkemesine katılan istinaf mahkemesi ise sorunu, zorunluluk halinin objektif şartlarında yanılma ile çözümlenmiştir. Bu hususta ilk derece mahkemesinin yaklaşımı bizce daha isabetlidir. Zira, zorunluluk halinin objektif şartlarında yanılmada fail, koşulların somut olayda aslında gerçekleşmemiş olmasına rağmen gerçekleştiğine ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşmektedir. Başka bir ifadeyle, failin var sandığı hukuka uygunluk şartları gerçekte yoktur. Kararlara konu olan olayda karşımıza çıkan resimde ise hukuka uygunluk şartları olayda gerçekten de vardır. Ahır şartları hayvanlar için objektif olarak bir tehlike halini oluşturmaktadır, bu bağlamda failerin yalnızca buna ilişkin “kesin bilgileri” noksandır. Böyle bir durumda ise ilk derece mahkemesinin yaptığı gibi, olayda hukuka uygunluk sebebinin sübjektif unsurunun olmadığı kabulü gerekir. Buna göre hukuka uygunluk sebebinin yokluğunda teşebbüs çözümüne başvurularak failer hakkında beraat kararı verilmesi, bizce isabetli olan çözümdür.

### **B. Meşru Savunmanın Olayda Uygulanabilirliği**

Değerlendirmesi ve çözümü görece kolay olan zorunluluk halinin aksine, meşru savunmanın olaydaki varlığı ve uygulanabilirliği doktrinde çok sayıda çeşitli fikrin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Mahkemeler, meşru savunmayı kararlarına teorik tartışma ve detaydan uzak yalnızca üstü kapalı bir şekilde konu etmiş olsa da konuyla ilgili olarak daha sonrasında doktrinde yaşanan fikir ayrılıklarının genel geçer bir çözümle sonuçlandığını söylemek bugün için hala mümkün değildir.

Doktrindeki farklı görüşlerin detayına girmeden önce meşru savunma açısından ortaya çıkan sorunu bir kere daha özetlemek bütünlüğü sağlamak bakımından faydalı olacaktır: Sorunun temelinde meşru savunma aracılığıyla yalnızca bireysel hukuki değerlerin korunabilmesi yatmaktadır. Buna göre, hayvanların bir saldırının zarar göreni olduğu durumlarda hayvanlar lehine meşru savunma yapılabileceğinin kabul edilebilmesi için öncelikle hayvanların bireysel olarak hak sahibi olduklarının ya da “hayvan haklarının” bireysel hukuki değer olduklarının kabulü gerekir. Bu da yine hayvanlara hukuk düzeninde bir hukuki kişilik atfedilebilir mi sorusuyla yakın ilişki içinde cevaplanabilecek bir sorudur.

## 1. Alman Doktrininde Hayvanlara Ait Haklar Lehine Meşru Savunma Uygulanmasına Dair İleri Sürülen Görüşler

### a. Hayvanlar Adına Meşru Savunmayı Reddeden Görüşler

Doktrinde çoğunluğun savunduğu, üçüncü kişi lehine meşru savunmanın hayvanlar ve hayvanların ihlal edilen hakları lehine yapılmasını mümkün görmeyen bu görüşün başlıca dayanağını, ACK Md. 32’de yer alan “bir başkası” ifadesinin, tıpkı diğer bütün kanunlarda olduğu gibi yalnızca insanlardan bahsettiği savı oluşturmaktadır.<sup>94</sup> Meşru savunma, insanlar arası ilişkilerde uygulama alanı bulan bir hukuka uygunluk sebebidir.<sup>95</sup> Geçerli kanunlara göre ise Alman hukukunda hayvan, hakkında özel norm olmadığı durumlarda, eşyaya denk muamele görmektedir.<sup>96</sup> Dolayısıyla hayvanlara bir kişilik atfederek ACK Md. 32 kapsamına sokmaya çalışan görüşler, bu görüşün savunucuları tarafından kabul görmez.<sup>97</sup> Hayvanlara hukuki kişilik tanınması bu görüşe göre ortaya özellikle de mülkiyet ilkeleriyle ilgili komplikasyonlar ortaya çıkaracaktır. Hayvanın kişiliğinin olduğunun ve bu bağlamda bireysel hakların ve hukuki değerlerin öznesi olarak hakkında meşru savunmaya gidilebildiği durumlarda, örneğin hayvanların tüketim amacıyla kesilmesi de mümkün olmayacaktır.<sup>98</sup>

Olaya korunan hukuki değerler penceresinden bakıldığında da hayvan haklarının “bireysel hukuki değerler” olmadığı dolayısıyla da bunların, yalnızca bireysel hukuki değerlere yönelmiş saldırılara karşı savunma hakkı veren meşru savunma kapsamında değerlendirilmeyecekleri ileri sürülmüştür.<sup>99</sup> Hayvanları koruma yükümlülüğünün Alman Anayasasının 20a maddesinde devletin koruma amaçları arasında yer alması, onu bir toplumsal hukuki değer kategorisine sokar. Ancak meşru savunmanın hayvanları koruma amacıyla yapılan hareketleri hukuka uygun hale getirememesi ortada bir hukuka uygunluk boşluğu olduğu şeklinde yorumlanamaz, nitekim hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halini

<sup>94</sup> **Perron/Eisele**, Schönke/Schröder, 30. Baskı, § 32 Kn. 8; **Rönnau/Hohn**, Leipziger Kommentar, 13. Baskı, § 32 Kn. 82.

<sup>95</sup> **Hecker**, s. 84; **Ritz, Julius-Vincent**, Das Tier in der Dogmatik der Rechtfertigungsgründe, Juristische Schulung, 2018, s. 336.

<sup>96</sup> Bkz. Alman Medeni Kanunu madde 90a: “Hayvanlar eşya değildir. Özel kanunlarla korunurlar. Kanunun ayrıca bir düzenleme yapmadığı durumlarda haklarında eşyaya dair normlar uygulanır.”

<sup>97</sup> **Hecker**, s. 84; **Ritz**, s. 335.

<sup>98</sup> **Ritz**, s. 335.

<sup>99</sup> **Bock**, s. 561; **Hecker**, s. 84; **Mitsch, Wolfgang**, Tiere und Strafrecht, Juristische Ausbildung, 2017, s. 1393; **Rönnau/Hohn**, Leipziger Kommentar, 13. Baskı, § 32 Kn. 82.

düzenleyen ACK Md. 34, söz konusunun toplumsal hukuki değerler olduğu durumlarda uygulanabilmektedir.<sup>100</sup>

Meşru savunmanın hayvanlar bakımından kabul edilememesi, bir başka görüşe göre ise, bunun hayvanları insanlar karşısında üstün bir pozisyona getireceği savıyla açıklanmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere, saldırının bir insandan gelmesi meşru savunmanın şartlarından biri olduğu için, hayvanların kapsama alındığı faraziyyede, hayvan saldırılarına karşı insanlar meşru savunmaya gidemezken, insanların hayvanlara yönelmiş saldırıları karşısında meşru savunma hukuka uygunluk sebebine gidilebilecektir. Görüşe göre bu, hayvanı, insan karşısında kayırmaktadır.<sup>101</sup>

Yine bir başka görüş ise olayı hukuk devleti olma ve kanunilik ilkesince ele almış ve maddenin mevcut düzenlemesi ve lafzı (*de lege lata*) hayvanların kapsama alınmasına izin vermezken, ACK Md. 32 maddesinin, yalnızca etik idealler doğrultusunda kapsamının genişletilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>102</sup>

### **b. Meşru Savunmayı Uygulanabilir Bulan Görüşler**

Yelpazenin diğer ucunda meşru savunmanın benzer olay örgülerinde netice itibarıyla uygulanabilir olduğu sonucuna varan görüşler olsa da belirtilmelidir ki, yaklaşımları ve savundukları tez bakımından bu grup da kendi içinde birbirine benzemeyen iki ana gruba ayrılmaktadır.

#### **aa. Antroposantrik Görüş**

İlk grubu olaya antroposantrik<sup>103</sup> bir bakış açısıyla yaklaşan, insanı ve insanın hislerini olayın merkezine oturtan görüş oluşturmaktadır. Buna göre, meşru savunmanın hayvanların refahını ilgilendiren olay örgülerinde kabul edilebilir olmasının sebebi, hayvanlara yapılan eziyetin, insanların hayvanlar için duyduğu empati, elem ve şefkat gibi duygular açısından bir saldırı teşkil ediyor olmasıdır. Başka bir ifadeyle, hayvan haklarının ihlali sonucu doğuran olaylarda meşru savunma hukuka uygunluk sebebine başvurulabilir, ancak bunun sebebi ihlaller sonucunda hayvanların çektiği eziyet karşısında insanoğlunun empati duygularını korumaktır.<sup>104</sup> Burada

<sup>100</sup> **Erb**, Münchener Kommentar, 4. Baskı, § 32 Kn. 100; **Hecker**, s. 84; **Perron/Eisele**, Schönke/Schröder, 30. Baskı, § 32 Kn. 8; **Ritz**, s. 336.

<sup>101</sup> **Ritz**, s. 336.

<sup>102</sup> **Greco, Luis**, Tiernothilfe, Juristenzeitung, 2019, s. 392.

<sup>103</sup> Yunanca antropos (insan) ve kentron (merkez, orta) kelimelerinden türeyen kavram, insanı merkeze koyan ve konumuz itibarıyla kalanları insan üzerinden tasvir etmeye eğilimli yaklaşımı ifade etmektedir. Türkçe: insanmerkezcilik, insaniçincilik.

<sup>104</sup> Bu görüşün en bilindik savunucusu **Spendel**, Leipziger Kommentar, 11. Baskı, § 32 Kn. 189 (şerhin güncel 13. baskısında bu görüş artık savunulmamaktadır, bkz. **Rönnau/Hohn**, Leipziger Kommentar, 13. Baskı, § 32 Kn. 82); **Perron**, Schönke/Schröder, 29. Baskı, § 32 *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

hayvanlara yapılan eziyetten dolayı insanların duyduğu şefkat, acı ve elemin, tescilli bir hukuki değer olan vücut dokunulmazlığı kapsamına sokulabilmesi için fiziksel bir saldırıya denk tutulduğu görülmektedir. Yukarıda istinaf mahkemesi LG Magdeburg'un verdiği olayda meşru savunmanın uygulanabileceğine yönelik kararda da mahkemenin kararını bu antroposantrik görüşle gerekçelendirdiği görülmektedir. Sonuç olarak bakıldığında bu görüşle savunulmaya çalışan yine insanın hukuki menfaatleridir.

Bu görüşe karşı yöneltilen ilk kritik, salt duyguların teknik anlamda bir hukuki değer ya da hukuki menfaat olarak değerlendirilemeyeceği ve buna bağlı olarak ACK Md. 32 kapsamına girmeyeceği olmuştur.<sup>105</sup> Gerçekten de olumsuz duyguları vatandaşlardan uzak tutmak, ceza hukukunun görevleri arasında yer almaz.<sup>106</sup> Ceza hukukunun görevi insanların ortak duygusallığını korumak değil, insanların birlikte barışçıl var oluşunu korumaktır.<sup>107</sup> Kaldı ki, bu yaklaşım özellikle ceza hukukunun ağır basan hukuki ihlaller için ultima-ratio olarak devreye sokulması prensibiyle çelişmekte, bir duygunun korunmasında ceza hukukuna başvurulması eleştirilmektedir.<sup>108</sup>

### **bb. Patosantrik Görüş**

İnsanı merkeze koyan ve kalan canlıları da insan üzerinden tanımlamaya meyilli antroposantrik görüşün karşısında, hayvanların acı çekme, hissetme yeteneğini merkeze koyan ve kökünü Yunanca acı anlamında gelen *pathos* sözcüğünden alan patosantrik görüş yer almaktadır. Bu görüşe göre acı çekme yetisine sahip olan hayvanlar da hukukun bir süjesi olarak tasavvur edilebilir. Eziyet ve acı içindeki hayvanı bu durumdan kurtarmak için yapılan hareketler, bu görüşe göre yalnızca etik bir acıma duygusu sebebiyle değil, hayvanların kendi öznelliğinin hukuk düzenince tanınması ve kabul görmesinden dolayı hukuka uygun sayılmalıdır<sup>109</sup>.

Doktrinde *Greco*, hayvanların durumunu sanat eseri ve kültür varlıklarıyla karşılaştırmış ve iki grubun da bir “öz değer” taşıdığından

Kn. 8 (şerhin güncel 30. baskısında bu görüş artık savunulmamaktadır, bkz. **Perron/Eisele**, Schönke/Schröder, 30. Baskı, § 32 Kn. 8).

<sup>105</sup> **Ritz**, s. 334; **Reinbacher**, **Tobias**, Nothilfe bei Tierquälerei?, Zeitschrift für Internationale Rechtsdogmatik, 2019, s. 513.

<sup>106</sup> **Roxin/Greco**, s. 36.

<sup>107</sup> **Roxin/Greco**, s. 36.

<sup>108</sup> **Ritz**, s. 334; **Reinbacher**, s. 512.

<sup>109</sup> **Herzog**, **Felix**, Nothilfe für Tiere?, JuristenZeitung, 2016, s. 195.

bahsetmiştir. Ancak sanat eseri ve kültür varlıklarının öz değer taşımalarına rağmen, ancak malikleri ya da yaratıcılarının kişisel hukuki değerlerini koruma amacıyla meşru savunmaya konu edilebileceklerini belirtmiştir. Hayvanlar ise bunlardan farklı bir grubu oluşturmaktadır, nitekim onların algılama, düşünme, hissetme gibi zihinsel yeterlilikleri vardır ve bu yönüyle hukukun öznesi ve hak sahibi olarak tanınmaları kaçınılmazdır.<sup>110</sup>

Hayvanları bu şekilde hukukun öznesi şekilde tanımanın doğal gelişen sonucu ise hayvanlara karşı saldırıların da meşru savunma kapsamına alınmasıdır. Hayvanlar ACK Md. 32 bakımından “bir başkası, üçüncü kişi” kabul edilecek ve hayvan hakları söz konusu olduğunda meşru savunma yapılabilecektir.<sup>111</sup> Hukuki değer öğretisini daha liberal bir şekilde ele alan ve savını hayvanların insanlardan bağımsız, özerk ve yabancı egemenliğinde olmayan canlılar olduğuna dayandıran bu görüşe göre, hayvanların korunmasının bir devletin koruma yükümlülüğü olarak yalnızca toplumsal hukuki değer kabul edilebileceği, bu yüzden de bireysel hukuki değerleri koruyan meşru savunmanın kapsamına giremeyeceği artık söylenemez.

Hukuk düzeninin hayvanlara bazı noktalarda koruma sağlaması hayvanların bireysel hukuki değerinin zaten kabul edildiği anlamına gelir ve bu şekilde bireysel hukuki değer altında meşru savunmadan faydalanılabilir.<sup>112</sup> Nitekim Hayvanları Koruma Kanunu’nun 1. maddesi de, antroposantrik görüşün savunucularının ileri sürdüğü gibi insanların empati ve şefkat duygularını değil, direkt olarak hayvanların hayatı ve refahını korumayı amaçlamaktadır.<sup>113</sup> Üçüncü kişi adına meşru savunmada, bahsedilen üçüncü kişinin insan olması zorunluluğu ise yoktur, çünkü mevcut hukuk düzeninde tüzel kişiler ya da embriyonun korunması amacıyla da halihazırda üçüncü kişi lehine meşru savunmaya gidilebilmektedir.<sup>114</sup>

Hukuk düzenince tanınmış hakların korunması bunun ötesinde hak sahibinin bunları bizzat anlayıp bizzat kendisinin mi ya da bir temsilci aracılığıyla mı icra ettiği sorusundan bağımsız olarak gerçekleşir.<sup>115</sup> Örneğin hukuk düzenince hak sahibi olan çocukların da bu hakların anlamını ve içeriğini anladıkları ve kendi başlarına icra edebildikleri söylenemez. Aynıısı

<sup>110</sup> Greco, s. 393.

<sup>111</sup> Herzog, s. 195-196; Reinbacher, s. 510 ve 516.

<sup>112</sup> Greco, s. 393; Herzog, s. 195; Reinbacher, s. 515.

<sup>113</sup> Bock, s. 536; Herzog, s. 195; Roxin/Greco, s. 786.

<sup>114</sup> Reinbacher, s. 513; Roxin/Greco, s. 786.

<sup>115</sup> Reinbacher, s. 514.



haklarını bir yasal temsilci aracılığıyla icra eden sağır ya da zihinsel engelli insanlar için de geçerlidir.<sup>116</sup>

Bu görüş son olarak ise meşru savunmanın hayvanlar lehine kabul edilmesi durumunda hayvanların insanlar karşısında üstün konuma getirilmiş olacağı görüşüne karşılıysa yine tüzel kişi ve embriyo üzerinden cevap vermiştir. Tıpkı hayvandan gelen hareketin ACK Md. 32 kapsamında “saldırı” olarak kabul edilemeyeceği gibi, bir tüzel kişinin ya da embriyonun da bu ACK Md. 32 anlamda bir saldırı gerçekleştirmesi mümkün değildir. Ne var ki, hukuk düzeni bunlara karşı saldırılar bakımından meşru savunmaya gidilebileceğini kabul etmiştir.<sup>117</sup>

## 2. Görüşümüz

### a. Hayvanların Hukuki Kişiliğe Sahip Olması Hakkındaki Görüşümüz

Şüphesiz ki hayvanlara hukuki kişilik atfetme ya da atfetmeme kararı, yalnızca ceza hukuku açısından değil, bütün hukuk düzeni açısından sonuçları olacak bir karardır. Dolayısıyla belirtilmelidir ki, bu makale bu tartışma konusunu her ne kadar yalnızca tek bir hukuk dalının meşru savunma adlı küçük bir kurumu açısından ele alabilmişse de konunun ceza hukukunun ceza sorumluluğuna dair genel ilkeleri, hukuk felsefesi, anayasa hukuku ve medeni hukuk bakımından detaylıca ele alınmaması, konuyu kısır bırakacaktır.

Yukarıda anılan görüşleri sırayla değerlendirmek gerekirse, hayvanın ızdırabını durdurmaya yönelik hareketleri, geleneksel antroposantrik bakış açısıyla, insanın empatisi ve şefkati üzerinden tanımlayarak meşru savunma kapsamına sokmaya çalışan görüşün hukukun kurumlarını zorlamak olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada şefkat ve empati gibi duyguların ceza hukuku enstrümanlarıyla, spesifik olay için konuşmak gerekirse, ACK Md. 32’de yer alan meşru savunma hükümleriyle korunabileceğinden bahsedilemez.<sup>118</sup> Bu subjektif kriter, hayvanlarla empati yapabilme gücü yüksek, duygusal insanlar tarafından gerçekleştirilen bir savunma hareketini meşru savunma aracılığıyla hukuka uygun hale getirirken; sert mizaçlı ve duyguları tarafından yönlendirilmeye müsait olmayan ancak mantığıyla hayvanların eziyet görmesine karşı çıkan birinin savunma hareketi bakımından işlevsiz

<sup>116</sup> Feinberg Joel, Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen (Aktaran: Herzog, s. 192); Greco, s. 393.

<sup>117</sup> Reinbacher, s. 515.

<sup>118</sup> Roxin/Greco, s. 36.

kalarak bir ikilik yaratacaktır.<sup>119</sup> Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere Hayvanları Koruma Kanunu'nun birinci maddesinin amacı insanın duygularını korumak değil, hayvanları korumaktır.<sup>120</sup>

Patosantrik görüş her ne kadar insanın tahakkümünden ve benciliğinden, türçülükten uzak ve yeryüzünü paylaştığımız diğer canlılara da haklar tanıyan çoğulcu sesiyle ilk görüşte ideal gibi görünse de hesaba katılması gereken çeşitli unsurlar vardır. Örneğin “hak sahibi olmak” meselesi iki yüzlü bir madalyondur. Hak sahibi olmak ceza hukuku bakımından bir tarafta hak sahibinin hukuki değerinin korunması demekse öte yandan da cezai sorumluluk anlamına gelmektedir. Aynı şekilde medeni hukuk bakımından hak ehliyeti anlamına geldiği gibi borçlanma ehliyeti anlamına gelecektir. Hak sahibi olmak yalnızca “olumlu” bir vasıf değildir. Burada hayvanlara insanlara denk bir hukuki kişilik tanınması durumunda ceza hukuku ve medeni hukuk bakımından sorumluluklarının ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Zira hissetme ve acı çekme yeteneği olmasına rağmen, anlama ve isteme yeteneği olmayan bu kişilerin kasıtlı ya da taksirli davrandıklarından, haklı ile haksızı ayırabildiklerinden bahsedilemez.

Bir başka soru işaretini, hakların sınırının nerede çekileceği oluşturmaktadır: Hayvanlar her türlü hakka sahip olabilecek midir? En temel hakların – örneğin yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkı – tanınması durumunda bile bu, hayatını bugüne kadar bütün canlıların en önemlisi olarak yaşamış insanı hiç alışık olmadığı vegan bir düzene zorlamak anlamını taşıyacaktır. Nitekim, mutlak bir yaşam hakkı tanınan hayvanın mezbahada kesilip besin olarak kullanılması mümkün olamaz. Aynı şekilde hayvanın kendisine ait olan derisi ve yünü, sütü ve yumurtasının kendisinden alınması, hayvanın hem vücut dokunulmazlığının hem de mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelecektir. Bu bağlamda hayvanı insana tamamen eşit tutan bir kişilik tanınmasının pratikte – en azından 2020’li senelerin pratiğinde – gerçekçi olduğunu söylemek mümkün değildir.

Mevcut düzenin hayvana yalnızca belli başlı haklar tanımaya yanaştığı de lege lata kanun maddelerinde de görülmektedir. Örneğin Almanya Hayvanları Koruma Kanunu'nun 17. maddesi, omurgalı hayvanların *geçerli bir sebep olmadan* öldürülmesini, ya da bunlara acı ve ızdırap çektirilmesini suç olarak düzenlemiştir. Yani, hayvanı öldürmenin geçerli bir sebebi olabilecektir ve en basit hak olan yaşam hakkının bile hayvanlar açısından

<sup>119</sup> Aynı yönde bkz. **Ritz**, s. 334-335; **Reinbacher**, s. 513.

<sup>120</sup> **Hecker**, s. 84.

tamamen koruma altına alınmamıştır. Meşru savunma düzlemine taşındığı zaman bu, insanların hayvanlarla olan çoğu iletişiminin mevcut kurallara göre bir saldırı bile teşkil etmeyeceği anlamını taşır. Bu yüzdendir ki mevcut düzende hayvanların haklarına karşı meşru savunmanın kayıtsız şartsız kabul edilmesi durumunda bile, kurumun uygulama alanı, mezbaha ve ahırlarda kötü koşullarda tutulma ve sebepsiz yere eziyet etme ile sınırlı kalacaktır.

Mevcut düzen içerisinde savunulabilecek en akla yatkın çözüm, hayvanlara onların ihtiyaçlarını ve farklılıklarını göz önünde bulunduran sui generis bir kişilik tanınması gibi görünmektedir.<sup>121</sup> Şu anda hayvanların insana tamamen eşit tutulabileceği bir hukuki ya da toplumsal düzenin temellerinin olduğundan bahsedilemez. Aynı şekilde hayvanın hukuk düzenince kayıtsız şartsız eşya statüsünde kabul edilmesi de günümüzün türçülükten ve insanı merkeze koyan antroposantrizmden uzaklaşmaya başlayan farkındalığıyla uymamaktadır. Hayvanlara özgü düzenlemelere bir örnek olarak, Alman doktrininde *Reinbacher*'den yalnızca hayvanlara uygulanmak üzere dizayn edilmiş sui generis bir meşru savunma (bir 32a maddesi) önerisi gelmiştir.<sup>122</sup> *Greco* ise, mevcut meşru savunma normlarının bu haliyle hayvanlar bakımından uygulanabileceğini, ancak aranan şartlar bakımından "savunma hareketinde sosyal kısıtlamalar"<sup>123</sup> başlığı altında yeni bir sınırlama türü oluşturulması fikrini ortaya atmıştır. Buna göre hayvanların ahır vb. yerlerde tutulmasını ilgilendiren ihlal durumlarında, konut dokunulmazlığının ihlali ya da mala zarar verme ile sonuçlanan savunma hareketleri meşru savunma kapsamında hukuka uygunluk oluşturabilecek, ancak ihlale son verme amaçlı, ihlali yapan kişinin öldürülmesi "ciddi bir orantısızlık" yarattığı için meşru savunma ile hukuka uygun hale gelmeyecektir.<sup>124</sup>

#### **b. Mahkemelerin Meşru Savunma ile İlgili Verdikleri Karar Hakkındaki Görüşümüz**

Mahkeme kararlarının meşru savunma ile ilgili açıklamalarına bakıldığında gerek istinaf mahkemesinin gerekse temyiz mahkemesinin, hayvanların bir başkası olarak kabul edilmesi noktasında yukarıda tartışılan teorilere hiç değinmediği görülmektedir. İstinaf mahkemesi, tatmin edici bir

<sup>121</sup> *Reinbacher*, s. 516.

<sup>122</sup> *Reinbacher*, s. 516.

<sup>123</sup> Yukarıda açıklandı bkz. I/B/2/c.

<sup>124</sup> *Greco*, s. 392, anılan örneğin daha iyi kavranması bakımından ile yukarıda açıklanan kiraz ağacından kiraz çalan çocuğun tüfekte öldürülmesi örneğiyle paralellik kurulabilir.

gerekçelendirme sunmadan, hayvanların ACK Md. 32 bakımından bir başkası olarak kabul edilebileceğini adeta varsaymış ve çözümlemesine de bu varsayımı detaylandırmadan devam etmiştir. Temyiz mahkemesi ise, hayvanın hukuki kişiliği konusunu tamamıyla yok saymış ve olayı yalnızca saldırının güncelliği ve faillerin saldırıyı sonlandırmadaki hareketlerinin elverişliliği bakımından ele almıştır. Doktrinde *Greco*, haklı bir şekilde temyiz mahkemesinin bu tutumunun, hayvanlara hukuki kişilik atfedilmesinde bir sorun görmediği ancak olayda meşru savunma uygulanamama sebebini yalnızca saldırının bertaraf edilmemiş olmaması algısı yarattığı tespitinde bulunmuştur.<sup>125</sup> Belirtilmelidir ki bu anlamda istinaf mahkemesinin de temyiz mahkemesinin de doyurucu kararlara imza attığı söylenemez.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, “hayvanlar bir başkası olarak kabul edilebilir mi” sorusuna sui generis bir evet cevabı verilmesinin önünde bizce bir engel yoktur. Ne var ki bu, somut olayda meşru savunma hukuka uygunluk sebebini yine de uygulanamayacak olmasını değiştirmez. Temyiz mahkemesinin de haklı olarak belirttiği gibi, failer tarafından gerçekleştirilen savunma hareketi, o esnada savunulmaya ihtiyacı olan hayvanlar değil, ahırlardaki şartların sonraki bir tarihte iyileştirilmesinin garanti altına alınması neticesinde, daha sonrasında bu ahırlara gelecek hayvanlar için netice vermiştir. Dolayısıyla savunma hareketi, olayda hayvan hakları ihlali bakımından derhal, gecikmesiz bir çözüm getirmemiştir. Meşru savunma söz konusu olduğunda güncel saldırının – ve dolaylı olarak da bu saldırının definin – sınırları zorunluluk halindeki gibi geniş çizilemez ve süregelen tehlikeleri kapsayamaz. Bu bağlamda savunma hareketlerinin saldırıyı bertaraf etmede yeterli çabuklukta cevap verememesi sebebiyle, somut olayda faillerin hareketinin meşru savunma nedeniyle hukuka uygun hale gelmesi mümkün değildir.

#### **IV. 7332 SAYILI KANUN IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUMA KISA BİR BAKIŞ**

##### **1. Türk Ceza Kanunu**

Makaleyi sonlandırırken, odağı son olarak kısaca Türk Ceza Kanunu ve Hayvanları Koruma Kanunu’nun konu hayvanların hukuki statüsü/kişiliği olduğunda yol gösterici olabilecek düzenlemelerine çevirmek, Türk hukukunda hayvanlara kişilik atfedilmesi gibi bir eğilim olup olmadığı hayvanların hukuk düzeninde yalnızca başkalarının haklarının nesnesi mi

<sup>125</sup> *Greco*, s. 391.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

yoksa kendi haklarının öznesi mi olduğu konusunu aydınlatmada yardımcı olacaktır.

Türk Ceza Kanunu bakımından hayvanlara atfedilen rol, basit bir soruyla anlaşılabilir: “Somut ceza normu ile korunan hukuki değer/menfaat hayvanın kendisine mi yoksa insana mı aittir?”. Ancak görülecektir ki çoğu noktada bu sorunun sorulmasına bile gerek kalmadan kanunun sistematığı ile bile yanıt açığa çıkmaktadır. Örneğin kanunun malvarlığına karşı suçlar bölümünde yer alan TCK Md. 141 ve TCK Md. 142/II/g’nin birlikte okunması, büyük ve küçük baş hayvanın başkasına ait taşınır bir mal kategorisinde olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Hayvanları Koruma Kanunu’nun “*Hayvanların Ticareti*” başlıklı 10. maddesi de bu bakış açısını doğrular niteliktedir.

Malvarlığına karşı suçlar bölümünde 14 Temmuz 2021 tarihinde resmî gazetede yayımlanan 7332 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 17. maddesi ile yapılan değişiklikle, TCK’nın “*Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır*” şeklindeki “*Mala Zarar Verme*” başlıklı 151. maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan maddenin lafzındaki işe yaramaz hale getirme ve değerinin azalması ifadeleri, madde başlığı ve maddenin içinde yer aldığı bölüm ile bir arada değerlendirildiğinde hayvanın bir eşya statüsünde muamele gördüğünü açıkça göstermekteydi.<sup>126</sup> Maddenin yürürlükten kaldırılması her ne kadar olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilse de münferit bir gelişmedir ve patosantrik bir adım olarak değerlendirilemeyecek kadar marjinal kalmaktadır.

Genel ahlaka karşı suçlar başlığının altındaki TCK 226’nın dördüncü fıkrası, hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin görsellerin elde edilmesi ve yayılmasına ilişkin hareketleri yasaklayan bir norm olsa da normun, hayvanların vücut dokunulmazlığını korumaya çalıştığı gibi bir yanılığa düşülmemelidir.<sup>127</sup> Nitekim burada korunmak istenen hukuki değer, normal dışı ilişki çeşitlerinin kayıtlarının yayılmasının engellenmesi suretiyle, toplumdaki insanların sağlıklı cinsel gelişimidir. Yine hayvanlara kötü muamele söz konusu olduğunda eleştirilerin en çok yöneltildiği noktalardan biri olan hayvanlar üzerinde deney konusunda da

<sup>126</sup> **Dönmez, Burcu**, Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, s. 904.

<sup>127</sup> Aynı yönde **Dönmez**, s. 914.

ceza kanununun bir yasak düzenlemesi olmadığı, hatta TCK'nın 90. maddesinin 2. fıkrasının b ve c bentleri ile, Hayvanları Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin buna açıkça izin verdiği görülmektedir. TCK'nın “*İnsan Üzerinde Deney*” başlıklı 90. maddesi bu hukuki değeri yine yalnızca insanlar açısından koruma altına almıştır.<sup>128</sup>

Açıklamalardan TCK'da hayvanı koruyan hiçbir normun olmadığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Çevrenin kasten kirletilmesi suçunu düzenleyen TCK 181/4 ve çevrenin taksirle kirletilmesi suçunu düzenleyen TCK 181/2'ye göre çevrenin “*Hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla*” kirletilmesi de cezalandırılan hareketlerdendir.<sup>129</sup> Ancak tek bir normla hayvanın da korunuyor olması Türk ceza hukukunda genel olarak patosantrik ya da hayvana hukuki kişilik tanıyan bir yaklaşım olduğu anlamına gelmez.

## 2. 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu

7332 sayılı kanun yürürlüğe girene kadar Hayvanları Koruma Kanunu'nun 28. maddesi, kanunda “ceza” öngören tek madde olarak karşımıza çıkmaktaydı. Ancak buradaki dikkat çekici noktayı, hükümde anılan bütün ihlaller karşısında yalnızca “idari para cezası” ön görülmesi oluşturmaktaydı. Bu, anılan ihlallerin “suç” değil “kabahat” olarak düzenlendiğine işaret etmektedir. Kabahatler, toplum düzenini koruma amacıyla ihlal şeklinde belirlenmiş davranış biçimleridir. Etik alana, ahlaksal kişilik gelişimine değinmez ve korunan hukuksal değeri odağa almaz. Kabahat şeklinde düzenlenmiş ihlallerde direkt bir birey ile ilişkilendirilebilecek, kişileştirilebilen bir hukuki değer genellikle mevcut değildir. Nitekim amaç bundan ziyade toplumun düzenini korumaktır.

7332 sayılı kanunla birlikte cezai hükümler başlıklı kısma ilk defa anılan ihlaller karşısında hapis ve adli para cezası öngören 28A maddesi eklenmiştir. Maddenin, hayvanların refahına verilebilecek zararlar karşısında daha caydırıcı olduğu ve düzenlemenin – en azından kâğıt üstündeki maddi boyutunun – hayvanlar için eskisinden biraz daha kapsamlı bir koruma sağladığı ortadadır. Ancak çalışmamızın konusunu oluşturan “hukuki kişilik öngörme” gibi bir durumun yeni 28A maddesiyle de gerçekleştiğinden bahsedilemez. Örneğin bir ev hayvanını veya evcil hayvanı öldürmek, yeni 28A maddesiyle birlikte “12. madde

<sup>128</sup> Dönmez, s. 906.

<sup>129</sup> Dönmez, s. 908.

*kapsamındaki hayvan kesimleri ile 13. maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususlar dışında” cezalandırılmaktadır. Norm, bütün hayvanlar için genel geçer bir yaşama hakkı tanımadığı gibi, tanıdığı yaşam hakkını da mutlak bir şekilde değil, anılan durumların dışında kaldığı takdirde korumaktadır. En basit hak olan yaşam hakkının sağlanmadığı bir düzende, hayvanların hukuki kişiliğinin olduğundan ya da kanun koyucunun böyle bir meyilli olduğundan bahsedilemez.*

## SONUÇ

Hayvanların özerklik haklarına daha saygılı ve daha kapsayıcı bir hukuk düzeninin varlığına duyulan ihtiyaç gerek incelemesi yapılan mahkeme kararlarıyla gerekse Türk ve Alman hukuklarında değinilen normlarla gösterilmiştir. Bu noktada tamamen patosantrik bir düzene geçiş iyi niyetli bir dilekten ibaret gibi görünse de hayvanların kendilerine ait özelliklerinin ve ne insan ne de eşya olarak sınıflandırılabilirler sui generis statülerinin göz önünde tutulduğu, ihtiyaca daha fazla cevap veren bir düzen yaratılması hayal değildir. Bu, mahkeme kararında da görüldüğü gibi ceza hukuku var olduğundan beridir onunla birlikte var olan meşru savunma kurumunun bile gerekirse hayvanların özel ihtiyaçlarına göre yeniden dizayn edildiği sui generis uygulamaların hukuk düzenine kazandırılmasıyla olacaktır. Bu haliyle temel hakların bile öznesi olmayan hayvanlara haklarının gecikmiş iadesi ancak hukuk ilişkilerini düzenleyen kurallarda hayvanlar için farklılıklar yaratılması ve gerektiğinde hayvanları koruma amaçlı özel kanunlar ihdas edilmesi şeklinde gerçekleştirilebilir.

## KAYNAKÇA

- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Baskı, Bielefeld, 2016.
- Bechtel, Alexander,** Schuldausschließungsgründe bei Täterschaft und Teilnahme, Berlin, 2019.
- Bock, Stefanie,** Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notstandrecht als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 2019, 555-575.
- Dönmez, Burcu,** Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, 903-926.
- Eisele, Jörg/Heinrich, Bernd,** Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger, 2. Baskı, Stuttgart, 2020.

- Greco, Luis**, Tiernothilfe, Juristenzeitung (JZ), 2019, 390-398.
- Gropp, Walter/Sinn, Arndt**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Berlin, 2020.
- Hecker Bernd**, Nothilfe und Notstand bei Eindringen in Tierzuchtanstalt zwecks Dokumentation von Misständen, Juristische Schulung (JuS), 2018, 83-85.
- Herzog, Felix**, Nothilfe für Tiere?, Juristenzeitung (JZ), 2016, 190-197.
- Jakobs, Günther**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Baskı, Berlin, 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Baskı, Berlin, 1996.
- Kindhäuser, Urs/Zimmermann, Till**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Baskı, Baden-Baden, 2020.
- Kühl, Kristian**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Baskı, Münih, 2017.
- Leipziger Kommentar zum StGB**, ed. *Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter*, Band 2, §§ 32-60, 11. Auflage, Berlin, 2003. (Yazar, Leipziger Kommentar, 11. Baskı).
- Leipziger Kommentar zum StGB**, ed. *Cirener, Gabriele et. al.*, Band 3, §§ 32-37, 13. Auflage, Berlin, 2019. (Yazar, Leipziger Kommentar, 13. Baskı).
- Mitsch, Wolfgang**, Tiere und Strafrecht, Juristische Ausbildung (JuS), 2017, 1388-1399.
- Münchener Kommentar zum StGB**, ed. *Heintschel-Heinegg, Bernd*, Band 1, §§ 1-37, 4. Baskı, Münih, 2020 (Yazar, Münchener Kommentar, 4. Baskı).
- Reinbacher, Tobias**, Nothilfe bei Tierquälerei?, Zeitschrift für Internationale Rechtsdogmatik (ZIS), 2019, 509-516.
- Rengier, Rudolf**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Baskı, Münih, 2020.
- Ritz, Julius-Vincent**, Das Tier in der Dogmatik der Rechtfertigungsgründe, Juristische Schulung (JuS), 2018, 333-337.
- Roxin, Claus/Greco, Luis**, Strafrecht Allgemeiner Teil – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1. Cilt, 5. Baskı, Münih, 2020.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst**, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Baskı, Münih, 2019 (Yazar, Schönke/Schröder, 30. Baskı).
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst**, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Baskı, Münih, 2014 (Yazar, Schönke/Schröder, 29. Baskı).
- Spendel, Günter**, Gegen den “Verteidigungswillen” als Notwehrrfordernis, Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, Münih, 1979, 245-260.



---

**Wessels Johannes/Beulke Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht  
Allgemeiner Teil, 50. Baskı, Heidelberg, 2020.**



**“ CAN ARBITRAL AWARDS BE ANNULLED BECAUSE OF  
VERY HIGH ARBITRATOR FEES? EVALUATIONS REGARDING  
GROUNDS FOR ANNULMENT OF ARBITRAL AWARDS  
SPECIFIED IN TURKISH AND SWISS LAW**

*(HAKEM ÜCRETİNİN ÇOK YÜKSEK OLMASI SEBEBİYLE HAKEM KARARI İPTAL  
EDİLEBİLİR Mİ? TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNDA ÖNGÖRÜLEN HAKEM  
KARARLARININ İPTAL SEBEPLERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRMELER)*

**Dr. Serpil Işık \* \*\***

**ÖZ**

*Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve özel hukuktan kaynaklanan bir uyuşmazlığın kendi iradeleriyle, devlet mahkemeleri yerine hakemlerin önünde çözümlenmesini ifade eden bir yargı yoldur. Tahkim yargılamasında hakem mahkemesince verilen kararlar kesin hüküm teşkil eder ve icra edilebilir niteliktedir. Görüldüğü üzere, hakem kararları devlet mahkemelerinden verilen kararlarla eşit kabul edilmiştir. Bu sebeple hakem kararlarının da devlet mahkemelerinden verilen kararlar gibi yargılama hukukunun temel ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Hakemlerce verilen kararların denetiminin sağlanabilmesi amacıyla, Türk Hukukunda “iptal davası” yoluna başvurulabileceği öngörülmektedir. Bununla birlikte 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda iptal sebepleri sınırlı sayıda düzenlenmektedir. Hakem kararlarının ancak kanunda öngörülen sebeplerin varlığı halinde iptal edilebileceği hükme bağlanmaktadır. Türk Hukukunda tahkim yargılamasında hakem ücretinin oldukça yüksek bir miktar olarak hükmedilmesi hususu bir iptal sebebi olarak düzenlenmemiştir. Diğer taraftan, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nun Art. 393 (f) bendinde, hakem ücretlerinin çok yüksek tespit edilmesi durumunda, bu halin bir iptal sebebi teşkil edeceği ifade edilmektedir. Türk hukukunda, açıkça bir iptal sebebi olarak öngörülmeyen bu hususun gerek Milletlerarası Tahkim*

<sup>†</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.04.2022. İlk hakem raporu tarihi: 24.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 20.07.2022. Onaylanma Tarihi: 20.07.2022.

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ,Medeni Usul ve İcra İflas Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4329-1138.

**Esere Atıf Şekli:** Serpil Işık, “Can Arbitral Awards Be Annulled Because Of Very High Arbitrator Fees? Evaluations Regarding Grounds For Annulment Of Arbitral Awards Specified In Turkish And Swiss Law”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.701-733.

*Kanunu'nda (MTK m. 15/A/II) gerekse de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen iptal sebepleri (HMK m. 439/f. 2) çerçevesinde iptal davasına konu edilmesinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışılabilecektir. Bu sebeple çalışmamızda, hakem ücretlerinin çok yüksek olması sebebiyle hakem kararının iptal edilip edilemeyeceği hususu Türk milli ve milletlerarası tahkim mevzuatında öngörülen iptal sebepleri kapsamında değerlendirilerek ortaya konulmaya çalışılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Hakem Kararları, Hakem Ücretlerinin Çok Yüksek Olması, Hakem Kararlarının İptali, İptal Davası, Hakem Kararlarının İptal Sebepleri*

### **ABSTRACT**

*Arbitration is a judicial process which means the resolution of a dispute, arising from private law and upon which the parties can freely decide before the arbitrators instead of the state courts with the will of the parties. Decisions regarding arbitration proceedings rendered by the arbitral tribunal are final and can be executed. As is seen, the arbitral awards are accepted as equal with the decisions given by the state courts. Therefore, similar to the decision given by the state courts, arbitral awards must also comply with the fundamental principles of procedural law. In order to ensure the supervision of the arbitral awards, it is regulated in Turkish Law that "action for annulment" can be applied. The number of grounds for annulment, which are regulated both in the International Arbitration Law and in the Code of Civil Procedure, is limited. It has been decided that arbitral awards can only be annulled in the presence of the grounds specified in the law. The fact that the arbitrator's fee is determined as a very high amount in arbitration proceedings is not regulated as a ground for annulment in Turkish Law. On the other hand, in the paragraph (f) of Article 393 of the Swiss Federal Civil Procedure Code, in case the arbitrator's fees are determined to be too high, it is regulated that this will constitute a ground for annulment. Whether this issue, which is not expressly regulated as a ground for annulment in Turkish law, can be subject to the action for annulment within the framework of the annulment grounds specified in both the International Arbitration Law (Article 15/A/II) and the Code of Civil Procedure (Article 439 para 2), can be discussed in the doctrine. For this reason, in our study, the issue of whether the arbitral award can be annulled due to the very high arbitrator fees will be tried to be identified by evaluating them within the scope of the grounds for*

*annulment specified in the Turkish national and international arbitration legislation.*

**Keywords:** *Arbitral Awards, Very High Arbitrator Fees, Annulment of Arbitral Awards, Action for Annulment, Grounds for Annulment of Arbitral Awards*

\*\*\*

## I. INTRODUCTION

Arbitration (*l'arbitrage, Schiedsgerichtsbarkeit*)<sup>1</sup> is a judicial process which can be defined as the resolution of a dispute, arising from private law and upon which the parties can freely decide before the arbitrators instead of the state courts with the will of the parties<sup>2</sup>. In order to ensure the

---

<sup>1</sup> For terminology on the word arbitration, *see*: SAREIKA Wieland, **Die Gültigkeit von Schiedsgerichtsvereinbarungen nach kanadischem und deutschem Recht**, in *Bürgerliches Recht, Handels- und Verkehrsrecht*; Bd. 5 (Hrsg. Prof. Dr. Edgar Ruhwedel), Frankfurt am Mein; Bern; Las Vegas, Peter Lang Verlag, 1978, p. 7.

<sup>2</sup> For various definitions and explanations of arbitration, *see*: GÖKSU Tarkan, **Schiedsgerichtsbarkeit**, Zürich, Dike Verlag AG, 2014, N. 14, p. 9; REDFERN Alan / HUNTER Martin / [BLACKABY Nigel / PARTASIDES QC Constantine]: **Redfern And Hunter On International Arbitration (Student Version)**, 6<sup>th</sup> Edition, United States Of America, Oxford University Press, 2015, § 1. 04, p. 2; JEMIELNIAK Joanna, **Legal Interpretation in International Commercial Arbitration**, in *Law Language and Communication*; Farnham, England, Ashgate Publishing Limited, 2014, p. 15; ALANGOYA Yavuz, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973, p. 4; KALPSÜZ Turgut: “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, **Yönetici, İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara, 1996, (pp. 341-379), p. 363 ff.; YILDIRIM Mehmet Kâmil, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, 2007, (pp. 337-360), p. 340; YILMAZ Ejder, “Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişimi, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu”, **Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler**, İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000, (pp. 268-286), p. 268; PEKCANITEZ Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Kasım 2005, (pp. 12-16), p. 15-16; YEĞENGİL Rasih: **Tahkim (L'arbitrage)**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1974, p. 94; DEREN-YILDIRIM Nevhis: **Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, 1th Edn, İstanbul, Alkım, 2004, p. 17; SAREIKA, p. 7; RUTLEDGE Peter B., **Arbitration and the Constitution**, First Published, New York, Cambridge University Press, 2014, p. 6; BORN Gary B., **International Arbitration: Law and Practice**, First Edition, Kluwer Law International (Wolters Kluwer Law & Business), 2012, §1.01, p. 4; BELLIG Jan-Frederik, **Die Jurisdiktion rationae materiae der ICSID-Schiedsgerichte: Unter besonderer Berücksichtigung des Investitionsbegriffes des Weltbankübereinkommens vom 18.03.1965**, in *Hamburger Studien zum Europäischen und Internationalen Recht*; Herausgegeben von Thomas Bruha, Meinhard YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

supervision of the arbitral awards, it is regulated in Turkish Law that "*action for annulment*"<sup>3</sup> can be applied<sup>4</sup>. The number of grounds for annulment,

Hilf; Hans Peter Ipsen, Rainer Lagoni, Gert Nicolaysen, Stefan Oeter; Band 47, Berlin, Duncker & Humboldt GmbH, 2008, p. 71; ERDEM H. Ercümet, "Resolving International Trade Disputes Through Arbitration", *in: Prof. Dr. Fırat Öztan'a armağan*, I. Cilt, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, (pp. 839-909), p. 839; BOSCH Wolfgang, **Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren**, *in* Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Bd. 5, (Herausgegeben von Rolf Stürner und Gerhard Walter), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991, p. 3; REAL Gustav K. L., **Der Schiedsrichtervertrag: Inhalt und rechtliche Regelung im deutschen Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken**, *in* Internationales Wirtschaftsrecht Bd. 3 (Hrsg. Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel), Köln; Berlin; Bonn; München, Carl Heymanns Verlag KG, 1983, pp. 8-9.

<sup>3</sup> Annulment action is a legal way accepted by the legislature within the scope of the control of arbitral awards (TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku, C. II, Üst Derece Yargılamaları, Kesin Hüküm ve Bertaraf Edilmesi, Diğer Hukuki Çareler, Geçici Hukuki Korumalar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ve İç Tahkim**, Ankara, Yetkin, 2021, § 6, p. 451. For similar definitions, *see*: PEKCANITEZ Hakan / YEŞİLIRMAK Ali, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, 15th Edn.**, İstanbul, On İki Levha, 2017, p. 2733; ÖZBAY İbrahim / KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, HMK m. 407-444**, Ankara, 2016, p. 217; For the other definitions of annulment action, *see*: SCHILKEN Eberhard, **Zivilprozessrecht**, (Academia Iuris lehrbücher der Rechtswissenschaft), 7., neu bearbeitete Auflage, München, Verlag Franz Vahlen GmbH, 2014, § 25, N. 854; KRUGER Wolfgang / RAUSCHER Thomas: **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz**, Band 3, §§ 946-1117, EG ZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 5. Aufl.-München, C. H. Beck, 2017, § 25, N. 854; § 1059, Rdn. 1; MüKoZPO, *Münch*, ZPO § 1059, Rdn. 1; KESSLER Joachim, **Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsverfahren**, (Das Wissenschaftliche Taschenbuch) München, Wilhelm Goldmann Verlag, 1970, p. 105; LANGKEIT Jochen, **Staatenimmunität und Schiedsgerichtsbarkeit: Verzichtet ein Staat durch Unterzeichnung einer Schiedsgerichtsvereinbarung auf seine Immunität?**, *in* Abhandlungen zum Recht der internationalen Wirtschaft; Herausgeber: Professor Dr. Otto Sandrock unter Mitwirkung von Professor Dr. Bernhardt Großfeld, Reinhold Trinkner; Band 12, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1989, p. 265. For an evaluation on an example in terms of annulment action against arbitral awards in German law, *see*: BERGER Klaus Peter, **Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration**, Second Edition Volume I: Case Study and Interactive DVD-ROM, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, Center for Transnational Law (CENTRAL); Wolters Kluwer Law & Business (Firm), 2009, N. 28. 1-28.7, pp. 137-139).

<sup>4</sup> EKŞİ Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK md. 407-444)**, 2th Edn., İstanbul, Beta, 2019, p. 11; ERSEN PERÇİN Gizem, "MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme", **Public and Private YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)**

which are regulated both in the International Arbitration Law and in the Code of Civil Procedure, is limited.

In paragraph (f) of Article 393 of the Swiss Federal Civil Procedure Code (*Schweizerische Zivilprozessordnung- SchwZPO*), it is regulated that in case of the arbitrator's fees are determined to be too high, this will constitute a ground for annulment<sup>5</sup>. In case of an application to the court by the parties based on this annulment ground specified in the SchwZPO, the court will decide to reduce the arbitrator's fee to an appropriate amount instead of the annulment of the arbitrary award<sup>6</sup>.

This regulation, which is specified by the legislator in Swiss law, does not exist in Turkish law. Similarly, a provision similar to this regulation brought by the legislator in the SchwZPO regarding domestic arbitration is not included in the Swiss Law on Private International Law<sup>7</sup> (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht-SchwIPRG*), which stipulates the rules on international arbitration<sup>8</sup>.

---

**International Law Bulletin (PPIL), Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan**, Volume 40 Issue 2, 2020, (pp. 1053-1087), p. 1056.

<sup>5</sup> **BERNER KOMMENTAR / STACHER Marco (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung**, Band III Art. 353-399 ZPO, Art. 407 ZPO, Bern, Switzerland, Stämpfli Verlag AG, 2014, N. 127. Swiss Federal Code of Procedure (SchwZPO) in the German text of provision Art. 393 (f), this point is expressed as follows: “f. die vom Schiedsgericht festgesetzten Entschädigungen und Auslagen der Mitglieder des Schiedsgerichts offensichtlich zu hoch sind”. For detailed information on fees for arbitrators, see: BORK Reinhard, “Einigungsgebühr für Schiedsrichter?”, **Neu Juristische Wochenschrift (NJW)**, 2. Halbband, 61. Jahrgang 2008, Heft 27, (pp. 1918-1921).

<sup>6</sup> **BK-MARRUG / CHANEY, SchwZPO, Art. 393**, N. 127 ff.

<sup>7</sup> In Swiss Law, “*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*” in German in terms of “*Swiss Federal Law on Private International Law*”, which regulates the rules regarding international arbitration; In English, the terms “*Private International Law Statute (PILS)*” are used. In our study, we will prefer the abbreviation “schwIPRG”, which is used to refer to the term “*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*” when appropriate to express the Swiss Federal Law on Private International Law.

<sup>8</sup> In Swiss Law, an action for annulment of arbitral award is regulated in IPRG Art. 190 in terms of international arbitration (SONNAUER Heinz, **Die Kontrolle der Schiesgerichte durch die staatlichen Gerichte**, Internationales Wirtschaftsrecht (IWR); Herausgegeben von Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel; Band 10, Köln; Bonn; München, Carl Heymanns Verlag KG, 1992, p. 54). However, there is no regulation on arbitrator's fees among the cancellation grounds stipulated IPRG Art. 190 Abs 2.

Whether the issue of which the arbitrator's fee<sup>9</sup> is determined as a very high amount in arbitration proceedings and which is not expressly regulated as a ground for annulment in Turkish law, can be subject to the action for annulment within the framework of the annulment grounds specified in both the International Arbitration Law (Article 15/A/II) and the Code of Civil Procedure (Article 439 para 2), can be discussed in the doctrine. Thus, if the arbitrator's fee is determined by the parties according to a certain tariff, non-compliance with this tariff may be considered within the scope of other grounds of annulment (CCP Article 439 para 2; IAL Article 15/AII) specified in the laws. In other words, in the event that even though the parties have referred to a certain tariff regarding the arbitrator's fee (or counsel's fee with litigation costs) but do not comply with it and the arbitral court has decided on a fee that is higher than the one specified in the tariff and very different; then it can be evaluated within the scope of the "numerus clausus" of annulment grounds expressed in the Code of Civil Procedure Article 469 para 2.

In this study, it is also aimed to evaluate whether the arbitral award can be annulled due to the high fee of the arbitrator within the scope of the grounds for annulment stipulated in the Turkish National and International Arbitration regulations.

## II. Grounds for Annulment of Arbitral Awards in General

The annulment of the arbitral award is possible only when the grounds for annulment are stipulated in the law<sup>10</sup>. In many countries that have adopted the system of annulment action, the grounds for the annulment of the arbitral award has been prepared by taking into account both the grounds for annulment in Article 34 of the UNCITRAL Model Law<sup>11</sup>, which was

<sup>9</sup> For arbitrator fees in Turkish law, *see*: KALPSÜZ Turgut, "Milletlerarası Tahkim Kanununun Hakem Ücretine İlişkin Hükümleri İle Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği ve Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Hakkında Bazı Mülahazalar", **Yargıtay Dergisi**, 2002/7, (pp. 451-459), p. 451 ff.; DAYINLARLI Kemal, "İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti", *in*: Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, (pp. 539-564), p. 539 ff.

<sup>10</sup> IŞIK Serpil, **MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, p. 149.

<sup>11</sup> For more information about *see*: ROTH Marienne, **The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in Practitioner's Handbook on International Arbitration**, Edited by: Frank-Bernd Wiegand, 2002, pp. 1198 ff.; SANDERS Pieter, "UNCITRAL Model Law on International and Commercial *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



prepared by the United Nations and recommended for member states, and the grounds stipulated in Article V of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards<sup>12</sup> issued in New York on June 10, 1958<sup>13</sup>. At the same time, the New York Convention of 10 June 1958,

---

Arbitration: Present Situation and Future”, **21 Arbitration International (Arb Int’l)**, no. 4, 443 (2005), p. 1 ff.

<sup>12</sup> Published in the Official Gazette dated 25 September 1981, and numbered 21002. The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards was adopted in New York on 10 June 1958 (UNGEHEUER Christina, **Die Beachtung von Eingriffsnormen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit**, (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 1857), Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1996, p. 28; WALKER Hans Peter, **Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien**: (unter Berücksichtigung des Genfer Protokolls über die Schiedsklauseln vom 24. September 1923, der Abkommens von New York über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Jun. 1958 und des europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, Zurich, Verlag P. G. Keller, 1968, p. 59).

<sup>13</sup> KRONKE Herbert / MELIS Werner / KUHN Hans (Hrsg.): **Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht**, 2. neu bearbeitete Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2017, p. 2127; IŞIK, İptal, pp. 149-150. For the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, see: HAAS Ulrich, “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York June 10, 1958”, in **Practitioner’s Handbook on International Arbitration**, Edited by Frank-Bernd Wiegand, 2002, p. 399 ff.; YILMAZ Ejder, “Hakem Kararlarının Denetimi”, (Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2009), in **Makaleler (1973-2013)**, C. 2, İstanbul, Yetkin 2014, (pp. 1805-1828), p. 1812; SATMER Franz, **Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrens mangeln**, in *Schweizer Studien zum Internationale Recht (Etudes Suisses de Droit International)*; Herausgegeben von der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht; Fortsetzung der «Zürcher Studien zum Internationalen Recht» Band/Volume 89, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1994, p. 5, fn. 19; KERN Carsten, **Schiedsgericht und Generalklausel; zur Konkretisierung des Gebots des fair and equitable Treatment in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit**, in *Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, (Herausgegeben von Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; Direktoren: Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann), Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 243; STEGER Christian, **Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche: eine Untersuchung im Rahmen des New Yorker Übereinkommens**, in *Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, StudIPR 344, (Herausgegeben von Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Direktoren: Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann), Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 47-48; KRONKE / MELIS / KUHN, N. 351, p. 2126; SCHWAB Karl Heinz / WALTER Gerhard, *YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)*

which was accepted by 157 countries around the world, has a wide application area in the international arena<sup>14</sup>.

The grounds that will result in the annulment of the arbitral award in the International Arbitration Law No. 4686, which is based on article 34 of the UNCITRAL Model Law; are stipulated in Article 15 of the Law<sup>15</sup>. The annulment grounds listed in this article are subject to “numerus clausus” and the parties will not be able to file an action for annulment based on any grounds, other than those listed in the Article<sup>16</sup>.

The grounds for annulment in the International Arbitration Law, are regulated in line with the UNCITRAL Model Law, and in this context, expressed in two parts<sup>17</sup>.

---

**Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren**, 7., überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck Helbing & Lichtenhahn, 2005, Kap. 24, N. 3.

<sup>14</sup> GÜL Mehmet Akif, **New York Sözleşmesi Bağlamında Usuli Tenfiz Engelleri**, 1th Edn., İstanbul, On İki Levha, 2016, p. 1.

<sup>15</sup> IŞIK, **İptal**, p. 152. The grounds for annulment of arbitral awards; as stipulated both in the UNCITRAL Model Law and in other laws that adopt arbitration regulations based on the UNCITRAL Model Law, are in fact formal and procedural grounds that do not require any evaluation on substantive law, which are superficial and can be understood after brief examination (KALPSÜZ Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 2th Edn., Ankara, Yetkin, 2010, p. 127; IŞIK, **İptal**, p. 153).

<sup>16</sup> BAYATA CANYAŞ Aslı, **UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu**, Ankara, Adalet, 2016, p. 23; IŞIK, **İptal**, p. 152.

<sup>17</sup> BUDAK Ali Cem / KARAASLAN Varol, **Medenî Usul Hukuku**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4th Edn, Ankara, Adalet, 2020, § 23, N. 66, p. 460; KALPSÜZ, **Milletlerarası Tahkim**, s. 129; YEŞİLIRMAK Ali, **Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde)**, 1th Edn., İstanbul, On İki Levha, 2011, N. 254, p. 122; IŞIK, **İptal**, pp. 153-154. In the German Civil Procedure Code, the grounds for annulment of arbitral awards (*Die Aufhebungsgründe*), under § 1059 dZPO, are also regulated in accordance with the UNCITRAL Model Law, by making a dual distinction (MüKoZPO, *Münch*, ZPO § 1059, Rdn. 6; ADEN Menno, **Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC - DIS - Wiener Regeln – UNCITRAL - LCIA**, 2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck oHG, 2003, p. 42; SCHIFFER K. Jan, **Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: die erfolgreiche außergerichtliche Streitlösung; Praxishinweise, Bewertungshilfen, Schiedsordnungen Checklisten und Muster**, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, p. 137; EHRICKE Ulrich, “Die Beschleunigung der Finalität von Schiedssprüchen nach dem neuen deutschen Schiedsverfahrensrecht”,

The legislator makes the distinction between the grounds for annulment as the ones "to be proved by the parties" and the ones "to be taken into account by the court ex officio"<sup>18</sup>. The grounds for annulment listed in Article 15/A/II of the International Arbitration Law, (1) and (2), must be proved by the relevant party, except for the two grounds stated as "non-arbitrability" and "contrary to public order"<sup>19</sup>

Therefore, the party seeking the annulment of the arbitral award, based on one of the seven grounds for annulment as specified in Article 15/A/II (1) of the International Arbitration Law, bears the burden of proving the existence of the ground for annulment<sup>20</sup>. On the other hand, the existence of two grounds for annulment, mentioned in the Article 15/A/II, (2) of the International Arbitration Law, will be taken into account by the court ex officio<sup>21</sup>.

If the dispute between the parties is not within the scope of the International Arbitration Law<sup>22</sup> by its nature but falls within the scope of the

---

**Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)**, 113. Band, Heft 4, 2000, (pp. 453-465), p. 457; ALEXANDER Martin, **Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im E-commerce sowie außergerichtliche Streitbeilegung**, in Schriftenreihe Studien zum internationalen Privat- und Zivilprozessrecht sowie zum UN-Kaufrecht; Band 14, Hamburg, Verlag Dr. Kovač GmbH Fachverlag für Wissenschaftliche Literatur, 2006, p. 376; ZÖLLER Richard [Begr.] / ALTHAMMER Christoph, **Zivilprozessordnung: mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484), und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetz, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen: Kommentar**, 32. neu bearbeitete Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2018, §§ 1059, Rdn. 30).

<sup>18</sup> SARITAŞ Hatice, "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları", **Sayıştay Dergisi**, Volume 16, Issue 59, 2005, (pp. 141-157), p. 144; EHRICKE, p. 457; YEŞİLIRMAK, **Tahkim**, N. 254, p. 122; IŞIK, **İptal**, p. 154.

<sup>19</sup> ERDOĞAN Celal, **Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara, 1973, p. 216; BUDAK / KARAASLAN, § 23, N. 66, p. 460; IŞIK, **İptal**, p. 154; ERSEN PERÇİN, p. 1068.

<sup>20</sup> IŞIK, **İptal**, p. 154.

<sup>21</sup> ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9th Edn, İstanbul, Vedat, 2020, p. 795; IŞIK, **İptal**, p. 154; ERSEN PERÇİN, p. 1068.

<sup>22</sup> In order for the arbitration to be subject to the International Arbitration Law, it has been clearly stated that the dispute between the parties must have an element of foreignness in the sense stipulated in the Law and that the place of arbitration must be Turkey (IAL Art. 1 para 2). What is meant by the element of foreignness is clearly stated in Article 2 of the International Arbitration Law (ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7th Edn., İstanbul, Beta, 2019, p. 340; ŞANLI Cemal, "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük

Code of Civil Procedure, **grounds** for annulment specified in the Code of Civil Procedure will be applied<sup>23</sup>. As such, the grounds for annulment are regulated in Article 439 of the Code of Civil Procedure<sup>24</sup>. The grounds for annulment regulated in the Code of Civil Procedure and in the International Arbitration Law are almost the same<sup>25</sup>. Unlike the International Arbitration Law, Code of Civil Procedure does not make a distinction between the grounds of annulment as the ones "to be proven by the parties" and "to be taken into account by the judge ex officio"<sup>26</sup>.

The grounds for annulment specified by the legislator are consecutively listed, without making any distinction between them, in the Article 439 para 2 of the Code of Civil Procedure. It is regulated that determination of the existence of a ground for annulment will cause the arbitral award to be annulled<sup>27</sup>.

---

Tarihinden Evvel Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu”, **Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2003, Volume 23, Issue 1-2, (pp. 687-712), p. 689; ÖZTEKİN GELGEL Günseli, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, *in: Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II, İstanbul 2003, (pp. 1081-1093), p. 1084-1085; ERGÖNEN Onur, “10. Yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Uygulama Alanı”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Volume 7, Issue 20, Year 2011/3, (pp. 151-205), p. 157; EKŞİ Nuray, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2003, Volume 23, Issue 1-2, (pp. 295-338), pp. 304-305; EKŞİ Nuray, “Yargıtay Kararlarında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Zaman İtibariyle Uygulanması”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, Cilt: II, İstanbul, Beta 2010, (pp. 1373-1388), p. 1375).

<sup>23</sup> IŞIK, **İptal**, pp. 154-155.

<sup>24</sup> Code of Civil Procedure Art. 439 para 2.

<sup>25</sup> AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 5th Edn, İstanbul, Vedat, 2020, p. 330; SÜRAL Ceyda, Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası, **DEÜHFD 2014, Volume XVI, Special Issue: Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan**, Cilt II, İzmir, 2015, (pp. 1377-1411), p. 1378.

<sup>26</sup> AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, p. 330; ULUKUŞ BULUT Şaziye Tuba, **MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali**, Ankara, Yetkin 2018, p. 104; IŞIK, **İptal**, p. 155.

<sup>27</sup> BUDAK / KARAASLAN, § 23, N. 66, p. 460; IŞIK, **İptal**, p. 155. In case it is determined that one of the grounds for annulment, referred in Article 439 para 2 of the Code of Civil Procedure, exists, the arbitral award will be annulled by the court examining the annulment of the arbitral award (AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, p. 330; BUDAK / KARAASLAN, § 23, N. 66, p. 460; ULUKUŞ BULUT, p. 104; SELÇUK Seyhan, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakem Kararlarının İptali**, Ankara, Yetkin, 2018, p. 76; IŞIK, **İptal**, p. 155).

The grounds for annulment that needs to be proven by the party requesting annulment in Turkish Law are listed as follows:

- When one of the parties to the arbitration agreement is incapacitated or the arbitration agreement is invalid [IAL Article 15/A/II, 1, (a) and CCP Article 439 para 2 a)];
- Failure to comply with the procedure specified in the contract or specified in the law about the selection of the arbitrator or arbitral tribunal [IAL Article 15/A/II, 1 (b); CCP Article 439 para 2, (b)];
- When the arbitrator's decision is not given within the arbitration period. [IAL Article 15/A/II, 1, (c); CCP Article 439 para 2, c];
- Unlawfully deciding on the competency of the arbitrator or arbitral tribunal [IAL Article 15/A/II/ 1 (d); CCP Article 439 para 2, ç];
- When the arbitrator exceeds his powers, fails to decide on all of the claims or decides on claims that are not included in the arbitration agreement;
- When the arbitration procedure is not conducted in accordance with the provisions of the agreement or the law and this has an effect on the merits of the decision [IAL Article 15/A/II, 1 (f); CCP Article 439 para 2, (d)];
- In case the principle of equal treatment of the parties is not followed and the legal right to be heard is not respected (IAL Article 15/A/II 1 (g); CCP Article 439 para 2, (f)).

In Turkish Law, there are two grounds for annulment to be taken into account ex officio by the court<sup>28</sup>:

1) When the dispute is not subject to arbitration according to Turkish Law (IAL article 15/A/II, 2 (a); CCP article CCP article 439 para 2 g)),

2) When The arbitrator's decision violates public order (IAL article 15/A/II, 2 (b); CCP article 439 para 2, (ğ)).

The grounds for annulment, which are regulated both in the International Arbitration Law and in the Code of Civil Procedure, is limited<sup>29</sup>. The fact

---

<sup>28</sup> ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7th Edn., İstanbul, Beta, 2019, p. 377.

<sup>29</sup> AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, p. 330. In the period when the Code of Civil Procedure No. 1086 was in force, the reasons foreseen by the legislator in terms of appealing against arbitral awards were limited; The Supreme Court accepted many reasons not listed in the law as grounds for appeal. It can be stated that the same issue should not arise about the grounds for annulment foreseen in terms of annulment against arbitrator's decisions (AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, p. 350).

that the arbitrator's fee in arbitration proceedings determined as a very high amount is not regulated as a ground for annulment in Turkish Law.

Whether the issue of which the arbitrator's fee is determined as a very high amount in arbitration proceedings and which is not expressly regulated as a ground for annulment in Turkish law, can be subject to the action for annulment within the framework of the annulment grounds specified in both the International Arbitration Law (Article 15/A/II) and the Code of Civil Procedure (Article 439 para 2), can be discussed in the doctrine.

In the next part of our work, the issue of whether the arbitral award can be annulled due to the very high fee of the arbitrator will be evaluated within the scope of the *grounds* for annulment, and whether it will lead to the annulment of the arbitral awards will be discussed.

#### **IV. Whether the Arbitrator Fees Determined Too High Will Be a Grounds for the Annulment of the Arbitrator's Decision**

##### **A. In General**

Although arbitrator fees being too high is not regulated as one of the grounds for annulment in Turkish Law; in subparagraph (f) of Article 393 of the SchwZPO, it has been clearly stated that if the fees of the arbitrators are determined to be too high, this will constitute a ground for annulment<sup>30</sup>.

Therefore, in the following sections, there will be explanations that the fees of the arbitrators determined to be too high will constitute a ground for annulment according to the Article 393 (f) of the SchwZPO and primarily the Swiss Arbitration legislation. Afterwards, evaluations will be made within the scope of Turkish arbitration law.

##### **B. Regulation in Swiss Law**

First of all, it is necessary to discuss the arbitration regulations in Switzerland. As it is known to all, Switzerland has become one of the most popular countries in terms of national and international arbitration in the last century<sup>31</sup>. Until the new Swiss Federal Code of Civil Procedure<sup>32</sup>, adopted

<sup>30</sup> BK-MARRUG / CHANEY, SchwZPO, Art. 393, N. 127. Swiss Federal Code of Procedure (SchwZPO) Art. in the German text of provision 393 (f), this point is expressed as follows: “f. die vom Schiedsgericht festgesetzten Entschädigungen und Auslagen der Mitglieder des Schiedsgerichts offensichtlich zu hoch sind”. For detailed information on fees for arbitrators, see: BORK Reinhard “Einigungsgebühr für Schiedsrichter?”, *Neu Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2. Halbband, 61. Jahrgang 2008, Heft 27, (pp. 1918-1921).

<sup>31</sup> WIEBECKE Martin, “Switzerland” in: Carter, James H. (Ed.), *The International Arbitration Review, Seventh Edition*, United Kingdom, Law Business Research Ltd., 2016, (pp. 500-516), p. 509; HOFBAUER Simone, “Chapter 1, Part I: History of *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*”

on December 19th 2008, came into force on January 1st 2011, the rules for arbitration at the cantonal level (internal arbitration) were regulated by the "Concordat", which was approved on March 27, 1969<sup>33</sup> and gradually adopted in all 26 cantons of Switzerland<sup>34</sup>.

---

Arbitration", in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013), (pp. 3-16), p. 3. When we look at the international commercial life, it is seen that in the majority of the contracts concluded by the parties, in the arbitration clause in the contract, it is preferred that the headquarters of the arbitral tribunal will be located and the place where the arbitration proceedings will be held is Switzerland. The fact that Switzerland has a developed banking system, an economic structure that is intertwined with international trade life, and providing a comfortable for those who will be arbitrators in the country are the main factors in Switzerland being a country that is highly preferred by the parties (TURHAN M. Turgut, "İsviçre Devletler Hususi Hukuku Federal Yasa Tasarısı ve Milletlerarası Tahkim", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1984, Year 4, Issue 1, (pp. 32-39), p. 33).

<sup>32</sup> SR. 272.

<sup>33</sup> Concordat (*Concordat Suisse sur l'arbitrage*) was approved by the "Swiss Federal Council" on 27 March 1969 (GULDENER Max, **Schweizerisches Zivilprozeßrecht**, Dritte verbesserte und vermehrte Auflage, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1979, p. 597; HAAS Ulrich, "Die (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit", in **ASA Bulletin, (Association Suisse de L'Arbitrage)**, 2012, Volume 30, Issue 2, (pp. 312-348), p. 312; BRINER Robert, "National Report for Switzerland (1978- 1982-1984) [ARCHIVED]", in Pieter Sanders (ed), **Yearbook Commercial Arbitration 1978 - Volume III, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 3** (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1978) (pp. 181 – 206), p. 181; BRINER Robert, "National Report – Switzerland", in: Albert Jan van den Berg (ed), **Yearbook Commercial Arbitration 1989 - Volume XIV, Yearbook Commercial Arbitration**, Volume 14 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1989), (pp. 1-44), p. 1; RUEDE Thomas / HADENFELDT Reimer, **Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, p. 6; SIEHR Kurt, **Das Internationale Privatrecht der Schweiz**, Zurich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2002, p. 710).

<sup>34</sup> HAAS, **Sportschiedsgerichtsbarkeit**, p. 312; BERGER Klaus Peter, **Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Verfahrrens- und materielle rechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis**, in *Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs*; Band 103, (Herausgegeben von Norbert Horn), Berlin; New York, Walter de Gruyter, 1992, § 3, p. 28; IŞIK Serpil, "İsviçre'de Hukuk Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözümlemesi Kapsamında Tahkim ve Arabuluculuk ile İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun Önerdiği İsviçre Ticari Arabuluculuk Kurallarına Genel Bir Bakış", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD)/Inonu University Law Review (InULR)**, Volume 10, Issue 2, 2019, (pp. 452-469), p. 455; IŞIK, **İptal**, pp. 66-67. However, the Swiss legislator, who foresees that the arrangements foreseen in the procedural law of each of the cantons

The “*Swiss Federal Law on Private International Law*” was adopted by the parliament on December 18, 1987 and came into force on January 1, 1989 to regulate international arbitration in Swiss Law; due to the fact that the provisions of the Inter-Cantonal Arbitration Agreement, which is at the federal level and stipulates the arrangements for arbitration between the cantons<sup>35</sup> was not responding to the needs of international arbitration in terms of Swiss Law any longer<sup>36</sup>. Thus, in Swiss Law, matters pertaining to

---

with regard to arbitration will create some unfair results, signed the “*Konkordat*” (SchKonK) arbitration agreement between the cantons on March 27, 1969, in order to eliminate the inconveniences caused by the different laws between the cantons has ensured uniformity (BRINER, **National Report**, p. 1; JERMINI Cesare / BERNARDONI Nicola, “Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedure”, in [Arroyo, Manuel (Edit.)], **Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide**, Kluwer Law International, (Wolters Kluwer Law & Business), 2013, (pp. 17-23), N. 1, p. 17. *See also*: HAAS Ulrich / BROSI Jeffrey, “Einseitige, insbesondere Testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit”, **Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)**, Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts 21. Band 2016, (pp. 323-349), p. 324). In Swiss Law, the “*Konkordat*”, that is, the “*Intercantonal Arbitration Agreement*” (SchKonK), which was adopted in order to prevent confusion as a result of the adoption of different laws in different cantons, was accepted by all cantons, with the Canton of Lucerne being the last one (1995) of the 26 cantons of Switzerland has been done (JERMINI / BERNARDONI, N. 1, p. 17). Concordat on 1 July 1997; Bern, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Friborg, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Schaffhausen, it was originally adopted by sixteen cantons: St. Gallen, Graubünden, Ticino, Vaud Valais, Neuchâtel and Genève. Later, Konkordat was accepted by nine other cantons named Zürich, Lucerne, Uri, Glarus, Zug, Appenzell-Ausserrhoden (BRINER, **Switzerland**, p. 181; BRINER, **National Report**, p. 1).

<sup>35</sup> HAAS, **Sportschiedsgerichtsbarkeit**, p. 312; BLESSING Marc, “The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism”, **Journal of International Arbitration**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1988, Volume 5 Issue 2), (pp. 9-82), p. 12; IŞIK, **İsviçre**, p. 455.

<sup>36</sup> KRONKE / MELIS / KUHN, p. 2355; BOCKSTIEGEL Karl-Heinz (Herausgegeben von/Edited by), **Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II): Das neue Recht ab 1. Januar 1989**, in Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen/German Institute of Arbitration; Band 1/II; Köln; Bonn; München, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, p. 5; HAAS, **Sportschiedsgerichtsbarkeit**, p. 312; JERMINI / BERNARDONI, **a.g.e.**, N. 1, p. 17; BLESSING, p. 9; LALONDE Marc, “The Post- arbitral Phase in North America and Western Europe”, in Albert Jan van den Berg (ed), **International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series**, Volume 6 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1994) (pp. 127- 164), p. 139; WIEBECKE, **Switzerland**, p. 500; HABSCHIED Walter J., “Das neue schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht”,



international arbitration are regulated by Swiss Federal Law on Private International Law, in the 12<sup>th</sup> Chapter<sup>37</sup>.

The Swiss legislator has included the rules on domestic arbitration, regulated in the Concordat, in the SchwZPO<sup>38</sup>, which came into force on January 1, 2011<sup>39</sup>. Thus, the legislator included provisions regarding domestic arbitration in Part 3 (Art. 353-399) of the Swiss Code of Civil Procedure, which entered into force on January 1, 2011<sup>40</sup>.

Today, in Swiss Law, while the international arbitration is regulated according to the rules (Art. 176-194) in Chapter 12 of the "*Swiss Federal Law on Private International Law*"<sup>41</sup>; domestic arbitration proceedings are

---

**Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)**, Heft 10, 34. Jahrgang, 1988, (pp. 766-772), p. 766; RUEDE / HADENFELDT, p. 10; KARRER, Pierre A / ARNOLD, Karl W. / PATOCCHI, Paola Michele, **Switzerland's Private International Law: Introduced, Translated and Annotated**, Second Edition, Deveter/Zurich, Kluwer Law and Taxation Publisher/Distribution of Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, p. 10; NUSSBAUM Werner, **Das schweizerische internationale Insolvenzrecht gemäss dem Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht und sein Umfeld in Europa**, in *Schweizer Studien zum Internationalen Recht/Études Suisses de Droit International*; Herausgegeben von der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht/Publiées Par la Société Suisse de droit international; Fortsetzung der – Zürcher Studien zum Internationalen Recht-; Band/Voluma 63, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1989, p. 6; WALDER Hans Ulrich, **Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz: Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte Schiedsgerichtsbarkeit und weitere Fragen nach IPRG und Staatsverträgen**, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, § 1, N. 9, p. 4.

<sup>37</sup> JERMINI / BERNARDONI, N. 1, p. 17; HAAS, **Sportschiedsgerichtsbarkeit**, p. 312; BLESSING, p. 9; BERGER, **Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit**, § 3, p. 24; GÖKSU, **Schiedsgerichtsbarkeit**, p. 73; IŞIK, **İptal**, p. 68.

<sup>38</sup> WIEBECKE, **Switzerland**, p. 500; HOFBAUER, N. 7, p. 5; WAGNER Jürgen / PLUSS Adrian, "Neue Entwicklungen im schweizerischen Wirtschafts- und Steurrecht", **Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)**, Heft 4, 2013, (pp. 196-205), p. 201.

<sup>39</sup> JERMINI / BERNARDONI, N. 2, p. 17. For the rules on international arbitration stipulated in the Swiss Code of Civil Procedure (SchwZPO) (Art. 353-399), *see*: BK-PFISTERER, **SchwZPO, Art. 356-399**, pp. 1-838.

<sup>40</sup> JERMINI / BERNARDONI, N. 2, p. 17; WIEBECKE, **Switzerland**, p. 500; BK-STACHER, **SchwZPO, Art. 356-399**, pp. 1-838; HOFBAUER, N. 7, p. 6; IŞIK, **İsviçre**, p. 455; IŞIK, **İptal**, pp. 69-70.

<sup>41</sup> KOSTKIEWICZ Jolanta Kren / MARKUS Alexander R. / RADRIGO Rodriguez, **Internationales Zivilprozess 2011: Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO**, in *Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, CIVPRO 1*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010, p. 113. In Swiss

regulated in accordance with the provisions (Art. 353-399) of Chapter 3 of the Swiss Code of Civil Procedure<sup>42</sup>.

The article 393 of the SchwZPO consists the grounds for which an action for annulment can be filed against arbitral awards. According to SchwZPO Art. 393, an action for annulment can only be filed against an arbitral award for the following grounds:

*a. If the sole arbitrator is wrongfully appointed or the arbitral tribunal is formed unlawfully;*

*b. If the arbitral tribunal has misjudged its jurisdiction or otherwise lacks jurisdiction;*

*c. If the arbitral tribunal has decided outside of its jurisdiction or on the points of dispute without evaluating the requested matters;*

*d. If it has acted on contrary of the principle of equal treatment of the parties or the legal right to be heard,*

*e. If it has acted clearly against the facts that are clearly contrary to the file or against the law or equity;*

*f. If the fees and expenses of the arbitral tribunal determined by the arbitral tribunal are clearly too high<sup>43</sup>.*

---

Law, Chapter 12, although part of the former “Swiss Federal Law on Private International Law” (SchwIPRG), is stand-alone and autonomous; The provisions contained in other parts of the SchwIPRG do not apply to international arbitration (WIEBECKE, **Switzerland**, p. 501).

<sup>42</sup> SCHUTZE Rolf A. / KRATZSCH Susanne / SCHUMACHER Hubertus / KULL, Nadja Jaisli *in*: Torggler, Helwig; Mohs, Florian; Schäfer, Friederike; Wong, Venus Valentina (Herausgeber): **Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland – Österreich – Schweiz**, 2. Auflage, Nomos Verlag; Verlag Österreich GmbH, Schulthess, Wien, 2017, 6. Kap., N. 850, p. 280, fn. 1139; HOFBAUER, N. 7, p. 5; WIEBECKE, **Switzerland**, p. 500; IŞIK, **İsviçre**, p. 455; IŞIK, **İptal**, p. 70.

<sup>43</sup> The original German text of provision SchwZPO Art. 393 is as follows:

*“Ein Schiedsspruch kann nur angefochten werden, wenn:*

*a. die Einzelschiedsrichterin oder der Einzelschiedsrichter vorschriftswidrig ernannt oder das Schiedsgericht vorschriftswidrig zusammengesetzt worden ist;*

*b. sich das Schiedsgericht zu Unrecht für zuständig oder für unzuständig erklärt hat;*

*c. das Schiedsgericht über Streitpunkte entschieden hat, die ihm nicht unterbreitet wurden, oder wenn es Rechtsbegehren unbeurteilt gelassen hat;*

*d. der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wurde;*

*e. er im Ergebnis willkürlich ist, weil er auf offensichtlich aktenwidrigen tatsächlichen Feststellungen oder auf einer offensichtlichen Verletzung des Rechts oder der Billigkeit beruht;*

In Swiss law, in Art. 393 paragraph (f) of SchwZPO, it is regulated that if the fees of the arbitrators are determined to be too high, this will constitute a ground for annulment<sup>44</sup>.

In case of an application to the court by the parties based on this annulment grounds specified in the SchwZPO, the court will decide to reduce the arbitrator's fee to an appropriate amount instead of the annulment of the arbitrary award<sup>45</sup>.

It should be taken into consideration that in SchwZPO Art. 393 the legislator clarifies that expert fees do not fall within the scope of the term "fee"<sup>46</sup>.

### **C. How Arbitrator Fees Will Be Determined in Turkish Law and How High Are Arbitrator Fees Determined**

The arbitrators who are in charge of resolving the dispute between the parties will be entitled to a certain fee in return<sup>47</sup>. Pursuant to article 440 of the Code of Civil Procedure, the parties have the authority to determine the arbitrator's fee<sup>48</sup>.

If the parties cannot agree on the fee of the arbitrator or the arbitral tribunal (if no agreement is reached on the determination of the arbitrators fee in the arbitration agreement or if the parties do not refer to the international rules and institutional arbitration rules on this matter), the fees of the arbitrators are determined every year by the Ministry of Justice by taking the opinions of the professional organizations in the nature of public institutions<sup>49</sup>.

There is no doubt that the possibility of determining the arbitrator's fees to be very high will come to the fore in terms of the parties' will and agreement on this issue. Otherwise, if the parties cannot agree on the arbitrator's fee, this problem will not be encountered since the arbitrator's fee will be paid over the tariff to be determined by the Ministry of Justice.

---

*f. die vom Schiedsgericht festgesetzten Entschädigungen und Auslagen der Mitglieder des Schiedsgerichts offensichtlich zu hoch sind."*  
(<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/de>).

<sup>44</sup> BK-MARRUG / CHANEY, SchwZPO, Art. 393, N. 127. For arbitrator fees *see*: BORK Reinhard, "Einigungsgebühr für Schiedsrichter?", *Neu Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2. Halbband, 61. Jahrgang 2008, Heft 27, (pp. 1918-1921).

<sup>45</sup> BK-MARRUG / CHANEY, SchwZPO, Art. 393, N. 127 ff.

<sup>46</sup> BK-MARRUG / CHANEY, SchwZPO, Art. 393, N. 127 ff.

<sup>47</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, p. 435.

<sup>48</sup> As can be seen, the parties will be able to determine how much the arbitrator's fee will be (EKŞİ, *HMK'nda Tahkim*, p. 154).

<sup>49</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, p. 436. EKŞİ, *HMK'nda Tahkim*, p. 154.

## **D. Review of Whether Too High Arbitrator Fees Will Be a Ground for the Annulment of the Arbitrator's Decision according to Turkish Law**

### **1. In General**

In Turkish Law, SchwZPO Art. 393 provision, stipulated by the legislator in Swiss Law, is not similar. Likewise, a provision similar to this regulation stipulated by the legislator in the Swiss Federal Code of Procedure regarding domestic arbitration; is not included in the Swiss Law on Private International Law, in which the rules regarding international arbitration are specified in Swiss Law<sup>50</sup>.

On the other hand, the issue of whether it is possible to annul an arbitration award on the ground of being determined in a very high manner, within the framework of the grounds for annulment specified in both the International Arbitration Law (IAL Art. 15/A/II) and the Code of Civil Procedure (CCP Art. 439 para 2), is discussed in the doctrine.

### **2. In Doctrine**

More than one opinion is put forward in the doctrine on this issue. According to *Akıncı*, in the event that the arbitrators may have assigned a fee contrary to the schedule in their decision, the arbitrator's award should not be canceled just because of the fee<sup>51</sup>. In such a case, the part of the arbitrator's fee should be removed and the arbitrator's decision should be considered partially valid<sup>52</sup>.

At this point, in the doctrine, *Akıncı* states that if the arbitrators have assigned a fee contrary to what is stated in the fee schedule, this issue does not concern public order<sup>53</sup>. However, *Akıncı* argues that only one of the parties can request the annulment of the arbitral award based on the ground for the annulment of the arbitrators' authority<sup>54</sup>.

According to *Pekcanitez*, if the arbitrator's fee is determined by the parties according to a certain tariff; non-compliance with this tariff may be evaluated within the scope of other grounds for annulment specified in the laws<sup>55</sup> (CCP Art. 439 para 2; IAL Art. 15/A/II). If the parties have referred

<sup>50</sup> See: SchwIPRG Art. 192.

<sup>51</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, p 437.

<sup>52</sup> Ibid p. 437.

<sup>53</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, p. 437.

<sup>54</sup> Ibid p. 437.

<sup>55</sup> PEKCANITEZ Hakan, "Tahkim Usulü İle İlgili İptal Sebepleri", *ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri*, 14 Nisan 2014, Ankara, (pp. 85-106), p. 92. If the parties have clearly agreed on a certain tariff according to which the arbitrator's fee or *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

to a certain tariff on the arbitrator's fee (or attorney's fee with litigation costs); not complying with this tariff, that is; If the arbitral tribunal has decided on a fee that is higher and very different than the one specified in the tariff; may be considered within the scope of the "numerus clausus" of annulment grounds stated in Code of Civil Procedure Art. 439 para 2 (e)<sup>56</sup>.

### 3. Our Opinion

It is not possible to annul the arbitral award based on a ground other than the grounds for annulment stipulated in the law, as the grounds for annulment against arbitrator's decisions are subject to "numerus clausus". A very high determined arbitrators fee is not explicitly regulated as a ground for annulment in Turkish Law within the framework of the annulment grounds stipulated in both the International Arbitration Law (IAL Art. 15/A/II) and the Code of Civil Procedure (CCP Art. 439 para 2); It should not be dismissed that no grounds other than the ones regulated in the can be created.

Accordingly, in the event of high arbitrators fee, only the ground for annulment stated as "the arbitration proceedings not being conducted in accordance with the provisions of the contract or the Law in terms of procedure" in the Code of Civil Procedure Art. 439 para 2 and International Arbitration Law Art. 15 para II can be applied when the grounds for annulment in Turkish Law considered. Otherwise, it will not be possible to apply for the annulment of the arbitral award because of the high arbitrators fees.

What is meant by the fact that the arbitration proceedings are procedural, is that the arbitrators conduct them in violation of the procedural rules that they must comply with in the arbitration proceedings<sup>57</sup>. In this respect, the arbitrator's decision cannot be annulled in this context, since there is no procedural rule that is violated if the arbitrators misapply the substantive law rules to be applied to the dispute<sup>58</sup>.

---

the attorney's fee will be regulated, then failure to comply with this tariff may result in the annulment of the arbitral award (PEKCANITEZ, *Tahkim Usulü*, p. 92).

<sup>56</sup> Ibid p. 92.

<sup>57</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, p. 291.

<sup>58</sup> Similarly, the concept of breach of public order and breach of arbitration procedure are related but different concepts. Because, these two issues, which are the ground for the annulment of the arbitral award, differ from each other in terms of their scope. Even if the arbitration procedure is carried out in accordance with the procedure envisaged in the law, in a situation where the parties have agreed or the parties have not agreed on the arbitration procedure, it may constitute a violation of public order. On other words, although the procedural rules applied by the arbitrators do not constitute a violation of

Examples of situations that frequently occur in arbitration proceedings, which constitute a violation of the arbitration procedure, can be given as examples: “incomplete fulfillment of notification in arbitration in arbitration proceedings”, “suspecting the impartiality and independence arbitrators”, “violation of the right of claim and defence”, procedure regarding the arrangement and bindingness of arbitral awards”.

In order for the irregularities occurring during the execution of the arbitral proceedings to cause the annulment of the decision, this situation must also be effective on the merits of the decision<sup>59</sup>.

*In our opinion*, considering the grounds for annulment stated in Article 439 para 2 of the Code of Civil Procedure and Article 15 para II of the International Arbitration Law, the fact that the arbitrator’s fee is determined as a very high amount in the arbitration proceedings, which is not clearly regulated as a reason for annulment in Turkish Law, can only be stated in the “arbitration proceedings. It would be more appropriate to accept that it can be canceled based on the reason that it is not carried out in accordance with the provisions of the contract if the Law

## V. CONCLUSION

Arbitration is a judicial process which means the resolution of a dispute, arising from private law and upon which the parties can freely decide before the arbitrators instead of the state courts with the will of the parties. Action to arbitral award is a legal way accepted by the legislator within the scope of the control of arbitral awards. The number of grounds for annulment, which are regulated both in the International Arbitration Law and in the Code of Civil Procedure, is limited.

In Turkish Law, there is no ground for cancellation as the arbitrator’s fees are determined to be too high. On the other hand, in Switzerland, which is one of the leading countries in arbitration, it is regulated in subparagraph (f) of Article 393 of the Swiss Federal Procedure Law that if the fees of the arbitrators are determined to be too high, this will constitute a ground for annulment.

---

the arbitration procedure, they may constitute a reason for violation of public order. For example, in the event that the rules to be applied in arbitration impose an obligation on the parties to make a declaration within a short period of time, this matter does not constitute a violation of the arbitration procedure, but may be expressed as contrary to public order (AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, p. 292).

<sup>59</sup> YEŞİLIRMAK, *Tahkim*, N. 267, pp. 126-127.

In Turkish Law, if the arbitrator's fee is determined by the parties according to a certain tariff, non-compliance with this tariff may be considered within the scope of other grounds of annulment (CCP Article 439 para 2; IAL Article 15/AII) specified in the laws.

In this direction;

1) In the event that even though the parties have referred to a certain tariff regarding the arbitrator's fee (or counsel's fee with litigation costs), but it does not comply, and the arbitral court has decided on a fee that is higher than the one specified in the tariff and that is very different; then it can be evaluated within the scope of the "numerus clausus" of annulment grounds expressed in the Code of Civil Procedure Article 469 para 2.

2) In our opinion, taking the grounds for annulment as mentioned in the Code of Civil Procedure Art. 439 para 2 and International Arbitration Law Art. 15 para II; it would be more appropriate to accept that the issue of awarding the arbitrator's fee as a very high amount in the arbitration proceedings, which is not expressly regulated as a ground for annulment in Turkish Law, can only be annulled based on the ground that "the arbitration proceedings are not conducted in accordance with the provisions of the contract or the Law in terms of procedure."

3) The legislator clarifies in SchwZPO Art. 393 that expert fees do not fall within the scope of what is meant by the concept of fee, with the expression "*the fees and expenses of the arbitral tribunal determined by the arbitral tribunal are clearly too high.*" This issue should be interpreted in this way in Turkish Law case of conflict.

4) The article 393 of the SchwZPO consists of the grounds for which an action for annulment can be filed against arbitral awards. In paragraph (f) of Article 393 of the SchwZPO in case the arbitrator's fees are determined to be too high, it is regulated that this will constitute a ground for annulment. In case of an application to the court by the parties based on this annulment grounds specified in the SchwZPO, the court will decide to reduce the arbitrator's fee to an appropriate amount instead of the annulment of the arbitrary award.

In summary, it is not possible to annul the arbitral award based on a ground other than the grounds for annulment stipulated in the law, as the grounds for annulment against arbitrator's decisions are numerous. While evaluating whether it is possible to subject the arbitrary fee determined as a very high amount in arbitration proceedings, which is not clearly regulated as a ground for annulment in Turkish Law, to an action for annulment, within the framework of the annulment grounds stipulated in both the

International Arbitration Law (IAL Art. 15/A/II) and the Civil Procedure Law (CCP Art. 439 para 2); It should not be dismissed that no cause other than these causes can be created. Accordingly, considering the grounds stipulated in Turkish Law regarding the annulment of arbitral awards; such a situation, can be considered, in our opinion, within the scope of the ground for annulment, stated as "the arbitration proceedings not being conducted in accordance with the provisions of the contract or the Law in terms of procedure" in the Code of Civil Procedure Art. 439 para 2. Otherwise, it will not be possible to apply for the existence of a conflict within the scope of the grounds of annulment as mentioned both in the Code of Civil Procedure Art. 439 para 2 and International Arbitration Law Art. 15 para II.

## LIST OF ABBREVIATIONS

<b>Abs</b>	: Absatz
<b>AG</b>	: Aktiengesellschaft
<b>Aufl.</b>	: Auflage
<b>Arb Int'l</b>	: Arbitration International
<b>ASA</b>	: Swiss Arbitration Association (Association suisse de l'arbitrage)
<b>ASA Bulletin</b> suisse de l'arbitrage)	: Swiss Arbitration Association (Association suisse de l'arbitrage)
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>Bd.</b>	: Band
<b>CCP</b>	: Code of Civil Procedure
<b>DEÜHFD</b> Dergisi	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>DIS</b>	: Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
<b>dZPO</b>	: Zivilprozessordnung
<b>Ed.</b>	: Editor
<b>Edn.</b>	: Edition
<b>EGZPO</b>	: Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung vom 30.1.1877, RGBl. S. 244 (FNA 310-2)
<b>EGVG</b>	: Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>f./ff.</b>	: folgende/fort folgende
<b>fn.</b>	: Fußnote



<b>GmbH</b>	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<b>GVG</b>	: Gerichtsverfassungsgesetz idF d. Beck. vom 9.5.1975 BGBl. S. 1077, (FNA 300-2)
<b>HMK</b>	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>Hrsg.</b>	: Herausgeber
<b>IAL</b>	: International Arbitration Law
<b>ICC</b>	: International Chamber of Commerce
<b>ICCA</b>	: International Council for Commercial Arbitration
<b>ICSID</b>	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
<b>InULR</b>	: Inonu University Law Review
<b>IWR</b>	: Internationales Wirtschaftsrecht
<b>Kap.</b>	: Kapital
<b>Konkordat</b>	: Concordat Suisse sur l'arbitrage
<b>LCIA</b>	: London Court of International Arbitration
<b>MüKoZPO</b>	: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
<b>MTK</b>	: 4686 Milletlerarası Tahkim Kanunu
<b>m.</b>	: Madde
<b>N./Nr.</b>	: Nummer/Numara/Kenar Numarası
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>PPIL</b>	: Public and Private International Law Bulletin
<b>pp./p.</b>	: Page
<b>para</b>	: Paragraph
<b>Rdn.</b>	: Randnummer
<b>RIW</b>	: Recht der Internationalen Wirtschaft
<b>schw</b>	: schweizerisch, -e
<b>SchKonK</b>	: Konkordat
<b>SchwIPRG</b>	: Schweizerisches Gesetz über das internationale Privatrecht
<b>SchwZPO</b>	: Schweizerische Zivilprozessordnung
<b>UKlaG</b>	: Unterlassungsklagengesetz
<b>UNCITRAL</b>	: United Nations Commission for International Trade Law
<b>UNCITRAL MK</b>	: UNCITRAL Model Kanunu
<b>Vol.</b>	: Volume

<b>Y.</b>	: Year
<b>ZZP</b>	: Zeitschrift für Zivilprozess
<b>ZZPInt</b>	: Zeitschrift für Zivilprozess International
<b>§</b>	: Paragraph

## BIBLIOGRAPHY

### Printed Resources/Books And Articles

- ADEN Menno, **Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC - DIS - Wiener Regeln – UNCITRAL - LCIA**, 2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck oHG, 2003.
- AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 5th Edn, İstanbul, Vedat, 2020.
- ALANGOYA Yavuz, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1973.
- ALEXANDER Martin, **Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im E-commerce sowie außergerichtliche Streitbeilegung**, in Schriftenreihe Studien zum internationalen Privat- und Zivilprozessrecht sowie zum UN-Kaufrecht; Band 14, Hamburg, Verlag Dr. Kovač GmbH Fachverlag für Wissenschaftliche Literatur, 2006.
- BAYATA CANYAŞ Asli, **UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu**, Ankara, Adalet, 2016.
- BELLIG Jan-Frederik, **Die Jurisdiktion *rationae materiae* der ICSID-Schiedsgerichte: Unter besonderer Berücksichtigung des Investitionsbegriffes des Weltbankübereinkommens vom 18.03.1965**, in Hamburger Studien zum Europäischen und Internationalen Recht; Herausgegeben von Thomas Bruha, Meinhard Hilf; Hans Peter Ipsen, Rainer Lagoni, Gert Nicolaysen, Stefan Oeter; Band 47, Berlin, Duncker & Humboldt GmbH, 2008.
- BERGER Klaus Peter, **Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration**, Second Edition Volume I: Case Study and Interactive DVD-ROM, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International BV, Center for Transnational Law (CENTRAL); Wolters Kluwer Law & Business (Firm), 2009 (*Private Dispute Resolution*).
- BERGER Klaus Peter, **Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: Verfahrens- und materiellrechtliche Grundprobleme im Spiegel moderner Schiedsgesetze und Schiedspraxis**, in Recht des internationalen Wirtschaftsverkehrs; Band 103, (Herausgegeben von *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*)

- Norbert Horn), Berlin; New York, Walter de Gruyter, 1992 (*Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*).
- BERNER KOMMENTAR / STACHER, Marco (Hrsg.), **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung**, Band III Art. 353-399 ZPO, Art. 407 ZPO, Bern, Switzerland, Stämpfli Verlag AG, 2014 (*BK-Marrug, Chaney, SchwZPO*).
- BLESSING Marc, “The New International Arbitration Law in Switzerland: A Significant Step Towards Liberalism”, **Journal of International Arbitration**, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1988, Volume 5 Issue 2), (s. 9-82).
- BOCKSTIEGEL Karl-Heinz (Herausgegeben von/Edited by), **Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz (II): Das neue Recht ab 1. Januar 1989**, in Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen/German Institute of Arbitration; Band 1/II; Köln; Bonn; München, Carl Heymanns Verlag KG, 1989 (Das neue Recht).
- BORK Reinhard, “Einigungsgebühr für Schiedsrichter?”, **Neu Juristische Wochenschrift (NJW)**, 2. Halbband, 61. Jahrgang 2008, Heft 27, (pp. 1918-1921).
- BORN Gary B., **International Arbitration: Law and Practice**, First Edition, Kluwer Law International (Wolters Kluwer Law & Business), 2014.
- BOSCH Wolfgang, **Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren**, in Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Bd. 5, (Herausgegeben von Rolf Stürner und Gerhard Walter), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.
- BRINER Robert, “National Report – Switzerland”, in: Albert Jan van den Berg (ed), **Yearbook Commercial Arbitration 1989 - Volume XIV, Yearbook Commercial Arbitration**, Volume 14 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1989), (pp. 1-44) (*National Report*).
- BRINER Robert, “National Report for Switzerland (1978- 1982-1984) [ARCHIVED]”, in Pieter Sanders (ed), **Yearbook Commercial Arbitration 1978 - Volume III, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 3** (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1978) (pp. 181 – 206) (*Switzerland*).
- BUDAK Ali Cem / KARAASLAN Varol, **Medenî Usul Hukuku**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4th Edn, Ankara, Adalet, 2020.

- DAYINLARLI Kemal, “İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti”, *in: Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, (pp. 539-564).
- DEREN-YILDIRIM Nevhis, **Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, 1th Edn, İstanbul, Alkim, 2004.
- EHRICKE Ulrich, “Die Beschleunigung der Finalität von Schiedssprüchen nach dem neuen deutschen Schiedsverfahrensrecht”, **Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)**, 113. Band, Heft 4, 2000, (pp. 453-465).
- EKŞİ Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 sayılı HMK md. 407-444)**, 2th Edn., İstanbul, Beta 2019 (*HMK’nda Tahkim*).
- EKŞİ Nuray, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2003, Volume 23, Issue 1-2, (pp. 295-338) (*Milletlerarası Tahkim Kanunu*).
- EKŞİ Nuray, “Yargıtay Kararlarında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Zaman İtibariyle Uygulanması”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, Cilt: II, İstanbul, Beta, 2010, (pp. 1373-1388) (*Zaman İtibariyle Uygulanma*).
- ERDEM H. Arcümet, “Resolving International Trade Disputes Through Arbitration”, *in: Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, I. Cilt, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, (pp. 839-909).
- ERDOĞAN Celal, **Açıklamalı ve İctihathı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara, 1973.
- ERGÖNEN Onur, “10. Yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Uygulama Alanı”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Volume 7, Issue 20, Year 2011/3, (pp. 151-205).
- ERSEN PERÇİN Gizem, “MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme”, **Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan**, Vol. 40 Issue 2, 2020, (pp. 1053-1087).
- GULDENER Max, **Schweizerisches Zivilprozeßrecht**, Dritte verbesserte und vermehrte Auflage, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1979.
- GÜL Mehmet Akif, **New York Sözleşmesi Bağlamında Usuli Tenfiz Engelleri**, 1th Edn., İstanbul, On İki Levha, 2016.
- GÖKSU Tarkan, **Schiedsgerichtsbarkeit**, Zürich, Dike Verlag AG, 2014 (*Schiedsgerichtsbarkeit*).
- HAAS Ulrich, “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York June 10, 1958”, *in Practitioner’s*

- Handbook on International Arbitration**, Edited by Frank-Bernd Wiegand, 2002, p. 399 ff. (*Foreign Arbitral Awards*).
- HAAS Ulrich, “Die (neue) ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit”, in **ASA Bulletin, (Association Suisse de L’Arbitrage)**, 2012, Volume 30, Issue 2, (pp. 312-348) (*Sportschiedsgerichtsbarkeit*).
- HAAS Ulrich / BROSI Jeffrey, “Einseitige, insbesondere Testamentarische Schiedsklauseln nach der (geplanten) Reform zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit”, **Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)**, Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts 21. Band 2016, (pp. 323-349).
- HABSCHEID Walter J., “Das neue schweizerische Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht”, **Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)**, Heft 10, 34. Jahrgang, 1988, (pp. 766-772).
- HOFBAUER Simone, “Chapter 1, Part I: History of Arbitration”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013), (pp. 3-16).
- IŞIK Serpil, “İsviçre’de Hukuk Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözülmesi Kapsamında Tahkim ve Arabuluculuk ile İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun Önerdiği İsviçre Ticari Arabuluculuk Kurallarına Genel Bir Bakış”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD)/Inonu University Law Review (InULR)**, Volume 10 Issue 2, 2019, (pp. 452-469) (*İsviçre*).
- IŞIK Serpil, **MTK ve HMK Kapsamında Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022 (*İptal*).
- JEMIELNIAK Joanna, **Legal Interpretation in International Commercial Arbitration**, in *Law Language and Communication*; Farnham, England, Ashgate Publishing Limited, 2014.
- JERMINI Cesare / BERNARDONI Nicola, “Domestic Arbitration under the New Swiss Code of Civil Procedure”, in [Arroyo, Manuel (Edit.)], **Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide**, Kluwer Law International, (Wolters Kluwer Law & Business), 2013, (pp. 17-23).
- KALPSÜZ Turgut, “İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları”, **Yönetici, İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, Ankara, 1996, (pp. 341-379) (*Genel Esaslar*).
- KALPSÜZ Turgut, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Hakem Ücretine İlişkin Hükümleri İle Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği ve Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Hakkında Bazı Mülahazalar”, **Yargıtay Dergisi**, 2002/7, (pp. 451-459) (*Hakem Ücreti*).

- KALPSÜZ Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 2th Edn, Ankara, Yetkin, 2010 (*Milletlerarası Tahkim*).
- KARRER Pierre A. / ARNOLD Karl W. / PATOCCHI Paola Michele, **Switzerland’s Private International Law: Introduced, Translated and Annotated**, Second Edition, Deveter/Zurich, Kluwer Law and Taxation Publisher/Distribution of Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.
- KERN Carsten, **Schiedsgericht und Generalklausel; zur Konkretisierung des Gebots des fair and equitable Treatment** in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, *in* Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, (Herausgegeben von Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; Direktoren: Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann), Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.
- KESSLER Joachim, **Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsverfahren**, (Das Wissenschaftliche Taschenbuch) München, Wilhelm Goldmann Verlag, 1970.
- KOSTKIEWICZ Jolanta Kren / Markus Alexander R. / RADRIGO Rodriguez: **Internationales Zivilprozess 2011: Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO**, *in* Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, CIVPRO 1, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010.
- KRONKE Herbert / MELIS Werner / KUHN Hans (Hrsg.): **Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht**, 2. neu bearbeitete Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2017.
- KRUGER Wolfgang / RAUSCHER Thomas, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz**, Band 3, §§ 946-1117, EG ZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 5. Aufl.- München, C. H. Beck, 2017.
- LALONDE Marc, “The Post- arbitral Phase in North America and Western Europe”, *in* Albert Jan van den Berg (ed), **International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series**, Volume 6 (Kluwer Law International; Kluwer Law International 1994) (pp. 127- 164).
- LANGKEIT Jochen, **Staatenimmunität und Schiedsgerichtsbarkeit: Verzichtet ein Staat durch Unterzeichnung einer Schiedsgerichtsvereinbarung auf seine Immunität?**, *in* Abhandlungen zum Recht der internationalen Wirtschaft; Herausgeber: Professor Dr. Otto Sandrock unter Mitwirkung von Professor Dr. Bernhardt Großfeld, Reinhold Trinkner; Band 12, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1989.

- NUSSBAUM Werner, **Das schweizerische internationale Insolvenzrecht gemäss dem Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht und sein Umfeld in Europa, in Schweizer Studien zum Internationalen Recht/Études Suisses de Droit International; Herausgegeben von der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht/Publiées Par la Société Suisse de droit international; Fortsetzung der – Zürcher Studien zum Internationalen Recht-; Band/Voluma 63, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1989.**
- ÖZBAY İbrahim / KORUCU Yavuz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, HMK m. 407-444**, Ankara, 2016.
- ÖZTEKİN GELGEL Günseli, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, *in: Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II, İstanbul 2003, (pp. 1081-1093).
- PEKCANITEZ Hakan, “Tahkim Usulü İle İlgili İptal Sebepleri”, **ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri**, 14 Nisan 2014, Ankara, (pp. 85-106) (*Tahkim Usulü*).
- PEKCANITEZ Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Kasım 2005, (pp. 12-16) (*Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri*).
- PEKCANITEZ Hakan / YEŞİLIRMAK Ali, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, C. III, 15th Edn., İstanbul, On İki Levha, 2017.
- REAL Gustav K. L., **Der Schiedsrichtervertrag: Inhalt und rechtliche Regelung im deutschen Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken**, *in* Internationales Wirtschaftsrecht Bd. 3 (Hrsg. Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel), Köln; Berlin; Bonn; München, Carl Heymanns Verlag KG, 1983.
- REDFERN Alan / HUNTER Martin / [BLACKABY Nigel / PARTASIDES QC Constantine]: **Redfern And Hunter On International Arbitration (Student Version)**, 6<sup>th</sup> Edition, United States Of America, Oxford University Press, 2015.
- RUEDE Thomas / HADENFELDT Reimer, **Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993.
- RUTLEDGE Peter B., **Arbitration and the Constitution**, First Published, New York, Cambridge University Press, 2014.

- ROTH Marianne, **The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in Practitioner's Handbook on International Arbitration**, Edited by: Frank-Bernd Wiegand, 2002.
- SANDERS Pieter, "UNCITRAL Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future", **21 Arbitration International (Arb Int'l)**, no. 4, 443 (2005) (Arb Int'l (2005)).
- SAREIKA Wieland, **Die Gültigkeit von Schiedsgerichtsvereinbarungen nach kanadischem und deutschem Recht**, in *Bürgerliches Recht, Handels- und Verkehrsrecht*; Bd. 5 (Hrsg. Prof. Dr. Edgar Ruhwedel), Frankfurt am Mein; Bern; Las Vegas, Peter Lang Verlag, 1978.
- SARITAŞ Hatice, "4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları", **Sayıştay Dergisi**, Volume 16, Issue. 59, 2005, (pp. 141-157).
- SATMER Franz, **Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrens mangeln**, in *Schweizer Studien zum Internationale Recht (Etudes Suisses de Droit International)*; Herausgegeben von der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht; Fortsetzung der «Zürcher Studien zum Internationalen Recht» Band/Volume 89, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1994.
- SCHIFFER K. Jan, **Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: die erfolgreiche außergerichtliche Streitlösung; Praxishinweise, Bewertungshilfen, Schiedsordnungen Checklisten und Muster**, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1999.
- SCHILKEN Eberhard, **Zivilprozessrecht**, (Academia Iuris lehrbücher der Rechtswissenschaft), 7., neu bearbeitete Auflage, München, Verlag Franz Vahlen GmbH, 2014.
- SCHÜTZE Rolf A. / KRATZSCH Susanne / SCHUMACHER Hubertus / JAİSLİ KULL Nadja: in: Torggler, Helwig; Mohs, Florian; Schäfer, Friederike; Wong, Venus Valentina (Herausgeber): **Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland – Österreich – Schweiz**, 2. Auflage, Nomos Verlag; Verlag Österreich GmbH, Schulthess, Wien, 2017.
- SCHWAB Karl Heinz / WALTER Gerhard, **Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren**, 7., überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck Helbing & Lichtenhahn, 2005.



- SELÇUK Seyhan, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali**, Ankara, Yetkin 2018.
- SIEHR Kurt, **Das Internationale Privatrecht der Schweiz**, Zurich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2002.
- SÜRAL Ceyda, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, **DEÜHFD 2014, Volume XVI, Special Issue: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan**, Cilt II, İzmir, 2015, (pp. 1377-1411).
- SONNAUER Heinz, **Die Kontrolle der Schiesgerichte durch die staatlichen Gerichte**, Internationales Wirtschaftsrecht (IWR); Herausgegeben von Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel; Band 10, Köln; Bonn; München, Carl Heymanns Verlag KG, 1992.
- STEGER Christian, **Die Präklusion von Versagungsgründen bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche: eine Untersuchung im Rahmen des New Yorker übereinkommens**, in Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, StudIPR 344, (Herausgegeben von Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Direktoren: Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann), Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN-FİĞANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9th Edn, İstanbul, Vedat, 2020.
- ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 7th Edn., İstanbul, Beta, 2019 (*Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*).
- ŞANLI Cemal, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük Tarihinden Evvel Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu”, **Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 2003, Volume: 23, Issue: 1-2, (pp. 687-712) (*Milletlerarası Tahkim Kanunu*).
- TANRIVER Süha, **Medenî Usûl Hukuku, C. II, Üst Derece Yargılamaları, Kesin Hüküm ve Bertaraf Edilmesi, Diğer Hukuki Çareler, Geçici Hukuki Korumalar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ve İç Tahkim**, Ankara, Yetkin 2021.
- TURHAN M. Turgut, “İsviçre Devletler Hususi Hukuku Federal Yasa Tasarısı ve Milletlerarası Tahkim”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1984, Year: 4, Issue: 1, (pp. 32-39).
- ULUKUŞ BULUT Şaziye Tuba, **MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali**, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2018.

- UNGEHEUER Christina, **Die Beachtung von Eingriffsnormen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit**, (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 1857), Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1996.
- WAGNER Jürgen / PLUSS Adrian, “Neue Entwicklungen im schweizerischen Wirtschafts- und Steurrecht”, **Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)**, Heft 4, 2013, (pp 196-205).
- WALDER Hans Ulrich, **Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz: Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte Schiedsgerichtsbarkeit und weitere Fragen nach IPRG und Staatsverträgen**, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989.
- WALKER Hans Peter, **Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien**: (unter Berücksichtigung des Genfer Protokolls über die Schiedsklauseln vom 24. September 1923, der Abkommens von New York über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Jun. 1958 und des europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, Zurich, Verlag P. G. Keller, 1968.
- WIEBECKE Martin, “Switzerland” *in*: Carter, James H. (Ed.), **The International Arbitration Review, Seventh Edition**, United Kingdom, Law Business Research Ltd., 2016, (pp. 500-516).
- YEĞENGİL Rasih, **Tahkim (L’arbitrage)**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1974.
- YEŞİLIRMAK Ali, **Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde)**, 1th Edn., İstanbul, On İki Levha, 2011.
- YILMAZ Ejder, “Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişimi, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu”, **Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler**, İzmir Barosu, 5-6-7-8 Nisan 2000, (pp. 268-286).
- YILMAZ Ejder, “Hakem Kararlarının Denetimi”, (Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2009), *in* **Makaleler (1973-2013)**, C. 2, İstanbul, Yetkin 2014, (pp. 1805-1828) (*Hakem Kararlarının Denetimi*).

YILDIRIM Mehmet Kâmil, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, İstanbul, 2007, (pp. 337-360).

ZOLLER Richard [Begr.] / ALTHAMMER Christoph, **Zivilprozessordnung: mit FamFG (§§1-185, 200-270, 433-484), und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetz, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen: Kommentar**, 32. neu bearbeitete Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2018.

### **Electronic Resources**

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://beck-online.beck.de/Home>

<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/de>

<https://www.swisslex.ch/de/>



# # CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

(FREEDOM OF SPEECH AND INSULT TO THE PRESIDENT)

Arş. Gör. Tuan Işık \* \*\*

## ÖZ

Çalışmamızda, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu (TCK) m.299 Cumhurbaşkanına Hakaret suçuna dair yaptığımız incelemede, ilgili normun ifade hürriyetini bir hak olmaktan çıkararak bizi Kuzey yarımküre liberal demokrasilerinden uzaklaştırdığını ve tespit ettik. Öte yandan TCK m.299'un zımnen ilga olduğu yönündeki iddiaları da Anayasa Mahkemesinin (AYM) 2013 tarihli Sevim Akat kararında belirttiği gerekçeler çerçevesinde değerlendirerek TCK m.299'un uygulanma kabiliyetinin devam ettiğini, ancak uygulanmasının ihmâl edilmesi gerektiği sonucuna ulaştık. Çalışmamızda, Cumhurbaşkanına hakaret suçunu ifade hürriyetinin altında yatan rasyonel çerçevesinde değerlendirerek de lege feranda bir şablon hazırlamayı amaçlayarak ifade hürriyetinin felsefi boyutlarına yoğunlaştık. Bu bağlamda çalışmamız, ceza normlarının ifade özgürlüğüne vurduğu prangaların, demokratik bir toplum düzenindeki meşruiyetini sorgulamayı amaçlamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İfade Hürriyeti, Hakaret, Cumhurbaşkanı, Dekriminalizasyon, Soğutucu Etki

## ABSTRACT

In our assessment of the Article 299 of the Turkish Criminal Code we have concluded that Turkey has been drifting away from the northern hemisphere's liberal democracy understanding. On the other hand, we have also determined that in the light of the case of law of Turkish Constitutional Court, implementation of this norm must be disregarded. We focused on philosophical aspects of freedom of speech and examined said norm in the framework of the underlying rationale of this freedom. In the context, the

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.02.2022. İlk hakem raporu tarihi: 01.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 20.07.2022. Onaylanma Tarihi: 20. 07.2022

\* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8371-5380.

**Eser Atf Şekli:** Tuan Işık, "Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ve İfade Özgürlüğü", YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.735-774.

*study aims to serve as a reference point in aiding Turkey to get rid of these obstacles in her way to democratization.*

**Keywords:** *Freedom of Speech, Insult, President, Decriminalisation, Chilling Effect*

\*\*\*

## GİRİŞ

İfade hürriyeti demokratik bir toplum düzeninin mihenk taşıdır. Gerçekten, devletin işlem ve eylemleriyle sürekli olarak bir münasebet içerisinde olan bireylerin bunlar hakkındaki düşüncelerini açıklayabilmeleri, şiddet kullanma tekeline sahip olan devlete karşı önemli bir güvencedir. Ancak bu düşünceler çoğu zaman eleştiri formunda olduklarından bazı siyasi hassasiyetlerin arzusuyla devletin manevi şahsiyetini koruma kisvesi altında sınırlanmak istenmektedir.

Devletin manevi şahsiyetine dair önemli bir norm da bizim çalışmamızın da ana temasını oluşturan Türk Ceza Kanunu'nun 299'uncu maddesidir. İlgili norm uyarınca Cumhurbaşkanı'na hakaret fiili bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Ayrıca bu fiil alenen işlenirse de verilecek ceza altıda bir oranında arttırılabilir. Cumhurbaşkanı'nın devlet ve milletin başı olarak saygın bir konumu işgal ettikleri açıktır. Ancak bu saygınlığın devletin şiddet aracı olan ceza hukuku tarafından sağlanıp sağlanmaması gerekliliği, özellikle demokratik kültür ve teamüllerin belirli bir olgunluğa erişmesiyle birlikte sorgulanır duruma gelmiştir. Gerçekten, demokratik toplum düzenlerinde devlet başkanları artık yüce ve/veya kutsal sayılmadığından liberal demokrasilerde ceza hukuku korumaları meşru görülmemekte, yalnızca özel hukukun öngördüğü imkânlar ile yetinilmektedir. Bu tercihteki isabet, TCK m.299'un son zamanlardaki uygulanış biçimi incelendiği zaman açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda çalışmamızın ilk bölümü, ifade hürriyetinin demokratik bir toplum düzenindeki konumunu ceza hukukunun son çare olma özelliği çerçevesinde tespit etmeye çalışacaktır. Çalışmamızın ikinci kısmında ise devlet başkanlarına özel korumalar getiren ceza hukuku müeyyidelerine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatları incelenecek ve soğutucu etki doktrini açıklanacaktır. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise TCK m.299'un uygulanabilirlik sorunu değerlendirilecek ve Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin 5'inci fıkrası ışığında bu normun uygulanmasının ihmâl edilmesi gereği formüle edilecektir.

## I. Eleştiri ve İfade Hürriyeti

### A. Genel Olarak

Eleştirinin hareket alanı, ifade hürriyetinin tabi olduğu hukuksal rejimi ve genel olarak yürürlükteki siyasal sistemin demokratikliğini belirlemekte büyük önem taşır.<sup>1</sup> Çünkü devlet adamlarının ve kamu politikalarının eleştirilmesi demokrasinin merkezinde yer alır.<sup>2</sup> Diğer taraftan eleştiri, devletin tekelinde bulundurduğu ve bireyler üzerinde benzersiz etkiler doğurabilen meşru şiddet ayrıcalığını<sup>3</sup> denetleme fonksiyonu görür.<sup>4</sup> Dolayısıyla denetimin de benzersiz etkiye maruz kalacak olan bireylerin iradesine, yani kamuoyu iradesine dayanması gerekeceğinden kuşku duymamak gerekir.<sup>5</sup> Zira yasama ya da yürütmeye olsun hiçbir siyasi ilerleme, hiçbir reform, idarecilerden kaynaklanmamıştır: bunların kaynağı, gücün kötüye kullanıldığını fark ederek onu kınayabilen ve bu durumun nasıl düzeltilebileceğini söyleyebilen cesur kişilerdir.<sup>6</sup> Bu da serbest bir kamuoyunun oluşturularak bütün seçeneklerin tartışılmasının sağlanmasına bağlıdır.<sup>7</sup> Bu şekilde bireyler, demokratikleşme sürecinde etkin rol sahibi hâline gelecekler ve farklı görüşlerin açıklanması ile sistemdeki hatalar görülerek düzeltililebilecektir.<sup>8</sup> O hâlde demokrasinin işlevselliği, bireylerin geleceklerinin tayini ile ilgili bütün açıklamalarının korunmasına bağlıdır. Bu bağlamda eleştiri, hem ifade hürriyetinin içinde somutlaşmış olan bir denetim mekanizmasıdır hem de demokrasi sürecini koruyan bir araçtır. Eleştirinin hareket alanını daraltan uygulamaların doğuracağı tehlikeler ifade hürriyetine müdahaleyi meşru gören yazarların dahi zamanında<sup>9</sup> dikkat

<sup>1</sup> Türkan Sancar, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2006, s. 211.

<sup>2</sup> ibid, s. 211.

<sup>3</sup>Vincent Blasi, “The Checking Value in First Amendment Theory”, *American Bar Foundation Research Journal*, C.2, S.3, Y.1977, s. 521.

<sup>4</sup>ibid, s. 527.

<sup>5</sup>ibid, s. 539.

<sup>6</sup>Charles Cooper Townsend, “The English Law Governing and the Right of Criticism and Fair Comment”, *American Law Register*, C.39, S.8, Y.1891, s. 517.

<sup>7</sup>Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 491.

<sup>8</sup>ibid, s. 491.

<sup>9</sup>“...bu özgürlük demokrasinin ‘olmazsa olmaz’ şartıdır. Çünkü, ifade özgürlüğü, toplumda kanaat oluşumunun ve kamusal tartışmanın varlığını mümkün kılar; bu ise, demokrasinin hedeflerinin gerçekleşmesi bakımından vazgeçilmezdir. Ayrıca, ifade özgürlüğü bireyin gelişimine hizmet eder. Denilebilir ki özgür ve özerk kişilik özgür ifadeyle devam edebilir. Bu noktadan hareketle kişinin paternalist himayeciliğe ihtiyacı olduğunu varsaymak onun sadece iradesine ve tercih özgürlüğüne değil, aynı zamanda insan olarak onur ve kişiliğine de saygısızlık etmek olduğu sonucuna varılabilir. Düşünceleri açıklama özgürlüğünün

çektığı konulardan olmakla birlikte yakın geçmişimizdeki örnekler bunları somutlaştırmaktadır.<sup>10</sup>

Diğer taraftan ifade hürriyeti yalnızca demokrasiyi koruyan bir işleve sahip değildir. Aynı zamanda demokratik kültürü de geliştirir.<sup>11</sup> Bir başka ifade ile sorgulama, şüphe duyma, inisiyatif alma ve kötülük ile yüzleşme gibi bir toplumun demokratik kültürüne ait karakteristik özellikler de beslenir.<sup>12</sup>

Görüşlerine aynen katıldığımız Sancar’a göre:

*“...Eleştiri özgürlüğünün; kamu görevlilerinin efendileri olan halk çoğunluğuna karşı tam anlamıyla sorumlu kamu hizmetçileri olarak kalmalarını mümkün kıldığı söylenir ve bir demokraside liderlerin halkın arzularına hizmet etmek üzere iktidarda olduğu hatırlatılır. İktidarın hizmetçi rolü, liderleri ve yöneticileri reddetme ve eleştirme hakkının tanınmasını zorunlu kılar...Yönetimi eleştirme özgürlüğü, yönetim organizasyonlarının kendilerini devam ettirme yönündeki canlı içgüdüleri üzerinde bir denetimdir aynı zamanda. Bu bağlamda devlet adamlarının*

---

önemini vurgularken bir başka gerekçe de şudur: her türlü fikrin serbestçe yayılması hakikatin galip gelmesiyle sonuçlanacaktır Her türlü fikir serbest piyasada bir biriyle yarışmaktadır ki ‘gerçek’ ortaya çıksın. Şayet bu rekabete izin verilirse doğru fikirler eninde sonunda galip gelecektir. Öte yandan, faydacı bir açıdan bakıldığında bile düşünce özgürlüğü gerekmektedir. Zira, bir fikri yasaklamakla, onu akılcı yoldan eleştirme ve yanlışlığını ortaya çıkarma fırsatlarını da büyük ölçüde ortadan kaldırmış yani yasaklanan fikir bir avantaj sağlamış olacaktır. Nitekim, gerçek hayattan da bildiğimiz gibi. Yasaklamak çoğu kez, sağlam olmayan görüşlere ve onların sahiplerine haksız bir çekicilik ve kısmen itibar da sağlamaktadır. Nihayet, fikirlerin ifadesini yasaklamak, pratik olarak da işe yaramamaktadır. Çünkü bütün görülenlerin doğruladığı gibi yasaklanan görüşler ortadan kalkmamakta aksine kendini ifade edecek başka yollar bulmaktadır. Bu yolların en sık görüleni ve en tehlikelisi barışçı olmayan ifade biçimlerine yönelmeleridir.” Burhan Kuzu, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü Alanında Geldiğimiz Nokta”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C.59, S.1-2, Y.2001, s. 247.

<sup>10</sup>Bu konudaki en somut örnek şüphesiz “Tedbirler Kanunu” olarak da bilinen “Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun” dur. 22 Şubat 1962 tarihindeki darbe girişiminden sonra hükümetin toplum üzerindeki kontrol kabiliyetini artırmaya yönelik yürürlüğe konulan bu kanunla, TBMM konuşmalarının kaldırılması, Demokrat Parti hakkındaki konuşmaların yasaklanması gibi ifade ve eleştiri hürriyetini çok ciddi sınırlayan bir süreç yaşanmıştı. Bkz. Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 38, Kabul Tarihi: 05.03.1962, RG 07.03.1962/11053.

<sup>11</sup>Jack Balkin, “Cultural Democracy and the First Amendment”, *Northwestern University Law Review*, C.110, S.5, Y.2016, s. 1054.

<sup>12</sup>Lee G. Bollinger ve Geoffrey R. Stone, *Eternally Vigilant*, University of Chicago Press, Chicago 2018, s. 62.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



*halka karşı sorumlu ve duyarlı olma görevlerini bir kere daha vurgulamak gerekir.*"<sup>13</sup>

Tüm bu açıklamalardan sonra eleştirinin yalnızca demokratik toplum düzeninin güvencesi değil aynı zamanda bireylerin ödevi olduğu da anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, genel anlamda ifade özel anlamda ise eleştiri hürriyetinin sınırları genişletilmelidir. Aksi hâlde insanlar, "yanlış olanı doğru ile değiştirme imkânından mahrum edilirler."<sup>14</sup>

İfade hürriyeti, yalnızca genel olarak hoş karşılanan görüşlerin açıklanması değil aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini gücendiren veya rahatsız eden görüşlerin açıklanmasını da kapsar. Çünkü ifade hürriyeti, kurulu düzene karşı bir rahatsızlık yarattığı ve toplumu kızdırdığı zaman amacına hizmet etmiş olur.<sup>15</sup> Zira bunun esas amacı, demokrasinin sağlığı için gerekli olan eleştiri hürriyetinin güvencesini sağlamaktır. AYM'de aynı görüştedir.<sup>16</sup> Bu durum, demokratik toplum düzeninin unsurları olan çoğulculuk, tolerans ve açık görüşlülüğün gereğidir. İfade hürriyeti sadece olağan karşılanan, zararsız ya da önemsiz görülen ifadeleri değil, bunun yanında devlet ve toplumun belirli bir kısmına aykırı gelerek bunları rahatsız eden, hatta bunları şoke edebilen görüşler için de geçerlidir.<sup>17</sup> Ancak Cumhurbaşkanına hakareti düzenleyen TCK m.299 gölgesinde ifade hürriyetinin demokratik bir hak olmaktan çıkarak Cumhurbaşkanının eleştirilmezliği esasına dayanan sınırlı bir hoşgörü

<sup>13</sup>Sancar, s. 211.

<sup>14</sup>"...Bir düşüncenin susturulması insan ırkına karşı, başka bir deyişle, yaşayan nesle olduğu gibi gelecek nesillere karşı da bir haydutluktur. Bu, sadece o düşünceye katılanlara karşı değil, aynı zamanda o düşünceye katılmayanlara karşı da bir soygunculuk anlamına gelir. Şayet düşünce doğru ise, insanlar yanlış olanı doğru olan ile değiştirme imkânından mahrum edilirler. Şayet yanlış ise, o zaman da onlar hemen hemen aynı derecede büyük bir faydayı, yani gerçeğin yanlışlıkla çarpışması sonucunda daha açık ve net biçimde anlaşılmasını ve daha canlı bir etki yaratması fırsatını elden kaçırmış olurlar..." John Stuart Mill, Hürriyet Üstüne (çev. M. Osman Dostel), Liberal Düşünce Topuluğu, Ankara 2003, s. 57; Sancar, s. 211; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 491.

<sup>15</sup>Terminello v. Chicago 337 U.S. 1 (1949), 16.05.1949, www.supreme.justia.com (E.T: 01.04.2021)

<sup>16</sup>"...ifade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir. Bu nedenle, düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır..." Anayasa Mahkemesi, 2014/12151, 11.06.2015 § 64.

<sup>17</sup>Handyside v. Birleşik Krallık, B.No: 5493/72, 12.06.1976, § 49 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 02.04.2021)

olduğu son zamanlarda açılan kamu davalarının hacminden de anlaşılmaktadır.<sup>18</sup>

Liberal demokrasi anlayışında sınırlama istisna, özgürlük ise esastır. Hukukun amacı, insan haklarını ve dokunulmaz özgürlükleri baskı altına almak değil, bunları özel veya kamusal süljelerin saldırılarına karşı eşit bir biçimde ve ayırım yapmaksızın korumanın aracı olmasıdır.<sup>19</sup> Dolayısıyla ceza hukuku, düşünce ayrılıklarını bastıran ve çoğulculuk ilkesiyle çatışan politik yapıdaki suçlardan arındırılmalıdır.<sup>20</sup> Bu sistemlerde devletin kutsallığı yer almadığından çoğulculuk ilkesi öne çıkmakta ve farklı yaşam tarzlarının meşruluğu kabul edilmektedir.<sup>21</sup> Keza devletin resmî ideolojisi bulunmadığından düşünce ve fikirler belirli kalıplara sıkıştırılmaz ve devletin özel olarak korunması gündeme getirilmez.<sup>22</sup> Bu gibi münhasır korumaların, ifade hürriyetinin demokrasiyi gerçekleştirme fonksiyonunu işlevsiz kılacağı açıktır. İfade açıklamalarının sürekli bir ceza tehdidi altında bulunması bunlar üzerinde kaçınılmaz olarak soğutucu etkiye neden olmaktadır. Dolayısıyla ceza müeyyideleriyle ulaşılmak istenen amaca hukukun öngördüğü daha az baskıcı olan araçlar ile ulaşılması, ifade hürriyetinin demokratik fonksiyonunun gerçekleşebilmesi için zaruridir. Bu bakımdan ceza hukukunun *ultima ratio* özelliği ve bu özelliğin Cumhurbaşkanına hakaret suçuyla olan bağlantısının ayrı bir başlık altında ele alınması gerekmektedir.

### **B. Ceza Hukukunun Ultima Ratio Özelliği**

Ceza hukukunun doğası gereği baskıcı olması buna karşı bazı güvencelerin getirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu bağlamda ceza hukukunun *ultima ratio* özelliği bir başka ifade ile ikincil olma esası bu

<sup>18</sup>2018 yılı içerisinde TCK m.299 ile ilgili olarak 5233 dava açılmıştır. Bkz. Adalet Bakanlığı, “Adli İstatistikler 2018”, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2018, <https://adlisicil.adalet.gov.tr> (E.T: 02.04.2021); Bazı meslektaşlarımız TCK m.299 yorumlanırken açılan dava sayısına değil verilen mahkûmiyet kararlarının sayısının esas alınması gerektiğine dikkatimizi çekmişlerdir. Çalışmamızda sıklıkla atıfta bulunduğumuz soğutucu etki, bizim bu görüşe katılmamızı mümkün kılmamaktadır. Her halde bu görüşü desteklememiz, çalışmamızın üzerine kurulu olduğu ifade hürriyeti anlayışını tepetaklak edecektir. TCK m.299’u eleştirirken referans noktalarımızın başında, bu normun yarattığı soğutucu etki gelmektedir. Soğutucu etkinin bulunduğu bir hukuk düzeninde ifade hürriyetinden bahsetmemiz zaten tutarlı olmayacaktır. TCK m.299 ile ilgili olarak açılan her bir dava, ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahip olması için yeterlidir.

<sup>19</sup>Sancar, s. 40.

<sup>20</sup>ibid, s. 40.

<sup>21</sup>ibid, s. 40-41.

<sup>22</sup>ibid, s. 41.

ihtiyacın bir tezahürüdür. *Ultima ratio*, ceza hukukunun ağır ve müdahaleci sonuçları nedeniyle bunun ancak son çare olması fikridir. Buna göre, ceza hukukunun sert tedbirlerine ancak hukuk düzeninde yer alan diğer araçların belli bir sosyal davranışı düzenlemede yetersiz kalması hâlinde başvurulabilir.<sup>23</sup> Öte yandan, bugünkü anlamıyla sosyal/liberal/muhafazakâr demokratik hukuk devleti ceza hukukunu sadece istediğimiz ya da tanı istediği veya daha önce hep uyguladığımız ya da bir sonuca ulaşmak için etkili bir yöntem olduğundan bahisle kullanmamıza izin vermez. Dolayısıyla bir ceza sistemi de ancak ahlaki ve rasyonel ölçütlere dayanması hâlinde haklı kılınabilir.<sup>24</sup> Bu zeminde cezalandırma, ancak cezaya liyakat (*blameworthiness*) ve cezaya ihtiyaç (*penal need*) şartlarının karşılanması durumunda kabul edilebilir.<sup>25</sup> Cezaya liyakat, bir davranışın zarar veya tehlike doğurmaya elverişli olmasından hareketle kınanabilir olması anlamına gelmektedir.<sup>26</sup> Her kınanabilir davranışın cezalandırılmasının gerektiği demokratik bir toplum düzeninde düşünülemez. Böyle bir davranışın, aynı zamanda toplumsal düzeni önemli ve ağır ölçüde ihlâl etmesi gerekir.<sup>27</sup>

Cezaya ihtiyaç ise, belirli bir amaca ceza hukukuna kıyasla daha az müdahaleci olan bir tedbirle ulaşılamaması durumudur.<sup>28</sup> Somut bir olayda cezaya ihtiyacın bulunduğu bahsedilebilmesi için her şeyden önce cezalandırma ile ulaşılmak istenen amaca diğer tedbirler ile ulaşmanın mümkün olmaması gerekir. İkinci olarak, bu davranış ile bozulan toplumsal düzenin ancak bu davranışın cezalandırılmasıyla yeniden tesis edilebileceğine dair bir inancın bulunması gerekir.<sup>29</sup> Dolayısıyla bir ceza normu gerçek bir ihtiyaca ve somut bir hukuki değer korunmasına hizmet etmelidir.<sup>30</sup> Eğer böyle arzulanan amaca ceza hukuku dışında, söz gelimi tazminat hukuku ile ulaşılabiliyorsa ve/veya ilgili fiilin bozduğu toplumsa

<sup>23</sup> Rudolf Wendt, “The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality”, *Onati Socio-Legal Series*, C.3, S.1, Y.2013, s. 81

<sup>24</sup> Nils Jareborg, “Criminalization As Last Resort (Ultima Ratio)”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, C.2, S.2, Y.2005, s. 521.

<sup>25</sup> *ibid*, s. 527.

<sup>26</sup> Ozan Ercan Taşkın, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C.15, S.1, Y. 2016, s. 59.

<sup>27</sup> Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.69, S.69, Y.2007, s. 55.

<sup>28</sup> Jareborg, s. 527.

<sup>29</sup> Sinan Kocaoğlu, *Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu*, Seçkin, Ankara 2019, s. 442.

<sup>30</sup> Taşkın, s. 71.

barış, fail cezalandırılmasa dahi tesis edilebiliyorsa o hâlde cezaya ihtiyaçtan söz edebilmek mümkün olmaz. Dolayısıyla kişilerin davranışları ile toplumsal barış arasında makul bir dengenin tesis edilmesinde diğer hukuk dallarının yetersiz kalıyorsa ceza hukukuna başvurulması haklı kılınabilir. Kaldı ki hukuk düzeninin akla gelen her türlü riski, her türlü davranışı bazı keyfi ölçütlerle kabul edilemez olarak nitelendirip yasaklaması da düşünülemez.

Sonuç olarak kanun koyucu bir davranış sahasını ceza hukuku ile düzenleyecekse, bunu gereklilik ve amaca uygunluk kriterlerini esas alarak yapmalı, eğer davranışın cezalandırılması gerekli değil ve/veya amaca uygun değilse, bir başka ifade ile farklı yöntemler ile aynı amaca ulaşabiliyorsa, o zaman ceza hukukuna son çare olarak başvurmalıdır.

#### 1. Cumhurbaşkanına Hakaret Fiilinin Suça Liyakatı ve Cezaya İhtiyacı

Hakaret, en dar şekilde olumsuz içeriği haiz bir düşünce açıklaması olarak tanımlanabilir.<sup>31</sup> Türk Dil Kurumu (TDK) ise hakaret kavramını “*onur kırma, onura dokunma ve küçültücü veya davranış*” olarak tanımlamaktadır.<sup>32</sup> Bu tanımlardan, hakaret suçu ile korunan hukuki değerler esasen kişilerin onuru, şerefi ve saygınlığı olduğu anlaşılmaktadır.<sup>33</sup> Şüphesiz, diğer kişiler gibi Cumhurbaşkanının da onuru, şerefi ve saygınlığı korunmaya muhtaç bir değerdir. Şüpheli olan husus, bu değerler ceza hukuku tarafından korunma gerekliliğidir. Bir davranışın ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulması, toplumsal barış ve güvenlik bakımından zorunluluk teşkil etmelidir.<sup>34</sup> Zira ceza hukukuna özgü yaptırımlar, kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakabilen oldukça ağır sonuçlara sahiptir.

Demokratik bir toplum düzeninde, Cumhurbaşkanlığı makamının şerefi gibi salt ideolojik motivasyon içeren fikirlerin ceza hukukunca korunması gereken değerler arasında yer aldığını söylemek güçtür. Şeref ve haysiyet gibi kavranması zor, soyut kavramların ceza hukukunun ilgi alanına girmesinin gerektiği de doğal olarak söylenemez.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Kocaoğlu, s. 443.

<sup>32</sup> TDK Türkçe Sözlük: “1. Onur kırma, onura dokunma. 2. Küçültücü söz veya davranış.” <http://tdk.gov.tr/> (E.T: 02.04.2021).

<sup>33</sup> Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet, Ankara 2019, s. 486; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat R. Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 597.

<sup>34</sup> Taşkın, s. 65.

<sup>35</sup> Kocaoğlu, s. 446.

Öte yandan, “*ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.*”<sup>36</sup> Bir başka ifade ile zamanın geçmesi ile kurallar (ihtiyaçlar) da değişir.<sup>37</sup> Dolayısıyla ceza hukuku açısından yaptırım altına alınan ve cezalandırılan eylemler, toplumsal yaşamın devamı bakımından katlanılmaz seviyede olmalıdır.<sup>38</sup> Kanımızca Cumhurbaşkanı hakaret, günümüz toplumunda cezalandırılması gereken veya toplumsal yaşamın devamı bakımından katlanılmaz seviyede bir fiil de değildir. Zira devletin başı artık kutsal olmadığı gibi<sup>39</sup> korunmak istenen hukuki değer mukayeseli örneklerde olduğu gibi özel hukuk araçlarıyla da korunmaya elverişlidir. Bu noktada izin verilen ve verilmeyen risklerin, sosyal uygunluğa göre ayrımının yapılması gerekir.<sup>40</sup> Mukayeseli hukuktaki uygulama, hakaret fiilinin para cezası ve kamuya yararlı hizmet gibi alternatif formüller ile çözüme kavuşturulması ve bazı sistemlerde bunların suç olmaktan çıkarılarak (*decriminalisation*) bu tür uyuşmazlıkların özel hukuk hükümleriyle çözüme kavuşturulması eğilimindedir.<sup>41</sup> Bununla birlikte, bazı

<sup>36</sup> Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, 2. Baskı, KTB, İstanbul 2008, s. 79.

<sup>37</sup> Bu noktada kısa bir alegori yaparak ifademizi somutlaştırmak isteriz: Fransız ressam Pierre Mignard I (1612-1695) ünlü eseri “Chronos Cutting Cupid’s Wings” de, zaman tanrısı Kronos, aşk tanrısı Cupid’in kanatlarını keser. Mignard, zamanın yavaşça aşkı öldüreceğini tasvir etmektedir. Biz de Mignard’dan esinlenerek zamanın, kanunları yavaşça öldüreceğini ve değişimi tetikleyeceğini ifade ediyoruz.

<sup>38</sup> Kocaoğlu, s. 447.

<sup>39</sup> İlk anayasamız Kânun-ı Esâsî’nin 5’inci maddesine göre: “Zatı hazireti Padişahinin nefsi hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür.” Görüldüğü üzere, devlet başkanın kutsal olduğu görüşü, İmparatorluk döneminin toplumunda ceza müeyyidelerince korunmaya muhtaç bir değer olarak ele alınıyordu. Ancak 21.YY toplumunda devlet başkanlarını tabir caizse kutsallaştıran korumalar, demokrasi kültürü ile bağdaşmamaktadır. Görüşlerine aynen katıldığımız Erem’e göre bu gibi düzenlemeler “krallık dönemlerini kalıntısı olarak devam etmekte, demokratik bir ülke için Anayasalara uygun düşmemektedir.” Faruk Erem, “Cumhurbaşkanına Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.1, Y.1991, s. 13; “Devlet başkanına yönelen hakaret fiillerinin suç olarak düzenlenmesi geleniğinin kökeni Roma hukukuna dayanmaktadır. Latince orijinali Laesa maiestas şeklinde tanımlanan kurum sayesinde, özellikle Cumhuriyet sonrası geç dönem Roma İmparatorluğu’nda imparatorlar, cumhuriyet rejimine yönelik özelemleri yok etmek üzere kendi şahsiyetlerini devlet ile bütünleştirmek suretiyle, kendilerine yönelik her eleştirinin devlete karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmesini sağlamışlardır.” Hasan Sınar, “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.10, S.27, 2015, s. 29.

<sup>40</sup> Kocaoğlu, s. 447.

<sup>41</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kocaoğlu, s. 449-455; “Hakaret fiillerinin suç olmaktan çıkartılmasını savunan bu anlayış, esas itibarıyla iki temel gerekçeye dayanmaktadır. Bunlardan ilki, hakaret fiilinin bir suç olarak düzenlenmesinin günümüz şartlarında artık

ülkelerde devlet başkanına hakaret prensip olarak suç olarak kabul edilmesine karşılık bu düzenlemeler fiilen uygulanmamaktadır.<sup>42</sup>

Eleştiri ve eşyanın tabiatı gereği ifade hürriyeti, çoğulcu ve demokratik bir toplum düzeninde demokrasi çarkının dönmesini sağlayan hem toplumsal bir yarardır hem de demokratik sistemlerin temel ilkesidir.<sup>43</sup> Dolayısıyla hukuk düzeni, eleştiri ve ifade hürriyetini sınırlayan ceza müeyyidelerine son çare olarak başvurmalı (*ultima ratio*) ve bunun sınırlarını evrensel hukuk ilkelerine ve uygulamalarına paralel çağdaş ve demokratik normlar ile düzenlemelidir.

meşru bir amaca hizmet etmediği düşüncesidir. Buna göre kaynağını Roma hukukundan alan, geçmişte 1275 İngiliz De Scandalis Magnatum Yasasında ve modern çağda ise 1881 Fransız Basın Kanun'nda düzenlenen yalan ifadeler ile kişilerin şerefine leke sürülmesi fiilin bir suç olarak düzenlenmesinin ardında yatan temel düşünce, geçmiş dönemin şartlarında yaygın bir yasal usul olan meydan okuma ve düelloların önlenmesidir. Hakaret fiilinin devlet tarafından bir suç olarak düzenlenmesi suretiyle, kişinin şeref ve haysiyetine yönelen saldırıya karşı bu şekilde kamu düzenini bozucu bir bireysel tepki vermesinin önüne geçiliyor ve onun yerine devlet bu fiili ceza yaptırımı ile karşılayarak, hem saldırıya uğrayan tarafı tatmin eden hem de kamu düzenini koruyan bir yöntem geliştirmiş oluyordu. Ancak tarihsel süreçte alımı olan düello ve benzeri uygulamaların bugün ortadan kalkmış olduğu göz önüne alındığında modern çağda bireysel şeref ve haysiyeti ihlal eden fiillerin suç olarak düzenlenmesine artık gerek bulunmadığı ileri sürülmekle birlikte...şeref ve haysiyete yönelen fiillerin ceza mevzuatlarında yer almasının meşru bir amaca hizmet etmediğini savunan anlayış, bu durumu eleştirerek bu suçların bugün için, şeref ve haysiyetin korunması adı altında özellikle egemen iktidar düzenine yönelen muhalif eylem, tutum ve ifadelerin sindirilmesinde bir baskı aracı işlevini gördüğünü ve meşru bir amaca hizmet etmekten çıktığını...kişinin şeref ve haysiyetinin korunmasının ceza hukukunun işlevi dışında kaldığını ileri sürmektedir. Buna göre, kişinin şeref ve haysiyetine yönelen fiillerin hukuk düzeni içerisinde bir haksız fiil olarak düzenlenmesi ve özel hukuk yaptırımlarına konu olması gerekli ve yeterli bir uygulama olacaktır” Hasan Sınar, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Eğilimi Yönünde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9, S.24, Y.2014, s.75; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 1577 (2007) sayılı kararında, genel olarak “üye devletlerin hakaret için öngördüğü hapis cezalarının derhal kaldırılması” (para 17.1.), “yalnızca şiddete çağırısı, nefret söylemi ve tarihin çarpıtılması suçlarının hapisle cezalandırılması” (para 17.5.) ve özel olarak Türkiye ve Fransa’nın “ceza kanunlarında kamu görevlilerine tanıdıkları ayrıcalıklı korumanın kaldırılması” çağırısı yapmıştır § 17.6.1-17.6.2 <https://pace.coe.int/en/> (E.T: 05.04.2021).

<sup>42</sup> Sınar, 2015, s. 32.

<sup>43</sup>“...Siyasi tartışma özgürlüğü, Sözleşme boyunca esas olan demokratik toplum konseptinin merkezinde yer alır...” Lingens v. Avusturya, B.No: 9815/82, 08.07.1985, § 42 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) (E.T: 05.04.2021).

## 2. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ve Cumhurbaşkanlığı Makamının Saygınlığı

Kanun koyucu, ceza müeyyidesi uygulayacağı davranışları belirlerken öncelikle bu müeyyideler ile korunmaya muhtaç olan değerlerin tespitini yapar.<sup>44</sup> Dolayısıyla kişinin maddi bütünlüğü yanında manevi bütünlüğü, yani “ferdin vakarı” da ceza müeyyidelerince korunmaya muhtaç bir başka değer olarak kabul edilmektedir.<sup>45</sup> Hakaret suçlarıyla korunan hukuksal değer genel olarak kişinin şerefidir. TDK, şeref kavramını “Başkasının, birine gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, onur: Toplumca benimsenmiş iyi şöhret” olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan şerefin monist bir değer olduğu, bir başka ifade ile kişinin toplum nezdindeki itibari anlaşılrsa da bizim de katıldığımız ve doktrindeki hâkim görüş, bunun düalist bir değer olduğu, yani kişinin yalnızca toplum nezdindeki itibari değil aynı zamanda kendine karşı beslediği içsel değeri de içerdiği, dolayısıyla kişinin hem içsel hem de dışsal maneviyatını koruduğudur.<sup>46</sup> Hakaret fiilini düzenleyen TCK m.125’in 1’nci fıkrası şerefin yanında onur<sup>47</sup> ve saygınlık<sup>48</sup> değerlerini de kümülatif olarak düzenleyerek bu görüşü doğrulamaktadır. Dolayısıyla, hakaret fiillerinin suç sayılmasıyla bir kimsenin şerefine yapılan saldırının onun duyacağı keder ve toplum nezdindeki sosyal değer arasında özdeşlik kurularak kolektif bir koruma düzeni yaratıldığı anlaşılmaktadır.

Pozitif hukuk tarafından cezai müeyyidelerce korunmaya muhtaç bir değer olarak ele alınan şerefe yönelik saldırıların bir kısmı yalnızca insan şerefinin ihlali dolayısıyla yaptırıma bağlanırken diğer kısmı ise şereften bağımsız bazı değerlere verilen zararları nedeniyle yaptırıma bağlanmıştır.<sup>49</sup> Bu çerçevede “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçu, TCK’nın sekizinci bölümünde yer alan “Şerefe Karşı Suçlar” bölümü yerine “Devletin Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümde düzenlenerek esas itibariyle devlet organı olan Cumhurbaşkanlığı

<sup>44</sup> Kocaoğlu, s. 447.

<sup>45</sup> Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2000, s. 429.

<sup>46</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, s. 597; Artuk ve Gökçen, s. 486; Erem ve Toroslu, s. 429.

<sup>47</sup> TDK Türkçe Sözlük: “İnsanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis.” <http://tdk.gov.tr/> (E.T: 05.04.2021).

<sup>48</sup> TDK Türkçe Sözlük: “Saygı görme, değerli, güvenilir olma durumu, itibar, prestij.” <http://tdk.gov.tr/> (E.T: 05.04.2021).

<sup>49</sup> Artuk ve Gökçen, s. 495.

makamının saygınlığının korunması fikrinin esas alındığı anlaşılmaktadır. AYM ve Yargıtay'ın bazı kararlarında bu durum ifade edilmektedir.<sup>50</sup>

İlgili kanun maddesi uyarınca:

(1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

Kanımızca TCK m.299, esasen Cumhurbaşkanlığı makamını değil Cumhurbaşkanı olan kişiye koruma sağlayan özel bir düzenlemedir. Cumhurbaşkanlığı makamının saldırıya uğrayan varlığı, Cumhurbaşkanının şahsiyetinde somutlaşır. Dolayısıyla suçun mağduru da doğrudan doğruya kendisi olmaktadır. Dolayısıyla suç, mağdur yönünde mahsus suçtur.<sup>51</sup>

Kaldı ki Cumhurbaşkanlığı makamı, devlet tüzel kişiliğinin bir görünümüdür. Tüzel kişiler hakaret suçunun mağduru olamazlar.<sup>52</sup> Aksi bir yorum, Cumhurbaşkanı olan kişi ile devlet tüzel kişiliğinin birleşeceği manasına gelir ki bu da demokrasi bakımından fevkalade sakıncalıdır. Yargıtay 16. Ceza Dairesi (C.D.) de bu görüşümüzü destekleyen bir

<sup>50</sup> “Cumhurbaşkanının Devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Türk Milletinin birliğini temsil etmesi, Anayasa’da belirtilen görev ve yetkileri ile temsil ettiği değerler göz önüne alındığında, Cumhurbaşkanına karşı gerçekleştirilen hakaret suçunun sadece kendi kişiliğine karşı değil, Cumhurbaşkanının temsil ettiği değer ve fonksiyonları da ihlal etmiş olacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, belirtilen hususları göz önüne alarak onun kişiliğine yöneltilen eylemin aynı zamanda Devlete karşı gerçekleştirilen suçlardan sayılması gerektiğinden hareketle, Cumhurbaşkanının kişiliğine karşı işlenmiş olsa da bu suçu kamu görevlilerine hakaret suçundan ayırarak ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Buna uygun olarak da, Cumhurbaşkanına hakaret suçu 5237 sayılı TCK’nın; ‘Şerefe Karşı İşlenen Suçlar’ bölümünde değil, ‘Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler’ başlıklı Dördüncü Kısımın, ‘Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar’ başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir” Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016, § 14; “...T.C. Anayasasının 104/1 maddesine göre, Cumhurbaşkanı devletin başıdır ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. Bu nedendir ki Cumhurbaşkanına hakaret suçu, kişilere ve şerefe karşı suçlar içerisinde değil Devlete karşı işlenmiş suçlar bölümünde düzenlenerek Devleti temsil eden Cumhurbaşkanlığı makamının saygınlığının korunması amaçlanmıştır...” Yargıtay 16. CD, 1480/444, 22.06.2016 www.hukukmedeniyeti.org (E.T: 05.04.2021).

<sup>51</sup> Berrin Akbulut, “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Sövme Suçu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı*, C.1, S.1, Y.1995, s. 271.

<sup>52</sup> Erem ve Toroslu, s. 436; Artuk ve Gökçen, s. 495; Karşı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, s. 601 vd.



kararında bu suçun mağdurunun makamı temsil eden gerçek kişi olduğunu ifade etmiştir.<sup>53</sup>

Diğer taraftan, Cumhurbaşkanlığı makamının saygınlığının korunması amacına genel hakaret suçunun nitelikli hâli olan TCK m.125/3(a) ile ulaşılabiliyorken TCK m.299'da görev şartının hiç aranmamış olması, ceza hukukuna makul bir sebep bulunmuyorken daha geniş bir hareket alanı sağlamakta ve makamın saygınlığının korunması fikriyle çelişen bir durum yaratmaktadır.<sup>54</sup> Bu bakımdan ifade hürriyetine yapılan müdahalenin orantılı olduğunu söyleyebilmek güçtür. Oysa görev şartı aranmış olsaydı, TCK. m.299'u uygulama alanı daraltılmış olacak ve böylelikle toplumun yararına olan ifade hürriyeti bu derece feda edilmemiş olacaktı. Ancak görev şartının aranmış olması hâlinde de kaçınılmaz olarak TCK m.299'un uygulanacağını altını çizmemiz gerekiyor. Zira TCK m.299 özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Dolayısıyla, *Lex specialis derogat legi generali* kuralı gereğince TCK 125/3(a) değil her halde TCK m.299 uygulama alanı bulacaktı. İşte tüm bu nedenler, TCK m.299 ile esasen makamın saygınlığının değil, münhasıran makamda bulunan kişinin korumaya alındığına işaret etmektedir.

Ağır eleştiri ile basit hakaret arasındaki ayırım ise görecelidir.<sup>55</sup> Dolayısıyla hürriyeti bir yıldan dört yıla kadar sınırlayabilen ve bazı durumlarda bunun altında bir oranında artırılabilceğini öngören TCK m.299'un büyük bir demokratik hassasiyetle uygulanması gereken bir hüküm olduğu, aksi hâlde başta ifade hürriyeti olmak üzere bununla bağlantılı diğer hürriyetleri ve demokratik faaliyetleri baskılayan bir sindirme aracı hâline dönüşeceği şüphesizdir. Gerçekten, Cumhurbaşkanına hakaret kisvesi altında basit eleştiriler bakımından dahi kamu denetçisi olan gazeteciler, yazarlar ve hatta son zamanlarda tiyatro sanatçıları hakkında

<sup>53</sup>cc...Devlete karşı işlenen suçlardan bir kısmının gerçek mağdurunun makamı temsil eden gerçek kişi olmakla birlikte, devlete ilişkin hukuki yararın korunması, kişiye nazaran daha üstün tutulmuştur..." Yargıtay 16. CD, 1480/444, 22.06.2016 www.hukukmedeniyeti.org (E.T: 05.04.2021).

<sup>54</sup> TCK m.125/3(a), görev şartı arayarak kanımızca makamı işgal eden kişiyi değil, makamın kendisine koruma sağlamaktadır. Bu bakımdan TCK m.299'un da görev şartı aranması, makamın saygınlığının korunması düşüncesi ile daha tutarlı bir düzenleme olurdu.

<sup>55</sup>cc...Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir. Kişilere yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref, ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövmek fiilini oluşturması gerekmektedir..." Yargıtay 18. CD, 40226/8977 14.09.2017 www.kazanci.com.tr (E.T: 05.04.2021)

dahi kamu davaları açılabilir. <sup>56</sup> Bu durum, hem AKİHK'nin (Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri) 2017 yılında yayımladığı raporda <sup>57</sup> hem de 2016 tarihli ABİR'de (Avrupa Birliği İlerleme Raporu) ayrıntılı olarak ortaya konulmakta <sup>58</sup> ve TCK m.299'un siyasi özgürlükleri baskılama aracı hâline geldiği ve siyasi makamlara yönelik eleştirilere karşı giderek azalan tahammülün somut bir tezahürü olduğu ifade edilmektedir. <sup>59</sup>

TCK m.299'un 3'üncü fıkrası ise, kovuşturma yapılmasını Adalet Bakanının iznine tabi tutmaktadır. Kovuşturma yapılmasının siyasi bir figür olan Adalet Bakanının iznine tabi tutulmasıysa bunun bir tedbirden çok maddenin “*yumuşatılarak pazarlanması*” maksadıyla eklenen prosedürel bir kural olduğu <sup>60</sup> ve kişileri adli tacizden <sup>61</sup> ve hapis cezasıyla karşılaşma

<sup>56</sup> Müjdat Gezen ve Metin Akpınar hakkında, 21 Aralık 2018 tarihinde bir televizyon programında yaptıkları konuşma nedeniyle 07 Temmuz 2020 tarihinde Cumhurbaşkanına alenen hakaret ettikleri iddiasıyla kamu davası açılmış, 1 Mart 2021 tarihinde ise haklarında beraat kararı verilmişti.

<sup>57</sup>“Komiser, Cumhurbaşkanına hakaretin ayrı bir suç olarak düzenlendiği ülkeler de dahil olmak üzere, Avrupa Konseyine üye 46 devletin hiçbirinde 299'uncu maddenin uygulanışa benzer bir uygulamanın bulunmadığını vurgulamaktadır. Bu hükmün, Cumhurbaşkanını ve desteklediği politikaları eleştiriye bastıran bir nevi araç hâline geldiği ve her kategoriden insana, özellikle gazetecilere, karikatüristlere, akademisyenlere, ünlülere, öğrencilere ve çocuklara karşı kullanıldığı anlaşılmaktadır.” Nils Muiznieks, “Türkiye’de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandum”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 15.02.2017, § 54 www.coe.int (E.T: 07.04.2021).

<sup>58</sup>“Cumhurbaşkanı'na hakaret iddiasıyla gazeteciler, yazarlar, sosyal medya kullanıcıları, diğer vatandaşlar ve hatta çocuklara yönelik kovuşturma vakaları devam etmiştir. Söz konusu vakalar genellikle hapis cezası, cezanın ertelenmesi veya adli para cezasıyla sonuçlanmıştır. Bu kısıtlama ve sindirme ortamı, giderek artan bir biçimde oto sansüre yol açmaktadır; bu durum, devlet başkanlarına hakaretin suç olmaktan çıkartılması veya verilecek ceza türleri hapis cezasını içermeyecek şekilde kısıtlanırken suçun yalnızca en ciddi sözlü saldırılarla sınırlı tutulması yönündeki Avrupa uygulamalarıyla uyumlu değildir.” Avrupa Komisyonu “2016 Türkiye Raporu”, Avrupa Komisyonu, 09.11.2016 www.ab.gov.tr (E.T: 07.04.2021).

<sup>59</sup>“...299'uncu maddenin uygulanması, Türk yetkililerinin ve yargının, siyasi makamlarda bulunanlara yönelik eleştirilere karşı giderek artan hoşgörüsüzlüklerinin bir semptomu olmakla birlikte, Türk toplumunun her bölümünü etkileyen, kamu tartışmasını engelleyen, demokratik tartışmaların kapsamını artıran ve dolayısıyla ülkedeki kutuplaşmayı artıran (yargı tacizinin yarattığı) soğutucu etkinin sadece bir bölümüdür...” Muiznieks, § 58.

<sup>60</sup>“Anayasa Mahkemesi her ne kadar TCK m.299'dan dolayı yapılan kovuşturmanın izne bağlı olmasını, ifade özgürlüğü açısından önemli bir güvence olarak görmüş ise de; bugüne kadarki Adalet Bakanlığı uygulamalarına bakıldığında, Adalet Bakanlığının izin istemlerini otomatikleştirdiği, kaldı ki, doğrudan cumhurbaşkanı tarafından atanan ve yetkisini ondan alan Adalet Bakanının izin istemleri konusunda yeterli bir güvence oluşturmasının da zaten düşünülemeyeceği, nitekim uygulamada Adalet Bakanlığının izin vermesi YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

korkusunun<sup>62</sup> yarattığı soğutucu etkiden<sup>63</sup> korumadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan Cumhurbaşkanı'nın atadığı bir kişinin Cumhurbaşkanı'na karşı işlenen bir suç bakımından güvence olması, adil yargılanma bakımından da sakıncalıdır.

Kaldı ki Cumhurbaşkanı'nın bu denli bir korumaya da ihtiyaç duymaması gerekir. Demokratik bir sistemde hükümetlerin eylem ve ihmâlleri sadece yasama ve yargı organlarının denetimine değil, aynı zamanda basın ve kamunun da yakın gözetimine tabi tutulmalıdır. Dahası, hükümetin bulunduğu baskın pozisyon gereğince kendilerine yöneltilen haksız saldırılara alternatif yöntemler ile karşılık vermesi mümkünken, ceza hukuku araçlarına başvurmadan kaçınmalarını gerekir.<sup>64</sup> Yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, aynı zamanda bir siyasi parti üyesi de olabilmektedir. Dolayısıyla partili Cumhurbaşkanı'nın artık halkı ve devleti temsil eden sembolik bir makamdan çok, ülkenin idaresinde aktif rol oynayan siyasetçi kimliği baskındır. Bu nedenle eleştiriye katlanma yükümlülüğü kaçınılmaz olarak daha geniştir. Pek tabii ki bu yükümlülük, hakarete katlanma yükümlülüğü bulunacağı şeklinde anlaşılamaz. Ancak Cumhurbaşkanı, şahsının şeref ve saygınlığının küfür ve sövme suretiyle ihlal edildiğini düşünüyorsa, o zaman bu ihlali ve uğramış olduğu zararı, tazminat gibi özel hukuk araçları ile giderebilmesi de pekâlâ mümkündür. Kaldı ki ekonomik dinamikler dikkate alındığında failin mali bütünlüğünde meydana gelecek bir eksilme, özgürlüğünü sınırlayacak cezalar kadar etkili olacağı söylenebilir.

Bu çerçevede TCK m.299 bir an önce yürürlükten kaldırılarak ifade ile ilgili suçlara uygulanan orantısız cezai müeyyidelere<sup>65</sup> son verilmeli ve

---

zorunluluğuna uyulmadan ceza soruşturması başlatıldığı ve hatta tutuklama kararı verildiği bilinen bir gerçektir." Tezcan, Erdem ve Önok, s. 545.

<sup>61</sup>"Komiser, AIHM'in devlet başkanlarını sırf bu sıfatları nedeniyle eleştiriden koruyan onlara özel koruma sağlayan hükümlerin modern uygulama ve siyaset anlayışıyla bağdaşmadığı görüşü ışığında bu hükmün (m.299) AIHS ile uyumsuz olduğuna ve adli tacize neden olduğuna içtenlikle inanmaktadır." Muiznieks, § 54.

<sup>62</sup> Fatullayev v. Azerbaycan, B.No: 40984/07, 22.04.2010, § 102 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 12.04.2021).

<sup>63</sup>"Temyiz ve ifade hürriyeti gibi anayasal hakların kullanılmasını ciddi olarak caydırıcı norm ve uygulamaların yarattığı etki" Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 9. Baskı, West Publishing Company, Minnesota 2009, s. 349.

<sup>64</sup> Castells v. İspanya, B.No: 11798/86, 23.04.1992, § 46 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 12.04.2021).

<sup>65</sup>Suçların ağır cezalar ile bastırılabilirliği düşüncesi 18.YY'nın kalıntılarıdır. Montesquieu'ya göre "insanların sırf çok ağır işkenceler yüzünden suç işlemedikleri ülkeler de varsa eğer, bilin ki bu daha çok, hafif suçlar için bile bu işkencelere başvuran

“özgürlüklerin nefes alabilmeleri için gerek duydukları alan” tanınmalıdır.<sup>66</sup> Zira, “hakaretin salt kötü bir şey olmasına dayanılarak, buna cezai müeyyide uygulanması meşru bir gerekçe değildir.<sup>67</sup> Öte yandan insana özgü fiillerin iç saiklerini araştırmak da modern anlamda ceza hukukunun görevi değildir.<sup>68</sup> Bu gibi ceza hukuku rejimleri, hayatın her alanını kontrol etmeyi ve bireylerin her adımını yönlendirmeyi görev bilen totaliter devletlerin özelliğidir. Genelde düşünce ve ifadeyle ilgili suçlar ve özelde de hakaret kisvesi altında eleştirileri cezalandıran devletler, bunun en tipik örneğidir.

Son zamanlarda Yargıtay’ın genelde ifade ve özelde ise eleştiri hürriyetini gözetken kararları<sup>69</sup> bizim için umut verici olsa da Türk yargı sisteminin yaşadığı bağımsızlık sorunları<sup>70</sup> Yargıtay’ın bu özgürlük lehine olan tutumunu gölgede bırakmaktadır. Türkiye için küçük ancak demokrasi için büyük olacak bu adım atılana dek 299’uncu maddeyi uygulayacak olan hâkimler, “insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalıplar içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa insan kokusu taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.”<sup>71</sup>

---

hükümlerin sertliğinden geliyordur.” Charles Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev. F. Baldaş), Hiperlink, İstanbul 2014, s. 112.

<sup>66</sup>Walker v. City of Birmingham 388 U.S. 307 (1967), 13.03.1967 www.supreme.justia.com (E.T: 12.04.2021).

<sup>67</sup>Garrison v. Louisiana 379 U.S. 64 (1964), 22.04.1964 www.supreme.justia.com (E.T: 12.04.2021).

<sup>68</sup>Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (çev. S. Selçuk) 5.Baskı, İmge, İstanbul 2015, s. 53.

<sup>69</sup>Yargıtay 16 CD, 1777/4996, 28.09.2017 www.lexpera.com.tr (E.T: 12.04.2021); Yargıtay 16 CD, 1965/4997, 28.09.2017 www.lexpera.com.tr (E.T: 12.04.2021); Yargıtay 16. CD, 1776/4920, 20.09.2017 www.lexpera.com.tr (E.T: 13.04.2021).

<sup>70</sup>“Komiser, HSYK’nın yapısı ve hareketleri ile halihazırda görevli olan hâkim ve savcılarının bağımsızlığının büyük bir sorun olduğunu gözlemlemektedir. Bunun sebebi, Venedik Komisyonu’nda da belirtildiği gibi, ‘diğer Avrupa ülkelerine kıyasla Türk yargı sisteminin oldukça merkezi, katı ve hâkim ve savcılar üzerinde geniş denetim ve gözetim yetkisi veriyor olması ile beraber yargı idaresinin ve kontrolünün siyasileştirilmesi geleneğidir. Bunlar, HSYK’nın yapısı ve yetkileri konusunun neden yalnızca Türk yargısını değil genel olarak siyasi ve kamu hayatını da yakından ilgilendirdiğini açıklamaktadır.” Thomas Hammarberg, “Türkiye’de Adalet Dağıtımı ve İnsan Haklarının Korunmasını İlişkin Rapor”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 10.01.2012, § 102 www.coe.int (E.T: 13.04.2021).

<sup>71</sup>Yargıtay 16. CD, 9370/13138, 31.12.1976 www.hukukmedeniyeti.org (E.T: 16.04.2021).

## II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin İfade Hürriyeti ile İlgili Tutumu ve Soğutucu Etki Doktrini

### A. Genel Olarak

1982 tarihli Anayasa'nın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90'ncı maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca: "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda. Milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*"

Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'nin "Kararların bağlayıcılığı ve infazı" başlıklı 46'ncı maddesine göre "*Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.*" Dolayısıyla AİHM'nin bu konudaki tutumu bizim için oldukça önemlidir.

AİHM'ne göre, ifade hürriyeti demokratik bir toplumun temel gereklerinden bir tanesidir ve her bir bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi (*self-fulfillment*) için temel şartlardandır.<sup>72</sup> Ayrıca, demokratik bir toplumda hükümetin hareketleri yalnızca yasama ve yargının değil aynı zamanda kamunun da denetimine tabi tutulmalıdır.<sup>73</sup> Dolayısıyla, siyasetçilerin eleştiriye katılma yükümlülüğü özel kişilere kıyasen daha fazladır.<sup>74</sup> Çünkü siyasetçiler, her sözlerinin ve eylemlerinin basın ve halkın yakın denetimine tabi tutulacağına kaçınılmaz olduğunu bilerek bu işi yapmaktadırlar. Bu nedenle eleştirilere daha çok tolerans göstermelidirler.<sup>75</sup> Siyasetçilerin özel normlar ile ayrıcalıklı bir korumaya sahip olmaları ifade hürriyetini baltalamaktadır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir.<sup>76</sup> Temel hak ve hürriyetler sınırlanırken, bunlara en az zarar verecek olan yöntemlerin kullanılması gerekir.<sup>77</sup>

<sup>72</sup>Lingens v. Avusturya, § 41.

<sup>73</sup>Şener v. Türkiye, B.No: 26680/95, 18.07.2000, § 40 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 16.04.2021).

<sup>74</sup>Lingens v. Avusturya, § 41; Colombani ve Diğerleri v. Fransa, B.No: 51279/99, 26.06.2002, § 56 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 16.04.2021).

<sup>75</sup>Lingens v. Avusturya, § 42.

<sup>76</sup>Colombani ve Diğerleri v. Fransa, § 68-69.

<sup>77</sup>Mouvement Raelien Suisse v. İsviçre, B.No: 16354/06, 13.07.2012, § 75 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 16.04.2021).

AYM de AİHM'nin kararlarına paralel olarak siyasilerin eleştiriye katılma yükümlülüğünün özel kişilere kıyasla daha fazla olduğu<sup>78</sup> ve siyasi tartışmaların demokratik toplumun temel bir unsuru olmasından hareketle zorlayıcı nedenler olmadıkça bunların kısıtlanmaması gerektiği görüşündedir.<sup>79</sup>

AYM'ne göre;

*"...ifade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir ve düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır. Öte yandan siyasi tartışma özgürlüğünün "tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi" olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, başvuru konusu konuşmalardaki gibi siyasal politikaları ve siyasileri eleştiren, siyasi politikaları veya açıklamaları muhalif bir tarzda ele alan siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekmektedir..."*<sup>80</sup>

AYM'ne göre, ifade hürriyeti demokratik sistemlerin temel ilkesi olup, özellikle siyasi figürlerin eleştirilmesi noktasında bunun daha önemli hâle gelmektedir. Bu kişilere yapılan eleştiriler rahatsız edici de olsa bunların cezalandırılmasının "soğutucu etki" dogurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin bastırılmasına neden olabileceğini de çeşitli kararlarında ifade etmektedir.

Soğutucu etki ya da sıklıkla hatalı olarak çevrildiğine inandığımız caydırıcı etkiyi,<sup>81</sup> ifade açıklamalarını hedef alan yasal düzenlemelerin ifade hürriyeti üzerinde yarattığı caydırıcı etki olarak tanımlayabiliriz. Soğutucu etki, ifade açıklamalarına yönelik ceza normlarının gölgesi altında daha ağır bir etkiye sahiptir. Gerçekten, bu etki yalnızca bir kanun maddesinin varlığında dahi ortaya çıkabilir.<sup>82</sup> Bireylerin hangi ifadelerinin hakaret suç

<sup>78</sup> "...siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, diğer kişilere yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır..." Anayasa Mahkemesi, 2014/12151, 04.06.2015, § 67

<sup>79</sup> Anayasa Mahkemesi, 2014/6128, 11.06.2015, § 65.

<sup>80</sup> ibid, § 64.

<sup>81</sup> Chilling-effect, sıklıkla caydırıcı etki olarak çevrilse de kanımızca bu çeviri içerisinde bulunduğumuz hukuk gerçekliğinde anlamını yitirmiştir. Yukarıda atf yaptığımız davalar ve Türkiye hakkında yayımlanan raporlar ışığında TCK m.299 ve benzeri uygulamaların ifade hürriyeti üzerinde artık caydırıcı bir etkiye değil bunları soğutan, hatta donduran, bir başka deyişle bunların özgürce kullanılmasını durduran bir etki hâline dönüşmüştür.

<sup>82</sup> Ersan Şen ve Nilüfer Yenice, İfade Hürriyetinde Sınırlama ve Güvence Rejimi, Seçkin, Ankara 2017, s. 148.

teşkil edip, hangilerinin eleştiri olarak değerlendirileceğini önceden kestirmeleri ve buna göre hareket etmeleri güçtür. Dolayısıyla ifadeyle ilgili ceza normları kaçınılmaz olarak oto-sansür ortamı oluşturmaktadır. Kaldı ki ifade ile ilgili açılan soruşturma ve kovuşturmalar ile bunlarla ilgili olarak başvurulabilen gözaltı ve tutuklama gibi güvenlik tedbirlerinin de toplumun geneli üzerinde bir baskı ortamı yaratacağı şüphesizdir. Böyle bir ortamda ifade hürriyetinin gerçekleşebileceği söylenemez.

Soğutucu etki kavramına sıklıkla AİHM kararlarında<sup>83</sup> rastlasak da bu kavram hukuki bir terim olarak ilk kez<sup>84</sup> Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin 1952 tarihli *Wieman v. Updegraff*<sup>85</sup> kararında kullanılmıştı.

<sup>83</sup> "...hakaretin suç olması, ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahiptir..." Fatullayev v. Azerbaycan, § 72; "...ifade hürriyetine müdahaleler, ifade hürriyetinin kullanılması üzerinde soğutucu etkiye neden olur. Cezaların nispeten hafif doğası, ifade hürriyeti üzerinde meydana gelen soğutucu etkiyi ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Söz konusu müvekkillerini etkili şekilde savunması gereken müdafî olduğu zaman bu durum daha kabul edilemezdir..." *Morice v. Fransa*, B.No: 29363/10, 23.04.2015, § 127 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) (E.T: 20.04.2021); "...Somut davada, başvuran, tazminata mahkûm edilmiş olmanın yanı sıra, hakkında dört ay hapis cezası da verilmiştir. Söz konusu hapis cezası ertelense dahi, bu tür bir cezanın verilmiş olması, önemli ölçüde soğutucu bir etki oluşturmuştur..." *Belpietro v. İtalya*, B.No: 43612/10, 24.09.2013, § 61 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) (E.T: 16.04.2021); "...cezai yaptırım veya para cezası tehdidinin varlığı, Konvansiyon nezdinde yüksek korumadan yararlanan siyasi raporlama ve araştırmacı gazetecilik alanlarının her ikisinde de hissedilecek soğutucu etkiye neden olacaktır..."; *Mosley v Birleşik Krallık*, B.No: 48009/08, 10.05.201, § 129 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) (E.T: 16.04.2021).

<sup>84</sup> Soğutucu etki kavramını 1644'e kadar izlememiz mümkündür. John Milton, 1644 yılında kaleme aldığı meşhur eseri *Areopagitica*'da, 1643 yılında Birleşik Krallık'ta yürürlüğe giren *Lisans Emirnamesi*'ni ağır bir şekilde eleştirerek bunun ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahip olacağını vurgulamıştı. Emirname, tüm yazılı eserlerin yayımlanmadan önce incelemeden geçmesini ve ancak onay alması hâlinde lisanslanarak yayımlanmalarını öngörüyordu. Yazılar bu şekilde hükümet politikasına uygun hâle getirilecek ve hangi eseri kimin yazdığı kolaylıkla tespit edilebilecekti. Milton'a göre bu, ifade ve basın hürriyetine ne Roma da ne de Antik Yunan da görülmemiş bir müdahale teşkil ediyordu.

<sup>85</sup> Karara konu olayda, Oklahoma eyaletinde 1951 tarihinde yürürlüğe giren Sadakât Yemini (*Loyalty Oath Law*) Kanunu, kamu görevlilerine devlet ve kurumlarına bağlı olduklarını ve göreve başlamadan önceki 5 yıl boyunca herhangi bir komünist organizasyon veya kurumla ilişkili olmadıkları hususunda yemin etmelerini zorunlu kılıyordu. Yüksek Mahkeme, bireylerin ilişkili oldukları kurumların komünizmle bağlantılı olup olmadıklarını her zaman bilecek durumda olamayacağı, dolayısıyla bunun adil yargılanma hakkı ile bağdaşmadığı ayrıca yasanın belirsiz olması dolayısıyla hangi ifadelerin yemine aykırı olacağını öngörülemeyeceği ve bu durumun ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye neden

AYM ise, ilk kez 2014 yılında vermiş olduğu *Emin Aydın* kararında soğutucu etki doktrinine atıfta bulunmuştur. AYM'nin bu kararı oldukça önemlidir. Çünkü AYM ilk kez burada soğutucu etki doktrinine yer vermiş ve başvurusunun "*Ucuz Olmak*" ve "*Motosikletli Zibidiler*" adında iki farklı köşe yazısı bakımından bir inceleme yaparak iki farklı sonuca ulaşmıştır. Özellikle ilk yazı hakkındaki inceleme, AYM'nin kamu görevlilerinin eleştiriye katlanma yükümlülüğü bakımından durduğu pozisyonu anlamamız için ayrı bir önem arz etmektedir.

"*Ucuz Olmak*" başlıklı köşe yazısı bakımından yaptığı incelemede AYM, "*kamu görevlilerinin kamusal yetki kullanmaları nedeniyle sıradan insanlara göre daha fazla eleştiriye katlanmaları gerekli ise de bu kişilerin görevlerini layıkıyla yapabilmeleri belli ölçüde kamunun güvenine bağlı olduğundan bunlara yönelik eleştirilerin onları kamuoyu önünde itibarsızlaştırılması sonucunu doğuracak düzeye ulaşmaması gerekir*"<sup>86</sup> diyerek, kullanılan ifadelerin kabul edilebilir eleştiri sınırını aştığını ve başvurusunun ifade ve basın hürriyeti haklarına yapılan müdahalenin orantılı ve demokratik bir toplum düzeninde kabul edilebilir olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bunu yaparken, AİHM'nin *Janowski v. Polonya* kararını referans göstermiştir.<sup>87</sup>

Kanımızca bu karşılaştırma isabetsizdir. Bir kere AİHM, *Janowski v. Polonya* kararında başvurusunun belediye bekçilerine yönelik kullandığı "*hödik*" ve "*aptal*" ifadelerini bir gazeteci olarak değil, sıradan bir vatandaş olarak sarf ettiğini, zira bu eylemin kamuoyunu ilgilendiren konularda yapılan bir fikir alışverişi kapsamında değil, kamuya açık ve birçok kişinin önünde yapıldığını ifade etmiştir.<sup>88</sup> Oysa "*Ucuz Olmak*" yazısında yer alan "*ucuzlar*" ifadesi, *Janowski v. Polonya* kararında olduğu gibi hakaret saikiyle sarf edilmemiş, "*kamusal yetkisini kullanarak motosikletine (son üç rakamı aynı olan) özel plaka takan kurum amirlerini*", "*yalancı şahitlik yapan kamu görevlilerini*", "*halkın iradesi ile geldikleri makamları kendilerine çıkar temin etme ve daha da yükselme yeri görüp kaynakları çarçur edercesine kullanan siyasetçileri*", "*makam ve mevkiileriyle kendilerini adam sananları*", "*halkın varlığını yok sayıp zenginin askeri, güçlünün uşağı gibi davrananları*", ve "*çok daha fazlasını*"

---

olduğu bahsiyle kanunu anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. *Wieman v. Updegraff* 344 U.S. 183 (1952), 15.12.1952 www.supreme.justia.com (E.T: 21.04.2021).

<sup>86</sup> Anayasa Mahkemesi, 2013/2602, 23.01.2014, § 76.

<sup>87</sup> ibid, § 77.

<sup>88</sup> *Janowski v. Polonya*, B.No: 25716/94, 21.01. 1991, § 32 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 22.04.2021).



yapan kamu görevlilerini eleştirme amacıyla kullanılmıştır. Kaldı ki *Janowski v. Polonya* kararına konu olayda olduğu gibi burada kullanılan “ucuzlar” ifadesi belirli kişi/kişileri doğrudan hedef alan nitelikte ve açıklıkta da değildir. Öyle olsa bile, AYM’nin de belirttiği gibi yazı bir bütün olarak değerlendirildiği zaman bazı kamu görevlilerinin yetkilerini kullanma biçimine yönelik eleştiri amacı taşıdığı görülmektedir. Bu nedenle AYM’nin, bunun kamu görevlilerini itibarsızlaştırma yoluyla yapıldığı görüşüne katılmamız mümkün değildir.<sup>89</sup>

Yazının kaleme alış biçimi, özgünlüğü, seçilen kelime ve bunların aktarış yöntemi de ifade hürriyetinin bir parçasıdır. Kullanılan ifadenin kaba doğası, konuşmaya artistik bir etki sağlamak için kullanıldığı zaman itibarsızlaştırma bakımından belirleyici olmaz.<sup>90</sup> Bütün bu değerlendirmeler ışığında AYM’nin, “*Ucuzlar*” başlıklı yazı bakımından başvuruçunun basın ve ifade hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik bir toplum düzeninde gerekli ve orantılı olduğu görüşüne katılmıyoruz.

“*Motosikletli zibidiler*” yazısı bakımından ise AYM, tam tersi yorumlarda bulunarak ifade hürriyetini esas alan bir sonuca ulaşmıştır.

İlgili kararın 87’nci paragrafına göre;

“*Diğer taraftan müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilirken dikkate alınması gereken hususlardan biri de uygulanan yaptırımın ağırlığıdır. Somut olayda başvuruçuya 10 ay hapis ve 7.080 TL adli para cezası verilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği görülmektedir. Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları mahkûmiyet hükmü niteliğinde olmasalar da beş yıl içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde öngörülen cezaların aynen uygulanması söz konusudur. Hapis cezası tehdidinin gazetecileri kamusal meseleleri tartışmaktan caydırıcı bir rol oynayacağı ve otosansüre neden olabileceği göz önünde tutularak ertelenen cezaların miktarı ve maruz kalınan ceza tehdidinin ağırlığı dikkate alındığında ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez.*”

AYM, “*Motosikletli zibidiler*” adlı yazının içeriği ve amacı, hedef alınan kişinin kimliği ve konumu, yazının bağlamı, uygulanan yaptırımın ağırlığı gibi hususlar bakımından bir değerlendirme yapmış ve verilen cezanın ifade ve basın özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğini, bu gibi ifadelere hürriyeti bağlayıcı cezaların verilmesi durumunda sadece ilgili kişi üzerinde

<sup>89</sup> Anayasa Mahkemesi, 2013/2602, 23.01.2014, § 62.

<sup>90</sup> Kılıçdaroğlu v. Türkiye, B.No: 16558/18, 27.10.2020, § 62 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 17.04.2021).

değil, toplumun geneli üzerinde bir baskı kurabileceği ve bu baskının kamuoyunu ilgilendiren konuların tartışılmasından gazetecileri caydırabileceğini ifade ederek başvuruçunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde yer alan ifade ve basın hürriyeti haklarının ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. Kanımızca “*Motosikletli zibidiler*” bakımından ulaşılan sonuç yerindedir. Buna karşılık “*Ucuzlar*” yazısı bakımından bu görüşleri benimsememiş olmasının nedenini anlamak güçtür. Kanımızca AYM Emin Aydın kararında, kamu görevlilerinin eleştirilebileceğini kabul etmekle beraber bunların işgal ettikleri makamın niteliğine göre (somut olaydan “*Ucuzlar*” yazısına konu olan kamu görevlilerinin siyasi oldukları anlaşılmaktadır) bir ayırım yaparak, siyasi makamlarda bulunanlar bakımından daha geniş bir koruma sahası benimsemektedir. Eğer durum gerçekten bu ise, o zaman düşünce ve eleştirileri açıklama faaliyeti, siyasi figürlere sağlanan koruma karşısında bir özgürlük alanı olmaktan çıkmıştır. Yok eğer durum bu değilse, o zaman AYM'nin “*Ucuzlar*” bakımından yapmış olduğu değerlendirme en hafif tabir ile talihsizliktir.

AYM'nin soğutucu etki doktrinine yer vermesi, *Emin Aydın* kararıyla sınırlı da değildir. 2015 tarihli *Ergün Poyraz* kararında,<sup>91</sup> 2016 tarihli *Erdem Gül ve Can Dündar* kararında<sup>92</sup> ve 2017 tarihli *Orhan Pala* kararında<sup>93</sup> da

<sup>91</sup> “Rahatsız edici de olsa siyasilere ilişkin yapılan bilgilendirme ve eleştirilerle toplumun ve kamuoyundaki farklı seslerin

lebilmesine engel olabilir. Bu nedenle somut olayda baş-  
nelik olarak bilgilendirme ve eleştiri

ortamına zarar verebilecektir. Dolayısıyla baş-  
dahalenin “başkalarının ş

ı kanaatine varılmıştır” Anayasa Mahkemesi,

2013/8503, 27.10.2015, § 79.

<sup>92</sup> “Öte yandan demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuruçular ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel “caydırıcı etkisi” de dikkate alınmalıdır. Başvuru konusu olayda tutuklama gerekçelerinde, yayımlanan haberler dışında herhangi bir somut olgu ortaya konulmadan ve tutuklamanın gerekliliğine ilişkin gerekçeler belirtilmeden başvuruçuların tutuklanmış olmasının ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği de açıktır.” Anayasa Mahkemesi, 2015/18567, 25.02.2016, § 99.

<sup>93</sup> “Dahası bir basın suçundan dolayı hapis cezası verilmesinin gazetecinin ifade ve basın özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır. Böyle bir ceza ancak istisnai hâllerde kabul edilebilir. Bir yayın sonucu maddi ya da manevi zarara uğramış bir kimsenin, hakkında yanlış bilgiler yayımlayan gazeteci aleyhine en azından özel hukuk kapsamında bir tazminat davası açabileceği kabul edilse bile somut başvurudaki gibi klasik hakaret davalarında oldukça ağır olan hapis cezasının kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yarattığı kabul edilmelidir.” Anayasa Mahkemesi, 2015/2983, 15.02.2017, § 53.

yer vermiştir. Görüldüğü üzere AYM, soğutucu etki doktrinine ilk kez yer verdiği 2014 tarihinden sonra, ifade ve basın hürriyetiyle ilgili verdiği kararlarda istikrarlı bir şekilde bu doktrine yer vermeye devam ederek ifade hürriyetini esas alan bir metodoloji benimsemiştir. AYM'nin atıfta bulunduğumuz tüm kararları, AİHM'nin belirlediği parametrelere paralel, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışının somut bir görünümüdür. Basının kamuyu ilgilendiren bütün haberleri servis etme görevi olduğu gibi halkın da bunları edinme hakkı vardır. Aksi bir görüşün kabulü hâlinde basının, kamunun gözetleyicisi görevini yerine getirmesinin mümkün olmayacaktır.<sup>94</sup> Öte yandan özgür politik tartışma, demokratik toplum konseptinin ana unsurlarındandır. Basın özgürlüğü ise kamuoyuna, idareciler hakkında bilgi edinme ve fikir oluşturma bakımından en iyi araçlardan biridir.<sup>95</sup> Bu çerçevede, basının yararlanacağı özgürlük alanının diğer kişilere göre daha geniş olması demokratik çarkların dönmesi için gereklidir. Aksi hâlde cezai müeyyideler tehdidi altında çalışmak zorunda olan basının, kamu hizmeti görevini gereği gibi yerine getirmesi beklenemez.

Buna karşılık TCK m.299 hakkında açılan anayasaya aykırılık davasında AYM, bu görüşleri tamamen terk ederek sınırlamayı esas alan bir anlayış benimsemiştir. Bu meseleyi, ayrı bir başlık altında değerlendireceğiz.

### **B. TCK M.299 Hakkında Anayasa Mahkemesine Yapılan Başvuru**

Karşıyaka 7. Asliye Ceza Mahkemesi ve İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi, TCK m.299'un Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yoluna başvurmuştu. Yapılan itirazda:

*“...Cumhurbaşkanına hakaret suçu için öngörülen cezanın, genel olarak düzenlenen ve kamu görevlilerine karşı işlenen hakaret suçlarından farklı düzenlenip daha yüksek cezaların öngörüldüğü, Anayasa'nın 101. ve 102. maddelerinde yapılan değişikliklerle birlikte Cumhurbaşkanının siyasi bir kişilik haline gelmesinin kaçınılmaz olduğu, Cumhurbaşkanının TCK'nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde tanımlandığı biçimde “kamusal faaliyetin yürütülmesine seçilme yoluyla süreli katılan” en üst düzeyde kamu görevlisi olduğu dikkate alındığında, tüm kamu görevlilerine yönelik hakaret suçları bakımından tek yasal düzenleme olması gerekirken farklı düzenleme yapılmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiği, kuralda hakaret suçuna ilişkin genel ilkelerin uygulanıp uygulanmayacağına belirlilik*

<sup>94</sup> Von Hannover v. Almanya (No. 2) B.No: 40660/08 ve 60641/08, 07.02.2012, § 61 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 25.04.2021); Pedersen ve Baadsgaard v. Danimarka, B.No: 49017/99, 17.12.2004, § 71 61 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 25.04.2021).

<sup>95</sup> Lingens v. Avusturya, § 42.

*içermediği, hukuk devletinde hiçbir makama özel bir suç tipi oluşturulamayacağı, devlet başkanlarına özel himaye sağlayan yasaların varlığının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin ihlali niteliği taşıdığı, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'nin üst norm olarak gözetilmesi gerektiği, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunda Anayasa'nın 39. maddesinin ve TCK'nın 129. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde kesin bir belirlilik bulunmadığı, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu bakımından Anayasa'da istisnasız olarak düzenlenen "ispat hakkı"nın düzenlenmemiş olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 39. maddelerine aykırı olduğu..."*

iddiaları ileri sürülmüştü. Ancak AYM, verilebilecek alt ve üst ceza sınırının belirli olduğu,<sup>96</sup> öngörülen ceza ile korunan hukuki yarar dikkate alındığında cezanın orantılı olduğu,<sup>97</sup> korunan hukuki yarar ve suçların niteliklerinin farklı olması nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı olmadığı,<sup>98</sup> temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütlerine uygun olduğu ve bu suç bakımından kovuşturma yapılabilmesinin Adalet Bakanı'nın iznine tabi olması nedeniyle önemli bir de güvenceye sahip olduğu<sup>99</sup> gerekçeleriyle reddetmiştir.

Öncelikle AYM'nin bu gerekçelerine katılmamızın mümkün olmadığını ifade etmek gerekir. Bir kere, korunan hukuki yarar ile ceza arasında makul bir orantı olduğunu söylemek güçtür. Keza Cumhurbaşkanı'na özel bir hukuki koruma sağlanmasının demokratik bir toplum düzeninde gerekli olduğu da söylenemez. TCK m.299, Anayasa ile güvence altına alınan düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26) ve basın hürriyetine (m.28) sınırlama teşkil eder. Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlere sınırlama yapılabilmesi için her şeyden önce bunun demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir (m.13). Bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığını değerlendirebilmemiz için demokratik toplum düzeni kavramından ne anlamamız gerektiğini açığa kavuşturmamız şarttır.

Anayasa'nın başlangıç kısmının üçüncü paragrafında, Anayasa'nın benimsemiş olduğu demokrasi anlayışının hürriyetçi demokrasi olduğu ifade edilmektedir. Anayasa'nın bu ifadesi karşısında demokrasi anlayışının muhteviyatını tespit etme girişimi gereksiz hâle gelmektedir. Demokratik bir

<sup>96</sup>Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016, § 14.

<sup>97</sup> ibid, § 15.

<sup>98</sup> ibid, § 16.

<sup>99</sup> ibid, § 20.

toplum düzeninden anlamamız gereken, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alıp bunların gerçekleşmesine azami imkân tanıyan ve insan haklarını esas alan toplum düzenidir. Demokratik toplum düzeni kriteri, AİHM'nin AİHS ile güvence alınan özgürlüklere yapılan müdahalelerin meşru olup olmadıklarını değerlendirirken başvurduğu oldukça önemli bir kriterdir. Bu şekilde Mahkeme, yapılan müdahalenin örtülü bir siyasi amaca değil toplumun çıkarına hizmet edip etmediğini denetler.<sup>100</sup> Yukarıda yaptığımız değerlendirmelerde, TCK m.299'un siyasi bir kimlik taşıyan Cumhurbaşkanı'nın şahsına özel bir koruma sağladığını ifade etmiştik. Hâl böyle iken, TCK m.299'un demokratik bir toplum düzeninde gerekli bir sınırlama olup, siyasi bir amaca değil de toplumsal bir çıkara hizmet ettiğini söylemek güçtür.

Öte yandan sınırlamanın orantılı olduğu da söylenemez. Gerçekten, başvuru ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması ve meşru amaca daha az müdahaleci bir yöntem ile ulaşmanın mümkün olmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin TCK m.299 ile ilgili vermiş olduğu karar gerekçesinde orantılılık ile ilgili yer alan görüşleri düşündürücüdür;

*“Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik”, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ‘ölçülülük ilkesi’ gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.”<sup>101</sup>*

AYM'ne göre ölçülülük ilkesinden, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaca elverişli olma, sınırlamanın amaç bakımında gerekli olması ve sınırlama ile amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin bu çözümlenmesinde herhangi bir sorun bulunduğu söylenemez. Ancak aynı yıl vermiş olduğu bir başka kararında, orantılılık ilkesini daha somut ve daha geniş bir şekilde yorumlamıştı. İlgili kararda yer alan görüşler aşağıdaki gibidir:

<sup>100</sup> Steven Greer, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1998, s. 14.

<sup>101</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016, § 10.

*“Ölçülülük ilkesi gereğince, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir. Orantılılık olarak da ifade edilen ölçülülüğün bu alt ilkesi, amaca ulaşmak için gerekli olan önlemin alınmasına imkân tanımakta, ancak amaca ulaşmak için gerekli olmayan önlemlere başvurulmasına ve ilgili hakkın ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına müsaade etmemektedir. Demokratik bir toplumda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir. Orantılılık ilkesi, meşru bir amaca ulaşmak için gerekli olan sınırlayıcı araçlardan daha hafif olanı tercih edilebilecekken daha ağır olanına başvurulmasına izin vermez.”<sup>102</sup>*

2015 yılında verdiği bir başka kararda ise ölçülülüğü şu şekilde tanımlamıştı:

*“Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama aracının seçilmesi mümkün değildir. Yani itiraz konusu kurallar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan “aile düzenini korumak” mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, “hukuki müeyyide aracı” kullanılarak itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken “hukuki müeyyide” aracından daha ağır bir müeyyide öngören “suç ve ceza aracı”na başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.”<sup>103</sup>*

Görüldüğü üzere AYM her iki kararında da orantılılık ilkesinin amaca ulaşmak için zorunlu olmayan hiçbir önleme başvurulmasına müsaade etmediği görüşündeydi. Oysa TCK m.299’la ilgili yapılan itiraz başvurusu hakkında verdiği kararda, ölçülülük ilkesinin daha az sınırlayıcı bir aracın tercih edilip edilemeyeceğine yönelik bir izin içerdiğinden bahsetmek bir yana dursun, normun neden gerekli olduğu, aynı sonuca farklı yöntemlerle ulaşıp ulaşılamayacağı ve öngörülen cezanın da neden orantılı olduğu noktalarında tatmin edici gerekçeler bulunduğunu söylemek güçtür. Ölçülülük ilkesinin bu özelliği, AYM’nin iptal ile ilgili kararında da değindiği “gereklilik alt ilkesinden kaynaklanmaktadır.

<sup>102</sup> Anayasa Mahkemesi, 2016/9, 10.02.2016, § 21.

<sup>103</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2014/36, K.2015/51, 27.05.2015, § 23.

Sağlam'a göre gereklilik,

*“Bu ilke, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereğine işaret etmektedir. Alman Anayasa Mahkemesine göre, bu seçim, amaca ulaşmak için aynı derecede etkili olan araçlar arasından yapılmalıdır. Başka bir deyişle temel hakkı sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Eğer bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerekir. Aksi takdirde yapılacak sınırlandırma Anayasa'ya aykırı olur.”<sup>104</sup>*

Sağlam'ın bu tanımından sonra *“acaba daha fazla bir şey söylememiz gerekiyor mu?”* diye gayri ihtiyari düşündük. Gerçekten, bir sınırlamanın ölçülü olduğunu söyleyebilmemiz için, ulaşılmak istenen amaca aynı etkiye sahip daha az müdahaleci bir yöntem ile ulaşamamış olmamız gerekir. Böyle bir durumda daha müdahaleci bir yöntemin tercih edilmesini haklı kılabilecek tek gerekçe, Alman doktrininde olduğu gibi diğer yöntemin pahalı ve gerçekleştirilmesinin güç olması olabilir.<sup>105</sup> Kanımızca, Cumhurbaşkanının şeref ve saygınlığının özel hukuk müeyyidelerince korunması pahalı ve güç değil, bilakis çok daha ucuz ve kolaydır. Bunun en basit örneği, TCK m.299'un şikâyete bağlı bir suç olmayışıdır. Bu durumda, hakaret suçunun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı kendiliğinden soruşturma açmalıdır. Bir suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının masraflı bir iş olacağı şüphesizdir. Halbuki bu mesele özel hukukun sahasına bırakılmış olsaydı, Cumhurbaşkanı şeref ve saygınlığının hedef alındığını düşünmesi durumunda kendi öz kaynaklarını kullanarak meseleyi yargıya taşıyacaktı. Kaldı ki tazminat ödemeye mahkûm olmanın etkili ve/veya caydırıcı olamayacağı da söylenemeyeceğini bir kez daha hatırlatmamız gerekir.<sup>106</sup>

Yukarıda yapmış olduğumuz incelemelerde, Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyetinin ceza müeyyideleriyle korunmasına gerek olmadığını, aynı sonuca özel hukukun yaptırımlarıyla da ulaşılabilirdiğini ifade etmiş ve mukayeseli hukuktaki uygulamadan örnek vermiştik. Tüm bu

<sup>104</sup> Fazıl Sağlam, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s. 115.

<sup>105</sup> Kai Möller, “Proportionality: Challenging the critics”, *International Journal of Constitutional Law*, C.10, S.3, Y.2012, s. 709.

<sup>106</sup> Daniel W. Shuman, “The Psychology of Deterrence in Tort Law”, *University of Kansas Law Review*, C.42, S.1, Y.1993, s. 115.

değerlendirmeler ışığında, AYM'nin TCK m.299 ile ilgili vermiş olduğu bu karara katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

Eleştiriye katlanma yükümlülüğü hususunda AİHM içtihatlarına atıf yapan ve benzer sonuçlara varan AYM'nin bu kez tamamen farklı bir metodoloji benimsemiş olması oldukça şaşırtıcıdır. AİHM'nin konuyla ilgili *Eon v. Fransa* kararında, devlet başkanına hakaretin cezai müeyyidelere bağlanmasının, demokratik bir toplumun ayrılmaz parçası olan ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahip olduğu ve başvurucunun ifade hürriyetinin ihlâl edildiğine karar verilmişti.<sup>107</sup> Bu kararın üzerine Fransa'da, Cumhurbaşkanına hakaret fiilleri suç kapsamında çıkartılmıştı.<sup>108</sup> *Eon v. Fransa* kararına benzer bir sonuca varması bir yana dursun, ifade hürriyeti ile ilgili verdiği kararlarında AİHM içtihatlarını destek ölçü norm olarak kullanan AYM, bu kez tek bir atıf dahi yapmamıştır. İptal davasından sonraki tarihli *Orhan Pala* kararında yeniden ifade hürriyetini esas alan bir görüş değişikliğine giderek soğutucu etki doktrinine de tekrardan yer vermesi ise bizim için düşündürücüdür. Sanıyoruz ki bu durum, yukarıda değindiğimiz Türk yargısının yaşadığı bağımsızlık sorununun somut bir göstergesidir.

### III. TCK Madde 299'un Uygulanabilirliği

TCK m.299'un uygulanabilirliği konusu, tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk kez Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz tarafından tartışılmıştı.<sup>109</sup>

Altıparmak/Akdeniz'e göre TCK m.299, uygulanma kabiliyetini kaybetmiş bir normdur zira Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır ve uyuşmazlığa neden olan iç hukuk normu zımnen ilga olmuş olur. Bu görüşlerine ise AYM'nin 2015 tarihli *Sevim Akat*<sup>110</sup> kararıyla zemin kazandırmaktadırlar.

<sup>107</sup>Eon v. Fransa, B.No: 26118/10, 14.03.2013, § 61-62 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) (E.T: 28.04.2021).

<sup>108</sup>Max Fisher, "Yes it really was a crime in France to insult the president until this week. Here's why", *The Washington Post*, 26.07.2013 <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2013/07/26/yes-it-really-was-a-crime-in-france-to-insult-the-president-until-this-week-heres-why/> (E.T: 01.05.2021).

<sup>109</sup>Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz, "TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?" *Biamag*, 03.10.2015 <https://bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi> (E.T: 19.04.2021).

<sup>110</sup>Anayasa Mahkemesi, 2013/2187, 19.12.2013.



### A. Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar Kanunların Üzerinde mi?

Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin 5'inci fıkrasına göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne 18 göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Bu düzenleme uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Ancak bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkün değildir. Bu bakımdan Anayasa, normlar hiyerarşisi bakımından uluslararası andlaşmalar ve kanunları eşit tutmakla birlikte, uluslararası andlaşmaları anayasa yargısı kapsamı dışında bırakmıştır. Acaba bu istisna, uluslararası andlaşmalara kanunların üzerinde bir konum mu izafe edilmiş olduğu anlamına mı gelmektedir? Sorunun cevabı olumsuz ise iki normun aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda hangisinin tatbik olunması gerekecektir? İlk bakışta, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin andlaşmalara, kanunlar karşısında bir üstünlük tanıdığı şeklinde bir çıkarım yapılabilir. Kanımızca bunun hiyerarşik bir üstünlük değil, özel bir çatışma kuralı olarak anlaşılması gerekir. Şöyle ki, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir uluslararası andlaşma ile bir kanun maddesinin çatışması durumunda bu normları uygulayacak olan yargıcın, uluslararası andlaşma hükümlerine kronolojik anlamda bir “öncelik” tanınması, eğer bu andlaşma hükümlerinin iç hukuka nazaran daha özgürlükçü ve demokrasinin yerleşik ilkeleri ile daha bağdaşır olduğunu tespit ederse bunu uygulaması gerekecektir. Aksini tespit etmesi hâlinde ise iç hukuk normunu uygulayacaktır. Bu görüşün, AİHS'in “tanınmış insan haklarının korunması” başlıklı 53. Maddesi tarafından da doğrulanabileceğini düşünüyoruz. Gerçekten, Sözleşme'nin hiçbir hükmü taraf devletin yasalarına veya taraf olduğu sözleşmelerin tanıdığı insan hakları ve özgürlüklerini daraltacak şekilde ne yorumlanabilir ne de uygulanabilir. Bu durumda, “esas alınır” ifadesinin hiyerarşik bir üstünlük tanıdığı şeklinde yorumlanabilmesi öncelikle Sözleşme'nin kendisine aykırı olacaktır. Zira bu yorumun kabulü hâlinde, *lex superior derogat legi inferiori* çatışma kuralınca her halde iç hukuk normunun uygulanmasının ihmâl edilmesi gerekecektir ki bu da daha fazla koruma sağlayan ulusal hukukun uygulanmaması gibi garip ve Sözleşme'nin de hiç murat etmediği bir durum ortaya çıkaracaktır. Eğer AİHS her halde üstünse

ve her halde bu uygulanacaksa, zaten bu hiyerarşik üstünlük sağlayan yorum Sözleşme'nin 53'üncü maddesi karşısında kaçınılmaz olarak geçersiz hâle geleceğinden kendiyile çelişen bir durum ortaya çıkacaktır.

Kaldı ki 90. Maddeye eklenen “*esas alınır*” ibaresinin de aslında özel bir çatışma kuralı olduğu ve normlar arasında üstlük-astlık ilişkisi kurulmasını amaçlamadığı, temel hak ve özgürlükler bakımından daha geniş koruma sağlayan normun tercih edilmesi düşüncesinin bir tezahürü olduğu Anayasa değişikliği teklif gerekçesinden anlaşılmaktadır.

Gerekçe aynen şöyledir;

*“Uygulamada usulüne göre yururluge konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin celimesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 üncü maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”*<sup>111</sup>

Diğer taraftan, bu andlaşmalar bakımından Anayasa Mahkemesine başvurulamamasının bir üstünlük yarattığı düşünülebilse de bu durum, bunların kanunların üzerinde yer aldıkları manasına gelmez. Gerçekten, OHÂL Cumhurbaşkanı Kararnameleri için de Anayasa Mahkemesi denetimi dışında bırakılmıştır. Aynı rasyonel ile bunların da kanunların üzerinde olduğunu kabul etmek gerekir. Oysa bunların açıkça kanunlar ile eşit seviyede oldukları belirtilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaması tek başına bir üstünlük etkisi yaratmaz. Tüm bu gerekçeler ışığında, temel hak ve hürriyetlerle ilgili milletlerarası andlaşmaların kanunların üzerinde bir konum işgâl ettiklerini düşünmüyoruz. Buna karşılık AYM, *Sevim Akat* kararında farklı bir sonuca vararak, temel hak ve hürriyetlere ilişkin AIHS ile iç hukuk arasında hiyerarşik bir ilişki kurmuş ve bununla çatışan iç hukuk kuralının *lex superior derogat legi inferiori* kuralınca zımnen ilga olacağı yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur. AYM'nin bu gerekçesi, TCK m.299'un da zımnen ilga olduğu yönünde bazı tartışmalar doğurmuştur.

### **B. TCK m.299 Zımnen İlga Mı Oldu?**

Anayasa Mahkemesi, *Sevim Akat* kararında 90/5'inci maddeyi bir “*zımni ilga*” kuralı olarak değerlendirmiş ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile çatışan kanunların uygulanma kabiliyetlerini kaybettikleri sonucuna ulaşmıştır.

İlgili kararın 44'üncü paragrafına göre;

<sup>111</sup> Bkz. 5170 Sayılı Kanun'un 430 Sıra Sayılı Genel Gerekçesi ve Anayasa Komisyonu Rapor <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (E.T: 02.05.2021). *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

“Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.”<sup>112</sup>

Bizim bu gerekçeye katılmamız mümkün değildir. Bir kere, “esas alınır” ifadesi *lex superior* anlamında ilga sonucu yaratan bir kural değil, özel ve özgün bir çatışma kuralıdır. Uluslararası andlaşma ve iç hukuk normu arasında bir uyumsuzluk varsa, meselenin çözümünde uluslararası andlaşmanın değerlendirilmesi öncelikli olacaktır. Bu durumda, andlaşma hükümleriyle çatışan bir normun uygulanma kabiliyetinin ortadan kalktığı değil, uygulanmasının ihmâl edildiği söylenebilir. Yani çatışan normlardan birinin yalnızca uygulanması ihmâl edilecektir, yoksa normlar her halde maddi hukuk alemindeki geçerliliklerini korur.

Kaldı ki AYM, aynı kararında birbiriyle çatışan temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri olduğunu ifade ederek esasen bunlara ihmâl yaptırımını uygulanacağını belirtmişti.<sup>113</sup> Madde 90/5 ışığında AYM'nin ihmâl sonucuna ulaşması isabetlidir. Bizim katılmadığımız nokta, bu sonuca milletlerarası andlaşmaların üstün olduğu görüşüyle ulaşılmış olmasıdır. Oysa ihmâl, hiyerarşik bir üstünlük durumunda değil, bir öncelik-sonralık ilişkisinde kanunun göz ardı edilmesinde söz konusu olabilir. Hiyerarşik bir ilişkide üstün olan normun esas alınması, zaten olması gerekenin yapılacağından bir öncelik tanıma olarak da değerlendirilemez.<sup>114</sup>

Ayrıca, iki norm arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunabilmesi için öncelikle bunlar arasında bir geçerlilik ilişkisinin mevcudiyeti gerekir. Daha açık bir ifade ile, normlardan biri diğerinin kaynağı olmalıdır. Bu, normlar hiyerarşisi kuralının en doğal gerekliliği ve şartıdır. Anayasa ile kanunlar arasındaki bu üstlük-astlık ilişkisinin sebebi kanunların geçerliliğini Anayasa'dan almasıdır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi, soyut ve somut

<sup>112</sup> Anayasa Mahkemesi, 2013/2187, 19.12.2013, § 44.

<sup>113</sup> ibid, § 41.

<sup>114</sup> Ozan Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir” *Yıldırım Uler'e Armağan*, C.1, S.1, Y.2014, s. 65

norm denetimi, kanunların anayasaya uygunluğu ile sınırlıdır. Eğer bir gün Anayasa Mahkemesi kanunların milletlerarası antlaşmalara uygunluğunu denetler ve bunları bu şekilde iptal ederse, o zaman bu hiyerarşik ilişki kurulmuş olur. Bu iptal kararı, kanunların geçerliliğini uluslararası andlaşmalardan alacağı anlamına gelir ki bu da Türkiye'nin egemen devlet sıfatını ortadan kaldırır.<sup>115</sup> Kaldı ki AİHM norm denetimi de yapmaz. AİHM'nin verdiği kararlar, yalnızca tespit niteliğindedir. Yani somut olayda ilgili devletin bir ihlal yapıp yapmadığını tespit etmekle sınırlıdır. Eğer bu ihlal ilgili devletin iç hukukundaki bir norm nedeniyle meydana gelmişse, AİHM bu normu iptal etmez sadece ihlalin kaynağını tespit eder. Bu durumda ilgili normun iç geçerliliği etkilenmez. Sadece bunun dış geçerliliği ortadan kalkmış olur. Bir başka ifade ile bu norm artık uluslararası hukuk seviyesinde ileri sürülemez.<sup>116</sup> Yani ihlâl kararları, iç hukuk normunun iptali sonucunu doğurmaz. İç hukukta uygulanma kabiliyeti aynen devam eder ve devlet istediği sürece uygulanır. Dolayısıyla AİHS bir anayasa değil, özü itibariyle siyasi nitelikte olup tarafların iyi niyetle uygulama iradesine dayanan uluslararası bir hukuk metnidir. Bu durumda ilgili devletin bu normu değiştirmek veya ilga etmek suretiyle iç hukukunu uluslararası hukukun gereklerine uygun hale getirip getirmeyeceği siyasi bir tercih olarak *pacta sunt servanda* gereğidir.

Yanıtlanması gereken bir diğer soru da anayasa şikâyeti sonucu Anayasa Mahkemesi iptal kararı veya iptale benzer etki doğuran bir karar verip veremeyeceğidir. Bir kere, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. Maddesinin 3.fikrası, yasama işlemlerini anayasa şikâyetinin konu bakımından yetkisi dışında bırakmıştır.<sup>117</sup> Dolayısıyla norm denetiminin anayasa şikâyetinin konu bakımından kapsam dışında bırakılması karşısında iptal kararı verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Oysa anılan Kanun'un 50. Maddesinin 1.fikrasına göre “...ihlal kararı

<sup>115</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2016, s. 213.

<sup>116</sup> *ibid*, s.190-191.

<sup>117</sup> Anayasa'da kamu gücü bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış olmasına rağmen yasama işlemlerinin kapsam dışında bırakılmasının sebebinin soyut hak ihlallerinin mümkün olmayacağı ve bunun uygulamasından kaynaklanan ihlallerin anayasa şikâyeti kapsamında bulunmasının yeterli olacağı düşüncesinde aramak gerekir. Aynı görüşte Şirin “...bunda, büyük ihtimalle, bir yasanın soyut olarak temel hak ve özgürlükleri ihlal edemeyeceği, bunun uygulaması karşısında derece mahkemelerine başvurulabileceği, burada ihlalin giderilememesi durumunda bu yargı kararına karşı anayasa şikâyeti yapılabileceği düşüncesi temel motivasyon olmuştur...” Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, Oniki Levha, İstanbul 2015, s. 85.

*verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.*” Görüldüğü üzere Mahkeme’ye ihlalin sonuçlarıyla ilgili olarak çok geniş yetkiler verilmiş olmakla birlikte ihlalin sonuçlarını kendisinin kaldırmayacağı, ihlali kaldırabilecek mercilere yönelik bir emir vereceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla doğrudan bir iptal kararı veya iptale benzer etki doğuran bir karar, bir diğer ifade ile zımni ilga kararı veremeyeceği görüşüdeyiz.

Bu bakımdan temas edilmesi gereken bir diğer ve son husus, anayasa şikâyeti kararlarının başvuruçunun ötesine geçen objektif bir etkiye sahip olup olmadığıdır. Acaba bu kararlar, başvuruçuyu aşan objektif bir etkiyi haiz midir? Yoksa başvuruçuyu mi sınırlıdır? Eğer başvuruçuyu aşıyorsa bu etki *quasi erga omnes* midir? Yoksa *erga omnes* midir? Bir kere, Anayasa şikâyeti kararlarının da soyut norm denetimi ve somut norm denetimi sonucu verilen kararlar gibi kesin ve bağlayıcı oldukları tartışmasızdır. Dolayısıyla bunların da anayasanın üstünlüğü ve anayasa uygun yorum gibi ilkelerin gerçekleştirilmesinde hiç şüphesiz önemli bir rolü vardır. Başvuruçuyu aşan, tüm hukuk düzenini kapsayan bir etki ile temel hak ve özgürlükler bakımından ulusal bir standardın gelişmesine katkıda bulunurlar. Zira bunları güvence altına alma, önce ulusal makamlara düşer.<sup>118</sup> Bu nedenle AİHS nezdindeki sorumlulukların yerine getirilmesi ve ulusal düzeyde bir standarda ulaşılabilmesi için bu kararların objektif bir etkiyi de haiz olduklarını kabul etmek gerekir. Bu şekilde kamu gücünü kullananlar bakımından temel hakların yorumlanması, uygulanması ve somutlaştırılmasında da yol gösterici bir etkiye sahip olur. Bu çerçevede anayasa şikâyeti, başvuruçuları aşan objektif etkisi ile tüm hukuk düzenine yayılır ve ulusal yargı uygulamasında belli bir standardın oluşturulmasına hizmet eder.<sup>119</sup> Dolayısıyla ulusal düzeyde yeknesak bir insan hakları politikasının gerçekleştirilebilmesi için anayasa şikâyeti sonucunda verilen kararların da *quasi erga omnes* etkiye sahip olduklarını kabul etmek gerekir.

Anayasa şikâyetinin salt “*bireysel bir ihlâlin giderilmesine*” ilişkin oldukları gerekçesiyle başvuruçuyu aşan, objektif bir etkiye sahip olmadığı da söylenemez.<sup>120</sup> Aksinin kabulü, benzer iddialar ile AYM’nin sürekli

<sup>118</sup> Işıl Karakaş, “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, S.1, Y.2016, s. 13.

<sup>119</sup> Yüksel Metin, “Bireysel Başvurunun Hukuki İşlevleri”, *Koç Üniversitesi Proje Akademisi* <https://anayasatakip.ku.edu.tr/proje-akademisi/akademini-sesi/> (E.T: 06.05.2021).

<sup>120</sup> Ece Göztepe Çelebi, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, S.1, Y.2016, s. 100.

meşgul edilerek etkili bir denetim mekanizması olmaktan çıkmasına neden olabilir. Öte yandan anayasa şikâyeti ile ulaşılmak istenen amaç, Anayasa ve AİHS’de yer alan temel hak ve özgürlükler bakımından ulusal bir standardın geliştirilmesi ve daha iyi bir koruma düzeni sağlamaktır. Bu nedenle kararların, sübjektif etki yanında objektif bir etkiye de sahip olduğu kabul edilerek ilgili olaya benzer ihlâllerin daha sonra tekrarlanmaması için yasama, yürütme ve yargı makamlarınca tedbir alınması sağlanmalıdır. Bu bakımdan anayasa şikâyeti kararlarının sübjektif etkiyi haiz olduğunu kabul etmekle beraber bu etkinin *erga omnes* yani başvuru dışındakileri de bağlayan bir etki olmadığını düşünüyoruz. Kişisel bir hakkın ihlâlinin giderilmesine yönelik verilen bir kararın üçüncü kişileri de bağlayacağı görüşü, hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmaz ve hiç öngörülmemiş mağduriyetlere de neden olabilir.<sup>121</sup>

İptal veya iptal benzeri bir karar verme yetkisinin bulunmadığı, öte yandan AİHS ile kanunlar arasında da bir geçerlilik ilişkisi bulunmaması dolayısıyla böyle bir yetkisi olsa da kural olarak iptal kararı veremeyeceği görüşündeyiz. Dolayısıyla AYM’nin Sevim Akat kararında ulaştığı zımni ilga sonucu, açıkladığımız nedenler gölgesinde hatalı olduğunu ve *erga omnes* bir etkiyi de haiz olmadığını düşünüyoruz. Bütün bu değerlendirmeler neticesinde TCK m.299’un zımnen ilga olduğu görüşüne katılmamız şu aşamada mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak, devlet başkanlarına daha fazla koruma sağlayan ve daha ağır müeyyideler öngören düzenlemeler, AİHM’nin ruhuyla bağdaşmadıkları<sup>122</sup> ve modern siyasi anlayışa uygun düşmemektedirler.<sup>123</sup> AİHM, yukarıda ele aldığımız ve özellikle *Eon v. Fransa* kararında, TCK m.299 gibi düzenlemelerin, demokratik bir toplum düzeninde meşru gerekçelere dayandırılmayacakları, Sözleşme ile güvence altına alınan ifade hürriyeti hakkını ihlâl edeceklerine hükmetmiştir. AİHS ile çok açık bir şekilde çatışan TCK m.299’la ilgili bir uyuşmazlık meydana geldiğinde, uyuşmazlığa bakan mahkeme AİHS’ni esas alarak TCK. 299’u ihmâl etmesi

<sup>121</sup> Gerçekten, TMK m. 187 AYM tarafından “*zımnen ilga*” edilmiş olsa da madden varlığını sürdürmektedir. Bu durumda AYM’nin bu kararının bazı idarelerce dikkate alınırken diğerleri tarafından göz ardı edilerek farklı ve hakkaniyetsiz uygulamalara neden olmaları mümkündür. Öte yandan, AYM’nin bu “zımni ilga” kararının *erga omnes* etkiyi haiz olduğunu kabul etmemizle birlikte kocasının soyadını kullanmak isteyen kadınlar bakımından da şüphesiz bir mağduriyet yaratacaktır.

<sup>122</sup> Otegi Mondragon v. İspanya, B.No: 2034/07, 15.03.2011, § 55 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) (E.T: 08.05.2021)

<sup>123</sup> Colombani ve Diğerleri v. Fransa, § 68.

gerekecektir. Bu noktada devlete düşen ödev, bu uyuşmazlığa neden olan TCK m.299'u yürürlükten kaldırmak ve iç hukuku AİHS sistematığına uygun duruma getirmektir.

## SONUÇ

Eleştiri ve ifade hürriyeti, demokrasi ve insan haklarının teminatıdır. Kanun koyucu, korunmaya muhtaç değerleri tespit ederken öncelikle mukayeseli hukukta yerleşik prensipleri göz önünde bulundurmalı ve daha sonra ancak demokratik bir toplum düzeninde meşru gerekçelere dayandırılabilir nedenler ile bunu sınırlandırmalıdır. Yukarıda incelenen bilgi ve görüşler ışığında, Cumhurbaşkanına çok özel bir koruma sağlayan TCK m.299'un demokratik bir toplum düzeninde gerekli bir koruma olmadığı açıktır. Siyasi bir figür olan Cumhurbaşkanının, işgal ettiği makam gereğince kendini ve görüşlerini kamuoyunun denetimine bilerek ve isteyerek açacağı şüphesizdir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının, ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahip ceza müeyyidelerince ayrı bir korumadan yararlandırılması demokratik bir toplum düzeninde kabul edilebilir değildir. Ayrıca uygulamada, hakaret kisvesi altında basit eleştiriler hakkında dahi kamu davası açılabilir. Bu bakımdan eleştiriyi baskılama işlevi gören TCK m.299'un, demokratik bir toplum düzenine sahip olduğu iddiasında olan Türkiye'de, izah edilebilecek hiçbir tarafı yoktur. Diğer taraftan, Anayasa'nın 90/5'inci maddesi gölgesi altında TCK m.299'un artık uygulanma kabiliyeti de bulunmamaktadır. Zira usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların çatışması hâlinde, çatışmaya neden olan iç hukuk normunun uygulanması ihmâl edilecek ve milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır. AYM, daha farklı bir görüşle aynı sonuca ulaşmıştır. Mahkemelerin bağımsızlığının sorgulandığı bir yargı sistemi içerisinde bu gibi düzenlemelerin yer alması, Türkiye'nin demokratikleşmesinin önünü tıkayan önemli engellerden bir tanesidir. Öte yandan, bu gibi normlar demokratik kurumların bağımsızlığının sorgulanmaya başlandığı demokrasilerde suiistimal edilmeye açık olduklarından fevkalade sakıncalı oldukları açıktır. Kanun koyucunun bu gerçekleri göz önüne alarak, hiç de hukuki olmayan bir metodoloji ile hukukun evrensel ilkelerinin içini boşaltmaktan bir an önce vazgeçmeli, genel bir kural olmaktan çıkarak artık özel bir statüye kavuşan 299'uncu maddeyi yürürlükten kaldırmalı ve ifade hürriyetini korunması gereken üstün yarar olarak ele almalıdır.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar

- Artuk E. Mehmet ve Gökçen Ahmet, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet, Ankara 2019.
- Erem Faruk ve Toroslu Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2000.
- G. Bollinger Lee ve R. Stone Geoffrey, Eternally Vigilant, University of Chicago Press, Chicago 2018.
- Garner A. Bryan, Black's Law Dictionary, 9. Baskı, West Publishing Company, Minnesota 2009.
- Gözler Kemal, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2016.
- Greer Steven, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1998.
- Kocaoğlu Sinan, Uluslararası (AIHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu, Seçkin, Ankara 2019.
- Montesquieu Charles, Kanunların Ruhü Üzerine, (çev. F. Baldaş), Hiperlink, İstanbul 2014.
- Sağlam Fazıl, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.
- Sancar Türkan, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2006.
- Şen Ersan ve Yenice Nilüfer, İfade Hürriyetinde Sınırlama ve Güvence Rejimi, Seçkin, Ankara 2017.
- Şimşirgil Ahmet ve Ekinci B. Ekrem, Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, 2. Baskı, KTB, İstanbul 2008.
- Şirin Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, Oniki Levha, İstanbul 2015.
- Stuart M. John, Hürriyet Üstüne (çev. M. Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003.
- Tezcan Durmuş, Ruhan E. Mustafa ve Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- Tezcan Durmuş, Ruhan E. Mustafa, Sancakdar Oğuz ve Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.

### Makaleler

- Akbulut Berrin, "Cumhurbaşkanına Hakaret ve Sövme Suçu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı*, C.1, S.1, Y.1995.



- Balkin Jack, “Cultural Democracy and the First Amendment”, *Northwestern University Law Review*, C.110, S.5, Y.2016.
- Blasi Vincent, “The Checking Value in First Amendment Theory”, *American Bar Foundation Research Journal*, C.2, S.3, Y.1977.
- Çelebi G. Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, S.1, Y.2016.
- Erem Faruk, “Cumhurbaşkanına Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.1, Y.1991.
- Ergül Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir” *Yıldırım Uler’e Armağan*, C.1, S.1, Y.2014.
- Hakeri Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği*, C.69, S.69, Y.2007.
- Jareborg Nils, “Criminalization As Last Resort (Ultima Ratio)”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, C.2, S.2, Y.2005.
- Karakaş Işıl, “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, S.1, Y.2016.
- Kuzu Burhan, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü Alanında Geldiğimiz Nokta”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C.59, S.1-2, Y.2001.
- Möller Kai, “Proportionality: Challenging the critics”, *International Journal of Constitutional Law*, C.10, S.3, Y.2012.
- Shuman W. Daniel, “The Psychology of Deterrence in Tort Law”, *University of Kansas Law Review*, C.42, S.1, Y.1993.
- Sınar Hasan, “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.10, S.27, 2015.
- Sınar Hasan, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Eğilimi Yönünde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9, S.24, Y.2014.
- Taşkın E. Ozan, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C.15, S.1, Y. 2016.
- Townsend C. Charles, “The English Law Governing and the Right of Criticism and Fair Comment”, *American Law Register*, C.39, S.8, Y.1891.
- Wendt Rudolf, “The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality”, *Onati Socio-Legal Series*, C.3, S.1, Y.2013.

**Mahkeme Kararları****AIHM Kararları**

Belpietro v. İtalya, B.No: 43612/10, 24.09.2013 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Castells v. İspanya, B.No: 11798/86, 23.04.1992 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Colombani ve Diğerleri v. Fransa, B.No: 51279/99, 26.06.2002  
[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Eon v. Fransa, B.No: 26118/10, 14.03.2013 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Fatullayev v. Azerbaycan, B.No: 40984/07, 22.04.2010  
[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Handyside v. Birleşik Krallık, B.No: 5493/72, 12.06.1976  
[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Janowski v. Polonya, B.No: 25716/94, 21.01. 1991 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Kılıçdaroğlu v. Türkiye, B.No: 16558/18, 27.10.2020  
[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Lingens v. Avusturya, B.No: 9815/82, 08.07.1985 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Mosley v Birleşik Krallık, B.No: 48009/08, 10.05.201  
[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Mouvement Raelien Suisse v. İsviçre, B.No: 16354/06, 13.07.2012  
[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Otegi Mondragon v. İspanya, B.No: 2034/07, 15.03.2011  
[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Pedersen ve Baadsgaard v. Danimarka, B.No: 49017/99, 17.12.2004  
[www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Şener v. Türkiye, B.No: 26680/95, 18.07.2000 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

Von Hannover v. Almanya (No. 2) B.No: 40660/08 ve 60641/08,  
07.02.2012 [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)

**A.B.D. Yüksek Mahkeme Kararları**

Garrison v. Louisiana 379 U.S. 64 (1964), 22.04.1964  
[www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com)

Terminello v. Chicago 337 U.S. 1 (1949), 16.05.1949,  
[www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com)

Walker v. City of Birmingham 388 U.S. 307 (1967), 13.03.1967  
[www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com)

Wieman v. Updegraff 344 U.S. 183 (1952), 15.12.1952  
[www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com)

**Anayasa Mahkemesi Kararları**

Anayasa Mahkemesi, 2013/2187, 19.12.2013.

Anayasa Mahkemesi, 2013/2602, 23.01.2014.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Anayasa Mahkemesi, E.2014/36, K.2015/51, 27.05.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/12151, 04.06.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/12151, 11.06.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/6128, 11.06.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2013/8503, 27.10.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2016/9, 10.02.2016.

Anayasa Mahkemesi, 2015/18567, 25.02.2016.

Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016.

Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016.

Anayasa Mahkemesi, 2015/2983, 15.02.2017.

### **Yargıtay Kararları**

Yargıtay 16 CD, 1480/444, 22.06.2016 [www.hukukmedeniyeti.org](http://www.hukukmedeniyeti.org)

Yargıtay 16 CD, 1776/4920, 20.09.2017 [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay 16 CD, 1777/4996, 28.09.2017 [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay 16 CD, 1965/4997, 28.09.2017 [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay 16 CD, 9370/13138, 31.12.1976 [www.hukukmedeniyeti.org](http://www.hukukmedeniyeti.org)

Yargıtay 18 CD, 40226/8977 14.09.2017 [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

### **İnternet Kaynakları**

5170 Sayılı Kanun'un 430 Sıra Sayılı Genel Gerekçesi ve Anayasa Komisyonu Rapor

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>

Adalet Bakanlığı, “Adli İstatistikler 2018”, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2018, <https://adlisicil.adalet.gov.tr>

Altıparmak Kerem ve Akdeniz Yaman, “TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?” *Biamag*, 03.10.2015 <https://bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi>

Avrupa Komisyonu “2016 Türkiye Raporu”, *Avrupa Komisyonu*, 09.11.2016 [www.ab.gov.tr](http://www.ab.gov.tr)

Fisher Max, “Yes it really was a crime in France to insult the president until this week. Here’s why”, *The Washington Post*, 26.07.2013 <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2013/07/26/yes-it-really-was-a-crime-in-france-to-insult-the-president-until-this-week-heres-why/>

Hammarberg Thomas, “Türkiye’de Adalet Dağıtımı ve İnsan Haklarının Korunmasını İlişkin Rapor”, *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri*, 10.01.2012, [www.coe.int](http://www.coe.int)

Metin Yüksel, “Bireysel Başvurunun Hukuki İşlevleri”, *Koç Üniversitesi Proje Akademisi Akademisi* <https://anayasatakip.ku.edu.tr/proje-akademisi/akademinin-sesi/>

Muiznieks Nils, “Türkiye’de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandum”, *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri*, 15.02.2017, [www.coe.int](http://www.coe.int)

## # A REVIEW ON THE PRINCIPLE OF LAICISM AND TURKEY (LAIKLİK İLKESİ VE TÜRKİYE ÜZERİNE BİR İNCELEME)

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur Kaya \* \*\*

### ÖZ

*Modern devletin belirli nitelikleri vardır. Bu şartlardan birisi de laikliktir. Bu makalede laiklik, modern devletin ve modern devletin anayasa yoluyla garantörü olduğu insan hak ve özgürlüklerinin bir ön şartı olarak değerlendirilmiştir. Bu bakımdan laiklik çeşitli anlayışlarıyla ele alınabilmektedir. Biz ise laikliği operasyonel bir ilke ve kurum olarak nitelendirmekteyiz. Gerçekten de laiklik ilkesi anayasal özgürlükçü anlamıyla uygulandığında, dinsel inanışların modern devlet ve hak ve özgürlüklerin özerinde bir iktidar talebi olarak ortaya çıkamayacağını varsaymaktadır. Türkiye için biz laikliği operasyonel görmekle birlikte, laik devletin tarafsızlığının, siyasal ve hukuksal adalet kurallarını dinsel olana ya da devletin vatandaşları tarafından benimsenen dinsel anlayışlara uygulayacağını öngörmekteyiz. Bu kurallar ise özgürlük, eşitlik gibi olup, gerek formel gerek maddi fonksiyonel değerlere işaret etmektedir. Bu politik yaklaşımımızla din, Türkiye toplumunun gerçekliğini ve kültürel mirasının bir parçası olarak kabul edilebileceğini belirtir. Böyle olmakla din, mantıksal olarak Türkiye’de bir praksis oluşturabilir. Siyasal ve hukuksal olana yönelmeden varlığını ve gelişimini sürdürebilir. Biz kategorik olarak dinseliliğin kültürel bir değerler bütünü olarak değerlendirmekteyiz. Dolayısıyla da dinsel olana kategorik olarak karşı çıkmamaktayız. Ne var ki, Türkiye’deki dinsel anlayışın bir iktidar ve hukuki formülasyon taleplerinin olduğunu dikkate aldığımızda dinsel olana politik ve hukuki anlamda daha dikkatli yaklaşmamız gerektiğini söyleyebiliriz. Tam bu noktada da makalede Türkiye için operasyonel özgürlükçü laikliği anayasa yapıcı siyasi elitlerin dikkatlerine sunuyoruz.*

**Anahtar Kelimeler:** Din, Devlet, Laiklik, Anayasa, Hak ve Özgürlükler

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 18.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 27.04.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 24.05.2022. Onaylanma Tarihi: 25.05.2022.

\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5888-1750.

**Eser Atf Şekli:** Semih Batur Kaya, “A Review On the Principle of Laicism and Turkey”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.775-798.

## ABSTRACT

*The modern state has certain characteristics. One of these conditions is laicism. In this study, laicism is reviewed as a prerequisite for the modern state and human rights and freedoms that a modern state guarantees with the constitution. In this context, laicism may be analysed from various perspectives. And we describe laicism as an operational principle and institution. Indeed, when the principle of laicism is applied from the perspective of constitutional libertarian, it is assumed that religious beliefs may not emerge as a demand for power above the modern state and rights and freedoms. While we see laicism as operational for Turkey, we foresee that the impartiality of the secular state will apply the rules of political and legal justice to the religious or to the religious understandings adopted by the citizens of the state. These rules, on the other hand, are like freedom and equality and point to both formal and material functional values. With this political approach, religion indicates the reality of Turkish society and that it may be accepted as a part of its cultural heritage. Therefore, religion may logically form a praxis in Turkey. It may maintain its existence and development without turning to the political and legal spheres. We categorically consider religiosity as a cultural set of values. Therefore, we do not categorically oppose the religious. However, when we consider that the religious understanding in Turkey demands a power and legal formulation, it would not be wrong to suggest that we should approach the religious more carefully in terms of politics and law. At this point, in this study, we bring the operational libertarian laicism for Turkey to the attention of the political elites that make the constitution.*

**Keywords:** Religion, State, Secularism, the Constitution, Rights and Freedoms

\*\*\*

## Introduction

In examining the changing dynamics of religious phenomena in postmodern societies, legal studies invented or imported a significant number of terms that offer solely the illusion of scientific certainty. Great words that evoke a sense of immediate acceptance and security include:<sup>1</sup> equality, non-discrimination, freedom and laicism. However, after this pleasing first impression, a legal expert should undertake a closer

---

<sup>1</sup> Rafael Palomino, "Religion and Neutrality: Myth, Principle, and Meaning", Brigham Young University Law Review, 2011, 657-688, p. 657  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

examination to assess the scope, the final results, and the specific implications such terms entail in reality.

This study analyses the religion-state relations and its position in Turkey, and it is assumed that the religious may not be associated with impartiality. Strictly speaking, we can say that neutrality is a myth when the relation of the religious with the state is considered. It will eventually put forward its religious political and legal demands and make concrete demands. Therefore, the claim of impartiality of religiosity in religion-state relations is also nuanced, as it is significantly incompatible with the modern legal principles.

The religious is an attractive target of complexity. Indeed, the phenomenon of religion, which, so to speak, builds castles in the air and achieves a significant success in abstraction, can create ostentatious and convincing models and produce results contrary to modern legal principles and the modern state designed in this context. Undoubtedly, it is possible to say that impartiality becomes valuable as it becomes a positive principle regulating fundamental rights and freedoms, including the freedom of religion. In this sense, impartiality<sup>2</sup> refers to a complex meaning that synthesizes elements such as non-discrimination, impartiality of public authorities, segregation of the state and religious beliefs and even laicism or extra-religiosity.

However, it would not be an exaggeration to say that the functional value of this neutrality displayed by the modern state will be ineffective against the power and legal demands of the religious. Based on this idea, we can argue that the neutral position of the state may be misleading in Turkey, especially in terms of liberal theory. We should say that the relationship between religion and the state in Turkey is not yet shaped as it should be in a healthy and democratic state of law. Therefore, although impartiality is not the essence of the state and it can be said that certain sensitive areas of social life are necessary for the action of the state, it is also seen that this is not yet possible when the political and legal demands of the religious culture in Turkey are considered.

Thus, it seems essential for secularism in Turkey to have an operational identity until democratic institutions become established. In this context, in this article, first, the institution of laicism as a sign of the modern state is analysed, then the functional value of laicism in a democratic state of law is

---

<sup>2</sup> Palomino, a.g.e., s. 687

determined and evaluations are made by considering comparative law in Turkey.

### **A. Precondition: Laicism as a Sign of a Modern State**

The core of a secular state is the separation of state and religious principles and institutions. Therefore, it becomes mandatory to regulate these two institutions based on the state's religious impartiality with this reference in any circumstances; thus, consider both political sphere and religious sphere with this libertarian approach. In this way, secularism reveals an important character of the modern state. Laicism is a fundamental attempt to define the nature of the modern state.

Laicism is a technique specific to the modern state in the organization and legitimation of political sovereignty and justification. In this respect, the modern state historically rests on foundations based on many conditions and methods.

In our opinion, the modern state directly constitutes an important part of the secularization process. Secularization means that the political order is immune from its own spiritual-religious determination and shaping, that it breaks away from a predetermined religious-political wholesale universe and attains its own worldly designed political goal and legitimacy, and that it finally separates from religious beliefs, which are the conditioned basis and essence of the political order.<sup>3</sup> In this context, secularization may be considered as the emergence of the state from the will and administration of the religious or, more generally, the sacred. The shadow and oversight of the religious on the political sphere was gradually withdrawn, and in this context, a transformation process was experienced.

In the West, the independence of the state from the church was coordinated with the independence of the church from the state. This process, in which secularization was put into practice as a macro perspective, actually started with the conflict<sup>4</sup> of authority, which led to the gradual separation of spiritual and secular authority from each other in the 11th century, and thus the dissolution of the Christian political world description, which encompasses politics and religion in a holistic way. As such, the separation of church and state became conceivable for the first time.

<sup>3</sup> For the matter of religion after enlightening, see. Hermann Lübbe, *Religion nach der Aufklärung*, 3. Auflage, 2004, p. 257 etc.

<sup>4</sup> Hierzu Karl Heussi, *Kompndium der Kirchengeschichte*, 18. Auflage, 1991, p. 187  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



However, it may be suggested that the modern state emerged at the beginning of the new era, especially based on sects. Accordingly, although the institution of sovereignty was separated from the religious in formal terms, it could not get rid of religiousness in terms of its material content. Whereas the rule of "whose realm, his religion" (*cuius regio, eius religio*) kept the potential<sup>5</sup> for conflict between the religious and institutional domination high. However, post-Reforms Europe destroyed this motto, and the religious fragmentation of sovereignty was eliminated rather than religious freedom.<sup>6</sup> In this way, only the sovereignty was separated from the religious and ensured a stable institutionalization.<sup>7</sup>

So, who will rule when we stripe the religious of the sovereignty? (*Quis iudicabit?*) For this purpose, we can show its power to shape the invention of modern law and its sovereignty both in terms of its formal and material content. As a matter of fact, as Hobbes emphasized,<sup>8</sup> it comes from the fact that it deals with a worldly law state that allocates an independent characteristic, which includes the demand for supremacy, constitutes the most important basis of the modern state, based on the theory of legitimation of the state. Indeed, the religious isolation of the will and administration of the modern state has been made possible by justifying the de-theology of law.

As such, the condition for the formation of the modern state is the institutional separation from the religious and the independence of politics from religion through the law. Beyond any doubt, this is not a departure from religious beliefs in a cultural sense; in fact, the internal laicism of the state, that is, the neutrality of religion and freedom of religion, continued to develop after<sup>9</sup> the formation process of the modern state came to an end. Thus, we can say that laicism constitutes an important problem of constitutional theory and practice, starting from the hypothesis of a course based on the modern state and state theory.

### **B. Functional Value of the Constitutional Laicism**

In essence, the modern state was designed in such a way that it does not represent a mystical structure. The modern state, which was not organized

<sup>5</sup> Carl Schmitt, *Die vollendete Reformation*, *Der Staat* 4, 1965, p. 51

<sup>6</sup> Cristoph Möllers, *Staat als Argument*, 1. Auflage, 2000, p. 215

<sup>7</sup> Hasso Hofmann, *Recht, Politik und Religion*, 1. Auflage, 2003, p. 377

<sup>8</sup> See Schmitt, *ibid*, p. 65

<sup>9</sup> Klaus Ferdinand Garditz, "Laiklik ve Anayasa", Çev. Hilal Kafkas, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 2014, p. 171

as an end in itself, was created in a way that established the security-freedom balance to improve the basic living conditions of the individual and prepared the conditions and the ground that would make welfare possible.<sup>10</sup>

The secular main goal of security is more than simply securing it from individual selfishness in the "state of need and understanding" because security makes peace, freedom, and thus the distribution of rights and, ultimately, social balance possible.<sup>11</sup> The ability to make democratic decisions about how to live freely is in itself a value that can only be enjoyed under certain conditions, namely in a libertarian and thus necessarily a secular state.<sup>12</sup>

Considering this aspect, the constitutional laicism seems essential for the structuring of the state as the power and its decision-making mechanism. Because the potential for conflict and conflict in the relationship between the state and religion is a matter of dominance shaped around the power struggle in which both sets of facts and institutions conditionally formulate themselves.

Indeed, almost every religion is based on a demand for absolute validity, that is, a truth that cannot be limited in terms of its subject matter and that will embrace believers for their eternal salvation.<sup>13</sup> When this demand for truth takes over the political sphere, it emerges in the form and claim of institutional legal formulation. However, the modern state also claims to be the highest worldly decision-making power. Here are the two superiority claims: If the religious, in particular, spread their demands for truth to worldly matters and directly oppose the behaviour obligations of the state, they may have to conflict with each other.

As such, religious truth and its demand for rules and institutions may be explained and resolved solely by justifying the dominance of the state in the worldly sphere. Therefore, in the state-religion struggle, all institutions, especially the law, which constitute the movement capability of the modern state, should be equipped with the understanding of laicism, that is, the rule of law over religious doctrines should be stipulated. However, let us point out right away that the modern state is obliged to provide a welfare environment for the society, especially in the cultural sense, by making it liberal and democratic by secularizing its own laicism demand and set of institutions.

---

<sup>10</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Ders Staat als sittlicher Staat*, 1. Auflage, 1978, p. 18

<sup>11</sup> Böckenförde, a.g.e., p. 21

<sup>12</sup> Garditz, *ibid*, p. 175.-176.

<sup>13</sup> Garditz, *ibid*, p. 176

In laicism, then, the hypothesis<sup>14</sup> of the fundamental right to freedom in the history of modern human rights remains. A secular state does not require its citizens to have a uniform mentality. The state only demands outward observance of legal norms; ‘this includes unconditionally protecting the secular legal order even in private matters.

However, the secular state does not interfere with the conscience of the individual, does not demand a positive opinion towards the principles of the society, and does not want to be the faith magnet of the secular religion. Precisely by this self-limitation, the mortal God is undoubtedly associated with a dark cataclysmic prophecy that states that Leviathan will be disposed of in favour of private faith, by the separation of the outer from the inner—that is, the separation of faith from confession—spiritually directed from the inside out. The main common fear that stands in the way of this individual freedom and is perceived only as a weak point is that the modern state should ultimately reject its laicism as such, that is, it will re-equip the state with theological elements.<sup>15</sup>

In our opinion, in this respect, the state should neither rely on an external religious belief nor attempt to produce an internally institutional religion in order to get rid of such fears and hallucinations. The modern state must not undergo any internal or external mystification. After all, the modern state that emerged with such a claim and action gains a totalitarian character, the society imposed by internal or external religious belief moves away from welfare, thus accelerating the collapse of the state. The modern libertarian state gains institutional stability to the extent that it moves away from the phenomenon that can arise from these two directions.

Consequently, laicism constitutes a subject matter of the meaning of modern constitutional law theory. Therefore, the state, which is an important operator of modern constitutional law, should abandon the formulas of order based on religious belief and put forward only laicism in order to fulfil its principled and institutional demands regarding freedom and democracy. As a single formal or material maxim for the cultural field is not possible in a liberal, democratic and secular state, it is inevitable that value-based truth becomes privatized and therefore relative.

### **C. Democratic State of Law and Laicism**

The principle of laicism rarely presents a concrete normative appearance in constitutions. However, despite this, libertarian constitutions, on the one

---

<sup>14</sup> Georg Jellinek, *Die Erklärung de Menschen –und Bürgerrechte*, 4. Auflage, 1927, p. 46

<sup>15</sup> Garditz, *ibid*, p. 177

hand, contain fundamental rights and freedoms, and on the other hand, they comply with democracy in principle and institutionally in the organization of the state, so they are a priori secular.

The democratic state of law guarantees religious freedom as a conditioning and as such, directs it to the individual or cumulative social sphere in the fulfilment of the requirements of religiousness. Thus, religious beliefs cease to be a code that defines the state. Democracy, on the other hand, exists as the guarantor and operator of individual freedom in the sovereign organization of the state,<sup>16</sup> as Kelsen stated.<sup>17</sup>

Indeed, democracy presupposes the existence and, accordingly, diversity of competing personal or social relative truths. In this respect, democracy maintains its neutrality against the religious as an operator of current and potential views. As a matter of fact, the ECHR states the following in one of its decisions:<sup>18</sup> *“The inseparable pluralism from democratic society, which has been won at great cost for centuries, depends on it. This freedom includes, inter alia, the freedom to hold religious beliefs and to practice or not practice a religion.”*

In this respect, pluralism, tolerance and open-mindedness are the hallmarks of a “democratic society”. Although individual interests must at times be subordinated to the interests of a group, democracy does not merely mean that the views of the majority must always prevail; a balance must be struck that ensures fair and appropriate treatment of minority people and prevents any form of exploitation. Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of reconciliation, which rightly necessitates various concessions on behalf of individuals or groups of individuals in order to preserve and advance the ideals and values of a democratic society.

As such, democracy does not necessarily reveal an objective and independent truth. This also applies to the religious. Here, it takes a supra-religious position only in terms of the legitimacy foundations on which political sovereignty is based. Democracy cannot be a priori conditioned by all other supra-positive values, including the religion. However, there may still be tensions and conflicts between the religious and the secular democracy, which demands a supra-sensuous truth. In this respect, the epistemology and practice of democracy often confronts the ontology of the

<sup>16</sup> Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Auflage, 1929, p. 4

<sup>17</sup> See. Hans Kelsen, *Democracy: Its Nature and Value*, Dost Yayinevi, Ankara 2019, p. 89 etc.

<sup>18</sup> *Leyla Şahin v. Turkey Decision*, p. 104  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

religious. This is due to the fact that the religious one transcends the social and includes political and legal demands and these are put forward.

One of the most fundamental characteristic features of a secular constitution is the positive ontology and application ability of law. However, the principle of laicism does not exclude the existence of supra-positive legal principles in modern law. Nevertheless, thanks to the principle of laicism, the constitution and the constitutional state, guarantee not to be conditioned both formally and materially by the religious, that is, by a supreme and timeless validity.

At this point, a constitution based on the principle of laicism answers the question of “who will judge” (*Quis iudicabit*), which points to an important tension between the state and religious institutions, as positive law. Laicism, as an invention in modern law, defends positivity since it has brought law out of the shadow of trans-commodity bases and liberates the judiciary as well as the legislative and executive powers from the state powers. This autonomy and positivity of law also lays the groundwork for a state of law that develops on a worldly basis. As such, the democratic state of law is not immune from the material content of the law constructed in the context of the positivity of law and assumes secularism both in form and in content.

For this reason, the double-sided laicism of positive law requires as much freedom as possible in terms of legal theory. Beyond any doubt, there may be some privileged and culturally religious conditions of law and state. The laicism of positive law, however, is immune from normatively entrenched religious value judgements in the process of law making or interpretation. In this respect, although Schmitt<sup>19</sup> states that the power (*pouvoir constituant*) constituting the constitution makes a political decision based on moral, religious, philosophical and state theory priorities and says that he is not legally bound by it, a secular constitution in modern law is by no means an idealized one. It does not include commitment to the worldview, to the religious

In conclusion, let us cite the full version of Kelsen's evaluation:<sup>20</sup> *“The actual big problem is as follows: Can one know the facts and learn absolute values? The opposition regarding the world and life philosophies, including the opposition of democracy and autocracy, depends on this question: Belief in the existence of absolute truths and values reveals the foundations of a metaphysical and especially mystical-religious understanding of the world.*

---

<sup>19</sup> Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 7. Auflage, 1989, p. 75

<sup>20</sup> Kelsen, *Democracy*, p. 91

*The denial of this principle, the thought that human knowledge can only reach relative truths and values, and that every truth and value - like the individual who finds them - should be ready to step aside in the face of other truths and values at any moment leads to the world understanding of criticism and positivism. By criticality and positivism here, it should be understood the direction followed by philosophy and science, which starts from the positive, that is, from the given, perceptible, ever-changing and ever-changing experience, that is, rejecting the idea of an absolute transcendent to this experience. This opposition of world philosophies coincides with the opposition in philosophies of values and especially in basic political attitudes. On the one hand, there is a connection between an absolutist-metaphysical understanding of the world and an attitude in favour of autocracy, and on the other hand, between an attitude in favour of democracy and a critical-relativistic understanding of the world.”*

#### **D. Distinct Characteristic of a Secular Constitutional State**

In fact, although there is an understanding and approach as to what kind of characteristics a secular state has in the legal sense, let us state that there is no standard normative constitutional engineering in this regard. However, some generally accepted features are included in the doctrine, based on the etymology of the concept of laicism, its emergence and the constitutions of the countries listed in the secular category. It is useful to present these features in the form of two components.<sup>21</sup>

#### **1. The Principle of Institutional Separation of Religion- State Affairs**

Here, the prerequisite for the realization of the state's impartiality towards religions and beliefs is the separation of state and religion relations, which can be described as institutional laicism. As a matter of fact, as the Constitutional Court stated,<sup>22</sup> laicism is a constitutional principle that ensures the impartiality of the state against religions and beliefs, and determines the legal position, duties, powers and boundaries of the state against religions and beliefs. A secular state is a state that does not have an official religion, maintains an equal distance from religions and beliefs, establishes a legal order in which individuals can freely learn and live their religious beliefs in peace, and guarantees freedom of religion and conscience. Apart from being a requirement of freedom of religion and

<sup>21</sup> For more extensive discussions, see. Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayınları, 4<sup>th</sup> Edition, Ankara 2021, p. 353.-359.

<sup>22</sup> E. 2012/65, K. 2012/128, K.T. 20.9.2012.

conscience, the separation of state and religion is also necessary for the protection of religion from political interference and for maintaining its independence.

At this point, the following elements are essential in order to meet this requirement:

- a. There should be no official state religion. Although the importance of this feature for a secular state is not disputed, let's say that it is not used as a basic indicator in determining this feature of states. As a matter of fact, as we will mention below, there are states that are in the category of secular states, although they have an official state religion. Therefore, it is necessary to know whether religion is a cultural religion or whether it has an impact on the source and use of political power.
- b. The state should not discriminate positively or negatively against a certain religion or sect group just for this reason. In this respect, it is imperative that public authorities should not prefer any religion over the other and should not consider one superior to the other.
- c. State and religious institutions should be separated from each other.
- d. The state should not define religion and belief and should not grant religious superiority or privileged status to anyone.
- e. State and the law should not be regulated according to religious rules and references. In this respect, the law should have a positive identity.
- f. The exercise and framework of rights and freedoms should not be based on religious rules.

## **2. Guarantor Principle of the Religious Freedom**

A secular constitutional state is not just about the institutional separation of religion and state from each other. Undoubtedly, this principle is necessary; but it is not enough. Because the freedom of religion of individuals should also be guaranteed by the state. In a country where this guarantee cannot be provided, it is not possible to talk about the secular nature of the state. For example, in a secularist state that is based on anti-religion or that sees religion entirely as conscientiousness and cuts off all ties from public life, it is naturally possible to talk about the separation of religion and state institutions. However, we can say that such states cannot be described as secular states. Therefore, the fact that the state guarantees freedom of religion is an element that distinguishes the secular state from other state orders.

In this context, laicism imposes negative and positive obligations on the state. The negative obligation requires the state not to adopt a religion or belief officially and not to interfere with the freedom of religion and conscience of individuals unless there are compelling reasons. The positive obligation, on the other hand, brings with it the duty of the state to remove the obstacles to the freedom of religion and conscience, to provide a suitable environment in which people can live as they believe, and to provide the necessary opportunities for this.

On the other hand, two dimensions of freedom of religion may be mentioned. One of them is freedom of belief or conscience, and the other is the existence of freedom of worship as a requirement of belief. In this context, the European Court of Human Rights states:<sup>23</sup> *"As guaranteed in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. In its religious dimension, it is one of the most vital elements that make up believers' identity and understanding of life, but it is also a valuable asset to atheists, agnostics, sceptics, and the apathetic. The pluralism inseparable from democratic society, which has been won at great cost for centuries, depends on it. While freedom of religion is primarily a matter of personal conscience, it also implies the freedom to "profess one's religion," among others. Witnessing in words and deeds depends on the existence of religious convictions. Pursuant to article 9, the freedom to manifest one's religion can be asserted not only in community, "publicly" and in the circle of those with whom one shares his beliefs, but also "in solitude" and "in private"; it also includes, in principle, the right to try to persuade one's neighbour, for example by "teaching", otherwise the "freedom to change religion or belief" guaranteed in Article 9 would probably make no sense."*

As the European Court of Human Rights has emphasized in its various decisions, the state is subject to positive obligations on the one hand and negative obligations on the other, as in other rights and freedoms, in the face of freedom of religion and belief. These two obligations essentially point to the legal position of the secular state. In this context, the state cannot formally identify a particular person or belief; cannot reference it in its operations and actions. This is the sine qua non of the negative obligation of the state. On the other hand, the obligation to equip individuals with the means and means to live the necessities of their beliefs constitutes their positive obligations.

<sup>23</sup> Kokkinakis v. Greece Decision, p. 31  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)



## **E. A Review on Turkey**

### **1. Religion-State Affairs in the Constitutions of the European Union Member States**

Let's say right away that there is no standard model adopted by the European Constitutions on the regulation of religion and state affairs.<sup>24</sup> Some constitutions include the official religion or established religion model, other constitutions stipulate the separation of religion and state. The only constitution in the second group that directly states that the state is "secular" is the French Constitution.

The well-known religious model has been adopted by the constitutions of Greece, Iceland, Denmark and Finland. According to the Greek Constitution (art. 3), the "predominant religion" in Greece is the Eastern Orthodox Church. The same article stated that it is among the duties of the Autonomous Church of Greece and the Great Church in Istanbul to ensure that the text of the Bible is preserved without being modified. Although the Greek Constitution also states that all known religions are free (art. 13), it does not include any guarantees regarding the organization of other religious communities. Again, although it is stated that freedom of religion and conscience is "inviolable", proselytism is prohibited (art. 13).

However, we can say that other examples of the recognized religion model are more pluralistic than the Greek Constitution. As a matter of fact, the Constitution of Iceland (art. 62) stipulates that the Evangelical Lutheran Church is the state church of Iceland and that it will be supported and protected by the state in this capacity. It is also stated that this provision can be changed by law, but it must be submitted to a public vote (art. 79). However, the existence of the state church does not prevent the establishment of other religious communities (art. 63). Pursuant to Article 64 of the Constitution, religious differences cannot be a reason for treating people differently. But everyone has to pay a tax to finance their religion.

The Evangelical Lutheran Church is the official church of Denmark (art. 4). The status of the church is determined by law (art. 66). The King of Denmark must be a member of this church (art. 6). In addition, members of faith other than the official church may also establish their own religious institutions (art. 67), the rules regarding these are specified in a separate law

---

<sup>24</sup> For the basis of the information provided hereunder, see. Mustafa Erdoğan, "Avrupa Birliği Anayasalarında Devletin Temel Nitelikleri", *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 6, S. 23, Yaz 2001, 29-35, p. 32.-34.

(art. 69). No one can be compelled to contribute to an institution other than his own religious institution (art. 68).

Finland is also one of the examples of the recognized religion model. As a matter of fact, while Article 11 of the Finnish Constitution guarantees the right of everyone to be a member of a religious community as an element of freedom of religion and conscience, it also states that the provisions regarding the organization and management of the Evangelical Lutheran Church will be indicated in the Church Law in Article 76.

However, there are more examples of the "separatist" model: France, Italy, Spain, Belgium, Portugal, Luxembourg, Germany.

Among these, Article 2 of the French Constitution clearly defines the state as "secular" and states that it respects all faiths.

The Italian Constitution stipulates the separation of the state and the church in Article 7, and the equality of all denominations before the law in Article 8.

The Spanish Constitution (art. 16) states that no religion is the state religion, and all religious beliefs are guaranteed. It is also envisaged that the public authorities will take into account the religious beliefs of the Spanish community, in this regard, they will maintain cooperative relations with the Catholic Church and other denominations.

The Portuguese Constitution also states that churches and religious communities are separate from the State and can freely organize and perform their own rites and worship (art. 41/4).

Pursuant to the Separatist Belgian Constitution (art. 44), the state will respect religious belief, but will not support any religion; each religion or sect will have the right to manage its own affairs, acquire and dispose of property and establish institutions for religious or charitable purposes. In addition, the state will not seize the property of religions or sects or educational institutions, except when it is necessary for the public interest and payment is made.

According to the Luxembourg Constitution (art. 22), the state's intervention in the administration of religious affairs and the rules on the relations between Church and State are subject to agreements that must be approved by the Chamber of Deputies.

The Federal Constitution of Germany states that Articles 137 and 138 of the 1919 (Weimar) Constitution will apply to religion-state relations. According to the said article 137, there is no state church in Germany and religious institutions are free to organize without any restrictions. Every religious community has an equal right to regulate its affairs autonomously

without external interference. These institutions or communities shall have legal personality in accordance with the general provisions of the civil law. In addition to those that have existed so far, other religious communities can also be established if they apply. These communities and the associations they may form will be treated as public institutions. These institutions are authorized to impose taxes. Likewise, according to Article 137 of the Weimar Constitution, associations formed to spread a philosophical doctrine are also subject to the same status as religious communities. The Dutch and Swedish constitutions do not contain provisions regarding the official recognition of any religion or church.

Let's provide the relevant regulations in the constitutions of some countries in the form of a table.<sup>25</sup>

Constitution	Regulation	Article
Denmark	The Evangelical Lutheran Church is the traditional Church of Denmark and is supported by the State.	4
	The King must be a member of the Evangelical Lutheran Church.	6
	Citizens may establish all kinds of congregations for the purpose of worship, provided that nothing contrary to good morals and public order is taught or practised.	67
Greece	The Orthodox Church of the Nativity of Christ is the dominant religion in Greece. (...)	3
Norway	The Evangelical	.

<sup>25</sup> See. Anayurt, a.g.e., p. 360

	Lutheran Church is recognized as the Norwegian National Church and enjoys State support. All relations between the State and the Church are determined by law. The state supports other religious and philosophical communities in equal measure.	
Bulgaria	Religious institutions are separate from the State. The Eastern Orthodox Church is considered the traditional religion in the Republic of Bulgaria.	13/2 13/3
Iceland	The Evangelical Lutheran Church is the official church of the State of Iceland, and as such it is maintained and supported by the state.	62
Liechtenstein	The Roman Catholic Church is the State Church and as such enjoys the full protection of the State; other faiths are authorized to fulfil their creeds and participate in religious ceremonies to the extent that they are	37/2

	compatible with morality and public order.	
Malta	Malta's official religion is the Roman Catholic Apostolic Church.	2/1
Georgia	The State recognizes the extraordinary role of the Georgian Orthodox Church in the history of Georgia and its independence from the State, as well as freedom of belief and worship. The relationship between the Georgian State and the Georgian Orthodox Church is determined by a constitutional agreement in full compliance with the universally recognized principles and norms of international law in the field of human rights and freedoms.	8
Finland	The rules regarding the establishment and functioning of the Evangelical Lutheran Church are regulated by law.	76
Armenia	The Republic of Armenia recognizes the exceptional place and function of the Armenian Apostolic	18/1

	Holy Church as a national church in the spiritual life of the Armenian people, in the preservation of their national culture and identity.	
Vatican City State	Catholic religion is the official religion of the Vatican City State.	MONTH

## 2. An Alternative Secularism Proposal Specific to Turkey: Operational Laicism

Considering the principle of laicism, whose standard discussion and determinations we outlined above, in terms of Turkey, the question is: What does laicism mean politically and legally for Turkey? Considering that the religion of Islam is politically and legally productive and makes demands, the question becomes justified.

In this respect, our opinion consists of two intertwined propositions. First of all, we must transfer the principle of laicism to the normative application area. Thus, the modern state, conditioned by laicism, becomes an institution that is immune from religion but is a guarantor within the framework of the paradigm of compatibility with religion. This premise can openly accept both democracy and the religion of Islam. As a result, both the state and religion can be restructured in terms of modern law. We think that such a line of reasoning has its upsides.<sup>26</sup> Thanks to this argument, we predict that apart from the democratization of Muslims, the state can achieve democracy. Indeed, one of the reasons we attach importance to normative laicism is based on Turkey's anthropological history and understanding of society. Here, action is always kept above the intellectual. Thanks to laicism, society can realize itself politically and philosophically. We can call this the dynamic interaction provided by laicism.

Secondly, we need to question the concept and functioning of democracy. As it is known, a modern pluralistic understanding of democracy has not yet prevailed in Turkey. Therefore, when questions such

<sup>26</sup> For contrary opinion, see. Irfan Ahmad, "Democracy and Islam", içinde Toward Democratic Imaginaries, Ed. Seyla Benhabib ve Volker Kaul, Springer, Switzerland 2016, 125-136, p. 127

as which Islam are asked, we should also question Turkey's democratic understanding and direction. Here, the general question of whether Islam is compatible with democracy must be privatized for Turkey. The right question is: Is the understanding of Islam in Turkey compatible with democracy? We can say that recently, political Islam has become radicalized on the axis of polarization in Turkey, embodying its ideological form. As such, we see that Turkey's Islam has become alienated from the principles and institutions of democracy. This argument requires us to transcend methodological laicism. This makes operational laicism essential for Turkey.

So, it is helpful to raise the following question: Can democracy become religious if laicism is not adopted as an established political institution for Turkey?<sup>27</sup> Or can the religious belief reconcile with democratic institutions in Turkey? In our opinion, just like the Christian teachings, Islam has been badly attracted to worldly power and domination throughout its long history. In this respect, the rising political Islam in Turkey provides this proposition. Therefore, Turkey, without wasting much time; It should bring forward a proposal for a constitution that will strengthen its democratic character without cancelling religious belief, that is, without a rigid interpretation of laicism.

Religiosity, that is, religion subjected to ideological conditioning, is a multidimensional phenomenon. However, here we have to question the "legal-constitutional" position of religion rather than its social and political nature. The principle of laicism is a very important set of principles exported to Turkey in the West. The role of the principle of laicism in the construction of both the modern state and modern law in Turkey is undeniable. Indeed, internalizing the principle of laicism and putting it into practice with its rules and institutions is closely related to the development of law in Turkey.

The issue of freedom of religion or the existence of religious beliefs in Turkey is a political issue rather than a legal issue. So much so that we are in a position to determine the nature of the political regime from the way secularism is practiced with its institutions and rules. In this respect, the principle of laicism acts as a litmus paper.

Indeed, the loose attitude of the political regime towards freedom of religion, which goes beyond strict or constitutional limits, turns freedom

---

<sup>27</sup> For a similar question, see. Fred Dallmayr, "Whither Democracy? Religion, Politics and Islam", içinde *Toward Democratic Imaginaries*, Ed. Seyla Benhabib ve Volker Kaul, Springer, Switzerland 2016, 149-160, p. 149

into a problem. Freedom of religion inevitably connects the nature of the regime in terms of the meaning that politics ascribes to the principle of laicism. In the current system, the meaning attributed to freedom of religion in Turkey is unfortunately not understood as a freedom issue, but as a means of political reckoning.

In other words, freedom of religion in Turkey is not specifically seen as a human right that is "depending on the personality of the person, indispensable, inviolable and inalienable". However, while freedom of religion is embodied as a right in the context of the principle of laicism, it is considered by political elites as a matter of political engineering and regime, regardless of colour.

The phenomenon of religion, especially religious beliefs in its ideological form, has the potential to transform law as well as social and political life. In the face of this potential of religion, it can be said that laicism in the sense of separating religion from the state will be dysfunctional in our country. Of course, it is obvious that laicism responds to an important need in terms of separating religion from the state; however, we believe that this alone is not sufficient.

Because laicism is an understanding that brings many principles as a modernization tool in our country. Indeed, the only guarantee of the separation of powers and pluralistic democracy brought about by constitutionalism, especially the rule of law, which aims to protect human dignity, has been laicism in our country.

At first, the principle may seem negative as it is. Namely, there may be many nuance points where believers may object to this principle. Believers may envision a social, political and even legal order woven with religious beliefs. However, we have to question what this desire corresponds to in a religiously divided society like Turkey. It would not be difficult to foresee that a social environment designed according to a belief will not remain as it is but will also have political and legal demands.

Based on all the above, we should say that religion sometimes appears as a power centre and sometimes as a power tool. It is essential in a democratic state of law that religion remains abstract from these functions. Otherwise, due to the nature of religion, religious anarchy may damage or even abolish all other rights and freedoms of the society. In this respect, the existence of the principle of laicism in constitutions is inevitable. Here, the principle of laicism is also important in terms of legal pluralism, that is, the recognition of various social identities and the establishment of a healthy ground in



Turkey in the context of the problem of legitimacy<sup>28</sup> of the relationship between religion and politics.

In conclusion, as Tanör and Yüzbaşıoğlu stated, laicism has a dimension specific to Turkey. Because laicism constitutes the essence of the foundation and existence philosophy of the Republic. This aspect can be expressed in the shortest way with the concept of “modernization”.<sup>29</sup> Therefore, laicism is of great importance for Turkey and from the very beginning it functions as a founding principle of the modern Republic, emphasizing an operational quality.

### Conclusion

The religion-state affair has not yet been resolved by modern law. At this point, religiosity, as an ideological form, wants to cease to be a social base and puts forward legal demands.

At this point, the following observations of Sajo are remarkable:<sup>30</sup> *“Constitutional regulations today are challenged by powerful new forms of religion, ostensibly to reconquer the public sphere. The strategies of these movements typically include Trojan horses designed to introduce religion into constitutional law, arguing that the takeover of a democratically achieved legislature with the aim of imposing divine order is not constitutionally suspect. The constitutionalism, presented in terms of the free practice of religion and pluralism, seems vulnerable to certain claims of strong religion. As a first step towards a more robust constitutional theory of secularism, it is necessary to review some of the inherent difficulties of the concept. Constitutionalism is based on the use of human reason and popular sovereignty. The first thought becomes the duty of giving public advice in law and denies the acceptability of divine causes; second, it precludes any source of law other than secular. A solid concept of secularism enlivened by these ideas can patrol the borders of the public arena.”*

<sup>28</sup> Nader Hashemi, “Rethinking Religion and Political Legitimacy Across the Islam-West Divide”, içinde Toward Democratic Imaginaries, Ed. Seyla Benhabib ve Volker Kaul, Springer, Switzerland 2016, 161-170, p. 161

<sup>29</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 19. Edition, İstanbul 2019, p. 106.

<sup>30</sup> Andreas Sajo, “Preliminaries to a Concept of Constitutional Secularism”, I-CON, C. 6, 2008, 605-629, p. 605

As Depenheuer points out,<sup>31</sup> the existential meaning of religious beliefs, the inclusive and unexceptional moderation of religious demands in the coexistence of humanity in the world, should be carefully considered in political matters. Reflecting the reality of religious beliefs as an eternal and inviolable divine order -according to the logic of religious reality- should be decisive in the world and for the world. Accordingly, what is religious cannot be wrong, and what is religiously wrong cannot be right in a worldly environment. As such, everything has a specific place, function and law in the world considered as the model of the divine order. In this understanding of thought, since there is imperativeness in God and his revelations in both the spiritual and worldly realms, it does not seem theoretically possible for the worldly to be contrary to the divine order.

The entire idea may be said to begin with assumptions and "fundamental motives" that are "religious" in nature, in the sense that people inevitably interpret their empirical reality and direct their thoughts and actions on the basis of a more or less conscious commitment. The success of any belief system depends on its ability to provide an acceptable explanation for fundamental questions of existence as well as a reasonable normative framework for human behaviour. Based on this view,<sup>32</sup> the modern distinction between sources of knowledge such as religion, science, philosophy, or ideology is simply an intellectual construct, devoid of any real ontological or epistemological significance.

Considering Turkey, we can put forward an opinion that the separatist and operational laicism model should be applied. Because this model aims to prevent the effects of state life on religion, to neutralize the state and to minimize its influence in this area. Thus, the adoption of John Locke's understanding of religious freedom based on the moral and rational autonomy of individuals comes into question.

So, as a result, there is a state-religion relationship as an important problem waiting for Turkey in the new constitution. In our opinion, the shadow of the religious on the formation and functioning of the state should be abandoned when considered in a secular and liberal spirit through public debate. We can undoubtedly say that the religious has a natural place in

<sup>31</sup> See. Otto Depenheuer, "State and Religion: Models Between Powers with Sovereignty Claim", Translation. İlyas Doğan, Gazi University Faculty of Law Journal, C. X, S. 1-2, 2006, 417-432, p. 420.-421.

<sup>32</sup> Jonatas E. M. Machado, "Freedom of Religion: A View From Europe", Roger Williams University Law Review, V. 10, N. 2, 2005, 451-535, p. 451  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

public deliberation.<sup>33</sup> However, what should be here is that the arguments built on religious themes do not dominate politics and the law in the whole mass.

## REFERENCES

### Books

- Ahmad Irfan, "Democracy and Islam", içinde *Toward Democratic Imaginaries*, Ed. Seyla Benhabib ve Volker Kaul, Springer, Switzerland 2016, 125-136.
- Anayurt Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2021.
- Böckenförde Ernst-Wolfgang, *Ders Staat als sittlicher Staat*, 1. Auflage, 1978.
- Dallmayr Fred, "Whither Democracy? Religion, Politics and Islam", içinde *Toward Democratic Imaginaries*, Ed. Seyla Benhabib ve Volker Kaul, Springer, Switzerland 2016, 149-160.
- Garditz Klaus Ferdinand, "Laiklik ve Anayasa", Çev. Hilal Kafkas, içinde *Anayasa Teorisi*, Ed. Otto Depenheuer ve Cristoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, İstanbul 2014, 167-208.
- Hashemi Nader, "Rethinking Religion and Political LEgitimacy Across the Islam-West Divide", içinde *Toward Democratic Imaginaries*, Ed. Seyla Benhabib ve Volker Kaul, Springer, Switzerland 2016, 161-170.
- Heussi Hierzu Karl, *Kompendium der Kirchengeschichte*, 18. Auflage, 1991.
- Hofmann Hasso, *Recht, Politik und Religion*, 1. Auflage, 2003.
- Jellinek Georg, *Die Erklärung de Menschen –und Bürgerrechte*, 4. Auflage, 1927.
- Kelsen Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Auflage, 1929.
- Kelsen Hans, *Demokrasi: Doğası ve Değeri*, Dost Yayınevi, Ankara 2019.
- Lübbe Hermann, *Religion nach der Aufklärung*, 3. Auflage, 2004.
- Möllers Cristoph, *Staat als Argument*, 1. Auflage, 2000.
- Schmitt Carl, *Die vollendete Reformation*, *Der Staat* 4, 1965.
- Schmitt Carl, *Verfassungslehre*, 7. Auflage, 1989.
- Tanör Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 19. Edition, İstanbul 2019.

### Articles

<sup>33</sup> Jeremy Waldron, "Religious Contributions in Public Deliberation", *San Diego Law Review*, V. 30, N. 4, 1993, 817-848, p. 848

- Depenheuer Otto, “Devlet ve Din: Egemenlik İddiasında Bulunan Güçler Arası Modeller”, Çev. İlyas Doğan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 1-2, 2006, 417-432.
- Erdoğan Mustafa, “Avrupa Birliği Anayasalarında Devletin Temel Nitelikleri”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 6, S. 23, Yaz 2001, 29-35.
- Machado Jonatas E. M., “Freedom of Religion: A View From Europe”, *Roger Williams University Law Review*, V. 10, N. 2, 2005, 451-535.
- Palomino Rafael, “Religion and Neutrality: Myth, Principle, and Meaning”, *Brigham Young University Law Review*, 2011, 657-688.
- Sajo Andreas, “Preliminaries to a Concept of Constitutional Secularism”, *I-CO*, V. 6, 2008, 605-629.
- Waldron Jeremy, “Religious Contributions in Public Deliberation”, *San Diego Law Review*, V. 30, N. 4, 1993, 817-848.

# # KIRILGANLIKLA İLGİSİ BAKIMINDAN YAŞLILAR VE İNSAN HAKLARI İHLALİ OLARAK YAŞLI İSTİSMARI<sup>1</sup>

(ELDERLY IN RELATION TO VULNERABILITY AND ELDER ABUSE AS A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS)

Arş. Gör. Muhammet Koçakgöl \* \*\*

## ÖZ

Yaşlı istismarı, kırılğanlık ve insan hakları birbiriyle ilişkili kavramlardır. Yaşama hakkı, ayrımcılık yasağı, insanlık dışı muamele ve işkence yasağı ile dolaylı korunan haklarla ilgili olarak sosyal adaletsizlik yaşlı istismarı şeklinde karşımıza çıkabilmekte veya yaşlı istismarına zemin hazırlayabilmektedir. Yaşlıların uğradığı insan hakları ihlalleri ise kırılğanlıkla ilişkili olup kırılğanlık kavramına farklı perspektiflerden bakmayı gerekli kılmaktadır. Bu çalışmada insan hakları ve insan haklarıyla doğrudan ilişkisi bakımından sosyal adaletsizlik İoanna Kuçuradi'nin görüşleri kapsamında ele alınmıştır. Kırılğanlık kavramı ise literatürde genel kabul görmüş olan dar anlamda kırılğanlık ve geniş anlamda kırılğanlık ayrımı kapsamında tasvir edilmiştir. Ayrıca kırılğanlık kavramı kaynakları bakımından değerlendirme konusu yapılmıştır. Böylece kırılğanlığa yönelik farklı görüşlerin temellendirmeleri ortaya konularak insan hakları ihlali olarak yaşlı istismarının kırılğanlıkla ilgisi ve her bir yaklaşımın yerine getirdiği işleve yönelik ulaşılan sonuç paylaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** kırılğanlık, yaşlı istismarı, insan hakları, yaşlılık, kırılğan özne

## ABSTRACT

Elder abuse, vulnerability and human rights are interrelated concepts. Right to life, prohibition of discrimination, prohibition of inhuman treatment and torture, and social injustice in relation to indirectly protected rights

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 23.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 19.07.2022. Onaylanma Tarihi: 19.07.2022.

<sup>1</sup> Tezden türetilmiştir (John Rawls'un Sosyal Adalet Teorisi Bağlamında Yaşlı İstismarı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bilim Dalı, Ankara 2017).

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-1406-2427.

**Eser Atf Şekli:** Muhammet Koçakgöl, "Kırılğanlıkla İlgisi Bakımından Yaşlılar ve İnsan Hakları İhlali Olarak Yaşlı İstismarı", YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.799-820.

*may appear as elder abuse or may pave the way for elder abuse. The human rights violations suffered by the elderly are related to vulnerability and make it necessary to look at the concept of vulnerability from different perspectives. In this study, human rights and social injustice in terms of its direct relationship with human rights are discussed within the scope of Ioanna Kuçuradi's views. The concept of vulnerability is described within the scope of the generally accepted distinction in the literature, vulnerability in the narrow sense and vulnerability in the broad sense. In addition, the concept of vulnerability has been evaluated in terms of its sources. Thus, by presenting the grounds of different views on vulnerability, the relevance of elder abuse as a human rights violation with vulnerability and the function of each approach were shared.*

**Keywords:** *vulnerability, elder abuse, human rights, elderliness, vulnerable subject*

\*\*\*

## Giriş

Dünyanın birçok yerinde yaşlı istismarı çok az dikkate alınmaktadır. Son zamanlara kadar bu sorun sosyal bir problem olarak dahi görülmemiş ve daha çok özel bir konu olarak ele alınmıştır. Bugün bile yaşlı istismarı tabu olma özelliğini sürdürmekte, genellikle hafife alınan bir sorun olarak ele alınmaktadır.<sup>2</sup> Bu durum yaşlı istismarı kavramının mevzuatta ve yargı kararlarında çok az yer almasına neden olduğu gibi yaşlıların kırılganlığı farklı deneyimlemeleri nedeniyle uğradıkları insan hakları ihlallerinin de görünmezliğine sebep olduğu söylenebilir.

Yaşlı bireye yönelen her tür şiddet içerikli davranış olarak kabul edilen yaşlı istismarı, 1970’li yıllardan itibaren literatürde yer almaya başlamıştır. Tanımı ve unsurları hakkında tam uzlaşma olmadığı gibi bütün meslek grupları tarafından anlaşılır ve kapsamlı bir tanımın yapılması zor görünmektedir. Zira yaşlı istismarına ilişkin kriterler toplumlara ve kültürlerle göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu konuda en çok kabul edilen ve kullanılan tanım, Dünya Sağlık Örgütü’nün yaptığı tanımdır.<sup>3</sup>

Dünya Sağlık Örgütü yaşlı istismarını “*Yaşlı kişinin güven beklentisinin olduğu bir ilişkide, yaşlı kişiye acı veren ya da strese sokan bir kez yapılan ya da tekrar eden davranışlar veya uygun davranışta bulunma eksikliği*”

<sup>2</sup>[http://www.who.int/ageing/projects/elder\\_abuse/en/](http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/en/) (Erişim Tarihi: 22/06/2016).

<sup>3</sup> Serap Daşbaş, “Yaşlı İstismarının Önlenmesi”, Modern Hayat ve Yaşlılık (Ed. Harun Ceylan), Nobel Akademik Yay, Ankara 2015, s. 209 ve 210.

olarak tanımlanmaktadır.<sup>4</sup> Bu çalışma bakımından da bu tanım temel alınacak olup yaşlı istismarının tanımına ilişkin bir analiz yapılmayacaktır.

Korumaya muhtaç yaşlıları hukuki açıdan desteklemek ve bunun bir gereği olarak yaşlı istismarının önüne geçebilmek için belirli bir hukuki zeminin gerekliliğinden söz edilebilir. Bunun için yaşlıların istismarın herhangi bir türüne uğramaları ile onların kırılğan olmaları arasında ilgi kurmak mümkündür. Her kırılğan grubun durumu farklılık gösterebileceği için ise yaşlılar bakımından kırılğanlığı yetişkinlikle ilişkili olarak ele almak yerinde olabilir. Bu makalenin amacı da yaşlı istismarının kırılğanlık ve insan haklarıyla ilişkisini ortaya koymak, kırılğanlığa ve yaşlı istismarına ilişkin çeşitli görüşlerin uyum içerisinde olduğunu göstermektir.<sup>5</sup> Bunun için öncelikle kırılğanlığın ne anlama geldiği dar ve geniş anlamda kırılğanlık ve kaynağı bakımından kırılğanlık üzerinde durulacaktır. Sonrasında yaşlı istismarının kırılğanlıkla ilişkisi ve yaşlı istismarının Kuçuradi'nin görüşleri temelinde insan hakları ihlalleriyle ilgisi ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda “kırılğan özne mi liberal özne mi hukuk öznesi olmalı sorusu” bu çalışmanın kapsamında değildir. Herhangi bir görüşün savunulmasından ve tartışmacı bir yöntemden ziyade kırılğanlığı farklı şekillerde değerlendiren yazarların görüşleri tasviri tarzda ortaya konacaktır. Sonuç bölümünde ise kırılğanlığa ve yaşlı istismarına yönelik farklı yaklaşımların farklı işlevleri yerine getirdiğine yönelik değerlendirme paylaşılacaktır.

## **I. Kırılğan Olmaları Bakımından Yaşlılar**

Çevremizde sürekli özerk, bağımsız, kendi kendine yeten, başkalarına bel bağlamayan ve özgür kişiler olduğumuz düşüncesi pekiştirilmekte ve kırılğanlık kaçınmamız gereken bir şey olarak sunulmaktadır. Hukukun da bu tutumları pekiştirecek şekilde özgür, özerk, kapasite sahibi kişileri temel aldığı iddia edilmektedir.<sup>6</sup> Oysa insan yaşamının kırılğanlıklarla çevrili olduğundan söz edilebilir. İnsan hastalıklar, yaralanma, ölüm ve başkalarının ihtimamı gibi bağımlılıkların yanında başkalarının ihmali,

---

<sup>4</sup>The Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse, 2002, [https://www.who.int/ageing/projects/elder\\_abuse/alc\\_toronto\\_declaration\\_en.pdf](https://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_en.pdf) (erişim tarihi: 25/07/2017).

<sup>5</sup> Yapılan değerlendirmeler temelde Kuçuradi'nin insan hakları düşüncesine dayanmaktadır. Kuçuradi insan haklarını insan hakları belgeleri ekseninde değil bir fikir olarak savunmakta, etik temelli bir yaklaşım sergilemektedir. Dolayısıyla pozitif hukuk metinleri veya yargı kararları bağlamında yapılabilecek değerlendirmeler bu çalışmanın kapsamında değildir.

<sup>6</sup>Jonathan Herring, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford Üniversitesi Yay, 2016, s. 1.

istismarı, dışlaması, aşağılaması gibi konularda psikolojik olarak kırılındır.<sup>7</sup> Bu sebeple kırılma teorisi olarak isimlendirebileceğimiz insanın kırılma olduğu görüşü hukuk öznesini rasyonel ve özgür kişiler olarak değil, yaygın bir insanlık durumu olarak kırılma nitelemesiyle ele almaktadır. Yani bağımsız ve özerk birey klişesinden ziyade hukuk öznesini kırılma ekseninde tanımlama gayreti söz konusudur.<sup>8</sup>

Dolayısıyla kırılma varlıklar olarak bedensel, duygusal ve kültürel ihtiyaçlar bakımından başkalarına bağımlı olduğumuzu söylemek mümkündür. Ancak kırılma teorisi bakımından kırılma özneyi hukuk öznesi olarak görme konusunda uzlaşma olsa da kırılma kavramının kendisini tanımlamak zor görünmektedir. Çünkü bu konuda kırılmanın evrensel olduğu iddiasının yanında, kırılmanın sadece belli gruplara ve kişilere özgü olduğu iddiası da bulunmaktadır.<sup>9</sup>

### A. Kırılmanın Tanımıyla İlgili Görüşler

Kırılma geniş ve dar anlamda olmak üzere iki farklı şekilde tanımlanabilmektedir. Geniş anlamda kırılma tüm insanların kırılma olduğuna işaret ederken, dar anlamda kırılma sadece belirli grup veya kişilerin kırılma olduğuna vurgu yapmaktadır.<sup>10</sup> Geniş anlamda kırılma insan varlığının evrensel ve kaçınılmaz bir özelliği olarak görülmekte ve insanın kendinde var olan ontolojik bir özgesi olarak karışımıza çıkmaktadır. Bu anlamıyla kırılma, eşitsizlik ve dezavantajla ilgili yasal ve politik yaklaşımların yeniden ele alınması ve şekillenmesi konusunda önemli gözükmektedir. Çünkü ayrımcılık karşıtı yasalar ve şekli eşitlik anlayışı bazı eşitsizlikler ve dezavantajların çözümü konusunda başarısız olmaktadır. Buna neden olarak da liberal düşüncenin özerk, bağımsız, yetişkin 'mit' i

<sup>7</sup> Catriona Mackenzie/ Wendy Rogers/ Susan Dodds, "Introduction: What Is Vulnerability, and Why Does It Matter for Moral Theory?", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/ Wendy Rogers/ Susan Dodds), Oxford Üniversitesi Yay, 2014, s. 1.

<sup>8</sup> Gülriz Uygur, "Gender Inequality and Vulnerable Legal Subject in the Context of Cultural Oppression and Legal Culture", *On Equality and Liberty and Their Contemporary Legal Meaning: From Sw 61 of the Lucerne IVR World Congress*, (Ed. Jasminka Hasanbegović, Dosije Studio), Belgrade 2021, s. 39.

<sup>9</sup> Herring, 2016, ss. 1-2, 7.

<sup>10</sup> Paul Formosa, "The Role of Vulnerability in Kantian Ethics", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/ Wendy Rogers/ Susan Dodds), Oxford Üniversitesi Yay, 2014, s. 88; Nadire Özdemir, "Kırılma Kavramı ve Özerklik Değeri Işığında Devletin Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 151, 2020, s. 363; Elif Çelik, *İnsan Onurundan İnsanın Kırılmasına: İnsan Haklarının Temelinde Yatan Kavramları Yeniden Ele Almak*, Doktora Tezi, Ankara 2015, ss. 82-83.  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



kişi olarak temel alması ve bu temel üzerinde meydana gelebilecek sosyal dışlanmalara ve yapısal adaletsizliklere karşı yetersiz kalması gösterilmektedir. Oysa kırılğan özne yaklaşımı liberal anlayışın özne anlayışının yapamadığını ortaya koymaktadır. Çünkü dezavantajla ilgili sadece bireylere sorumluluk yüklemek yerine sosyal politikanın merkezine kırılğan özneyi koymaktadır. Böylece dezavantajlılığın giderilmesi konusunda sorumluluğu devlete yüklemektedir.<sup>11</sup>

İnsanın kendisinde var olan bir özellik olarak kırılğanlık herkesin kırılğan olduğu iddiasını içermektedir. Çünkü kırılğanlık için yapılan tanımlara ve kimlerin kırılğan olduğuna dair yapılan listelere bakıldığında kırılğan olmayan çok az insanın olduğu görülmektedir.<sup>12</sup> Örneğin kırılğanlığın kelime kökenine bakıldığında yara (*wound*) anlamına gelen Latince “*vulnus*” kökünden gelmekte ve insan bedeninin acı çekme kapasitesi olarak ifade edilmektedir. Bu haliyle de Fineman tarafından insanın ontolojik bir durumu olarak ele alınmaktadır.<sup>13</sup> Yani kırılğanlık insan doğasının kaçınılmaz, sürekli ve evrensel bir unsuru olarak görülmektedir.<sup>14</sup> *Yeni Oxford İngilizce Sözlüğü*'nde de bu tanımla uyumlu sayılabilecek biçimde kırılğan olmak “*duygusal veya fiziksel biçimde zarara uğratılma ya da saldırıya maruz bırakılma ihtimali*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>15</sup> Benzer şekilde İngiltere’de Ulusal Sağlık Servisi’nin parçası olan ve yetişkin kırılğanların korunmasıyla ilgili çalışan *No Secrets* kırılğan yetişkin grubuna hastalık, yaş, zihinsel veya başka türlü bir engelden dolayı kamusal sağlık hizmetini alan, kendi bakımını üstlenemeyecek durumda olan, sömürülme veya belirgin bir zarara uğratılmaya karşı kendini koruyamayacak olan 18 yaş ve üzerindeki kişileri almaktadır.<sup>16</sup>

Herring ırksal azınlıklar, ekonomik açıdan dezavantajlılar, yaşlı kişiler, evsizler, mülteciler ve çocuklar gibi birçok kırılğan grubun olduğu göz önünde bulundurulursa bu grupların hiçbirine dâhil olmayan çok az insanın olacağını belirtmektedir. Dolayısıyla kırılğanlığın sanıldığından daha yaygın olmasından ziyade, hepimizin kırılğan olduğu iddiasında bulunmaktadır. Buna kanıt olarak da fiziksel ve psikolojik iyilik halimiz için başkalarına

---

<sup>11</sup> Mackenzie/ Rogers/ Dodds, 2014, ss. 4-6.

<sup>12</sup> Herring, 2016, ss. 7-9.

<sup>13</sup> Mackenzie/ Rogers/ Dodds, 2014, s. 4.

<sup>14</sup> Özdemir, 2020, s. 363.

<sup>15</sup> Herring, 2016, s. 6.

<sup>16</sup> Herring, 2016, s. 6; Department of Health No Secrets Guidance on Developing and Implementing Multi-Agency Policies and Procedures to Protect Vulnerable Adults from Abuse, 2015, ss. 8-9.

bağımlı olduğumuzu göstermektedir. Örneğin birçok insanın işlerinin ve hayat tarzlarının sürdürülmesi için toplum tarafından sunulan alışveriş merkezleri, uzatılmış banka çalışma saatleri, asansörler, çocuklar için gündüz bakım evleri, ev temizlik hizmeti, vb. gibi birçok şeyin farkında olmadığını, çünkü bunların kırılganlıklarımızı gizleyecek yapıda olduğunu belirtmektedir.<sup>17</sup> Ancak bu görüş bakımından kırılganlığın olumsuz bir durum olarak kabul edilmediği belirtilmelidir. Çünkü insanın bedensel/cismani (*corporeal*) bir yapıya sahip olduğu ve bunun doğal olarak kırılganlığı doğurduğu düşüncesine başvurulmaktadır. Başkalarıyla iş birliği yapmadan yaşamının mümkün olmaması, elektrikten gıdaya, duygusal destekten ulaşımaya kadar birçok konuda insanların birbirine bir şeyler sunması ve çok az insanın tamamıyla başkalarından bağımsız yaşayabileceği şeklindeki örnekler de bu düşüncüyü destekler niteliktedir.<sup>18</sup>

Kırılganlığa bu şekilde geniş anlamda bakıldığında yaşlılar gibi belirli grupların nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. Bununla ilgili bazılarının daha kırılğan olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılabileceği gibi kırılğanlığı dar anlamda ele alan görüşe de başvurulabilir. Zira kırılğanlığı dar anlamıyla değerlendiren görüş, kırılğanlığı evrensel anlamda ele alan görüşü çok geniş olduğu için ve kırılğanlığı zayıf şekilde tanımladığı için eleştirmektedir. Çünkü bu tür bir yaklaşımı pratikte kullanmak zor olduğu gibi herkesi kırılğan saymak belirli grupların spesifik ihtiyaçlarına cevap vermede yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla kırılğanlığı evrensel olarak gören düşünce risk altındaki grupların görünür olmasını perdelemektedir. Buna karşı Fineman, kırılğanlığın mağdur edilmekle, bağımlılıkla, yoksunlukla ve patolojiyle eş tutulmasını eleştirmektedir. Bu eleştiri karşısında kırılğanlığı dar anlamda ele alan görüş bunun paternalizme varma riskini kabul etmektedir. Ayrıca kırılğanlığı dar anlamda ele almanın ayrımcılığa ve klişelerle grupları etiketleme gibi olumsuzluklara da yol açabileceği uyarısında bulunmaktadır.<sup>19</sup>

Yaşlıların kırılğanlıkları bakımından bu iki görüşün dışında Mackenzie, Rogers ve Dodds'un sınıflandırmasına başvurmak mümkündür. Böylece kırılğanlığın ontolojik olarak insanda var olmasının yanında yaşlılık bakımından kırılğanlığın kaynağını veya kaynaklarını ortaya çıkarmak ve kırılğanlığın farklı hallerini birbirinden ayırmak mümkün hale gelebilir.

<sup>17</sup> Herring, 2016, ss. 8-10.

<sup>18</sup> Herring, 2016, s. 11.

<sup>19</sup> Mackenzie/ Rogers/ Dodds, 2014, s. 6.

## B. Kırılğan Yetişkinler ve Yaşlılar

Mackenzie, Rogers ve Dodds kırılğanlığı kaynakları bakımından sınıflandırmaya tabi tutmuştur. Kaynaklarına göre kırılğanlık için kendinde var olan/içkin (*inherent*), duruma bağlı (*situational*) ve patojenik (*pathogenic*) sınıflamasını yapmışlardır.<sup>20</sup> Bu sınıflamaya göre yaşlı istismarının kaynağını belirlemek mümkündür.

Kaynaklarına göre bakıldığında kendinde var olan kırılğanlık insanda içkin olan, insanlık hali olmaya karşılık gelen kırılğanlığı oluşturmakta ve insanın başkalarına bağımlı olmasını, ihtiyaç duyan bir varlık olmasını, açlık ve susuzluk gibi birçok etkene karşı kırılğan olmasını ifade etmektedir. Yaş, sağlık durumu ve engellilik kişinin baş etme kapasitesine göre değişiklik gösterse de yine bu kapsamda çeşitli kırılğanlıklar olarak görülmektedir. Kırılğanlığın ikinci kaynağı olan duruma bağlı kırılğanlık ise bağlama özel oluşan kırılğanlıklar olarak tanımlanmaktadır. Örneğin doğal afetlerden kaynaklı bir afetzedenin kırılğanlığı bağlama göre değişmektedir. Eğer sigortası varsa kaybettiği evi tazmin edilirken, yoksul bir ülkede kişi destekten yoksun kaldığında tekrar evine kavuşamadığı için barınaksız kalıp kırılğan hale gelebilmektedir. Kırılğanlığın bu iki kaynağı kategorik olarak birbirinden ayrı görülmemekte, fakat kendinde var olan kırılğanlık daha çok kişinin doğup büyüdüğü çevreyle ilgili görülürken, duruma bağlı kırılğanlık kişinin kendi direnme kapasitesiyle ilişkili görülmektedir. Kırılğanlığın üçüncü kaynağı olan patojenik kırılğanlık duruma bağlı kırılğanlığın bir alt kümesi olmakla birlikte, etik bakımdan problemlili kırılğanlıklara işaret etmektedir. İstismar edici, kişiler arası veya sosyal ilişkiler ile sosyo-politik baskı ve adaletsizlik durumları patojenik kırılğanlıklar kapsamına girmektedir.<sup>21</sup>

Yapılan üçlü ayırım bakımından yaşlı istismarını insanın kendinde var olan ve etik problemlilerle ilgili olarak istismar edici davranışları da içeren patojenik kırılğanlıkların ikisine birden dâhil etmek mümkündür. Çünkü yaşlılık insanın kendinde var olan bir özelliği iken, bakıcının istismar edici davranışları patojenik kırılğanlık kapsamında sayılabilir. Örneğin sürekli bakıma muhtaç olduğu için kırılğan olan kişi aynı zamanda bakıcısı tarafından cinsel istismara uğradığında buna patojenik kırılğanlık da eklenmiş olmaktadır.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Mackenzie/ Rogers/ Dodds, 2014, s. 7.

<sup>21</sup> Mackenzie/ Rogers/ Dodds, 2014, ss. 7-9.

<sup>22</sup> Mackenzie/ Rogers/ Dodds, 2014, s. 9.

Herkesin kırılğan olduğu şeklindeki kırılğanlığın geniş tanımı da kabul edilse sadece belirli kişilerin veya grupların kırılğan olduğu görüşü de kabul edilse, Judith Butler'ın ileri sürdüğü gibi herkesin kırılğanlıkları farklı biçimlerde ve farklı bağımlılık derecelerinde meydana gelmektedir.<sup>23</sup> Dolayısıyla yaşlıların kırılğanlıkları da kendine özgü koşulları içinde değerlendirilebilir. Böylece diğer kırılğan gruplara göre insan hakları korumasından ne kadar faydalanabildiklerini de ortaya koymak mümkün olur. Örneğin Herring çocuklarla kıyaslandığında çocuğun ebeveynlerden alınarak bakımı için otoritelerce karar verilebilirken, bir yetişkin için aynı koruma mekanizmasının İngiltere'de açıkça ortaya konulmuş olmadığını ifade etmektedir. Verdiği bir örnekte de demans hastası bir kişinin bakımevine yerleştirilip yerleştirilmemesi gerektiği tartışılmış ve yetişkin olduğu için risk alabilecek özerkliğe sahip olduğu, kendi evinde yaşayabileceği ve yaşlının en yüksek faydasına olacak kararın ne olabileceği gibi tartışmalar yapılmıştır. Ancak yaşlının bakımını üstlenen kişilere sosyal ve finansal destek verilmesi gibi hayati birçok konu göz ardı edildiği belirtilerek kırılğan yetişkinler bakımından durumun karmaşıklığı gösterilmiştir.<sup>24</sup> Türkiye'de de benzer şekilde Çocuk Koruma Kanunu gibi çocukları korumaya yönelik detaylı düzenlemeler içeren mevzuat bulunmasına rağmen yetişkin olup kırılğan olanlar için aynı düzeyde bir korumanın bulunmadığı belirtilebilir.

Kırılğan gruplara insan hakları perspektifinden bakmak da mümkündür. Bu bağlamda insan haklarının kırılğan bireyi değil de tam özerk bireyi temel aldığı kabul edilse dahi kırılğan gruplara yönelik ayrımcılık yasağından ve bu kişilerin yaşama hakkı gibi temel haklarından söz etmek mümkündür. Ancak bu çalışma bakımından istismar edilen veya istismar riski olan yaşlılar özel olarak korunması gereken gruplardan biri olmanın yanında kırılğanlığın evrensel olduğu görüşü birlikte ele alınabilir. Bu şekilde insanın insan olmasından kaynaklı haklara sahip olmasının yanında, kırılğan olmasından kaynaklı ihlallere uğrayabileceğini görmek de mümkün hale gelir. Örneğin bu konuda Bryan S. Turner kırılğanlığın insan oluşumuzu

<sup>23</sup> Rosemarie Tong, "Vulnerability and Aging in the Context of Care", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/ Wendy Rogers/ Susan Dodds), Oxford Üniversitesi Yay, 2014, s. 289.

<sup>24</sup> Jonathan Herring, "Protecting Vulnerable Adults: A Critical Review of Recent Case Law", *Child and Family Law Quarterly*, C. 21, S. 4, 2009, ss. 498-500, 512.  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

tanımladığını ve insan haklarının ortak temeli olarak sunulabileceğini ifade etmektedir.<sup>25</sup>

Ancak “Neden insan hakları?” sorusuna Kuçuradi’nin görüşlerinden hareket ederek belirlemenin daha yerinde olduğu belirtilebilir. Çünkü ona göre insan hakları her insanla ilgili insanın değerini tanıma ve koruma istemeleri olarak, sırf insan oldukları için insanları korumayı öngörmektedir.<sup>26</sup> Başka bir deyişle insan hakları insana insan gibi davranmak gerektiğini ifade etmekte ve neden insan haklarını ihlal etmemek gerektiği sorusuna da yanıt oluşturmaktadır.<sup>27</sup> Dolayısıyla insan haklarının temelini kırılganlıkla açıklamak koruma alanını da daraltıcı kılabilir ve bu nedenle de problemlidir. Oysa Kuçuradi’nin görüşünden hareket edilirse sadece kırılğan olmak değil, doğrudan sırf insan olmak, kırılğan olsun veya olmasın istisnasız her bir kişiye bu hakların taşıyıcısı ve koruyucusu olma özelliği yükleyeceği için daha yerinde olduğu söylenebilir. Ayrıca bu temellendirme insanın değer sahibi olmasından hareket ettiği için özerk bireyle sınırlı olduğu eleştirisine de yanıt oluşturabilir. Ancak yine de insan haklarını temellendirmek için olmasa da kırılganlıkla ilgili insan hakları ihlallerini görmek için Turner’in düşüncelerine başvurulabileceği ifade edilmelidir.

## **II. Kuçuradi’nin İnsan Hakları Perspektifinden Kırılğan Grupların Korunması ve Yaşlılar**

Kişileri sırf insan oldukları için korumayı istemek, yalnızca insana özgü olanakları kişilerde korumayı istemek temel insan haklarını oluşturmaktadır. Bu hakların temelinde ise insanın onuru veya değeri yer almaktadır. Kimseye insanlık dışı muamelede bulunmamayı, kimseye aşağılayıcı davranışta bulunmamayı isteme de insanın değerine dokunmamayı isteme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bütün insanların eşit olduğu, her kişinin sırf insan olmakla sahip olduğu, tanınması söz konusu olmayan sağlık hakkı gibi bir grup temel haktan da söz edilebilir. Bunlara eğitim, çalışma ve beslenme hakları da eklenebilmektedir.<sup>28</sup> Yaşlı istismarının türleri göz önünde bulundurulursa, yaşama hakkının, kötü muameleye uğrama yasağının, sağlık

---

<sup>25</sup> Bryan S. Turner, *Vulnerability and Human Rights*, The Pennsylvania State University Press, 2006, s. 1.

<sup>26</sup> İoanna Kuçuradi: *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, 2011, ss. 1-2.

<sup>27</sup> Harun Tepe, “İnsan Haklarının Bilgisel Temelleri”, *İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar*, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay, Ankara 2006, ss. 175-177.

<sup>28</sup> Kuçuradi, 2011, ss. 1-6, 13.

hakkının, beden bütünlüğünün korunması gibi temel insan haklarının ihlal edildiği kolayca anlaşılabilir. Burada insan haklarını ihlal eden devlet görevlisi de olsa kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü Kuçuradi'nin de ifade ettiği gibi devlet görevlileri de kişilerdir.<sup>29</sup> Dolayısıyla insan hakları ihlalcisinin temelde gerçek kişiler olduğu belirtilmelidir.

İnsan hakları etik ilkeler olarak karşımıza çıkmakta ve insanların insan olmaktan kaynaklı bazı haklara sahip olduğu düşüncesini ifade etmektedir. Bu yüzden de insanların belirli şekilde muamele görmeleriyle ilgilidir. Ancak tek tek insan haklarının muamele ilkeleri olması iki anlama gelmektedir. Bunlar “muamele görme” ve “muamele etme” şeklindedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi de bunun farkında olarak birinci maddesinde “*İnsanlar birbirine kardeşlik anlayışı içinde davranmalı*” demektedir.<sup>30</sup> Bu noktada Kuçuradi'nin bildirgeyi örnek göstermesi belgelere dayalı bir insan hakları anlayışına sahip olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira Kuçuradi yukarıda belirtildiği gibi insan haklarını fikir olarak görmekte, belgelere değil bilgiye, insanın değerli olduğu bilgisine dayandırmaktadır.

Bildirgede de ifade bulan insanların birbirine karşı kardeşlik anlayışı içerisinde davranmasına aykırı örneklerden biri yukarıda bahsedilen hakların ihlali olması bakımından yaşlı istismarıdır. Burada yaşlı kişi muamele görme bakımından insan hakları ihlaline uğrarken, bakıcısı ettiği muameleyle insan haklarını ihlal etmektedir. Bu ihlalin güven beklentisiyle yakından ilişkili olması ise ihlali yaşlı istismarı olarak nitelendirmemizi sağlamaktadır. Çünkü güven, etik kişi değerlerini bilen bir kişinin karşısındaki kişiyi doğru değerlendirmesi sonucu o kişinin değersiz eylemde bulunamayacağı yönünde emin olmasını ifade etmektedir.<sup>31</sup> Burada yaşlı kimse “Benim çocuğum beni dövmez, devletin görevlendirdiği bakıcısı bana hakaret etmez gibi” güvene dayalı beklentileri<sup>32</sup> yaşlı kişi doğru bir değerlendirmede bulunsun veya bulunmasın bir defa veya sürekli olarak ihlal edilmektedir.

Sonuçta insan hakları tek tek etik ilkeler olarak ele alındığında insanın tür olarak diğer canlılar içerisindeki yeri, yani insanın değeri gündeme gelmektedir. İnsanın nasıl muamele etmesi ve nasıl muamele görmesi

<sup>29</sup> Kuçuradi, 2011, s. 5.

<sup>30</sup> İoanna Kuçuradi, “İnsan Hakları Kavramı ve Çeşitleri”, İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay, Ankara 2006, ss. 32-33.

<sup>31</sup> İoanna Kuçuradi, Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2015, s. 188.

<sup>32</sup> Burada Kuçuradi'nin tanımladığı etik ilişkide güven değerinin ihlal edilmesinin yanında bu konudaki beklentilerin ihlali de istismar için yeterli görülebilir.

gerektiğini ise insan hakları nesnel olarak ortaya koymaktadır.<sup>33</sup> Yaşlı istismarını oluşturan davranışların bu nesnel ilkeleri ihlal ettiği söylenebilir. Çünkü yaşlılara bünyelerine uygun beslenmenin sağlanmaması, uygun değerlendirmeler ve fırsatlar sunulmadan bakım evlerine yerleştirilmeleri, kriz haline gelmeden tedavi edilememeleri, bakım evlerinde ihtiyaç duymadığı halde sakinleştirici ilaçların verilmesi ve benzeri örnekler istismara örnek oluşturdukları gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen (ve çeşitli belgelerde de yer alan) yaşama hakkı ve aşağılayıcı muameleye uğramama haklarını açıkça ihlal etmektedir.<sup>34</sup> Bu durum da yaşlı istismarında, ihlal edilen insan haklarının aynı zamanda etikle ilgili olduğu düşüncesini doğrular niteliktedir.

Kırılğan olmaları bakımından düşünüldüğünde ise kırılğan grupların çeşitli hak ihlallerinden bahsetmek mümkündür. Bu bakımdan insanların eşit olması haklar bakımından olduğu için kırılğanlıkla insan haklarının ilişkilendirilmesinde bir çelişkinin olmadığı belirtilebilir. Çünkü paylaşılan kırılğanlıklarından kaynaklı da olsa insan hakları bireylerin sırf insan olmalarından ötürü sahip oldukları haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>35</sup> İnsan olarak paylaşılan ortak kırılğanlıklardan biri olarak yaşlılık ve yaşlıların ihlal edilen insan hakları bakımından yaşlı istismarına ise bu haklarla sınırlı olmamak kaydıyla yaşama hakkı, ayrımcılık yasağı, kötü muamele ve işkence yasağı ve sosyal adaletsizlik bakımından ele almak mümkündür. Böylece Kuçuradi'nin insan hakları ve sosyal adaletsizlik anlayışı bakımından ihlaller somutlaştırıldığında, bu haklar AİHS ve Anayasada ayrı ayrı düzenlense de bu hakların iç içe oluşunu görmek kolaylaşacaktır.

### **A. Yaşama Hakkının İhlali Bakımından**

Yaşama hakkının insan hakları bakımından en temelde yer aldığı söylenebilir. Çünkü yaşama hakkı özgürlüğün somutlaştığı ilk hak olma özelliğini göstermekte, insan olarak var olmak, kendini idame etmek ve var oluşu geliştirme olanağı olma özelliğini göstermektedir.<sup>36</sup> Kuçuradi yaşama hakkıyla ilgili olarak kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne dokunmamanın

---

<sup>33</sup> Kuçuradi, 2011, s. 72.

<sup>34</sup> Peter Crome, "Older People, Care, Dignity, and Human Rights", Justice for Older People (Ed. Harry Lesser), Rodopi Press, 2012, ss. 12-13.

<sup>35</sup> Turner, 2006, s. 3.

<sup>36</sup> Bahri Savcı, "Yaşam Hakkı Felsefe Açısından Pratiğe Doğru", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri (Yay. Haz. İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2009, s. 84.

talep edildiğini kabul etmektedir.<sup>37</sup> Bu anlamda yaşama hakkı, herkese borçlu olunan ve kişilerin kişilere göstermesi gereken muameleye ilişkin talebi ifade etmektedir. Ancak bunun yanında her kişinin bedensel varlığını sürdürebilmesi için asgari koşulların sağlanması da yaşama hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>38</sup>

Yaşama hakkını kişinin bedensel varlığı için gerekli minimum şartlar olarak ifade etmeseler de insan hakları belgelerinde ve Anayasada yaşama hakkına yer verilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. Maddesinde *"Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır."*<sup>39</sup> ifadesi, AİHS'nin 2. Maddesinde *"Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez."*<sup>40</sup> ifadesi yer almaktadır.

Anayasanın 17. maddesinde *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. ... meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."* hükmü ve 15. maddesinde *"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."*<sup>41</sup> hükmü yer almaktadır.

<sup>37</sup> Kuçuradi bu yaygın görüşü kabul etmekle birlikte günümüzde yaşama hakkının kapsamının bundan daha geniş olduğunu belirtmektedir (Kuçuradi, 2011, s. 117).

<sup>38</sup> Kuçuradi, 2011, ss. 116-117, 123.

<sup>39</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, 1948.

<sup>40</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokollerle Değiştirilen Metin, Avrupa Antlaşmaları Serisi No 5, Council of Europe Publishing, 2010, s. 6.

<sup>41</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1982.



Ancak Anayasanın 90. Maddesindeki “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”<sup>42</sup> hükmünden hareketle yaşama hakkına özellikle ek protokollerle daha geniş koruma sağlandığını belirtmek gerekir. Çünkü AİHS’nin 6. ve 13. Protokollerinde ölüm cezasının verilemeyeceği ve tarafların bu konuda çekince koyamayacakları belirtilmiş, 15. maddeye dayanarak olağanüstü hallerde de ölüm cezasının verilemeyeceği değişikliği yapılmış, yaşama hakkının temel bir değer olduğu ve tüm insanların onurunun tanınması bakımından önemli olduğu gerekçesi 13. Protokolde yer almıştır.<sup>43</sup> Böylece yaşama hakkıyla ilgili istisnasız bir güvencenin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak bu güvencenin kapsamının nasıl belirleneceği konusunun tek tek kişilere ve toplumun kurumlarına bağlı olduğu düşünülebilir. Örneğin Kuçuradi’nin “*Açlık da kişilerin yaşamını tehdit etmiyor mu?*”<sup>44</sup> sorusundan hareket edilirse özellikle kırılğan kişilerin veya grupların (kırılğanlık evrenseldir dediğimizde ise her birimizin) yaşama hakkını ihlal etme riski oluşturup oluşturmadığı sorulabilir.

Kırılğanlıkla ilgisi bakımından yaşama hakkının kırılğanlık fikriyle açıkça bağlantılı olduğu belirtilmektedir.<sup>45</sup> Çünkü yaşama hakkı kendisiyle birlikte başkalarına ihtimam göstermeyi de içermektedir.<sup>46</sup> Dolayısıyla muamele görme bakımından olduğu kadar bakımı gerekli yaşlılar bakımından da onların yaşamaları için ihtimam göstermenin önemli olduğu belirtilebilir. Onların bedensel veya ruhsal bütünlüğüne doğrudan veya dolaylı olarak yönelen istismar eylemlerinin ise yaşama hakkına yönelik tehdit oluşturduğu açıktır.

Yaşama hakkına yönelik tehdit devletten geldiğinde ise yine yaşama hakkına yönelik olmakla birlikte yaşlıya yönelik ayrımcılıktan bahsedilebilir. Örneğin özel ilgi gerektiren kırılğan gruplardan sayılabilecek engellilere 2017 yılında 2022 sayılı yasa kapsamında 1059 lira ile 1589 lira

---

<sup>42</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1982.

<sup>43</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokollerle Değiştirilen Metin, Avrupa Antlaşmaları Serisi No 5, Council of Europe Publishing, 2010, ss. 39-40, 54.

<sup>44</sup> Kuçuradi, 2011, s. 117.

<sup>45</sup> Turner, 2006, s. 10.

<sup>46</sup> Turner, 2006, s. 22.

arasında para yardımı yapılırken bu tutarın yaşlılık aylığı için 705 lira olması<sup>47</sup> kırılgan gruplar arasında dahi yaşlılara yönelik ayrımcı bir tutumun ifadesi olarak değerlendirilebilir. Bu durum da yaşama hakkının ekonomik ve sosyal yoksulluk veya zayıflık nedenleriyle kullanılmasına engel olmaktadır. Dolayısıyla yaşama hakkının kullanılması için insanın ekonomik ve sosyal zayıflıklarını giderme zorunluluğu gündeme gelmektedir. Böylece yaşama hakkının ekonomik ve sosyal bakımdan da var olma olanağını yaratması söz konusu olur ve yaşama hakkı bütün yönleriyle gerçekleşme imkânına kavuşabilir.<sup>48</sup> Bu nedenle yaşama hakkının hayata geçmesi bakımından *ayrımcılık yasağı* ile *kötü muamele ve işkence yasağı* ve bu hakların yaşlı kişilerin yaşama hakkıyla ilgisinden söz edilebilir.

### **B. Ayrımcılık Yasağı Bakımından**

Ayrımcılığın temelde etik bir sorun olduğu, etik bakıştan yoksun olmanın bir sonucu olduğu belirtilebilir. Bu konuda Harun Tepe ayrımcılığın genellikle siyasal bir sorun olarak ele alındığını, fakat etik boyutunun ihmal edildiğini belirtmektedir. Bir kişi veya grubun kendilerini ilgilendiren bir konuda, konuyla doğrudan ilgisi olmamasına rağmen kayırılması veya haksızlığa uğraması ise ayrımcılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Etnik, cinsel ve dinsel konularda birinin diğerine göre eşit muamele görmemesi, aynı değeri taşıdığı halde farklı muameleye tabi tutulması buna örnek olarak verilebilir.<sup>49</sup> Yaşlı kişilerin yaşından dolayı işe alınmaması, sağlık hizmetleri sunulurken daha az önemsenmesi ve kiralık ev verilmemesi gibi davranışların yaşlılara yönelik ayrımcılık oluşturduğu ve etik bakımdan temellendirilebilir bir tarafları olmadığı belirtilebilir.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili mevzuata bakıldığında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2. Maddesinde "*Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyruğunda bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuksal veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.*" hükmü ve bununla ilişkili olarak 7. maddesinde "*Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin*

<sup>47</sup> <http://www.milliyet.com.tr/ak-parti-il-engelliler-koordinasyonu-eskisehir-yerelhaber-1815309/> (Erişim Tarihi: 06/09/2017).

<sup>48</sup> Savcı, 2009, ss. 85-86.

<sup>49</sup> Harun Tepe, Pratik Etik, Bilgesu Yay, Ankara 2016, ss. 185-187.

*bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.*<sup>50</sup> İfadeleri ve AİHS'nin 14. maddesinde “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*” hükmü ile ek 12 numaralı protokolü 1. maddesinde yer alan “*1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. 2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.*”<sup>51</sup> ifadeleri yer almaktadır.

Daha önce belirtildiği gibi Anayasa’da eşitlik hükmü yer almakta ve yaşa dayalı bir ayrımcılığın da yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Çünkü ayrımcılık yapılamayacağıyla ilgili İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve AİHS’de sunulan liste (cinsiyet, ırk, ten rengi, din, vs.) sınırlayıcı olmadığı gibi<sup>52</sup> Anayasa’da da benzer şekilde kırılğan gruplar örnekleyici olarak sıralanmıştır. Hatta Anayasada yaşlılar için alınacak tedbirlerin eşitlik bakımından aykırılık oluşturmayacağı açıkça belirtilmektedir.

Ayrımcılık yasağına rağmen, sağlık hizmetlerinden faydalanma ve sosyal hayata katılma gibi birçok bakımdan yaşlıların ayrımcılığa uğradığından örnekler üzerinden bahsedilebilir. Sağlık hakkından gereği gibi faydalanmaktan alıkoymak bakımından verilen örneklerden birine bakılabilir. 70 ve 20 yaşında iki hastanın aynı anda yoğun bakımda olduğu ve acil müdahaleye ihtiyaç duyulduğu varsayılmaktadır. Bu durumda eğer hekim sadece birine müdahale edebilecek şansa sahipse bunu 20 yaşındaki hastaya yönelik kullanacaktır. Bu örnek soyut olması ve gerçek hayatta aynı anda böyle bir seçim yapma zorunluluğunun pek de yaşanmayacağı dile getirilmekteydi. Ancak yaşçılığın yaşlı hastayı tedavi etmemek için bu savunmayı kullanıp kullanmadığı sorusu her zaman sorulabilir.<sup>53</sup> Daha önce

---

<sup>50</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1948.

<sup>51</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokollerle Değiştirilen Metin, Avrupa Antlaşmaları Serisi No 5, Council of Europe Publishing, 2010, ss. 13, 49-50.

<sup>52</sup> Gwen M. Sayers/ Tim Nesbitt, “Ageism in the NHS and the Human Rights Act 1998: An Ethical and Legal Enquiry”, European Journal of Health Law, S. 9, 2002, s. 13.

<sup>53</sup> Sayers/ Nesbitt, 2002, ss. 8-9.

hipotetik olan bu örneğin Covid salgınında birçok defa gerçekleştiği de unutulmamalıdır.

Tedavi kararlarının verilmesi sürecinde yaşlı hastaya yönelik ayrımcılık yapıldığını genç ve yaşlı hasta arasında seçim yapmak gerekmediği durumlarda da göstermek mümkündür. Örneğin 14 yıl daha yaşaması beklenen 70 yaşındaki bir hastanın tedavi edilmemesi bu yılları değersizleştirme anlamına gelmekte ve tedavi etmemek için bir sebebe ihtiyaç duyulmaktadır. Sebep olarak da tedavi edilmezse yaşayacağı yılların daha değerli olacağı şeklinde sunulmaktadır. Bu şekilde yasal ve etik bakımdan tedaviden imtina edilmesi kabul edilemez olarak görünse de sağlık hizmetinin fiilen yaşa dayalı olarak kısıtlanması söz konusu olabilmektedir. Çünkü bireysel olarak hekimlerin toplumsal değerleri yansıtması olasıdır.<sup>54</sup> Dolayısıyla aile üyelerinin veya bakım hizmeti görenlerin de bu şekilde düşünebileceği göz önüne alındığında, özellikle yaşlı hasta yerine karar verme durumu söz konusuysa tedaviden kaçınarak yaşlı istismarına neden olmak birçok kez mümkündür.

Eğer insan öldürme suçunda yaşlı kişinin öldürülmesi daha az cezayı gerektirmiyorsa (hatta daha çok cezayı gerektirebilmekte) yaşlı kişinin yaşayacağı yılların neden daha az değerli olduğu sorusunu sorabiliriz.<sup>55</sup> Bununla ilgili hekimlerin hastalarına ihtimam göstermeleri gerektiği ve onların en üstün yararına göre davranması beklenmektedir. Ancak bu yükümlülük kısıtlı bütçe gibi gerekçelerle yarışan yükümlülükler öne sürülerek ihmal edilebilmektedir. Böylece hastayı tedavi etmek yerine klinik belirsizliğin tedaviyi engellemesi gündeme gelebilmektedir. Örneğin 75 yaşındaki bir kalp hastasına aynı ameliyatla ilgili iyi emsaller bulunmasına rağmen ameliyatın uygulanmaması, yaşa dayalı ayrımcılık olduğu gibi yaşama hakkına yönelik ihlal de oluşturmaktadır. Çünkü tedavi edildiğinde 9 yıl daha yaşaması öngörülen, tedavi edilmezse kaçınılmaz biçimde öleceği beklenen birinin tedaviyi uygulamayla ilgili hiçbir engel yokken tedavi edilmemesinin tek nedeni yaş olarak görülmektedir.<sup>56</sup> Bu konuyla ilgili tartışmalarda çok az yaşlı hastanın ameliyata alındığı ancak buna birçok vaka bakımından gerekçe sunulmadığı belirtilmektedir. Örneğin Hollanda'da her beş kalp doktorundan birinin hastanın yaşına dayanarak tedavi olmaması yönünde tavsiyelerde bulunduğu ortaya konulmuştur.<sup>57</sup> Doktorla hastası arasında da bir güven beklentisinin olduğu düşünüldüğünde

<sup>54</sup> Sayers/ Nesbitt, 2002, s. 8.

<sup>55</sup> Sayers/ Nesbitt, 2002, s. 9.

<sup>56</sup> Sayers/ Nesbitt, 2002, ss. 9-10.

<sup>57</sup> Sayers/ Nesbitt, 2002, s. 25.

ayrımcılık ve yaşama hakkını ihlal bakımından da yaşlıların istismara maruz kaldıkları görülebilir.

### **C. İnsanlık Dışı Muamele ve İşkenceye Uğrama Yasağı Bakımından**

İnsanlık dışı muamele ve işkenceye uğrama yasağı AİHS'nin 3. maddesinde işkence yasağı başlığı altında “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz”<sup>58</sup> şeklinde ifade edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ise insanlık dışı ceza verilemeyeceği belirtilmiş ve yaşlılıkla ilgili olarak 25. maddede güvenlik hakkından söz edilmiştir. Burada “1. Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir. 2. Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar.”<sup>59</sup> ifadesi yer almaktadır. Benzer şekilde Anayasa'nın 17. Maddesinde de “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”<sup>60</sup> hükmü yer almaktadır.

İnsan hakları ihlallerinin kişiden geldiği düşünüldüğünde istismarın insanlık dışı muamele ve işkenceye uğrama yasağını ihlale neden olabileceği belirtilebilir. Burada istismar meydana geldiğinde beden bütünlüğünü ihlal de görünür olmaktadır. Ancak güvenlik hakkı bağlamında bakıldığında devletin veya kurumlarının ihmal edici davranışlarının doğrudan istismar oluşturmadığı, ancak istismar ortamının oluşmasına katkı sağladığı belirtilebilir. Örneğin yaşlılara hiçbir maddi yardım yapılmaması onların aile içerisinde tüketen, yük olan şekilde algılanmasına ve güçsüz konumda kalarak istismara daha açık hale gelmesine neden olabilmektedir.

İnsanlık dışı muameleye istismar kapsamında çeşitli örnekler verilebilir. Bunlardan bazıları yaşlının cezalandırma amacıyla bir odaya kilitlenmesi, tekerlekli sandalyenin bağlanarak hareket etmesinin engellenmesi, kişinin yatağa kemerle bağlanması, tuvalet ihtiyacını küçük bir yardımla karşılayabilecek olduğu halde yaşlı kişinin altının bağlanması, personel

<sup>58</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokollerle Değiştirilen Metin, Avrupa Antlaşmaları Serisi No 5, Council of Europe Publishing, 2010, s. 6.

<sup>59</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1948.

<sup>60</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1982.

yetersizliği gibi nedenlerle yaşının uzun süre altının ıslak kalması şeklindedir.<sup>61</sup> Personel eksikliği, yeterli bütçenin kurumlarca ayrılmaması gibi birçok nedenin istismarın oluşmasına zemin hazırladığı düşünüldüğünde sorunun çözümü için sosyal adaletin sağlanması veya en azından kimi sosyal adaletsizliklerin yaşlı istismarıyla ilişkisine bakmak gerekmektedir.

#### **D. Sosyal Adaletsizlik Bakımından**

Kişi-kşi arasındaki ilişkinin nasıl bir ilişki olacağını etkileyen çeşitli nedenlerden söz etmek mümkündür. Bu nedenlerden biri yaşlıların grup olarak sosyal adaletsizliğe uğraması olarak değerlendirilebilir. Yaşlı istismarının sosyal adaletsizlikle ilgisine bakıldığında, bu adaletsizliğin temelinde gelir dağılımındaki uçurum olduğu düşüncesi yaygındır. Ama bu sosyal adaletsizliğin bir görünümünü oluşturmaktadır.<sup>62</sup> Zengin yaşlıların da istismar edildikleri göz önünde tutulursa yaşlılar bakımından sosyal adaletsizliğin sadece ekonomik temelli olmadığı anlaşılabilir. Sosyal adaletsizliğe kişi ve devlet merkeze alınarak ayrı ayrı bakmak mümkündür.

Dolaylı korunan temel kişi hakları<sup>63</sup> devletçe korunan sosyal, ekonomik ve bazı siyasal haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hakların ya da bazılarının bir ülkede ilgili bütün yurttaşlar için korunmadığı gündeme gelebilir. Bu durumda bütün insanların eşit olduğu ancak bu hakların koruma olanaklarının bütün yurttaşlar için aynı derecede sağlanmadığı etik sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sorun sosyal adaletsizlik olarak belirlemektedir.<sup>64</sup> Kadın ve çocuk gibi diğer kırılgan gruplarla ilgili özel koruma mekanizmaları oluşturulmaya çalışılırken yaşlılar için bu tür koruyucu mekanizmaların çok daha yetersiz olması kişi merkeze alındığında görülebilecek sosyal adaletsizlik örneği olarak değerlendirilebilir.

Sosyal, ekonomik ve bazı siyasal hakların sınırları çizilirken kişisel, grupsal, sınıfsal, vb. çıkarların ağır basması sosyal adaletsizliktir. Benzer biçimde, toplumsal ilişkilerin kuruluş tarzından kaynaklı ortaya çıkan bir kısım yurttaşların başka yurttaşları –dolayısıyla devleti- sömürmesinin engellenmemesi olarak ortaya çıkardığı durum sosyal adaletsizliktir. Burada

<sup>61</sup> <http://www.combatingelderabuse.eu/wp-content/uploads/2016/06/Human-rights-violation-and-elder-abuse.pdf> (Erişim Tarihi: 09/11/2017).

<sup>62</sup> Kuçuradi, 2011, s. 12.

<sup>63</sup> Doğrudan korunan kişi hakları hiç kimse tarafından dokunulmaması isteminde bulunmanın mümkün olduğu haklar iken dolaylı korunan haklar devletçe tanınan ve bazı kurum veya kuruluşlar aracılığıyla korunabilen sosyal, ekonomik ve bazı siyasal haklar şeklindedir (Kuçuradi, 2011, ss. 12-13).

<sup>64</sup> Kuçuradi, 2011, ss. 13-14

sıkıntılarının, eksikliklerin yani “yok”ların yurttaşlar arasında eşitçe paylaştırılmaması da sosyal adaletsizlik olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bazı vatandaşların olanakları ülkenin elverdiğinden daha fazla korunmakta, bazı yurttaşların ise olanakları hiç korunmamakta veya çok az derecede korunmaktadır. Bazı yurttaşların ithal bir güzellik kreminde birkaç tane alırken bazı yurttaşların eczaneden kalp ilacını alamaması buna örnek olarak gösterilebilir.<sup>65</sup>

Yaşlıların geçinmeye yetmesi mümkün olmayan muhtaçlık aylığıyla yetinmesini kaynakların yokluğu nedeniyle beklerken, devletin bu “yok”ları bürokratlarına paylaştırmaması devlet merkeze alındığında sosyal adaletsizliğin bir görünümü olarak ele alınabilir. Türkiye’de kamu araçlarının yıllık kiralama, yakıt ve bakım gibi maliyetleri toplamı 2012 yılında 2 milyar TL iken<sup>66</sup> 65 yaş üstü muhtaç kişilere 3 ayda bir 337,75 TL verilmesi<sup>67</sup> ‘yok’ların eşitçe paylaşılmamasından kaynaklı sosyal adaletsizliğe örnek olarak verilebilir.

Neticede dolaylı korunan temel kişi haklarının bütün yurttaşlar için eşit derecede korunmadığı durumda etik bir sorun olarak karşımıza çıkan sosyal adaletsizliğin yokların eşitçe paylaştırılmadığı, siyasal yönetimlerin kamu varlığını bütün yurttaşların temel haklarına ilişkin ihtiyaçları eşit karşılayacak biçimde yönetmediği ve bu şekilde kurum ve kuruluşların oluşturulmadığı zaman da ortaya çıktığından söz etmek mümkündür.<sup>68</sup>

## **Sonuç**

Yaşlı istismarının bir insan hakkı ihlali olduğu konusunu tartışmalı görmek zor olmakla birlikte yaşlılık olgusu kırılğanlıkla ve yaşlı istismarıyla birlikte değerlendirildiğinde konuya farklı perspektiflerden bakmanın mümkün olduğu söylenebilir. Herring’in yaklaştığı gibi herkesin kırılğan olduğu, yani kırılğanlığın evrensel olduğu düşünüldüğünde yaşlılığın kaçılması, sakınılması, görmezden gelinmesi gereken bir sorun olmadığı, aksine ontolojik bir gerçekliğimiz olduğunu görmek kolaylaşmaktadır. Benzer şekilde Turner’ın kırılğanlığı insan oluşumuzla ilgili görüp insan haklarının ortak temeli olarak değerlendirmesi yaşlı istismarının görünür kılınması bakımından önemli görünmektedir.

---

<sup>65</sup> Kuçuradi, 2011, ss. 14-16.

<sup>66</sup> <http://www.dunya.com/gundem/devlet-araclarinin-yillik-yakit-masrafi-15-milyar-lira-haberi-199967> (Erişim Tarihi: 28/12/2016).

<sup>67</sup> <http://t24.com.tr/yazarlar/bilinmeyen/65-yas-muhtaclik-ayligindan-kimler-nasil-yararlanabilir,5653> (Erişim Tarihi: 28/12/2016).

<sup>68</sup> Kuçuradi, 2011, ss. 14-17.

Diğer taraftan kırılğanlığın evrensel olduğunu kabul etmek hukukta kırılğanlığı farklı şekillerde tecrübe eden yaşlıların korunması ve yaşlı istismarının önüne geçilmesi bakımından bağlamı gözden kaçırma riskini taşıdığı belirtilebilir. Fakat Fineman'ın belirttiği gibi sadece belirli grupları kırılğan olarak kabul etmenin de etiketlenme, dışlanma ve benzeri ayrımcı riskleri beraberinde getirebileceği belirtilmelidir. Bu nedenle Mackenzie, Rogers ve Dodds'un kırılğanlığı kaynakları bakımından sınıflandırmasının hukuki koruma sağlama açısından elverişli olduğu söylenebilir. Zira bir taraftan kırılğanlık insanın kendisinde var olan bir özellik olarak görülüp evrensel kırılğanlık tanımı dışlanmazken, diğer taraftan patojenik kırılğanlık tespitiyle yaşlı istismarını içeren eylemlerin kendine özgü durumlarını görmek mümkün kılınmaktadır.

Yaşlı istismarını insan haklarına etik temelde yaklaşan Kuçuradi'nin görüşleri bağlamında bakıldığında ise yaşlı istismarının kişiden kişiye yönelen bir insan hakları ihlali olduğu belirtilebilir. Bunun ise insanın insan olmakla onur sahibi bir varlık olduğu ve insan haklarının sadece muamele görme değil aynı zamanda muamele etme ilkeleri olduğu şeklindeki bilginin eksikliğinden ileri geldiği belirtilebilir. Neticede yaşlılığa ve yaşlı istismarına yönelik bu yaklaşımların 1) Yaşlı istismarının etik bilgi eksikliğinden ileri geldiğini tespit etme (Kuçuradi), 2) Yaşlılığı normal ve ontolojik bir gerçeklik olarak görme (Herring), 3) Yaşlı istismarını insan hakları ihlali olarak görmeyi kolaylaştırma (Turner), 4) Yaşlı istismarının kaynağını belirleme (Mackenzie, Rogers ve Dodds) şeklinde farklı işlevleri yerine getirdiğini söylemek mümkündür.

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler

- Crome P, "Older People, Care, Dignity, and Human Rights", Justice for Older People (Ed. Lesser H), Rodopi Press, 2012, ss. 7-14.
- Çelik E, İnsan Onurundan İnsanın Kırılğanlığına: İnsan Haklarının Temelinde Yatan Kavramları Yeniden Ele Almak, Doktora Tezi, Ankara 2015.
- Daşbaşı S, "Yaşlı İstismarının Önlenmesi", Modern Hayat ve Yaşlılık (Ed. Ceylan H), Nobel Akademik Yay, Ankara 2015, ss. 207-227.
- Formasa P, "The Role of Vulnerability in Kantian Ethics", Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy (Ed. Mackenzie C/ Rogers W/ Dodds S), Oxford Üniversitesi Yay, 2014, ss. 88-109.
- Herring J, "Protecting Vulnerable Adults: A Critical Review of Recent Case Law", Child and Family Law Quarterly, C. 21, S. 4, 2009, ss. 498-512.



- Herring J, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford Üniversitesi Yay, 2016.
- Kuçuradi İ, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, 2011.
- Kuçuradi İ, “İnsan Hakları Kavramı ve Çeşitleri”, İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay, Ankara 2006, ss. 29-47.
- Kuçuradi İ, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2015.
- Mackenzie C/ Rogers W/ Dodds S, “Introduction: What Is Vulnerability, and Why Does It Matter for Moral Theory?”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Mackenzie C/ Rogers W/ Dodds S), Oxford Üniversitesi Yay, 2014, ss. 1-29.
- Özdemir N, “Kırılğanlık Kavramı ve Özerklik Değeri Işığında Devletin Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 151, 2020, ss. 361-381.
- Savcı B, “Yaşam Hakkı Felsefe Açısından Pratiğe Doğru”, *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri* (Yay. Haz. Kuçuradi İ), Türkiye Felsefe Kurumu Yay, Ankara 2009, ss. 83-92
- Sayers G M/ Nesbitt T, “Ageism in the NHS and the Human Rights Act 1998: An Ethical and Legal Enquiry”, *European Journal of Health Law*, S. 9, 2002, ss. 5-18.
- Tepe H, “İnsan Haklarının Bilgisel Temelleri”, İnsan Hakları Konferans Panel ve Sempozyumlar, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay, Ankara 2006, ss.171-197.
- Tepe H, *Pratik Etik*, Bilgesu Yay, Ankara 2016.
- Tong R, “Vulnerability and Aging in the Context of Care”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Mackenzie C/ Rogers W/ Dodds S), Oxford Üniversitesi Yay, 2014, ss. 288-307.
- Turner B S, *Vulnerability and Human Rights*, The Pennsylvania State University Press, 2006.
- Uygur G, “Gender Inequality and Vulnerable Legal Subject in the Context of Cultural Oppression and Legal Culture”, *On Equality and Liberty and Their Contemporary Legal Meaning: From Sw 61 of the Lucerne IVR World Congress*, (Ed.Jasminka Hasanbegoviç, Dosije Studio), Belgrade 2021, ss. 11-45.

### **Mevzuat, Sözleşme ve Bildiriler**

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokollerle Değiştirilen Metin, Avrupa Antlaşmaları Serisi No 5, Council of Europe Publishing, 2010.

Department of Health No Secrets Guidance on Developing and Implementing Multi-Agency Policies and Procedures to Protect Vulnerable Adults from Abuse, 2015.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1948.

The Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse, 2002.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1982.

### **Çevrimiçi Kaynaklar**

<http://t24.com.tr/yazarlar/bilinmeyen/65-yas-muhtaclik-ayligindan-kimler-nasil-yararlanabilir,5653> (Erişim Tarihi: 28/12/2016).

<http://www.combatingelderabuse.eu/wp-content/uploads/2016/06/Human-rights-violation-and-elder-abuse.pdf> (Erişim Tarihi: 09/11/2017).

<http://www.dunya.com/gundem/devlet-araclarinin-yillik-yakit-masrafi-15-milyar-lira-haberi-199967> (Erişim Tarihi: 28/12/2016).

<http://www.milliyet.com.tr/ak-parti-il-engelliler-koordinasyonu-eskisehir-yerelhaber-1815309/> (Erişim Tarihi: 06/09/2017).

[http://www.who.int/ageing/projects/elder\\_abuse/en/](http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/en/) (Erişim Tarihi: 22/06/2016).

**‡ THE CARRIAGE OF DANGEROUS GOODS BY SEA UNDER  
THE HAGUE RULES, THE HAGUE-VISBY RULES, THE  
HAMBURG RULES AND THE ROTTERDAM RULES**

(LAHEY KURALLARI, LAHEY-VİSBY KURALLARI, HAMBURG KURALLARI VE  
ROTTERDAM KURALLARI KAPSAMINDA DENİZ YOLUYLA TEHLİKELİ MADDE  
TAŞIMACILIĞI)

**Esra Ögünç \* \*\***

**ÖZ**

*Bu çalışmanın amacı deniz yoluyla tehlikeli madde taşımacılığında Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme (1924), 1968 tarihli Konişmentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.8.1924 Tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin Tadiline Dair Protokol, Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi (1978) ve Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (2008) kapsamında taşıtan ve taşıyan arasında risklerin nasıl dağıtıldığını belirlemektir. Riskin taraflar arasında dağıtımını belirlemek için bu çalışma tehlikeli maddelerin tanımını, taşıtanın yükümlülüklerini, taşıyanın haklarını, taşıtanın tehlikeli madde taşımacılığında sorumluluğunun temelini ve kapsamını ve yükümlülüklerin ihlali ile kayıp veya zarar arasındaki nedensellik bağıını incelemektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Tehlikeli maddeler, sorumluluk, yükümlülükler, taşıtan, taşıyan

**ABSTRACT**

*This study aims to determine how the risks are allocated between shipper and carrier regarding the carriage of dangerous goods by sea under the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, and Protocol of Signature (1924), Protocol to*

---

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.02.2022. İlk hakem raporu tarihi: 23.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 02.07.2022. Onaylanma Tarihi: 18.07.2022.

\* Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul Barosu Avukatı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3168-878X.

**Esere Atf Şekli:** Esra Ögünç, “The Carriage of Dangerous Goods By Sea Under The Hague Rules, The Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules And The Rotterdam Rules”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.821-866.

*amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (1968), United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (1978) and United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2008). To determine the allocation of the risk between these parties; this study examines the definition of dangerous goods, obligations of the shipper, rights of the carrier, the basis and the extent of the liability of the shipper considering shipment of dangerous goods and causal link between the breach of obligations and loss or damage.*

**Keywords:** *Dangerous goods, liability, obligations, shipper, carrier*

\*\*\*

## I. INTRODUCTION

The aim of this study is to determine how the risks are allocated between shipper and carrier regarding the carriage of dangerous goods under the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, and Protocol of Signature (1924)<sup>1</sup> (“Hague Rules”), Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (1968)<sup>2</sup> (“Hague-Visby Rules”), United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (1978)<sup>3</sup> (“Hamburg Rules”), United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2008)<sup>4</sup> (“Rotterdam Rules”). This study will focus on this issue considering the mentioned international carriage conventions and therefore, other international conventions concerning dangerous goods such as the

<sup>1</sup> For the text of the Convention, see

<<https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/07/7-04/hague-rules.xml>> accessed 16 January 2022.

<sup>2</sup> For the text of the Hague-Visby Rules, see

<<https://jus.uio.no/lm/sea.carriage.hague.visby.rules.1968/doc.html>> accessed 16 January 2022.

<sup>3</sup> For the text of the Convention, see

<[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/hamburg\\_rules\\_e.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/hamburg_rules_e.pdf)> accessed 16 January 2022.

<sup>4</sup> Rotterdam Rules was adopted on 11 December 2008 in New York and the convention was opened for signature on 23 September 2009 in Rotterdam. However, this convention has not entered into force due to inadequate number of ratifications. For the status of the Convention, see

<[https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam\\_rules/status](https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules/status)> accessed 26 November 2021. For the text of the Convention, see

<<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rotterdam-rules-e.pdf>> accessed 16 January 2022.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

International Convention for the Safety of Life at Sea (1974)<sup>5</sup>, the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (73/78)<sup>6</sup> and the International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea (1996)<sup>7</sup> will not be discussed in this study. In order to determine how the risks are allocated between parties, firstly, which goods can be considered as dangerous will be examined; as circumstances in which the shipper can be liable to the carrier regarding shipment of these goods should be determined. Secondly, obligations of the shipper, rights of the carrier, the basis and the extent of the liability of the shipper regarding shipment of these goods will be examined. Thirdly, causal link will be determined in order to allocate risks between shipper and carrier. The shipper has various duties under the Hague Rules, the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. Even if the shipper does not fulfil these duties, if the carrier acts negligently then there might be no

---

<sup>5</sup> For the text of the Convention, see

<<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201184/volume-1184-I-18961-English.pdf>> accessed 16 January 2022. Protocol of 1978 relating to the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 entered into force on 1 May 1981. For information regarding this Protocol and subsequent amendments to the Convention, see <[https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/FocusOnIMOArchives/Focus%20on%20IMO%20-%20SOLAS,%20the%20International%20Convention%20for%20the%20Safety,%20of%20Life%20at%20Sea,%201974%20\(October%201998\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/FocusOnIMOArchives/Focus%20on%20IMO%20-%20SOLAS,%20the%20International%20Convention%20for%20the%20Safety,%20of%20Life%20at%20Sea,%201974%20(October%201998).pdf)> accessed 24 January 2022.

<sup>6</sup> The Convention was adopted on 2 November 1973 and later Protocol of 1978 was adopted. For information on the history of this convention, see <<https://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/Pages/Marpol.aspx>> accessed 16 January 2022. For the text of the Convention, see <<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/Documents/MARPOL%201973%20-%20Final%20Act%20and%20Convention.pdf>> accessed 16 January 2022. For the text of the Protocol of 1978 relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, see <<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/Documents/MARPOL%20Protocol%20of%201978.pdf>> accessed 16 January 2022.

<sup>7</sup> This Convention was adopted in 1996 and later, Protocol of 2010 to the International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 1996 was adopted. For the text of the Convention, see <[https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/04/1996-HNS-Convention\\_e.pdf](https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/04/1996-HNS-Convention_e.pdf)> accessed 16 January 2022. For the text of the Protocol of 2010, see <[https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/04/2010-HNS-Protocol\\_e.pdf](https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/04/2010-HNS-Protocol_e.pdf)> accessed 16 January 2022.

causal link and the shipper may not be liable to the carrier. Therefore, the carrier's negligence and causation will be examined. These examinations will be made by considering articles of relevant international conventions and also decisions of various courts. In addition, for comparative purposes, there will be references to common law regarding carriage of dangerous goods by sea.

## II. THE DEFINITION OF DANGEROUS GOODS

In order to determine whether there is a breach of provisions regulating dangerous goods, first, goods which are considered as dangerous should be determined. Under the common law, not only physically dangerous goods but also goods which do not physically harm the other cargo or vessel but cause an economic loss to the carrier are considered as dangerous goods.<sup>8</sup> These goods are defined as legally dangerous goods and while they do not necessarily physically damage the other cargo or vessel, they “*cause economic loss or similar to the carrier or other cargo owners by the detention, delay or seizure of the vessel.*”<sup>9</sup> *Mitchell Cotts & Co v. Steel Brothers & Co Ltd*<sup>10</sup> reflects English law approach; as, if goods cause an economic loss to the carrier due to delay, they will be considered as legally dangerous goods.<sup>11</sup> In this case, the shippers knew that the consent of the

<sup>8</sup> Frank Stevens, ‘Duties of Shippers and Dangerous Cargoes’ in D Rhidian Thomas (ed), *The Carriage of Goods by Sea under the Rotterdam Rules* (Lloyd’s List 2010) 11.79, 231; FD Rose, ‘Liability for Dangerous Goods’ (1998) Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 480, 481. For information regarding “*unlawful goods*” being considered as dangerous goods in English common law, see Meltem Deniz Güner-Özbek, *The Carriage of Dangerous Goods by Sea* (Springer 2008) 66.

<sup>9</sup> Armandos Lestos, ‘Do English Law, Hague-Visby Rules and Rotterdam Rules Provides Adequate Legal Frameworks regarding the Carriage of Dangerous Goods’ (2014) 2 Bristol Law Review 107, 112.

<sup>10</sup> *Mitchell Cotts & Co v. Steel Brothers & Co Ltd* [1916] 2 K.B. 610 cited in Güner-Özbek (n 8) 66, fn.115; John F Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (7th edn, Longman 2010) 34, fn. 159; Simon Baughen, ‘Obligations Owed by the Shipper to the Carrier’ in D Rhidian Thomas (ed), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea- The Rotterdam Rules: An Analysis of the UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea* (Lawtext Publishing Limited 2009) 171, fn. 8; Stephen D Girvin, ‘Shipper’s Liability for the Carriage of Dangerous Goods by Sea’ (1996) Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 487, 495, fn. 67.

<sup>11</sup> Güner-Özbek (n 8) 67; Wilson (n 10) 34. For discussion on this case regarding the definition of dangerous goods, see Güner-Özbek (n 8) 66-68; Wilson (n 10) 34; Baughen (n 10) 171; Girvin (n 10) 495-496.

British Government was required for the discharge of goods at Piraeus.<sup>12</sup> Therefore, the shipper was held liable for the economic loss arising from the delay caused by the attempts to obtain the permission which was also refused in the end.<sup>13</sup> For this reason, even though there were no inherently unsafe goods; because there was an economic loss caused by the delay, goods were considered as legally dangerous goods.<sup>14</sup> This case reflected English law approach by considering these goods as legally dangerous goods. In addition, another wide interpretation regarding definition of dangerous goods is made under common law by arguing that a cargo can be considered as dangerous if it is packed dangerously.<sup>15</sup>

The Hague Rules and the Hague-Visby Rules refer to “*goods of an inflammable, explosive or dangerous nature*” under Article IV (6)<sup>16</sup>. Therefore, regarding the wording of this article, it only applies to physically dangerous goods.<sup>17</sup> Considering drafting period of the Hague Rules and particularly discussions regarding Article IV (6), this article was aimed at regulating not any dangerous cargo but exceptionally dangerous cargoes such as chemicals.<sup>18</sup> In addition, it is argued that covering goods which are not inherently unsafe under Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules would be “*unreasonable and unjust*” regarding the balance between the carrier and the shipper.<sup>19</sup> The basis of liability in the Hague Rules and the Hague-Visby Rules is fault with the exception of

---

<sup>12</sup> Güner-Özbek (n 8) 67; Wilson (n 10) 34; Girvin (n 10) 495.

<sup>13</sup> Güner-Özbek (n 8) 67; Wilson (n 10) 34; Baughen (n 10) 171; Girvin (n 10) 495.

<sup>14</sup> *ibid.*

<sup>15</sup> Güner-Özbek (n 8) 65; Stevens (n 8) para. 11.79, 231.

<sup>16</sup> Article 4 (6) of the Hague Rules and Article IV (6) of the Hague-Visby Rules: “*Goods of an inflammable, explosive or dangerous nature to the shipment whereof the carrier, master or agent of the carrier has not consented with knowledge of their nature and character, may at any time before discharge be landed at any place, or destroyed or rendered innocuous by the carrier without compensation and the shipper of such goods shall be liable for all damages and expenses directly or indirectly arising out of or resulting from such shipment. If any such goods shipped with such knowledge and consent shall become a danger to the ship or cargo, they may in like manner be landed at any place, or destroyed or rendered innocuous by the carrier without liability on the part of the carrier except to general average, if any.*”

<sup>17</sup> Michael Tsimplis, ‘Obligations of the Carrier’ in Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Staniland, Michael Tsimplis, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation* (Informa 2009) para. 15-06, 42.

<sup>18</sup> Güner-Özbek (n 8) 71.

<sup>19</sup> *ibid.* 165.

Article III (5)<sup>20</sup> and Article IV (6).<sup>21</sup> As the liability regarding carriage of dangerous goods is strict liability, goods which are under the scope of Article IV (6) should be “*exceptionally dangerous goods that pose significant risk and significant potential damage.*”<sup>22</sup> Therefore, it is argued that extending the scope of dangerous goods to goods which may cause delay is not justified under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.<sup>23</sup> In addition, as under the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules, liability of the shipper regarding breach of provisions regulating dangerous goods is strict<sup>24</sup>, same approach can be taken and for this reason, in accordance with this approach, it can be argued that goods which are not inherently unsafe are not subject to provisions regarding carriage of dangerous goods under the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. However, the House of Lords interpreted Article IV (6) of the Hague Rules in *Effort Shipping Co. Ltd. v. Linden Management S.A. and Another (The “Giannis NK”)*<sup>25</sup> and broad interpretation for the definition of dangerous goods was made in this decision.<sup>26</sup> Infested cargo was considered as dangerous due to the

<sup>20</sup> Article 3 (5) of the Hague Rules and Article III (5) of the Hague-Visby Rules: “*The shipper shall be deemed to have guaranteed to the carrier the accuracy at the time of shipment of the marks, number, quantity, and weight, as furnished by him, and the shipper shall indemnify the carrier against all loss, damages, and expenses arising or resulting from inaccuracies in such particulars. The right of the carrier to such indemnity shall in no way limit his responsibility and liability under the contract of carriage to any person other than the shipper.*”

<sup>21</sup> Güner-Özbek (n 8) 164.

<sup>22</sup> *ibid.*

<sup>23</sup> *ibid* 166.

<sup>24</sup> Francesco Berlingieri, ‘A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules’ paper delivered at the General Assembly of the AMD, Marrakesh, 5-6 November 2009, 20 <<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Comparative-analysis-of-the-Hague-Visby-Rules-the-Hamburg-Rules-and-the-Rotterdam-Rules-1.pdf>> accessed 25 December 2021.

<sup>25</sup> *The Giannis NK* [1998] 1 Lloyd’s Rep. 337. For discussion on this case, see Güner Özbek (n 8) 68-69; Rose (n 8) 480-482; Lestos (n 9) 114-115; Wilson (n 10) 36; Baughen (n 10) 171; Girvin (n 10) 497-498.

<sup>26</sup> Güner-Özbek (n 8) 69; Stevens (n 8) para. 11.80, 231; Rose (n 8) 481-482; Lestos (n 9) 114; Wilson (n 10) 36; Tomotaka Fujita, ‘Obligations and Liabilities of the Shipper’ in Meltem Deniz Güner-Özbek (ed), *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: An Appraisal of the “Rotterdam Rules”* (Springer 2011) 223, fn. 38; Theodora Nikaki, ‘International Recent Developments: United Kingdom’ (2012) 36 *Tulane Maritime Law Journal* 601, 612.



imposition of a quarantine and an order for the dumping of the cargo.<sup>27</sup> The House of Lords decided that the application of this article was not only limited to inflammable or explosive goods.<sup>28</sup> In this case, the ground-nut cargo was infested with the Khapra beetle; however, it did not spread to the cargo of wheat and as this type of cargo was prevented to enter in the Dominican Republic and the United States, the shipowner dumped both cargoes to the sea due to the imposition of quarantine.<sup>29</sup> While the cargo of wheat was not infested, in other words, there was no physical damage to this cargo; due to the order regarding dumping both cargoes to the sea and the imposition of the quarantine<sup>30</sup>, there was an indirect damage made to the other cargo by the cargo which was infested with the Khapra beetle and therefore, as these goods caused damage to the other cargo, they were considered as dangerous by the House of Lords.<sup>31</sup> Goods which do not cause direct physical damage to the vessel or other cargo are considered as dangerous in this case.<sup>32</sup> English courts consider pre-existing common law and accordingly, rights and liabilities regarding legally dangerous goods are still available to the carrier.<sup>33</sup> In *Bunge SA v. ADM Do Brasil Ltda and Others (The "Darya Radhe")*<sup>34</sup>, the issue was whether the cargo which caused delay could be considered as dangerous. In this case, although rats were loaded along with the cargo, they did not have any threat of physical

---

<sup>27</sup> *The Giannis NK* (n 25) 339. For information on this case regarding the definition of dangerous goods, see also Güner-Özbek (n 8) 69; Rose (n 8) 481-482; Lestos (n 9) 114-115; Wilson (n 10) 36; Baughen (n 10) 171; Girvin (n 10) 498.

<sup>28</sup> *The Giannis NK* (n 25) 338. For this information, see also Güner-Özbek (n 8) 69; Stevens (n 8) para. 11.80, 231; Rose (n 8) 481. For argument regarding the House of Lords not interpreting Article IV (6) of the Hague Rules literally and not limiting this article's scope of application to goods capable of causing direct damage, see Lestos (n 9) 114. For information about interpretation of Article IV (6) of the Hague Rules by the House of Lords in this case, see Wilson (n 10) 36.

<sup>29</sup> *The Giannis NK* (n 25) 337. For summary of the facts of this case, see also Güner-Özbek (n 8) 68-69; Stevens (n 8) 231, fn. 70; Rose (n 8) 480; Lestos (n 9) 114; Wilson (n 10) 36; Girvin (n 10) 497-498.

<sup>30</sup> *The Giannis NK* (n 25) 337. For this information, see also Stevens (n 8) 231, fn. 70.

<sup>31</sup> *The Giannis NK* (n 25) 339.

<sup>32</sup> Stevens (n 8) para. 11.80, 231.

<sup>33</sup> Tsimplis (n 17) para. 15-06, 42.

<sup>34</sup> *The Darya Radhe* [2009] 2 Lloyd's Rep. 175. For information and discussion on this case, see Wilson (n 10) 37; Nikaki (n 26) 612-613. For comparison between *The Giannis NK* and *The Darya Radhe* regarding the definition of dangerous goods, see M Barış Günay, *Hazırlık Çalışmalarının Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)* (Yetkin Yayınları 2013) 231.

damage to the cargo or the vessel.<sup>35</sup> Tomlinson J stated that there had to be a physical harm to vessel or to the other cargo in order to consider goods as dangerous and therefore, the cargo could not be considered as dangerous under Article IV (6) of the Hague Rules.<sup>36</sup> Goods which only caused delay and accordingly, which caused an economic loss to the carrier, could not be considered as dangerous.<sup>37</sup> For this reason, the cargo which was loaded with rats could not be considered as a dangerous cargo.<sup>38</sup> Therefore, indirect physical danger to the vessel or other cargo is required in order to consider goods as dangerous.<sup>39</sup> Tomlinson J differentiated this case from *The Giannis NK* by stating that in that case there was a physical damage to the cargo<sup>40</sup> and also from the *Mitchell Cotts & Co v. Steel Brothers & Co Ltd* case by stating that in that case there was an issue of the violation of or non-compliance with the municipal law.<sup>41</sup>

Article 13 (2)<sup>42</sup> of the Hamburg Rules refers to “*dangerous character of the goods*” without providing any definition regarding dangerous goods. Regarding the drafting history of the Hamburg Rules, there was a proposal of the Delegation of Mauritius regarding elaboration of the definition of dangerous goods; however, the Delegation of Poland stated that providing a definition of dangerous goods would be almost impossible for the Conference to achieve “*without the aid of specialists familiar with those properties.*”<sup>43</sup> This Mauritian amendment was withdrawn.<sup>44</sup> The Delegation

<sup>35</sup> *The Darya Radhe* (n 34) 175. For summary of the facts of this case, see also Nikaki (n 26) 612-613.

<sup>36</sup> *The Darya Radhe* (n 34) 175, 188. For information, see also Stevens (n 8) para. 11.81, 231; Wilson (n 10) 37.

<sup>37</sup> *The Darya Radhe* (n 34) 175, 185. For information, see also Nikaki (n 26) 613.

<sup>38</sup> *The Darya Radhe* (n 34) 175. For information, see also Wilson (n 10) 37; Nikaki (n 26) 613.

<sup>39</sup> Wilson (n 10) 37.

<sup>40</sup> *The Darya Radhe* (n 34) 185.

<sup>41</sup> *ibid* 187.

<sup>42</sup> Article 13 (2) of the Hamburg Rules: “*Where the shipper hands over dangerous goods to the carrier or an actual carrier, as the case may be, the shipper must inform him of the dangerous character of the goods and, if necessary, of the precautions to be taken. If the shipper fails to do so and such carrier or actual carrier does not otherwise have knowledge of their dangerous character:*

(a) *The shipper is liable to the carrier and any actual carrier for the loss resulting from the shipment of such goods, and*

(b) *The goods may at any time be unloaded, destroyed or rendered innocuous, as the circumstances may require, without payment of compensation.”*

<sup>43</sup> United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, A/CONF.89/14, Hamburg, 6-31 March 1978, ‘Official Records: Documents of the Conference and Summary Records YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

of Denmark argued that adopting this amendment would be a step backwards as the list of dangerous goods was not exhaustive and if there would be references to other conventions for this list, then amendments to these conventions later might create problems.<sup>45</sup> The Chairman stated that he would take it that the Mauritian amendment was rejected.<sup>46</sup> For this reason, there is no definition of dangerous goods or no reference to a list of dangerous goods under the Hamburg Rules. There is no definition of dangerous goods under the Rotterdam Rules as well.<sup>47</sup> Interpreting the definition of dangerous goods broadly under the Rotterdam Rules is controversial. It is argued that Article 15<sup>48</sup> of the Rotterdam Rules is “*unclear*” as whether the danger which is referred under this article is restricted to physical danger or whether legally dangerous circumstances fall under the scope of this article.<sup>49</sup> In the Rotterdam Rules, terms “*nature*” and “*character*” are used to limit the application of Article 32<sup>50</sup> as, while goods can cause harm to the other cargo or the vessel; they are not considered as

---

*of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees*, 18th meeting, 17 March 1978, A/CONF.89/C.1/SR.18, para. 30, 277

<[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a\\_conf\\_89-14\\_.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a_conf_89-14_.pdf)> accessed 20 January 2022.

<sup>44</sup> *ibid* para. 32, 277.

<sup>45</sup> *ibid* para. 35, 277.

<sup>46</sup> *ibid* para. 36, 277.

<sup>47</sup> Filippo Lorenzon, ‘Obligations of the Shipper to the Carrier’ in Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Staniland, Michael Tsimplis, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation* (Informa 2009) para. 32-02, 91.

<sup>48</sup> Article 15 of the Rotterdam Rules: “*Notwithstanding articles 11 and 13, the carrier or a performing party may decline to receive or to load, and may take such other measures as are reasonable, including unloading, destroying, or rendering goods harmless, if the goods are, or reasonably appear likely to become during the carrier’s period of responsibility, an actual danger to persons, property or the environment.*”

<sup>49</sup> Tsimplis (n 17) para. 15-02, 41.

<sup>50</sup> Article 32 of the Rotterdam Rules: “*When goods by their nature or character are, or reasonably appear likely to become, a danger to persons, property or the environment:*

- (a) *The shipper shall inform the carrier of the dangerous nature or character of the goods in a timely manner before they are delivered to the carrier or a performing party. If the shipper fails to do so and the carrier or performing party does not otherwise have knowledge of their dangerous nature or character, the shipper is liable to the carrier for loss or damage resulting from such failure to inform; and*
- (b) *The shipper shall mark or label dangerous goods in accordance with any law, regulations or other requirements of public authorities that apply during any stage of the intended carriage of the goods. If the shipper fails to do so, it is liable to the carrier for loss or damage resulting from such failure.*”

dangerous if they are not dangerous by their “*nature or character*”.<sup>51</sup> It is stated that this qualification is made in order to avoid broad interpretation regarding the definition of dangerous goods.<sup>52</sup> Drafting process of Article 32 of the Rotterdam Rules is referred and it is stated that during this process, *The Giannis NK* decision was taken into consideration and the aim was to not to broaden the definition of dangerous goods under the Rotterdam Rules.<sup>53</sup> As Article 32 of the Rotterdam Rules refers to “*goods by their nature or character*”, the emphasis is on the nature or character of goods.<sup>54</sup> However, according to the contrary view, English law approach concerning dangerous goods was not altered; as under the Rotterdam Rules not only “*nature*” but also “*nature and character*” of goods are referred.<sup>55</sup> It is stated that “*persons*” is a broader term than “*crew*” and “*property*” is broader than “*ship*” or “*other cargo*”.<sup>56</sup> Under the Rotterdam Rules, a new concept is provided by referring to “*danger to the environment*”.<sup>57</sup> This new concept is referred under Article 15 and Article 32 of the Rotterdam Rules. The definition of the “*environment*” is not provided under the Rotterdam Rules. According to a view, as the term is not specified as the marine environment, it also covers land and the atmosphere.<sup>58</sup> Article 32 of the Rotterdam Rules refers to “*goods by their nature or character are, or reasonably appear likely to become, a danger to persons, property or the environment.*” For this reason, it is argued that even if goods do not harm the carrier or vessel, they can be considered as dangerous.<sup>59</sup> Also, due to the reference to danger to the environment, legally dangerous goods are covered under the Rotterdam Rules.<sup>60</sup> In addition, it is discussed that “*the mere fact of shipping pollutants*” would trigger the shipper’s obligations and liabilities as Article 32 of the Rotterdam Rules refers to danger to the environment.<sup>61</sup> The “*reference to a potential danger to persons, property or the environment*” makes easier to determine circumstances in which goods can be considered

<sup>51</sup> Fujita (n 26) 224.

<sup>52</sup> *ibid* 223-224.

<sup>53</sup> Günay (n 34) 232, fn. 54.

<sup>54</sup> *ibid* 232.

<sup>55</sup> Lorenzon (n 47) para. 32-02, 91.

<sup>56</sup> *ibid*.

<sup>57</sup> Lestos (n 9) 115; Günay (n 34) 231-232.

<sup>58</sup> Tsimplis (n 17) para. 15-03, 42.

<sup>59</sup> Hacı Kara, *Rotterdam Kuralları’na göre Taşıyanın Ziya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu* (Legal Yayıncılık 2018) 210.

<sup>60</sup> Baughen (n 10) 183.

<sup>61</sup> Lorenzon (n 47) para. 32-02, 91-92.

as dangerous when compared to the Hague Rules, the Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules by arguing that it is more “*precise*”.<sup>62</sup> As under the Rotterdam Rules, the danger is related to persons, property and the environment, it is also discussed that this better identifies goods which can be considered as dangerous.<sup>63</sup> In addition, it is stated that although it is uncertain whether Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules covers legally dangerous goods, as Article 32 (b) makes reference to marking or labelling dangerous goods “*in accordance with any law, regulations or other requirements of public authorities*”, it is argued that “*the regime for dangerous cargo extends to compliance with legal requirements as to marking and labelling of the goods.*”<sup>64</sup> For this reason, while legally dangerous cargo does not fall under the scope of Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, it is covered by various provisions of Chapter 7 of the Rotterdam Rules.<sup>65</sup> Article 13 (1)<sup>66</sup> of the Hamburg Rules requires the shipper to mark or label dangerous goods as dangerous. However, this obligation should be fulfilled “*in a suitable manner*”.

The Hague Rules and the Hague-Visby Rules do not regulate carrier’s liability regarding delay in delivery and leave this issue to the domestic law.<sup>67</sup> The carrier can be liable from delay in delivery in accordance with Article 5 (1)<sup>68</sup> of the Hamburg Rules. This liability is a fault-based liability and it is not unlimited. Regarding allocation of risks between the carrier and the shipper, it is argued that it will be hard to justify extending the meaning of dangerous goods to circumstances in which goods only cause delay or detention as the shipper would be strictly liable, whereas the carrier’s

---

<sup>62</sup> José Vicente Guzmán, ‘The Rotterdam Rules: Shipper’s Obligations and Liability’ CMI Yearbook 2010, 159 <<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/Yearbook-2010.pdf>> accessed 16 January 2022.

<sup>63</sup> Berlingieri (n 24) 20.

<sup>64</sup> Baughen (n 10) 183.

<sup>65</sup> *ibid* 189.

<sup>66</sup> Article 13 (1) of the Hamburg Rules: “*The shipper must mark or label in a suitable manner dangerous goods as dangerous.*”

<sup>67</sup> Güner-Özbek (n 8) 75.

<sup>68</sup> Article 5 (1) of the Hamburg Rules: “*The carrier is liable for loss resulting from loss of or damage to the goods, as well as from delay in delivery, if the occurrence which caused the loss, damage or delay took place while the goods were in his charge as defined in Article 4, unless the carrier proves that he, his servants or agents took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences.*”

liability is a fault-based liability and subject to limitation.<sup>69</sup> Under the Rotterdam Rules, loss or damage due to delay in delivery cannot be claimed under provisions regulating carriage of dangerous goods.

In all of these international conventions, there is no definition of dangerous goods. While there is no definition, it is clear that if goods are dangerous by their nature or character, they are considered as dangerous in all of these conventions. However, broad interpretation regarding the definition of dangerous goods is made in English law. Accordingly, goods which are not physically dangerous and do not even harm other cargo, can be considered as dangerous if there is an order of quarantine and an indirect damage to other cargo. Furthermore, if goods are not packaged properly, these goods can be considered as dangerous if they cause physical damage to the other cargo or to the vessel as referred in this study. In addition, goods which are not inherently unsafe but cause damage to the other cargo or to the vessel or cause an economic loss to the carrier by delay or detention are considered as dangerous. However, when considering wordings of the provisions regarding dangerous goods of the mentioned conventions and drafting history of them, it can be argued that broad interpretation cannot be made. As everything can be dangerous under certain circumstances, ordinarily harmless goods can cause harm but they are not dangerous by their nature or character.<sup>70</sup> Legally dangerous goods, cargo which is not properly packaged and infested cargo which causes indirect damage to the other cargo or to the vessel should not be considered as dangerous as otherwise there will be a broad application of provisions regulating carriage of dangerous goods and accordingly, the shipper will be subject to the strict liability as referred in this study.

### **III. OBLIGATIONS AND LIABILITY OF THE SHIPPER AND RIGHTS OF THE CARRIER**

The shipper is not prohibited from shipping dangerous goods; however, the shipment of dangerous goods depends on the knowledge about the nature or character of these goods and consent of the carrier.<sup>71</sup> This part of the study aims to determine obligations of the shipper regarding the shipment of dangerous goods and aims to establish circumstances in which the liability of the shipper arises under the Hague Rules, the Hague-Visby

---

<sup>69</sup> Güner-Özbek (n 8) 75.

<sup>70</sup> Fujita (n 26) 223-224.

<sup>71</sup> Lestos (n 9) 134.

Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. Furthermore, the basis of the liability of the shipper, parties to whom the shipper is liable and whether there is a limit to this liability will be determined in this part of the study.

## A. The Hague Rules and The Hague-Visby Rules

### 1. Obligations of the Shipper

Under Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, carrier, master or agent of the carrier has to have the knowledge about the nature and character of dangerous goods and has to consent to the carriage of these goods. The focus is on the knowledge and consent of the carrier in this study. Knowledge about the nature and character of goods and consent regarding the carriage of these goods by the carrier are two essential elements. The shipper has to inform the carrier about the nature and character of goods; however, risks due to the shipment of these goods should also be determined. Therefore, the term “*knowledge*” needs to be considered.

While under the common law, the term “*knowledge*” covers actual and constructive knowledge<sup>72</sup>; there is no reference to risks that the carrier should have known under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.<sup>73</sup> In addition, while under the common law, the shipper has to give to the carrier notice of the fact that the goods are dangerous; under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, the shipper has to give notice to the carrier regarding nature and character of the dangerous goods.<sup>74</sup> Under the common law, actual knowledge means the information that is given by the shipper to the carrier regarding contractual cargo and constructive knowledge means that the “*information that the carrier or its agent is expected to have.*”<sup>75</sup> The standard of the constructive knowledge is based on the “*reasonable professional*” concept<sup>76</sup> and not that of an expert chemist.<sup>77</sup> However, it is argued that knowledge is a relative concept and the carrier is expected to know recent developments and published regulations as the required knowledge is the knowledge of an ordinary, experienced, competent prudent

---

<sup>72</sup> *ibid* 123-124.

<sup>73</sup> FD Rose, ‘Cargo Risks: “Dangerous” Goods’ (1996) 55 Cambridge Law Journal 601, 608.

<sup>74</sup> Güner-Özbek (n 8) 101.

<sup>75</sup> Lestos (n 9) 124.

<sup>76</sup> *ibid*.

<sup>77</sup> *ibid* 124-125.

and skilful carrier.<sup>78</sup> For this reason, if the nature or character of the goods can be known by a competent carrier, the shipper has no obligation to notify the carrier.<sup>79</sup> In other words, if the carrier agrees to carry a good and the dangerous characteristics of this good are known, it will be considered that the carrier also consents to the risks related to these dangerous characteristics.<sup>80</sup> Regarding the extent of the knowledge of the carrier about the characteristics of goods which are carried and allocation of risk between the shipper and carrier, *The “Athanasia Comminos” and “Georges Chr. Lemos”*<sup>81</sup> can be discussed. In this case, due to the cargo of coal’s emission of methane gas, it mixed with air and this led to an explosion.<sup>82</sup> Mustill J stated that “*distribution of risk for the consequences of a dangerous situation arising during the voyage*” should be taken into consideration.<sup>83</sup> In other words, while the character of the goods was significant to create a dangerous situation, it was not the only factor that needed to be considered.<sup>84</sup> An evaluation should also be made regarding the shipowner’s knowledge on characteristics of the goods.<sup>85</sup> Therefore, the consideration would be on whether “*risks involved in this particular shipment were risks which the plaintiffs contracted to bear.*”<sup>86</sup> In this case, as the cargo did not create risks which the plaintiffs did not contract to bear, the carrier could not claim indemnity from the shipper.<sup>87</sup> On the other hand, in *Mediterranean Freight Services Ltd. v. BP Oil International Ltd. (The “Fiona”)*<sup>88</sup>, the fuel

<sup>78</sup> Güner-Özbek (n 8) 105; Lestos (n 9) 124.

<sup>79</sup> Güner-Özbek (n 8) 104.

<sup>80</sup> Baughen (n 10) 174.

<sup>81</sup> *The Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos* [1990] 1 Lloyd’s Rep. 277. For information and discussion on this case, see Güner-Özbek (n 8) 64-65; Baughen (n 10) 172-173; Girvin (n 10) 494-495. For discussion on this case regarding carriage risks, see Rose (n 73) 607.

<sup>82</sup> *The Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos* (n 81) 277. For information, see also Güner-Özbek (n 8) 64; Girvin (n 10) 494.

<sup>83</sup> *The Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos* (n 81) 282. For this information, see also Girvin (n 10) 495.

<sup>84</sup> *The Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos* (n 81) 282. For information, see also Güner-Özbek (n 8) 64.

<sup>85</sup> *ibid.*

<sup>86</sup> *The Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos* (n 81) 283. For this information, see also Güner-Özbek (n 8) 65.

<sup>87</sup> *The Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos* (n 81) 289. For this information, see also Güner-Özbek (n 8) 65; Baughen (n 10) 172-173.

<sup>88</sup> *The Fiona* [1994] 2 Lloyd’s Rep. 506 (CA); *aff’d* [1993] 1 Lloyd’s Rep. 257. For information regarding this case, see also Güner-Özbek (n 8) 101, fn. 63, 102, fn. 64; Baughen (n 10) 173.



oil cargo shipped on the vessel had unusual characteristics and the information regarding these characteristics was not provided to the carrier and there was no consent of the carrier regarding the shipment of this cargo.<sup>89</sup> The Court of Appeal applied Mustill J's test in *The Athanasia Comminos* and held that the carrier did not consent to the carriage of this cargo as characteristics of this cargo were different than the one normally carried in the industry.<sup>90</sup> It is stated that the carrier had to take special precautions to carry this cargo safely.<sup>91</sup> Contracts are significant in determining carrier's knowledge and carrier's consent to the shipment of the cargo. In addition, the level of the knowledge of the carrier to hold liable him/her for the loss or damage due to the carriage of dangerous goods is discussed under the law of the United States.<sup>92</sup> It is stated that containerization leads to controversy regarding the shipper's duty to warn about goods and the carrier's sufficiency of knowledge under the Carriage of Goods by Sea Act 1936 ("COGSA")<sup>93</sup>, which is the statute that incorporates the Hague Rules.

Dangerous goods should be classified, packed, marked, and labelled and handled in accordance with the regulations.<sup>94</sup> Packing of dangerous goods is significant regarding its role in protecting other cargo, the ship and those on board.<sup>95</sup> It is stated that cargo can be considered as dangerous due to failure to pack it suitably prior to loading.<sup>96</sup> While the Hague and the Hague-Visby Rules do not expressly provide the duty of the shipper to pack goods properly, this duty is a natural part of the shipper's duties and unless otherwise agreed between the carrier and the shipper, the shipper packs goods.<sup>97</sup> For this reason, while there is no express provision regulating this matter under these international conventions, the shipper has to pack dangerous goods properly. However, parties might agree that this will be the

---

<sup>89</sup> *The Fiona* [1993] 1 Lloyd's Rep. 257, 257-258, 273. For this information, see also Güner-Özbek (n 8) 101, fn. 63, 102, fn. 64; Baughen (n 10) 173.

<sup>90</sup> Baughen (n 10) 173.

<sup>91</sup> *ibid.*

<sup>92</sup> Joseph Z Cavanah, 'Dangerous Goods Liability in the Age of Containerization- Warning: This Comment may (or may not) Self-Destruct' (2012) 37 *Tulane Maritime Law Journal* 147, 148.

<sup>93</sup> *ibid* 149.

<sup>94</sup> *ibid* 91.

<sup>95</sup> *ibid* 93.

<sup>96</sup> Baughen (n 10) 171.

<sup>97</sup> Güner-Özbek (n 8) 92.

duty of the carrier. In addition, containers are generally sealed and the carrier has no obligation to open the container and inspect it; therefore, if the shipper does not stow the cargo properly, the shipper will be responsible.<sup>98</sup> Regarding marking obligation under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, according to Article III (3)<sup>99</sup>, on demand of the shipper, the carrier shall issue a bill of lading which will show “*the leading marks necessary for the identification of the goods*” in accordance with Article III (3) (a), and “*the shipper shall be deemed to have guaranteed to the carrier*” regarding the accuracy of the marks at the time of shipment in accordance with Article III (5).<sup>100</sup> Furthermore, while the duty to mark or label dangerous goods in accordance with any law, regulations or other requirements of public authorities is not expressly regulated under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules; as the shipper can be subject to relevant applicable law regulations or other requirements of the public authorities regarding this duty, in practice this duty exists even the shipper is subject to the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.<sup>101</sup>

## 2. Rights of the Carrier

If the shipper fails to give notice to the carrier and goods are shipped without the knowledge of the carrier regarding their dangerous nature and character, they can be “*landed at any place, or destroyed or rendered innocuous by the carrier without compensation*” by the carrier in accordance with Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby

<sup>98</sup> *ibid* 95-96.

<sup>99</sup> Article 3 (3) of the Hague Rules and Article III (3) of the Hague-Visby Rules: “*After receiving the goods into his charge, the carrier or the master or agent of the carrier shall, on demand of the shipper, issue to the shipper a bill of lading showing among other things:*

- (a) *The leading marks necessary for identification of the goods as the same are furnished in writing by the shipper before the loading of such goods starts, provided such marks are stamped or otherwise shown clearly upon the goods if uncovered, or on the cases or coverings in which such goods are contained, in such a manner as should ordinarily remain legible until the end of the voyage;*
- (b) *Either the number of packages or pieces, or the quantity, or weight, as the case may be, as furnished in writing by the shipper;*
- (c) *The apparent order and condition of the goods.*

*Provided that no carrier, master, or agent of the carrier shall be bound to state or show in the bill of lading any marks, number, quantity, or weight which he has reasonable grounds for suspecting not accurately to represent the goods actually received or which he has had no reasonable means of checking.”*

<sup>100</sup> For information regarding marking obligation under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, see Güner-Özbek (n 8) 96-97.

<sup>101</sup> Berlingieri (n 24) 20.

Rules. In accordance with this article, consent of the carrier, master or agent of the carrier will be taken into consideration. According to this article, the shipper will be liable for “*all damages and expenses directly or indirectly arising out of or arising from such shipment.*” Therefore, the carrier will be able to claim indemnity from the shipper. If the carrier knows dangerous nature of goods and consents to the carriage of them, these goods can be “*landed at any place, or destroyed or rendered innocuous*” by the carrier if they become a danger to the vessel or the cargo in accordance with Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules. However, in this circumstance, the shipper will not be liable for any damages and expenses. It is argued that these measures cannot be taken by the carrier if the cargo only “*poses a risk of delay or detention*” to the vessel as this non-physical damage does not fall under the scope of provisions of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.<sup>102</sup>

### **3. Basis of the Liability of the Shipper**

Under Article IV (3)<sup>103</sup> of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, the general rule for the liability of the shipper is regulated<sup>104</sup> and accordingly, if there is a damage or loss by the carrier, the shipper will not be responsible for the loss or damage without the shipper’s “*act, fault or neglect*” and also “*his agents or his servants.*” Therefore, for the shipper to be liable for loss or damage, there has to be a fault. However, the liability of the shipper regarding dangerous goods is regulated under Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules. The basis of liability of the shipper under this article was controversial due to Article IV (3) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules. The controversy was on whether the basis of the liability of the shipper was strict liability or fault-based liability.<sup>105</sup>

In *The Giannis NK*<sup>106</sup>, in which the Hague Rules were applicable, there was a discussion on whether the shipper was strictly liable to the carrier

---

<sup>102</sup> Güner-Özbek (n 8) 185.

<sup>103</sup> Article 4 (3) of the Hague Rules and Article IV (3) of the Hague-Visby Rules: “*The shipper shall not be responsible for loss or damage sustained by the carrier or the ship arising or resulting from any cause without the act, fault or neglect of the shipper, his agents or his servants.*”

<sup>104</sup> Güner-Özbek (n 8) 142.

<sup>105</sup> Wilson (n 10) 37.

<sup>106</sup> For information about this case and for discussions regarding the basis of the liability of the shipper, see Güner Özbek (n 8) 142-144; Rose (n 8) 482-484; Lestos (n 9) 119-120; YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

when there was a breach of Article IV (6) of the Hague Rules. The majority of the House of Lords stated that Article IV (6) of the Hague Rules should be regarded as a “free-standing provision” which was not subject to the fault-based liability under Article IV (3) of the Hague Rules.<sup>107</sup> In accordance to this, the shipper was held liable for damage even though the shipper did not know the infestation of the cargo.<sup>108</sup> This is a correct interpretation of Article IV (6) regarding the basis of the liability. If there is a breach of Article IV (6), the shipper is strictly liable and so, it is irrelevant whether there is a fault or negligence on the part of the shipper. This approach can be seen under the common law considering *Brass v. Maitland*, which was referred in *The Giannis NK*<sup>109</sup> as in this case while the shipper was unaware of the dangerous nature of the cargo, Lord Campbell C.J. stated that “the defendants, and not the plaintiffs, must suffer, if from the ignorance of the defendants a notice was not given to plaintiffs.”<sup>110</sup> Therefore, interpretation of Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules regarding the basis of the liability of the shipper is similar to the approach of the common law. The reason behind the strict liability of the shipper is that the shipper is “directly connected with the goods to be shipped”, he/she “has detailed knowledge of the intrinsic factors and characteristics of the goods” which cause the shipper to have “an exclusive sphere of influence regarding the carrier’s contractual performance.”<sup>111</sup>

According to the U.S. Courts in *Serrano v US Lines Co*<sup>112</sup> and in *The Stylianos Restis*<sup>113</sup>, it was decided that due to Article IV (3) of the Hague Rules, the shipper’s liability under Article IV (6) of the Hague Rules was a

---

Wilson (n 10) 37. For reference to this case regarding the basis of the liability of the shipper, see Günay (n 34) 231.

<sup>107</sup> *The Giannis NK* (n 25) 342, 348-349. For this information, see also Güner-Özbek (n 8) 143; Rose (n 8) 484; Lestos (n 9) 120; Wilson (n 10) 37; Baughen (n 10) 170.

<sup>108</sup> *The Giannis NK* (n 25) 339. For information regarding liability of the shipper not being dependent on the shipper’s knowledge, see Güner-Özbek (n 8) 144; Rose (n 8) 483; Lestos (n 9) 120; Wilson (n 10) 37.

<sup>109</sup> *The Giannis NK* (n 25) 345.

<sup>110</sup> *Brass v. Maitland* (1856) 6 E. & B. 470, 486 referred in *The Giannis NK* (n 25) 345. For information and discussion on *Brass v. Maitland* case regarding strict liability of the shipper, see Güner-Özbek (n 8) 139-140; Lestos (n 9) 117-118; Wilson (n 10) 34-35; Girvin (n 10) 492-493.

<sup>111</sup> Lestos (n 9) 116.

<sup>112</sup> *Serrano v US Lines Co* [1965] AMC 1038 (SDNY 1965) cited in Wilson (n 10) 37, fn. 176.

<sup>113</sup> *The Stylianos Restis* [1974] AMC 2343 (SDNY 1972) cited in Wilson (n 10) 37, fn. 176. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

fault-based liability.<sup>114</sup> Therefore, the U.S. Courts when interpreting Article IV (6) of the Hague Rules, they also considered Article IV (3) of the Hague Rules and decided that the shipper's liability was fault-based. However, the accuracy of this approach had started to be discussed as in *Senator Linie GmbH & Co KG v. Sunway Line, Inc.*<sup>115</sup> ("*Senator v. Sunway*"), strict liability system was accepted regarding liability of the shipper.<sup>116</sup> This case was the first U.S. case to impose strict liability upon a shipper of dangerous goods under COGSA.<sup>117</sup> In the *Senator v. Sunway*, the Second Circuit made reference to *The Giannis NK* decision which was decided by the House of Lords.<sup>118</sup> It stated that Section 1304 (6) of COGSA which corresponded to Article IV (6) of the Hague Rules, imposed strict liability on the shipper<sup>119</sup> as the shipper was in the best position to know the nature of the goods.<sup>120</sup> The shipper stated that it could not be liable as it did not know that the good was dangerous<sup>121</sup>; however, this argument was not accepted by the Second Circuit due to the strict liability system.<sup>122</sup> Similar to *The Giannis NK*<sup>123</sup>, it was stated that Section 1304 (6) of COGSA was an exception to the fault-based liability system which was regulated under Section 1304 (3) of COGSA.<sup>124</sup> This was considered as an accurate decision by imposing strict liability on the shipper<sup>125</sup> due to the issue of safety and due to the fact that the shipper was in a better position to know nature of goods than the

---

<sup>114</sup> Wilson (n 10) 37.

<sup>115</sup> *Senator Linie GmbH & Co KG v. Sunway Line, Inc.* 291 F 3d 145, (2nd Cir. 2002) cited in Holly Roark, 'Explosion on the High Seas! The Second Circuit Promotes International Uniformity with Strict Liability for the Shipment of Dangerous Goods: *Senator v. Sunway*', (2003) 33 Southwestern University Law Review 139, 140, fn 2. For discussion on this case and strict liability of the shipper, see Holly Roark, 'Explosion on the High Seas! The Second Circuit Promotes International Uniformity with Strict Liability for the Shipment of Dangerous Goods: *Senator v. Sunway*', (2003) 33 Southwestern University Law Review 139. This case is also discussed in Güner-Özbek (n 9) 147-155; Justin DuClos, 'Liability for Losses Caused by Inherently Dangerous Goods Shipped by Sea', (2007) 20 U.S.F. Maritime Law Journal 61, 66-68.

<sup>116</sup> Roark (n 115) 142-143; Güner-Özbek (n 8) 148, 154; DuClos (n 115) 67.

<sup>117</sup> Roark (n 115) 143.

<sup>118</sup> Roark (n 115) 149, 155; Güner-Özbek (n 8) 150-151.

<sup>119</sup> Roark (n 115) 153-154; Güner-Özbek (n 8) 150-151.

<sup>120</sup> Roark (n 115) 152; Güner-Özbek (n 8) 154; DuClos (n 115) 67.

<sup>121</sup> Roark (n 115) 152; Güner-Özbek (n 8) 149; DuClos (n 115) 67.

<sup>122</sup> Roark (n 115) 152; Güner-Özbek (n 8) 148, 151, 154-155; DuClos (n 115) 67.

<sup>123</sup> Roark (n 115) 155.

<sup>124</sup> *ibid* 163; Güner-Özbek (n 8) 150-151.

<sup>125</sup> Roark (n 115) 163.

carrier.<sup>126</sup> According to the Second Circuit, the strict liability system regulated under Section 1304 (6) of COGSA will promote predictability, fairness and commercial efficiency.<sup>127</sup> While the strict liability system might be criticized as it causes insurance rates to increase, it is argued that strict liability is “*founded upon sound policy*”<sup>128</sup> due to the “*issue of safety*” and “*the rationale that the shipper is in the best position to discover the nature of his goods.*”<sup>129</sup>

## **B. The Hamburg Rules**

### **1. Obligations of the Shipper**

Article 13 of the Hamburg Rules regulates the liability of the shipper regarding dangerous goods. The shipper should inform the carrier or the actual carrier about dangerous character of the goods and, if necessary, of the precautions to be taken in accordance with Article 13 (2) of the Hamburg Rules. There was a discussion in the Working Group on the extent of the duty of the shipper to inform the carrier or the actual carrier regarding precautions to be taken. It was stated that the shipper has an obligation to inform the carrier regarding precautions to be taken “*where the carrier could not be expected to have such knowledge.*”<sup>130</sup> In addition, it was argued that the phrase “*if necessary*” in the article would mitigate “*possible hardship in this regard to the shipper.*”<sup>131</sup> However, Canada and International Chamber of Shipping (“ICS”) proposed that the phrase “*if necessary*” under Article 13 should be deleted and the duty should be absolute.<sup>132</sup> The rationale behind Canada’s proposal is that if the phrase “*if necessary*” is not deleted, this situation could lead to an uncertainty

<sup>126</sup> *ibid* 162.

<sup>127</sup> Güner-Özbek (n 8) 154.

<sup>128</sup> Roark (n 115) 157.

<sup>129</sup> *ibid* 162.

<sup>130</sup> Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1975, Volume VI, A/CN.9/105, ‘Report of the Working Group on International Legislation on Shipping on the work of its eighth session’ (New York, 10-21 February 1975) ‘Consideration of the Report of the Drafting Party’, para. 9 (a), 226-227 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/502/13/PDF/NL750213.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.

<sup>131</sup> *ibid* para. 9 (b), 227

<sup>132</sup> Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1976, Volume VII, A/CN.9/110, ‘Report of the Secretary-General: analysis of comments by Governments and international organizations on the draft Convention on the Carriage of Goods by Sea’, para. 10, 286 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/603/58/PDF/NL760358.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

regarding the duty<sup>133</sup> and the rationale behind the ICS's proposal is to protect carriers against "*negligent and dishonest shippers*".<sup>134</sup> The Delegation of Bulgaria also proposed the deletion of the phrase "*if necessary*" by stating that the shipper was in the best position to know the nature of goods and therefore, the shipper should inform the carrier about the nature and necessary precautions to be taken.<sup>135</sup> This proposal was not supported as there was a concern regarding enlarging the liability of the shipper<sup>136</sup> and eventually, the proposal on deletion of the phrase was rejected.<sup>137</sup> Accordingly, the shipper, if necessary, should inform the carrier about the precautions to be taken under Article 13 (2) of the Hamburg Rules. In addition, regarding the shipper's duty of providing information to the carrier, the Delegation of Mauritius proposed that the duty of the shipper to inform the carrier regarding the nature of goods should be based on international norms and added that this would also be a guideline for the courts when considering whether the shipper fulfilled his/her duty to inform.<sup>138</sup> However, this proposal was rejected.<sup>139</sup>

The shipper must "*mark or label in a suitable manner dangerous goods as dangerous*" in accordance with Article 13 (1) of the Hamburg Rules. As referred in this study, this duty is not expressly regulated under the Hague Rules and Hague-Visby Rules. During the discussions in drafting process of the Hamburg Rules, this duty was regulated as "*whenever possible*"; however, deletion of this phrase was proposed as it would create "*ambiguity*" and "*cause difficulty in practice*".<sup>140</sup> Finland, United Kingdom and ICS proposed this duty to be an absolute duty by deleting the phrase "*whenever possible*".<sup>141</sup> Under Article 13 (1), this duty is absolute and not

---

<sup>133</sup> *ibid* para. 11, 286.

<sup>134</sup> *ibid* para. 12, 286.

<sup>135</sup> A/CONF.89/C.1/SR.18 (n 43) para. 39, 278.

<sup>136</sup> *ibid* para. 40, para. 45, 278.

<sup>137</sup> *ibid* para. 51, 278.

<sup>138</sup> *ibid* para. 24, 277.

<sup>139</sup> *ibid* para. 36, 277.

<sup>140</sup> Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1976, Volume VII, A/CN.9/109, 'Note by the Secretary-General: comments by Governments and international organizations on the draft Convention on the Carriage of Goods by Sea', Article 13, paragraph 1, 235 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/603/55/PDF/NL760355.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.

<sup>141</sup> A/CN.9/110 (n 132) para. 7, 286.

“whenever possible”. During the drafting period, controversy also arose from the shipper’s duty of marking or labelling goods as dangerous “in a suitable manner”. The Delegation of Tunisia proposed an amendment by replacing that phrase with the phrase “in a manner that complies with regulations in force and with the particular practices” and the Delegation of Germany supported this amendment by stating that the “present text of Article 13 was too vague.”<sup>142</sup> On the other hand, the Delegation of Brazil did not support the amendment by stating that it would cause an “extremely difficult task of learning all the rules and regulations applicable at the various ports concerned” to the shipper.<sup>143</sup> Therefore, the amendment was rejected.<sup>144</sup> Accordingly, the shipper has to mark or label goods as dangerous in a suitable manner under Article 13 (1) of the Hamburg Rules. If the shipper does not mark or label goods as dangerous in a suitable manner, penalties in this circumstance were discussed during the preparation of the Hamburg Rules. The Delegation of Brazil proposed to provide express provision for penalties if the shipper did not mark or label goods<sup>145</sup>; however, this proposal was rejected.<sup>146</sup> The Delegation of Norway considered this proposal as a severe penalty as it would render the shipper liable and provide the carrier the right to destroy goods even if the shipper informed the carrier or the actual carrier about nature of dangerous goods but failed to mark or label goods as dangerous.<sup>147</sup> The Delegation of Kenya considered this proposal as “unjust” if goods could be unloaded, destroyed or rendered innocuous merely because the shipper did not mark or label them as dangerous in case the carrier was informed about the dangerous nature of goods.<sup>148</sup> The Delegation of Spain argued that the main consideration was informing the carrier about the nature of goods; on the other hand, marking or labelling goods was considered as a way but not the

<sup>142</sup> A/CONF.89/C.1/SR.18 (n 43) para. 3, 275-276.

<sup>143</sup> *ibid* para. 4, 276.

<sup>144</sup> *ibid* para. 9, 276.

<sup>145</sup> United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, A/CONF.89/14, Hamburg, 6-31 March 1978, ‘Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees’, 19th meeting, 20 March 1978, A/CONF.89/C.1/SR.19, para. 11, 281

<[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a\\_conf\\_89-14\\_.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a_conf_89-14_.pdf)> accessed 20 January 2022.

<sup>146</sup> *ibid* para. 37, 283.

<sup>147</sup> *ibid* para. 13, 281.

<sup>148</sup> *ibid* para. 25, 282.



only way to fulfil this obligation.<sup>149</sup> Accordingly, the Delegation of Oman argued that penalties should be incurred by the shipper if he/she completely failed to inform the carrier.<sup>150</sup> Regarding these discussions, under Article 13 (1) of the Hamburg Rules, there is only a reference to the shipper's duty to mark or label goods as dangerous in a suitable manner and the penalty is not provided if the shipper fails to perform this obligation.

## 2. Rights of the Carrier

The shipper is liable for loss or damage due to the shipment of dangerous goods without the carrier's knowledge and consent in accordance with Article 13 (2) (a) of the Hamburg Rules and also the carrier can unload, destroy or render innocuous these goods without payment of compensation under Article 13 (2) (b) of the Hamburg Rules. Under the Hague Rules, the Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules, if the carrier knows dangerous character of goods, the carrier can unload, destroy or render innocuous these goods without payment of compensation; however, in this situation, under all of these international conventions, the shipper will not be liable to the carrier for the loss and therefore, the carrier cannot claim indemnity from the shipper. Article 13 (2) of the Hamburg Rules also refers to the knowledge of the carrier or the actual carrier regarding dangerous character of goods in case the shipper fails to fulfil his/her duty to inform. The carrier or the actual carrier can unload, destroy or render innocuous these goods "*as the circumstances may require*" without payment of compensation under Article 13 (2) (b) of the Hamburg Rules. During preparation of the Hamburg Rules, words "*as circumstances may require*" caused a controversy as International Shipowners' Association proposed the deletion of these words by stating that in order to protect the ship and the other cargo, the carrier should be free to decide when to dispose dangerous goods, as in an emergency situation, the carrier may not assess "*accurately the protective measures that the circumstances may require.*"<sup>151</sup> Deletion of these words was also proposed by the Delegation of Bulgaria during the drafting of the Hamburg Rules.<sup>152</sup> However, this proposal was rejected<sup>153</sup> as it was considered that the phrase ensured "*safeguard against any arbitrary*

---

<sup>149</sup> *ibid* para. 31, 282.

<sup>150</sup> *ibid* para. 32, 282.

<sup>151</sup> A/CN.9/110 (n 132) para. 19, 287.

<sup>152</sup> A/CONF.89/C.1/SR.19 (n 145) para. 51, 283.

<sup>153</sup> *ibid* para. 63, para. 64, 284.

*decision*” of the carrier<sup>154</sup>, it ensured that “*the carrier would take a reasonable decision*”<sup>155</sup>, it obliged the carrier to “*justify*” his/her decision<sup>156</sup> and it provided “*an objective criterion*” to assess the decision of the carrier.<sup>157</sup> Article 13 (4)<sup>158</sup> refers to circumstances in which dangerous goods become danger to life or property. In this situation, “*they may be unloaded, destroyed or rendered innocuous, as the circumstances may require*” in accordance with this article.

### **3. Basis of the Liability of the Shipper**

The basis of liability can also be controversial under the Hamburg Rules due to the general rule provision and accordingly, there might be a similar discussion which is made under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules. The general rule on this matter is regulated under Article 12<sup>159</sup> of the Hamburg Rules. According to Article 12 of the Hamburg Rules, similar to Article IV (3) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, the shipper is not liable for damage or loss against the carrier if there is no fault or negligence on the part of the shipper or his servants or his agents. While the general rule for the liability of the shipper is fault-based under Article 12 of the Hamburg Rules, strict liability system for the liability of the shipper is established under Article 13 of the Hamburg Rules regarding dangerous goods.<sup>160</sup> In addition, the shipper is liable against the carrier due to the shipper’s servants’ or agents’ fault or negligence in accordance with Article 12 of the Hamburg Rules. Therefore, the shipper’s liability is strict in these situations.

<sup>154</sup> *ibid* para. 52, 283.

<sup>155</sup> *ibid* para. 54, 283.

<sup>156</sup> *ibid* para. 58, 284.

<sup>157</sup> *ibid* para. 62, 284.

<sup>158</sup> Article 13 (4) of the Hamburg Rules: “*If, in cases where the provisions of paragraph 2, subparagraph (b), of this Article do not apply or may not be invoked, dangerous goods become an actual danger to life or property, they may be unloaded, destroyed or rendered innocuous, as the circumstances may require, without payment or compensation except where there is an obligation to contribute in general average or where the carrier is liable in accordance with the provisions of Article 5.*”

<sup>159</sup> Article 12 of the Hamburg Rules: “*The shipper is not liable for loss sustained by the carrier or the actual carrier, or for damage sustained by the ship, unless such loss or damage was caused by the fault or neglect of the shipper, his servants or agents. Nor is any servant or agent of the shipper liable for such loss or damage unless the loss or damage was caused by fault or neglect on his part.*”

<sup>160</sup> Berlingieri (n 24) 20, Fujita (n 26) 227.

#### 4. Liability of the Shipper to the Actual Carrier

The actual carrier is defined under Article 1 (2)<sup>161</sup> of the Hamburg Rules. Under Article 13 (2) (a) of the Hamburg Rules, if the shipper fails to inform the carrier or an actual carrier of the dangerous character of the goods and, if necessary, of the precautions to be taken and the carrier or actual carrier does not otherwise have knowledge of their dangerous character, the shipper is liable to the carrier or actual carrier for the loss resulting from the shipment of these goods. The actual carrier is not defined under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules and the shipper is not liable to the actual carrier under these conventions. Therefore, this renders the shipper's liability broader in the Hamburg Rules compared to the Hague Rules and the Hague-Visby Rules. Regarding the duty to inform dangerous character of the goods, the Delegation of Norway stated that it was sufficient if the shipper informed the "*person who received the dangerous goods*" and accordingly, the shipper would fulfil his/her obligation.<sup>162</sup> The duty was not to inform both the actual carrier and the carrier.<sup>163</sup> The Delegation of Austria proposed that the words "*Where the shipper hands over dangerous goods to the carrier or an actual carrier*" should be deleted.<sup>164</sup> This amendment proposal made by the Delegation of Austria was rejected<sup>165</sup> as it did not clearly state that the information should be given to the person who received the dangerous goods.<sup>166</sup> As referred in this study, according to Article 13 (2) of the Hamburg Rules, the shipper must inform the actual carrier of the dangerous character of the goods and, if necessary, of the precautions to be taken where the shipper hands over dangerous goods to the actual carrier. According to this article, if the shipper hands over dangerous goods to the carrier, then the shipper must inform the carrier of the dangerous character of the goods and, if necessary, of the precautions to be taken. If the shipper fails to do so and the carrier or actual carrier does not have knowledge of their dangerous character, then the shipper will be

---

<sup>161</sup> Article 1 (2) of the Hamburg Rules: "*'Actual carrier' means any person to whom the performance of the carriage of the goods, or of part of the carriage, has been entrusted by the carrier, and includes any other person to whom such performance has been entrusted.*"

<sup>162</sup> A/CONF.89/C.1/SR.19 (n 145) para. 6, 281.

<sup>163</sup> *ibid.*

<sup>164</sup> *ibid.*, para. 2, 280.

<sup>165</sup> *ibid.* para. 9, 281.

<sup>166</sup> *ibid.* para. 6, 281.

liable to the carrier and actual carrier in accordance with Article 13 (2) (a) of the Hamburg Rules.

### **C. The Rotterdam Rules**

#### **1. Obligations of the Shipper**

The carriage of dangerous goods is regulated under Article 15 and Article 32 of the Rotterdam Rules. The shipper shall inform the carrier regarding dangerous nature or character of goods “*in a timely manner before they are delivered to the carrier or a performing party*” in accordance with Article 32 (a) of the Rotterdam Rules. Duty to inform is regulated under the Hague Rules, the Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules; however, words “*in a timely manner*” are used in the Rotterdam Rules. The notice regarding dangerous nature or character of goods can be given in any form.<sup>167</sup> If the carrier or performing party knows dangerous nature or character of goods and the shipper fails to fulfil his/her duty to inform, the shipper will not be liable by proving the knowledge of the carrier or performing party regarding dangerous nature or character of goods in accordance with Article 32 (a) of the Rotterdam Rules.<sup>168</sup> As there is an express reference to the performing party under Article 32 (a) of the Rotterdam Rules, knowledge of this party will suffice.<sup>169</sup> While the duty of disclosure is owed only to the carrier<sup>170</sup>, if the shipper fails to do so, knowledge of the carrier and performing party on dangerous nature or character of the goods are taken into consideration and the shipper will be liable to the carrier for loss or damage if the carrier or performing party does not otherwise know dangerous nature or character of the goods.<sup>171</sup>

The shipper has to mark or label dangerous goods in accordance with Article 32 (b) of the Rotterdam Rules. While the shipper has to mark or label dangerous goods “*in a suitable manner*” under Article 13 (2) of the Hamburg Rules, this duty is more specifically defined under the Rotterdam Rules and the shipper has to mark or label dangerous goods “*in accordance with any law, regulations or other requirements of public authorities that apply during any stage of the intended carriage of the goods*” under Article 32 (b) of the Rotterdam Rules. It is argued that this article puts a “*heavy burden on the shipper*” as the shipper has to consider every law regarding

<sup>167</sup> Lorenzon (n 47) para. 32-04, 92.

<sup>168</sup> *ibid* para. 32-05, 92-93.

<sup>169</sup> *ibid* para. 32-05, 93.

<sup>170</sup> Baughen (n 10) 182, fn. 54.

<sup>171</sup> *ibid* 182.

dangerous goods that applies during the whole carriage.<sup>172</sup> If the shipper fails to perform this duty, he/she will be liable to the carrier for loss or damage resulting from this failure under Article 32 (b) of the Rotterdam Rules. In the drafting proposal by the Swedish delegation, it was stated that this obligation was only applicable to the “*intended carriage*”.<sup>173</sup> In other words, if carrier “*suddenly decides to transport goods through another country or by another type of transport mode*”, the shipper will not be liable if the goods are not labelled in accordance with the law of this country.<sup>174</sup> Therefore, the shipper is not liable if there is a deviation from ordinary route.<sup>175</sup> However, in the drafting proposal of the Swedish delegation, it was argued that this provision does not provide a solution regarding this issue if the voyage was not agreed upon and left to carrier to decide.<sup>176</sup> Furthermore, another criticism to this article is made by considering this duty as “*burdensome*”<sup>177</sup> owing to the fact that, even if this duty is applicable to the “*intended carriage*”, if there is a shipper of a container carried by road, sea and rail, the shipper should mark goods in accordance with the rules applicable to all stages of the voyage considering “*the national law of the countries through which the container has to travel*.”<sup>178</sup> If the shipper fails to fulfil this duty, then the shipper will be liable for loss or damage resulting from this failure to the carrier and this liability is strict and unlimited.<sup>179</sup>

## 2. Rights of the Carrier

Under Article 15 of the Rotterdam Rules, the carrier or performing party can unload, destroy or render goods harmless; however, the carrier or performing party can take these measures not only regarding dangerous goods as in the case of the Hague Rules, the Hague-Visby Rules and the

---

<sup>172</sup> Stevens (n 8) para 11.87, 232.

<sup>173</sup> United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Transport Law) Seventeenth Session, New York, 3-13 April 2006, ‘Transport Law: Preparation of a draft convention on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]- Shipper’s obligations: drafting proposal by the Swedish delegation’, A/CN.9/WG.III/WP.67, para. 28, 9 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V06/511/18/PDF/V0651118.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.

<sup>174</sup> *ibid.*

<sup>175</sup> Stevens (n 8) para. 11.88, 232.

<sup>176</sup> A/CN.9/WG.III/WP.67 (n 173) para. 28, 9.

<sup>177</sup> Lorenzon (n 47) para. 32-06, 93.

<sup>178</sup> *ibid.*

<sup>179</sup> *ibid* para. 32-07, 93.

Hamburg Rules, but also these measures can be taken regarding goods which “*reasonably appear likely to become during the carrier’s period of responsibility an actual danger*” in accordance with Article 15 of the Rotterdam Rules. The aim of the Working Group by including these words was to include all risks.<sup>180</sup> Therefore, if there are goods that become dangerous where they do not reasonably appear likely to become so, these circumstances will not fall under the scope of this article.<sup>181</sup> By the inspection of goods and the planned carriage, if “*a reasonable person*” can understand that goods “*pose a real danger*”, then these goods can be considered as goods which are “*reasonably appear likely to become an actual danger*”.<sup>182</sup> It is also argued these words could be interpreted as “*there is objectively a real risk of danger to persons, property or the environment*.”<sup>183</sup> Measures regarding unloading, destroying or rendering goods harmless can be taken by the carrier or performing party if goods are or reasonably become an actual danger to “*persons, property or the environment*” under Article 15 of the Rotterdam Rules. While the Hague Rules and the Hague-Visby Rules refer to danger to the ship or other cargo under Article IV (6); the Hamburg Rules refer to danger to life and property under Article 13 (4) and later, the Rotterdam Rules make reference to danger to the “*persons, property and environment*” under Article 15 and Article 32. While Article 15 of the Rotterdam Rules emphasizes the fact that measures such as unloading, destroying or rendering goods harmless can be taken by the performing party; the shipper is not liable to the performing party for loss or damage as the shipper is only liable to the carrier under Article 32 (a) of the Rotterdam Rules.<sup>184</sup> In other words, breach of the shipper’s obligations gives rise to a liability to the carrier and not to other parties.<sup>185</sup>

<sup>180</sup> United Nations Commission on International Trade Law, ‘Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its nineteenth session (New York, 16-27 April 2007)’, A/CN.9/621, para. 250, 58 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/837/76/PDF/V0783776.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.

<sup>181</sup> Lorenzon (n 47) para 32-03, 92.

<sup>182</sup> Tsimplis (n 17) para. 15-05, 42.

<sup>183</sup> *ibid.*

<sup>184</sup> Lorenzon (n 47) para. 32-10, 94, Baughen (n 10) 185.

<sup>185</sup> Baughen (n 10) 185.

### 3. Basis of the Liability of the Shipper

The basis of shipper's liability is regulated under Article 30<sup>186</sup> of the Rotterdam Rules. According to Article 30 (2) of the Rotterdam Rules, the shipper is not liable if the loss or damage is not attributable to the fault of shipper's or other persons' which are stated in Article 34<sup>187</sup> of the Rotterdam Rules. This article also emphasizes the existence of the fault for the shipper or other persons within the meaning of Article 34 to be liable. According to Article 34 of the Rotterdam Rules, the shipper is also liable for the acts or omissions of his/her employees, agents, subcontractors or any person to which he/she has entrusted the performance of any of his/her obligations. Article 30 of the Rotterdam Rules establishes the general principle for the basis of the liability of the shipper.<sup>188</sup> However, under Article 30 (2), it is stated that this provision does not apply to the shipper's obligations regarding dangerous cargo.<sup>189</sup> Article 32 of the Rotterdam Rules provides special liability regime for dangerous goods.<sup>190</sup> Even though the general principle is fault-based liability, there are exceptions to this rule.<sup>191</sup> Article 31 (2)<sup>192</sup> of the Rotterdam Rules establishes strict liability of the

---

<sup>186</sup> Article 30 of the Rotterdam Rules: “1. *The shipper is liable for loss or damage sustained by the carrier if the carrier proves that such loss or damage was caused by a breach of the shipper's obligations under this Convention.*

2. *Except in respect of loss or damage caused by a breach by the shipper of its obligations pursuant to articles 31, paragraph 2, and 32, the shipper is relieved of all or part of its liability if the cause or one of the causes of the loss or damage is not attributable to its fault or to the fault of any person referred to in article 34.*

3. *When the shipper is relieved of part of its liability pursuant to this article, the shipper is liable only for that part of the loss or damage that is attributable to its fault or to the fault of any person referred to in article 34.”*

<sup>187</sup> Article 34 of the Rotterdam Rules: “*The shipper is liable for the breach of its obligations under this Convention caused by the acts or omissions of any person, including employees, agents and subcontractors, to which it has entrusted the performance of any of its obligations, but the shipper is not liable for acts or omissions of the carrier or a performing party acting on behalf of the carrier, to which the shipper has entrusted the performance of its obligations.”*

<sup>188</sup> Lestos (n 9) 121.

<sup>189</sup> Lorenzon (n 47) para. 30-04, 88.

<sup>190</sup> Lestos (n 9) 121.

<sup>191</sup> Stevens (n 8) para. 11.61, 227.

<sup>192</sup> Article 31 (2) of the Rotterdam Rules: “*The shipper is deemed to have guaranteed the accuracy at the time of receipt by the carrier of the information that is provided according to paragraph 1 of this article. The shipper shall indemnify the carrier against loss or damage resulting from the inaccuracy of such information.”*

shipper.<sup>193</sup> Accordingly, if there is a breach of Article 31 (2) and Article 32 of the Rotterdam Rules, the shipper will be strictly liable to the carrier.<sup>194</sup> The reason for strict liability is due to “*public policy and safety, and not only the relation between shipper and carrier.*”<sup>195</sup> It was stated that the carrier would be exposed to “*enormous loss and damage if dangerous goods are loaded on to his vessel without his knowledge and consent*” and therefore, widest protection was needed to be provided to the carrier.<sup>196</sup> Regarding proper packaging of dangerous goods, the Working Group did not accept this obligation to be regulated under the shipper’s obligations with respect to dangerous goods and therefore, the shipper would be liable if he/she fails to fulfil this obligation under Article 27 (1)<sup>197</sup> of the Rotterdam Rules and accordingly, his/her liability would be a fault based liability.<sup>198</sup>

#### 4. Extent of the Liability of the Shipper

The issue on the extent of the liability of the shipper was discussed during the preparation period of the Rotterdam Rules. The Delegation of Germany argued for a limitation of the shipper’s liability as otherwise it was stated that the liability regime would be “*unbalanced to the detriment of the shipper.*”<sup>199</sup> The Observer for Sweden supported German proposal by

<sup>193</sup> Lorenzon (n 47) para. 31-03, 89-90.

<sup>194</sup> Stevens (n 8) para. 11.61, 227; Baughen (n 10) 185, 189. For information regarding the breach of Article 31 (1) and Article 32 of the Rotterdam Rules triggering strict liability, see Fujita (n 26) 221-225.

<sup>195</sup> Stevens (n 8) para. 11.63, 228.

<sup>196</sup> United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Transport Law) Nineteenth Session, New York, 16-27 April 2007, ‘Transport Law: Preparation of a draft convention on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]- Comments of the International Chamber of Shipping (ICS), BIMCO and the International Group of P&I Clubs on the draft convention’, A/CN.9/WG.III/WP.87, 4 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V07/815/90/PDF/V0781590.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.

<sup>197</sup> Article 27 (1) of the Rotterdam Rules: “*Unless otherwise agreed in the contract of carriage, the shipper shall deliver the goods ready for carriage. In any event, the shipper shall deliver the goods in such condition that they will withstand the intended carriage, including their loading, handling, stowing, lashing and securing, and unloading, and that they will not cause harm to persons or property.*”

<sup>198</sup> Stevens (n 8) para. 11.89, 233.

<sup>199</sup> United Nations Commission on International Trade Law, Forty-First Session, Summary record of the 870th meeting, New York, 18 June 2008, ‘Finalization and approval of a draft convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea (continued)’, A/CN.9/SR.870, para. 26, 4 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/394/04/PDF/N0839404.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.



stating that it would be beneficial for both parties as “*it would make it easier for the shipper to insure its liability.*”<sup>200</sup> The Observer for the Netherlands stated that obligations referred were “*related not only to contractual relations but also to safety and the proper performance of the transport itself.*”<sup>201</sup> The Delegation of France argued that the liability of the shipper concerning obligations relating to dangerous goods should not be limited.<sup>202</sup> As in the end, the Delegation of Germany stated that the intention for limitation of liability was only for contractual limitation for monetary liability but not the shipper’s “*substantive obligations*”<sup>203</sup>, there was no agreed limitation of the liability of the shipper regarding his/her obligations regarding dangerous goods. It became clear that the liability of the shipper would be unlimited in these circumstances. As under all of the mentioned international conventions, the shipper is strictly and unlimitedly<sup>204</sup> liable to the carrier, it cannot be stated that the obligations of the shipper have increased dramatically under the Rotterdam Rules compared to the Hague Rules, the Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules.<sup>205</sup>

### **5. Liability of the Shipper for Loss arising from Delay**

In Article 30 (1) of the Rotterdam Rules, the basis of the shipper’s liability to the carrier is limited with the “*loss or damage sustained by the carrier*” and there is no reference to economic loss caused by delay.<sup>206</sup> As the term “*delay*” is not referred in Article 30 of the Rotterdam Rules, it caused a controversy on whether “*loss caused by delay*” was covered under the Rotterdam Rules.<sup>207</sup> The Working Group of the Rotterdam Rules discussed whether or not to include losses or damages arising from delay in delivery under the liability of the shipper regarding dangerous goods.<sup>208</sup> It was suggested that the liability arising from delay should be limited “*as a matter of fairness*”.<sup>209</sup> However, limitation on liability of the shipper

---

<sup>200</sup> *ibid* para. 30, 4.

<sup>201</sup> *ibid* para. 42, 6.

<sup>202</sup> *ibid* para. 44, 6.

<sup>203</sup> *ibid* para. 46, 6.

<sup>204</sup> Guzmán (n 62) 161-162; Fujita (n 26) 227-228.

<sup>205</sup> Fujita (n 26) 227-228, Berlingieri (n 24) 21, Guzmán (n 62) 156, 161-162.

<sup>206</sup> Baughen (n 10) 184.

<sup>207</sup> Lestos (n 9) 121-122; Günay (n 34) 232.

<sup>208</sup> A/CN.9/621 (n 180) paras. 180-184, 42-45, paras. 233-237, 55-56. For information regarding the view of majority which argued for limitation of liability, if liability for delay was to be included in the Rotterdam Rules, see Stevens (n 8) para. 11.65, 228.

<sup>209</sup> A/CN.9/621 (n 180) para. 233, 55.

concerning losses or damages arising from the delay could not be agreed by the Working Group. As no “*acceptable limitation*” could be decided, “*delay*” was not included in the article.<sup>210</sup> Accordingly, the issue will be decided by the applicable national law.<sup>211</sup> However, according to *Stevens*, as the Rotterdam Rules do not explicitly state that the shipper is not liable for delay, “*loss or damage*” could be construed to include also the loss arising from the delay.<sup>212</sup> If the loss due to delay cannot be considered within the meaning of Article 30 (1) of the Rotterdam Rules, then, whether the shipper is liable for delay will be determined in accordance with the applicable national law.<sup>213</sup> However, it is stated that the liability of the shipper arising from delay regarding dangerous goods is not covered under the Rotterdam Rules and the issue is left to the applicable national law.<sup>214</sup> This argument can be made regarding the drafting process of the Rotterdam Rules.<sup>215</sup>

### 6. Liability of the Documentary Shipper

Regarding the liability of the shipper under the Rotterdam Rules, the liability of the documentary shipper should also be determined. In Article 1 (9)<sup>216</sup> of the Rotterdam Rules, the documentary shipper is defined and according to this definition, the documentary shipper is “*a person, other than the shipper, that accepts to be named as ‘shipper’ in the transport document or electronic transport record.*” The issue on whether the documentary shipper is liable from failure of the obligations regarding dangerous goods can be solved by Article 33<sup>217</sup> of the Rotterdam Rules. According to Article 33 (1) of the Rotterdam Rules, “*a documentary shipper*

<sup>210</sup> *ibid* paras. 234-237, 55-56. For this information, see also *Stevens* (n 8) para. 11.65, 228; *Baughen* (n 10) 184.

<sup>211</sup> A/CN.9/621 (n 180) paras. 234-237, 55-56. For this information, see also *Stevens* (n 8) para. 11.65, 228.

<sup>212</sup> *Stevens* (n 8) para. 11.66, 228.

<sup>213</sup> *ibid* para. 11.67, 228; A/CN.9/621 (n 180) paras. 235-236, 55; *Baughen* (n 10) 184.

<sup>214</sup> *Günay* (n 34) 232.

<sup>215</sup> For the drafting process of the Rotterdam Rules about this issue, see *Fujita* (n 26) 214-216.

<sup>216</sup> Article 1 (9) of the Rotterdam Rules: “*‘Documentary shipper’ means a person, other than the shipper, that accepts to be named as ‘shipper’ in the transport document or electronic transport record.*”

<sup>217</sup> Article 33 of the Rotterdam Rules: “*1. A documentary shipper is subject to the obligations and liabilities imposed on the shipper pursuant to this chapter and pursuant to article 55, and is entitled to the shipper’s rights and defences provided by this chapter and by chapter 13.*

*2. Paragraph 1 of this article does not affect the obligations, liabilities, rights or defences of the shipper.*”

*is subject to the obligations and liabilities imposed on the shipper pursuant to this chapter and pursuant to article 55, and is entitled to the shipper's rights and defences provided by this chapter and by chapter 13.*" As it is stated that the documentary shipper is subject to the obligations and liabilities imposed on the shipper pursuant to chapter 7 and entitled to the shipper's rights and defences provided by chapter and chapter 13, the documentary shipper will also be liable if there is a failure to fulfil obligations regarding dangerous goods. Therefore, duties which are owed by the shipper due to Article 32 and by the documentary shipper due to Article 33, will be exclusively to the carrier.<sup>218</sup> The liability of the documentary shipper is not a "substitute" for the liability of the shipper<sup>219</sup> and therefore, the shipper is not exempt from liability when a documentary shipper is liable.<sup>220</sup> The shipper and documentary shipper are, however, not jointly and severally liable.<sup>221</sup>

#### IV. CAUSATION

This chapter focuses on the causal link between the shipper breaching his/her obligations and the loss or damage. This causal link should exist for the establishment of the liability of the shipper. This chapter of the study aims to establish circumstances in which this link cannot be formed as, if it cannot be formed, the shipper will not be liable to the carrier.

As referred in this study, the shipper will be liable to the carrier if the shipper fails to inform the carrier about the goods of an inflammable, explosive or dangerous nature under Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, dangerous character of the goods under Article 13 (2) of the Hamburg Rules and dangerous nature or character of the goods under Article 32 (a) of the Rotterdam Rules. The shipper will not be liable to the carrier if the carrier knows the nature or character of dangerous goods and gives his/her consent to this carriage under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules. In addition to duty to inform the carrier about dangerous goods, there are also other duties of the shipper which need to be performed in order to be not to be held liable to the carrier under the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. Under Article 13 (2) of the Hamburg Rules, the shipper needs to inform the carrier about the

---

<sup>218</sup> Lorenzon (n 47) para. 32-10, 94.

<sup>219</sup> Fujita (n 26) 227.

<sup>220</sup> *ibid.*

<sup>221</sup> Stevens (n 8) para. 11.73, 229.

precautions to be taken if necessary and also needs to mark or label these goods as dangerous in accordance with Article 13 (1) of the Hamburg Rules. The shipper shall inform the carrier regarding dangerous nature or character of goods in accordance with Article 32 (a) of the Rotterdam Rules and the shipper needs to mark or label goods as dangerous under Article 32 (b) of the Rotterdam Rules. The shipper will be liable to the carrier for loss or damage if he/she fails to fulfil these obligations.<sup>222</sup> While under Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, if the shipper fails to fulfil his/her duty to inform, he/she will be liable for all damage directly or indirectly arising from the shipment of dangerous goods and under the Hamburg Rules, the shipper is liable for the loss due to this shipment; Rotterdam Rules are considered as “*more restrictive*” than these conventions<sup>223</sup> by stating that the shipper will be liable to the carrier for loss or damage arising from not fulfilling his/her obligations.<sup>224</sup> The shipper is liable for loss or damage resulting from not fulfilling his/her obligations which are regulated under Article 32 (a) and under Article 32 (b) of the Rotterdam Rules. However, under Article 13 (2) (a) of the Hamburg Rules, it is stated that the shipper is liable for the loss resulting from shipment of dangerous goods. Therefore, loss or damage from which the shipper is liable can be different under these conventions.

The shipper can also be partially or fully exempt from the liability, if the carrier acted in negligence regarding his/her duties.<sup>225</sup> For instance, the carrier has the duty of seaworthiness under Article III (1)<sup>226</sup> of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules and Article 14<sup>227</sup> of the Rotterdam Rules.

<sup>222</sup> *ibid* para. 11.92, 233.

<sup>223</sup> *ibid* para. 11.93, 233.

<sup>224</sup> *ibid* para. 11.92, 233.

<sup>225</sup> Baughen (n 10) 175.

<sup>226</sup> Article 3 (1) of the Hague Rules and Article III (1) of the Hague-Visby Rules: “*The carrier shall be bound before and at the beginning of the voyage to exercise due diligence to:*

- (a) *Make the ship seaworthy;*
- (b) *Properly man, equip and supply the ship;*
- (c) *Make the holds, refrigerating and cool chambers, and all other parts of the ship in which goods are carried, fit and safe for their reception, carriage and preservation.”*

<sup>227</sup> Article 14 of the Rotterdam Rules: “*The carrier is bound before, at the beginning of, and during the voyage by sea to exercise due diligence to:*

- (a) *Make and keep the ship seaworthy;*
- (b) *Properly crew, equip and supply the ship and keep the ship so crewed, equipped and supplied throughout the voyage; and*

In addition, while the Hamburg Rules do not provide a specific provision regarding seaworthiness, Article 5<sup>228</sup> of the Hamburg Rules, which is a

---

(c) *Make and keep the holds and all other parts of the ship in which the goods are carried, and any containers supplied by the carrier in or upon which the goods are carried, fit and safe for their reception, carriage and preservation.*"

<sup>228</sup> Article 5 of the Hamburg Rules: "1. *The carrier is liable for loss resulting from loss of or damage to the goods, as well as from delay in delivery, if the occurrence which caused the loss, damage or delay took place while the goods were in his charge as defined in Article 4, unless the carrier proves that he, his servants or agents took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences.*

2. *Delay in delivery occurs when the goods have not been delivered at the port of discharge provided for in the contract of carriage by sea within the time expressly agreed upon or, in the absence of such agreement, within the time which it would be reasonable to require of a diligent carrier, having regard to the circumstances of the case.*

3. *The person entitled to make a claim for the loss of goods may treat the goods as lost if they have not been delivered as required by article 4 within 60 consecutive days following the expiry of the time for delivery according to paragraph 2 of this Article.*

4. (a) *The carrier is liable*

(i) *For loss or damage to the goods or delay in delivery caused by fire, if the claimant proves that the fire arose from fault or neglect on the part of the carrier, his servants or agents;*

(ii) *For such loss, damage or delay in delivery which is proved by the claimant to have resulted from the fault or neglect of the carrier, his servants or agents, in taking all measures that could reasonably be required to put out the fire and avoid or mitigate its consequences.*

(b) *In case of fire on board the ship affecting the goods, if the claimant or the carrier so desires, a survey in accordance with shipment practices must be held into the cause and circumstances of the fire, and a copy of the surveyor's report shall be made available on demand to the carrier and the claimant.*

5. *With respect to live animals, the carrier is not liable for loss, damage or delay in delivery resulting from any special risks inherent in that kind of carriage. If the carrier proves that he has complied with any special instructions given to him by the shipper respecting the animals and that, in the circumstances of the case, the loss, damage or delay in delivery could be attributed to such risks, it is presumed that the loss, damage or delay in delivery was so caused, unless there is proof that all or a part of the loss, damage or delay in delivery resulted from fault or neglect on the part of the carrier, his servants or agents.*

6. *The carrier is not liable, except in general average, where loss, damage or delay in delivery resulted from measures to save life or from reasonable measures to save property at sea.*

7. *Where fault or neglect on the part of the carrier, his servants or agents combines with another cause to produce loss, damage or delay in delivery the carrier is liable only to the extent that the loss, damage or delay in delivery is attributable to such fault or neglect, provided that the carrier proves the amount of the loss, damage or delay in delivery not attributable thereto."*

general article on the basis of the liability of the carrier, regulates the seaworthiness duty of the carrier and the broad wording of this article makes easier “*for the courts to interpret and extend the obligation of seaworthiness to new developments.*”<sup>229</sup> To determine whether there is a breach of the seaworthiness duty, it should be considered whether this duty is an absolute duty or a due-diligence duty and in addition, the period of the duty should be regarded. Under Article III of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, Article 5 of the Hamburg Rules and Article 14 of the Rotterdam Rules, the carrier has to exercise due-diligence and therefore, it is not an absolute duty unlike the common law.<sup>230</sup> Under Article III (1) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, the duty covers before and at the beginning of the voyage and under Article 14 of the Rotterdam Rules, the duty is not limited to the beginning of the voyage but it continues during the voyage.<sup>231</sup> It is argued that this extension can be justified due to the need for the compliance with regulations which are concerned with safety and protection of the environment<sup>232</sup> and due to the improvement of the technology in communication.<sup>233</sup> In addition, while the duty of seaworthiness does not require the carrier to “*exercise due diligence by inspecting and opening every container*” when goods are carried in containers,<sup>234</sup> the carrier has the “*obligation to assess the apparent order and condition.*”<sup>235</sup> Therefore, for the carrier to be not liable, the carrier has to prove that he/she exercised due diligence before and at the beginning of the voyage under the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.<sup>236</sup> Under the Rotterdam Rules, this duty extends to the continuation of the voyage<sup>237</sup> and it was defined as “*an obligation merely to act reasonably using the skill and the care of a prudent carrier*” to render the vessel seaworthy during the

<sup>229</sup> Delphine Aurélie Laurence Defossez, ‘Seaworthiness: The Adequacy of the Rotterdam Rules Approach’, (2015) 28 U.S.F. Maritime Law Journal 237, 243.

<sup>230</sup> Talal Aladwani, ‘The Supply of Containers and Seaworthiness- The Rotterdam Rules Perspective’, (2011) 42 Journal of Maritime Law & Commerce 185, 199.

<sup>231</sup> Tsimplis (n 17) para. 14-01, 39.

<sup>232</sup> Aladwani (n 230) 201.

<sup>233</sup> *ibid* 204.

<sup>234</sup> *ibid* 192.

<sup>235</sup> *ibid* 193.

<sup>236</sup> M Fehmi Ülgener, ‘Obligations and Liabilities of the Carrier’ in Meltem Deniz Güner-Özbek (ed), *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: An Appraisal of the “Rotterdam Rules”* (Springer 2011) 143.

<sup>237</sup> *ibid* 145.

voyage.<sup>238</sup> While the issue is not expressly dealt under the Rotterdam Rules, according to a view, English law approach in which seaworthiness is an overriding obligation of the carrier may still apply in this circumstance.<sup>239</sup> For this reason, it is argued that Article 14 of the Rotterdam Rules provides an overriding obligation and accordingly, the carrier has the obligation of seaworthiness throughout the voyage.<sup>240</sup> The carrier cannot rely on indemnity if the shipper shows that carrier's negligence is the effective cause of the loss.<sup>241</sup> If the carrier breaches this duty when there is a carriage of dangerous goods, then the cause of the loss or damage needs to be established. If the loss or damage was at least partly caused by the negligence of the carrier, then the shipper might not be liable.<sup>242</sup>

In *The Fiona* and *Northern Shipping Co. v. Deutsche Seereederei G.m.b.H. and Others (The "Kapitan Sakharov")*<sup>243</sup>, the causation link was examined.<sup>244</sup> In *The Fiona*, the loss was caused by the carrier due to the breach of Article III (1) of the Hague-Visby Rules and it was also caused by the shipper as there was a lack of information regarding dangerous characteristics of the cargo.<sup>245</sup> However, as there was a breach of Article III (1) of the Hague-Visby Rules, the shipper would not be liable under Article IV (6) of the Hague-Visby Rules as the duty of seaworthiness of the carrier was an overriding obligation.<sup>246</sup> In *The Kapitan Sakharov*, it was decided that the breach of Article III (1) of the Hague Rules by the carrier did not need to be the "dominant cause" of the loss; however, it was sufficient to

---

<sup>238</sup> Aladwani (n 230) 205.

<sup>239</sup> Lorenzon (n 47) para. 32-12, 94.

<sup>240</sup> Baughen (n 10) 186, fn. 65.

<sup>241</sup> *ibid* 186.

<sup>242</sup> *ibid* 175.

<sup>243</sup> *The Kapitan Sakharov* [2000] 2 Lloyd's Rep. 255. For information and discussion on this case regarding the extent of contribution of unseaworthiness, see Güner-Özbek (n 8) 191; Baughen (n 10) 175.

<sup>244</sup> For discussion regarding these cases on this issue, see Güner-Özbek (n 8); Baughen (n 10) 175.

<sup>245</sup> *The Fiona* [1993] 1 Lloyd's Rep. 257, 284. For this information, see also Güner-Özbek (n 8) 190; Baughen (n 10) 175. For summary of the facts of this case, see Girvin (n 10) 498. For discussion on this case regarding unseaworthiness as a contributory factor to the loss, see Güner-Özbek (n 8) 190-191; Baughen (n 10) 175.

<sup>246</sup> *The Fiona* [1993] 1 Lloyd's Rep. 257, 286. For this information, see also Güner-Özbek (n 8) 190-191; Baughen (n 10) 175.

show that it was the “*effective cause*” of the loss.<sup>247</sup> In this case, there was a breach of Article III (1) of the Hague Rules as the cargo was wrongfully stowed below deck.<sup>248</sup> Therefore, the causation link between the loss or damage and the shipper’s failure to inform the nature or character of goods to the carrier could not be established in these cases due to the breach of Article III (1) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules by the carrier. For this reason, the carrier could not request indemnity from the shipper under Article IV (6) of the Hague Rules and Hague-Visby Rules. In other words, if the breach of the seaworthiness obligation is not the cause of the loss, the carrier can claim indemnity under Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.<sup>249</sup> For the establishment of the liability of the shipper, the only cause of the loss or damage should be the breach of the shipper’s obligations regarding dangerous goods. If the loss or damage is not completely or partly due to the shipper’s breach of his/her obligations and if the unseaworthiness is a “*necessary contributory factor to the loss*”, then the carrier cannot claim indemnity from the shipper.<sup>250</sup>

The shipper will be exempt from liability not only when the carrier fails to perform his/her duty of seaworthiness, but also all types of negligence of the carrier will exempt the shipper from liability.<sup>251</sup> The carrier has the duty of caring the cargo during the voyage under Article III (2)<sup>252</sup> of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.<sup>253</sup> It is stated that a much higher degree of care in loading, stowing and caring for goods should be exercised by the carrier if he/she carries dangerous goods.<sup>254</sup> However, under Article III (2) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, an overriding obligation is not provided unlike Article III (1) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules.<sup>255</sup> Article 13 (1) of the Rotterdam Rules regulates this duty of the

<sup>247</sup> *The Kapitan Sakharov* (n 243) 269. For this information, see also Güner-Özbek (n 8) 191; Baughen (n 10) 175.

<sup>248</sup> Baughen (n 10) 175.

<sup>249</sup> Güner-Özbek (n 8) 191.

<sup>250</sup> *ibid* 192.

<sup>251</sup> *Lestos* (n 9) 127; Baughen (n 10) 175.

<sup>252</sup> Article 3 (2) of the Hague Rules: “*Subject to the provisions of Article 4, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for, and discharge the goods carried.*” and Article III (2) of the Hague-Visby Rules: “*Subject to the provisions of Article IV, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for, and discharge the goods carried.*”

<sup>253</sup> Güner-Özbek (n 8) 123.

<sup>254</sup> *ibid*.

<sup>255</sup> *ibid* 192.



carrier. In order to determine if the carrier can claim indemnity from the shipper, it is stated that there has to be a distinction between circumstances in which the carrier's failure to properly to look after goods is due to the lack of information which should be provided by the shipper regarding nature or character of these goods and circumstances in which the failure is independent from this lack of information.<sup>256</sup> If the damage is due to failure of the duty of the carrier which is regulated under Article III (2) of the Hague Rules and Hague-Visby Rules, independent from the lack of information which should be provided by the shipper, then the carrier cannot claim indemnity from the shipper.<sup>257</sup> However, if the carrier was not informed regarding dangerous nature or character of goods and this is the cause of his/her failure to act properly and carefully, then the carrier will not be deprived of his/her rights under Article IV (6) of the Hague Rules and Hague-Visby Rules.<sup>258</sup>

For the liability of the shipper regarding the shipment of dangerous goods, there has to be a causal link between the breach of the obligations by the shipper and the loss or damage. However, if the carrier breaches his/her obligations such as duty of seaworthiness or duty of caring of goods by acting negligently, then the carrier cannot claim indemnity from the shipper under rules regulating dangerous goods. Even if the breach of the obligations by the shipper under provisions regulating his/her obligations regarding the shipment of dangerous goods and the breach of obligations by the carrier by acting negligently are both causes of the loss, the carrier cannot claim indemnity under the rules regulating dangerous goods. However, regarding the duty of care of goods, if the damage is due to the carrier's breach of this obligation which is dependent on the knowledge of nature or character of these goods, the carrier can claim indemnity from the shipper under rules regulating dangerous goods.

## V. CONCLUSION

Article IV (6) of The Hague Rules and the Hague-Visby Rules refers to "*goods of an inflammable, explosive or dangerous nature*", Article 13 (2) of the Hamburg Rules refers to "*dangerous character of the goods*", Article 32 of the Rotterdam Rules refers to "*goods by their nature or character*" and goods "*reasonably appear likely to become, a danger to persons, property*

---

<sup>256</sup> *ibid.*

<sup>257</sup> *ibid* 192-193.

<sup>258</sup> *ibid* 192.

*or the environment.*” It is clear that the definition of dangerous goods is not provided under the Hague Rules, the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. While under English law, dangerous goods are interpreted broadly; it is controversial whether in the mentioned conventions, the scope of dangerous goods is broad or not. In these international conventions, there are references to dangerous “*nature*” or “*character*” of goods. If these words are interpreted broadly and accordingly, goods which cause an economic loss to the carrier by delay or detention of the vessel are considered as dangerous, then the liability of the shipper will be subject to the special rules on dangerous goods. This situation will breach the balance between the shipper and the carrier. If there is a shipment of goods which are not dangerous, then the liability of the shipper in these situations is subject to general liability provisions which impose fault-based liability system on the shipper. In addition, considering drafting history of these conventions and wordings of the provisions regarding dangerous goods; it can be argued that broad interpretation cannot be made. For this reason, broad interpretation should not be adopted when interpreting the mentioned conventions regarding dangerous goods. While the shipment of dangerous goods is not prohibited, the shipper has to fulfil his/her obligations in order to be not liable for the loss or damage. Accordingly, knowledge of the carrier regarding dangerous goods is essential for establishing whether the shipper is liable or not. The duty to mark or label goods is regulated under the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. The shipper has to fulfil this duty to avoid liability to the carrier. It cannot be argued that there is a significant increase regarding obligations of the shipper under the Rotterdam Rules compared to the Hague Rules, the Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules; as under all of these conventions, the shipper is subject to strict and unlimited liability under special rules for dangerous goods. As the strict liability of the shipper is exceptional under these international conventions and the general rule for the liability of the shipper is fault-based liability, the application of articles regulating dangerous goods should only be limited to goods which are dangerous by nature or character as referred in this study. Article IV (6) of the Hague Rules and the Hague-Visby Rules, Article 13 of the Hamburg Rules and Article 15 of the Rotterdam Rules regulate rights of the carrier for circumstances in which dangerous goods are carried. In addition, even if the shipper breaches his/her obligations, if the carrier also breaches his/her obligations due to negligence, the shipper is not liable to the carrier under special rules on dangerous goods. For the liability of the shipper, there has

to be the causal link between the breach of obligations by the shipper and the loss or damage. As a result, how risks are allocated between the shipper and the carrier regarding carriage of dangerous goods by sea under the Hague Rules, the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules are examined in this study.

## VI. BIBLIOGRAPHY

### Books and Articles

- Aladwani T, 'The Supply of Containers and Seaworthiness- The Rotterdam Rules Perspective' (2011) 42 *Journal of Maritime Law & Commerce* 185.
- Baughen S, 'Obligations Owed by the Shipper to the Carrier' in D Rhidian Thomas (ed), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea- The Rotterdam Rules: An Analysis of the UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea* (Lawtext Publishing Limited 2009).
- Cavanah JZ, 'Dangerous Goods Liability in the Age of Containerization- Warning: This Comment may (or may not) Self-Destruct' (2012) 37 *Tulane Maritime Law Journal* 147.
- Defossez DAL, 'Seaworthiness: The Adequacy of the Rotterdam Rules Approach' (2015) 28 *U.S.F. Maritime Law Journal* 237.
- DuClos J, 'Liability for Losses Caused by Inherently Dangerous Goods Shipped by Sea' (2007) 20 *U.S.F. Maritime Law Journal* 61.
- Fujita T, 'Obligations and Liabilities of the Shipper' in Meltem Deniz Güner-Özbek (ed), *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: An Appraisal of the "Rotterdam Rules"* (Springer 2011).
- Girvin SD, 'Shipper's Liability for the Carriage of Dangerous Goods by Sea' (1996) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 487.
- Güner-Özbek MD, *The Carriage of Dangerous Goods by Sea* (Springer 2008).
- Günay MB, *Hazırlık Çalışmalarının Işığında Lahey/Visby Kuralları (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak)* (Yetkin Yayınları 2013).
- Kara H, *Rotterdam Kuralları'na göre Taşıyanın Zıya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu* (Legal Yayıncılık 2018).

- Lestos A, ‘Do English Law, Hague-Visby Rules and Rotterdam Rules Provides Adequate Legal Frameworks regarding the Carriage of Dangerous Goods’ (2014) 2 Bristol Law Review 107.
- Lorenzon F, ‘Obligations of the Shipper to the Carrier’ in Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Staniland, Michael Tsimplis, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation* (Informa 2009).
- Nikaki T, ‘International Recent Developments: United Kingdom’ (2012) 36 Tulane Maritime Law Journal 601.
- Roark H, ‘Explosion on the High Seas! The Second Circuit Promotes International Uniformity with Strict Liability for the Shipment of Dangerous Goods: *Senator v. Sunway*’, (2003) 33 Southwestern University Law Review 139.
- Rose FD, ‘Cargo Risks: “Dangerous” Goods’ (1996) 55 Cambridge Law Journal 601.
- Rose FD, ‘Liability for Dangerous Goods’ (1998) Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 480.
- Stevens F, ‘Duties of Shippers and Dangerous Cargoes’ in D Rhidian Thomas (ed), *The Carriage of Goods by Sea under the Rotterdam Rules* (Lloyd’s List 2010).
- Tsimplis M, ‘Obligations of the Carrier’ in Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Staniland, Michael Tsimplis, *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation* (Informa 2009).
- Ülgener MF, ‘Obligations and Liabilities of the Carrier’ in Meltem Deniz Güner-Özbek (ed), *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: An Appraisal of the “Rotterdam Rules”* (Springer 2011).
- Wilson JF, *Carriage of Goods by Sea* (7th edn, Longman 2010).

### **Online Resources**

- Berlingieri F, ‘A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules’ paper delivered at the General Assembly of the AMD, Marrakesh, 5-6 November 2009 <<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Comparative-analysis-of-the-Hague-Visby-Rules-the-Hamburg-Rules-and-the-Rotterdam-Rules-1.pdf>> accessed 25 December 2021.
- Guzmán JV, ‘The Rotterdam Rules: Shipper’s Obligations and Liability’ CMI Yearbook 2010 <<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/Yearbook-2010.pdf>> accessed 16 January 2022.

International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (73/78)  
<<https://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/Pages/Marpol.aspx>> accessed 16 January 2022,  
<<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/Documents/MARPOL%201973%20-%20Final%20Act%20and%20Convention.pdf>> accessed 16 January 2022.

International Convention for the Safety of Life at Sea (1974)  
<<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201184/volume-1184-I-18961-English.pdf>> accessed 16 January 2022.

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, and Protocol of Signature (1924)  
<<https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/07/7-04/hague-rules.xml>> accessed 16 January 2022.

International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea (1996) <[https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/04/1996-HNS-Convention\\_e.pdf](https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/04/1996-HNS-Convention_e.pdf)> accessed 16 January 2022.

Protocol of 1978 relating to the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973  
<<https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/Documents/MARPOL%20Protocol%20of%201978.pdf>> accessed 16 January 2022.

Protocol of 1978 relating to the International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 and subsequent amendments to the International Convention for the Safety of Life at Sea (1974)  
<[https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/FocusOnIMOArchives/Focus%20on%20IMO%20-%20SOLAS,%20the%20International%20Convention%20for%20the%20Safety,%20of%20Life%20at%20Sea,%201974%20\(October%201998\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/ConferencesMeetings/FocusOnIMOArchives/Focus%20on%20IMO%20-%20SOLAS,%20the%20International%20Convention%20for%20the%20Safety,%20of%20Life%20at%20Sea,%201974%20(October%201998).pdf)> accessed 24 January 2022.

Protocol of 2010 to the International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 1996  
<[https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/04/2010-HNS-Protocol\\_e.pdf](https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2019/04/2010-HNS-Protocol_e.pdf)> accessed 16 January 2022.

- Protocol to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (1968) <<https://jus.uio.no/lm/sea.carriage.hague.visby.rules.1968/doc.html>> accessed 16 January 2022.
- United Nations Commission on International Trade Law, Forty-First Session, Summary record of the 870th meeting, New York, 18 June 2008, ‘Finalization and approval of a draft convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea (*continued*)’, A/CN.9/SR.870 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/394/04/PDF/N0839404.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.
- United Nations Commission on International Trade Law, ‘Report of Working Group III (Transport Law) on the work of its nineteenth session (New York, 16-27 April 2007)’, A/CN.9/621 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/837/76/PDF/V0783776.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Transport Law) Nineteenth Session, New York, 16-27 April 2007, ‘Transport Law: Preparation of a draft convention on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]- Comments of the International Chamber of Shipping (ICS), BIMCO and the International Group of P&I Clubs on the draft convention’, A/CN.9/WG.III/WP.87 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V07/815/90/PDF/V0781590.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III (Transport Law) Seventeenth Session, New York, 3-13 April 2006, ‘Transport Law: Preparation of a draft convention on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]-Shipper’s obligations: drafting proposal by the Swedish delegation’, A/CN.9/WG.III/WP.67 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V06/511/18/PDF/V0651118.pdf?OpenElement>> accessed 20 January 2022.
- United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, A/CONF.89/14, Hamburg, 6-31 March 1978, ‘Official Records: *Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees*’, 18th meeting, 17 March 1978, A/CONF.89/C.1/SR.18

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a\\_conf\\_89-14\\_.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a_conf_89-14_.pdf) accessed 20 January 2022.

United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea, A/CONF.89/14, Hamburg, 6-31 March 1978, 'Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees', 19th meeting, 20 March 1978, A/CONF.89/C.1/SR.19

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a\\_conf\\_89-14\\_.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a_conf_89-14_.pdf) accessed 20 January 2022.

United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2008)

[https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam\\_rules/status](https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules/status) accessed 26 November 2021,

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rotterdam-rules-e.pdf> accessed 16 January 2022.

United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (1978)

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/hamburg\\_rules\\_e.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/hamburg_rules_e.pdf) accessed 16 January 2022.

Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1975, Volume VI, A/CN.9/105, 'Report of the Working Group on International Legislation on Shipping on the work of its eighth session' (New York, 10-21 February 1975) <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/502/13/PDF/NL750213.pdf?OpenElement> accessed 20 January 2022.

Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1976, Volume VII, A/CN.9/109, 'Note by the Secretary-General: comments by Governments and international organizations on the draft Convention on the Carriage of Goods by Sea' <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/603/55/PDF/NL760355.pdf?OpenElement> accessed 20 January 2022.

Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1976, Volume VII, A/CN.9/110, 'Report of the Secretary General: analysis of comments by Governments and international organizations on the draft Convention on the Carriage of Goods by Sea' <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/603/58/PDF/NL760358.pdf?OpenElement> accessed 20 January 2022.

**Table of Cases**

*Brass v. Maitland* (1856) 6 E. & B. 470.

*Mitchell Cotts & Co v. Steel Brothers & Co Ltd* [1916] 2 K.B. 610.

*Senator Linie GmbH & Co KG v. Sunway Line, Inc.* 291 F 3d 145, (2nd Cir. 2002).

*Serrano v US Lines Co* [1965] AMC 1038 (SDNY 1965).

*The Athanasia Comminos and Georges Chr. Lemos* [1990] 1 Lloyd's Rep. 277.

*The Darya Radhe* [2009] 2 Lloyd's Rep. 175.

*The Fiona* [1994] 2 Lloyd's Rep. 506 (CA); *aff'd* [1993] 1 Lloyd's Rep. 257.

*The Giannis NK* [1998] 1 Lloyd's Rep. 337.

*The Kapitan Sakharov* [2000] 2 Lloyd's Rep. 255.

*The Stylianos Restis* [1974] AMC 2343 (SDNY 1972).



**# ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK VE  
DEĞİŞİKLİK FESHİ**  
(SUBSTANTIAL CHANGE IN WORKING CONDITIONS AND TERMINATION OF  
AMENDMENT)

**Ayşenur Zeynep Özmen<sup>\*</sup>**  
**Arş. Gör. Burak Karakoç<sup>\*\*</sup>**

**ÖZ**

*Zaman içinde çalışma koşullarında değişiklik yapılması gerekebilir. Hukukumuzda iş sözleşmesinde ve diğer kaynaklarda belirlenen çalışma koşullarında değişiklik yapılabilmesi, çeşitli usul ve esaslara bağlanmıştır. Çalışma koşullarında değişiklik yapılmak istenmesi, kimi zaman değişiklik feshini gündeme getirebilmektedir. Değişiklik feshine konu olabilecek çalışma koşulu değişiklikleri, esaslı değişikliklerdir. Esaslı olmayan değişiklikler bakımından işverenin yönetim hakkı kapsamında iradesinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte işverenin söz konusu yönetim hakkı sınırlarını aşan değişikliklerin neler olduğu konusunda kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. Değişikliklerin esaslı olma niteliği hakkında en büyük fikri Yargıtay içtihatları vermektedir.*

*Çalışmada değişiklik feshi kavramı ve kapsamından bahsedilmiş, bu feshin gündeme gelebileceği esaslı değişiklik hallerine yargı kararları başta olmak üzere öğretilerdeki görüşler ve yasal düzenlemeler ile ışık tutulmaya çalışılmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** Çalışma Koşulları, Esaslı Değişiklik, Değişiklik Feshi

**ABSTRACT**

*Working conditions may need to be changed over time. In our law, making changes in the working conditions determined in the employment contract and other sources is subject to various procedures and principles.*

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 21.02.2022. İlk hakem raporu tarihi: 26.04.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 16.06.2022. Onaylanma Tarihi: 17.06.2022.

\* Avukat, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7609-8487.

\*\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9225-1530.

**Esere Atıf Şekli:** Ayşenur Zeynep Özmen & Burak Karakoç, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.867-907.

*Desiring to make changes in working conditions can sometimes bring about the termination of amendment. Changes to working conditions that may be subject to termination of change are substantive changes. In terms of non-substantial changes, it is accepted that the employer has the will within the scope of the management right. However, there is no definite criterion for the changes that exceed the employer's management right limits. The Supreme Court's jurisprudence gives the greatest idea about the fundamental nature of the amendments.*

*In the study, the concept of annulment of the amendment and its scope are mentioned, and it has been tried to shed light on the fundamental changes in which this annulment may come to the agenda, with the opinions in the doctrine and legal regulations, especially the judicial decisions.*

**Keywords:** *Working Conditions, Substantial Change, Termination of Amendment*

\*\*\*

## GİRİŞ

Çalışma koşulları, taraflar arasındaki iş ilişkisinden doğan ve işin yerine getirilmesine ilişkin hak ve borçların tümünü ifade eder. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı şekilde anlatıldığı üzere çalışma koşulları kavramı; iş ilişkisi devam ederken, zaman içerisinde birtakım değişikliklere maruz kalabilmektedir. Tarafların kural olarak ahde vefa (pacta sunt servanda) prensibi gereği önceden belirlenmiş kurallara uyması gerekir. Bununla birlikte kimi zaman değişen koşullar, tarafları gerek iş akdinde gerek işyeri uygulamaları gibi çalışma koşullarında değişiklik yapmaya itebilir. Tarafların aralarında anlaşarak bu koşullarda değişiklik yapmaları mümkün kılındığı gibi, işverenin de işçiye değişiklik önerisinde bulunmasına olanak sağlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu 22'nci maddede yer verilen usule uyulması suretiyle işverenin değişiklik teklifi yapabilmesi, değişikliğin işçi tarafından reddedilmesi halinde sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür. Uygulamada işverenin bu yöndeki iradesine “değişiklik feshi” denmektedir.

Kanun'un ilgili hükmü, salt sözleşmeyi sona erdirmeye vasıtası olarak anlaşılmalıdır. Bilakis, değişiklik feshine ilişkin düzenlemeler esasen iş ilişkisinin ayakta tutulabilmesine hizmet vermektedir. Gerçekten de ultima ratio prensibi uyarınca iş sözleşmesi sona erdirilmek zorunda kalmadan tarafların çeşitli değişiklikler yapabilmeleri teşvik edilmektedir. Söz konusu değişikliklere karşı da işçi olabildiğince korunmuş, kendini yeni koşullarda çalışma mecburiyeti altında hissetmesin diye değişikliği reddedebilme imkânı tanınmıştır. İşçinin değişiklik ile bağlı kalmayacağı yönünde irade

göstermesi halinde sözleşme sona erdirilecekse dahi söz konusu risk işverene yüklenmiş, bu sayede işçinin sözleşmenin sona erdirilmesinden kaynaklı elde edebileceği alacaklar korunmuştur.

## I. DEĞİŞİKLİK FESHİ KAVRAMI VE KAPSAMI

### A. KAVRAM

İş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran yapısı, zamanla tarafların sözleşmeyi akdettikleri anın koşullarından farklı koşullarla karşılaşmalarına sebep olabildiğinden; gelişen ve değişen bu yapı nedeniyle taraflar, çeşitli sebeplerle çalışma koşullarında kimi değişiklikler yapma ihtiyacı duyabilirler.<sup>1</sup> Çalışma koşullarında yapılacak bu değişiklikler, iş akdinin feshedilmesine ilişkin olarak bazı esaslara bağlanmış olup iş sözleşmelerinin kendine özgü bir yapısı olduğundan bu esaslar, genel sözleşme değişikliklerinden farklı bir şekilde ele alınmıştır.<sup>2</sup>

İş Kanunu'nun *çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi* başlıklı 22'nci maddesine göre “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21'inci madde hükümlerine göre dava açabilir.”

Hükümde bahsedilen fesih, öğretide ve uygulamada *değişiklik feshi* olarak ifade edilmektedir ki bu değişiklik feshi, işverence önerilen sözleşme değişikliğinin işçi tarafından kabul edilmemesi şartına bağlı olarak işverenin sahip olduğu fesih iradesidir.<sup>3</sup> Bir başka ifadeyle değişiklik feshi, işverence

<sup>1</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi – ASTARLI, Muhittin – BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2021, s. 114 vd.; SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, Ankara 2020, s. 71; EKMEKÇİ, Ömer – YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s. 97.

<sup>2</sup> ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s. 252; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Ankara 2021, s. 282; DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, Çalışma ve Toplum, 2010/3, s. 93.

<sup>3</sup> SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019, s. 309; ERTUĞRUL, Meltem: “İş Hukukunda Değişiklik Feshi”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2018, s. 133; UŞAN, M. Fatih: “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde

sözleşme değişikliğinin karşı tarafa kabul ettirilebilmesi için kullanılan bir araçtır ve bu nedenle iş sözleşmesinin doğrudan sona erdirilmesine yönelik olan fesih bildiriminden farklı olduğu ifade edilmelidir.<sup>4</sup> Değişiklik feshi kurumu ile amaçlanan durum; olumsuz hallerde sözleşmenin işverence direkt olarak feshi yerine, çalışma koşullarında değişiklik yapılması suretiyle iş akdinin ayakta tutulmasıdır.<sup>5</sup>

Alman hukukunda düzenlenen tipik değişiklik feshi müessesesinde işverenin işçiye yönelttiği irade beyanında çalışma koşullarındaki değişiklik önerisi ve fesih bildirimini bir arada bulunmaktadır. İşçi, önerilen değişikliği kabul ettiği takdirde iş ilişkisi yeni koşullarla devam ederken öneriyi reddettiği takdirde ise bildirim sürelerinin sonunda sözleşme sona ermiş olur. Bununla birlikte bizim hukukumuzda ise değişiklik sağlanmadığı takdirde iş ilişkisi işverenin takdirine bağlı olarak sona erdirilebilmektedir. Bir başka ifadeyle hukukumuzda değişiklik teklifi ile fesih aşamaları birbirinden ayrılmıştır. Yani işverenin değişiklik teklifi üzerine söz konusu iş sözleşmesinin feshi şart değildir.

Değişiklik feshine ilişkin hüküm, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun getirdiği önemli yeniliklerden biridir.<sup>6</sup> Bu düzenleme hukukumuzda getirilmeden önce, 1475 sayılı eski İş Kanunu<sup>7</sup> döneminde, işverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine yaptığı değişikliklere karşı işçinin seçebileceği iki yol bulunmaktaydı. İşçi, işverenin tek taraflı olarak yaptığı değişikliği açık veya örtülü rızasıyla kabul edebilmekte ya da iş akdini haklı nedene bağlı olarak feshedebilmekteydi. İşçinin tercih edebileceği ilk yol olan aleyhine değişikliği kabul etmesi, şimdiki düzenlemenin aksine örtülü olarak gerçekleşebilmekteydi. 4857 Sayılı Kanun ile getirilen düzenleme uyarınca ise işverenin gerçekleştirmek istediği tek taraflı değişiklikler mutlaka işçi tarafından öngörülen süre içinde yazılı olarak kabul edilmelidir. Bir başka

---

*Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları*", DEÜHFD, Özel Sayı 2007, s. 214.

<sup>4</sup> Alman hukukundaki ifadesiyle "*sona erme feshi*" kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. **ALP**, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 123.

<sup>5</sup> Değişiklik feshine ilişkin düzenlemelerin "*feshin alternatifi*" olarak nitelendirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz.: **ENGİN**, Murat: "*Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı*", İÜHFD, C. 61, S. 1-2, 2003, s. 321 vd.; **ALPAGUT**, Gülsevil: "*Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik*", Bankacılar Dergisi, S. 65, 2008, s. 95.

<sup>6</sup> **SÜZEK**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2021, s. 672; **DOĞAN YENİSEY**, s. 109 vd.

<sup>7</sup> 01.09.1971 Tarih ve 13943 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan bu Kanun, 14. Maddesi haricinde 4857 sayılı güncel İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkmıştır.

ifadeyle örtülü rızanın varlığı ortadan kaldırılmış, işçinin susmasının kabul anlamına gelmeyeceği kabul edilmiştir. Kanaatimizce bu değişiklik son derece isabetli olmuştur. Zira çalışma hayatının olağan koşullarında işçilerin tek başlarına işverene karşı sahip oldukları gücün sınırlı olduğu söylenebilir. İşçinin yazılı rıza vermesi gerekmesinin, alelade bir rıza yahut örtülü kabulden çok daha koruyucu olacağı ifade edilmelidir.

Eski İş Kanunu hükümleri uyarınca işverenin tek taraflı yaptığı değişiklikleri kabul etmek isteyen işçi, iş sözleşmesini haklı nedene bağlı olarak feshedebilmekteydi. Her ne kadar ilk bakışta işverence yapılan bu değişikliğin haklı neden olarak görülmesi işçi yararına gözükse de sözleşmeyi feshetmek, işçinin sorumluluğuna bırakılmıştı. Bu yönde bir fesih ise işçi bakımından kıdem tazminatına hak kazanabilirse de ihbar tazminatı veya sözleşmenin işverence feshinden doğabilecek başkaca hakları talep edemeyeceği anlamına gelmekteydi. Yeni Kanun ile bu sakıncalı husus da büyük ölçüde giderilmiştir. 22'nci madde uyarınca işçinin değişikliği kabul etmemesi halinde şayet iş sözleşmesinin feshi gerekmede ise bu fesih riski işverenin üzerine bırakılmıştır.

İş koşullarında esaslı değişiklik ve değişiklik feshine ilişkin düzenlemeler, feshe karşı koruma yolu olarak değerlendirilebilir. Zira İş Kanunu'nun 22'nci maddesi, işyerindeki çalışma koşullarında geçerli bir fesih sebebi ortaya çıktığı takdirde işverene bu koşullarda değişiklik yapabilme ve buna istinaden sözleşmenin feshine ancak son çare (*ultima ratio*) olarak başvurulabilmesini sağlamaktadır.<sup>8</sup> Öğretide işçinin çalışma koşullarında gerçekleşebilecek esaslı değişikliğe karşı korunması, iş güvencesinin içerik güvencesi ile tamamlanması olarak ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu yaklaşım isabetlidir. Gerçekten de değişiklik feshine ilişkin düzenlemeler sayesinde hem iş sözleşmesi ayakta tutularak iş güvencesi gündeme gelmekte hem de belirlenen çalışma koşullarında değişikliğe gidilebilmesi için işverene sınırsız bir hak tanınmayarak iş ilişkisinin içeriği güvence altına alınmaktadır.

## B. KAPSAM

İş Kanunu 22'nci madde, yalnızca İş Kanunu kapsamında yer alan iş ilişkileri için geçerli kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Bir başka ifadeyle Kanun 4'üncü maddesinde düzenlenen istisnalarda çalışma koşullarında değişiklik için anılan hükmün koşullarını yetirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Öte

<sup>8</sup> ERTUĞRUL, s. 134; ENGİN, s. 323. Öğretide işçinin çalışma koşullarında gerçekleşebilecek esaslı değişikliğe karşı korunması, iş güvencesinin içerik güvencesi ile tamamlanması olarak ifade edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. ALP, s. 78.

<sup>9</sup> UŞAN, s. 214; SÜZEK, s. 671.

yandan bu hususun yalnızca usule ilişkin konularda geçerli olduğunu ifade etmek gerekir. Bir başka ifadeyle İş Kanunu kapsamına girmeyen iş ilişkilerinde çalışma koşullarında değişiklik yapmak isteyen işverenin işçiye yazılı bildirimde bulunması, altı iş günü beklemesi gibi yükümlülükleri bulunmamaktadır.<sup>10</sup> Esas bakımından ise diğer iş ilişkilerinde de işverenin tek taraflı olarak çalışma koşullarında değişiklik yapamayacağını ifade etmek gerekir. Zira İş Kanunu, genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı düzenlemelere yer vermemiştir. O halde gerekli birtakım şartlar bulunmuyor ise ahde vefa ilkesi gereği, sözleşme değişikliği yalnız iki tarafın da rızası dâhilinde gerçekleşebilir.<sup>11</sup>

İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından ise iş güvencesinden yararlanıp yararlanamama yönünde bir ayrıma gidilmelidir. Kanun hükmünün gereği olarak; öğretide isabetli şekilde kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre işe iade davası açılabilmesi, yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından mümkündür.<sup>12</sup> Bu görüşü savunan yazarlar, çalışma koşullarında değişiklik ve buna feshi düzenleyen 22'nci maddede yer verilen "İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir." ifadesini gerekçe göstermektedirler. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler yalnızca şayet koşulları varsa ihbar, kıdem veya kötü niyet tazminatı talep edebileceklerdir.

Öte yandan bizim de katıldığımız yaygın diğer görüşe göre ise değişiklik feshinin getirdiği koruma bakımından işçilerin iş güvencesine tabi olup olmamalarının bir önemi bulunmamaktadır.<sup>13</sup> Gerçekten de söz konusu düzenlemede hükümden yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçilerin yararlanabileceği yahut kapsam dışındaki işçilerin yararlanamayacağı şeklinde herhangi bir ifade bulunmadığından, bu işçilerin de ihbar ve kıdem tazminatlarından faydalanabilmeleri mümkün kılınmıştır.<sup>14</sup> Nitekim iş hukukunun işçiyi koruyucu karakteri göz önüne alındığında bu sonuca varmak yanlış olmayacaktır. Zira aksi yönde bir kabulde aynı durumdaki

<sup>10</sup> ALP, s. 59; EKMEKÇİ-YİĞİT, s. 104 vd.

<sup>11</sup> Detaylı bilgi için bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s. 1418-1419; OĞUZMAN, Kemal – ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, İstanbul 2013, s. 203 vd.

<sup>12</sup> EYRENCİ, Öner – TAŞKENT, Savaş – ULUCAN, Devrim – BASKAN, Esra: İş Hukuku, İstanbul 2020, s. 226; ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2020, s. 116; GÜNAY, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 122 vd.

<sup>13</sup> SÜZEK, s. 671; UŞAN, s. 214-215.

<sup>14</sup> YÜCEL, Ramazan: "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi", İAÜHFD, Haziran 2017, s. 52; ERTUĞRUL, s. 135.

farklı işçiler arasında gerekçe gösterilemeyen bir hukuki fark yaratılması gibi bir durum söz konusu olabilecektir. Ayrıca 1475 sayılı Kanun'da düzenlenen “iş şartları esaslı bir tarzda değişirse” şeklinde yer verilen işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirmesine ilişkin hükmün yeni İş Kanunu'na alınmaması ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından ayrıca bir koruma da getirilmemesi, bu yönde bir ayırım yapmayı olanaksız hale getirmektedir.<sup>15</sup>

5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından ayrıca bir açıklamaya gidilmelidir. Söz konusu Kanun'un 6'ncı maddesinin son fıkrasında “*İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29 uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.*” hükmüne yer verilmiştir. Düzenlemenin açıklığı karşısında çalışma koşullarında değişiklik ve değişikliğe bağlı feshe ilişkin İş Kanunu 22'nci maddenin basın işçileri bakımından uygulanamayacağı ifade edilmelidir.<sup>16</sup> Öte yandan söz konusu işçilerin sözleşmeleri feshedildiği takdirde iş güvencesine dair hükümlerden yararlanabilecekleri belirtilmelidir.

Değişiklik feshine ilişkin hükümlerin belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulup bulamayacağı, tartışılması gereken bir başka husustur. Esasen Kanun'un gerekçesinde “Belirli süreli bir iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, işverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma, dolayısıyla bu nedenle sözleşmeyi fesih hakkı olmayacaktır.” ifadesine yer verilmiştir. Bu bağlamda değişiklik feshine ilişkin hükümlerin belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından uygulanma alanı bulmayacağını ifade etmek yanlış olmayacaktır ki bu görüşü savunan yazarlar da değişiklik feshinin asıl amacının çalışma koşullarında değişiklik yapmak olduğunu, bu feshin gerçek anlamda bir bildirimli fesih oluşturduğunu ifade etmektedirler.<sup>17</sup>

Kanaatimizce de değişiklik feshine ilişkin hükümlerin mevcut düzenlemeler çerçevesinde belirli süreli iş akitlerine yönelik bir koruma sağlamayacağı ifade edilmelidir. Öte yandan olması gereken hukuk açısından bu noktada bir düzenlemeye gidilmelidir. Her ne kadar belirli süreli iş akitleri bakımından da şayet işveren iş sözleşmesine en baştan tek taraflı bir değişiklik yapamayacağına ilişkin herhangi bir kayıt düşmemişse değişiklik yapamayacak ise de yine de değişiklik feshi usullerinin söz konusu iş sözleşmeleri bakımından da getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira değişiklik feshiyle birlikte getirilen koruma yalnızca bildirimli bir

<sup>15</sup> SÜZEK, Sarper: “*Değişiklik Feshi*”, TİSK Akademi, C. 1, S. 1, 2006, s. 9.

<sup>16</sup> SÜZEK, s. 672; ERTUĞRUL, s. 135; UŞAN, s. 216.

<sup>17</sup> YÜCEL, s. 52; SÜZEK, s. 672; UŞAN, s. 216.

fesihden ibaret görülmemeli, bu korumanın yazılı değişiklik önerisi ve yazılı kabul gibi işverenin işçi üzerindeki tahakkümünü nispeten azaltabilecek niteliğe sahip olduğu göz önünde tutulmalıdır. Belirli süreli iş akitleri bakımından da değişiklik feshine ilişkin düzenlemeler getirildiği takdirde bu feshin bildirimli fesih olarak nitelendirilmesi elbette doğru olmayacaktır. Bununla birlikte işveren bakımından değişiklik önerisi reddinin yalnızca haklı neden olarak değerlendirilmesi belirli süreli iş sözleşmelerinin yapısına uygun düşebilir.

## II. DEĞİŞİKLİK FESHİNİN ŞARTLARI

### A. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

#### 1. Çalışma Koşulları Kavramı

Çalışma koşulları, taraflar arasındaki iş ilişkisinden doğan ve işin yerine getirilmesine ilişkin hak ve borçların tümünü ifade etmektedir.<sup>18</sup> İşçinin iş ilişkisinden kaynaklanan en önemli borcu iş görme borcu iken bunun karşılığını ise işverenin ücret ödeme borcu oluşturmaktadır.<sup>19</sup> Öte yandan çalışma koşulları yalnız bunları kapsamakla kalmayıp, çok daha geniş bir muhtevayı haizdir. Nitekim konuya ilişkin bir kararında Yargıtay da kararlarında çalışma koşullarının geniş kapsamını gözler önüne sermiştir.<sup>20</sup>

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin ihtiva ettiği çalışma koşulları, pek çok farklı hukuki kaynaktan doğabilmektedir. Yargıtay da kararlarında çalışma koşullarının doğabileceği farklı kaynakları işaret etmiştir.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU – ASTARLI – BAYSAL**, s. 114. Y9HD, 2007/36336 E. 2009/2936 K. 18.02.2009.

<sup>19</sup> **EYRENCİ – TAŞKENT – ULUCAN – BASKAN**, s. 225; **DEMİRCİOĞLU**, Murat – **CENDEL**, Tankut – **KAPLAN**, Hasan Ali: İş Hukuku, İstanbul 2019, s. 94 vd.; **EKMEKÇİ**, Ömer – **KORKUSUZ**, M. Refik – **UĞUR**, Ömer: Turkish Individual Labour Law, İstanbul 2020, s. 57 vd.

<sup>20</sup> “İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir.” Y9HD, 29715/28944, 27.10.2008, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).

<sup>21</sup> “...Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.” Y9HD, 31770/4503, 01.03.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).



Tüm kaynaklar içinde, işyeri uygulaması ile oluşmuş çalışma koşullarına ilişkin özel bir açıklama yapmak gerekmektedir. Zira işyeri uygulamaları neticesinde doğan çalışma koşulları hem hukukumuzda oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olup hem de yazılı olmaması nedeniyle kimi zaman tereddütlere yol açabilmektedir. İşyeri uygulamaları, devamlı ve muntazam bir uygulamayı ifade eden objektif unsur ile söz konusu kuralara uygun hareket edilmesi gerektiği kanısını oluşturan sübjektif unsur olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır<sup>22</sup>. Bununla birlikte işyeri uygulaması emredici hükümlere aykırılık halinde oluşmayacağı gibi işçinin iş sözleşmesinde belirtilen görev kapsamı dışında işlerle yükümlendirilmesi de işyeri uygulamasına vücut vermeyecektir.<sup>23</sup>

Çalışma koşullarında değişikliği düzenleyen 22'nci maddede "iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklikten" bahsedilmiştir.<sup>24</sup> Bu bağlamda işverenin değişiklik talebinde bulunabileceği çalışma koşullarının bir sınırı olduğu ifade edilebilir. İlk olarak işveren, yasa ile düzenlenmiş emredici konularda işçi aleyhine esaslı değişiklik yapamayacaktır.<sup>25</sup> Bunun gibi toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan ve işçi ve işverenin anlaşması ile değiştirilemeyen çalışma koşulları da işverenin değişiklik iradesinde bulunabileceği bir alanda değildir.<sup>26</sup> Zira toplu iş sözleşmesinin taraflarını işçi sendikası ve sendika üyesi olmayan işveren ya da işveren sendikası oluşturmakta olup, değişiklikler de yalnız sözleşme taraflarınca yapılabilecektir. Sonuç olarak, emredici hükümlere aykırı anlaşmalar geçersiz olacağı için söz konusu noktalarda yapılmak istenen değişiklikler esaslı değişiklik olarak nitelendirilemeyecektir. Yargıtay kararına konu olan

<sup>22</sup> "...Her ne kadar Mahkemece ikramiye alacağıının 2010-2011 yılı için kabulüne karar verilmiş ise de işyerinde 2009 yılında ikramiye ödemesi yapılmış olup, bu tarihten önce ve sonra ikramiye ödenmemiştir. İkramiyenin düzenli ödeneceğine dair alınmış yönetim kurulu kararı, iş sözleşmesi ya da süregelen bir uygulama olmadığından ikramiye alacağıının reddine ilişkin emsal kararların Dairemizce onandığı... göz önüne alındığında talebin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Y22HD, 16058/13885, 24.06.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 09.05.2021).

<sup>23</sup> Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **ESENER**, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978, s. 25; **EKMEKÇİ – YİĞİT**, s. 95 vd.

<sup>24</sup> "Çalışma Koşulu" terimi kullanımının eleştirisi için bkz. **GÜZEL**, Ali: "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, s. 546 vd.

<sup>25</sup> **ENGİN**, s. 314; **SÜMER**, s. 76.

<sup>26</sup> **SÜZEK**, s. 673; **ALP**, s. 80.

bir olayda davacı işçinin Niğde’de çalışırken Nevşehir’e naklen atanmasıyla ilgili olarak Yüksek Mahkeme;

“Çalışmakta olduğu işyerinden ilişiği kesilerek çalışması engellenen, toplu iş sözleşmesine ve yasaya aykırı olduğu için naklen atandığı şubede göreve başlamayan davacının devamsızlık yaptığı kabul edilemez. Mevcut olgulara göre iş sözleşmesi davalı işverence geçerli neden olmadan feshedilmiş olduğundan davacının işe iadesine kara: verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.”<sup>27</sup> diyerek toplu iş sözleşmeleri ve yasalara ilişkin durumu gözler önüne sermiştir.

## 2. Esaslı Değişiklik Kavramı

İş Kanunu 22’nci maddesi, çalışma koşullarında yapılabilecek değişiklikleri esaslı ve esaslı olmayan şeklinde ikiye ayırarak incelemiş ve bunlara bağlı olarak düzenlemeler getirmiştir.<sup>28</sup> Öğretide esaslı olmayan sözleşme değişiklikleri işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilerek işverenin bu yönde değişiklik yapabilmeye muktedir olduğu görüşü bulunmaktadır.<sup>29</sup> Başka bir ifadeyle işveren, yönetim hakkı çerçevesinde kalmak koşulu ile iş koşullarında çeşitli tek taraflı değişiklikler yapabilecektir.<sup>30</sup> Bununla birlikte Alp, işverenin yönetim hakkının iş sözleşmesine dayanarak iş görme ediminin ayrıntılarının belirlenmesi ve somutlaştırılması ile sınırlı olduğunu ifade etmiş, esaslı olmayan değişikliklerin de doğrudan sözleşme değişikliği sonucunu doğurduğunu, bu nedenle tek taraflı değişiklik yetkisinin yönetim hakkı kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir.<sup>31</sup>

Kanaatimizce önemsiz değişiklikler olarak da ifade edilebilen esaslı olmayan konulardaki değişiklikleri işverenin tek taraflı olarak gerçekleştirebilmesi mümkün kabul edilmelidir. Zira aksine bir yaklaşım, işverenin yönetim hakkını oldukça kısıtlayacaktır. İşçilerin hak ve menfaatleri olumsuz etkilenmediği sürece işverenin yapacağı değişiklikler için yürütülmesine ilişkin olarak gerekli kabul edilebilir. İşyerinde görülen

<sup>27</sup> Y9HD, 14259/28745, 01.10.2007, Çalışma ve Toplum, S. 16, 2008/1, s. 207-210.

<sup>28</sup> ÇELİK, Nuri – CANIKLIOĞLU, Nurşen – CANBOLAT, Talat – ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2021, s. 641 vd.; SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, TBB Dergisi, S. 158, 2022, s. 344 vd.

<sup>29</sup> MANAV, A. Eda: “İş Kanunu’nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları”, TAAD, S. 9, 2012, s. 214-215; GÜZEL, s. 550; EYRENCİ – TAŞKENT – ULUCAN – BASKAN, s. 225; SÜZEK, s. 673; AKYİĞİT, s. 257.

<sup>30</sup> EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 97; MOLLAMAHMUTOĞLU – ASTARLI – BAYSAL, s. 120.

<sup>31</sup> Detaylı bilgi için bkz. ALP, s. 101 vd.

işin düzgün koşullarda yürütülmesinden ilk olarak etkilenecek kişi işveren olduğundan çalışma koşullarında kimi değişiklikler yapabilmesi olağan sayılmalıdır. Öte yandan çalışma ilişkisi devam ettikçe muhakkak çeşitli yeni hususlar ortaya çıkacak ve iş ilişkisinin revize edilmesi gerekecektir. Bu durum, çalışma hayatının akışı ve deviniminin bir sonucudur. Bununla birlikte işverenin söz konusu yönetim hakkı kapsamında değişiklikler yaparken dürüstlük kuralına uyması gerektiği izahtan varestedir.<sup>32</sup> Yargıtay'ın yaklaşımı da esaslı olmayan değişiklikleri işverenin yönetim hakkını haiz olması nedeniyle gerçekleştirebileceği yönündedir.<sup>33</sup>

Esaslı değişikliğin tam olarak neyi ifade ettiği, mevzuatta açıkça ifade edilmemiş, kesin ölçütlere yer verilmemiştir. Öte yandan öğretilerde iş sözleşmesinin esaslı unsurlarına müdahale oluşturan değişikliklerin esaslı nitelikte olduğu belirtilmektedir.<sup>34</sup> Değiştirilen bu unsurların esaslı nitelikte olup olmadığı, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.<sup>35</sup> Şayet esaslı unsurlarda yapılacak değişiklikler iş sözleşmesi ile kurulmuş denge ve düzeni bozuyor ise söz konusu değişikliğin esaslı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>36</sup> Başka bir ifadeyle, özellikle de işçi aleyhine esaslı değişikliklerin işçinin durumunu ağırlaştıran, dürüstlük kuralları çerçevesinde işçinin kabul etmesi mümkün olmayan ve işverenin yönetim hakkının sınırlarını aşan değişiklikler olduğu söylenebilir.

<sup>32</sup> Detaylı bilgi için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU – ASTARLI – BAYSAL**, s. 120; **YÜCEL**, s. 54; **ERTUĞRUL**, s. 138; **GÜZEL**, s. 561 vd. Ayrıca Yargıtay'ın da yaklaşımı bu yöndedir: “İşveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işyeri değişikliği ile ilgili işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.”, Y22HD, 42756/23739, 01.11.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

<sup>33</sup> “Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur (...) İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez.” Y9HD, 46109/34662, 14.12.2009, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

<sup>34</sup> **SÜZEK**, s. 673; **ERTUĞRUL**, s. 137.

<sup>35</sup> **CELİK - CANIKLIOĞLU – CANBOLAT - ÖZKARACA**, s. 642-643; **UŞAN**, s. 220; **ALP**, s. 119; **YÜCEL**, s. 54.

<sup>36</sup> **GÜZEL**, s. 552; **EYRENCİ – TAŞKENT – ULUCAN – BASKAN**, s. 224-225.

Yargıtay'ın yerleşik yaklaşımında esaslı değişikliğe ilişkin temel ölçüt, işçinin değişiklikten önceki ve sonraki durumu mukayese edildiğinde hak ve menfaatlerinin zarar görmesi olarak kabul edilmektedir.<sup>37</sup>

İşverenin esaslı değişiklik teklifinden bahsederken parantez açılması gereken bir konu, işçi yararına değişikliklerdir. Zira çalışma koşulları, işçinin lehine değiştirildiği takdirde 22'nci maddenin uygulanması söz konusu olmayacak ve aksine bir yaklaşım, işçi bakımından iyi niyet kurallarına aykırılık olarak değerlendirilecektir.<sup>38</sup>

Bununla birlikte yukarıda da açıklandığı üzere her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. İşçinin ücretinin artırıldığı varsayımında bu ücret artışı ile birlikte işçinin sözleşmede belirtilen çalışma süresi de artırılmış ise, işçinin tamamen lehine bir değişiklik yapıldığından söz edilemez. Zira işçi, daha uzun sürelerle çalışmayı tercih etmek istemeyebilir. Bunun gibi, işçinin daha yüksek bir pozisyonda görevlendirilmesi ancak yeni unvanını başka bir işyerinde ifa etmek zorunda bırakılması da ilk bakışta işçi lehine bir değişiklik olarak görülse de esasen işçiyi yerinden etmektedir. Bu şekilde işçinin lehine yapılan değişikliklerin beraberinde işçinin durumunu ağırlaştırıcı külfetler getirmesi halinde 22'nci maddenin uygulanması gündeme gelebilir.<sup>39</sup>

İşverenin yaptığı değişiklikler, işçinin özel durumundan kaynaklı olarak geçerli nedenlere dayanıyor ise 22'nci madde uygulanmayacaktır. Bir örnek ile izah etmek gerekirse Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda işçinin sağlığı için yeni ve münasip bir yere nakledilmesi, Yüksek Mahkeme tarafından işçi yararına görülmüş, aleyhe esaslı bir değişiklik olarak kabul edilmemiştir.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> “İşçinin aldığı ücret miktarının düşürülmesi, ikramiyenin veya sosyal yardımın kaldırılması, işçinin işyeri organizasyonunda mevcut görevinden daha alt seviyedeki bir göreve atanması, çalışma koşullarının ağırlaştırılması gibi durumlar, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi anlamında iş sözleşmesinin içeriğinin işçi aleyhine değiştirilmesi anlamına gelmektedir.” Y9HD, 2017/5745 E. 2018/4488 K. 28.02.2018, Kazancı Mevzuat ve İcraat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021). Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. UŞAN, s. 223.

<sup>38</sup> SÜZEK, s. 674; SÜMER, s. 115. Söz gelimi; işçinin ücretinin artırılmasına ilişkin bir değişikliğin, her ne kadar esaslı değişiklik olsa da işçinin lehine bir değişiklik olduğundan bu hüküm uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. ERTUĞRUL, s. 138.

<sup>39</sup> SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 11; YÜCEL, s. 53-54.

<sup>40</sup> Detaylı bilgi için bkz. EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 98. “Dosyadaki 14.6.1995 tarihli Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanesi raporunda davacının iştime kaybına uğradığı ve gürültülü ortamda çalışmaması gerektiği belirtilmiştir. Dinlenen tanıklar davacının bu rapor sonrası argon kaynak kullanılan yerden sevkiyat ambarına nakledildiğini ifade etmişler bu ifadelere davacı tarafça herhangi bir itiraz da getirilmemiştir. Yine dosya içinde bulunan YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

Kimi zaman ise işçinin aleyhine olarak görülen bir değişiklik, yanında getirilen birtakım ikame değerler ile dengelenebilir. Söz gelimi işçilere sağlanan öğle yemeği uygulamasının kaldırılması aleyhe bir esaslı değişiklik olarak görünse de işçilere ek yemek ücreti verilmesi halinde denge sağlanmış olur.<sup>41</sup> Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı da bu şekildedir.<sup>42</sup>

İşçilere sağlanan bazı menfaatler, bu uygulamanın yöneldiği ihtiyacın ortadan kalkması neticesinde işverence değiştirilebilir.<sup>43</sup> Başka bir ifadeyle işyerinde yürütülen işle ilgili olarak somut bir amaca hizmet eden edim, bu amaca duyulan ihtiyacın sona ermesiyle kaldırılabilir. Bu gibi hallerde aleyhe esaslı değişiklik gündeme gelmeyecektir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda işyeri Topkapı'da iken işçilere servis hizmeti sağlanmamaktayken işyeri Halkalı'ya taşındıktan sonra, ulaşım sağlayabilmeleri için işverence işçilere yönelik servis uygulaması faaliyete geçirilmiştir. Akabinde işyeri tekrardan Topkapı'ya taşınmış, bununla bağlantılı olarak da servis hizmetine son verilmiştir. Objektif ihtiyacın ortadan kalktığından bahisle Yargıtay isabetli olarak aleyhe esaslı bir değişiklikten bahsedilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>44</sup>

### 3. Esaslı Değişiklik Halleri

#### a. Ücrette Değişiklikler ve Ücretsiz İzin

##### I. aa. Ücret Değişikliği

Ücret, işverenin işçiye karşı başlıca borcunu teşkil etmektedir.<sup>45</sup> Bir başka ifadeyle iş sözleşmesinin temel unsurlarından birini işçinin ücreti oluşturmaktadır. İşçinin iş görme borcunun karşılığını oluşturan ücret, işverenin tek taraflı olarak işçi aleyhine değişiklik yapabileceği bir husus

---

*ve mahkemece mütalaasına başvuru raporunda davacının son çalışma yerinin işitme kaybına olumsuz etkisi olmayacağı ifade edilmiştir.”* Y9HD, 11997/15330, 18.09.1997, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021); Aynı yönde, Y22HD, 12431/17517, 15.05.2015.

<sup>41</sup> YÜCEL, s. 139; SÜZEK, s. 674.

<sup>42</sup> “İşçiye yapılan yemek ve servis gibi aynî yardımın kaldırılıp yerine ikamesi nakdî ödeme yapılması ya da tam tersi nakdî servis ve yemek ücretinin kaldırılıp ikame olarak işyerinde yemek verilmesi yahut otobüs bileti verilmesi, işverenin yönetim hakkı kapsamında olup, bu tür uygulamalar Medenî Kanun'un 2nci maddesine aykırı olmamak koşuluyla esaslı değişiklik sayılmaz.” Y9HD, 6647/4850, 07.03.2016, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 14.05.2021).

<sup>43</sup> SÜZEK, s. 674; UŞAN, s. 223; ALP, s. 122.

<sup>44</sup> Y9HD, E. 1996/17046, K. 1997/77, 13.01.1997, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>45</sup> ESENER, s. 160; ÇELİK, s. 140.

olmayıp, 22'nci maddenin uygulama alanına girmektedir.<sup>46</sup> Yargıtay da ücret değişikliklerini yerleşik bir uygulama olarak esaslı değişiklik kabul etmektedir.<sup>47</sup>

22'nci madde kapsamındaki ücret değişikliği yalnızca iş sözleşmesi ile belirlenen ücretteki değişiklik olarak algılanmamalı, işçinin yürüttüğü iş nedeniyle objektif olarak bekleyebileceği ikramiye, yemek ve yol gelirleri de bu çerçevede anlaşılmalıdır. Yargıtay, yol primi alan işçinin bu primden mahrum bırakılmasını aleyhe esaslı bir değişiklik olarak kabul etmiştir.<sup>48</sup>

İşçinin ücret değişikliği doğrudan olmayıp, işverenin başkaca uygulamalarının bir tezahürü sonucunda da gerçekleşebilir. Söz gelimi işçilere sağlanan yemek ve servis gibi aynı edimlerin kaldırılması, yerlerine ikame nakdi değer verilmemesi hallerinde işçiler yemek ve yol ücretlerini kendileri karşılamak zorunda kalacaktır. Bu gibi durumlarda ise işçilerin maddi bir külfete katlanmaları söz konusu olacaktır.<sup>49</sup> Yargıtay da işyerinde verilen öğle yemeğinin kaldırılmasını<sup>50</sup> ve işyerinin taşınmasına rağmen işçilere yol masrafı verilmemesini<sup>51</sup> aleyhe esaslı değişiklikler olarak nitelendirmiştir.

<sup>46</sup> SÜZEK, s. 675; EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 98; EYRENCİ – TAŞKENT – ULUCAN – BASKAN, s. 224-225; ENGİN, s. 315; ERTUĞRUL, s. 139; YÜCEL, s. 54.

<sup>47</sup> “(...) ücrette değişiklik çalışma koşullarında esaslı değişiklik olmakla birlikte düşürülmesinin davacının açık muvafakati gerektiği...”: Y9HD, 11888/264, 14.01.2020; Aynı yönde 9HD, E. 2015/20587, K. 2018/13156, 18.06.2018; 22HD, E. 2016/26928, K. 2018/13505, 30.05.2018; Bu kararlar için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>48</sup> UŞAN, s. 226. “Davacı işçi, devam eden bu uygulamaya bağlı olarak yol primi alamamış ve durumun düzeltilmesini işverenden talep etmiştir. İşverence aynı durumun devam edeceğine dair açıklamanın ardından, çalışma koşullarında meydana gelen esaslı değişiklik sonucu 30.9.2002 tarihinde dilekçe vererek iş sözleşmesini feshetmiştir. Fesih tarihinde yürürlükte bulunan 1475 sayılı yasanın 16/2- e bendine göre davacının anılan feshi haklı nedene dayanmaktadır.” Y9HD, 14666/28095, 25.09.2007, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>49</sup> ALP, s. 121; SÜZEK, s. 675-676; ERTUĞRUL, s. 140.

<sup>50</sup> “...davacının öteden beri işyerinde öğle yemeği yediği ve bu yemeğin daha sonra işveren tarafından uygulamadan kaldırıldığı ve bu suretle davacının ücretinde bir eksilmeye gidildiği ve iş şartlarının davacı aleyhine değiştirildiği ve bu durumda davacının iş akdini sona erdirdiği ve bu akdi sona erdirmekte haklı olduğu...” Y9HD, E. 1995/31367, K. 1996/5335, 14.03.1996, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>51</sup> “Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının işyerinde asgari ücretle sekreter olarak çalıştığı, Pınarbaşı'nın Armutlu 'ya takriben 35 km. uzakta olduğu işverenin ayrıca gidış-geliş yol ücreti vermediği anlaşılmaktadır. Taraflar arasında iş sözleşmesinde her ne kadar nakil serbestisi var ise de, davacının önceki işyerinden 35 km. uzakta bir işyerine kendi YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

Ücret her ne kadar korunması işçinin varlığı açısından değerli bir edim olsa da işverenin çıkarları da tamamıyla göz ardı edilmemelidir. Söz gelimi, işçinin hak etmediği bir ücretin işverence ödenmesi düşünülemez. Yargıtay, bir kararında işçinin asıl işi laborantlık olmadığından bahisle, laborantlıktan hukuk servisine geçirilmesini ve buna bağlı olarak sanat ağırlık ücretini almamasını aleyhe değişiklik olarak değerlendirmemiştir.<sup>52</sup>

## II. bb. Ücretsiz İzin Uygulaması

Ücrete ilişkin değişikliklere ücretsiz izin uygulaması da dâhil edilmelidir. Zira işçinin işverence ücretsiz izne çıkarıldığı durumda işçi bir süre ücretinden mahrum kalmaktadır.<sup>53</sup> Bu hallerde İş Kanunu 22'nci madde uygulanması gündeme gelecektir. Başka bir ifadeyle işverenin ücretsiz izin önerisinde bulunabilmesi için söz konusu hükme uygun olarak yazılı bir öneride bulunması, işçinin de öneriyi öngörülen süre içinde yazılı olarak kabul etmesi gerekmektedir.<sup>54</sup>

Uygulamada rastlanılabilen bir husus, ücretsiz izin uygulamasının dürüstlük kuralını ihlal edecek ölçüde uzun tutulmasıdır. İşverenin ücretsiz izne ilişkin olarak işçiye sunduğu teklifte söz konusu izin süresi belirlenmiş olmayabilir. İşçinin bu öneriyi usule uygun olarak kabul etmesi, ücretsiz iznin daimî olarak ve tamamen işverenin keyfiyetine göre devam edeceği anlamına gelmemektedir. Öğretide genel olarak kabul gören görüş, iyi niyet ve dürüstlük kuralları ölçüsünde ücretsiz izin süresinin uzadığı hallerde işçiler bakımından haklı nedenle fesih hakkı doğduğuna ilişkindir.<sup>55</sup> Bununla birlikte bu durumda iş sözleşmesinin feshi işçiye yüklenmekte, işçinin ihbar ve kötü niyet tazminatı gibi kalemleri talep edememesi sonucu doğmaktadır.

---

*ücretinden fedakarlık yaparak yol parasını karşılama beklenemez.”* Y9HD, E. 2004/27850, K. 2005/18819, 17.05.2005, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>52</sup> “...bir kimsenin fiilen yapmadığı işin ağırlık ücretini alabilmesi düşünülemez. Bu eşitlik ilkesine de aykırıdır. Böyle olunca davacının hukuk servisinde çalıştığı sürece ancak bu serviste çalıştığı işin karşılığı sanat ağırlık ücretini alabilecektir. Çalışmadığı laborantlık işinin sanat ağırlık ücretini alabilmesi söz konusu olamaz. Kaldı ki, davacının asıl mesleği laborantlık değildir. Ticaret lisesi mezunu olup sonradan aynı konuda tahsilini sürdürmekte olduğu bildirilmektedir. Bu bakımdan önceki çalıştığı işinde laborantlık unvanını aldığı da söylenemez. Böylece unvanı ve niteliği benzer olmayan bir işe nakledildiği iddiası da varit olamaz.” Y9HD, 6480/9897, 05.10.1990, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>53</sup> UŞAN, s. 230, SÜZEK, s. 676.

<sup>54</sup> YÜCEL, s. 55; AKYİĞİT, s. 259; SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 12.

<sup>55</sup> UŞAN, s. 231; SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 12.

Yargıtay, eski Kanun döneminde işçinin işverence uzun süreli ücretsiz izne çıkarılmasını iş akdinin işverence feshi olarak kabul etmekteydi.<sup>56</sup> Kanaatimizce Yargıtay'ın bu yöndeki yaklaşımı isabetlidir. Böylece işverenin sırf 22'nci maddede öngörülen usule uymasıyla iş akdini gizli olarak feshedebilmesinin önü kapatılmış olacaktır.

Öte yandan ücretsiz izin uygulaması, feshin son çare olması ilkesiyle de birlikte değerlendirilmelidir. Gerçekten de ekonomik kriz dönemleri gibi işyerinde yürütülen faaliyetin durması ve bu durgunluğun dürüstlük kuralları çerçevesinde makul karşılanabilmesi hallerinde işverene iş sözleşmelerini feshetmek yerine ücretsiz izin uygulayabilme olanağı tanınmalıdır. Bu sayede hem iş ilişkileri korunmuş olacak hem de ücretsiz izne başvurulmadığı takdirde doğabilecek işletmenin kapanması ve iflası tehlikeleri bir ölçüde bertaraf edilmiş olacaktır.<sup>57</sup> Yargıtay da eski Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararda hava muhalefeti nedeniyle yürütülmesi güçleşen inşaat işinde işverenin ücretsiz izin talebini makul bularak işçileri haklı nedenle fesihten yararlandırmış, ihbar tazminatı kazanmalarına olanak bulunmadığını ifade etmiştir.<sup>58</sup>

### III. cc. İşçinin Ücret Değişikliğine Uzun Süre Ses Çıkarmaması

Ücret değişikliğine ilişkin olarak tartışılması gereken bir husus, işverenin değişiklik teklifini yasada öngörülen süre içinde kabul etmeyen bununla birlikte düşük ücret ile çalışmaya devam eden işçinin akıbetine ilişkindir. Çalışmanın önceki bölümlerinde de açıklandığı üzere 4857 sayılı yeni Yasa ile birlikte çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklere dair işçinin zımni kabulü kaldırılmış, yazılı ve açık bir kabul iradesinin işverene sunulması gerekliliği getirilmiştir. Bu düzenlemelerden hareketle öğretide de genel

<sup>56</sup> “Mahkemece ücretsiz izne çıkmakla davacının bunu kabul ettiği görüşü benimsenerek ihbar ve kıdem tazminatları reddedilmiş ise de, böyle bir gerekçeye dayanılmaz. Dairemizin öğretide de benimsenen uygulamasına göre ücretsiz izne çıkarılmak hizmet sözleşmesinin feshi anlamına gelir. Yeter ki bu konuda taraflar arasında bir anlaşma bulunsun. Bir başka anlatımla davacı işçinin açık bir iradesi olmadan, somut olayda olduğu gibi uzunca bir süre ücretsiz izne çıkarılması işe son verme anlamını taşır.” Y9HD, 5112/7788, 27.04.1998, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021). Kararı yerinde bulan öğreti görüşü için bkz. SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 12.

<sup>57</sup> ALP, s. 232; UŞAN, s. 232.

<sup>58</sup> “İnşaat işyerinde davacı işçinin birkaç yıldan beri sözleşmeli mevsimlik işçi olarak devamlı çalıştığı, bunun iş şartı haline geldiği, ancak havaların sert gitmesi karşısında davalı işverenin davacı ile birlikte birçok işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediğinden, davacı işçi hizmet akdini haklı nedenle feshedebilir. Bu durumda ihbar tazminatı alamazsa da; kıdem tazminatı isteği kabul edilmelidir.”, Y9HD, 13381/18384, 06.12.2000, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)



olarak kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüş, işçinin ücreti veya diğer işçilik alacakları azalmasına rağmen çalışmaya devam etmesi halinde bunun zımni bir kabul olarak değerlendirilemeyeceği, 22'nci maddenin uygulanmasına devam edeceği yönündedir.<sup>59</sup> Yargıtay, bu hallerde pek çok farklı kararlar vermiştir. Bir kararında ödenen ikramiyenin kaldırılması ve işçinin duruma itiraz etmemesi halinde söz konusu uygulamanın bir işyeri koşulu haline geldiğine hükmetmiştir.<sup>60</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun isabetli bir kararında ise işçinin ikramiye uygulamasının kaldırıldığına dair yazılı bir kabul iradesi bulunmadığından işveren haksız bulunmuştur.<sup>61</sup> Yine isabetli bir başka kararda Yargıtay, ücret değişikliklerinin tek yanlı olarak yapılamayacağına hükmederek işçinin sessiz kalmasının değişikliğin kabulü olarak yorumlanamayacağını ifade etmiştir.<sup>62</sup>

Sonuç olarak kanaatimizce işçinin aleyhine yapılan değişikliklere uzun süre ses çıkarmamış olması, bu değişikliği kabul edeceği anlamına gelmez meğerki ücrete ilişkin esaslı bir değişiklik olsun. Zira işçinin işçilik alacakları iş sözleşmesi bakımından korunmaya en çok değer edimi olup, işçilerin mağdur edilmemesi gerekmektedir. 22'nci madde ile de aleyhe yapılacak esaslı değişiklikler bakımından işçinin yazılı kabulde bulunması

<sup>59</sup> ÇELİK – CANIKLIOĞLU – CANBOLAT – ÖZKARACA, s. 645 vd.; UŞAN, s. 228-229; ALP, s. 73-74.

<sup>60</sup> Y9HD, E. 2002/14254, K. 2003/2020, 20.02.2003. Aynı yönde “İkramiye ve yemek parasının kaldırılması tüm işçilerin karşı çıkmayarak kabulü ile işyeri uygulaması haline gelmiştir. Böyle olunca ikramiye ve yemek ücreti alacak isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”, Y9HD, E. 2004/14486, K. 2005/9433, 22.03.2005; Bu kararlar için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>61</sup> “...davacı işçiye işe girdiği tarihten itibaren 5 yıl boyunca ikramiye ödemesi yapılmış, ancak 2008 yılı sonundan iş akdinin sona erdiği 26.07.2012 tarihine kadar ikramiye ödemesi yapılmamıştır. Dosya kapsamından davacının ikramiye uygulamasının kaldırıldığını kabul ettiğine dair yazılı beyanı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında işverence ikramiyenin tek taraflı olarak kaldırılmasının işçi yönünden bağlayıcı nitelikte olmadığı ve 4857 Sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca işyeri koşulu haline gelmediği, işçinin sessiz kalmasının bu aleyhe değişikliği zımnen kabul ettiği anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır.” YHGK, 7-1567/267, 15.02.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>62</sup> “İşçinin yapılan değişikliğe karşı çıkmamış olması ve suskun kalması yasanın açık düzenlemesi karşısında bu değişikliği kabul ettiği anlamına gelmez. Bordroların ihtirazi kayıtsız imzalanması ya da ücret düşürülmesi gerekçesi ile fesih yoluna gidilmemesi işçi aleyhine yorumlanamaz. Dava konusu dönemde bu alacakların talep edilmemesinin iyi niyet kurallarıyla bağdaştırılması mümkün değildir.” 9HD, E. 2012/6260, K. 2014/11165, 02.04.2014, Çalışma ve Toplum, 2015/2, s. 317-318.

gerektiği kuralı getirilmiştir. Bununla birlikte aşağıda açıklandığı üzere işin niteliğinin veya işyerinin değiştirilmesi gibi esaslı değişiklikler bakımından işçinin uzun süre itirazda bulunmadan çalışmaya devam etmesi ihtimallerinde bu kadar katı bir yorum uygulanmamalıdır.

### **b. İş Niteliğinde Değişiklikler**

İşçinin iş ilişkisindeki temel borcu, iş görme borcudur. İşçinin iş görme borcu, iş sözleşmesinin niteliğinden doğar ve kural olarak iş akdi ve mevzuat ile belirlenir.<sup>63</sup> İşverenin iş niteliğinin değiştirilmesi hususunda yönetim hakkı, işçinin yürüttüğü işin niteliği ile benzerlik gösteren ve yakın değerli işlerde görevlendirme yapabilmesiyle sınırlıdır.<sup>64</sup> Bu nedenle işçinin sözleşmede belirlenenen başka ve daha ağır bir işte çalışması işçi aleyhine esaslı değişiklik anlamına gelir ve 22'nci madde hükümlerinin uygulanma alanı doğar.

Yargıtay'ın iş niteliğinde değişikliğe ilişkin pek çok kararı bulunmaktadır. Örneğin büro işlerinde faaliyet gösteren bir işçinin temizlik işine verilmesi, Yüksek Mahkeme tarafından esaslı değişiklik olarak kabul edilmiştir.<sup>65</sup> Yargıtay'ın iş niteliği değişikliklerinde esas aldığı temel ölçüt, önceki işten daha ağır, zor ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaya ilişkindir.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> SÜZEK, s. 676; UŞAN, s. 233; YÜCEL, s. 55; ESENER, s. 153.

<sup>64</sup> ERTUĞRUL, s. 141; SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 13; MOLLAMAHMUTOĞLU – ASTARLI – BAYSAL, s. 119.

<sup>65</sup> “Mahkemece toplanan delillere göre ve özellikle tanık anlatımlarına göre büro personeli olarak çalıştırılan davalı, müdürün değişmesi üzerine öğrenci işlerinde temizlik işinde görevlendirilmiştir. Bu durum iş şartlarında esaslı değişiklik olup...” Y9HD, 22698/21633, 06.12.2016; Aynı yönde, “Davacının öğretmen olarak atandığı tartışmasızdır. Bu görevden alınarak yüzme öğretmenliğine verilmesi, işverence çalışma koşullarında esaslı değişikliği oluşturur. Gerçekten işçiye daimî olarak verilmek istenen bu görev, beden eğitimi öğretmenliğinden çok farklı bilgi ve sorumluluk gerektirmektedir. Davacının can kurtaran belgesinin olması, bu görevlendirmenin kabulünü zorunlu kılmaz.”, Y9HD, E. 2008/34776, K. 2010/26093, T. 28.09.2010, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021);

“İşyerinde son bir buçuk yıldır araç şoförü olarak çalışan davacının rızası alınmadan temizlik işlerine verilerek çalışma şartlarının ağırlaştırıldığı bu nedenle davacının hizmet akdini 4857 sayılı Yasanın 24/2.maddesi gereği haklı olarak feshettiği anlaşıldığından kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Y9HD, 2390/21317, 11.09.2006, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>66</sup> “Davacının, çalıştığı kısımdan daha ağır, daha zor ve tehlikeli işte çalıştırılmak istenmesi, iş şartlarında esaslı bir tarzda değişme ve başkalaşma sonucunu doğurur. Hal böyle olunca, nihayet, işçi için haklı nedenle iş akdini fesih nedeni oluşturur.” Y9HD, 5509/6255, 07.06.1984; Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

İş ağırlaşmasının yanı sıra işçinin görev tanımı kapsamında yer almayan işlerin verilmesi, iş hafif olsa dahi Yargıtay tarafından esaslı değişiklik hali olarak nitelendirilmiştir.<sup>67</sup> Bununla birlikte, vasıfsız işçiler bakımından ayrıca bir açıklama yapılmalıdır. Yargıtay uygulamasına göre vasıfsız işlerde çalışan işçilerin başka vasıfsız işlerde çalıştırılmaları mümkün olabilmektedir meğerki yeni iş daha ağır şartlar taşıyor olsun.<sup>68</sup>

Vasıfız işçilerin başka vasıfsız işlerde çalıştırılmasına ilişkin tek sınır yalnızca yeni işin daha ağır çalışma koşulları içermesi değildir. Vasıflı olmayan nitelikte bir iş yapsa dahi şayet işçi söz konusu işte uzun bir zamandır faaliyette bulunuyor ve somut olaydan gördüğü işin artık bir çalışma koşulu haline geldiği söylenebiliyor ise, bu hallerde de işçinin yeni işi aynı hafiflikte olsa dahi esaslı değişiklik olarak kabul edilecektir.<sup>69</sup>

Vasıflı nitelikte işler yürütmek üzere işe alınan ve bu husus iş sözleşmesinde de sabit olan işçilerin vasıfsız işlerde çalıştırılması, yeni iş daha hafif olsa bile aleyhe esaslı değişiklik olarak kabul edilmelidir. Zira burada gerçekleştirilen değişiklik, dürüstlük kuralları çerçevesinde yorumlandığında işçinin onurunu zedeleyici bir nitelik taşıyabilir. Söz konusu değişiklik sonucunda işçinin ücretinin azalmaması da aleyhe esaslı değişiklik niteliğini etkilemeyecektir.<sup>70</sup> Zira burada vasıflı bir işi gerçekleştirmek üzere eğitim almış, bu alanda deneyim kazanmak isteyen

<sup>67</sup> “İşçinin görev tanımı içinde olan işler dışında iş verilmesi, iş hafif olsa bile esaslı değişikliktir. Burada yapılan işin niteliği önemlidir. Yazılı yapılmadığı sürece geçerli değildir ve daha önceki yıllarda işçinin aynı işi yapmış olması, esaslı değişikliği ortadan kaldırmaz. Somut uyuşmazlıkta makinece olan davacıdan görev tanımı dışında temizlik, yükleme ve sevkiyat yaptırılmak istenmiştir. Esaslı değişiklik olduğundan, davacı bunu kabul etmek zorunda değildir.” Y9HD, E. 2015/133375, K. 2017/15659, 12.10.2017, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>68</sup> SÜZEK, s. 677; UŞAN, s. 234; “Genel olarak özel bilgi ve tecrübe istemeyen işlerde çalışan vasıfsız işçiyi işveren gördüğü lüzum üzerine diğer bir işe verebilir. Ancak yeni işin şartları birinci işe nazaran daha ağır ise, işverene aynı yetki ve takdir hakkını tanımak mümkün olamaz. Bu itibarla davacı işçinin gördüğü ve nakledildiği işlerin az önce açıklanan işlerden ve yeni işinin şartlarının daha ağır olup olmadığı yönünün bilirkişiye inceletirilmesi gerekir.” Y9HD, 14123/4889, 25.03.1971, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>69</sup> UŞAN, s. 234; “Dosyadaki bilgi belgelerden ve belediyenin çeşitli görevlendirme yazılarından davacının uzun yıllardan beri kepçe operatörü ve şoförlük yaptığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle işe girerken davacının geçici işçi olarak nitelendirilmesi bu gerçeği değiştirmez. Ayrıca davacının işinin değiştirilmesine 4857 sayılı İş Kanununun 22’nci maddesine göre yazılı muvafakati de yoktur.” Y9HD, 21940/29885, 14.09.2005, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>70</sup> ERTUĞRUL, s. 141; ALP, s. 115-116.

işçi mağdur edilmektedir. Gerçekten de Yargıtay, inşaat mühendisi niteliği ile belediye başkan yardımcılığı görevini ifa etmiş işçinin daha sonradan temizlik işiyle görevlendirilmesini isabetli olarak 22'nci madde ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>71</sup>

İş niteliğinde değişikliğin İş Kanunu 22'nci madde ile ilişkisi bağlamında son olarak ifade edilmesi gereken husus, işçinin hâlihazırda yürüttüğü işe ek olarak başkaca işler yüklenmesine ilişkindir. Zira burada işçinin yeni vazifesinin daha ağır şartlar içerdiği izahtan varestedir. Yargıtay da bir kararında işçiye çaycılık işine ilave olarak temizlik görevinin de verilmesini aleyhe esaslı değişiklik olarak değerlendirmiştir.<sup>72</sup>

### c. Çalışma Sürelerinde Değişiklikler

Yasal sınırlar içerisinde kalmak kaydı ile işverenin çalışma sürelerinde değişiklik yapabilmesi, onun yönetim hakkı ile ilişkilidir. Bununla birlikte çalışma sürelerinde yapılacak değişiklikler çoğu zaman beraberinde ücreti de etkileyeceğinden esaslı değişiklik niteliği taşır ve 22'nci maddenin uygulanması gündeme gelebilir.<sup>73</sup> Söz gelimi iş sözleşmesinde belirlenen çalışma sürelerinin işverence azaltılması halinde işçinin ücreti de belirli bir oranda azalacak olabilir. Bunun gibi, ücret sabit kalsa da çalışma süresinin artması halinde işçinin saatlik ücreti azalmış olacaktır.

Çalışma süreleri gibi, dinlenme ve izin sürelerinde işveren tarafından yapılan tek taraflı değişikliklerin de işçi aleyhine esaslı değişiklik niteliği taşıyabileceğini belirtmek gerekmektedir. Yargıtay, bir kararında gece vardiyasında çalışan işçilere verilen üç saat dinlenme süresinin işveren tarafından tek yanlı olarak bir saate indirilmesini esaslı bir değişiklik olarak kabul etmiştir.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> “Davacının davalı belediyede temizlik işçisi olarak çalışmak üzere işe alınmadığı dosya içeriği ile sabittir. İnşaat yüksek mühendisinin temizlik işçisi olarak çalışması da mümkün görünmemektedir. Nitekim ilk günden itibaren belediye başkan yardımcısı olarak çalışmış olup davacı işçi yönünden bu çalışma şekli iş şartı halini almıştır. Daha sonra temizlik işinde rızası dışında çalıştırılması da 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesi hükmüne göre mümkün değildir. Davacının temizlik işinde görevlendirilmesi iş koşullarının esaslı değişikliği niteliğindedir.” Y9HD, 9992/32333, 04.10.2005, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021).

<sup>72</sup> Y22HD, 26565/20677, 03.10.2013, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 15.05.2021). Bu hususla ilgili detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 677.

<sup>73</sup> ALP, s. 194; YÜCEL, s. 55; UŞAN, s. 241; SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 15; SÜMER, s.73.

<sup>74</sup> Y9HD, 20913/35276, 07.12.1995, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

Çalışma süreleri değişmez ve buna bağlı olarak işçinin ücreti etkilenmese dahi çalışma saatlerindeki kimi değişiklikler işçinin yaşamında zorluklara sebep oluyor olabilir.<sup>75</sup> Nitekim Yargıtay da çalışma saatlerindeki değişikliklerin işçiyi olumsuz etkilemesinden bahisle aleyhe esaslı değişiklik oluşturduğuna karar vermiştir.<sup>76</sup>

Bunun gibi, işçinin haftada 4 gün 12 saat esaslı çalışma düzeninden haftada 6 gün 8 saatlik çalışma temposuna geçirilmesi<sup>77</sup> de toplam çalışma süresini etkilemese de işçinin sözleşmede belirlenen boş günlerini etkilediğinden aleyhe esaslı değişiklik olarak kabul edilmiştir.

İşverenin dürüstlük kuralına uygun hareket ederek makul gerekçelere dayanarak iş saatlerinde değişiklikler yapması, iş koşullarını ağırlaştırıcı nitelik taşımamaktadır. Yargıtay, elektrik kesintileri nedeniyle çalışma saatlerinde değişiklik yapmak isteyen işvereni haklı bulmuştur.<sup>78</sup>

Çalışma sürelerinde değişikliklerin 22'nci madde ile ilişkisine son olarak kısa çalışmalar bakımından ışık tutmak gerekmektedir. Genel bir ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenin ortaya çıktığı hallerde işveren, işçinin rızası olmaksızın Bakanlık onayı ile kısa çalışma uygulamasına geçebilir.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> ERTUĞRUL, s. 143; SÜZEK, s. 678.

<sup>76</sup> “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı ürün müdürü olarak günlük normal hafta içi mesaisi yaparken, güvenlik elemanları kontrolü görevine getirildiği böylece çalışmasının uzunca bir süre geceye kaydırıldığı gibi, hafta sonlarında da çalışmak zorunda kaldığı görülmektedir. Bu iş değişikliği iş şartlarının davacı yönünden ağırlaşması sonucunu doğurduğu tartışmasız şekilde ortadadır.” Y9HD, 3709/15314, 03.07.1996, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>77</sup> EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 101; “Haftada dört gün çalışan davacı bakımından bu sürenin üç vardiya sistemi ile altı güne çıkartılmış olması çalışma şartlarında esaslı değişiklik niteliğindedir. Değişiklik talebinin altı iş günü içerisinde davacı tarafından yazılı olarak kabul edilmemesi sebebi ile bağlayıcılığı bulunmamaktadır.” Y22HD, 23060/23886, 24.10.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>78</sup> “Gerçekten gündüzleri muhtelif saatlerde elektrik kesintisi yapıldığı belediyenin cevabi yazısında belirttiği ve bu nedenle işçilerle işveren anlaşarak, günlük çalışma saatlerinin gece saatlerine alındığı ve buna işçilerin 15 gün uyduğu ve ondan sonra davacı ve arkadaşlarının buna karşı çıkararak yine düzenlenen iş saatlerinde işe gelmedikleri, dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İş saatlerinin, enerji kısıtlaması gibi zorunlu olarak değiştirilmiş olması da, işverenin iş akdini bozmada haklılığının kabulünü gerektirir.” Y9HD, 3021/3829, 09.03.1979, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>79</sup> ALP, s. 195. Kısa çalışmaya ilişkin uygulamaların İş Kanunu m. 22 kapsamına girmeyeceği yönünde bkz. SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s.15; UŞAN, s. 242.

#### d. İşyerinin Değiştirilmesi

Şayet iş sözleşmesinde işçinin iş görme borcunu ifa edeceği yer kararlaştırılmamış ise işveren, yönetim hakkı kapsamında iş sözleşmesinin ifa edileceği yeri belirlemeye muktedirdir.<sup>80</sup> Bununla birlikte, iş sözleşmesinde işin ifa edileceği yer belirlenmiş ise işyerinin işçi onayı olmaksızın işverence tek taraflı olarak değiştirilmesi mümkün değildir.<sup>81</sup>

Uygulamada kimi zaman iş sözleşmelerinde işverenlerin işçilerini diledikleri yerlerde görevlendirebileceklerine ilişkin kayıtlar koydukları görülmektedir. Öğretide benim de katıldığım bir görüşe göre bu denli ucu açık hükümlerin işçi tarafından kabul edilmiş olsa dahi işverene sınırsız bir yetki sağlaması mümkün değildir.<sup>82</sup> İş sözleşmelerinde yer verilmiş bu yöndeki hükümler salt esaslı olmayan işyeri değişiklikleri bakımından uygulanabilir. Öğretideki bir başka görüş ise iş sözleşmelerinde işverenin bu yönde bir kayıt koyması halinde işçinin başka bir işyerine nakledilmesinin esaslı değişiklik niteliği taşımayacağını savunmaktadır.<sup>83</sup>

Kanaatimizce sırf iş sözleşmesinde bu yönde hüküm bulunduğu bahisle işçilerin kendilerini sürekli olarak başka bir işyerine nakledilme tehlikesi altında hissetmeleri işçinin korunması ilkesiyle bağdaşmayacaktır. İşverenin işin yürütülmesine ilişkin yönetim hakkı ile işçinin belirli bir işyerinde ve geleceği hakkında endişe duymaksızın çalışabilme hakkı çatışmaktadır. Bu halde işverenin değişiklik önerisini hangi gerekçelere dayanarak yaptığı, bir dizi ölçüte tabi tutularak araştırılmalıdır. İlk olarak işverenin işyeri değişikliği konusundaki talimatı somut bir amaca ve ihtiyaca dayanmalı, keyfi yahut cezalandırıcı nitelik taşımamalıdır.<sup>84</sup> Bunun gibi, işçinin yerinden edilmesi gerekçelerle açıklanmalı, değişikliğin amacı ve beklenen sonuçları ortaya konulmalıdır. Başka bir ifadeyle işveren, işyeri değişikliği yapmak istediği takdirde dürüstlük kurallarına riayet etmelidir.

Yargıtay bir kararında, iş sözleşmesinde işverene işyeri değişikliği yapılma yetkisi verilmiş olsa dahi işçinin işyerinin değiştirilmesi yol parası

<sup>80</sup> UŞAN, s. 237; YÜCEL, s. 55.

<sup>81</sup> ERTUĞRUL, s. 142; SÜZEK, s. 678; SENYEN KAPLAN, s. 310; Karş. AKYİĞİT, Ercan: Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2020, s. 263: “İş koşullarında olumsuz başkalaşmayla ilgili önemli bir nokta; sendika işyeri temsilcilerinin ve işçi sendikası yöneticilerinin işverence başka bir işyerine atanmasıdır. Buna uygulamada nakil denilmektedir. Anılan kişiler mahkemeye müracaatla bu naklin iptalini ve eski işyerlerine iadeyi sağlayabilirler. Fakat onlar dışındaki işçiler için bu yol mümkün gözükmemektedir.”.

<sup>82</sup> EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 102; SÜMER, s. 72.

<sup>83</sup> UŞAN, s. 238; SÜMER, s. 73.

<sup>84</sup> EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 102-103; UŞAN, s. 239.

verilmesi öngörülmediğinden ve işçinin ücretini etkileyeceğinden bahisle esaslı değişiklik değerlendirmesi yapmıştır.<sup>85</sup>

Öğretide genellikle aynı il içerisindeki işyeri değişiklikleri, işverenin tek taraflı olarak değişiklik yapabileceği haller arasında kabul edilmiştir. Yargıtay da işverenin işçiyi aynı il içindeki farklı işyerlerine durumu güçleştirmemek kaydıyla gönderebileceğini kabul etmektedir.<sup>86</sup> Bununla birlikte her somut olay bakımından ayrıca değerlendirme yapılması gerekmektedir. Şayet işçinin aynı il içinde olsa dahi işyerinin değiştirilmesi işçiye yol masrafı yüklüyor ve işveren bu külfeti üstlenmiyor ise işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu kabul edilmelidir.<sup>87</sup> Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir.<sup>88</sup>

İşçinin il sınırları dışında bulunan bir işyerine naklinin istenmesi ise açıkça bir esaslı değişiklik yaratacağından İş Kanunu 22'nci maddenin

<sup>85</sup> “Taraflar arasında iş sözleşmesinde her ne kadar nakil serbestisi var ise de, davacının önceki işyerinden 35 km. uzakta bir işyerine kendi ücretinden fedakarlık yaparak yol parasını karşılaması beklenemez. İş sözleşmesinin esaslı bir unsurunda aleyhe değişiklik olmuştur. İş koşulları zorlaşmıştır. Yol parası verilmediğinden, davacının iş şartlarında ağırlaşma olduğunun kabulü gerekir.” Y9HD, E. 2004/27850, K. 2005/18819, 17.05.2005, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>86</sup> “İşyerinde iş şartlarında değişikliği gerektirmeyen çalıştırılma imkânı, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılabileceği başka bir çalışma yerine nakilden önce uygulanması gereken tedbirdir. İşçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasından birini seçme hakkına sahiptir. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında alternatif tedbirler arasında iş şartlarında ve sözleşme değişikliğine neden olmayacak şekilde bir tedbir olanağı var ise ve bu kapsamda bir çalışma yerinde çalıştırabilecekseniz değişiklik feshine başvurulmaması gerekir.”, Y22HD, 44881/30220, 20.12.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021). Detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 677.

<sup>87</sup> ERTUĞRUL, s. 142; SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 14; UŞAN, s. 239.

<sup>88</sup> “...davacının iş yerinin bulunduğu Gaziemir'deki iş yerinden tahmini 20-25 km mesafedeki yeni iş yerine gidebilmesi için asgari 2-3 toplu taşıma aracına binmesi gerekeceği, toplu taşıma araçlarında geçen zamanın iş süresinden sayılacağı, davalı tarafından kabul edilmediğine göre davacının kendine ait zamanından veya dinlenme hakkını kullandığı zamandan iş için ayırması gerekeceği iş çıkışı ve eve dönüş içinde zaman harcaması yapacağı sabittir. İşveren yani iş yerine nakil için servis koymadığı gibi yol parası vermediği veya işçinin bu ilave yol harcamalarını karşılayacak şekilde ek ödeme yapmadığı, yapacağına dair taahhütte bulunmadığı, tüm bu değişikliğin davacı işçinin iş şartlarında esaslı değişikliği gösterdiğini, işçinin bu değişikliği açıkça kabul etmediği, emesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığı, iş yeri adres değişikliğinin büyükşehir belediye sınırları içinde kalmasının bu durumu değiştirmeyeceği...”, Y9HD, E. 2011/39644, K. 2013/8037, 07.03.2013, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

uygulanması gündeme gelecektir.<sup>89</sup> İşyerinin taşınmasına ilişkin hususlarda da il sınırlarının değişip değişmediği göz önünde tutulmalı, şayet işyeri başka bir ile taşınıyor ise esaslı değişiklik olduğu kabul edilmelidir. İşyerinin aynı il içerisinde bir başka noktaya taşınması halinde ise işçiler bakımından güçlük yaratıp yaratmadığı, yaratıyor ise işverenin bu zararı telafi edip etmediği göz önünde tutulmalıdır.

Esaslı değişiklik ve işyeri değişikliği ilişkisi çerçevesinde tartışılması gereken bir diğer husus, geçici iş ilişkilerine ilişkindir. İşçinin iş görme borcunu iş sözleşmesinin tarafı olan işverene değil de başka bir işverene ifa etmesiyle sözleşmenin nispiyeti ilkesinin istisnasını oluşturan geçici iş ilişkisi, 4857 Sayılı İş Kanunu 7'nci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir. Aynı holding veya şirketler topluluğuna dâhil işverenler arasında doğan mesleki olmayan geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için, işçinin yazılı rızası alınmalıdır. Yasal düzenlemede bu yazılı rızanın devir sırasında alınması gerektiğine yer verildiği için öğretideki baskın görüşe göre önceden alınması geçerli kabul edilmeyecektir.<sup>90</sup> Yargıtay'ın yaklaşımı da bu şekildedir.<sup>91</sup> Özel istihdam

<sup>89</sup> SÜZEK, s. 680. Y9HD, 22.02.2000 T. 19644/19288.

<sup>90</sup> ÇELİK – CANIKLIOĞLU – CANBOLAT – ÖZKARACA, s. 249 vd.; UŞAN, M. Fatih – ERDOĞAN, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2020, s. 59; SÜZEK, s. 298; EKMEKÇİ, Ömer: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2/2004, s. 210; BAŞMANAV, Yasemin: “Ödünç İş İlişkisi”, İÜHFD, S. 74, Haziran 2016, s. 142; Aynı görüşe sahip olmakla beraber; EYRENCİ – TAŞKENT – ULUCAN – BASKAN, s. 123: “İşveren geçici iş ilişkisi sözleşmesi ile bir başka işverenle belirli bir işçi için anlaşma yaptığı sırada, işçinin yazılı rızasını almak zorundadır. Bu nedenle iş sözleşmesi yapılırken işçiden önceden onay alınması geçersiz sayılacaktır. Burada üç taraflı bir sözleşme söz konusudur. İşçinin geçici iş ilişkisinin kurulmasına onay vermesi sırasında bu konudaki iradesinin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı tartışılabilir. Ancak, yeni düzenlemeler karşısında işçinin iş kaybetme korkusu ile böyle bir irade açıklamasında bulunabileceğini söylemek pek doğru olmaz. İşçi bu tür bir öneriyi kabul etmek zorunda değildir. Böyle bir öneriyi kabul etmemesi halinde, işverenin bu nedenle yaptığı bir fesih işleminin geçersizliğini işçi rahatlıkla ileri sürebilir. Böyle bir durumda işverenin başka bir geçerli neden ileri sürmesi ve bunu kanıtlanması son derece zor olacaktır.”

<sup>91</sup> Yüksek Mahkeme, işe iade talep konulu bir kararında iş sözleşmesinde işverenin nakil yetkisi bulunmasının dahi işçinin devir anında yazılı rızasının bulunmasına engel olmayacağını ifade ederek, işçiyi haklı bulmuştur: “Somut uyumsuzlukta, davalı işveren iş sözleşmesindeki nakil yetkisi nedeni ile davacı işçiyi grup şirketlerinden biri olan başka bir işverende çalışmak üzere, görevlendirmiştir. Görevlendirme nedeni olarak, işletme YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)



büroları aracılığıyla kurulan ve öğretide meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi olarak adlandırılan geçici iş ilişkisinde ise işçi bizatihi olarak başka işverenlere iş görme borcunu ifa etmek üzere istihdam edilmektedir. Her iki tür geçici iş ilişkisinde de işçilerin yazılı rızaları peşinen alındığından bu durumlarda işyerinin değiştirilmesi, İş Kanunu 22'nci madde anlamında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemeyecektir.

İşyerinin değiştirilmesine ilişkin olarak değinilmesi gereken son husus, işyeri devri ve iş sözleşmesi devri hallerine ilişkindir. İş Kanunu 6'ncı madde uyarınca işyerinin devri, işçi bakımından haklı fesih nedeni oluşturmayacaktır. Öte yandan işyeri devrinden sonra getirilen çalışma koşulları şayet işçi bakımından esaslı değişiklikler içeriyorsa 22'nci madde uygulama alanı bulacaktır. Bireysel iş sözleşmelerinin devri ise işyeri devrinden farklı olarak evleviyetle işçinin rızasının alınmasını gerektirmektedir. Öğretide bizim de katıldığımız görüş, işçinin iş akdinin devrine rıza göstermesi halinde sırf devirden kaynaklanan değişiklikleri esaslı değişiklik olarak iddia edemeyeceği yönündedir.<sup>92</sup>

## B. İŞÇİNİN ESASLI DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİNİ REDDETMESİ

### 1. Genel Olarak

Çalışma koşullarında esaslı değişikliği düzenleyen 22'nci maddede değişikliğin işverence ne şekilde önerilebileceği, işçinin hangi usul çerçevesinde değişiklik önerisine dönüş yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca işveren, "...çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir..."

---

gerekerinden çok, davacının bilgi ve becerisini geliştirmesi, deneyim kazanması, mesleki ve bireysel gelişimini arttırması gösterilmiştir. Bu bir hizmet akdi devridir. Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anında olması gerekir. Başlangıçta sözleşmede diğer grup şirketine nakil yetkisi verilmiş olması bu olguyu ortadan kaldırmaz. Davacı, hizmet akdi devri uygulaması yaratan davalı işverenin bu uygulamasına, rıza göstermiş değildir", Y9HD, 16.06.2008, 2017/41042 E., 2008/15622 K., HukukTürk İçtihat Arama Motoru, ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com), Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>92</sup> UŞAN, s. 241. Diğer öğreti görüşleri ve detaylı bilgi için bkz. ESENER, s. 105; ALP, s. 199.

Hükümden anlaşılacağı üzere değişiklik kaydı saklı tutulmayan hususlarda işverenin esaslı değişiklikler yapmak istemesi halinde işçinin kabulüne erişmek için yazılı teklif verme zorunluluğu bulunmaktadır.<sup>93</sup> İşverenin bu yöndeki yazılı iradesi, hukuki niteliği itibarıyla “icap” olarak kabul edilmelidir.<sup>94</sup> Söz konusu icap ile amaçlanan, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmaktır. Gerek iş koşullarında değişiklik yapılması gerekse bu değişikliğin yazılı olarak işçiye sunulması ile icabın önemi belirginleşmekte, bu da değişiklik önerilerinin açık ve belirgin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Başka bir ifadeyle işverenin değişiklik önerisinde yapılmak istenen değişiklikler açık seçik ifade edilmeli, değişiklik ihtiyacını doğuran nedenler ve değişiklik ile ulaşılmak istenen gaye ortaya konulmalı, değişikliğin ne şekilde yapılacağı ve işçiye tezahürünün ne olacağı belirgin bir şekilde açıklanmalıdır. Öğretide açık ve belirgin olmayan değişiklik önerilerinin kabule elverişli bir irade beyanı olarak kabul edilemeyeceğinden işçiyi bağlamayacağı ifade edilmiştir.<sup>95</sup>

22’nci maddede yazılılık şekline uygun olarak yapılmayan değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda işverenin değişiklik önerisini yazılı yapması bir geçerlilik şartı olarak kabul görmelidir.<sup>96</sup> Öte yandan ifade edilmesi gereken bir diğer husus, şayet değişiklik önerisi birden fazla işçiye yöneltilmiş ise tüm işçiler bakımından ayrı ayrı bu prosedürün izlenilmesi gerekliliğidir. Bir başka ifadeyle değişiklik önerisi genel bir duyuru ile sınırlı kalmamalı, her işçiye ayrı ayrı yazılı olarak sunulmalıdır.<sup>97</sup> Nitekim Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta işyeri uygulaması haline gelmiş ikramiye ödemesinin yönetim kurulu kararıyla kaldırılarak işyerinde duyuru yapmak suretiyle işçilere bildirilmesini 22’nci maddeye aykırılık olarak nitelendirmiş, ikramiye uygulamasının işverence tek taraflı olarak kaldırılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.<sup>98</sup>

<sup>93</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU – ASTARLI – BAYSAL, s. 121; EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 104.

<sup>94</sup> ALP, s. 130; UŞAN, s. 254.

<sup>95</sup> SÜZEK, s. 680; SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 23.

<sup>96</sup> GÜZEL, s. 554, EYRENCİ – TAŞKENT – ULUCAN – BASKAN, s. 225; UŞAN, s. 255; ALP, s. 67.

<sup>97</sup> GÜZEL, s. 550; SÜZEK, s. 680; EKMEKÇİ – YİĞİT, s. 104; UŞAN, s. 255.

<sup>98</sup> “Davacı her altı ayda bir kez ikramiye ödemesinin işyeri uygulaması haline geldiğini son iki yıla ait ikramiye alacağıнын ödenmediğini belirterek anılan alacağı hüküm altına alınmasını istemiştir. Davalı taraf iş yeri uygulaması haline gelen ikramiye ödemesinin 2009 yılında alınan yönetim kurulu kararı ile kaldırıldığını ve iş yerinde duyuru yapılarak işçilere bildirildiğini savunmuştur. Mahkemece, ikramiye ödemesinin iş yerinde duyuru yapılarak kaldırıldığı, davacının 6 gün içerisinde itirazda bulunmadığı gerekçesi ile anılan YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

22'nci maddede işverenin yazılı değişiklik önerisine işçinin altı işgünü içinde cevap verebilmesi öngörülmüştür. Hüküm bu itibarıyla işçiye bir düşünme süresi sağlamak, değişikliğin yapılmasına ilişkin sonuçları değerlendirme imkânı tanımaktadır. Söz konusu süre niteliği itibarıyla nispi emredici bir süredir.<sup>99</sup> Bir başka ifadeyle işçi lehine uzatılmak suretiyle değiştirilebilir ancak kısaltılamaz. Bununla birlikte işçi, altı iş günlük sürenin dolmasını beklemek zorunda değildir. Değişikliği kabul ettiğini veya reddettiğini daha erken de açıklayabilir. Söz konusu süre yalnızca işçinin düşünebilmesi ve değerlendirme yapabilmesi için kendisine tanınmıştır.

Altı iş günlük düşünme süresinin bir başka işlevi, müzakereye imkân tanıyabilmesine ilişkindir. Gerçekten de taraflar söz konusu süre içinde esaslı değişikliğin uygulanmasına dair çeşitli revizelerde bulunabilirler. Değişikliğe ilişkin karşılıklı öneriler sonucunda her iki tarafın da memnun olabileceği bir yenilik yapılması daha olasıdır. Bu sayede iş sözleşmesi de olabildiğince ayakta tutulmuş olmaktadır.

## 2. İşçinin Değişiklik Önerisini Kabul Etmesi

İşçinin yazılı rızası bulunmaksızın çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesi mümkün değildir. Söz konusu husus, 22'nci maddede açıkça hüküm altına alınmıştır. Yargıtay da pek çok kararında ilgili durumu ifade etmiştir.<sup>100</sup>

*alacağa dair talep reddedilmiştir. İş yerinde yılda iki kez ikramiye ödemesi yapılmasının iş yeri uygulaması haline geldiği her iki tarafın kabulündedir. İş yeri koşulu haline gelen ikramiye ödemesinin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmaz. İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. 4857 Sayılı Kanun'un 22. maddesinde, işçi aleyhine yapılması düşünülen değişikliğin işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve altı iş günü içinde işçinin yazılı kabulüyle uygulamaya konulması gerekmektedir, aksi halde değişiklik işçiye bağlamayacaktır.”* Y22HD, E. 2014/483, K. 2015/12117, 30.03.2015, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>99</sup> UŞAN, s. 255; ALP, s. 65; SÜZEK, s. 680.

<sup>100</sup> “Somut uyuşmazlıkta, işçinin aldığı ücret miktarının düşürülmesi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi anlamında iş sözleşmesinin içeriğinin işçi aleyhine değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu tür bir değişiklik ancak işçinin yazılı onayı ile yapılabilir. İşçinin açıkça onay vermediği esaslı değişiklikler işçiye bağlamaz. Ücret indirimine dair esaslı değişikliğin işçi tarafından açıkça kabul edilmemesine rağmen ödeme döneminde daha az ücret ödenmesi, hatta bu ödemeye dair ücret bordrosunun işçi tarafından imzalanması durumunda dahi işçinin fark ücret isteme hakkı devam eder. Bu kapsamda davacının bu değişikliği yazılı onayı ile kabul ettiği ispatlanamadığından davacının Toplu İş Sözleşmesinde belirlenen ücretlerinin esas alınması yerine, Toplu İş Sözleşmesi geçersiz YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

Çalışmanın önceki bölümlerinde de açıklandığı üzere 1475 sayılı Kanun döneminde işçinin aleyhine esaslı değişiklikleri zımni olarak kabul etmesi mümkündür. Yeni Kanun ile zımnen kabul kaldırılmış, işçinin açık ve yazılı kabulünün varlığı öngörülmüştür. Bu nedenle işçinin söz konusu süre içerisinde herhangi bir kabul veya ret beyanında bulunmaması, başka bir ifadeyle suskun kalması, değişiklik teklifini reddetmesi olarak kabul edilecektir.<sup>101</sup>

Yargıtay, “*Hizmet sözleşmesinin esaslı unsurlarında yapılacak değişikliğin kabulü işçi tarafından yazılı bir muvafakat bildiri ile yapılabileceği gibi taraflar arasında imzalanacak yeni bir hizmet sözleşmesi vasıtası ile de yapılabilir.*”<sup>102</sup> şeklinde kararlar vermektedir. Kanaatimizce de yeni bir hizmet sözleşmesi akdedilmesi, değişiklik yapılabilmesi için uygun bir vasıta. Zira işçinin rızası olmaksızın yeni bir sözleşme akdetmesi düşünülemez.

Doktrinde bazı yazarlara göre işçiye tanınan altı iş günlük süre, hukuki niteliği itibarıyla hak düşürücü bir süre değildir. Bu nedenle işçinin bu süre dolduktan sonra vereceği kabul cevabı, değişikliğin yapılmasını sağlayacaktır. Öte yandan öğretilerde bizim de katıldığımız diğer bir görüş, işçinin söz konusu süre dolduktan sonra değişikliği kabul edeceğini açıklamasının yeni bir icap haline geleceğini ifade etmektedir. İşverenin bu öneriyi kabul etmesiyle birlikte değişiklik sözleşmesi kurulmuş olacaktır.<sup>103</sup> Elbette ki işverenin süre geçse dahi icapla bağlı olduğunu belirtmesi de mümkündür.

Her ne kadar işçinin değişiklik önerisini yazılı olarak kabul etmesi gerekirse dahi, söz konusu durum dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülmemelidir. Söz gelimi işyeri yahut iş niteliğinde yapılan fiili değişikliklere işçilerin çok uzun süre itiraz etmemesi hallerinde değişikliğin artık bir çalışma koşulu haline gelmiş olabileceğinin kimi zaman kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>104</sup> Elbette ki bunun için işçinin söz konusu değişikliğin kapsam ve neticelerini anlamış olması, bu değişikliği uygularken hataya düşmemiş olması ve zımni kabulü açık iradesi ile

---

*sayılarak sonuca gidilmesi hatalıdır.*”, Y9HD, E. 2019/4491, K. 2021/2107, 25.01.2021, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>101</sup> GÜZEL, s. 554; UŞAN, s. 255.

<sup>102</sup> Y9HD, E. 2020/3923, K. 2021/6832, 24.03.2021, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>103</sup> Öğreti görüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 681; UŞAN, s. 255.

<sup>104</sup> Aksi yönde bkz. GÜZEL, s. 554.

göstermesi gerekmektedir. Yargıtay da işyeri değişikliğinin üzerinden 9 ay geçmiş olmasına rağmen işçinin itiraz etmemesini değişiklik işleminin kabul edilmesi olarak değerlendirmiştir.<sup>105</sup>

Bununla birlikte ücrete ilişkin değişikliklerde bu hususun kabul edilmesi mümkün değildir. Çalışmanın önceki bölümlerinde de açıklandığı üzere işçinin en çok korunması gereken hakkı ücretidir. Ücreti etkileyen değişiklikler, iş ilişkisindeki edim dengesini temelden sarsabileceğinden<sup>106</sup> dolayı işçinin ücret alacaklarını talep etmesi, dürüstlük kuralının ihlali şeklinde değerlendirilmemelidir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu şekilde olup, işçinin bordrolarını imzalamış olmasının dahi ücret indirimini kabul ettiği olarak anlaşılmayacağı yönünde kararlar vermektedir.<sup>107</sup>

22'nci maddenin 2'nci fıkrası uyarınca taraflar, aralarında anlaşarak çalışma koşullarını, dolayısıyla işçinin işini her zaman değiştirebilirler. Öte yandan çalışma koşullarında yapılacak değişikliklerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacağı ifade edilmelidir.<sup>108</sup>

### 3. İşçinin Değişiklik Önerisini Reddetmesi

İşverence değişiklik feshinin yapılabilmesi için aranan şartlardan bir diğeri, işçinin değişikliği reddetmesidir. İşçi, altı iş günlük düşünme süresi içinde sükût ile değişikliği reddedebileceği gibi, açıkça reddettiği yönünde bir beyanda da bulunabilir. Bu noktadan sonra işveren bakımından iki ihtimal gündeme gelecektir. İşveren ya işçinin ret iradesi üzerine iş ilişkisinde yapmak istediği değişiklikten vazgeçerek eski çalışma koşullarında kalmaya devam edecek ya da usulüne uygun olarak aşağıda açıklandığı üzere değişiklik feshi vasıtasıyla iş ilişkisini sona erdirecektir.

İşçinin değişiklik önerisini reddetmesine ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir husus, işçinin bu ret iradesinde herhangi bir sebep göstermek zorunda olmamasıdır. Başka bir ifadeyle işçinin düşünme süresinde verdiği

<sup>105</sup> ALP, s. 74. “Dava, 22.2.2005 tarihinde işlemiden, 9 ayı aşkın süre sonra açılmıştır. Davacı, bu düzenlemeye göre, çalışma koşullarından esaslı değişiklik olan, işyeri değişikliğine karşı 6 gün içinde itiraz etmemiştir. Davacı, işlemi kabul etmiştir. İşverenin işyeri değişiklik işlemi geçerli hale gelmiştir.” Y9HD, 27701/30370, 19.09.2005, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>106</sup> UŞAN, s. 256; SÜZEK, s. 682.

<sup>107</sup> Bu yönde, Y9HD, E. 2019/4491, K. 2021/2107, 25.01.2021, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021); 9HD, E. 2012/6260, K. 2014/11165, 02.04.2014, Çalışma ve Toplum, 2015/2, s. 317-318.

<sup>108</sup> SÜMER, s. 72; SENYEN KAPLAN, s. 309; AKYİĞİT, s. 259; GÜZEL, s. 555.

cevaba ilişkin olarak kendisinden bir gerekçe göstermesi istenemeyecektir.<sup>109</sup>

Öte yandan uygulamada görülen bir durum, işçinin değişiklik önerisini reddetmesine rağmen işverenin bu değişiklikte ısrarcı davranması halidir. İşveren değişikliği uygulamaya yönelik bir tahakküm oluşturmakta, iş sözleşmesini feshetmekten de kaçınmaktadır. Zira yeni Kanun'daki düzenleme ile birlikte sözleşmeyi fesih riski işverenin üzerine bırakılmıştır. Bu da işverenin sözleşmeyi feshettiği için işçiye ihbar ve gerekli koşullar sağlanırsa başkaca tazminatları ödemesi anlamına gelmektedir. Bu maddi yükten kaçınmak isteyen işverenler, iş akdini feshetmeye yanaşmamakta ancak değişikliği de uygulamakta ısrar etmektedirler.

Somut olayın niteliğine göre ortaya haksız fesih veya işveren temerrüdü durumları ortaya çıkacaktır. Bir örnek vererek açıklamak gerekirse, işyerinin değiştirilmesini isteyen işverenin bu yöndeki değişiklik teklifini reddeden işçisini normalde çalıştığı işyerine almaması, iş ilişkisinin işverence haksız olarak feshedildiği şeklinde değerlendirilmelidir. Zira burada çalışmaya hazır olarak bekleyen işçinin çalıştırılmaması söz konusu olup, işverenin eylemli fesih yaptığı söylenebilir. Yargıtay'ın uygulaması da bu şekildedir.<sup>110</sup>

İşverenin işçiyi reddettiği değişiklikler kapsamında çalıştırmaya zorlaması halinde ise işveren temerrüdü ortaya çıkacaktır.<sup>111</sup> TBK 408'inci madde uyarınca “*İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez.*”.

Yargıtay, mevcut işine ek olarak üzerine başkaca sorumluluklar yüklenen işçinin söz konusu esaslı değişikliği kabul etmeyerek işe gelmemesini

<sup>109</sup> **NARMANLIOĞLU**, Ünal: “*İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?*”, Sicil, Eylül 2006, Y. 1, S:3, s. 13; **AKYİĞİT**, s. 258.

<sup>110</sup> “*Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmektedir.*” Y9HD, E. 2011/39644, K. 2013/8037, 07.03.2013, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>111</sup> **SÜZEK**, *Değişiklik Feshi*, s. 25; **UŞAN**, s. 258.

işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshi olarak değerlendirmiştir.<sup>112</sup> 22. Hukuk Dairesi genellikle bu yönde kararlar vermektedir. Öğretide Süzek, iş sözleşmesini feshin işçi üzerine bırakıldığından bahisle daire kararlarını eleştirmektedir.<sup>113</sup> Gerçekten de söz konusu durumda işçi üzerinde bir baskı oluşmakta, bu fiili tahakküm neticesinde işçi sözleşmeyi feshetmek ve feshin sonuçlarına katlanmak mecburiyetinde kalmaktadır. Bu da işverenin 22'nci madde hükümlerini dolanabilmesi sonucunu doğurmaktadır. Oysa söz konusu hallerde sözleşmenin haksız olarak işverence feshedildiği kabul edilmeli, bunun sonucu olarak da işçinin kıdem tazminatı yanında başkaca tazminatlarını alabilmesi de sağlanmalıdır.

### C. DEĞİŞİKLİK KAYDI SORUNU

Çalışma koşullarında işverenin tek yanlı olarak değişiklik yapabilmesine ilişkin kayıtlara uygulamada “değişiklik kaydı” adı verilmektedir. Değişiklik kaydının bulunduğu hallerde işverenin kayıta öngörülen hususlarda işçi aleyhine dahi olsa bazı esaslı değişiklikler yapabilmesinin önü açılmaya çalışılmaktadır. Bununla birlikte, İş Kanunu 22'nci madde hükmünün bertaraf edilmemesi için söz konusu hükümler dikkatle incelenmeli, hukuki niteliği iyi tespit edilmelidir.<sup>114</sup>

6098 sayılı TBK 24'üncü maddede genel işlem koşullarına dair özel bir geçersizlik hükmüne yer verilmiştir. Değiştirme Yasağı başlıklı bu madde uyarınca “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*”

<sup>112</sup> “Somut olayda; davacının rahatsızlığı nedeni ile rapor olarak işe gelmediği, rapor almadan önce davacının aşçı ve çaycı olarak çalıştığı, rapor süresinin bitimin ardından işyerine geldiğinde davacıya çay ocağı ile tuvalet temizliği görevi verildiği, bu durumun davacı bakımından, çalışma şartlarında esaslı değişiklik olup olmadığına dair mahkemece bir değerlendirilme yapılmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece davacının görev değişikliğinin esaslı değişiklik olup olmadığı ve davacı feshinin haklı olup olmadığı yönünde değerlendirme yapılarak davacının kıdem tazminatı talebi hakkında hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçe ile kıdem tazminatı talebinin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Y22HD, E. 2017/12883, K. 2018/11276, 09.05.2018, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>113</sup> SÜZEK, s. 685 vd.; ALP, s. 178-179.

<sup>114</sup> AKPINAR, Fatih: “İşverene Çalışma Koşullarını Değiştirme Yetkisi Veren Kayıtların Genel İşlem Koşulları Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2021/1, s. 324 vd.

Bu hüküm sonucunda genel işlem koşulları hükümleri üzerinde sonradan tek tarafın değişiklik yapabilmesi yetkisi bertaraf edilmiştir.<sup>115</sup> Buna göre genel işlem koşulları içerisinde veya ayrıca düzenlenen, bu koşullarda bir tarafın tek taraflı değişiklik yapabilmesine ilişkin hükümler yazılmamış sayılır.<sup>116</sup> Genel işlem koşullarının iş hukukundaki yansımaları genel iş koşullarıdır. Genel iş koşulları, işverenin tek yanlı olarak ve önceden, soyut ve genel bir şekilde düzenlediği kurallar olarak tanımlanabilir.<sup>117</sup> Genel iş koşullarının kapsamına tip iş akitleri de dahildir. TBK açık hükmü uyarınca tip iş akitlerinin söz konusu olduğu hallerde işverene çalışma koşullarında tek taraflı esaslı değişiklikler yapma yetkisi verilemeyeceğinin, verilmişse dahi bu yöndeki kayıtların geçersiz kabul edileceği kabul edilmelidir.

Bununla birlikte her işçi bakımından ayrı ayrı düzenlenen bireysel iş sözleşmelerinin varlığı halinde sözleşmelere tek yanlı değişiklik yetkisinin konulup konulamayacağı, konulacağı kabul edildiği varsayımında ise sınırının ve denetiminin ne şekilde sağlanacağı tartışma konusudur. Esasen öğretide uzlaşılammış ana noktayı da bu husus oluşturmaktadır.

1475 sayılı Kanun, iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle işverene çalışma şartlarında esaslı değişiklikler yapabilme yetkisi verilmesini mümkün kılmaktaydı (m.16/II-e). Dönemin Yargıtay uygulaması da bu şekilde gerçekleşmiş olup, değişikliğe ilişkin kayıtlar bulunduğu takdirde esaslı değişikliğe uğrayan işçinin iş sözleşmesini feshetmesini haklı nedenle fesih olarak görmemek şeklindeydi.<sup>118</sup> 4857 sayılı Kanun ise bu yönde bir hükme yer vermemiş, hatta Bilim Kurulu tasarısı metninde bulunan bu düzenlemeyi yasalaşma döneminde metinden çıkarmıştır. Öğretide

<sup>115</sup> **OĞUZMAN – ÖZ**, s. 171: “*Bu düzenleme, TBK m. 21 hükmündeki yazılmamış sayılmaya ilişkin genel düzenlemenin özel bir görünümüdür. Ancak, genel işlem koşulları hükümlerini sonradan tek yanlı değiştirme veya yeni hükümler koyma yetkisi veren anlaşmanın kendisinin genel işlem koşulu olması gerekmez. Böylece, bu tür bir tek yanlı değiştirme yetkisinin ayrı ve özel bir anlaşmayla kararlaştırılması suretiyle, bu hüküm geçersizlikten kurtarılamayacaktır. Söz konusu değiştirme yetkisinin asıl sözleşmenin yapılmasından daha sonra kararlaştırılması da geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacaktır. Böylece, örneğin, kredi sözleşmesinin içinde yer alan veya sonradan ayrı bir belgede kararlaştırılan bir hükümle, kredi verene tek yanlı olarak kredi faizini arttırma yahut kullanılacak krediyi azaltma yetkisi veren hükümler, geçersiz sayılacaktır. Düzenleyen tarafa borcunun vadesini uzatma veya alacağının vadesini kısaltma yetkisi veren hükümler de aynı sebeple geçersiz sayılacaktır.*”

<sup>116</sup> **EREN**, s. 236; **TERCIER**, Pierre – **PICHONNAZ**, Pascal – **DEVELİOĞLU**, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 272 vd.

<sup>117</sup> Detaylı bilgi için bkz. **SÜZEK**, Sarper: “*Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi*”, İKÜHFD, C:15, S:1-1, Ocak – Şubat 2016, s. 460 vd.

<sup>118</sup> Bu yönde, Y9HD, 14191/18211, 30.10.1997.



Narmanlıoğlu bu duruma ilişkin olarak yasa koyucunun ilgili hükmü bilinçli olarak düzenlemediğini ifade etmek ve yazara göre 22'nci madde değişikliğe ilişkin hususları sıkı kurallara bağlamış olup, bu yönde bir boşluğa yer verecek mahiyette değildir. Başkaca yazarlar ise Mecliste ilgili hükmün metinden çıkarılmış olmasını kanun koyucunun açık iradesi olarak yorumlamanın mümkün olmadığını ifade etmektedirler.<sup>119</sup>

Kanaatimize göre ilgili hükmün sırf yasalama sürecinde metinden çıkarılması, açık bir yasağa işaret etmeye yeterli değildir. Zira bu şekilde bir yaklaşım Kanunların değinmediği tüm hususlar hakkında peşin hükümler vermeye neden olacak, kanun koyucunun iradesinin varsayımsal olarak yorumlanmasına sebebiyet verecektir.

İşverence esaslı değişiklik yapabilme kayıtlarının geçerliliği sorunu, sözleşme serbestliği ilkesi ve iş sözleşmeleri bakımından değerlendirilmelidir. Her ne kadar bir özel hukuk sözleşmesi olsa da bireysel iş sözleşmelerinde tam bir sözleşme serbestisinden bahsetmek mümkün değildir. Zira iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısı buna müsaade etmemektedir. Bunun temel gerekçesi, iş akdi imzalanması sürecinde işçi ve işverenin pazarlık güçlerinin eşit olmamasına ilişkindir. Gerçekten de zayıf işçi, güçlü işveren karşısında her zaman söz hakkına sahip olmayabilir.<sup>120</sup> Nitekim toplu iş sözleşmelerinde işçi tarafı ehliyetinin pazarlık payının kuvvetlendirilmesi için örgütlü bir işçi sendikasına verilmiş olması buna kanıt niteliğindedir. Bireysel iş sözleşmeleri söz konusu olduğunda işçi tarafının gücü iyice düşmekte, işverenin tahakkümü artmaktadır.

Öte yandan çalışma hayatının geldiği nokta, iş hukukunda esnekliğin artması, yeni istihdam ilişkilerinin doğması gibi sebeplerden ötürü iş sözleşmelerinde mutlak sınırların bulunması da artık mümkün görünmemektedir. Sınırsız bir serbesti olmasa dahi iş sözleşmeleri bir ölçüde liberal hazırlanabilmeli ve uygulanabilmelidir. İşverenin her yönden sınırlanması, söz konusu işin yürütülmesinden en çok etkilenecek olan

<sup>119</sup> NARMANLIOĞLU, s. 14. Mecliste ilgili hükmün metinden çıkarılmış olmasını kanun koyucunun açık iradesi olarak yorumlamanın mümkün olmadığı yönünde bkz. ALP, Mustafa: "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", Sicil, Eylül 2006, Y. 1, S:3, s. 39; UŞAN, s. 243-244.

<sup>120</sup> SENYEN KAPLAN, s. 310: "...işe girme çabasında olan bir işçinin onayı onun gerçek iradesini yansıtmaz. Bu nedenle işverene çalışma koşullarında genel olarak değişiklik yapma imkânı veren hükümlerin geçerli olduğu kabul edilemez. Ayrıca işçi tarafından kapsamı bilinmeyen ve tamamen işverenin isteğine bırakılmış olması nedeniyle keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikteki bu hükümler, işçi aleyhine uygulamalara neden olabileceği gibi, doğruluk ve dürüstlük kuralları ve işçiyi koruma ilkesi ile de bağdaşmaz."

işverenin aleyhine ciddi sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle tarafların menfaatleri arasındaki denge iyi belirlenmelidir.

Kanaatimize göre tip iş akdi özelliği taşımamaları kaydıyla iş sözleşmelerine işverenlerin çeşitli hususlarda değişiklik yapabilmelerine ilişkin kayıtlar koyabilmeleri mümkün kabul edilmelidir. Bununla birlikte bu olanak titizlikle belirlenmeli, denetimi mümkün olmalı ve sınırları dikkatle saptanmalıdır.<sup>121</sup>

İçerik bakımından kimi sınırlamalar yapmak mümkündür. Söz gelimi işverenin tek taraflı olarak işçi ücretinde azalmaya gidebilmesine ilişkin kayıtlar hiçbir surette geçerli kabul edilmemelidir. Zira işçinin ücret hakkı ve iş sözleşmesi serbestisi mukayese edildiğinde ücretin daha çok korunmaya değer bir hak olduğu ifade edilebilir. İşyeri değişikliği durumunda ise yapılmak istenen değişikliğin ağırlığı göz önünde bulundurulmalıdır. Kanaatimize göre işveren, tek taraflı olarak istediği zaman işçinin bir başka ildeki işyerine naklen gönderilebilmesine ilişkin bir yetkiyi haiz olmamalıdır. Zira aksi yönde bir hükmün varlığı işçinin kendisini her an tehlikede hissetmesine yol açabileceği gibi, ailesinin de bir ölçüde zarar görmesine yol açacaktır. Öte yandan il değiştirmeye nazaran daha az güçlük yaratabilecek işyerleri değişimleri, işçide maddi kayba yol açmayacak ise işverenin yönetim hakkı kapsamında kabul edilebilir. Örneğin işçinin yeni işyerine ulaşım için işçiye servis hizmeti sunması ya da yol ücreti vermesi gibi hallerde işverenin söz hakkı bulunduğu kabul edilmesi mümkündür.

Değişikliklerin esaslı nitelikte olması, bununla birlikte işçinin ikame değerlerle zararının giderilmesi hallerinde dahi işverenin değişiklik kaydına bağlı olarak bu değişiklikleri dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>122</sup> Kanaatimizce isabetli bir Yargıtay kararında da işverene tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi verilmesinin, işverenin bu yetkiyi iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanamayacağı ifade edilmektedir:

*“İşveren iş şartlarını tek yanlı değiştirmek yetkisini de haiz bulursa, bu yetkisini, afaki iyi niyet kurallarına uygun şekilde kullanmakla yükümlüdür. Örneğin yeri değiştirilen işçisini, -bunu engelleyen bir hal bulunmadıkça- olabildiği kadar eski işine en uygun ve yetkilerinin devamına elverişli bir işe*

<sup>121</sup> SÜMER, s. 72; ALP, Denetim, s. 38.

<sup>122</sup> AKPINAR, s. 347-348; SÜZEK, s. 679; UŞAN, s. 246; AKYİĞİT, s. 259.  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

getirmesi gerekir. Özellikle, bu değiştirme işleminde işçinin onurunu kırıcı davranışlardan kaçınmalıdır.”<sup>123</sup>

### III. DEĞİŞİKLİK FESHİNİN UYGULANMASI

İş Kanunu 22’nci madde uyarınca “İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.”

İşverenin değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmediği durumda, işveren yine de söz konusu değişikliği gerçekleştirmek istiyorsa, değişiklik önerisini reddeden işçinin iş sözleşmesini sona erdirebilir. İşverenin bu feshi yapabilmesi için istenen değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını ya da bu fesih bakımından başkaca bir gerekçesi olduğunu yazılı olarak açıklaması gerekir.<sup>124</sup> İşverenin bu yöndeki feshinin hukuki niteliği iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilmesinden (m. 25) farklıdır. İşverenin 25’inci maddeye dayanarak fesih gerçekleştirmeyi denemesi halinde fesih, haksız fesih niteliğini taşır.<sup>125</sup>

İşverenin değişiklik feshini uygulayabilmesi için sunması gereken geçerli nedenin neye yöneleceği konusunda öğretide bir tartışma bulunmaktadır. 22’nci maddede işverenin değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını açıklaması gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan egemen görüş, maddenin salt lafzından hareketle yalnız değişikliğin geçerli bir nedene dayanmasının

<sup>123</sup> Y9HD, 17614/22586, 15.11.1971, (Aktaran: UŞAN, s. 247).

<sup>124</sup> Alman Hukukundaki uygulama için bkz. GÜZEL, s. 556 vd.

<sup>125</sup> UŞAN, s. 262. Yargıtay da incelediği bir uyuşmazlıkta aleyhine esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş akdinin işveren tarafından feshinin haklı nedenle fesih olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. “Davacının iş akdi işverence devamsızlık nedeniyle feshedildiği iddia edilmiş ise de işe devam füyünde büroya geldiği belirtildiğinden işçinin devamsızlık yaptığından söz edilemez. Bu durumda İş Kanununun 22.maddesi uyarınca çalışma koşullarının ağırlaştırılmasını kabul etmeyen davacının iş sözleşmesinin işverence feshi haklı kabul edilemeyeceğinden ihbar tazminatı talebinin kabulü yerine reddi hatalıdır.” Y9HD, 28871/29768, 13.09.2005; Aynı yönde, “Somut olayda, davacı işçinin çalışma şartlarında işçi aleyhine esaslı tarzda değişiklik yapıldığı, davacının söz konusu değişikliği kabul etmediği anlaşılmaktadır. Davacı verilen yeni görevi yerine getirmek zorunda olmadığından, işverence İş Kanunu’nun 25. maddesi gereği değil, 22. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin feshedilmesi gerekir. İş Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin feshi için, yapılan değişikliğin geçerli nedene dayanması veya fesih için başka bir geçerli nedenin olması gerekir.”, Y9HD, E. 2006/37016, K. 2007/1180, Bu kararlar için bkz. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

açıklanması halinde iş güvencesi hükümlerinin işlevsiz kalacağını ifade etmektedir.<sup>126</sup>

Kanaatimizce de bu yaklaşım isabetlidir. Zira değişiklik feshi, feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Söz konusu ilkeye göre işveren, iş ilişkisinin devamlılığını sağlamak için gerekli her türlü çabayı göstermeli, feshi son çare olarak başvurmalıdır. Bir başka ifadeyle işverenin iş akdini fesihden evvel başvurabileceği diğer alternatif yolları deneyerek iş sözleşmesini ayakta tutmaya çabalaması gerekmektedir.<sup>127</sup> Her ne kadar İş Kanunu’muzda son çare ilkesine bir hüküm olarak ayrıca yer verilmemişse dahi, feshin geçerli sebebe dayandırılmasını düzenleyen 18’inci maddenin gerekçesinde “...bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshi en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması gerekir.” ifadelerine yer verilmiştir. Yargıtay da verdiği kararlarda ultima ratio ilkesini dikkate almaktadır.<sup>128</sup>

Feshin son çare olmasına ilişkin bu açıklamaların ardından, işverenin değişikliği gereçli nedene dayandırmasının yeterli kabul edildiği yaklaşımda, iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaktan çok, işverene iş ilişkisinin sona erdirilebilmesi için adeta olanak yaratıldığı ifade edilmelidir. Değişiklik feshine ilişkin madde gerekçesinde de “Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.” ifadesi kullanılmıştır. Gerekçeden anlaşılması gereken, iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedilebileceği hallerde dahi, eğer mümkün ise çalışma koşullarının değiştirilmesi vasıtasıyla iş akdinin devamlılığını sağlamaktır. Bu bağlamda bir değerlendirme yapıldığında değişikliğin geçerli nedene dayandırılmasıyla yetinilmesi, iş akdinin sona erdirilebilmesini son plana atmak yerine daha da kolaylaştıracaktır. Bu nedenle işverenin sunması

<sup>126</sup> SÜZEK, *Değişiklik Feshi*, s. 27; ALP, s. 162; UŞAN, s. 262; SÜZEK, s. 686.

<sup>127</sup> SENYEN KAPLAN, s. 288; GÜZEL, s. 558.

<sup>128</sup> “Çalışma yerinin değiştirilmesi feshi oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.” Y9HD, 2687/18483, 21.10.2019, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

gereken geçerli neden değişikliğe ilişkin değil, feshe ilişkin geçerli bir neden olarak kabul edilmelidir. Bu sayede keyfi iş sözleşmesi fesihlerinin de büyük ölçüde önüne geçilmiş olacaktır. İşverenin yazılı olarak sunması gereken husus, çalışma koşullarında değişiklik yapılmazsa iş sözleşmesinin geçerli feshinin kaçınılmaz olmasına ilişkindir.

Değişiklik feshinin uygulanması bakımından yasada özel bir usule yer verilmemiş, 17 ila 21'inci madde hükümlerine yollama yapılmıştır. O halde feshin geçerli nedene dayandığını ortaya koyan işveren, Kanun'un 17'nci maddesinde düzenlenen bildirim sürelerine uygun olarak süreli fesih gerçekleştirecektir.<sup>129</sup> Yine aynı hüküm uyarınca bildirim süresine ait ücreti peşin vererek sözleşmeyi feshedebilecektir.

İşçinin değişikliği reddetmesinin ardından iş ilişkisini sona erdirmek isteyen işveren, 19'uncu maddede öngörülen usule uymak zorundadır. Bu hüküm uyarınca işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapması ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da iş şartlarının ağırlaştırılması sonucu ve 22'nci madde gereği iş akdini sona erdiren işverenin yazılı bir fesih bildirimini yapmaması nedeniyle işçinin işe iade talebini haklı bulmaktadır.<sup>130</sup>

Öğretide, işçiye tanınan altı iş günlük düşünme süresinin dolmasıyla birlikte işverenin süreli fesih hakkının başlaması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>131</sup> Başka bir ifadeyle şayet işçi, altı iş günlük süre dolmadan yazılı olarak değişikliği reddettiğini bildirirse dahi, işverenin değişiklik feshini uygulaması ancak bu süre dolduktan sonra başlayacaktır. Bu yaklaşımın amacı, söz konusu süre içinde işverenin değişiklik önerisini geri almasına imkân tanınmasına ilişkindir. Gerçekten de bu durum, iş ilişkisinin devamlılığının sağlanmasına hizmet etmektedir.

<sup>129</sup> SENYEN KAPLAN, s. 309.

<sup>130</sup> "Görev değişikliğine ilişkin yazı davacı tarafından verildiği iddia edilen dilekçe üzerinde yine davacı tarafından yazılan "geri dönüş hakkı saklıdır" ifadesi ve dinlenen tamk anlatımları karşısında söz konu belgelerin davalı işverence düzenlenip davacıya baskı altında imzalatıldığı sonucuna varılmaktadır. Buna göre iş sözleşmesinin davacının talebi üzerine feshedildiğinin kabulü olanağı bulunmamaktadır. Öte yandan, davalı işverence yazılı bir fesih bildirimini yapılmadan feshedildiği anlaşıldığından davacının işe iade isteğinin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.", Y9HD, 16209/30511, 15.10.2007, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Son Erişim Tarihi: 16.05.2021).

<sup>131</sup> SÜZEK, s. 685 vd.; ALP, s. 178-179.

#### IV. DEĞİŞİKLİK FESHİNİN SONUÇLARI

İşverence yapılan değişiklik feshinin ardından, işçi bakımından doğacak sonuçlar iş güvencesine tabi olup olmamasına göre farklılık arz edecektir. Her ne kadar değişiklik feshine ilişkin hükümlerin kapsamı, iş güvencesi olsun olmasın İş Kanunu'na tabi tüm işçiler bakımından geçerli kabul edilse de işe iade davası açılabilmesi gibi hususlarda iş güvencesi farkı öne çıkmaktadır.

Şayet iş güvencesine tabi olarak çalışan bir işçinin kendisine sunulan değişiklik önerisini reddetmesiyle birlikte iş sözleşmesi değişiklik feshi ile sona erdirilmiş ise işçi, feshin geçersizliğini iddia ederek işe iade davası açabilecektir. Söz konusu feshin geçerli olup olmadığı, mahkeme tarafından denetlenecektir. Mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta feshin geçerli bir nedene dayanmadığını tespit ettiği takdirde geçersiz feshine ilişkin sonuçlar doğacaktır. İşe iade davası sonucunda çalışmaya dönen işçinin de eski çalışma koşullarında çalışmaya devam etmesi sağlanacaktır. Başka bir ifadeyle işçi, onay vermediği değişikliklere tabi olmayacaktır.

İş güvencesi kapsamında çalışmayan işçiler, geçerli koşullar sağlandığı takdirde işverenden kıdem, ihbar, kötü niyet tazminatları, sendikal tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Tekrardan görüleceği üzere iş akdi işverence sona erdirildiğinden, feshin sonuçlarına da işveren katlanacaktır.

Değişiklik feshinin sonuçlarına ilişkin son olarak ifade edilmesi gereken husus, belirli süreli iş akdiyle çalışan işçilere ilişkindir. Çalışmanın önceki bölümlerinde de açıklandığı üzere 22'nci madde, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Bu şekilde çalışan bir işçinin; çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği kabul etmemesi halinde, işverenin değişiklik feshine uygun olarak fesihle bulunması mümkün olmayacaktır. İşverenin yapacağı bu yönde bir fesih, haksız fesih olarak nitelendirilecek ve haksız feshine ilişkin hüküm ve sonuçlar doğacaktır.

#### SONUÇ

İş ilişkilerinin devamlılığı ve sürekliliği nedeniyle, kimi zaman çalışma koşullarının değişmesi gerekebilmektedir. Başka bir ifadeyle, iş ilişkisinin başında düzenlenen iş sözleşmesi ve uygulanan işyeri uygulamaları, zamanla çeşitli revizelere ihtiyaç duyabilmektedir. Çalışma koşullarında değişiklik yapmak, esasen işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Bununla birlikte, yönetim hakkına sahip olduğundan bahisle işverenlerin her türlü değişikliği tek yanlı olarak yapmaları mümkün kılınmamış, işçiler koruma altına alınmıştır.

İşverenin yönetim hakkı kapsamını aşan değişikliklerin esaslı değişiklikler olduğu ifade edilebilir. Söz gelimi ücretlerdeki değişiklikler, işyeri ve iş niteliği değişimleri gibi hususlar gerçekten de çalışma koşullarında taraflar arasındaki dengeyi etkileyen sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle iş hukuku mevzuatımızda işverenlerin yapabileceği değişikliklere ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde çalışma koşullarında değişiklik yapmak isteyen işverene karşı işçinin iki seçimlik hakkı bulunmaktaydı. Aleyhine yapılan değişikliği kabul etmeyen işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir ya da söz konusu değişikliği örtülü veya açık şekilde kabul edebilirdi. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22'nci maddesi ise mülga Kanun'dan farklı bir sistem öngörmüştür. Anılan hüküm uyarınca çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak isteyen işveren, değişikliği yazılı olarak işçiye bildirmektedir. Kanun koyucu, değişiklik önerisinde bulunulan işçi için altı iş günü uzunluğunda bir düşünme süresi öngörmüştür. Söz konusu sürenin ardından işçi, bu değişikliği yazılı olarak kabul veya reddedebilir. Anlaşılacağı üzere işçinin zımnen kabulü ortadan kaldırılmıştır. İşçinin değişiklik önerisiyle bağlı olmayı kabul etmemesine karşılık olarak işveren, istediği değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başkaca bir geçerli neden bulunduğunu yazılı olarak açıklamak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Eski Kanun'dan farklı olarak bu sistemde sözleşmeyi fesih riski işverene yüklenmiştir. Başka bir ifade ile bu sayede işçilerin ihbar, kötü niyet, sendikal tazminatları da şartları oluşmuş ise alabilmeleri sağlanmıştır.

## KAYNAKÇA

AKPINAR, Fatih: “İşverene Çalışma Koşullarını Değiştirme Yetkisi Veren Kayıtların Genel İşlem Koşulları Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2021/1, s. 317-354.

AKYİĞİT, Ercan: **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, Ankara 2020, (Bireysel).

AKYİĞİT, Ercan: **İş Hukuku**, Ankara 2021.

ALP, Mustafa: “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi”, **Sicil**, Eylül 2006, Y. 1, S:3, s.37-53, (Denetim).

ALP, Mustafa: **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara 2005.

ALPAGUT, Gülsevil: “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, **Bankacılar Dergisi**, S. 65, 2008, s. 89-110.

- BAŞMANAV, Yasemin: “Ödünç İş İlişkisi”, **İÜHFD**, S. 74, Haziran 2016, s. 139-169.
- ÇELİK, Nuri – CANIKLİOĞLU, Nurşen – CANBOLAT, Talat – ÖZKARACA, Ercüment: **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2021.
- ÇELİK, Nuri: **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2010.
- DEMİRCİOĞLU, Murat – CENTEL, Tankut – KAPLAN, Hasan Ali: **İş Hukuku**, İstanbul 2019.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/3, s. 93 – 112.
- EKMEKÇİ, Ömer – KORKUSUZ, M. Refik – UĞUR, Ömer: **Turkish Individual Labour Law**, İstanbul 2020.
- EKMEKÇİ, Ömer – YİĞİT, Esra: **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2020.
- EKMEKÇİ, Ömer: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2/2004, s. 367-382.
- ENGİN, Murat: “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, **İÜHFD**, C. 61, S. 1-2, 2003, s. 313-326.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2020.
- ERTUĞRUL, Meltem: “İş Hukukunda Değişiklik Feshi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2018, s. 131 – 173.
- ESENER, Turhan: **İş Hukuku**, Ankara 1978.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Ankara 2015
- GÜZEL, Ali: “İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son Çare İlkesi”, **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara 2017, s. 539-578.
- MANAV, A. Eda: “İş Kanunu’nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları”, **TAAD**, S. 9, 2012, s. 209-252.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi – ASTARLI, Muhittin – BAYSAL, Ulaş: **İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku**, Ankara 2021.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: “İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?”, **Sicil**, Eylül 2006, Y. 1, S:3, s. 9-19.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, **TBB Dergisi**, S. 158, 2022, s. 341-388.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: **Bireysel İş Hukuku**, Ankara 2019.
- YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



- SÜMER, Haluk Hadi: **İş Hukuku**, Ankara 2020.
- SÜZEK, Sarper: “*Değişiklik Feshi*”, **TİSK Akademi**, C. 1, S. 1, 2006, s. 6 – 31, (*Değişiklik Feshi*).
- SÜZEK, Sarper: “*Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi*”, **İKÜHFD**, C:15, S:1-1, Ocak – Şubat 2016, s. 459-472, (*Tip İş Akitleri*).
- SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, İstanbul 2021.
- ŞAKAR, Müjdat: **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul 2020.
- TERCIER, Pierre – PICHONNAZ, Pascal – DEVELİOĞLU, Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2016.
- UŞAN, M. Fatih – ERDOĞAN, Canan: **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ankara 2020.
- UŞAN, M. Fatih: “*4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları*”, **DEÜHFD, Özel Sayı** 2007, s. 211 – 271.
- YÜCEL, Ramazan: “*Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi*”, **İAÜHFD**, Haziran 2017, s. 49 – 67.



# ‡ PAPA FERMANLARININ DENİZ HUKUKUNA ETKİSİ (THE EFFECT OF THE PAPAL BULLS ON THE LAW OF THE SEA)

Arş. Gör. Erkut Ziya Sivrikaya \* \*\*

## ÖZ

*Ruhani otoriteden siyasi otoriteye dönüşen Papalık makamı hukuk tarihinde enteresan bir örnek olarak karşımıza çıkar. İmparator Iustinianus, pentarşi sistemi ile kiliseyi reforme edip belirli bölgelere ayırmıştı. Buna göre; Antakya, İskenderiye, Konstantinopolis, Kudüs ve Roma belirli kilise bölgelerinin amiri olarak belirlenir. Fakat nihayetinde İmparator diğer devlet makamları gibi kilisenin de üzerinde hâkimiydi. Roma kilisesinin İmparatorluğun etki alanından çıkışı ile Papa bir güç odağı haline gelmeye başlar. Batıda İmparatorluk yıkılmış olsa da bölgenin beyleri ve rahipleri Roma Piskoposunu muteber bir makam olarak görmeyi sürdürür. Zamanla etkisi artan Papa fermanlarıyla Avrupa devletlerini ve hukukunu etkileyecektir. Burada tercüme edilen Bulla Romanus Pontifex ve Bulla Inter Caetera Deniz Hukuku'nun şekillenmesine yön veren belgeler olmuştur.*

**Anahtar Kelimeler:** Deniz Hukuku, Zaragoza, Tordesillas, Papalık Fermanları, Bulla Romanus Pontifex, Bulla Inter Caetera

## ABSTRACT

*The office of the Papacy, which transformed from a spiritual authority to a political authority, appears as an interesting example in the history of law. Emperor Justinian had reformed the church with the pentarchy system and divided it into certain regions. According to this; Antioch, Alexandria, Constantinople, Jerusalem and Rome are designated as the chief of certain church districts. But in the end, the Emperor ruled over all churches, just like any other state office. With the city of Rome leaving the empire's sphere of influence, the Pope begins to become a center of power. Although the Empire was destroyed in the west, the lords and priests of the region continue to see the Bishop of Rome as a respected figure. The Pope, whose*

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 21.03.2022. İlk hakem raporu tarihi: 25.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 20.07.2022. Onaylanma Tarihi: 20.07.2022.

\* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9546-1103.

**Eserin Atf Şekli:** Erkut Ziya Sivrikaya, "Papa Fermanlarının Deniz Hukukuna Etkisi", YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.909-940.

*influence increased over time, would affect European states and law with his edicts. The Bulla Romanus Pontifex and Bulla Inter Caetera translated here were documents that shaped the Law of the Sea.*

**Keywords:** *Law of the Sea, Zaragoza, Tordesillas, Papal Bulls, Bulla Romanus Pontifex, Bulla Inter Caetera*

\*\*\*

## GİRİŞ

Çağlar boyunca deniz hâkim olunabilecek bir yer olarak görülmemiştir. Bu nedenle 1450'lere kadar Deniz Hukukundan bahsedilemez. Nitekim bu devirlere kadar “*Deniz Hukuku*” denildiğinde anlaşılan deniz ticaretine ve denizciliğe ilişkin hukuktur. Dolayısıyla bu erken dönemlerde Deniz Hukuku’ndan çok “*Lex Mercatoria*”dan bahsedebiliriz. Günümüzdeyse deniz üzerindeki kamu otoritesine dair hukuk ile kişilerin denizcilik faaliyetlerine dair hukuk arasında bir ayırımı gidilir. Ticaret Hukukunun bir dalı olmakla beraber Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku ile sıkı sıkıya bağlı olan Deniz Ticareti Hukuku navlun gibi gemiciliğe ilişkin sözleşmeleri, deniz kazalarını, gemileri, gemi üzerindeki hakları, donatanı, kaptanı, taşıyanı, bunların sorumlulukları ve haklarını kapsar.<sup>1</sup> Milletlerarası Hukukun bir dalı olan Deniz Hukuku ise deniz alanlarının (içsular, kara suları, bitişik bölge, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge, açık denizler, derin deniz yatağı) hukuki rejimini inceleyip bu alanlarda devletlerin birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini belirler.<sup>2</sup> Bununla beraber Deniz Hukuku’nu “*Deniz taşımacılığı ve ona bağlı etkinliklerle denizin doğal kaynaklarının kullanımını ve deniz çevresinin korunmasını düzenleyen hukuk dalı*” şeklinde tanımlayıp Kamu Hukuku / Özel Hukuk ayırımına koşut olarak bölümlendirmek de mümkündür.<sup>3</sup> Bu halde “*Deniz Özel Hukuku*” ile Deniz Ticaret Hukuku (*Maritime Law / Admiralty Law / Shipping Law*), “*Deniz Kamu Hukuku*” ile Milletlerarası Deniz Hukuku (*Law of the Sea*) ifade edilir.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> BOZKURT, Tamer, “*Ticaret Hukuku – Cilt V*”, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2016, s.3.

<sup>2</sup> GÜNDÜZ, Aslan, “*Milletlerarası Hukuk*”, Ed. Reşat Volkan Günel, 6. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2013, s.197.

<sup>3</sup> AYBAY, Atilla, Aydın, Gündüz, Rona, “*Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler için Deniz Hukuku*”, Ed. Gündüz Aybay, Aybay Yayınları, İstanbul 1998, s.942.

<sup>4</sup> Burada “*Deniz Kamu Hukuku*”nu bizzat denize dair hukuk olması nedeniyle Deniz Hukuku, “*Deniz Özel Hukuku*”nu ise gemilere ve denizcilere dair hukuk olması nedeniyle Denizcilik Hukuku ya da Gemicilik Hukuku şeklinde adlandırmak daha yerinde olacaktır. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

## I- İLGİLİ FERMANLARIN OLUŞUM SÜRECİ

Deniz hukukunun oluştuğu erken devirlerde Roma Kilisesi'nin etkisi önemlidir. Zamanla siyasi etkisi artan Vatikan, Avrupa hukukuna yön vermiştir. Papa'nın 800 yılında Şarlman'a taç giydirmesiyle kilisenin politik güç elde etmeye başladığı görülür. Bu taç giyme töreni Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu için de kuruluş tarihi olarak kabul edilir. Böylece Konstantinopolis'in denetiminden kurtulan papa, Cermen imparatorun yetkisi altına girecekti. Lakin papalık zaman geçtikçe bu etkinin de dışına çıkar. Söz gelimi Papa II. Nicolaus'un 1059 tarihli (*bulla*)<sup>5</sup> fermanı,<sup>6</sup> papa'nın sadece piskoposlarca seçilebileceğini belirterek kiliseyi devlet etkisinden uzaklaştırır. Fakat bu halde piskoposların dünyevi otorite tarafından atanması bir sorun teşkil edecekti. Zira dünyevi otoriteyi elinde tutanlar kilise görevlerini ve mallarını satabilmekteydi. "*Investitura*"<sup>7</sup> yani ruhban sınıfın kim tarafından tayin edileceği meselesi üzerine Papa VII. Gregorius'un gerçekleştirdiği reform<sup>8</sup> Roma kilisesini Katolik âlemde merkezi bir otorite haline getirirken Cermen imparatorla kilisenin arasını açar. Bu devrim niteliğindeki reforma itiraz eden Cermen imparatoru IV. Heinrich'in papa tarafından aforoz edilip görevden alındığı duyurulur. IV. Heinrich'in aforoz haberi lortları ona verdikleri sözlerden azade kılarken, ona ait toprakların yağmalanması için de haklı bir gerekçe olacaktı. Bunun üzerine Roma'yı işgal eden IV. Heinrich kendi papasını tayin edecektir. Devlet ve kilise arasındaki güç mücadelesi sonraki imparator V. Heinrich devrinde de sürer. Nihayetinde 1123 yılında toplanan birinci Lateran konsiliyle *investitura* meselesi papa lehine çözümlenir. Ardından toplanan

<sup>5</sup> "*Bulla*", papalık tarafından neşrolunan hukukî bir belgedir. Bu makalede "*ferman*" şeklinde tercüme edilmiştir. Bkz. MESERVE, Margaret, "*Papal Bull: Print, Politics and Propoganda in Renaissance Rome*", Johns Hopkins University Press, Baltimore 2021, s.34.

<sup>6</sup> Bu ferman ilk kelimeleri "*In Nomine Domini*" ile tanınır. Bkz; HENDERSON, Ernst F, "*Select Historical Documents of the Middle Ages*", George Bell & Sons, London 1903, s.361-364.

<sup>7</sup> "*Vestio*" birisin giydirmek anlamına gelir. Bkz; KABAAĞAÇ, Sina & ALOVA, Erdal, "*Latince Türkçe Sözlük*", Sosyal Yayınlar, İstanbul 1995. Bir fiilin "*participium*" yani fiil-sıfat hali gelecek zamanlı ise "*-turus -tura -tutum*" eki alır ve (-cak olmak) anlamına gelir. Bkz; DÜRÜŞKEN, Çiğdem, "*Descartes Latince Öğreniyor*", 2.Baskı, Alfa Basım Yayım, İstanbul 2017, s.200-202. O halde "*vestitura*" giydirecek olmak anlamına gelir. Başta gelen "*in*" eki ise birşeyin içinde olmak manasındadır. Bkz; KABAAĞAÇ, Sina & ALOVA, Erdal, "*Latince Türkçe Sözlük*", Sosyal Yayınlar, İstanbul 1995. Sonuç olarak "*investitura*", hılat giydirme yani görevlendirme anlamına gelir.

<sup>8</sup> *Dictatus Papae* (1075) ile "*Quod illi liceat imperatores deponere*" yani "*Onun (papa'nın) imparatoru görevden alma kudreti olduğu*" belirtilir. Bkz; HENDERSON, Ernst F, "*Select Historical Documents of the Middle Ages*", George Bell & Sons, London 1903, s.366.

ikinci (1139) ve üçüncü (1179) Lateran konsillerinde merkeze sıkıca bağlı rahiplerin evlenip aile kuramayacağı (*caelibatus*), kilise malları ve görevlerinin satılamayacağı (*simonia*) kararlaştırılır. Böylece batıda kilisenin devletten tam olarak ayrıldığı söylenebilir.

Doğuda ise Roma İmparatorluğu varlığını sürdürdüğünden kilise malları ve görevleri devlet denetimindedir. Bu nedenle “*investitura*” veya “*simonia*” gibi sorunlar doğuda yaşanmamış dolayısıyla Ortodoks kilisesinde rahiplerin evlenmesi yasaklanmamıştır. Protestan kiliseleri ise Katolik kilisesini eleştirerek oluştuğu için Roma’nın konsil kararlarını tanımaz ve rahiplerin evlenme yasağını uygulamazlar. Neticede bu yasak Katolik kilisesinin güçlenmesine imkân sağlamıştır. Nitekim bu kiliselerin devletle olan ilişkileri daha sıkıdır. Sözelimi İngiltere kilisesinin Kraliyet denetiminde olması Doğu Roma örneğine benzer.<sup>9</sup> Mücerretlik ikrarı getiren (*caelibatus*) batılı ruhban sınıf, kendini kiliseye adayın bir bürokrasi oluşturarak<sup>10</sup> papanın gücünü konsolide eder.<sup>11</sup> Antakya, Kudüs ve İskenderiye’nin ardından İstanbul’un da İslâm egemenliğine girmesiyle Roma yegâne kilise olarak kalır. Meşruiyetin inanca dayandığı bu devirde papa kendini cihanşümül (*dominium mundi*) bir lider olarak görüp, Avrupa krallıkları nezdinde bir hakem konumuna yükselecektir. Portekiz krallığının 1179 tarihli bir papalık fermanıyla<sup>12</sup> kurulduğu hesaba katılırsa bu etkiyi çok daha gerilere götürmek de mümkündür. Yani bu sıralarda İberik Yarımadasının kuzeyine sıkışın Katolikler güneye doğru akınlar düzenlemekteydi. 1492 yılında Endülüs’ün düşüşüyle son bulacak bu akınlar “*yeniden fetih*” anlamına gelen “*reconquista*” adıyla bilinir. İktisadi açıdan bakılacak olursa 1453’den itibaren tüm doğu limanlarına hâkim olan Müslümanlar, Endülüs’e yani *Dar-ül İslâm*’a hücum eden İspanyol ve Portekizlileri ticaretten dışlamaktadır. Bu dışlanmışlık İberyalıları bilinmez

<sup>9</sup> “*Her Majesty the Queen is the Supreme Governor of the Church of England*” yani “*Majesteleri Kraliçe İngiltere Kilisesinin Ulu Önderidir*”. Bkz; İngiltere Kilisesi resmî internet sitesi (E.T.04/06/2022) <https://www.churchofengland.org/about/leadership-and-governance>

<sup>10</sup> Adeta kendini sultana adayıp mücerretlik ikrarı getiren yani evlenmeyen yeniçeriler gibi. Bkz; “*Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*”, İSAM - İslam Araştırmaları Merkezi, 26.cilt, “*Kuloğlu*” maddesi, İstanbul 2002, s.358.

<sup>11</sup> MYERS, Philip Van Ness, “*Mediaeval and Modern History*”, Ginn & Company, Athenaeum Press, Boston 1905, ss.111-120.

<sup>12</sup> “*Manifestis Probatum*” olarak anılan bu fermanla Afonso Henriques ilk Portekiz kralı olarak tanınır. Bkz; WIEDEMANN, Benedict, “*The kingdom of Portugal, homage and papal ‘feifdom’ in the second half of the twelfth Century*”, *Journal of Medieval History* (2015), 41:4, 432-445, s.433.

sulara yöneltecekti. *Reconquista*'nın getirdiği ganimetle kuvvetlenen askeri yapı bu bilinmezliğe yönelip yeni kazanımlar elde edecekti.

İberyalı denizcilerin elde ettikleri ekonomik avantajları kollama arzusu çitle çevrilemeyen denizlerin sahiplenilip sahiplenilemeyeceği meselesini gündeme getirir. Denize çit dikilemezdi belki ama teknelerin bordası çit gibi bir set teşkil edemez miydi? Kelimenin tam anlamıyla gemilerden set çekmek günümüzde dahi mümkün değildir. Fakat o zamanlar devlet kararları da çitle çeviremiyordu zaten. Hadrianus duvarı veya Çin seddi gibi istisnai örnekler dışında, dağlar, çöller, nehirler gibi doğal engeller sınırları teşkil ederdi. Serhad bölgelerinde kimi kale ve garnizonlar bulunsa da sınırların tamamı insan yapısı engellerle çevirmek mümkün değildi. Peki, bunun yerine hayali çizgiler çizilemez miydi? Neticede İberyalıların yaptığı da buydu, fakat hayali hatlar fiili hâkimiyet olmaksızın bir anlam ifade eder miydi? Portekiz ve İspanya bu hayali hatlarla egemenlik ilan etse de Flaman ve İngiliz denizcilere engel olamadığında bu iddianın ne anlamı kalırdı? Bu açıdan deniz üzerinde hak iddia etmenin kara üzerindeki hak iddiasından pek farkı yoktur. O halde ancak gelişen denizcilik tekniği sayesinde hukuk, karadan denizlere doğru taşabilir. “*Ex factis ius oritur*” yani neticede hukuk hakikatten doğmaz mı? Evet, ama dayanak teşkil eden bu hakikatin adil bir sonuç doğurması da gerekir, yani zulümden hukuk olmaz “*Ex injuria ius non oritur*”.

Portekizlilerin *reconquista*'yı Kastilyalıları nazaran daha erken tamamlamış olmaları Afrika üzerine yönelmelerine imkân tanımıştı. Bu dini temelli mücadele esnasında savaş işiyle uğraşan Portekizli sayısı artmış ama *reconquista*'nın bitişiyle sefer düzenlenecek serhat kalmamıştır. Bu savaşçıların denizi aşip Septeyi işgal etmesi üzerine 1418 tarihli “*Sane charissimus*” fermanıyla<sup>13</sup> papa tüm inanları buraya desteğe çağırır. Papa'nın desteği elbet sınırsız değildir, sözgelimi Portekizlilerin Kanarya adalarındaki Hristiyanları köleleştirme “*Creator Omnium*” ve “*Sicut Dudum*” fermanıyla<sup>14</sup> yasaklanır. Papalık, takipçileri arasında denge sağlamaya çalışırken buyruklarıyla Katolik denizcileri kendinden olmayanların üzerine yönlendirmektedir. Bu nedenle 1442 tarihli “*Illius qui*

<sup>13</sup> JORDÃO, Levy Maria (Ed.), “*Bullarium patronatus Portugalliae regum in ecclesiis Africae, Asiae atque Oceaniae: bullas, brevia, epistolas, decreta actaque Sanctae Sedis ab Alexandro III ad hoc usque tempus amplectens*”, Ex Typographia Nationali, Lizbon 1868, 1. cilt ss.9-10.

<sup>14</sup> BARONII, Caesaris, “*Annales Ecclesiastici*”, cilt.28 (1424-1453), Barri-Ducis, Paris 1874, ss.219-220.

*se pro divini*” fermanıyla<sup>15</sup> Portekiz önderliğinde Sarazenlerle (Müslüman) savaşıyan tüm Hristiyanların günahlarının bağışlanacağını bildirir. Kilise desteğinde ilerleyen Portekiz’in kazanımları komşusu Kastilya’nın da Afrika’ya yönelmesine yol açarken, çıkarları çatışan bu iki Hristiyan krallık karşısında papa 1443 tarihli “*Rex regum*” fermanıyla<sup>16</sup> tarafsız kalacaktır. 1452 tarihli “*Dum diversas*” fermanı<sup>17</sup> Portekiz kralına Sarazenler üzerine fetih hakkı tanır. Esasen bu ferman büyük bir mana ifade etmez, neticede diğer Katolik krallıklardan gelecek işgal kuvvetlerinin de en az Portekiz kadar fetih hakkı olacaktır. Fakat Papa V. Nicholas’ın 1454 tarihli “*Romanus Pontifex*” fermanı<sup>18</sup> ile Afrika sahilleri ve Hindistanı Portekize bağışlandığında durum değişir. Neticede bu yerler kiliseye ait olmadığından “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet – Hiç kimse sahip olduğu haktan daha fazlasını başkasına devredemez (D. 50,17,54)*”<sup>19</sup>, ama kilise cihanşümüllük iddiasındadır. 1456’da V. Nicholas’ın yerine geçen III. Calixtus, önceki fermanı tasdik eden “*Inter Caetera*” fermanını<sup>20</sup> yayımlar.<sup>21</sup> Keşfedilen yerlere dair Portekiz ve Kastilya arasında süren çekişme ise 1480 tarihli<sup>22</sup> Alcaçovas antlaşmasıyla çözülecektir. Bu antlaşmaya göre taraflar Kanarya adalarında Kastilya egemenliğini, Kanarya adalarından Gine’ye kadar olan yerlerde ise Portekiz egemenliğini tanır.<sup>23</sup> Hemen ardından Papa IV. Sixtus, “*Aeterni Regis*” fermanıyla<sup>24</sup> bu antlaşmayı ve Portekiz’in haklarına ilişkin önceki papalık fermanlarını tasdik eder. Nihayet Kastilya ve Portekiz arasındaki sorunlar çözülmüşken Portekiz sahillerine sürüklenen Kristof Kolomb pek hoş karşılanmaz. Kolomb, Batı Denizinde bazı adalar keşfettiğini iddia etmektedir. Keşfedilen diyarların Gine yakınlarında olduğunu düşünen Portekiz kralı ise papa fermanı ve Alcaçovas antlaşması gereği bu adaların kendine ait olduğu

<sup>15</sup> BARONII, s.21.

<sup>16</sup> DAVENPORT, Frances Gardiner (Ed.), “*European Treaties bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648*”, Carnegie Institution of Washington, Washington D.C. 1917, s.12.

<sup>17</sup> BARONII, ss.22-23.

<sup>18</sup> Bkz. Ek 1.

<sup>19</sup> UMUR, Ziya, “*Roma Hukuku Lüğati*”, İÜHF Matbaası, İstanbul 1975, s.139.

<sup>20</sup> DAVENPORT, s.27.

<sup>21</sup> “*Inter Caetera*” adıyla anılan bir başka bulla, Papa VI. Alexander tarafından 1493’te yayınlanmıştır. Bkz; DAVENPORT, ss. 71-78.

<sup>22</sup> Bu antlaşma 1479 tarihinde hazırlanmış, imzalanıp onaylanması 1480 yılını bulmuştur. Bkz; DAVENPORT, ss.33-48.

<sup>23</sup> DAVENPORT, s.44.

<sup>24</sup> DAVENPORT, s.49.



iddiasındadır.<sup>25</sup> İberyaya ve Hindistan arasında başka bir kıta olduğu henüz bilinmediğinden, bu şekilde batıya yelken açarak Hindistan'a ulaşmanın imkânsız olduğuna inanılıyordu. Teorik olarak böyle bir seyahatin mümkün olduğu Batlamyus devrinden beri zaten bilinmekte ama mesafe göz önüne alındığında teknik olarak imkânsız görülmekteydi. Bunun üzerine anlaşmazlık Papa'ya aksettirilir. Papa VI. Alexander, "*Inter Caetera*" fermanıyla<sup>26</sup> Portekiz'e evvelden tanınan hakları korumakla birlikte batıda keşfedilen bu yeni diyarları Kastilya egemenliğine bırakır. Bu arada Kastilya kraliçesi İsabella ile Aragon kralı Fernando'nun evlenmeleri ve Granada'yı ele geçirmeleri nedeniyle artık Kastilya yerine birleşik bir İspanya'dan söz etmek daha yerinde olacaktır. Granada'nın işgaliyle Portekiz hariç Pireneler'den Cebelitarık'a kadar tüm İberyaya tek bir idare altında toplanıyordu. "*Inter Caetera*" fermanı 4 Mayıs 1493 tarihli bilirse de Kolomb'un Mart'ta Portekiz'e varmasından hemen sonra Barselona ve Roma arasındaki gizli yazışmalarla Nisan ortalarında tamamlanmıştır.<sup>27</sup> Daha eski tarihli papa fermanının ihlâli halinde aforoz ve interdictum cezaları öngörüldüğünden İspanyollar hızlı davranma ihtiyacı hissetmiştir. 3 Mayıs 1493 tarihli "*Inter Caetera*" ve "*Eximiae Devotionis*", ardından 4 Mayıs 1493 tarihli "*Inter Caetera*" fermanlarıyla papa İspanyolların haklarını güvence altına alır.<sup>28</sup> Bu fermanla kuzeyden güneye doğru tüm dünyayı kat eden hayali bir hat çekilerek hattın batısı İspanya tacına bağışlanır. Fakat sınırın tam olarak nerede olduğunu dolayısıyla nerelerin bağışlandığını tespit etmek oldukça zordur.

*"Tüm egemenlikleri, kentleri, kampları, yerleri, köyleri ve tüm haklarını, yetki alanları ve tesisleriyle birlikte, keşfedilmiş ve keşfedilecek tüm adalar ve anakaraları, sonsuza kadar size ve haleflerinize, Kastilya ve Leon'un hükümdarlarına aittir. Söz konusu hat, Azores ve Caboverde adalarının herhangi birinden Hindistan istikametinde batıya ve güneye doğru yüz liga uzakta bulunur. Ancak keşfedilen bu diyarların Rabbimizin yılıyla 1493 Noel'inden evvel bir başka Hristiyan kral veya prence ait olmaması gerekir."*<sup>29</sup>

<sup>25</sup> DAVENPORT, s.9.

<sup>26</sup> Bkz. Ek 2.

<sup>27</sup> SCOTT, William, "*Demythologizing the Papal Bull Inter Caetera*" *Philippine Studies* 35, no. 3 (1987): 348-56, ss.350-352.

<sup>28</sup> DAVENPORT, s.71.

<sup>29</sup> Bkz. Ek.2.

Üç deniz mili bir ligaya (league) yani fersaha denk gelir.<sup>30</sup> Bahsi geçen hat, Azor adaları veya Yeşilburun adalarından yüz liga batıdadır. Oysa bu adalar aynı boylamda değildir. Azor adalarının en batı ucu 31° batı meridyeni, Yeşilburun adalarının en batı ucu ise 25° batı meridyenindedir. Aradaki 6°, 24 dakikalık saat farkına ya da ekvator çizgisi üzerinde 666km'lik bir uzaklığa denk gelir. Bu nedenle bahsi geçen hattın tam yeri tespit edilemez. Davenport, bir liga'nın dört Roma miline, onun da 1480 mt.'ye denk geldiği, bu halde Cape Verde adalarının 100 liga batısının 31° batı meridyeni olabileceğini öne sürer,<sup>31</sup> fakat bu meridyen tam da Azor adaları üzerindedir. Aynı hesabı Azor adalarından batıya doğru yapacak olursak, 37° batı meridyenine denk gelir ki bu da Brezilya'nın Rio Grande do Norte sahillerine denk düşer. Burada esas mesele bu takımadalardan hangisinin esas alınacağıdır. Esas metinde ölçümün “*qualibet*” yani “*herhangi*” bir adadan yapılacağı belirtilir. Bu ifadeyle belirsizlik yaratmaktan ziyade bahsi geçen adaların aynı boylam üzerinde bulunduğu zannedilerek hareket edilmiş olması daha muhtemeldir. Aksi halde tarafların nereden (*qua*) canı isterse (*libet / libere*) çizebileceği sınır çözümden çok sorun yaratırdı. Üstelik mevcut teknik imkânlarla kuzey-güney eksenli mesafe ölçümü usturlap gibi aletlerle daha kolay olabilirken açık denizde doğu-batı eksenli mesafe ölçümü oldukça zordur. Bu sınırın ötesinde Portekiz egemenliğinde bir yer varsa papalık bağışının bunları kapsamadığı üstü örtülü bir şekilde belirtilir. Başka Hristiyan krallık ve prenslikten kasıt *Lusitania* yani Portekiz olmalıdır. Neticede bu esnada Portekizlilerden başka bilinmez sulara yelken açan yoktu, üstelik mevzu bahis fermanın Portekiz – İspanya arasında yaşanan anlaşmazlık neticesinde hazırlandığını unutmamak gerekir.

Portekiz protestosu üzerine papaya başvuran İspanya'nın elde ettiği fermanlar tam bir çözüm getirmez. Daha önceki fermanlar göz önünde bulundurulursa *Inter Caetera* ile çizilen hattın batısı İspanya, doğusu Portekiz hâkimiyetine bırakılmaktaydı. Tekrar Roma'ya başvuran İspanya “*Dudum Siquidem*”<sup>32</sup> fermanı ile kendisine tanınan hakları teyit ettirse de anlaşmazlık sürer. Nihayet taraflar Tordesillas antlaşması ile bu anlaşmazlığı sonlandırır. Artık bu kapitülasyon<sup>33</sup> ile sınır hattı Caboverde

<sup>30</sup> NUTKÎ, Süleyman, “*Kamûs-i Bahrî / Deniz Sözlüğü*”, (Çev.) Mustafa Pultar, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011.

<sup>31</sup> DAVENPORT, s.74, 18 no'lu dipnot.

<sup>32</sup> DAVENPORT, ss.79-83.

<sup>33</sup> “*Capitulacion*” (İsp.) ya da Latincesiyle “*capitulatio*” ile “*capitulum*” yani başlıklarıyla bir meselenin yazılıp üzerine anlaşılması kastedilir, yani ahitname'dir. Bu kavramın *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

adalarının 370 liga batısından geçmektedir. Üstelik taraflar hattın tam yerini tespit etmek için ortak bir ekip oluşturmayı kararlaştırırlar. Lakin sözleşilen tarihte hattı belirleyecek ortak keşif ekibi oluşturulamadığından 1495'te bu amaçla yeni bir antlaşma hazırlanır.<sup>34</sup> Tespiti sürekli geciken sınır hattını gösteren en erken tarihli harita 1502 yılıyla Cantino haritası olacaktır. Bu harita, onu hazırlayan Portekiz kartografin değil haritayı kaçıran Venedikli casusun adıyla bilinir.<sup>35</sup> Haritaya bakılacak olursa hattın en azından 1502'de tespit edilmiş olduğu ve Brezilya sahillerinin Portekiz tarafında kaldığının bilindiği görülür.

## II- İLGİLİ FERMANLARIN TERCÜMESİ

**EK.1.** Portekiz'e Afrika ticaretinde tekel hakkı tanıyan papalık fermanı.<sup>36</sup> (Çeviri yazara aittir. Çeviri metni altındaki tüm dipnotlar çevirenin notudur.)

**6 Ocak 1454**

### **Bulla Romanus Pontifex**

Tanrı'nın hizmetkârlarının hizmetkârı, Piskopos Nicholas. Ebediyen bilinsin ki;

Cennetteki hükümrânlığın anahtarını taşıyan ve İsa Mesih'in vekili Aziz Petrus'un halefi Roma piskoposu, dünyanın çeşitli iklimlerini ve içlerinde yaşayan tüm halklarını bir babanın şefkatiyle düşünüp herkesin kurtuluşunu arzuluyor. Tanrı tarafından kendisine emanet edilen koyunları tek bir ilahi topluluğa çevirip onlar için ebedi mutluluk ödülünü alacak, O'nun kendisine emanet ettiği koyunları kurtuluşa erdirecek. İnanıyoruz ki, Rabbin inayetiyle, eğer Katolik krallara ve prenslere özel lütuflarda bulunursak, Hristiyan inancın şampiyon atletleri gibi Sarazenlerin ve diğer inançsızların vahşi aşırılıklarına engel olup inancı savunacak, bilmediğimiz uzak diyarlardaki inançsız krallıkları yenecek, hiçbir emek ve masraftan kaçınmadan onları dünyevi otoriteleri altına alacaklardır.

---

karşılığı “*Kapitulasyon*” dilimizde daha farklı bir anlam kazanmıştır. “*Kapitulasyon; Bir ülkede yurttaşların zararına olarak yabancılara verilen ayrıcalıklar.*” Bkz. Yılmaz, Ejder, “*Hukuk Sözlüğü*”, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004. Aynı ifadelerle Bkz. TDK, “*Türkçe Sözlük*”, 9. Baskı, 2. Cilt (K-Z), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1998. Veya “*Kapitulasyon; Ecnebilere mahsus haklar.*” Bkz. Tuğlacı, Pars, “*a Dictionary of Economic and Legal Terms*”, Sermet Press, İstanbul 1966. Oysa Pars Tuğlacı bir önceki madde olan *Capitulate* karşılığını “*Taahhüt etmek, anlaşmak*” şeklinde belirtir. Burada *Capitulare* fiil, *Capitulation* isim haliyle aynı kavramı karşılar.

<sup>34</sup> DAVENPORT, ss.101-106.

<sup>35</sup> BROTTON, Jerry, “*A History of the World in Twelve Maps*”, Penguin Books, London 2013, ss.190-191.

<sup>36</sup> DAVENPORT, ss. 9-26.

Yakınlarda işittik ki, Portekiz ve Algarve kralı Alfonso'nun Amcası sevgili asil oğlumuz, Portekizin evladı<sup>37</sup> Henri,<sup>38</sup> babası Kral Yuhanna'nın<sup>39</sup> aziz hatirasının peşinden gitmektedir. Ruhların kurtuluşu için hevesle ve iman coşkusuyla alevlenen Henri, her şeyin Yaraticısı olan Mesih'in gerçek bir askeri ve O'na olan inancın en gayretli ve cesur savunucusudur. O, ilk gençliğinden beri Rabbin adının en ücra ve keşfedilmemiş yerlerde bile yüceltilip saygı duyulmasına neden olmak ve Haçın düşmanı Sarazenlere boyun eğdirmek için elinden geleni yapmaktadır. Afrika'daki Septe şehri Kral Yuhanna tarafından alındığı vakit, çetin mücadelelere, büyük emek ve masraflara, tehlikelere, can ve mal kaybına rağmen söz konusu Prens ne güçsüz düşmüş ne de korkmuştur. Ancak her geçen gün daha da gayretli bir şekilde bu davayı yürütürken onun övgüye değer ve dindar amacı, denizdeki bazı ıssız adaları hak dinle doldurdu ve orada kutsal hizmetin görüldüğü kiliselerin ve diğer mukaddes yerlerin inşa edilmesine neden oldu. Ayrıca söz konusu Prens'in övgüye değer çabası sayesinde, okyanusta bulunan farklı adalarda yaşayanlar, gerçek Tanrı'nın bilgisine kavuştu. Pek çok kimse, Tanrı'nın övgüsüne ve yüceliğine, kurtuluşa, kutsal vaftize erişti. Dahası bu Prens gördü ki, biz batılılar arasında bu sulardan güney ve doğu istikametinde seyretmek âdeti yoktur. Bu konuda Tanrı'ya olan görevini en iyi şekilde yerine getireceğine inanan Prens, eğer doğuya giden yolu bulup Mesih'e ibadet ettikleri söylenen Hintlilere<sup>40</sup> ulaşabilirse, onlarla ilişki kurup Sarazenlere ve diğer inanç düşmanlarına karşı Hıristiyanlara yardım sağlayabileceğini düşündü. Hatta Muhammed'in mezhebini duymamış paganları yönetimi altına alıp onları hak dine davet edebilir ve Mesih'in mukaddes adını duyurabilirdi. Kralın otoritesiyle, yirmi beş yıl boyunca nerdeyse her yıl bu diyarlara büyük emek verip masraf ederek deniz ve kıyılarını Antarktika kutbuna kadar keşfetmek için Karavela denen süratli tekneler gönderildi. Bu gemiler çok sayıda limanı, adayı ve denizi araştırıp ele geçirdiğinde, nihayet Gine vilayetine vardılar. Oralardan yelken açarak,

<sup>37</sup> Çocuk anlamına gelen “*Infans (Lat.) / Infante (Por.)*”, İberyada kraliyet ailesi üyeleri için kullanılır. Bizdeki karşılığı şehzadedir. Burada “evlat” olarak çevrilmesi metnin ruhuna daha uygun görülmesindedir. Bkz; UMUR, Ziya, “*Roma Hukuku Lügati*”, İÜHF Matbaası, İstanbul 1975, s.85; “*Infans: Henüz konuşamayan (qui fari non possunt), bu itibarla fiil ehliyetinden tamamen mahrum bulunan çocuk.*”

<sup>38</sup> Viseu Dükü, Prens Henrique. Sagres okulunu kuran Denizci Henri.

<sup>39</sup> Portekiz kralı I. João. (Johannes)

<sup>40</sup> Avrupalılar doğuda “*Presbyter Iohannes / Prester Joao*” idaresinde efsanevi bir Hristiyan krallık olduğuna inanıyordu. Bkz. ÖZBARAN, Salih, “*Avrupanın Okyanuslarda Yayılması ve Akdeniz Dünyası*” başlıklı bölüm, “*Türk Denizcilik Tarihi*”, Cilt 1, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, TC. Deniz Basımevi, İstanbul 2009, s.101.

büyük Nil nehri<sup>41</sup> ağzına geldiler ve Kral Alfonso ile Prens namına bu bölgelerin halklarına karşı mücadele edip pek çok ada ve sahili ele geçirdiler. Böylece birçok Ginelinin ve başka başka zencilerin mallarını zorla ya da yasak olmayanların değiş tokuşuyla ya da yasal sözleşmelerle alıp Portekize getirdiler.<sup>42</sup> Bunların büyük bir kısmı Katolik inancına döndürüldü ve ilahi merhametin yardımıyla, bu ilerleme devam ettirilirse, bu halkların imanı kurtarılır ve birçoklarının ruhu Mesih için kazanılır. Fakat duyduk ki bu kral ve prensin büyük tehlikeler atlatıp büyük emek ve masraf sarf ettikleri, nice canların yitimiyle sonuçlanan seferleri neticesinde keşfettikleri diyarlar, limanlar, adalar, denizler üzerinde hâkim oldukları halde kimi açgözlü yabancılar buralara yelken açıp bu emeğin meyvelerini gasp etmek niyetindedir. Bu nedenle kazanç uğruna veya kötü niyetle hareket edenlerin demir, silah, inşaat için kullanılacak kereste ve diğer şeyleri inançsızlara ulaştırması, onlara denizcilik sanatını öğretmesi yasaktır, yoksa kuvvetlenen düşmanların engellenmesi mümkün olmayacak ve mukaddes inancımız zelil olacaktır. Kralla prens buna engel olup hakkını ve mülkünü korumak için en ağır cezaları öngördü, sadece harç yatırıp izin alanların bu limanlara ticaret için uğrayabileceğini ve balık avlamak için bu sulara yelken açabileceğini duyurdu. Bu yasaklara rağmen zamanla başka krallıkların kötü niyetli ve açgözlü tebaası harç ödeyip izin almadan bu diyarlara gidebilir, söz konusu kıyılarda, limanlarda ve adalarda ticaret yapıp balık tutabilir. Bu halde Kral Alfonso ve Prens Henri ile bahsi geçen bu küstah kişiler arasında nefret, kin ve mücadele yaşanıp, Tanrı nezdinde büyük suçlar işlenerek ruhlar tehlikeye atılabilir. O halde her şeyi hesaba katıp evvelki mektuplarımızda da belirttiğimiz üzere tüm Sarazenleri ve putperestleri ve nerede olursa olsun Mesih'in diğer düşmanlarını ve krallıkları, düklükleri, beylikleri, egemenlikleri, mülkleri ve onlar tarafından sahip olunan tüm taşınır ve taşınmaz malları istila etmek, araştırmak, ele geçirmek, yenmek ve boyun eğdirmek ve kişilerini ebedi köleliğe

<sup>41</sup> Nil nehri sadece Akdenize aktığı ve bu sırada sözü geçen denizciler Atlantik sularında bulunduğuna göre Nil olduğu zannedilen büyük ihtimalle Senegal nehridir. Zira ıssız Batı Sahra sahilleri aşıldıktan sonra karşılaşılabilecek ilk büyük nehir Senegaldir. Senegal nehrini görmeden geçip Saloum nehri veya Gambiya nehrine denk gelmeleri pek muhtemel görülüyor. Yine de bu yazarın şahsi düşüncesidir.

<sup>42</sup> Burada “*non prohibitarum rerum permutatione*” ile “*yasak olmayan malların trampa edilmesi*” ve “*seu alio legitimo contractu emptiois*” ile “*meşru satış sözleşmesi*” ibareleri papa fermanlarına uyulduğunu gösterir. Sözelimi papa fermanıyla Hristiyan olmayanlara at ve silah satılması yasaklanmıştır. Bkz; ORTALLI, Gherardo, “*Venice and Papal Bans on trade with the levant: The role of the jurist*”, *Mediterranean Historical Review* (1995), 10 (1-2), pp.242–258, s.247.

indirmek, krallıkları, düklükleri, illeri, beylikleri, egemenlikleri, mülkleri ve malları ve buralardan kâr etme hakkını Kral Alfonso'ya ve haleflerine tanıyoruz. Bu hakkı güvenceye alınan kral veya onun otoritesiyle hareket eden prens, meşru şekilde bu adalara, topraklara, limanlara ve denizlere sahip olmuştur. Bu haklar Kral Alfonso ve haleflerine aittir, özel bir izin alınmaksızın, Mesih'in kullarından herhangi bir kimsenin herhangi bir şekilde oralara karışmaya hakkı yoktur. Ruhların kurtuluşu, imanın artması ve düşmanlarının alaşağı edilmesi böylece sağlanabileceğinden, Tanrı'nın ihtişamı, O'na iman ve O'nun topluluğu Evrensel Kilise söz konusu olduğundan Kral Alfonso'nun ve haleflerinin ve Prens'in, bu mukaddes ve asil çalışmayı daha gayretle takip edip engellerden kurtulmaları için, biz ve Apostolik Makamımız<sup>43</sup> kendilerini iyilik ve zarafetle desteklemektedir.

Tüm bilgiler göz önünde bulundurulduğunda bu mesele üzerine Kral Alfonso'nun ya da Prens Henri'nin ya da onları temsil eden bir kimsenin talebi olmaksızın re'sen (*motu proprio*) bir karar aldık. Apostolik otoritemizin dikkatli incelemesi neticesinde Apostolik kudretimize dayanarak Septe ve ötesindeki her türlü özel ve genel kazanç, bu ferman ve fermanla bahsi geçen mektuplardan önce gerçekleşmiş olsa dahi, bahsi geçen tüm iller, adalar, limanlar ve denizler işbu fermanla Kral Alfonso ve halefleri ve Prens adına tasdik olunur. Bu diyarların kıyısında ve ötesinde inançsızların ya da paganların elindeki mülkleri bu fermana dayanarak elde edebilirler. Şimdiye kadar elde edilmiş olanlar ve bundan sonra bu fermana dayanarak elde edilecek olanlar Krala, haleflerine ve Prense aittir. Bu fermana dayanan fetih hakkıyla Bojador burnu ve Não'burnundan itibaren tüm Gine sahilleri ve ötesi ebediyen Kral Alfonso ve haleflerininindir, başkasının değildir. Bu fermanla Kral Alfonso ve halefleri ve Prens şimdi ve bundan sonra bahsi geçen yerlere dair yasak koyup hüküm verebilir, hatta buna uymayanları cezalandırabilir, kendi mülkü üzerindeki gibi vergi salabilir. Sunduğumuz bu lütfu etkin bir şekilde güvenceye almak için, verdiğimiz bu hakların sonsuza kadar Kral Alfonso'ya, haleflerine ve Prens'e ait olacağını, şimdiye kadar elde ettikleri illeri, adaları, limanları, denizleri ve sair yerleri, Bojador burnu ve Não burnundan itibaren fetih hakkıyla elde edecekleri yerleri kendilerine bağışlıyoruz. Kral Yuhanna'ya Papa V. Martin'in, Kral Alfonso'ya ve onun babası Kral Eduardo'ya bizden

<sup>43</sup> *Apostolica* (ἡ πόστολος); Burada "Havari" anlamına gelen "Apostol" ile Roma Kilisesini kurucusu Havari Petrus ve onun halifesi papa kastedilmektedir. Petrus, kaya anlamına gelir ve bu açıdan Roma kilisesinin temelindeki kaya olarak tanınırdı. Bkz; ALLIES, Thomas William, "The see of st. Peter, the rock of the Church, the source of jurisdiction and the centre of unity", Burns and Lambert, London 1850, ss.1-12.

önceki Papa IV. Eugenius'un verdikleri müsaadeler gibi Kral Alfonso ve halefleri ile Prens ya da onların uygun gördükleri kimseler de söz konusu bölgelerdeki Sarazenlerle ve imansızlarla uygun görecekları şekilde her tür eşya, mal ve erzak alım satımı yapabilirler. Halat, demir aletler, inşaat ve gemiler için kullanılacak kereste veya her türlü zırh gibi şeyleri ihtiva etmediği müddetçe, Sarazenler ve imansızlarla sözleşebilir, pazarlık edebilir, ticaret edebilir, onlarla ilişki kurmak için diğer gerekli işleri yapabilirler. Ayrıca Kral Alfonso, halefleri ve Prens, elde ettikleri ve illerde elde edecekleri illerde ve adalarda kilise, manastır ve sair mukaddes yerler kurabilir ya da kurulmasına vesile olabilir. Bu mukaddes yerlere kilise üyelerini, gönüllü olan seküler kimseleri ve müsaade alan çilekeşleri<sup>44</sup> gönderebilir, bu kimseler de ömür boyu oralarda kalabilir, günah çıkaranaın itiraflarını dinleyebilir, kefareti bize münhasır günahlar hariç olmak üzere itiraf edenleri affedebilir ve dini ayin düzenleyebilirler. Kral Alfonso'ya, haleflerine, ondan sonra gelecek tüm Portekiz Krallarına ve Prense bu hakkı tanıdık.

Tüm kullarının günahları bağışlansın diye Efendimiz İsa Mesih'in dökülen kanı aşkına Tanrıya yalvarırız ki, bu ebedi fermada belirtilen yasaklar çiğnenmesin. Dünyanın neresinde olursa olsun, hangi devlete, zümreye, taabi olursa olsun, hangi kralın, kraliçenin, dükün, piskoposun, dini ya da dünyevi otoritenin altında olursa olsun, hiçbir Hristiyan silah, demir, inşaat kerestesi ve yasaklanan sair eşyayı Sarazenlere, imansızlara, paganlara ya da Kral Alfonso mülkünde olan illere, adalara, limanlara, denizlere asla taşımasın. Kral Alfonso'dan, haleflerinden ve Prens'ten hususi izin alınmadan bu sulara hiçbir emtia götürülmesin, bu sulara seyrüsefer edilmesin, balık avlanmasın, bu illere, adalara, limanlara ve denizlere karışılmasın. Kral Alfonso'nun, haleflerinin, Prens'in mülklerinden faydalanmalarına ve fetihlerine doğrudan ya da dolaylı engel olunmasın. Bunlara her kim karşı gelirse; Sarazenlere yasak malları ulaştıranların cezası zaten bellidir, burada da aynı ceza uygulanır. Eğer fail tek bir kişiye aforoz<sup>45</sup> edilecektir. Eğer fail bir topluluk, kent, kale, köy ise

<sup>44</sup> Bir nevi derviş. Esas metinde “*mendicantium ordinum regulares*” yani çilekeşler birliğine dâhil olanlar ifadesiyle Dominiken veya Fransiskan gibi tarikatlere üye olanlar kastedilir. Müsaade yani “*superiorum tamen suorum licentia*” ile de dâhil olunan düzendeki amirin (şeyhin) izni kastedilir.

<sup>45</sup> “*Latince'si excommunicatio olan aforoz Türkçe'ye, Yunanca 'dışarıda bırakma, dışarı çıkarma, kovma' mânalarına gelen aphorozein sözünden geçmiştir.*” Bkz; “*Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*”, İSAM - İslam Araştırmaları Merkezi, 1.cilt, “*Aforoz*” maddesi, İstanbul 1988, s.412.

bu topluluk, kent, kale, köy için *interdictum*<sup>46</sup> uygulanacaktır. Topluca veya bireysel olarak bu ihlali sürdürenlerin aforoz ve *interdictum* cezaları affolunmaz, meğerki Kral Alfonso, halefleri ve Prens verilen zarardan ötürü tatmin edilsin ya da dostane şekilde kabul buyursunlar. Bu Apostolik emri muhterem kardeşlerimiz Lizbon başpiskoposu ile Silves ve Septe piskoposlarına gönderiyoruz ki, onlar ister bizzat ister tayin edecekleri kimseler vasıtasıyla Pazar günü veya başka ayın günlerinde, Kral Alfonso ve halefleri ve Prens aleyhine bu suçları işleyenlerin cezalandırılacağını kalabalığa duyursunlar. Ahali de *affedilene* kadar bu mücrimlerden uzak olsun. Bu emirleri ihlal edenler kilise tarafından soruşturmaya taabi tutulur, karar temyiz edilemez, buna ilişkin apostolik mevzuata aykırılık öne sürülemez. Etraflı incelememize dayanan bu mektuplarla belirtilen kararımız ebediyen geçerlidir, hiç kimse tarafından hiçbir sebeple sahtelik, gizlilik, geçersizlik gibi iddialarla inkâr edilemez. Herhangi bir kimse, herhangi bir otoriteyle, bilerek ya da bilmeden bu fermana aykırı hareket ederse söz konusu eylem ve işlemler geçersizdir. İşbu mektupları her yere göndermek zor olduğundan gönderilen nüshaların aslına sadık kopyaları resmi makamlarca (*manu publica*) çıkartılıp piskoposluk mührüyle onaylanacak ve bu kopyalar aslı gibi itibar görecektir. İki ay içerisinde bu mektupların bir nüshası Lizbon katedralinin kapısına asılacak, bu andan itibaren bahsi geçen suçları işleyen kimselere bu mektubun bizzat tebliğ edildiği kabul edilecektir. Bu buyrultumuza kimse karşı gelmesin. Karşı gelenler bilsin ki Yüce Rabbin gazabı Aziz Petrus ve Aziz Pavlus'un öfkesi onların üzerinde olacaktır.

Roma, Aziz Petrus Bazilikası

Rabbimizin yılıyla 1454, Ocağın Altıncı günü<sup>47</sup>

Papalığımızın sekizinci yılında

<sup>46</sup> Roma hukukunda *Praetor*'un *imperium*'a dayanarak verdiği emir ve yasaklar *interdictum* olarak bilinir. Bkz; UMUR, Ziya, “Roma Hukuku Lügatı”, İÜHF Matbaası, İstanbul 1975, s.89. Kilise hukukuna göre *interdictum*, bir topluluğun *communio* ayininden dışlanmasıdır. Bkz; “*Codex Iuris Canonici*”, (1983), Canon 915; “*Ad sacram communionem ne admittantur excommunicati et interdicti post irrogationem vel declarationem poenae aliiue in manifesto gravi peccato obstinate perseverantes.*”

<sup>47</sup> Metnin Latincesi “*sexto idus Januarii*” yani “Ocağın altıncı günü” şeklindedir, oysa Davenport bunu İngilizciye “*on the eighth day of January*” yani “Ocağın sekizinci günü” olarak tercüme etmiştir. Üstelik belgenin yılı “1454” olduğu halde bu fermana ilişkin bölümün üst sayfalarında “1455” yılı yazar. Çeviri esnasında her iki metinden faydalanılsa da Türkçeye tercümesinde metnin Latincesi esas alınmıştır.



**EK.2.** İspanya'nın Yenidünya'da egemenlik hakkını tanıyan papalık fermanı.<sup>48</sup> (Çeviri yazara aittir. Çeviri metni altındaki tüm dipnotlar çevirenin notudur.)

**4 Mayıs 1493**

**Bulla Inter Caetera**<sup>49</sup>

Tanrı'nın hizmetkârlarının hizmetkârı, Piskopos Alexander. Dualarımız şanlı hükümdar evladımız, Kastilya, Leon, Aragon, Sicilya ve Granada'nın efendileri Kral Fernando ve Kraliçe İsabella üzerine olsun.

Katolik inancı ve Hıristiyan dini yüceltmek ve her yerde çoğaltıp yaymak, ruhların esenliğine özen gösterip barbar halkları alaşağı etmek ve imana getirmek, Rabbimizi memnun eden ve yüreğimizi sevindiren sair şeyler arasında<sup>50</sup> kesinlikle en üst sıralarda yer alır. Petrus'un Makamındaki bizler, mertebemiz yetmese de, mukaddes rahmet aşkına, yaptığınız hayırlı işlerden gerçek birer Katolik lider olduğunuzu görüyoruz. Sizler sadece heves etmekle kalmayıp her türlü çabayla, gayretle, zorluklara, harcamalara, tehlikelere aldırmadan, kanınız aksa bile bu amaca hizmet ediyorsunuz. Tüm çabanızı ve ruhunuzu nicedir bu amaca adadığınızı Granada'yı Sarazenlerin boyunduruğundan kurtarıp Rabbin adını yüceltmenizden biliyoruz. Bu kutsal ve övülmeye değer amacınızı ölümsüz Tanrımızı memnun edecek şekilde sürdürebilmeniz için size faydalı gelecek şeyleri size bağışlamayı görev bildik. Duyduk ki, Bu güne dek başarısız bir işi başarıp Granada'yı kurtararak Rabbi memnun ettiğiniz gibi evvelden kimsenin keşfetmediği uzak diyarları keşfetmek ve bu diyarlara da Katolik inancımızı ulaştırmak istersiniz. Daha önceden kimsenin yelken açmadığı bu uzak ülkeler ve adaları keşif için muhterem evladımız Christopher Columbus'u seçip emrine gemiler verdiniz. Onlar da Tanrının yardımıyla yelken açıp daha önceden kimsenin bilmediği bazı uzak adaları ve ülkeleri keşfettiler. Buralarda barış içinde yaşayan halkların, çıplak dolaşıp et yemediklerini bildirdiler. Dahası bu yerlerde yaşayanlar tek bir yaratıcı Tanrıya inanmış, Katolik inancımızı ve iyi ahlakımızı onlara öğretebiliriz. Umarız ki kurtarıcımız efendimiz İsa Mesih'in adını bu ülkelerde ve

<sup>48</sup> DAVENPORT, ss. 71-78.

<sup>49</sup> Papa III. Calixtus'un 3 Mart 1455 tarihli fermanı ve Papa VI. Alexander'in 3 Mayıs 1493 tarihli fermanı da aynı isimle anılır. Fakat 4 Mayıs 1493 tarihli "*Bulla Inter Caetera*" bu ismi ünlü yapan fermanıdır. Denizleri ortadan ikiye bölen o meşhur hat bu fermanla buyrulmuştur.

<sup>50</sup> Giriş kısmından sonra Latince metnin başında gelen "*inter cetera*" ibaresi "sair şeyler arasında" anlamına gelir. Bkz. "ve saire, vs." karşılığı "et cetera, etc." Fermanın adı ilk sözlerinden gelir.

adalarda duyurabiliriz. Christopher bu adalardan birinde bir kale inşa edip çevrede bilinmeyen yerleri keşif için bazı Hristiyanları görevlendirmiş. Hâlihazırda keşfedilen adalarda ve ülkelerde altın, baharat ve çok çeşitli tür ve nitelikte değerli şeyler bulunmuş. Katolik inancın yayılıp yükselmesi için atalarımızın izinden giden sizler, bu toprakları ve halklarını hükmünüz altına alıp onları Katolik inanca dâhil etme görevini üstlendiniz. Kurtarıcımızın adını bu diyarlara ulaştırmak şüphesiz takdire şayan bir görevdir. Dualarımız sizinle, bu seferi gayretle sürdürün, Rabbimiz İsa Mesih'in inayetiyle mukaddes emirlerimizden şaşmayın. Amacınız ve göreviniz bu diyarlarda yaşayan halkları Hristiyanlığa davet etmektir. Hiçbir meşakkat ya da tehlike sizi bu uğurdan döndürmesin, Yüce Tanrı size bu zor görevde yol göstere. Bu önemli işe yürekten kendinizi verebilmeniz için, Apostolik kudretimize dayanarak, İsa ve Petrus'un vekilliğini üstlenen bizler, sizin ya da sizin namınıza herhangi bir kimsenin talebi olmaksızın, res'en (*motu proprio*) bir lütufta bulunuyoruz. Arktik yani kuzey kutbundan Antarktik yani güney kutbuna kadar bir hat çekip batıya ve güneye doğru sizin görevlendirdiğiniz kimselerin keşfettikleri adaları ve karaları size bağlıyoruz. Tüm egemenlikleri, kentleri, kampları, yerleri, köyleri ve tüm haklarını, yetki alanları ve tesisleriyle birlikte, keşfedilmiş ve keşfedilecek tüm adalar ve anakaraları, sonsuza kadar size ve haleflerinize, Kastilya ve Leon'un hükümdarlarına aittir. Söz konusu hat, Azores ve Caboverde adalarının herhangi birinden (qualibet)<sup>51</sup> Hindistan istikametinde batıya ve güneye doğru yüz liga (centum leucis) uzakta bulunur. Ancak keşfedilen bu diyarların Rabbimizin yılıyla 1493 Noel'inden evvel bir başka Hristiyan kral veya prens'e ait olmaması gerekir. Aksi halde söz konusu yerlere ilişkin bağışımız geçersizdir. Size olan bir diğer mukaddes buyruğumuz ise keşfettiğiniz diyarlardaki halklara Katolik inancı ve iyi ahlaki öğretilerimizdir. Azores ve Caboverde adalarından yüz liga batıya düşen ve kuzey kutbundan güney kutbuna dünyamızı kat eden hattın, Hindistan'a doğru bulunmuş ve bulunacak adalara ve karalara, sizden ve haleflerinizden müsaade almadan ticaret yapmak ya da başka herhangi bir gerekçeyle gitmeye cüret eden kişiler, her kim olursa olsun afroz edilir, bunun aksine hüküm belirten buyruğumuz geçersizdir. Bütün hayırlı şeylerin, imparatorlukların ve hâkimiyetin kaynağı olan Rabbe ant olsun ki; O'nun kılavuzluğunda ilerleyerek bu mukaddes görevi üstlenirseniz çektığınız

<sup>51</sup> Bu ifadeyle belirsizlik yaratmaktan ziyade bahsi geçen adaların aynı boylam üzerinde bulunduğu zannedilerek hareket edilmiş olması daha muhtemeldir. Aksi halde tarafların nereden (qua) canı isterse (libet / libere) çizebileceği sınır çözümünden çok sorun yaratır. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

eziyetin meyvelerini tadarak Hristiyan âlemine mutluluk ve ihtişam katarsınız.

İşbu mektupları her yere göndermek zor olduğundan gönderilen nüshaların aslına sadık kopyaları resmi makamlarca (*manu publica*) çıkartılıp piskoposluk mührüyle onaylanacak ve bu kopyalar aslı gibi itibar görecektir. Bu buyruğumuza kimse karşı gelmesin. Karşı gelenler bilsin ki Yüce Rabbin gazabı Aziz Petrus ve Aziz Pavlus'un öfkesi onların üzerinde olacaktır.

Roma, Aziz Petrus Bazilikası

Rabbimizin yılıyla 1493, Mayısın Dördüncü günü

Papalığımızın ilk yılında

### III- İLGİLİ FERMANLARIN DENİZ HUKUKUNA ETKİSİ

Eskiden deniz, hava ve uzay hâkim olunabilecek yerler olarak görülmediğinden Hukuk'un konusu olmazdı. Günümüzde ise bu alanlar Milletlerarası Hukuk tarafından düzenlenmektedir. Deniz Hukuku, Milletlerarası Hukukun bir dalı olup deniz alanlarının (içsular, kara suları, bitişik bölge, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge, açık denizler, derin deniz yatağı) hukukî rejimini inceler ve devletlerin bu alanlarda birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini tespit eder.<sup>52</sup> Bu makalede incelenen belgeler Deniz Hukuku'nun oluşum evresine dairdir. Bu noktada Milletlerarası Hukuk'un oluşumunun diğer hukuk sistemlerinden farklı olduğu unutulmamalıdır. Söz gelimi Roma Hukuku için, “*Bir senatus magistrası'nın, meselâ consul'ün teklifi üzerine Roma halkının (populus) yaptığı lex'tir.*”<sup>53</sup> Dolayısıyla kanun'un (*lex*) ne şekilde kim tarafından yapıldığı bellidir. Lâkin milletlerarası hukukun üretiminde bunun gibi bir hâkim otorite bulunmaz. Neticede milletlerarası hukuk ile ulusal hukuk dizgeleri arasındaki en önemli fark budur.<sup>54</sup> O halde hâkim otorite olmaksızın hukuk yaratılabilir mi? Romalıların da dediği gibi “*Ubi societas, ibi ius est*” yani “*Nerede toplum varsa orada hukuk vardır*”. Öyleyse “*Hukuk*”un yaratım sürecinde esas olan toplumdur. Hâkim otoritenin olmadığı anarşist bir toplumun hukuk yaratım sürecine en güzel örnek “*Dil*”dir. Neticede dil de bir kurallar dizgesidir. Şu anda bu satırları okuyan siz okuyucular yazarla aynı gramer kuralları ve kavramlar konusunda

<sup>52</sup> GÜNDÜZ, Aslan, “Milletlerarası Hukuk”, Ed. Reşat Volkan Günel, 6. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2013, s.197.

<sup>53</sup> IUSTINIANUS, “*Institutiones*”, Tercüme: Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968, s.19. (*Institutiones liber II, titulus IV.*)

<sup>54</sup> DOĞAN, İlyas, “*Devletler Hukuku*”, Astana Yayınları, Ankara 2013, s.38-39.

uzlaştığınızdan bu okuduğunuzu anlayabilmektesiniz. Fakat bir dilin kurallarını kimin ne zaman koyduğunu bulamayız. Bir uzlaşma aracı olan dil nesiller boyu pek çok insanın belirli kavram ve kurallar konusunda bir ortak kullanım yaratmasıyla ortaya çıkmış olsa gerekir. Sözgelimi “ben” ve “sen” gibi seslerin “kişinin kendisi” ve “karşısında konuştuğu kişi” gibi belirli bir anlama karşılık gelmesine kimin ne zaman karar verdiği asla bilinemez. Bunlar yazıdan, uygarlıktan, devletten, hukuktan çok ama çok eski kurallardır. Neyse ki konumuz bu kadar kadim değildir. Milletlerarası teamüller yani örf ve adet de dil gibi belirli bir süreçte oluşur. O halde “*Si societas universalis sit, tunc enim iuris inter gentes sunt*” yani “Milletlerarası toplum varsa milletlerarası hukuk vardır” diyebiliriz.<sup>55</sup> Nasıl ki dil bilinçle oluşur, hukuk da öyledir. Bir dilin veya hukukun oluşumu için toplumsal bilinç gerektiği gibi milletlerarası hukukun oluşumu için de milletlerarası sosyal bilinç gerekir.<sup>56</sup> Böylece milletlerarası toplumun yarattığı dizge uygulanır. Fakat bu milletlerarası toplumun kendisini oluşturan kişilerden gayri bir kişiliği olup olmadığı tartışma konusudur.<sup>57</sup> Antlaşmalar, teamül, hukukun genel prensipleri, mahkeme kararları ve öğreti bu milletlerarası dizgenin kaynaklarıdır.<sup>58</sup> Burada milletlerarası teamülleri yazısız kaynak, diğerlerini ise yazılı kaynak olarak ele alabiliriz.<sup>59</sup> Bu dizgenin tedrici gelişimi bir kodifikasyonla da sonuçlanabilir.<sup>60</sup> Sözgelimi 1930 Hague Konferansı,<sup>61</sup> 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri,<sup>62</sup> 1982 Konvansiyonu<sup>63</sup> ile ortaya konulan kurallar literatürde tahlil edilmiş fakat 15. yüzyılda başlayan oluşum süreci yeteri

<sup>55</sup> Bu ifadeler yazar tarafından uydurulmuştur.

<sup>56</sup> ELÇİN ERTUĞRUL, Ümmühan, “Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu”, Yetkin, Ankara 2012, s.26-27.

<sup>57</sup> AYBAY, Rona, “Kamusal Uluslararası Hukuk”, Seçkin, Ankara 2011, s.13.

<sup>58</sup> ACER, Yücel / KAYA, İbrahim, “Uluslararası Hukuk”, Seçkin, Ankara 2014, s.50.

<sup>59</sup> RENÇBER, Kamuran, “Uluslararası Hukuk”, Dora, Bursa 2014, s.67-68.

<sup>60</sup> BOZKURT, Enver / KÜTÜKÇÜ, M.Akif / POYRAZ, Yasin, “Devletler Hukuku”, Yetkin, Ankara 2012, s.37.

<sup>61</sup> CANCA, Hakan Selim, “Denizde İşlenen Suçlar”, Seçkin, Ankara 2012, s.27; Milletler Cemiyeti’nin düzenlediği bu konferansta sadece karasularına ilişkin taslak metin hazırlanabilmiştir.

<sup>62</sup> KURAN, Selami, “Uluslararası Deniz Hukuku”, Beta, İstanbul 2014, s.3; Türkiye bu sözleşmelere taraf değildir.

<sup>63</sup> PAZARCI, Hüseyin, “Uluslararası Hukuk”, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Ankara 2010, s.256; Türkiye taraf olmadığı gibi karşı oy kullanmıştır. Ayrıca; PAZARCI, Hüseyin, “Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları”, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.107-110.

kadar tahlil edilmemiştir. Konuya ilişkin “*Bulla Romanus Pontifex*” ve “*Bulla Inter Caetera*” gibi önemli belgelerin Türkçe tercümeleri bugüne kadar yapılmamıştır.

Tercüme ettiğimiz fermanlardan ilkinde Papa Portekiz Kralına Afrika sahillerini yani “*Bojador burnu ve Não’burnundan itibaren tüm Gine sahilleri ve ötesi*”ni bağışlar. Ötesi ifadesinin ne kadar uzakları kastettiği belli olmamakla birlikte bu yola çıkarken ulaşılmak istenen hedefin Hindistan olması hasebiyle “*ötesi*”nin Hindistan’a kadar olduğu tahmin olunur. Papa’nın diğer fermanında ise batıdaki bilinmez sular İspanya Kralına bağışlanır; “*Arktik yani kuzey kutbundan Antarktik yani güney kutbuna kadar bir hat çekip batıya ve güneye doğru sizin görevlendirdiğiniz kimselerin keşfettikleri adaları ve karaları size bağışlıyoruz. (...) Söz konusu hat, Azores ve Caboverde adalarının herhangi birinden (qualibet) Hindistan istikametinde batıya ve güneye doğru yüz liga (centum leucis) uzakta bulunur.*” Bu halde papa Akdeniz ve Kuzey Atlantik haricindeki tüm denizleri Portekiz ve İspanya egemenliğine sunmuş oluyordu. Papa’nın böyle bir yetkisi olmasa da İspanya ve Portekiz denizlerdeki egemenlik iddialarını bu fermanlara dayandırmıştır. Bu iddiaların sebep olduğu tartışmalar üzerine zamanla Milletlerarası Deniz Hukuku bina edilecektir. Sözelimi Grotius’un bu konudaki eseri “*Denizlerin Serbestisi*”<sup>64</sup> de bu makalede ele alınan belgelere yönelik eleştirilerden oluşur. Deniz üzerinde daha erken tarihli kimi egemenlik iddiaları olduğu da öne sürülebilir fakat milletlerarası tartışmaları başlatıp bu yönde teamüllerin oluşumuna etki eden Portekiz ve İspanyanın tüm okyanuslara egemen olduğunu iddia etmesi olmuştur. Bu durum kıta sahanlığı üzerine tartışmaları başlatan Truman Bildirisi’ne (28.09.1945)<sup>65</sup> benzer bu açıdan. Nihayetinde bir hak iddiası diğer devletlere örnek olup bu yönde benzer uygulamaların başlamasına yol açar.

## KAYNAKÇA

“*Codex Iuris Canonici*”, Vatikan 1983.

“*Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*”, İSAM - İslam Araştırmaları Merkezi, 1.cilt, İstanbul 1988.

“*Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*”, İSAM - İslam Araştırmaları Merkezi, 26.cilt, İstanbul 2002.

<sup>64</sup> GROTIUS, Hugo, “*Mare Liberum / Denizlerin Serbestisi*”, çev. Erkut Ziya Sivrikaya, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

<sup>65</sup> GÖKALP, İbrahim, “*Milletlerarası Adalet Divanının Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler*”, Beta, İstanbul 2008, s.7.

- ACER, Yücel / KAYA, İbrahim, “*Uluslararası Hukuk*”, Seçkin, Ankara 2014.
- ALLIES, Thomas William, “*The see of st. Peter, the rock of the Church, the source of jurisdiction and the centre of unity*”, Burns and Lambert, London 1850.
- AYBAY, Atilla, Aydın, Gündüz, Rona, “*Denizciler, İşletmeciler ve Yöneticiler için Deniz Hukuku*”, Ed. Gündüz Aybay, Aybay Yayınları, İstanbul 1998.
- AYBAY, Rona, “*Kamusal Uluslararası Hukuk*”, Seçkin, Ankara 2011.
- BARONII, Caesaris, “*Annales Ecclesiastici*”, cilt.28 (1424-1453), Barri-Ducis, Paris 1874.
- BOZKURT, Enver / KÜTÜKÇÜ, M.Akif / POYRAZ, Yasin, “*Devletler Hukuku*”, Yetkin, Ankara 2012.
- BOZKURT, Tamer, “*Ticaret Hukuku – Cilt V*”, On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2016.
- BROTTON, Jerry, “*A History of the World in Twelve Maps*”, Penguin Books, London 2013.
- CANCA, Hakan Selim, “*Denizde İşlenen Suçlar*”, Seçkin, Ankara 2012.
- DAVENPORT, Frances Gardiner (Ed.), “*European Treaties bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648*”, Carnegie Institution of Washington, Washington D.C. 1917.
- DOĞAN, İlyas, “*Devletler Hukuku*”, Astana Yayınları, Ankara 2013.
- DÜRÜŞKEN, Çiğdem, “*Descartes Latince Öğreniyor*”, 2.Baskı, Alfa Basım Yayım, İstanbul 2017.
- ELÇİN ERTUĞRUL, Ümmühan, “*Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*”, Yetkin, Ankara 2012.
- GÖKALP, İbrahim, “*Milletlerarası Adalet Divanının Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler*”, Beta, İstanbul 2008.
- GROTIUS, Hugo, “*Mare Liberum / Denizlerin Serbestisi*”, çev. Erkut Ziya Sivrikaya, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- GÜNDÜZ, Aslan, “*Milletlerarası Hukuk*”, Ed. Reşat Volkan Günel, 6. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2013.
- GÜNDÜZ, Aslan, “*Milletlerarası Hukuk*”, Ed. Reşat Volkan Günel, 6. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2013.
- HENDERSON, Ernst F, “*Select Historical Documents of the Middle Ages*”, George Bell & Sons, London 1903.

- IUSTINIANUS, “*Institutiones*”, Tercüme: Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968.
- JORDÃO, Levy Maria (Ed.), “*Bullarium patronatus Portugalliae regum in ecclesiis Africae, Asiae atque Oceaniae: bullas, brevia, epistolas, decreta actaque Sanctae Sedis ab Alexandro III ad hoc usque tempus amplectens*”, Ex Typographia Nationali, Lizbon 1868, 1. cilt.
- KABAĞAÇ, Sina & ALOVA, Erdal, “*Latince Türkçe Sözlük*”, Sosyal Yayınlar, İstanbul 1995.
- KURAN, Selami, “*Uluslararası Deniz Hukuku*”, Beta, İstanbul 2014.
- MESERVE, Margaret, “*Papal Bull: Print, Politics and Propoganda in Renaissance Rome*”, Johns Hopkins University Press, Baltimore 2021.
- MYERS, Philip Van Ness, “*Mediaeval and Modern History*”, Ginn & Company, Athenaeum Press, Boston 1905.
- NUTKİ, Süleyman, “*Kamûs-i Bahrî / Deniz Sözlüğü*”, (Çev.) Mustafa Pultar, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011.
- ORTALLI, Gherardo, “*Venice and Papal Bans on trade with the levant: The role of the jurist*”, *Mediterranean Historical Review* (1995), 10 (1-2), pp.242–258.
- ÖZBARAN, Salih, “*Avrupanın Okyanuslarda Yayılması ve Akdeniz Dünyası*” başlıklı bölüm, “*Türk Denizcilik Tarihi*”, Cilt 1, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, TC. Deniz Basımevi, İstanbul 2009.
- PAZARCI, Hüseyin, “*Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*”, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- PAZARCI, Hüseyin, “*Uluslararası Hukuk*”, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Ankara 2010.
- RENÇBER, Kamuran, “*Uluslararası Hukuk*”, Dora, Bursa 2014.
- SCOTT, William, “*Demythologizing the Papal Bull Inter Caetera*” *Philippine Studies* 35, no. 3 (1987): 348-56.
- TDK, “*Türkçe Sözlük*”, 9. Baskı, 2. Cilt (K-Z), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1998.
- TUĞLACI, Pars, “*a Dictionary of Economic and Legal Terms*”, Sermet Press, İstanbul 1966.
- UMUR, Ziya, “*Roma Hukuku Lügati*”, İÜHF Matbaası, İstanbul 1975.
- WIEDEMANN, Benedict, “*The kingdom of Portugal, homage and papal ‘fiefdom’ in the second half of the twelfth Century*”, *Journal of Medieval History* (2015), 41:4, 432-445.
- YILMAZ, Ejder, “*Hukuk Sözlüğü*”, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

## **CEVİRİNİN YAPILDIĞI ESAS METİNLER**

### **Bulla Romanus Pontifex**

Nicolaus episcopus, servus servorum Dei. Ad perpetuam rei memoriam.

**Romanus pontifex**, regni celestis clavigeri successor et vicarius Jhesu Christi, cuncta mundi climata omniumque nationum in illis degentium qualitates paterna consideratione discutiens, ac salutem querens et appetens singulorum, illa propensa deliberatione salubriter ordinat et disponit que grata Divine Majestati fore conspicit et per que oves sibi divinitus creditas ad unicum ovile dominicum reducat, et acquirat eis felicitatis eterne premium, ac veniam impetret animabus; que eo certius auctore Domino provenire credimus, si condignis favoribus et specialibus gratiis eos Catholicos prosequamur reges et principes, quos, veluti Christiane fidei athletas et intrepidus pugiles, non modo Saracenorum ceterorumque infidelium Christiani nominis inimicorum feritatem reprimere, sed etiam ipsos eorumque regna ac loca, etiam in longissimis nobisque incognitis partibus consistentia, pro defensione et augmento fidei hujusmodi debellare, suoque temporali dominio subdere, nullis parcendo laboribus et expensis facti evidentia cognoscimus, ut reges et principes ipsi, sublatis quibusvis dispendiis, ad tam saluberrimum tamque laudabile prosequendum opus peramplius animentur.

Ad nostrum siquidem nuper, non sine ingenti gaudio et nostre mentis letitia, pervenit auditum, quod dilectus filius nobilis vir, Henricus, infans Portugalie, carissimi in Christo filii nostri Alfonsi Portugalie et Algarbii regnorum regis illustris patruus, inherens vestigiis clare memorie Johannis, dictorum regnorum regis, ejus genitoris, ac zelo salutis animarum et fidei ardore plurimum succensus, tanquam Catholicus et verus omnium Creatoris Christi miles, ipsiusque fidei acerrimus ac fortissimus defensor et intrepidus pugil, ejusdem Creatoris gloriosissimum nomen per universum terrarum orbem etiam in remotissimis et incognitis locis divulgari, extolli, et venerari, nec non illius ac vivifice qua redempti sumus Crucis inimicos perfidos, Sarracenos videlicet ac quoscunque alios infideles, ad ipsius fidei gremium reduci, ab ejus ineunte etate totis aspirans viribus post Ceptensem civitatem, in Affrica consistentem, per dictum Johannem Regem ejus subactam dominio, et post multa per ipsum infantem nomine tamen dicti regis contra hostes et infideles predictos, quandoque etiam in propria persona, non absque maximis laboribus et expensis, ac rerum et personarum periculis et jactura, plurimorumque naturalium suorum cede, gesta bella, ex tot tantisque laboribus, periculis, et damnis non fractus nec territus, sed ad



hujusmodi laudabilis et pii propositi sui prosecutionem in dies magis atque magis exardescens, in oceano mari quasdam solitarias insulas fidelibus populavit, ac fundari et construi inibi fecit ecclesias et alia loca pia, in quibus divina celebrantur officia. Ex dicti quoque infantis laudabili opera et industria, quamplures diversarum in dicto mari existentium insularum incole seu habitatores ad veri Dei cognitionem venientes, sacrum baptisma susceperunt ad ipsius Dei laudem et gloriam, ac plurimorum animarum salutem, orthodoxe quoque fidei propagationem, et divini cultus augmentum. Preterea cum olim ad ipsius infantis pervenisset notitiam, quod nunquam vel saltem a memoria hominum non consuevisset per hujusmodi oceanum mare versus meridionales et orientales plagas navigari, illudque nobis occiduis adeo foret incognitum, ut nullam de partium illarum gentibus certam notitiam haberemus, credens se maximum in hoc Deo prestare obsequium, si ejus opera et industria mare ipsum usque ad Indos qui Christi nomen colere dicuntur, navigabile fieret, sicque cum eis participare, et illos in Christianorum auxilium adversus Sarracenos et alios hujusmodi fidei hostes commovere posset, ac nonnullos gentiles seu paganos nefandissimi Machometi secta minime infectos populos inibi medio existentes continuo debellare, eisque incognitum sacratissimum Christi nomen predicare ac facere predicari, regia tamen semper auctoritate munitus, a viginti quinque annis, citra exercitum ex dictorum regnorum gentibus, maximis cum laboribus, periculis, et expensis in velocissimis navibus, caravelis nuncupatis, ad perquirendum mare et provincias maritimas versus meridionales partes et polum antarcticum, annis singulis fere mittere non cessavit; sicque factum est, ut cum naves hujusmodi quamplures portus, insulas, et maria perlustrassent, et occupassent, ad Guineam provinciam tandem pervenirent, occupatisque nonnullis insulis, portibus, ac mari eidem provincie adjacentibus, ulterius navigantes ad hostium cujusdam magni fluminis Nili communiter reputati pervenirent, et contra illarum partium populos nomine ipsorum Alfonsi Regis et infantis, per aliquos annos guerra habita extitit, et in illa quamplures inibi vicine insule debellate ac pacifice possesse fuerunt, prout adhuc cum adjacenti mari possidentur. Ex inde quoque multi Guinei et alii nigri vi capti, quidam etiam non prohibitarum rerum permutatione, seu alio legitimo contractu emptionis ad dicta sunt regna transmissi; quorum inibi in copioso numero ad Catholicam fidem conversi extiterunt, speraturque, divina favente clementia, quod si hujusmodi cum eis continuetur progressus, vel populi ipsi ad fidem convertentur, vel saltem multorum ex eis anime Christo lucrifient.

Cum autem sicut accepimus, licet rex et infans prefati, qui cum tot tantisque periculis, laboribus, et expensis, nec non perditione tot naturalium regnorum hujusmodi, quorum inibi quamplures perierunt, ipsorum naturalium duntaxat freti auxilio provincias illas perlustrari fecerunt ac portus, insulas, et maria hujusmodi acquisiverunt et possederunt, ut preferatur, ut illorum veri domini, timentes ne aliqui cupiditate ducti, ad partes illas navigarent, et operis hujusmodi perfectionem, fructum, et laudem sibi usurpare vel saltem impedire cupientes, propterea seu lucri commodo, aut malitia, ferrum, arma, ligamina, aliasque res et bona ad infideles deferri prohibita portarent, vel transmitterent, aut ipsos infideles navigandi modum edocerent, propter que eis hostes fortiores ac duriores fierent, et hujusmodi prosecutio vel impediretur, vel forsitan penitus cessaret, non absque Dei magna offensa et ingenti totius Christianitatis obprobrio, ad obviandum premissis ac pro suorum juris et possessionis conservatione, sub certis tunc expressis gravissimis penis prohibuerint et generaliter statuerint quod nullus, nisi cum suis nautis et navibus et certi tributi solutione obtentaque prius desuper expressa ab eodem rege vel infante licentia, ad dictas provincias navigare aut in earum portibus contractare seu in mari piscari presumeret; tamen successu temporis evenire posset, quod aliorum regnorum seu nationum persone, invidia, malitia, aut cupiditate ducti, contra prohibitionem predictam, absque licentia et tributi solutione hujusmodi, ad dictas provincias accedere, et in sic acquisitis provinciis, portibus, insulis, ac mari, navigare, contractare, et piscari presumerent, et exinde inter Alfonsum Regem ac infantem, qui nullatenus se in hiis sic deludi paterentur, et presumentes predictos quamplura odia, rancores, dissensiones, guerre, et scandala in maximam Dei offensam et animarum periculum verisimiliter subsequi possent et subsequerentur—Nos, premissa omnia et singula debita meditatione pensantes, ac attendentes quod cum olim prefato Alfonso Regi quoscunque Sarracenos et paganos aliosque Christi inimicos ubicunque constitutos, ac regna, ducatus, principatus, dominia, possessiones, et mobilia ac immobilia bona quecunque per eos detenta ac possessa invadendi, conquirendi, expugnandi, debellandi, et subjugandi, illorumque personas in perpetuam servitutem redigendi, ac regna, ducatus, comitatus, principatus, dominia, possessiones, et bona sibi et successoribus suis applicandi, appropriandi, ac in suos successorumque suorum usus et utilitatem convertendi, aliis nostris litteris plenam et liberam inter cetera concesserimus facultatem, dicte facultatis obtentu idem Alfonsus Rex, seu ejus auctoritate predictus infans, juste et legitime insulas, terras, portus, et maria hujusmodi acquisivit ac possedit et possidet, illaque ad eundem

Alfonsum Regem et ipsius successores de jure spectant et pertinent, nec quisvis alius etiam Christifidelis absque ipsorum Alfonsi Regis et successorum suorum licentia speciali de illis se hactenus intromittere licite potuit nec potest quoquomodo, ut ipsi Alfonsus Rex ejusque successores et infans eo ferventius huic tam piissimo ac preclaro et omni evo memoratu dignissimo operi, in quo cum in illo animarum salus, fidei augmentum, et illius hostium depressio procurentur, Dei ipsiusque fidei ac reipublice, universalis ecclesie rem agiconspicimus, insistere valeant et insistant, quo, sublatis quibusvis dispendiis amplioribus, se per nos et Sedem Apostolicam favoribus ac gratiis munitos fore conspexerint, de premissis omnibus et singulis plenissime informati, motu proprio, non ad ipsorum Alfonsi Regis et infantis vel alterius pro eis nobis super hoc oblate petitionis instantiam, maturaque prius desuper deliberatione prehabita, auctoritate apostolica et ex certa scientia, de apostolice potestatis plenitudine, litteras facultatis prefatas, quarum tenores de verbo ad verbum presentibus haberi volumus pro insertis, cum omnibus et singulis in eis contentis clausulis, ad Ceptensem et predicta ac quecunque alia etiam ante data dictarum facultatis litterarum acquisita, et ad ea, que imposterum nomine dictorum Alfonsi regis suorumque successorum et infantis, in ipsis ac illis circumvicinis et ulterioribus ac remotioribus partibus, de infidelium seu paganorum manibus acquiri poterunt provincias, insulas, portus, et maria quecunque extendi et illa sub eisdem facultatis litteris comprehendendi, Ipsarumque facultatis et presentium litterarum vigore jam acquisita et que in futurum acquiri contigerit, postquam acquisita fuerint, ad prefatos regem et successores suos ac infantem, ipsamque conquestam quam a capitibus de Bojador et de Nam usque per totam Guineam et ultra versus illam meridionalem plagam extendi harum serie declaramus etiam ad ipsos Alfonsum Regem et successores suos ac infantem et non ad aliquos alios spectasse et pertinuisse ac imperpetuum spectare et pertinere de jure, Necnon Alfonsum Regem et successores suos ac infantem predictos in illis et circa ea quecunque prohibitiones, statuta, et mandata, etiam penalia, et cum cujusvis tributi impositione facere, ac de ipsis ut de rebus propriis et aliis ipsorum dominiis disponere et ordinare potuisse ac nunc et in futurum posse libere ac licite tenore presentium decernimus et declaramus.

Ac pro potioris juris et cautele suffragio, jam acquisita et que imposterum acquiri contigerit, provincias, insulas, portus, loca, et maria, quecunque, quotcunque, et qualiacunque fuerint, ipsamque conquestam a capitibus de Bojador et de Nom predictis Alfonso Regi et successoribus suis, regibus dictorum regnorum, ac infanti prefatis, perpetuo donamus, concedimus, et

appropriamus per presentes. Preterea cum id ad perficiendum opus hujusmodi multipliciter sit oportunum [concedimus] quod Alfonsus Rex et successores ac infans predicti, nec non persone quibus hoc duxerint, seu aliquis eorum duxerit committendum, illius dicto Johanni Regi per felicis recordationis Martinum V, et alterius indultorum etiam inclite memorie Eduardo eorundem regnorum regi, ejusdem Alfonsi Regis genitori, per pie memorie Eugenium IV, Romanos pontifices, predecessores nostros, concessorum versus dictas partes cum quibusvis Sarracenis et infidelibus, de quibuscunque rebus et bonis ac victualibus, emptiones et venditiones prout congruerit facere, nec non quoscunque contractus inire, transigere, pacisci, mercari, ac negociari, et merces quascunque ad ipsorum Sarracenorum et infidelium loca, dummodo ferramenta, ligamina, funes, naves, seu armaturarum genera non sint, deferre, et ea dictis Sarracenis et infidelibus vendere, omnia quoque alia et singula in premissis et circa ea oportuna vel necessaria facere, gerere, vel exercere: ipsique Alfonsus Rex, successores, et infans in jam acquisitis et per eum acquirendis provinciis, insulis, ac locis, quascunque ecclesias, monasteria, et alia pia loca fundare ac fundari et construi [curare], nec non quascunque voluntarias personas ecclesiasticas, seculares, quorumvis etiam mendicantium ordinum regulares, de superiorum tamen suorum licentia, ad illa transmittere, ipseque persone inibi etiam quoad vixerint commorari, ac quorumcunque in dictis partibus existentium vel accedentium confessiones audire, illisque auditis in omnibus preterquam sedi predictae reservatis, casibus, debitam absolutionem impendere, ac penitentiam salutarem injungere, nec non ecclesiastica sacramenta ministrare valeant libere ac licite decernimus, ipsique Alfonso et successoribus suis Regibus Portugalie, qui erunt imposterum et infanti prefato concedimus et indulgemus; ac universos et singulos Christi fideles ecclesiasticos, seculares, et ordinum quorumcunque regulares, ubilibet per orbem constitutos, cujuscunque status, gradus, ordinis, conditionis, vel preeminentie fuerint, etiamsi archiepiscopali, episcopali, imperiali, regali, reginali, ducali, seu alia quacunque majori ecclesiastica vel mundana dignitate prefulgeant, obsecramus in Domino et per aspersionem sanguinis Domini nostri Jhesu Christi, cujus ut premittitur res agitur, exhortamur, eisque in remissionem suorum peccaminum injungimus, nec non hoc perpetuo prohibitionis edicto districtius inhibemus, ne ad acquisita seu possessa nomine Alfonsi Regis aut in conquesta hujusmodi consistentia provincias, insulas, portus, maria, et loca quecunque seu alias ipsis Sarracenis, infidelibus, vel paganis arma, ferrum, ligamina, aliaque a jure Sarracenis deferri prohibita quoquomodo, vel etiam absque speciali ipsius

Alfonsi Regis et successorum suorum et infantis licentia, merces et alia a jure permissa deferre, aut per maria hujusmodi navigare, seu deferri vel navigari facere, aut in illis piscari, seu de provinciis, insulis, portibus, maribus, et locis, seu aliquibus eorum, aut de conquesta hujusmodi se intromittere, vel aliquid per quod Alfonsus Rex et successores sui et infans predicti quo minus acquisita et possessa pacifice possideant, acconquestam hujusmodi prosequantur et faciant, per se vel alium seu alios, directe vel indirecte, opere vel consilio, facere, aut impedire quoquo modo presumant.

Qui vero contrarium fecerint, ultra penas contra deferentes arma et alia prohibita Sarracenis quibuscunque a jure promulgatas, quas illos incurrere volumus ipso facto, si persone fuerint, singulares excommunicationis sententiam incurrant, si communitas vel universitas civitatis, castri, ville, seu loci, ipsa civitas, castrum, villa, seu locus interdicto subjaceant eo ipso; nec contrafacientes ipsi vel aliqui eorum ab excommunicationis sententia absolvantur, nec interdicti hujusmodi relaxationem, apostolica vel alia quavis auctoritate obtinere possint, nisi ipsis Alfonso et successoribus suis ac infanti prius propremissis congrue satisfecerint, aut desuper amicabiliter concordaverint cum eisdem. Mandantes per apostolica scripta venerabilibus fratribus nostris Archiepiscopo Ulixbonensi et Silvensi ac Ceptensi Episcopis, quatenus ipsi vel duo aut unus eorum, per se vel alium seu alios, quotiens pro parte Alfonsi Regis et illius successorum ac infantis predictorum vel alicujus eorum desuper fuerint requisiti, vel aliquis ipsorum fuerit requisitus, illos quos excommunicationis et interdicti sententias hujusmodi incurrisse constiterit, tamdiu dominicis aliisque festivis diebus in ecclesiis, dum inibi major populi multitudo convenerit ad divina, excommunicatos et interdictos aliisque penis predictis innodatos fuisse et esse, auctoritate apostolica declarent et denuntient; nec non ab aliis nuntiari et ab omnibus arctius evitari faciant, donec pro premissis satisfecerint seu concordaverint, ut prefertur; contradictores per censuram ecclesiasticam, appellatione postposita, compescendo, non obstantibus constitutionibus et ordinationibus apostolicis ceterisque contrariis quibuscunque.

Ceterum, ne presentes littere, que a nobis de nostra certa scientia et matura desuper deliberatione prehabita emanarunt, ut prefertur, de surreptionis vel obreptionis aut nullitatis vitio a quoquam imposterum valeant impugnari, volumus, et auctoritate, scientia, ac potestate predictis, harum serie decernimus pariter et declaramus, quod dicte littere et in eis contenta de surreptionis, obreptionis, vel nullitatis, etiam ex ordinarie vel alterius cujuscunque potestatis, aut quovis alio defectu, impugnari,

illarumque effectus retardari vel impediri nullatenus possint, sed imperpetuum valeant, ac plenam obtineant roboris firmitatem; irritum quoque sit et inane si secus super hiis a quoquam quavis auctoritate, scienter vel ignoranter, contigerit attemptari. Et insuper, quia difficile foret presentes nostras litteras ad quecunque loca deferre, volumus, et dicta auctoritate harum serie decernimus, quod earum transumpto, manu publica et sigillo episcopalis vel alicujus superioris ecclesiastice curie munito, plena fides adhibeatur et perinde stetur, ac si dicte originales littere forent exhibite vel ostense; et excommunicationis alieque sententie in illis contente infra duos menses, computandos a die qua ipse presentes littere seu carte vel membrane earum tenorem in se continentes valvis ecclesie Ulixbonensi affixe fuerint, perinde omnes et singulos contra facientes supradictos ligent, ac si ipse presentes littere eis personaliter et legitime intimate ac presentate fuissent. Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostre declarationis, constitutionis, donationis, concessionis, appropriationis, decreti, obsecrationis, exhortationis, injunctionis, inhibitionis, mandati, et voluntatis infringere, vel ei ausu temerario contraire. Si quis autem hoc attemptare presumpserit, indignationem Omnipotentis Dei et beatorum Petri et Pauli apostolorum ejus se noverit incursum.

Datum Rome apud Sanctum Petrum, anno Incarnationis Dominice millesimo quadringentesimo quinquagesimo quarto, sexto idus Januarii, pontificatus nostri anno octavo.

### **Bulla Inter Caetera**

Alexander episcopus, servus servorum Dei: carissimo in Christo filio Fernando regi, et carissime in Christo filie Elisabeth regine Castelle, Legionis, Aragonum, Sicilie, et Granate, illustribus, salutem et apostolicam benedictionem.

**Inter cetera** Divine Majestati beneplacita opera et cordis nostri desiderabilia, illud profecto potissimum existit, ut fides Catholica et Christiana religio nostris presertim temporibus exaltetur, ac ubilibet amplietur et dilatetur, animarumque salus procuretur, ac barbare nationes deprimantur et ad fidem ipsam reducantur.

Unde cum ad hanc Sacram Petri Sedem, divina favente clementia, meritis licet imparibus, evocati fuerimus, cognoscentes vos, tanquam veros Catholicos reges et principes, quales semper fuisse novimus, et a vobis preclare gesta toti pene jam orbi notissima demonstrant, nedum id exoptare, sed omni conatu, studio, et diligentia, nullis laboribus, nullis impensis, nullisque parcendo periculis, etiam proprium sanguinem effundendo, efficere, ac omnem animum vestrum omnesque conatus ad hoc jam dudum

dedicasse -- quemadmodum recuperatio regni Granate a tyrannide Saracenorum hodiernis temporibus per vos, cum tanta Divini Nominis gloria facta, testatur -- digne ducimur non immerito, et debemus illa vobis etiam sponte et favorabiliter concedere, per que hujusmodi sanctum et laudabile ac immortalis Deo acceptum propositum in dies ferventiori animo ad ipsius Dei honorem et imperii Christiani propagationem prosequi valeatis.

Sane accepimus quod vos, qui dudum animo proposueratis aliquas insulas et terras firmas, remotas et incognitas ac per alios hactenus non repertas, querere et invenire, ut illarum incolas et habitatores ad colendum Redemptorem nostrum et fidem Catholicam profitendum reduceretis, hactenus in expugnatione et recuperatione ipsius regni Granate plurimum occupati, hujusmodi sanctum et laudabile propositum vestrum ad optatum finem perducere nequivistis ; sed tandem, sicut Domino placuit, regno predicto recuperato, volentes desiderium adimplere vestrum, dilectum filium Cristophorum Colon, virum utique dignum et plurimum commendandum, ac tanto negotio aptum, cum navigiis et hominibus ad similia instructis, non sine maximis laboribus et periculis ac expensis, destinastis, ut terras firmas et insulas remotas et incognitas hujusmodi per mare, ubi hactenus navigatum non fuerat, diligenter inquireret; qui tandem, divino auxilio, facta extrema diligentia, in mari oceano navigantes, certas insulas remotissimas, et etiam terras firmas, que per alios hactenus reperte non fuerant, invenerunt, in quibus quamplurime gentes, pacifice viventes, et, ut asseritur, nudi incedentes, nec carnibus vescentes, inhabitant ; et, ut prefati nuntii vestri possunt opinari, gentes ipse in insulis et terris predictis habitantes credunt unum Deum Creatorem in celis esse, ac ad fidem Catholicam amplexandum et bonis moribus imbuendum satis apti videntur, spesque habetur quod, si erudirentur, nomen Salvatoris, Domini nostri Jhesu Christi, in terris et insulis predictis facile induceretur ; ac prefatus Cristophorus in una ex principalibus insulis predictis jam unam turrim satis munitam, in qua certos Christianos qui secum iverant, in custodiam, et ut alias insulas et terras firmas remotas et incognitas inquirerent, posuit, construi et edificari fecit ; in quibusquidem insulis et terris jam repertis, aurum, aromata, et alie quamplurime res preciose diversi generis et diverse qualitatis reperiuntur.

Unde omnibus diligenter, et presertim fidei Catholice exaltatione et dilatatione, prout decet Catholicos reges et principes, consideratis, more progenitorum vestrorum, clare memorie regum, terras firmas et insulas predictas illarumque incolas et habitatores, vobis, divina favente clementia, subijcere et ad fidem Catholicam reducere proposuistis.

Nos igitur hujusmodi vestrum sanctum et laudabile propositum plurimum in Domino commendantes, ac cupientes ut illud ad debitum finem perducatur, et ipsum nomen Salvatoris nostri in partibus illis inducatur, hortamur vos plurimum in Domino, et per sacri lavacri susceptionem, qua mandatis apostolicis obligati estis, et viscera misericordie Domini nostri Jhesu Christi attente requirimus, ut cum expeditionem hujusmodi omnino prosequi et assumere prona mente orthodoxe fidei zelo intendatis, populos in hujusmodi insulis et terris degentes ad Christianam religionem suscipiendam inducere velitis et debeatis, nec pericula, nec labores ullo unquam tempore vos deterreant, firma spe fiduciaque conceptis, quod Deus Omnipotens conatus vestros feliciter prosequetur.

Et, ut tanti negotii provinciam apostolice gratie largitate donati liberius et audacius assumatis, motu proprio, non ad vestram vel alterius pro vobis super hoc nobis oblate petitionis instanciam, sed de nostra mera liberalitate et ex certa scientia ac de apostolice potestatis plenitudine, omnes insulas et terras firmas inventas et inveniendas, detectas et detegendas versus occidentem et meridiem fabricando et constituendo unam lineam a polo Arctico scilicet septentrione ad polum Antarcticum scilicet meridiem, sive terre firme et insule invente et inveniende sint versus Indiam aut versus aliam quancunque partem, que linea distet a qualibet insularum, que vulgariter nuncupantur de los Azores et Caboverde, centum leucis versus occidentem et meridiem, ita quod omnes insule et terre firme reperte et reperiende, detecte et detegende, a prefata linea versus occidentem et meridiem, per alium regem aut principem Christianum non fuerint actualiter possesse usque ad diem nativitatis domini nostri Jhesu Christi proxime preteritum a quo incipit annus presens millesimus quadringentesimus nonagesimus tertius, quando fuerunt per nuntios et capitaneos vestros invente aliquae predictarum insularum, auctoritate Omnipotentis Dei nobis in beato Petro concessa, ac vicariatus Jhesu Christi, qua fungimur in terris, cum omnibus illarum dominiis, civitatibus, castris, locis et villis, juribusque et jurisdictionibus ac pertinentiis universis, vobis heredibusque et successoribus vestris, Castelle et Legionis regibus, in perpetuum tenore presentium donamus, concedimus, et assignamus, vosque et heredes ac successores prefatos illarum dominos cum plena, libera, et omnimoda potestate, auctoritate, et jurisdictione, facimus, constituimus, et deputamus ; decernentes nichilominus per hujusmodi donationem, concessionem, et assignationem nostram nulli Christiano principi, qui actualiter prefatas insulas aut terras firmas possederit usque ad predictum diem Nativitatis



Domini nostri Jhesu Christi, jus quesitum sublatum intelligi posse aut auferri debere.

Et insuper mandamus vobis in virtute sancte obedientie, ut, sicut etiam pollicemini et non dubitamus pro vestra maxima devotione et regia magnanimitate vos esse facturos, ad terras firmas et insulas predictas viros probos et Deum timentes, doctos, peritos, et expertos, ad instruendum incolas et habitatores prefatos in fide Catholica et bonis moribus imbuendum destinare debeatis, omnem debitam diligentiam in premissis adhibentes, ac quibuscunque personis cujuscunque dignitatis, etiam imperialis et regalis, status, gradus, ordinis, vel conditionis, sub excommunicationis late sententie pena, quam eo ipso si contrafecerint, incurrant, districtius inhibemus, ne ad insulas et terras firmas, inventas et inveniendas, detectas et detegendas versus occidentem et meridiem, fabricando et constituendo lineam a polo Arctico ad polum Antarcticum, sive terre firme et insule invente et inveniende sint versus Indiam aut versus aliam quancunque partem, que linea distet a qualibet insularum, que vulgariter nuncupantur de los Azores et Caboverde, centum leucis versus occidentem et meridiem, ut prefertur, pro mercibus habendis vel quavis alia de causa, accedere presumant absque vestra ac heredum et successorum vestrorum predictorum licentia speciali, non obstantibus constitutionibus et ordinationibus apostolicis, ceterisque contrariis quibuscunque, in Illo a quo imperia et dominationes ac bona cuncta procedunt confidentes, quod, dirigente Domino actus vestros, si hujusmodi sanctum et laudabile propositum prosequamini, brevi tempore, cum felicitate et gloria totius populi Christiani, vestri labores et conatus exitum felicissimum consequentur.

Verum, quia difficile foret presentes litteras ad singula queque loca in quibus expediens fuerit deferri, volumus, ac motu et scientia similibus decernimus, quod illarum transumptis manu publici notarii inde rogati subscriptis, et sigillo alicujus persone in ecclesiastica dignitate constitute, seu curie ecclesiastice munitis, ea prorsus fides in iudicio et extra ac alias ubilibet adhibeatur, que presentibus adhiberetur, si essent exhibite vel ostense. Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostre commendationis, ortationis, requisitionis, donationis, concessionis, assignationis, constitutionis, deputationis, decreti, mandati, inhibitionis, et voluntatis, infringere, vel ei ausu temerario contraire. Si quis autem hoc attemptare presumpserit, indignationem Omnipotentis Dei ac beatorum Petri et Pauli apostolorum ejus se noverit incursum.

Datum Rome apud Sanctum Petrum, anno Incarnationis Dominice millesimo quadringentesimo nonagesimo tertio, quarto nonas Maii, pontificatus nostri anno primo.

# # KAMU GÖREVLİLERİ VE İDARE BAKIMINDAN VİCDANİ UYARI

(WHISTLEBLOWING IN TERMS OF PUBLIC OFFICIALS AND PUBLIC ADMINISTRATION)

Doç. Dr. Çağla Tansuğ \* \*\*

## ÖZ

*Fransız hukukunda “lanceur d’alerte”, İngilizce çalışmalarda “whistleblower” olarak anılan, Türk hukuk doktrininde “vicdani uyarı” terimiyle ifade edilmesi önerilen kavramın tanımlanmasına ve bu kapsamdaki kişilere sağlanan koruma mekanizmalarına ilişkin düzenlemelerin son yıllardaki gelişimi dikkat çekicidir. Bu çalışmanın amacı, vicdani uyarıda bulunanlara ilişkin tanımların, başvuru usullerinin ve hukuki koruma mekanizmalarının belirlilik kazandığını gösteren son dönemdeki gelişmeler karşısında, Türk hukuk doktrininde sıklıkla iş hukuku alanında incelendiği görülen konunun, idare hukuku bakış açısıyla, seçimle göreve gelenler dahil olmak üzere geniş anlamda kamu görevlilerinin konuya ilişkin hakları ve idarenin yükümlülükleri bakımından ele alınmasıdır. Bu doğrultuda, öncelikle vicdani uyarı kavramı, idare ve kamu görevlileri bakımından arz ettiği özellikler dikkate alınarak incelenmektedir. Daha sonra, kamu görevlileri bakımından vicdani uyarının kapsamı ve usulü ile idarenin konuya ilişkin yükümlülükleri, Türk idare hukuku için Fransız idare hukukunun önemli bir referans alanı oluşturduğu gözetilerek, Fransa’da en son 2022 yılında değiştirilen kanuni düzenlemelerden hareketle ele alınmaktadır. Ülkemizde mevcut ilgili mevzuatın da dikkate alındığı bu çalışma, vicdani uyarıda bulunan kamu görevlileri ve ilgili idareler bakımından Türk idare hukukunun ihtiyaç duyabileceği değişiklikleri tespit etmeyi hedeflemektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** ihbarcılık, ihbarcılarının korunması, kamu görevlileri, ifade özgürlüğü, kamu etiği

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 03.06.2022. İlk hakem raporu tarihi: 06.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 19.07.2022. Onaylanma Tarihi: 19.07.2022

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2243-7129.

**Eserin Atf Şekli:** Çağla Tansuğ, “Kamu Görevlileri ve İdare Bakımından Vicdani Uyarı”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.941-990.

## ABSTRACT

*It is recommended that the concept called "lanceur d'alerte" in French law and "whistleblower" in English studies be expressed with the term of "conscientious warning" in Turkish legal doctrine. Regulations regarding the definition of this concept and the protection mechanisms provided within this scope have been developed in recent years. The objective of this study is to examine the whistleblowers, which are frequently surveyed in the field of labor law in Turkish legal doctrine, from the point of view of administrative law, with the recent developments in the relevant legislation. In this context, the rights of public officials, including elected ones, and the obligations of the administration are thoroughly discussed. First of all, the concept of whistleblowing is examined in terms of public officials and administration. Afterwards, the scope and procedure of notification for public officers and the obligations of the administration in this field are discussed with reference to the current regulations of France, because of the similarities of French and Turkish administrative law systems. This study, which takes into consideration the relevant legislation in Turkish law, aims to determine the changes that Turkish administrative law may require in terms of whistleblower public officials and related administrations.*

**Keywords:** : whistleblowing, protection of whistleblowers, public officers, freedom of speech, public ethics

\*\*\*

## GİRİŞ

Fransız hukukunda “*lanceur d'alerte*” olarak anılan, Türk hukuk doktrininde ise sıklıkla İngilizce karşılığı olan “*whistleblower*” terimiyle ifade edilen kavramın tanımlanmasına ve bu kapsamda yer alan kişilere sağlanan koruma mekanizmalarına ilişkin hukuki çerçevenin son yıllardaki gelişimi dikkat çekmektedir. Kavramın Türk hukuk doktrinindeki karşılığı konusunda ise bir fikir birliği bulunmadığı görülmektedir. Türkçe olarak kaleme alınan bilimsel çalışmalarda sıklıkla “muhabir”, “ihbarcı”, “bilgi uçuran” ya da “bilgi ifşa eden” gibi terimlerle ifade edildiği<sup>1</sup> görülmekle birlikte, söz konusu kavramı karşılamak üzere Türk hukuku doktrininde daha önce önerilen “vicdani uyarı”<sup>2</sup> ve bunu gerçekleştiren kişiler için de

<sup>1</sup> KONYALI Gökçe, “Uluslararası Hukukta İhbarcılık Kavramı ve İhbarcılarının Korunması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, s.414, dipnot 3.

<sup>2</sup> AKSOY RETORNAZ Emine Eylem, Türk Ceza Hukukunda Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu, Vedat Kitapçılık, 2014, s.152.

“vicdani uyarıda bulunan” terimlerinin kullanılmasında isabet bulunduğu düşünülmektedir.

Konuya ilişkin mevzuatın gelişimi araştırıldığında, 2014 yılında kabul edilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Vicdani Uyarıda Bulunanların Korunması Hakkında Rec (2014) 7 Tavsiye Kararı<sup>3</sup> (Rec (2014) 7 sayılı Tavsiye Kararı, olarak anılacaktır), bu kararın geliştirilmesine yönelik olarak yapılan çalışmalar, öte yandan, 2014 yılı itibarıyla altmıştan fazla<sup>4</sup> ülkenin bu konuda iç hukuk sistemlerinde yaptıkları düzenlemeler ve Avrupa Birliği bünyesinde 16 Aralık 2019 yürürlüğe giren 2019/1937 sayılı “Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması” konulu Yönerge<sup>5</sup> (2019/1937 sayılı AB Yönergesi, olarak anılacaktır) dikkat çekmektedir. Konuyla ilgili kanuni düzenleme yapan ülkeler arasında yer alan Fransa, vicdani uyarıda bulunanların tabi olduğu hukuki rejimi belirlemek üzere 2016 yılında yürürlüğe koyduğu 2016-1691 sayılı Kanun’da, anılan Yönergeyi de iç hukukuna aktarabilmek için 1 Ekim 2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek önemli değişiklikler yapmıştır.

Bu çalışmanın amacı, vicdani uyarıda bulunanlara ilişkin tanımların, başvuru usullerinin ve hukuki koruma mekanizmalarının önemli ölçüde belirlilik kazandığını gösteren tüm bu gelişmeler karşısında, Türk hukuk doktrininde sıklıkla iş hukuku alanında incelendiği görülen konunun, seçimle göreve gelenler dahil olmak üzere geniş anlamda kamu görevlilerinin<sup>6</sup> hakları ve idarenin yükümlülükleri bakımından ele alınmasıdır. Bu doğrultuda, öncelikle vicdani uyarı kavramı, idare ve kamu görevlileri bakımından arz ettiği özellikler dikkate alınarak incelenecektir (I). Daha sonra, kamu görevlileri bakımından vicdani uyarının kapsamı ve

<sup>3</sup> Recommandation CM/ Rec (2014) 7 sur la protection des lanceurs d’alerte (<https://www.coe.int/fr/web/cdcj/activities/protecting-whistleblowers>)

<sup>4</sup> MEYER Nicole Marie, “Le droit d’alerte en perspective: 50 années de débats dans le monde”, AJDA, 2014/39, s.2246.

<sup>5</sup> Directive (UE) 2019/1937 du Parlement Européenne et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violation du droit de l’Union, JOUE du 26.11.2019-L.305/17-56 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=en>)

<sup>6</sup> Geniş anlamda kamu görevlisi, idare bünyesindeki görevinin süreli olup olmaması veya idare ile arasındaki hukuki ilişkinin özel hukuk veya kamu hukuku rejimine tabi olup olmaması etki etmeksizin, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan tüm çalışanları kapsar. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” şeklindeki kamu görevlisi tanımı da geniş anlamda kamu görevlisine işaret etmektedir (AKYILMAZ Bahtiyar – SEZGİNER Murat – KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş, 2021, ss.665-666).

usulü ile idarenin konuya ilişkin yükümlülükleri, Türk idare hukuku için Fransız idare hukukunun önemli bir referans alanı oluşturduğu gözetilerek, Fransa’da en son 2022 yılında değiştirilen kanuni düzenlemelerden hareketle ele alınacaktır (II). Ülkemizde mevcut ilgili mevzuatın da dikkate alındığı bu çalışmayla, vicdani uyarıda bulunan kamu görevlileri ve ilgili idareler bakımından Türk idare hukukunun ihtiyaç duyabileceği yeniliklerin tespit edilmesi de hedeflenmektedir.

## I. KAMU GÖREVLİLERİ ve İDARE BAKIMINDAN VİCDANİ UYARI KAVRAMININ GELİŞİMİ

Vicdani uyarı kavramının geçmişinin, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1800’lerin ikinci yarısına kadar uzandığı görülmektedir. Oysa, bir kişinin suç oluşturan veya suç oluşturmamakla birlikte hukuka aykırı olan bir duruma ilişkin olarak öğrendiği bilgiyi yetkili makamlara ihbar etmesinde veya ihbar ettiği takdirde yaşamak istemeyeceği durumlarla karşılaşabileceği düşüncesiyle ihbar etmemesinde, yeni bir kavramın doğmasına neden olacak bir yön bulunmadığı düşünülebilecektir. Ne var ki ihbarda bulunan kişilerin ve ihbara konu edilen bilgilerin bazı özellikler taşımasının ve ihbarda bulunan kişilere hukuk sistemi tarafından koruma sağlanmasının, söz konusu kavramın oluşması sonucunu doğurduğu görülmektedir. İşte bu çerçevede ihbarda bulunan kişiler, İngilizce’de “*whistleblower*”, Fransızca’da “*lanceur d’alerte*” terimiyle ifade edilmiştir. Söz konusu terimin Türkçe karşılığı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmayışı dikkat çektiğinden, öncelikle bu konu üzerinde durulacaktır (A). Daha sonra, kavramın kamu görevlileri bakımından hukuki çerçevesinin gelişiminde önemli rol oynadığı görülen Avrupa Konseyinin tavsiye kararları (B) ve AHİM’in vicdani uyarıda bulunan kamu görevlerine ilişkin içtihadı (C) ele alınacaktır.

### A. “*Whistleblower*” veya “*Lanceur d’alerte*”in Türkçe Karşılığı Olarak “Vicdani Uyarıda Bulunan”

Hukuk sistemi tarafından korunan bir süje olarak, hukuka aykırılığa dikkat çekmek için düdük çalan memura yapılan göndermeyle “*whistleblower*” için ilk düzenlemenin, Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Lincoln döneminde 2 Mart 1863 tarihinde yürürlüğe konan ve *False Claims Act* (FCA) olarak adlandırılan federal kanun olduğu belirtilmektedir.<sup>7</sup> Terim olarak “*whistleblower*” ise, 30 Eylül 1970’de

<sup>7</sup> SLAMA Serge, “Lanceur d’alerte une nouvelle figure de droit public?”, AJDA, 2014/39, s.2230.

“Pentagon belgeleri” olarak anılan olay vesilesiyle ortaya çıkmış, Amerikalı avukat Ralph Nader, “ihbarcı” veya “muhibir”den farkına işaret etmek için “whistleblower” terimini kullanmış, “whistleblower”ın uygulama alanı bulduğu pek çok olayın ardından 1978’de vicdani uyarıda bulunan federal ajanlara koruma sağlayan *Civil Service Reform Act* kabul edilmiş ve ilgili ihbarların gönderilebilmesi için Özel Hukuk Müşavirliği (*Office of Special Counsel*) kurulmuştur.<sup>8</sup> Konuyla ilgili olarak ABD’de yapılan diğer düzenlemelere örnek olarak yine federal ajanların misillemelere karşı korunmasına için yürürlüğe giren *Whistleblower Protection Act* (1989), özel sektörde borsada işlem gören ve yabancı ülkelerde şubeleri bulunan şirket çalışanlarına öğrendikleri yolsuzlukları bildirme yükümlülüğü getiren *Sarbanes-Oxley Act* (2002)<sup>9</sup> ve finans alanındaki yolsuzlukların önlenmesine yönelik olarak tutarı bir milyon doları geçen yolsuzluk girişimleri için bildirimde bulunan çalışanların ilgili para cezalarının %10 ila %30’unu elde etmelerini öngören *Dodd-Frank Wall Street reform and Consumer Protection Act* (2010) verilebilmektedir<sup>10</sup>.

Fransa’nın yakın tarihinde “*lanceur d’alerte*” (“alarmı başlatan”) teriminin sosyolog F. Chateauraynaud ve D. Torny tarafından 1999 yılında yayımlanan “*Les sombresprécurseurs : une sociologie pragmatique de l’alerte et du risque*” adlı çalışmayla literatüre eklenmesinden çok önceki yıllarda bile, konuya ilişkin pek çok örnek bulunduğu doktrinde ifade edilmekte ve tüm bu örneklerin ortak noktasını, vicdani uyarıda bulunan kişilerin, misilleme olarak da nitelenebilecek olumsuz uygulamalara maruz kalmalarının oluşturduğu vurgulanmaktadır.<sup>11</sup>

Sosyal bilimlerin farklı alanlarında Türkçe kaleme alınan eserlerde ise, “muhibir”, “ihbarcı”, “bilgi uçuran” ya da “bilgi ifşa eden” gibi tercüme edildiği<sup>12</sup> görülen “whistleblower” teriminin karşılığı olarak “ihbarcı” veya “muhibir” sözcüğünün kullanılması, “muhibir”in Güncel Türkçe Sözlük’te

<sup>8</sup> SLAMA, s.2230.

<sup>9</sup> DESGENS-PASANAU Guillaume, La protection des données personnelles, 5<sup>e</sup> Ed., LexisNexis, Paris, 2022, §546, s.254.

<sup>10</sup> Rapport d’information sur l’évaluation de l’impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Loi Sapin 2 » présenté par MM. Raphaël GAUVAIN et Olivier MARLEIX, Assemblée Nationale no 4325, 07.07.2021, [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b4325\\_rapport-information.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b4325_rapport-information.pdf), s.130. E.T. 10.02.2022.

<sup>11</sup> SLAMA, s.2229.

<sup>12</sup> KONYALI, s.414, dipnot 3.

“yasa dışı bir durumu yetkili makamlara bildiren kimse, ihbarcı”<sup>13</sup> olarak belirtilen anlamı doğrultusunda ilk anda isabetli görünmektedir. Ne var ki vicdani uyarıya ilişkin olarak yukarıda bazı unsurlarına değinilen ve aşağıda özellikle kamu görevlileri bakımından incelenecek olan tanım, başvuru usulü ve koruma mekanizmaları, herkes tarafından yapılabilecek herhangi bir ihbardan farklı özellikler de taşıyan bir kavramla karşı karşıya olunduğunu göstermektedir.

İlgili mevzuat örneklerinin günümüzde geldiği aşamada, vicdani uyarıda bulunan kişinin, uyarıya konu ettiği bilginin ilişkin olduğu kurum veya kuruluşun çalışanı olması şart olmamakla birlikte, özellikle kamu görevlileri veya özel sektör çalışanlarının vicdani uyarıda bulunduğu durumlarda yetkili makamlara ihbar edilen veya kamuya açıklanan bilginin esasen bir çalışma ilişkisi nedeniyle elde edilmiş olması<sup>14</sup>, ihbarın herhangi maddi çıkar elde etmek amacıyla yapılmaması, ihbar gerçekleşmediği takdirde bir kamu veya özel sektör kuruluşunun işleyişindeki hukuka aykırılığın süreklilik gösterecek olması ve ihbarda bulunan kişilerin bu ihbar nedeniyle iş ilişkilerinde misilleme niteliğindeki uygulamalarla karşılaşma riski içinde bulunması gibi hususların, vicdani uyarıyı herhangi bir ihbardan farklılaştırdığı açıktır.

Gerçekten, söz konusu kavramın İngilizce veya Fransızca karşılıklarının, gündelik dilde mevcut ve yakın anlamları ifade etmek için de kullanılan kelimeler yerine “düdük üfleyerek” veya “alarm vererek” hukuka ve/veya etik kurallara aykırılığa dikkat çeken kişi benzetmesinden yararlanılarak adlandırılması, rastlantı olmasa gerektir. Tüm bu nedenlerle bu çalışmada, Türk hukuk doktrininde söz konusu kavramın karşılığı olarak daha önce kullanıldığı görülen “vicdani uyarı”<sup>15</sup> teriminin ve söz konusu faaliyeti gerçekleştiren kişi için de “vicdani uyarıda bulunan” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Vicdani uyarıda bulunanlara ilişkin kanuni düzenlemelerin gelişim sürecinde bu kavramın muhbirden, bilgi uçurandan ayırıt edilmesine yönelik tespitler yapılmış olmasının yanı sıra, kavrama kendi içinde farklı anlamlar yüklenebildiği de görülmüştür. Bu kapsamda özellikle ABD hukuk sistemindeki düzenlemelerden hareketle vicdani uyarıda bulunanın iki farklı yaklaşımla anlaşılabilceği doktrinde ifade edilmiştir. İlk yaklaşım çerçevesinde vicdani uyarıda bulunan, sivil itaatsizliğe yakındır çünkü bu

<sup>13</sup> Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> E.T. 10.02.2022.

<sup>14</sup> ALP Mustafa, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing), Beta, 2013, s.3.

<sup>15</sup> AKSOY RETORNAZ, s.152.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)



yaklaşımına göre esasen bireysel boyutu ve politik bir amacı bulunan, bir normu veya otoriteyi bilinçli ve kasıtlı olarak ihlal etmeyi hedefleyen, “*kişisel vicdana dayalı ve özünde sivil topluma yönelik bir ‘vatandaş’ eylemi*”<sup>16</sup>söz konusudur. İkinci yaklaşım çerçevesinde vicdani uyarıda bulunan ise, yolsuzlukla, çıkar çatışmalarıyla, suç ve kabahatlerle, toplum, çevre veya sağlık alanlarına ilişkin risklerle mücadele gibi alanlardaki hukuka veya meslek ilkelerine aykırılıkları meşru şekilde ifade eden, “*hukuka uygun bildirimde bulunan*” kişi<sup>17</sup> olarak karşımıza çıkar.

İlgili bilgiyi görevi nedeniyle öğrenmiş bir kamu görevlisinin vicdani uyarıda bulunan olduğu durumlarda, söz konusu bildirimlerin kural olarak, idare bünyesindeki hukuka aykırılıkların giderilebilmesi için “hukuka uygun bildirimde bulunmak” suretiyle gerçekleştirileceği sonucuna varılmaktadır. Bu sonuca varılmasının nedeni ise, kamu görevlisinin idareyle arasındaki (sıklıkla statüer nitelikli) ilişkinin içeriği konusunda ilgili mevzuatta yer alan düzenlemelerdir<sup>18</sup>.

### **B. Kamu Görevlileri Bakımından Kavramın Hukuki Çerçevesinin Gelişiminde Avrupa Konseyi Tavsiye Kararlarının Rolü**

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 11 Mayıs 2000 tarihinde kabul edilen R (2000) 10 sayılı Kamu Görevlileri İçin Davranış Kurallarına

<sup>16</sup> SLAMA, s.2231.

<sup>17</sup> SLAMA, s.2231.

<sup>18</sup> Bu düzenlemelere örnek olarak Türk pozitif hukukunda yer alan şu hükümler verilebilir: “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler*” (1982 Anayasası md.129/1), devlet memurları idareyle olan ilişkilerinde, “*(...) her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan (...) herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya (...) katılamazlar, bunlara yardım edemezler*”, keza “*(...) resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar*”, “*Devlet memurları kanun ve diğer mevzuatta belirtilen esaslara uymakla (...) yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır*” [657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (RG.23.07.1965-12056), md.6/1, md.7/2, md.8/1, md.11].

İlişkin Tavsiye Kararında<sup>19</sup> kamu görevlilerinin, görevlerini ifa ederken veya görevleri dolayısıyla öğrendikleri tüm resmi bilgiler için usulüne uygun şekilde davranmak ve gerekli gizlilik kurallarına uymakla yükümlü oldukları belirtilmiştir (md.11). Ayrıca bu çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili olmak üzere, anılan Tavsiye Kararının 12'inci maddesi uyarınca, yasadışı veya bu Kararda belirlenen etik ilkelere aykırı şekilde davranması talep edilen kamu görevlisi, bu durumu kanuna uygun olarak bildirmekle yükümlü olup, yaptığı bildirim üzerine aldığı cevabı yeterli bulmaması halinde de durumu amirine yazılı olarak bildirmelidir (md.12/1 ve 3). Yine aynı hüküm uyarınca, ilgili kamu kurumu, bu şekilde öngörülen durumlardan birini haklı şüphelerine dayanarak ve iyiniyetli şekilde açıklayan kamu görevlisinin hiçbir zarara uğramamasını gözetir (md.12/6).

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2010 yılında aldığı 1729 (2010) sayılı Kararıyla<sup>20</sup>, üye devletleri vicdani uyarıda bulunanların korunmasına ilişkin olarak ilgili mevzuatlarını gözden geçirmeye ve belirlenen ilkelerden hareketle geliştirmeye, Bakanlar Komitesi'ne verdiği 1916 (2010) sayılı Tavsiye Kararıyla<sup>21</sup> da Bakanlar Komitesi'ni vicdani uyarıda bulunanların korunmasına ilişkin temel ilkeleri ortaya koymaya davet etmiştir. Parlamenterler Meclisi 2013 yılında kabul ettiği 1954 (2013) sayılı Karar<sup>22</sup> ve 2024 (2013) sayılı Tavsiye Kararı'nda<sup>23</sup> ise, “*Milli güvenlik ve haber*

<sup>19</sup> Recommandation N° R (2000) 10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les codes de conduite pour les agents publics (adoptée par le Comité des Ministres le 11 mai 2020 à sa 106<sup>e</sup> Session), <https://rm.coe.int/16806cc1ed> (E.T. 10.02.2022).

<sup>20</sup> Résolution N° 1729 (2010) de l'Assemblée parlementaire sur la Protection des “donneurs d'alerte”,

<https://pace.coe.int/pdf/2f660d98cef2b567c52fd6fd58801dc5cea18497678de079924a0c4784b3d95f/r%C3%A9solution%201729.pdf> (E.T. 09.02.2022).

<sup>21</sup> Recommandation N° 1916 (2010) de l'Assemblée parlementaire sur la Protection des “donneurs d'alerte”,

<https://pace.coe.int/pdf/e2b051d4392d809863968b231059f18927ea988dcb2f12ee030fb94c29b6807d/recommandation%201916.pdf> (E.T. 09.02.2022).

<sup>22</sup> Résolution N° 1954 (2013) de l'Assemblée parlementaire sur la Sécurité nationale et l'accès à l'information,

<https://pace.coe.int/pdf/55b5817acfc4c6cc96c1b0fab9df5e57bf07c277f56e84365ce7924e98d87f1e/r%C3%A9solution%201954.pdf> (E.T. 09.02.2022).

<sup>23</sup> Recommandation N° 2024 (2013) de l'Assemblée parlementaire sur la Sécurité nationale et l'accès à l'information,

<https://pace.coe.int/pdf/78f52f19cfc2a1ccea4ea89cb461f50f0b29a23f3c442d752d847b20c42afaed/recommandation%202024.pdf> (E.T. 09.02.2022).

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

*alma hakkına ilişkin küresel ilkelere*” (“Tshwane İlkeleri”)<sup>24</sup> desteğini ifade etmiştir.<sup>25</sup>

Avrupa Konseyi bünyesinde 2014 yılında, Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi tarafından hazırlanan ve üye devletlere rehberlik etmek amacıyla ilgili prensiplerin bir araya getirildiği Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Vicdani Uyarıda Bulunanların Korunması Hakkında Rec (2014) 7 sayılı Tavsiye Kararı<sup>26</sup> kabul edilmiştir. Bu kararda “vicdani uyarıda bulunan”, kamu veya özel sektör çalışanı olması, kadrolu veya sözleşmeli ya da düzenli bir maaş alarak çalışması fark etmeksizin, kamu yararı için tehdit oluşturan veya zarar doğuran bilgileri iş ilişkisi çerçevesinde öğrenerek ihbarda bulunan veya ifşa eden kişi” olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu bilgileri öğrenmiş olmakla birlikte iş ilişkisi sona ermiş ya da bunları öğrenmiş olmasından da kaynaklanan şekilde iş ilişkisi hiç kurulmamış kişilerin de aynı kapsamda değerlendirilmesi tavsiye edilmektedir. Milli güvenlik ve savunmaya, istihbarata, kamu düzenine, devletlerin uluslararası ilişkilerine dair bilgilerin ise, bu kapsam dışındaki bilgilerin vicdani uyarıya konu edilmesine nazaran daha farklı bir hukuki rejime ve (vicdani uyarıda bulunan bakımından) hak ve yükümlülükler konu edilebileceği belirtilmiştir. Vicdani uyarıda bulunanların, adil yargılanma haklarının korunması güvencesi altında olmak üzere, kimliklerinin gizli tutulması, kurum ve kuruluşların iç ihbar süreçleri oluşturmak için teşvik edilmeleri, bunun yanı sıra dış ihbar veya kamuya ifşanın da izlenebilecek yollardan olduğu, vicdani uyarıda bulunanların doğrudan ya da dolaylı, misilleme niteliğindeki tüm uygulamalardan korunmalarını, varsa mağduriyetlerinin azaltılmasını sağlayacak mekanizmaların hukuk sistemlerinde oluşturulması önerilmiştir.<sup>27</sup> Böylelikle Avrupa Konseyi tarafından hedeflenen husus, üye devletlerin her biri vicdani uyarıların yapılmasını kolaylaştırmaya ve uyarıda bulunanlara koruma sağlamaya yönelik bir hukuki çerçeve oluşturmalarıdır. Hukuk sistemleri içinde bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik yapılanmaların ise, ancak ilgili mevzuat, idare bünyesindeki kurum ve kuruluşlar, yargı

<sup>24</sup> Tshwane İlkeleri için bkz. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=20190&lang=FR> (E.T.09.02.2022).

<sup>25</sup> Améliorer la protection des lanceurs d’alerte partout en Europe, Rapport préparé par la Commission des questions juridiques et des droits de l’homme, Doc.14958, 30 août 2019, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=28096&lang=FR> (E.T. 15.02.2022).

<sup>26</sup> Recommendation CM/ Rec (2014) 7 sur la protection des lanceurs d’alerte <https://www.coe.int/fr/web/cdcj/activities/protecting-whistleblowers> (E.T. 10.02.2022).

<sup>27</sup> Recommendation CM/ Rec (2014) 7 (E.T.10.02.2022).

organları gibi farklı unsurların iş birliği ve uyum içinde çalışması yoluyla oluşturulabileceği<sup>28</sup> ifade edilmiştir. Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi, Kasım 2020'deki 95. genel kurul toplantısında söz konusu Tavsiye Kararının etkinliğinin artırılmasını değerlendirme kararı almış, bu doğrultuda yapılan anket yoluyla Rec (2014) 7 sayılı Tavsiye Kararı'nın uygulanması ve etkisi hakkında bilgi toplanmıştır. Ortaya çıkan sonuçların ve konuyla ilgili olarak yapılması isabetli olacak diğer faaliyetlerin Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi'nin 2022 yılı haziran ayında gerçekleştireceği toplantıda görüşüleceği belirtilmektedir.<sup>29</sup>

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2015 yılında Vicdani Uyarıda Bulunanlara Sağlanan Korumanın Artırılmasına İlişkin 2060 (2015) sayılı Kararı<sup>30</sup> ve 2073 (2015) sayılı Tavsiye Kararını<sup>31</sup> kabul etmiştir. Bu metinlerin özellikle ikincisinde, anılan dönemde yürürlüğe girmesine çok az zaman kalan 2019/1937 sayılı AB Yönergesi'nin, Rec (2014) 7 sayılı Tavsiye Kararı'ndan önemli ölçüde esinlendiği ifade edilmiş<sup>32</sup> ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Bakanlar Komitesini çerçeve sözleşme niteliğinde bağlayıcı bir belgenin müzakere sürecini, Konsey üyesi olmayan devletlere de açık olacak şekilde başlatmaya davet etmiştir.<sup>33</sup> Böylelikle, vicdani uyarıda bulunan kişilere, ilgili tüm ülkelerde eşit bir hukuki koruma sağlanması hedefinin ortaya konduğu<sup>34</sup> görülmektedir.

<sup>28</sup> Recommendation CM/ Rec (2014) 7 (E.T.15.02.2022).

<sup>29</sup> Recommendation CM/ Rec (2014) 7 (E.T.10.02.2022).

<sup>30</sup> Résolution N° 2060 (2015) de l'Assemblée parlementaire pour Améliorer la protection des donneurs d'alerte,

<https://pace.coe.int/pdf/ff19dcc8e1030289b649524f3f8b190b896ee19811def29dcc69ca98a95c3cf/r%C3%A9solution%202060.pdf> (E.T. 10.02.2022).

<sup>31</sup> Recommendation N° 2073 (2015) de l'Assemblée parlementaire pour Améliorer la protection des donneurs d'alerte,

<https://pace.coe.int/pdf/4a90a0d10451bcc45439950f5933f30eb091d08f2491e4a94b3771699bfd08e/recommandation%202073.pdf> (E.T. 10.02.2022).

<sup>32</sup> Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe, Rapport préparé par la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Doc.14958, 30 août 2019, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=28096&lang=FR> (E.T. 10.02.2022).

<sup>33</sup> CEDH, Halet/Luxembourg, B. No. 21884/18, 11.5.2011, §57

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209869>, (E.T. 15.02.2022).

<sup>34</sup> Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe, Rapport préparé par la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Doc.14958, 30 août 2019, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=28096&lang=FR> (E.T. 10.02.2022).

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2019 yılında ise, Vicdani Uyarıda Bulunanlara Sağlanan Korumanın Avrupa'nın Her Yerinde Artırılmasına İlişkin 2300 (2019) sayılı Kararı<sup>35</sup> ve 2162 (2019) sayılı Tavsiye Kararı'nı<sup>36</sup> kabul etmiştir. Bu metinlerden ilkinde Parlamenterler Meclisi, 2019/1937 sayılı AB Yönergesi'ne ilişkin destekleyici görüşünü ifade ederek, aynı zamanda AB üyesi de olan üye devletleri anılan Yönergeyi iç hukuklara aktarmaya davet etmiştir. AB üyesi olmamakla birlikte Konsey üyesi olan devletleri ise, ilgili mevzuatlarını anılan Yönergeyi dikkate alarak gözden geçirmeye davet etmiştir. Parlamenterler Meclisi 2162 (2019) sayılı Tavsiye Kararı'nda, Bakanlar Komitesine yönelik olarak anlaşma niteliğinde, anılan AB Yönergesinden esinlenen ve 2300 (2019) sayılı Karar'da belirtilen hususların da dikkate alındığı bağlayıcı bir belgenin hazırlanmasına ilişkin davetini yinelemiştir. Bu süreçte Bakanlar Komitesi 22 Nisan 2020 tarihli cevabında, belirtilen türde bir anlaşmanın hazırlığının, özellikle de konuyla ilgili olarak devletler tarafından benimsenen çözümlerin de çok farklı nitelikte olduğu dikkate alındığında, "uzun ve sonucu belirsiz bir süreç" olduğuna dikkat çekerek, bu aşamada ilgili devletlerin Konseyin yetki organlarının tavsiye kararları yoluyla teşvik edilmelerinin isabetli olacağını ifade etmiştir.<sup>37</sup>

Görüldüğü gibi, Avrupa Konseyi'nin yukarıda değinilen tüm kararlarıyla üye devletlerde vicdani uyarı konusunda hukuki çerçeve oluşturulmasına sürekli ve kararlı bir katkı sunduğu, konuya ilişkin bir anlaşmanın hayata geçirilmesine dair planlamalarıyla da konuya ilişkin desteğini artırarak sürdürme niyetinde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak şimdiden, aşağıda incelenecek 2019/1937 sayılı AB Yönergesi ve anılan Yönerge de dikkate alınarak Fransa tarafından ilgili düzenlemelerin eklendiği Sapin2 Kanunu uyarınca yapılan tanımda, vicdani uyarıda bulunanın ihbar veya kamuya ifşaya konu ettiği bilgiyi (bu metinlerde çok geniş bir şekilde tanımlanmış) iş ilişkisi çerçevesinde öğrenmiş olmasının şart koşulmadığı, dolayısıyla Avrupa Konseyinin tavsiye kararlarıyla attığı öncü adımların daha da ileri taşıdığını belirtmek isabetsiz olmayacaktır.

<sup>35</sup> Résolution N° 2300 (2019) de l'Assemblée parlementaire pour Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=28150&lang=fr> (E.T. 11.02.2022).

<sup>36</sup> Recommandation N° 2162 (2019) de l'Assemblée parlementaire pour Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe, <https://pace.coe.int/pdf/1a0dacde1dbd5ad97cfa649734eb7920276b72f7cdb2d2736558e6b99a6f0fcc/recommandation%202162.pdf>, (E.T. 11.02.2022).

<sup>37</sup> CEDH, Halet/Luxembourg, §58 (E.T. 11.02.2022).

### C. AİHM'in Vicdani Uyarıda Bulunan Kamu Görevlerine İlişkin İçtihadı

Görevleri nedeniyle elde ettikleri bilgilerin kamu görevlileri tarafından vicdani uyarıda bulunmak suretiyle açıklanmasından doğan uyuşmazlıklar sonucunda yapılan başvurular, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM, olarak anılacaktır) tarafından ilgili kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” bakımından değerlendirilmiş olup, konuya ilişkin yerleşik içtihadın oluştuğu<sup>38</sup> görülmektedir.

Vicdani uyarıda (kamuya ifşa suretiyle) bulunan bir kamu görevlisinin başvurusu üzerine AİHM tarafından verilen ilk karar, Guja/Moldova<sup>39</sup> kararıdır. Bu kararın önemi, “demokratik toplumda gereklilik” incelemesi yapılırken, benzer nitelikli müdahalelerin tümü için uygulanabilecek kriterleri içermekte olmasıdır<sup>40</sup>.

Anılan kararda başvuran, Başsavcılık Basın Dairesinin yöneticisi görevini yürüttüğü sırada, biri Parlamento Başkan Yardımcısı tarafından, diğeri bir Bakan Yardımcısı tarafından Cumhuriyet Başsavcısı'na hitaben yazılmış ve içeriğinde ceza muhakemesinin işleyişine müdahale niteliğinde ifadeler olduğu anlaşılan ve herhangi bir gizlilik kaydı taşımayan iki mektubun örneklerini ulusal gazetelerden birine göndererek yayımlanmalarını sağlaması üzere görevden çıkarılmıştır.<sup>41</sup> Başvuran tarafından açılan göreve iade davası, başvuranın diğer birimlere danışmayarak ve sır niteliğinde belgeleri açıklayarak ilgili idari birimin iç tüzüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir<sup>42</sup>.

Anılan kararda AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10'uncu maddesinin mesleki alana da uygulandığını, memurların da ifade özgürlüğünü haiz olduğunu, ancak çalışanların, işverenlere karşı, dürüstlük, ihtiyat ve ölçülülük ödevinin de bulunduğunu ve bu hususun, kamu görevinin doğasının çalışanların ihtiyatlı ve dürüst olmasını gerektirdiği

<sup>38</sup> CEDH, Görmüş ve Diğerleri/Türkiye, B.no. 49085/07, 19.1.2016, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163484>, § 50 (E.T. 10.03.2022).

<sup>39</sup> CEDH, Guja/Moldova, B.no. 14277/04, 12.2.2008, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-2266> (E.T. 10.03.2022).

<sup>40</sup> AKBULUT Emre, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Danıştayın Konuya Yaklaşımı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.9, S.18, Aralık 2021, s.14.

<sup>41</sup> Note d'information sur la jurisprudence de la Cour N° 105, *Guja c. Moldova [GC]* - 14277/04 - Arrêt 12.2.2008 [GC], Février 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-2266%22> (E.T. 10.03.2022).

<sup>42</sup> CEDH, Guja/Moldova, §§ 22-25 (E.T. 10.03.2022).

ölçüde memurlar için de geçerli olduğunu belirtmiştir. AİHM, “*demokratik bir toplumda memurların görevi, hükümetin görevlerini yerine getirmesine yardımcı olmak*” olduğundan, halkın memurların bu yardımı sağlamasını ve demokratik şekilde seçilen hükümete güçlük çıkarmamalarını bekleme hakkı olduğunu, memurlar bakımından “*dürüstlük ve ihtiyat yükümlülüğünün özel bir önem taşıdığını*” ifade etmiştir.<sup>43</sup> AİHM, kamu görevlilerinin (kadrolu veya sözleşmeli olmaları fark etmeksizin) görevleri kapsamında gizli nitelikte de olabilen ve ifşa edilmek suretiyle herkesçe bilinir hale gelmesinde kamu yararı bulunan bilgileri öğrenebildiklerine ve çalışma ortamlarındaki hukuka aykırı eylem ve işlemleri açıklayan kamu görevlilerinin bazı durumlarda koruması gerektiğine işaret etmiştir. Ancak bu tür durumlar için AİHM, ölçülü olma yükümlülüğü dikkate alındığında, kamu görevlisinin öncelikle hiyerarşik üstüne ve yetkili bir kurum ya da makama başvurması gerektiğini, dolayısıyla kamuya ifşanın, diğer yollardan sonuç alınmasının imkânsız olduğu durumlarda başvurulması gereken son çare olduğunu belirtmiştir.<sup>44</sup>

Vicdani uyarıda bulunan kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirmek için AİHM farklı etkenleri dikkate almıştır. Bu kapsamda ilk olarak, kamu görevlisinin ilgili bilgileri ifşa ederken, başka etkin araçlara sahip olup olmadığını incelemiştir.<sup>45</sup> İkinci olarak, açıklanan bilginin kamu yararı bakımından taşıdığı önem değerlendirilmektedir. Zira, demokratik bir sistemde, hükümetin eylemleri ya da eylemsizliklerinin yasama ve yargının yanı sıra, medya ve kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerektiği gibi, belirli bir bilginin ifşa edilmesinden kamuoyunun elde edeceği yarar, kanunun getirdiği gizlilik yükümlülüğünden üstün olabilecektir.<sup>46</sup> Nitekim somut incelemesinde AİHM, Parlamento Başkan Yardımcısı'nın Başsavcıya mektup yazmak suretiyle, Başsavcı üzerinde baskı uygulanması ihtimalinin dışlanamayacağını belirtmiş, başvurucunun açıkladığı mektupların, “*güçlerin ayrılığı, yüksek mevkideki politikacıların görevlerini kötüye kullanması ve Hükümet'in polis şiddetine karşı tavrı gibi – demokratik bir toplumda çok önemli bir yere sahip olan ve kamuoyunun bilmesinde meşru*

<sup>43</sup> CEDH, Guja/Moldova, §§ 70-71 (E.T. 10.03.2022).

<sup>44</sup> CEDH, Guja/Moldova, §§ 72-73 (E.T. 10.03.2022).

<sup>45</sup> CEDH, Guja/Moldova, §§ 80-84 (E.T. 10.03.2022).

<sup>46</sup> CEDH, Guja/Moldova, § 74 (E.T. 10.03.2022).

*bir yarar bulunan*” konularla ilgili olduğunu<sup>47</sup> vurgulamış, dolayısıyla açıklanmalarında kamu yararı bulunduğu sonucuna varmıştır. Üçüncü olarak, vicdani uyarıya konu edilen bilgilerin gerçeğe uygulunun taraflar arasında ihtilaf konusu olup olmadığı incelenmiştir. Nitekim değerlendirmeye konu başvuruda bu konuda herhangi bir ihtilaf bulunmadığı tespit edilmiştir.<sup>48</sup> Dördüncü olarak ise, ilgili kamu kurumuna verilen zarar değerlendirilmektedir. Örneğin başvuruya konu durumda AİHM, Başsavcılık bünyesindeki hukuka aykırı nitelikli baskı ve davranışların durumunu gösteren söz konusu bilgilerin ifşa edilmesinin sağladığı kamu yararının, Başsavcılığın bağımsızlığına olan toplumsal güvenin korunmasındaki yarara baskın geldiğini tespit edilmiştir.<sup>49</sup> Beşinci ölçüt, başvurucunun vicdani uyarıyı iyi niyetli olarak yapmış olmasıdır. Başvurucunun iyi niyetli olup olmadığının tespitinde, vicdani uyarıda bulunması sonucunda herhangi bir bireysel fayda elde edip etmediği, konuya ilişkin kişisel bir şikâyeti bulunup bulunmadığı veya harekete geçmesinin ardında herhangi bir gizli niyeti bulunup bulunmadığı dikkate alınmaktadır.<sup>50</sup> Orantılılığın tespiti için yapılan değerlendirmede son kriter, başvurucuya uygulanan yaptırımın analizidir. Uygulanan yaptırımın ilgili mevzuat içindeki yeri ve olası diğer yaptırımlara göre ağırlığı, doğurduğu hukuki sonuçların vicdani uyarıda bulunan kamu görevlisi üzerindeki etkisinin yanı sıra, henüz bulunmamış olmakla birlikte bulunmayı düşünebilecek kamu görevlileri üzerinde doğurabileceği etki AİHM tarafından değerlendirilmiştir. Nitekim somut olayda başvurucuya verilen kamu görevinden çıkarma cezasının, ilgili yaptırımların en ağırı oluşu ve başvurucunun kariyerini ziyadesiyle olumsuz etkilemenin yanında, davanın medyadaki yankısı dikkate alınacak olursa, diğer kamu görevlilerini de vicdani uyarıda bulunmaktan caydırıcı bir etki doğurabileceği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla, hukuka aykırılıkları bildirmekten caydırma riski taşıyan ağırlıkta bir cezanın haklı olduğu sonucuna varılmasının zor olduğuna karar vermiştir.<sup>51</sup>

Sonuç olarak AİHM, Guja/Moldova kararında başvurucunun ifade özgürlüğüne, özellikle de bilgiyi aktarma hakkına yapılan müdahalenin,

<sup>47</sup> Guja/Moldova (B. No. 14277/04, 12.2.2008 Kararına ilişkin Bilgi Notu, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22TUR%22%5D,%22appno%22:%5B%2214277/04%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-119473%22%5D%7D>) (E.T. 10.03.2022).

<sup>48</sup> CEDH, Guja/Moldova, § 89 (E.T. 10.03.2022).

<sup>49</sup> CEDH, Guja/Moldova, §§ 90-91 (E.T. 10.03.2022).

<sup>50</sup> CEDH, Guja/Moldova, §§ 92-94 (E.T. 10.03.2022).

<sup>51</sup> CEDH, Guja/Moldova, §§ 95-96 (E.T. 10.03.2022).



'demokratik bir toplumda gerekli olmadığına' karar vermiştir<sup>52</sup>. Kamu görevlilerinin vicdani uyarıda bulundu iddialarının da söz konusu olduğu daha sonraki kararlarında, Guja/Moldova kararına ve bu kararda kullanılan ölçütlere atıf yaptığı<sup>53</sup> görülmektedir.

## II. KAMU GÖREVLİLERİ ve İDARE BAKIMINDAN UYGULAMADA VİCDANİ UYARI: FRANSA ÖRNEĞİ ve TÜRK HUKUK SİSTEMİ

Vicdani uyarı alanını düzenleyen ve bu tür bildirimlerde bulunanlara koruma sağlayan ülke sayısı 2014 yılı itibarıyla altmıştan fazla olmasına<sup>54</sup>, yapılan vicdani uyarılar vesilesiyle Fransa tarihinde önemli yer bulan pek çok örnekle karşılaşmış olmasına ve OECD ile Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararlarına karşın Fransa'da kanun koyucu söz konusu alanı bütünsel olarak düzenleyen bir metin ortaya koymak için 2016 yılına kadar hareketsiz kalmıştır.<sup>55</sup> Ancak daha sonra, önce 2016 yılında yürürlüğe giren bir kanun ve daha sonra 2022 yılında aynı kanunda yapılan değişiklikler yoluyla konunun ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla Fransız hukukunda kamu görevlileri bakımından vicdani uyarıya ilişkin hukuki yapının gelişimi Fransız Ceza Usul Kanunu md.40/2 ve bazı sektörlerin çalışanlarına özgü düzenlemelerin bulunduğu ilk dönem (A) ve konunun olabildiğince bütünsel biçimde düzenlendiği Sapin2 Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle başlayan, 2019/1937 sayılı AB Yönergesinin Fransız iç hukukuna aktarılmasıyla birlikte neredeyse yeni bir boyut kazanan ikinci dönem (B) olarak incelenebilir.

### A. Sistematik ve Bütünsel Kanuni Düzenlemeden Yoksun 2016 Öncesi Dönem

Fransız hukukunda vicdani uyarı uzun yıllar boyunca özel bir düzenlemeye konu edilmemiş, kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle öğrendikleri suçları savcılığa bildirme yükümlülüğünü düzenleyen Fransız Ceza Usul Kanunu'nun ilgili maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> CEDH, Guja/Moldova, §§ 97 (E.T. 10.03.2022).

<sup>53</sup> Bkz. Halet/Luxembourg, §91 (E.T. 15.02.2022).

<sup>54</sup> MEYER, s.2246.

<sup>55</sup> SLAMA, s.2230.

<sup>56</sup> Le droit d'alerte : signaler, trahir, protéger, Les Etudes du Conseil d'Etat, La Documentation Française, 2016, [https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise-\\_contenus/etudes/2016-ce\\_etude\\_droit-d-alerte.pdf](https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise-_contenus/etudes/2016-ce_etude_droit-d-alerte.pdf), s.17 (E.T. 12.02.2022).

Zira, Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 40'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca tüm yetkili makamlar, tüm kamu görevlileri ve memurlar görevlerini ifa ettikleri sırada öğrendikleri suçları zaman kaybetmeden Cumhuriyet Savcısına bildirmek ve konuya ilişkin bilgi, belge ve işlemleri de iletmekle yükümlüdürler.<sup>57</sup>

Türk hukuk sisteminde karşılığını bulduğu şekliyle geniş anlamda kamu görevlilerini<sup>58</sup> kapsayan bu yükümlülüğün, disiplin soruşturmalarına maruz kalmak veya işini kaybetmek gibi korkular nedeniyle uygulamada sıklıkla hayata geçirilmemesi, gereğinin seyrek olarak yerine getirilmesi<sup>59</sup> ve yerine getirilmemesinin de herhangi bir yaptırıma bağlanmamış olması eleştirilmiştir<sup>60</sup>. Diğer yandan da bu düzenlemenin, özellikle Anglosakson hukuk sistemi dahilindeki bazı ülkelerde yürürlükte olan ve vicdani uyarıda bulunanlara koruma sağlayan düzenlemelerin çok gerisinde kaldığı<sup>61</sup> belirtilmiştir.

Fransa'da 2007 ilâ 2015 yılları arasında yürürlüğe giren beş kanunla özel sektördeki yolsuzluk eylemlerinin (13 Kasım 2007 tarihli ve 2007-1598 s. Kanun, md.9), ilaçların ve sağlık ürünlerinin güvenliğini ihlal eden eylemlerin (29 Aralık 2011 tarihli ve 2011-2012 s. Kanun, md.43), kamu sağlığı ve çevrenin korunmasına yönelik büyük risklerin (16 Nisan 2013 tarihli ve 2013-316 s. Kanun, md.1), kamusal yaşamdaki çıkar çatışmalarının (11 Eylül 2013 tarihli ve 2013-907 s. Kanun), suçla mücadelenin (6 Aralık 2013 tarihli ve 2013-1117 s. Kanun) ve istihbarat tekniklerinin kullanımında açık ihlal oluşturan eylemlerin (24 Temmuz 2015 tarihli ve 2015-912 s. Kanun) rapor edilebilmesine yönelik

<sup>57</sup> Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 40'inci maddesinin 2'nci fıkrasının orijinal metni şöyledir: “*Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs*” (www.legifrance.gouv.fr/E.T. 12.02.2022).

<sup>58</sup> Bkz. bu çalışmada dipnot no.6.

<sup>59</sup> Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, Les Etudes du Conseil d'Etat, ss.41-42 (E.T. 12.02.2022).

<sup>60</sup> LOCHAK Daniele, “L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance”, AJDA, 2014/39, s.2239.

<sup>61</sup> Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 » présenté par MM. Raphaël GAUVAIN et Olivier MARLEIX, Assemblée Nationale no 4325, 07.07.2021, s.129 [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b4325\\_rapport-information.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b4325_rapport-information.pdf) (E.T. 10.02.2022).

düzenlemeler yapılmış, kamu personel hukukunda mevcut ayrımcılık, taciz gibi durumlara ilişkin hukuki çerçeve güçlendirilmiştir<sup>62</sup>.

Bununla birlikte, vicdani uyarı alanını düzenleyerek uyarıda bulunanlara koruma mekanizmaları sağlayan ülkeler, OECD ve Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararları bulunmasına ve yapılan vicdani uyarılar vesilesiyle Fransa tarihinde önemli yer bulan pek çok örnekle karşılaştığı ifade edilmesine karşın, Fransa'da söz konusu alanı bütünsel olarak düzenleyen bir kanun, ancak 2016 yılında kabul edilmiştir.<sup>63</sup>

Şeffaflığa, Yolsuzlukla Mücadeleye ve İktisadi Hayatın Modernizasyonuna ilişkin 9 Aralık 2016 tarihli ve 2016-1691 sayılı Kanun<sup>64</sup> (Sapin2 Kanunu, olarak anılacaktır) için hazırlık çalışmaları sürdüğü sırada, dönemin Başbakanı vicdani uyarı konusunda bir rapor hazırlanmasını Fransız Danıştay'ından talep etmiş, Fransız Danıştay'ı da hazırladığı raporda, mevzuattaki karmaşanın ve açıklıktan yoksun düzenlemelerin vicdani uyarıda bulunmak isteyenleri koruma mekanizmalarından yararlanabilecekleri konusunda tereddütte düşürdüğünü yönündeki tespitlerini ifade ederek, *“kanunu açıkça ihlal eden veya açıkça ihlal etme riski taşıyan fiillerle karşılaşp, özgürce ve bilinçli olarak vicdani uyarıda bulunmaya karar veren her kişiye uygulanabilecek ortak hükümler temeli oluşturulması”* önerisinde bulunmuş, bir bölümü Sapin2 Kanunu'nun hükümleri olarak somutlaşacak belirlemelere yer vermiştir.<sup>65</sup> Bu kapsamda, Sapin2 Kanunu'nun “Dürüstlük Alanındaki İhlallerle Mücadele” başlıklı ilk kısmının ikinci bölümünü<sup>66</sup>, “Vicdani Uyarıda Bulunanların Korunmasına Dair” (*“De la protection des lanceurs d'alerte”*) düzenlemeler oluşturmuştur.

<sup>62</sup> MEYER, s.2247.; Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 », s.133 (E.T. 10.02.2022).

<sup>63</sup> SLAMA, s.2230.

<sup>64</sup> Şeffaflığa, Yolsuzlukla Mücadeleye ve İktisadi Hayatın Modernizasyonuna ilişkin 09.12.2016 tarihli ve 2016-1691 sayılı Kanun (*Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*), FCRG 10.12.2016-0287, <https://www.legifrance.gouv.fr> (E.T. 15.02.2022).

<sup>65</sup> Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 », s.135.

<sup>66</sup> Anılan Kanunun “Dürüstlük Alanındaki İhlallerle Mücadele” başlıklı ilk kısmının ilk bölümünü ise, “Fransız Yolsuzlukla Mücadele Ajansı'na İlişkin” beş maddeden oluşturmaktadır bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/> (E.T. 15.02.2022).

## B. Sapin2 Kanunu ve 2019/1937 sayılı AB Yönergesinin Fransa İç Hukukuna Aktarılmasıyla Birlikte 2016 Yılından İtibaren Gelişen Hukuki Çerçeve

Vicdani uyarıya ilişkin hukuki çerçeve düzenlenirken Sapin2 Kanunu'nun 2016'da yürürlüğe giren metninde, vicdani uyarıda bulunan kişi ("*lanceur d'alerte*") tanımlanmış, vicdani uyarıya konu olamayacak alanlar belirlenmiş (md.6), vicdani uyarı usulü kural olarak kurum içinde yapılacak bir bildirimle başlayacak şekilde düzenlenip, söz konusu bildirim sistemini kurmakla yükümlü kurumların kapsamı belirlenmiş, Türk hukuk sistemindeki Kamu Başdenetçisi'nin Fransız hukukundaki karşılığı olarak nitelendirilebilecek "*Défenseur des droits*"nın ("Hakların Savunucusu") vicdani uyarı alanındaki görev ve yetkilerine atıf<sup>67</sup> yapılmış (Sapin2 Kanunu, md.8), vicdani uyarıda bulunulması nedeniyle iş akdine son verilenlerin izleyeceği başvuru usulü öngörülmüş (Sapin2 Kanunu, md.12), vicdani uyarıda bulunularak yapılan bildirimlerin yetkili makamlara ulaşmasına engel olanlar için yaptırımlar düzenlenmiş (Sapin2 Kanunu, md.13) ve Ceza Kanunu, İş Kanunu, İdari Yargılama Kanunu, Kamu Sağlığı Kanunu gibi kanunlarda konuyla ilgili değişiklikleri yapan diğer maddelere yer verilmiştir. Dolayısıyla Fransa'nın, Avrupa Konseyi tarafından yayımlanan ilgili tavsiye kararlarını ve Fransız Danıştay'ının yukarıda anılan raporunu da dikkate alarak 2016 yılında oldukça kapsamlı bir düzenleme yaptığını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Bu düzenlemeleri takiben, 2019/1937 sayılı AB Yönergesi kabul edilmiş ve AB üyesi ülkelere 2021 yılı aralık ayı ortasına kadar anılan Yönergeyi iç hukuklarına aktarma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu doğrultuda, bir yandan 2019/1937 sayılı AB Yönergesinin Fransız iç hukukuna aktarılması, diğer yandan Sapin2 Kanunu'na ilişkin etki değerlendirme raporuyla elde edilen sonuçların gereğinin anılan Kanun metnine yansıtılması<sup>68</sup> amacıyla Fransa

<sup>67</sup> Fransa Kamu Başdenetçisinin (*Défenseur des droits*) vicdani uyarı alanındaki görev ve yetkileri esasen 29 Mart 2011 tarihli ve 2011-333 sayılı Kamu Başdenetçisine İlişkin Organik Kanun'da (FCRG 30.03.2011-0075) değişiklik yapan 9 Aralık 2016 tarihli ve 2016-1690 sayılı Kamu Başdenetçisinin Vicdani Uyarıda Bulunanların Yönlendirilmesi ve Korunmasına İlişkin Yetkisi Hakkında Organik Kanun'la (FCRG 10.12.2016-0287) düzenlenmiştir.

<sup>68</sup> İlgili kanun değişikliklerinin Sapin2 Kanunu'na ilişkin etki değerlendirme raporuyla elde edilen sonuçların gereğinin Kanun metnine yansıtılması amacıyla da yapıldığına ilişkin olarak: "Loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte", <https://www.vie-publique.fr/loi/282472-loi-21-mars-2022-waserman-protection-des-lanceurs-dalerte> (E.T. 12.04.2022).

tarafından Vıcdanı Uyarıda Bulunanlara Yönelik Korumanın İyileştirilmesine Dair 21 Mart 2022 tarihli ve 2022-41 sayılı Kanun<sup>69</sup>, 22 Mart 2022 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmış ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylandığı tarihten altı ay sonra yürürlüğe girmesi öngörölmüştür (2022-41 s. Kanun, md.18). Söz konusu 2022-41 sayılı Kanunla, Sapin2 Kanunu’nun ilgili bölümünde (6 ilâ 16’ıncı maddeler) yapılan değişiklikler, konunun çok daha ayrıntılı olarak düzenlenmesini sağlamış, özellikle kamu görevlilerinin vıcdanı uyarıda bulunma usulünde öncelikle amire başvuru koşulunu neredeyse kaldırarak, bir farklılık getirmiş ve vıcdanı uyarıda bulunanlara sağlanan hukuki korumayı dikkat çekici ölçüde güçlendirmiştir.

Kamu görevlilerinin vıcdanı uyarıda bulunmasına ve idarenin bu alandaki yükümlölüklerine ilişkin güncel hukuki çerçeveyi ortaya koyabilmek ve Türk hukukunda yapılabilecek yenilikleri tespit etmek amacıyla, Fransa’da 1 Eylül 2022 tarihinde yürürlüğe girecek söz konusu değişikliklerle birlikte ortaya çıkan durum, Türk hukukunun konuya ilişkin düzenlemeleri de dikkate alınarak, sırasıyla, vıcdanı uyarıda bulunanın tanımı ve uyarının kapsamı (1), kamu görevlilerinin vıcdanı uyarıda bulunma usulü (2) ve vıcdanı uyarıda bulunan kamu görevlilerine tanınan koruma mekanizmaları (3) bakımlarından incelenecektir.

### 1. “Vıcdanı uyarıda bulunan” tanımı ve uyarının kapsamı

Fransız hukuk sisteminde Sapin2 Kanunu ile 2016 yılında ortaya konan ancak 2022 yılında kabul edilen “vıcdanı uyarıda bulunan” tanımı incelendiğinde, konuya ilişkin belirleyici unsurların çoğunu bünyesinde barındırdığı ve uyarıda bulunabilecek kişilerin niteliklerine işaret ettiği (a) görölmektedir. Bu tanımdan hareketle ilk anda, her tür bilginin vıcdanı uyarı konusu edilebileceği düşünölecektir. Zira söz konusu tanım, vıcdanı uyarıya konu edilemeyecek bilgiler konusunda hiçbir belirleme içermemektedir. Oysa bu husus, ilgili mevzuatta açıkça düzenlenmiştir (b). Vıcdanı uyarıya konu edilecek bilgiler bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise suç oluşturan fiiller ile suç oluşturmamakla birlikte hukuka aykırı nitelikte olan fiiller arasındaki ayrımdır. Türk ve Fransız hukuk

---

Sapin2 Kanunu’na ilişkin olarak 2021 yılında Fransa Millet Meclisi’ne sunulan etki değerlendirme raporu için bkz. Rapport d’information sur l’évaluation de l’impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 ».

<sup>69</sup> Vıcdanı Uyarıda Bulunanlara Yönelik Korumanın İyileştirilmesine Dair 21.03.2022 tarihli ve 2022-41 sayılı Kanun, FCRG 22.03.2022-0068, <https://www.legifrance.gouv.fr/> (E.T. 15.02.2022).

sistemlerinin suç oluşturan fiiller karşısında yaklaşım farklılığı (c), vicdani uyarıda bulunacak kamu görevlileri bakımından doğacak hukuki sonuçların çok önemli ölçüde farklılaşmasına neden olmaktadır.

**a. “Vicdani uyarıda bulunan” tanımı ve uyarıda bulunabilecek kişilerin kapsamı**

Sapin2 Kanunu’nun “vicdani uyarıda bulunan” (*lanceur d’alerte*) tanımı 2022-401 sayılı Kanun’la değiştirilmiş olup, şöyledir: “*Vicdani uyarıda bulunan, doğrudan finansal bir karşılığı olmaksızın ve iyi niyetli olarak, bir suça, kamu yararı için bir tehdit ya da zarara, Fransa tarafından usulüne uygun olarak kabul edilmiş ve onaylanmış bir uluslararası taahhüdün, bir uluslararası organizasyonun bu tür bir taahhüde dayanan tek taraflı işleminin, Avrupa Birliği hukukunun, kanunun veya yönetmeliğin ihlaline ya da ihlalini gizleme girişimine ilişkin bilgileri bildiren veya ifşa eden gerçek kişidir. İlgili bilgiler 8’inci maddenin 1’inci paragrafında belirtilen mesleki faaliyetler çerçevesinde elde edilmediği takdirde, vicdani uyarıda bulunanın bunlardan şahsen haberdar olması gerekir.*” (Sapin2 Kanunu md.6-1’i değiştiren 2022-401 s. Kanun, md.1).

Görüldüğü gibi bu tanım uyarınca, vicdani uyarıda bulunan kişinin uyarıya konu bilgiyi mutlaka mesleği, görevi, iş ilişkisi kapsamında öğrenmiş olması aranmamaktadır. 2019/1937 sayılı AB Yönergesinde yer alan “ihbarda bulunan” tanımı uyarınca, ihbara veya ifşaya konu edilen bilginin, bu fiili gerçekleştiren kişinin “mesleki faaliyetleri çerçevesinde elde ettiği” bir bilgi (md.5/7) olması gerekmesine karşın<sup>70</sup>, Sapin2 Kanunu’nun son şeklinde mesleki faaliyet alanına ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemesi dikkat çekicidir. Ancak ilgili bilgi mesleki faaliyet çerçevesinde elde edilmemiş ise, vicdani uyarıda bulunanın bilgiden bizzat haberdar olması zorunludur. Bu durumda, idareyle ilgili bir konuda vicdani uyarıda bulunabilecek olanlar idare bünyesinde faaliyet gösteren kamu görevlileri ile sınırlı olmadığı gibi, kamu görevlilerinin vicdani uyarı konusu edebilecekleri hususlar, bünyesinde faaliyet gösterdikleri idarelere ilişkin bilgilerle sınırlı olmayacaktır. Bununla birlikte, bilginin kamu görevlilerinin mesleki faaliyetleri kapsamında elde edilmiş olup olmamasının hukuki sonuçları, aşağıda açıklanacağı üzere, vicdani uyarıda bulunurken

<sup>70</sup> Aynı yönde bkz. ALP Mustafa, “Avrupa Birliği’nin 2019/1937 sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.1, 2021, s.16.

kullanılabilecek yollar ve Fransa Kamu Görevlileri Genel Kanunu'nda<sup>71</sup> (KGGK, olarak anılacaktır) yapılan düzenlemeler çerçevesinde ilgili kamu görevlisine sağlanacak hukuki koruma alanında doğmaktadır.

Öte yandan, 2019/1937 sayılı AB Yönergesinde ve bu doğrultuda Fransız hukukunda vicdani uyarıda bulunma imkanının sadece gerçek kişilere tanındığı görülmektedir. Bu durumda konuya idare açısından bakıldığında, merkezi idare içindeki birimlerin veya kendi kamu kamu tüzel kişiliği bulunan idarelerin vicdani uyarıda bulunması hukuken mümkün değildir. Öte yandan, idareyle ilgili konularda kamu görevlileri de dahil tüm gerçek kişilerin vicdani uyarıda bulunması hukuken mümkündür. Kaldı ki Fransız hukukunda vicdani uyarıda bulunanlar için tanınan ve Sapin2 Kanunu'yla düzenlenen koruma mekanizmalarından yararlanabilecek olanlar doğrudan doğruya vicdani uyarıda bulunanlarla sınırlı da değildir. Vicdan uyarıda bulunanın yanı sıra, 2019/1937 sayılı AB Yönergesi doğrultusunda Sapin2 Kanunu'na eklenen düzenlemeler uyarınca, “kolaylaştırıcılar”<sup>72</sup>, “vicdani uyarıda bulunanla bağlantılı gerçek kişiler”<sup>73</sup> ile “vicdani uyarıda bulunan tarafından kontrol edilen (Fransız Ticaret Kanunu md.L.233-3) hukuki oluşumlar” da ilgili koruma mekanizmalarından yararlanma hakkına sahiptir.

Vicdani uyarıda bulunan gerçek kişilerin söz konusu ihbar veya kamuya ifşayı, iyi niyetli ve doğrudan finansal bir karşılık elde etmeden yapmış olmaları gerektiği de ilgili tanımda yer almaktadır. Söz konusu tanımın ilk şeklinde vicdani uyarının “*çıkarsız bir şekilde*” yapılması gerektiği düzenlenmiş olmasına karşın, güncel metinde “*doğrudan finansal karşılığı*

<sup>71</sup> Kamu Görevlileri Genel Kanunu (*Code général de la fonction publique*) 1.03.2022 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, Fransız hukukunda memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin olarak Fransız hukukunda yürürlükte olan dört farklı kanunu ve ilgili diğer kanunları aynı başlık altında birleştirmiştir. Merkezi idare, mahalli idareler ve teşkilatlanma konusunda farklılık arz eden sağlık hizmetleri teşkilatı çalışanlarını kapsamaktadır. Silahlı kuvvetler mensupları ile hakimler ise söz konusu kanun kapsamında yer almamaktadır (“Le code général de la fonction publique est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2022”, <https://www.fonction-publique.gouv.fr/code-general-de-la-fonction-publique> E.T. 03.03.2022)

<sup>72</sup> “Kolaylaştırıcılar”, vicdani uyarıda bulunana ilgili mevzuat çerçevesinde ihbar veya kamuya ifşa için yardımda bulunan ve kâr amacı gütmeyen gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileridir (2022-41 sayılı Kanun md.2 ile Sapin2 Kanunu'na eklenen md.6-1-1).

<sup>73</sup> “Vicdani uyarıda bulunana bağlantılı gerçek kişiler”, söz konusu bağlantı nedeniyle, mesleki faaliyetleri çerçevesinde işverenleri, müşterileri veya verdikleri hizmeti alan kişiler tarafından (Sapin2 Kanunu md.10-1-II'da belirtilen) misilleme niteliğindeki uygulamalar ile karşılaşma riski bulunan kişilerdir (2022-41 sayılı Kanun md.2 ile Sapin2 Kanunu'na eklenen md.6-1-3).

*olmaksızın*” ifadesine yer verilmiş olması, dolaylı bir finansal karşılık elde edilebileceği ihtimalini akla getirmesi bakımından eleştirilebilecektir.

Türkiye’de yürürlükte olan mevzuat çerçevesinde yapılan araştırmada, Fransa örneğinde görülen ve tüm gerçek kişilere yönelik bir “vicdani uyarıda bulunan” tanımına ulaşılamamıştır. Konuyla ilgili olarak öncelikle suç oluşturan fiillerin ihbar edilebileceği düşüncesiyle hareket edildiğinde TCK md.279 belirleyici olmakta, Türk Ceza Kanunu’nda verilen “kamu görevlisi” tanımının<sup>74</sup>, konu idare hukuku açısından incelendiğinde de esas alınmasında isabet bulunduğu sonucuna varılmakta ve bu nedenle idare hukuku alanındaki geniş anlamda kamu görevlileri kavramı<sup>75</sup> dikkate alınarak konu incelenmektedir.

Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “*Müracaat, şikayet ve dava açma*” başlıklı 21’inci maddesinin, devlet memurlarına yönelik olarak “*kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikayet*” haklarının bulunduğu belirtilmiş, konuya ilişkin esas ve usullerin de bir yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür (657 s. Kanun, md.21/3). Ancak önemle vurgulanması gereken bir husus, anılan maddeye dayanılarak hazırlanan Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik<sup>76</sup> uyarınca, anılan Yönetmelik hükümlerinin, “*657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 1 inci maddesinin 1 inci fıkrasında sayılan kurumlarda çalışan sözleşmeli ve geçici personel; aynı Kanunun ek geçici 12, 13 ve 14 ncü maddeleri kapsamına giren personel; ek geçici 9 ncu maddede sayılan kurumlarda çalışan memurlar ile sözleşmeli ve geçici personel hakkında da*” uygulanacağını öngörülmüş olması (anılan Yönetmelik md.15), dolayısıyla Yönetmeliğin uygulama alanının sadece memurlarla sınırlı kalmayacak şekilde genişletilmiş olduğudur. Nitekim Avrupa Konseyinin R (2000) 10 sayılı Tavsiye Kararının yukarıda anılan düzenlemeleriyle aynı yönde olmak üzere, kapsamı oldukça geniş olmakla birlikte tüm kamu görevlerini kapsamayan Kamu Görevlilerinin Etik Davranış İlkeleri ile

<sup>74</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca, ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi deyiminden, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır [TCK, md.6/1(c) [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr) (E.T. 11.02.2022)].

<sup>75</sup> bkz. bu çalışmada dipnot no.6.

<sup>76</sup> Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik, RG.12.01.1983-17926.



Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>77</sup> uyarınca, kamu görevlileri “(...) Yönetmelikte belirlenen etik davranış ilkeleriyle bağdaşmayan veya yasadışı iş ve eylemlerde bulunmalarının talep edilmesi halinde veya hizmetlerini yürütürken bu tür bir eylem veya işlemde haberdar olduklarında ya da gördüklerinde durumu yetkili makamlara bildirirler. (...)” (anılan Yönetmelik, md.12).

Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından AB ile birlikte yürütülen bir teknik destek projesi kapsamında yerel yönetimlere yönelik olarak yayımlanan Etik Rehberi’nde de ihbar süreçlerinin tanımlanması ve işletilmesine, bu kapsamdaki bildirimler ile “ispiyonculuk” arasındaki farkın vurgulanmasına, etkin olarak çalışabilecek etik bildirim hatlarının oluşturulmasına ve bildirimde bulunanların güvenliğinin sağlanmasına yerel yönetimlerde ihdas edilen etik yönetim sistemleri içinde önemli yer verildiği<sup>78</sup> görülmektedir. Bu kapsamda, anılan Rehberde tek bir tanım verilmemiş olmakla birlikte, “sorun bildirme” olarak ifade edilen vicdani uyarı yapılırken kişisel düşmanlık veya çıkar bulunmaması, iyi niyetle hareket edilmesi, “mantıklı bir gerekçeye” dayanılması, diğer insanların zarar görmemesinin ve (varsa) işlenen suçla ilgili bir cezayla karşılaşılmasının engellenmesinin amaçlanması gerektiği<sup>79</sup> belirtilmektedir. Bu bildirimler için kurulacak etik bildirim hatlarını, çalışanların yanı sıra diğer paydaşların da kullanabilmesi gerektiğine işaret edildiğinden<sup>80</sup>, ilgili kurumların işleyişine ilişkin konularda vicdani uyarıya konu edilecek nitelikte bilgi sahibi olan herkesin bildirimde bulunabileceği sonucuna varılmaktadır.

### **b. Vicdani uyarıya konu edilemeyecek bilgilerin kapsamı**

<sup>77</sup> Anılan Yönetmelik, “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri, Türk Silahlı Kuvvetleri, yargı mensupları ve üniversiteler hakkında (...) uygulanmaz” ancak “genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri, döner sermayeli kuruluşlar, mahalli idareler ve bunların birlikleri, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan; yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri dahil tüm personeli kapsar” (Kamu Görevlilerinin Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG.13.04.2005-25785, md.2).

<sup>78</sup> Etik Rehberi Yerel Yönetimler, T.C. Kamu Görevlileri Etik Kurulu, 2020, s.177-187 <https://www.etik.gov.tr/wp-content/uploads/2021/06/Etik-Rehber-Yerel-Yonetimler.pdf> (E.T.12.03.2022).

<sup>79</sup> Etik Rehberi Yerel Yönetimler, s.178.

<sup>80</sup> Etik Rehberi Yerel Yönetimler, s.181.

Vicdani uyarı imkanının sınırları konusunda bir diğer husus, vicdani uyarıya konu edilemeyecek bilgilerin gerek 2019/1937 sayılı AB Yönergesinde, gerek Sapin2 Kanunu'nda düzenlenmiş ve bu tür bilgilere ilişkin ihbarda bulunanların ya da bunları kamuya açıklayanların “vicdani uyarıda bulunan” tanımı kapsamında yer almayacağı ve vicdani uyarıda bulunanlar için öngörülen koruma mekanizmalarından yararlanamayacaklarının açıkça ortaya konmuş olmasıdır.

Konu kamu görevleri açısından incelendiğinde, idarenin elindeki bilgilerin açıklanmasının da gizli tutulmasının da kamu yararına hizmet ettiği durumlarda, bu bilgilerin açıklanması suretiyle korunacak kamu yararının, aynı bilgilerin saklı tutulmasının sağlayacağı kamu yararına üstün gelmesi gerektiği<sup>81</sup> doktrinde ifade edilmektedir. Vicdani uyarıda bulunan kişinin açıkladığı bilgiyi Devlete karşı sadakat yükümlülüğü içinde bulunduğu kamu görevi kapsamında öğrendiği ve görevi nedeniyle öğrendiği bilgileri açıklamasının da yasak olduğu durumlar önem taşımaktadır. Zira, kamu görevlisinin ifade özgürlüğünün sınırı, görevi kapsamında öğrendiği ve gizli kalması gereken bilgiler olmakla birlikte<sup>82</sup>, bu tür bilgilerin açıklandığı durumlarla uygulamada karşılaşılabilir. Nitekim yukarıda değinilen Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Tshwane İlkelerine desteğini ifade ettiği 2024 (2013) sayılı Tavsiye Kararı<sup>83</sup> ve AİHM'in kamu görevlilerinin vicdani uyarıda bulunduğu durumları değerlendirirken kullandığı ölçütler<sup>84</sup> konunun bu boyutuna dikkat çekmektedir.

Türk hukukunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda “*Devlet memurlarının kamu hizmetleri ile ilgili gizli bilgileri görevlerinden ayrılmış bile olsalar, yetkili bakanın yazılı izni olmadıkça*” açıklamalarının yasak olduğu düzenlenmiştir (657 s. Kanun, md.31). Başka pek çok kanunda da yürütülen kamu görevleri nedeniyle öğrenilen sır niteliğindeki veya gizli

<sup>81</sup> AKSOY RETORNAZ Emine Eylem, Türk Ceza Hukukunda Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu, Vedat Kitapçılık, 2014, s.159-160.

<sup>82</sup> COTTIER Bertil, “La protection du whistleblower ou le panneau manquant du triptyque de la transparence administrative” in Criminologie, politique criminelle et droit pénal dans une perspective international : Mélanges en l'honneur de Martin Killias à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire, Stämpfli, 2013, s.537 aktaran AKSOY RETORNAZ, s.160.

<sup>83</sup> Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe, Rapport préparé par la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Doc.14958, 30 août 2019, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=28096&lang=FR> (E.T. 15.02.2022).

<sup>84</sup> bkz. bu çalışmanın “AİHM'in Vicdani Uyarıda Bulunan Kamu Görevlerine İlişkin İçtihadı” başlıklı bölümü.

bilgilerin, görev sona erdikten sonra dahi açıklanmasının yasaklandığı<sup>85</sup> ve aksi yöndeki fiillerin suç olarak da düzenlendiği<sup>86</sup> görülmektedir. Aynı doğrultuda, Kamu Görevlilerinin Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca kamu görevlilerinin, görevlerinin ifası sırasında ya da bu görevlerin sonucu olarak öğrendikleri resmi veya gizli bilgileri görevdeyken ve görevden ayrıldıktan sonra yetkili makamlar dışında herhangi bir kurum, kuruluş veya kişiye açıklamaları yasaklanmıştır (anılan Yönetmelik md.14/3).

Fransa'da Sapin2 Kanunu'ndaki son değişiklikler uyarınca, “*şekli veya kayıtlı olduğu ortam nasıl olursa olsun, millî savunmanın, tıbbî sırrın, yargılamada müzakerenin, soruşturmanın ve avukatın meslek sırrının gizliliğinin korunmasına ilişkin hükümler uyarınca açıklanması veya ifşa edilmesi yasak olan olay, bilgi ve belgeler*”in vicdani uyarıya ilişkin düzenlemelerin kapsamı dışında yer aldığı açıkça düzenlenmiştir (Sapin2 Kanunu md.6/II'yi değiştiren 2022-41 s. Kanun, md.1). Dolayısıyla, bu kapsamdaki bilgileri herhangi bir ihbara veya kamuya ifşaya konu eden kişilerin vicdani uyarıda bulunanlara sağlanan hukuki korumadan yararlanamayacağı da ortaya konmuştur.

### **c. Vicdani uyarıya konu olmak bakımından suç oluşturan fillere Türk ve Fransız hukuk sistemlerinin yaklaşım farklılığı**

Vicdani uyarıya konu edilmek bakımından değinilmesi gereken bir diğer kategori de suçlara ilişkin bilgilerdir. Türk hukuk sisteminde olduğu gibi Fransız hukukunda da kamu görevlilerinin, göreviyle bağlantılı olarak öğrendikleri suçları yetkili makamlara bildirmekle yükümlü olduğu yukarıda belirtilmişti. Ancak iki hukuk sistemi arasındaki önemli bir fark dikkat çekmektedir. Fransız hukukunda kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği suç yetkili makamlara bildirmesi, Fransız Ceza

<sup>85</sup> Söz konusu düzenlemelere örnek olarak, “*Kurul üyeleri ve Kurum personeli, Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri ve elektrik enerjisi ve doğal gaz ile petrol ve LPG sektöründe yer alan gerçek ve tüzel kişilere ait her türlü sırları, görevlerinden ayrılmış olsalar bile açıklayamaz, kendilerinin veya başkalarının menfaatine kullanama.*” (4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, md.6/4, mevzuat.gov.tr E.T. 04.04.2022).

<sup>86</sup> Bu kapsamda öncelikle belirtilmesi gereken düzenleme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Göreve ilişkin sırrın açıklanması” başlıklı 258'inci maddesinde yer almakta olup, söz konusu suçun kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra” da işlenebileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, anılan Kanunun “Milletle ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının yedinci bölümü “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” olup, yukarıda belirtilen konuda suç olarak düzenlenen filleri de içermektedir (bkz. mevzuat.gov.tr E.T. 23.03.2022).

Usul Kanunu'nun 40/2 maddesinde düzenlenmiş ve karşılığında herhangi yaptırım öngörülmemiş bir yükümlülük niteliğindedir. Oysa Türk hukukunda “kamu görevlisinin suçu bildirmemesi”, karşılığında altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülen bir suç olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>87</sup> 279'uncu maddesinde düzenlenmiştir<sup>88</sup>. Bu durumda, Türk hukukunda “*kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak*” öğrenen kamu görevlisi, yukarıda belirtilen TCK md.279 uyarınca bu suç hakkında yetkili makamlara gecikmeksizin bildirimde bulunmak zorundadır.

Fransa'da son dönemde yürürlüğe giren KGGK'de, “*Bir kamu görevlisi, görevini ifa ederken öğrendiği ve suç oluşturan fiilleri Fransız Ceza Usul Kanunu md.40/2 uyarınca adli makamlara bildirir, idari makamlara da bildirebilir*” (2022-41 s. Kanun'la KGGK'ye eklenen md.L135-1) hükmü yer almıştır. Görüldüğü gibi bu son düzenleme, kamu görevlilerinin adli makamlara bildirim yükümlülüğünü tekrarlamakla yetinmektedir. Fransız Ceza Kanunu'nun 434-1 maddesinde hükmü uyarınca ise, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sonuçlarının sınırlandırılması halen mümkün olan veya faillerin önlenebilecek yeni suçlar işlemesi ihtimali bulunan suçları yetkili makamlara bildirme yükümlülüğünün herkes için düzenlediği (Türk Ceza Kanunu md.278/1 ve 2 fıkralarına benzer şekilde) görülmektedir. Ne var ki Fransız hukukunda kamu görevlileri bakımından TCK md.279'a denk gelen bir düzenleme tespit edilememiştir.

Tüm bu tespitler, Fransız hukukunda 2016 yılında ortaya konan ve 2022 değişiklikleriyle de geliştirilen “*vicdani uyarıda bulunan*” tanımına benzer bir tanımın Türk hukukunda tespit edilemediğini ancak Türkiye'de de ilgili mevzuatta, vicdani uyarıda bulunabilecek kamu görevlilerine, uyarıya konu edilebilecekleri hususlara, suç oluşturan filler karşısında uymaları gereken kurallara ilişkin belirlemelere yer verildiğini, uygulamanın güçlendirilmesi amacıyla Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından rehber yayımlanması yoluna da gidildiğini göstermektedir.

## **2. Vicdani uyarıda bulunma usulü bakımından idarenin yükümlülükleri ve kamu görevlilerinin tabi olduğu kurallar**

<sup>87</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG.12.10.2004-25611.

<sup>88</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 279'uncu maddesi şöyledir: “(1) *Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır*”.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

Vicdani uyarının esas ve usulleri ile ilgili koruma mekanizmaları Fransız hukukunda 2016 yılında düzenlendiğinde, vicdani uyarıda bulunma usulü Sapin2 Kanunu'nda ana hatlarıyla ifade edilmiş, konuya ilişkin ayrıntıların bir tüzükle düzenleneceği öngörülmüştü (Sapin2 Kanunu, md.8-III). Bu kapsamda vicdani uyarıda bulunanların kural olarak, ilgili durumu öncelikle (doğrudan veya dolaylı) hiyerarşik üstlerine, işverenlerine veya ilgili kurum tarafından belirlenmiş yetkili kişiye veya kurula ihbar etmeleri<sup>89</sup>, bu ihbarın işleme alındığının yetkili makamlar tarafından gerekli özen gösterilerek makul süre içinde teyit edilmemesi halinde, bu kez adli makamlar, diğer idari makamlar veya meslek odaları nezdinde, başka bir deyişle kurum dışı ihbarda bulunulmasının mümkün olduğu düzenlenmişti. Kurum dışı ihbarda bulunulması halinde, başvuru makamlar tarafından ihbarın işleme alındığı üç ay içinde bildirilmediği takdirde, ihbara konu durumun son çare olarak kamuya açıklanabileceği (ifşa edilebileceği) belirtilmişti. Ayrıca yetkili makamlara yönlendirilmek üzere Fransa Kamu Başdenetçisi'ne ("*Défenseur des droits*") her zaman ihbara bulunulabileceği de öngörülmüştü. Vicdani uyarıda bulunanın kural olarak kurum içi ihbarla başlaması gereken bu usulün istisnasını ise, açık ve yakın tehlikenin veya telafi edilemeyecek nitelikte zararların oluşması riskinin bulunduğu durumlarda, ihbarların doğrudan kurum dışındaki yetkililere yapılması ve konunun kamuya açıklanabilmesi ihtimalleri oluşturmaktaydı (Sapin2 Kanunu, md.8-I-II ve IV).

Sapin2 Kanunu'nda 2022 yılında 2022-401 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden önceki bu dönemde, özellikle memurların bu tür ihbarları öncelikle hiyerarşik üstlerine bildirmekle yükümlü olduklarına, iyi niyetle

<sup>89</sup> Vicdani uyarıda bulunmak isteyen kamu görevlilerinin tabi oldukları kurullarda yeknesaklık sağlanması amacıyla, Fransa'da yetkili bakanlık tarafından 19 Temmuz 2018 tarihli Genelge yayımlanmıştır (*Circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et aux garanties et protections qui leur sont accordées dans la fonction publique*, <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=43813>, E.T. 12.02.2022). Anılan genelge uyarınca, vicdani uyarıya konu edilen bilginin açıklanması bakımından kurum içi ihbarın birinci, kurum dışı ihbarın ikinci, kamuya ifşanın ise üçüncü aşama olarak belirlendiği görülmektedir. Bu genelgede, kurum içi ihbar usulünde ilgili idareler tarafından vicdani uyarı başvuruları almak ve işlemek üzere belirlenmiş yetkili kişi veya kurula öncelikle başvurusunun vurgulandığı dikkat çekmektedir (POLLET-PANOUSIS Delphine, "La procédure interne de recueil des alertes dans les administrations", AJDA, 2019, s.2168 vd., [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr), E.T. 12.02.2022).

vicdani uyarıda bulunan memurların özlük hakları bakımından sahip oldukları güvencelere ve vicdani uyarıdan sonra ilgili memurlar hakkında tesis edilen idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda ispat yükünün idareye yüklenmesine ilişkin düzenlemeler dönemin Fransız Devlet Memurları Kanunu'na eklenmişti<sup>90</sup>. Vicdani uyarının iyi niyetle yapılmasının esas olduğuna dikkat çekmek suretiyle başkalarına zarar verici nitelikte olabilecek ihbarların önüne geçilmesi hedeflenmiş ve iyi niyetle hareket etmenin, ilgili koruma mekanizmalarından yararlanmanın ön koşulları arasında yer aldığı vurgulanmıştı<sup>91</sup>. Nitekim, vicdani uyarıda bulunan kamu görevlilerinin bu süreci kurum içi ihbar yoluna giderek başlatmalarının esas

<sup>90</sup> 13.07.1983 tarihli ve 83-634 sayılı Fransız Devlet Memurları Kanunu'nun (*Loi portant droits et obligations des fonctionnaires*) Sapin2 Kanunu'yla değiştirilen, vicdani uyarı konusunda memurlar için yükümlülükler getirmekle birlikte çok önemli güvenceler sağlayan ve daha sonra, 1 Ocak 2021 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılan 6 ter A maddesi şöyle tercüme edilebilir:

*“Bir memur hakkında, görevi kapsamında öğrendiği ve suç teşkil eden veya [bu Kanunun] 25 bis I maddesi uyarınca çıkar çatışması olarak sınıflandırılması muhtemel olan fiilleri adli veya idari makamlara iyi niyetle bildirmiş veya bu makamlar nezdinde tanıklık etmiş olması nedeniyle özellikle işe alım, asaleten atama, ücretlendirme, hizmet içi eğitim, değerlendirme, sicil notu, disiplin, terfi, tayin ve naklen atama konusunda herhangi bir karar alınmaz.*

*Hiçbir memur, 2016-1691 sayılı ve 9 Aralık 2016 tarihli Şeffaflığa, Yolsuzlukla Mücadeleye ve Ekonomik Hayatın Modernizasyonuna İlişkin Kanun'un 6 ilâ 8'inci maddeleri doğrultusunda vicdani uyarıda bulunmuş olması nedeniyle cezalandırılmaz veya doğrudan ya da dolaylı olarak ayırıcı bir karara konu edilemez.*

*Aksi yöndeki tüm düzenleme ve uygulamalar yoklukla batıldır.*

*Bir çıkar çatışması durumunda memur, öncelikle bağlı olduğu hiyerarşik üstlerinden biri nezdinde yaptığı ihbardan sonuç alamamış olmalıdır. (...)*

*Yukarıda yer alan ilk dört fıkranın uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda, ilgili kişi suç ya da çıkar çatışması teşkil eden veya 2016-1691 sayılı ve 9 Aralık 2016 tarihli Kanun'un 6'ıncı maddesi uyarınca vicdani uyarı kapsamında yer alan fiillere ilişkin olarak iyi niyetle bildirimde bulunduğu ya da tanıklık ettiği sonucuna varılmasına elverişli hususları sunduğu takdirde, dava konusu kararın, ilgili kişinin bildirim veya tanıklığı ile bağlantısı olmayan objektif nedenlerle gerekçelendirildiğini somut delillere dayanarak ispatlamakla davacı yükümlüdür. Yargıç, ihtiyaç halinde, gerekli tüm incelemeleri yaptıktan sonra kararını verir.*

*Bir çıkar çatışması durumuna ilişkin fiiller hakkında kötü niyetle veya bir disiplin cezası ile sonuçlanması muhtemel fiiller konusunda zarar verme niyetiyle ya da kamuoyuna açıklanan veya yayımlanan hususların gerçekte örtüşmediği konusunda kısmen de olsa bilgi sahibi olmasına karşın bildirimde bulunan veya tanıklık eden memur, Ceza Kanunu'nun 226-10'uncu maddesinin birinci fıkrasında öngörülen cezalarla cezalandırılır”.*

<sup>91</sup> FOGLE Jean-Philippe – PRINGAULT Stephen, “Les ‘lanceurs d’alerte’ dans la fonction publique”, AJDA, 2014/39, s.2260.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

olduğuna ilişkin düzenlemeler, 2019/1937 sayılı AB Yönergesinde de halihazırda yer almaktadır (md.7).

Öte yandan, vicdani uyarı kapsamındaki ihbarların alınabilmesi ve işlenmesi için kendi içinde gerekli altyapıyı oluşturmak ve görevlendirmeleri yapmakla yükümlü idarelerin kapsamı da 2022 öncesi dönemde yine Sapin2 Kanunu'nda düzenlenmişti<sup>92</sup>. Uygulamadan elde edilen veriler doğrultusunda gerek görülen değişikliklerin yanı sıra, 2019/1937 sayılı AB Yönergesinin Fransız iç hukukuna aktarılması amacıyla Sapin2 Kanunu'nda 2022-401 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ve yenilikler sonucunda ise, yukarıda kısaca açıklanan usulün çok daha sistematik şekilde düzenlendiği, uyarıda bulunacak kamu görevlileri bakımından ise, ilk adım olarak kurum içi ihbar kadar, kurum dışı ihbar veya kamuya ifşaya da gidilebileceğinin düşünülmesine yol açan düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Çok yakın bir tarihte (1 Mart 2022 tarihinde) yürürlüğe girmiş olmasına karşın, KGGK'de yer alan "Vicdani Uyarıda Bulunanlar" başlıklı bölümde uyarıda bulunanlara tanınan hukuki korumanın artırılmasına yönelik olarak 2022-401 sayılı Kanun'la değişiklikler yapılmıştır. Bu korumanın yararlanması için ön koşulu ise, anılan Kanunda verilen tanıma ve belirlenen usullere uygun surette vicdani uyarıda bulunmuş olmasıdır.

İdarenin ihbarların alınması ve işlenmesine ilişkin yükümlülükleri, kamu görevlilerinin vicdani uyarı usulü çerçevesinde izleyebilecekleri yollar ve Fransa Kamu Başdenetçisi de dahil olmak üzere ilgili diğer idari birimlerin görev ve yetkilerinin incelenebilmesi amacıyla, vicdani uyarıda bulunurken başvurulabilecek şu üç farklı usul sırayla ele alınacaktır: Mesleki faaliyet nedeniyle elde edilmiş olan bilgiler için izlenebilecek kurum içi ihbar usulü (a), mesleki faaliyet bağlantısı aranmaksızın herkesin başvurabileceği kurum dışı ihbar usulü (b) ve yine herkesin başvurabileceği kamuya ifşa usulü (c).

#### **a. Kurum içi ihbar**

Fransız hukukundaki ilgili düzenlemeler uyarınca, vicdani uyarıda bulunmak isteyenler ihbarın konusunun mesleki faaliyetleri kapsamında

<sup>92</sup> Çalışanları veya iş birliği yaptığı gerçek kişilerin vicdani uyarıda bulunması halinde ihbarların toplanması ve işlenmesi için uygun mekanizmaları ilgili tüzükle belirlenecek koşullar dahilinde oluşturmakla yükümlü olan idari birimler, en az elli çalışanı olan kamu tüzel kişileri, merkezi idare birimleri, nüfusu 10.000'den fazla olan belediyeler ve bu belediyelerin katılımcıları arasında yer aldığı belediyeler arası işbirliğine yönelik kamu kurumları, il ve bölge idareleri olarak belirlenmiştir (Sapin2 Kanunu, md.8-III, <https://www.legifrance.gouv.fr/E.T.20.02.2022>).

elde ettikleri ve ilgili kurum içinde meydana gelmiş ya da meydana gelmesi çok muhtemel bir duruma dair bilgilere ilişkin olması halinde, misilleme riski altında kalmayacaklarını ve yapacakları ihbar sonucunda ihlalin etkin şekilde giderileceğini düşünüyorlarsa, kural olarak bu bilgilerin ilişkin olduğu kurum veya kuruluş bünyesindeki yetkililere ihbarda bulunabilirler (Sapin2 Kanunu, md.7-1-1).

Bu kapsamda ihbarda bulunabilecek olanlar kamu görevlileri ve idare açısından incelendiğinde, idare bünyesindeki tüm çalışanların, karar ve yürütme organlarının üyelerinin, ihbara konu bilginin elde edildiği çalışma ilişkisi sona ermiş olanların, çalışma ilişkisi hiç kurulmamış olsa bile ihbara konu bilgiyi iş için başvuru sürecinde elde etmiş olanların, idarenin kendi dışından iş birliği yaptığı kişilerin, idarenin sözleşme ilişkisi kurduğu kişiler ile bu sözleşmeler kapsamındaki alt yüklenicilerin karar, yürütme ve denetim organlarının üyeleri ile çalışanlarının vicdani uyarıda bulunabileceklerinin düzenlendiği görülmektedir (Sapin2 Kanunu, md.8-1-A-1 ilâ 5).

İhbarların alınması ve işlenmesi için gerekli başvuru sistemini kurmakla yükümlü idari birimler ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, en az elli kamu görevlisi istihdam eden kamu tüzel kişileri (nüfusu 10.000'den az olan belediyeler, bu belediyelere bağlı kamu kurumları ve üyeleri arasında nüfusu 10.000'den fazla belediye bulunmayan belediyeler arası iş birliğine yönelik kamu kurumları hariç) ve merkezi idare birimleri (personel sayısı dikkate alınmaksızın) ihbarların toplanması ve işlenmesi için kurum içi başvuru sistemi oluşturmakla yükümlüdür<sup>93</sup> (2022-41 s. Kanunla Sapin2 Kanunu'nda değiştirilen md.8-I-B-1 ve 2).

İhbarların toplanması ve işlenmesi için kurum içi ihbar usulü belirlenmemiş idarelerde ise vicdani uyarıda bulunanlar, doğrudan veya dolaylı hiyerarşik üstlerine ya da ilgili idare tarafından belirlenmiş yetkiliye ihbarda bulunurlar (Sapin2 Kanunu, md.8-1-B). Kurum içi ihbar üzerine başlayacak süreç boyunca uygulanacak bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri, ihbarda bulunan kişilere konunun gidişatına ilişkin olarak bilgi

<sup>93</sup> Belediyeler ve kamu personeli bölgesel yönetim merkezi üyesi olan mahalli kamu kurumları için ihbarların toplanması ve işlenmesinin, istihdam ettikleri personel sayısı dikkate alınmaksızın üyesi buldukları bölgesel yönetim merkezleri tarafından ilgili mevzuat uyarınca yapılabilmesi imkânı da tanınmıştır (2022-41 sayılı Kanun md.3-2 ile Sapin2 Kanunu'nda değiştirilen md.8-1-B-4 <https://www.legifrance.gouv.fr/> E.T. 20.02.2022).



verilmesi gereken süreler<sup>94</sup>, ilgili dosyaların kapatılması, bilgilerin toplanması ve saklanması ile ihbar konularının üçüncü kişilere aktarılması koşulları bir tüzükle düzenlenir. Ayrıca hem ihbarda bulunan hem de ihbara konu edilen kişilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin olarak, Türk hukuk sistemindeki Kişisel Verileri Koruma Kurumu'na Fransız hukuk sisteminde denk gelen CNIL tarafından, kurum içi ihbarları toplama ve işleme sistemi kurmakla yükümlü veya kurmayı tercih eden tüm kamu ve özel sektör kuruluşlarına yönelik olarak yayımlanmış rehber ilkeler<sup>95</sup> bulunmaktadır. Bu ilkelerden hareketle, ihbarların toplanması ve işlenmesi görevinin bu amaçla oluşturulan birimlere verilmesi, bu birimlerin çalışanlarının sınırlı sayıda olması, özel eğitime tabi tutulması ve gizliliğin korunması konusunda güçlendirilmiş bir yükümlülük altında bulunması gerektiği doktrinde de<sup>96</sup> vurgulanmaktadır.

Tüm bu düzenlemeler, KGGK'nin “*Bir kamu görevlisi, görevini ifa ederken öğrendiği ve suç oluşturan fiilleri Fransız Ceza Usul Kanunu md.40/2 uyarınca adli makamlara bildirir, idari makamlara da bildirebilir*” (2022-41 s. Kanun'la KGGK'ye eklenen md.L135-1) hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, görevleri çerçevesinde öğrendikleri ve suç oluşturan fiiller konusunda kamu görevlilerinin kurum içi ihbar usulüne başvurmaksızın veya başvurmuş olsalar bile, yetkili adli makamlara da, bir başka deyişle kurum dışı ihbar usulüne de gitmeleri gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Kamu görevlilerinin görevlerini ifade ederken öğrendikleri ve çıkar çatışması<sup>97</sup> olarak nitelendirilebilecek fiiller için ise hiyerarşik üstlerine

<sup>94</sup> 2019/1937 sayılı AB Yönergesinde ihbarın ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde bir alındı belgesinin vicdani uyarıda bulunana gönderilmesi ve üç ayı geçmeyecek makul süre içinde de konunun gidişatına ilişkin olarak bilgi verilmesi düzenlenmiştir (md.9) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=en> (E.T. 20.02.2022).

<sup>95</sup> Référentiel relatif aux traitements des données à caractère personnelle destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles, adopté le 18 juillet 2019, [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/referentiel-alertes-professionnelles\\_decembre-2019.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/referentiel-alertes-professionnelles_decembre-2019.pdf) (E.T. 10.04.2022).

<sup>96</sup> DESGENS-PASANAU, §551, s.257.

<sup>97</sup> KGGK L.121-5 maddesi uyarınca “*çıkarcı çatışması*”, “*Bir kamu yararı ile kamusal veya özel yararlar arasındaki ve kamu görevlisinin görevlerinin bağımsız, tarafsız ve nesnel bir şekilde yerine getirilmesini etkileyen veya etkiliyor gibi görünen herhangi bir etkileşim durumu*” olarak tanımlanmaktadır. (KGGK'nin güncel metni için [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) E.T. 20.03.2022).

bildirimde bulunabilme veya meslek etiği ilkeleri sorumlusuna<sup>98</sup> açıklama yapabilme imkanı düzenlenmiştir (2022-41 s. Kanun’la KGGK’ye eklenen md.L135-3). Dolayısıyla, suç oluşturmeyen fiiller bakımından, kurum içi ihbar usulünün esas olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim bu yorum, KGGK’nin 1 Ekim 2022’ye kadar yürürlükte olan “*Bir çıkar çatışması konusunda ihbarda bulunmak isteyen kamu görevlisinin öncelikle bağlı olduğu hiyerarşik üstlerden biri nezdinde yaptığı vicdani uyarı sonuçsuz kalmış olmalıdır*” düzenlemesiyle de tutarlılık içinde olacaktır (KGGK, md.L.135-3/1).

Konu Türk hukuk sistemi açısından incelendiğinde ise, yukarıda açıklandığı üzere, kamu görevlilerinin “*kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini görev[ler]iyle bağlantılı olarak*” öğrenmeleri halinde, yetkili makamlara bildirimde bulunmamalarının suç teşkil ettiği TCK md.279’da düzenlenmiştir. Dolayısıyla kamu görevlilerinin TCK md.279’da belirtilen türden bilgileri edinmeleri halinde kurum dışı ihbarda bulunmaları zorunludur. Ayrıca, TCK md.279’un uygulama alanında olan bilgiler ve davaya konu edilebilecek durumlar dışında 657 sayılı Kanun uyarınca devlet memurlarının, “*kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı*” müracaat ve “*amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı*” şikayet haklarının bulunduğu belirtilmiş, “*müracaat ve şikayetler[in] söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikayet edilen amirler atlanarak*” yapılacağı düzenlenmiş olup, kurum içi ihbar yoluna gidilmesinin öngörüldüğü (657 s. Kanun, md.21/1 ve 2) anlaşılmaktadır.

Konuya ilişkin esas ve usulleri içeren Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik’te<sup>99</sup> ilgili usul ve esasların “*Şikayet*” ile “*Müracaat ve İhbar*” başlıklı kısımlar altında düzenlenmiş olması, başka bir deyişle 657 sayılı Kanun’da “*ihbar*” sözcüğünün sadece “*İsnat ve iftiralara karşı korunma*” başlıklı ve devlet memurlarının haksız ihbar ve şikayetlerle

<sup>98</sup> KGGK uyarınca, anılan Kanunun ilgili kısımlarında düzenlenen meslek etiği ilkeleri ve bunlara ilişkin yükümlülüklerle uyum konusunda tüm kamu görevlilerinin, kendilerine yararlı tavsiyelerde bulunmakla görevli bir meslek etiği sorumlusuna danışma hakları vardır. Bu danışmanlık işlevi, ilgili birim amirinin yetki ve sorumluluklarına halel getirmeksizin gerçekleştirilir (KGGK, md.L124-2, www.legifrance.gouv.fr E.T. 20.03.2022).

<sup>99</sup> Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik, RG.12.01.1983-17926.

karşılaştıkları durumları düzenleyen 25'inci maddede<sup>100</sup> kullanılmış olmasına karşın, anılan Yönetmelikte “müracaat”ın yanı sıra “ihbar”dan da bahsedilmesi dikkat çekicidir. Nitekim, söz konusu Yönetmelik'te, kurum ile ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaatın “hak”, görev sırasında haberdar olunan konu suç teşkil eden durumların yetkili makamlara bildirilmesinin ise “yükümlülük” olduğunun ifade edildiği görülmekte (anılan Yönetmelik md.11), dolayısıyla “ihbar” teriminin konusu suç teşkil eden bildirimlere özgü olarak kullanıldığı<sup>101</sup> anlaşılmaktadır.

Anılan Kanunda, müracaat ile şikayetlerin incelenerek en kısa zamanda ilgili kişiye bildirim yapılacağı belirtilmiş (657 s. Kanun, md.21/3), bu doğrultuda şikayet ve müracaatların kabul tarihinden itibaren üç gün içinde karar vermeye yetkili amir veya (müracaatlar bakımından) mercilere iletileceği (anılan Yönetmelik md.6 ve md.12/2), “*adli ve idari tahkikata konu olacak nitelikteki şikayetler hakkında ilgili mevzuat hükümleri*”nin uygulanacağı, ancak kural olarak karar merciine intikal ettikleri tarihi izleyen 30 gün içinde de incelenip bir karara bağlanarak sonucun bildirimde bulunanlara ve gerekiyorsa, hakkında bildirimde bulunulan kişiye yazıyla bildirileceği (anılan Yönetmelik md.8 ve md.13) düzenlenmiştir. İlgili Yönetmeliğin ekinde şikâyet ve müracaatlar için dilekçe örneği de bulunmaktadır. Bu başvuruların kurum içinde yetkili amirlere yapılacağı öngörüldüğünden, Fransa örneğindeki gibi, ilgili kurumda çalışan kamu görevlilerinden gelecek kurum içi ihbarların alınması ve işlenmesi konusunda yetkili kılınmış birimler oluşturulmasına ilişkin özel bir düzenleme tespit edilememiştir. Bununla birlikte, 2006/3 sayılı ve “*Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER) – Doğrudan Başbakanlık*” konulu<sup>102</sup> Genelge uyarınca, “*yurttaşların yönetime ilişkin şikayet, talep, görüş ve önerilerini kolayca iletebilmelerine yönelik iyi işleyen, hızlı ve etkin bir sistemin*” oluşturulması amacıyla bakanlıklarda halkla ilişkiler

<sup>100</sup> 657 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 25'inci maddesi şöyledir: “*Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikayetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde bu memurun en büyük amiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler*” (mevzuat.gov.tr. E.T. 22.03.2022).

<sup>101</sup> Ne var ki “ihbar” sözcüğüne yüklenen bu anlamın her zaman suç ihbarı olarak anlaşılacağı, örneğin, suç oluşturmamakla birlikte etik kurallara aykırı durumlara ilişkin bildirimler için de kullanılabilirdiği belirtilmelidir. Örneğin, bkz. Etik Rehberi Yerel Yönetimler, s.175.

<sup>102</sup> 2006/3 sayılı ve “*Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER) – Doğrudan Başbakanlık*” konulu Genelge, RG.20.01.2006-26055.

müracaat büroları kurulması, valilik ve kaymakamlıkların da bu doğrultuda kendi bünyelerindeki düzenlemeleri gerçekleştirmesi ve günümüzde CİMER için kullanılmakta olan "150" numaralı kısa telefon hattının tahsis edilmesi, BİMER sistemine internet üzerinden de erişilmesi ve “4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 3071 sayılı Dilekçe Hakkı Kanunu, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile insan hakları ihlallerine ilişkin müracaatlar”ın anılan bürolara bizzat ya da BİMER sistemi aracılığıyla yapılabilmesi öngörülmüştür. Böylelikle, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu<sup>103</sup> kapsamında yer alan tüm kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde bilgi edinme birimleri oluşturulması ya da bilgi edinme yetkilileri görevlendirilmesine yönelik düzenlemeye<sup>104</sup> benzer şekilde bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Kamu Görevlilerinin Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca, “etik kültürünü yerleştirmek ve geliştirmek, personelin etik davranış ilkeleri konusunda karşılaştıkları sorunlarla ilgili olarak tavsiyelerde ve yönlendirmede bulunmak ve etik uygulamaları değerlendirmek üzere kurum veya kuruluşun üst yöneticisi tarafından kurum içinden en az üç kişilik bir etik komisyonu” oluşturulması (anılan Yönetmelik md.29/1) öngörülmüştür. Ancak bu komisyonların da vicdani uyarıya konu edilen etik ihlal ihbarlarını almak ve işlemek konusunda yetkili olmadıkları görülmektedir. Ne var ki Kamu

<sup>103</sup> 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, RG.24.10.2003-25269.

<sup>104</sup> 4982 sayılı Kanun uyarınca “kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler” (md.5/1) hükmü doğrultusunda, anılan Kanun kapsamında yer alan (merkezi idare kapsamındaki kamu idareleri ile bunların bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları, köyler hariç olmak üzere mahalli idareler ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşları ile birlik veya şirketleri, T.C. Merkez Bankası ve üniversiteler de dahil olmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz olarak enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları) tüm kamu kurum ve kuruluşları, “basın ve halkla ilişkilerle görevli birimlerinde, bilgi edinme hakkının etkin olarak kullanılabilmesi ve bilgi veya belgelere erişimin zamanında sağlanabilmesi amacıyla bilgi edinme birimleri” oluşturmakla, “bünyesinde basın ve halkla ilişkilerle görevli birimi veya bu birime benzer görevler ifa eden birim bulunmayan kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme hakkının etkin olarak kullanılabilmesi ve bilgi veya belgelere erişimin zamanında sağlanabilmesi amacıyla, kurum ve kuruluş içindeki bir birim bünyesinde bilgi edinme birimleri” oluşturmak veya “doğrudan kurum yöneticisine bağlı bilgi edinme yetkilisi” görevlendirmekle yükümlü tutulmuşlardır (Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik, RG.27.04.2004-25445, md.2 ve md.8/1 ve 2).

Görevlileri Etik Kurulu tarafından yerel yönetimlere yönelik olarak yayımlanmış olan rehberde, yer bakımından yerinden yönetim idareleri bünyesinde, uzmanlaşmanın sağlanması ve hızlı hizmet verilebilmesi için konusuna göre kurum içi ve kurum dışı olmak üzere etik ihlal ihbarlarını değerlendirecek etkin bildirim hatları kurulmasının tavsiye edildiği<sup>105</sup> dikkat çekmektedir.

Tüm bu açıklamalar, Sapin2 Kanunu'nda 2022 yılında yapılan değişikliklerle getirilen ve mesleki faaliyetleri çerçevesinde elde ettikleri bilgilere ilişkin olarak vicdani uyarıda bulunmak isteyenlerin kurum içi ihbar usulünü tercih ederken göz önünde bulundurmaları gerektiği anlaşılan, misilleme riskiyle karşılaşmamak ve kurum içi ihbar sonucunda ihlalin etkin şekilde giderileceği kanaatinde olmak (Sapin2 Kanunu, md.7-1-1) gibi kriterlerin, kamu görevlileri bakımından öncelikle kurum içi ihbar usulünün tüketilmesi kuralını özünde ortadan kaldırdığını göstermektedir. Oysa Türk hukukundaki mevzuattan hareketle kamu personelinin, konusu suç oluşturan fiiller ve dava açma hakkının kullanıldığı durumlar dışında, kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerine ilişkin müracaatları ve amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikayetleri için kurum içi ihbar yoluna gitmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Ne var ki çalıştıkları kurumla ilgili bilgileri vicdani uyarıya konu etmek isteyen kamu görevlilerinin, yukarıda değinilen 2006/3 sayılı ve “Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER) – Doğrudan Başbakanlık” konulu Genelge’de belirtilen ve günümüzde CİMER adı altında hizmet vermekte olan BİMER sisteminden de yararlanamayacakları sonucuna varmak kolay görünmemektedir; bu konu “kurum dışı ihbar” başlığı altında incelenecektir.

### **b. Kurum dışı ihbar**

Fransız hukukunun konuya ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde, ilgili kurumla herhangi bir mesleki faaliyet ilişkisi bulunmayan kişiler de dahil herkesin kurum dışı ihbarda bulunabileceği sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla, kurum içi ihbar yapabilecek olanlar da kurum içi ihbar yaptıktan sonra veya yapmadan, kurum dışı ihbarda bulunabilirler (2022-41 s. Kanun’la Sapin2 Kanunu’na eklenen md.7-1-2 ve değiştirilen md.8-1). Bu yolla vicdani uyarıda bulunanların anılan Kanunla getirilen koruma mekanizmalarından yararlanabilmeleri için yine aynı Kanunda verilen “vicdani uyarıda bulunan” tanımına (Sapin2 Kanunu, md.6-1) uymaları ve kurum dışı ihbarı öngörülen usule uygun olarak yetkili makamlara başvurmak suretiyle yapmaları gerekmektedir (Sapin2 Kanunu, md.8-II).

<sup>105</sup> Etik Rehberi Yerel Yönetimler, s.181 ve s.185.

Kurum dışı ihbarda bulunabilecekler arasında kapsamı yukarıda açıklanan ve çok geniş şekilde düzenlendiği görülen kurum içi ihbar yapabilecek kişiler yer aldığı gibi, “*şahsen haberdar olduğu*” ilgili bilgiyi “*mesleki faaliyetler çerçevesinde elde etmemiş*” (Sapin2 Kanunu, md.6-I/son cümle) olan gerçek kişiler de yer almaktadır. Dolayısıyla, geniş anlamda kamu çalışanı olan bir kişinin, anılan Kanunda belirlenmiş koşulları karşılamak kaydıyla, görevli olduğu idare dışındaki idari birimlere ilişkin olarak da kurum dışı ihbarda bulunması mümkündür.

Fransız hukukunda düzenlenen kurum dışı ihbar usulü, ihbarda bulunabilecek kişilerin kapsamı ve karşılamaları gereken şartlar bakımından olduğu kadar, bu alanda idareye verilen görev ve yetkiler bakımından da dikkat çekicidir. Zira kurum dışı ihbarın yapılabileceği adli makamların yanı sıra, Fransa Kamu Başdenetçisi’ne, ilgili Tüzükte belirtilen idari birimlere ve 2019/1937 sayılı AB Yönergesinin kapsamındaki uyuşmazlıkları kabul etme yetkisi bulunan AB makamlarına kurum dışı ihbar yapılabilecektir. İlgili Tüzük tarafından belirlenecek idari birimlerin, Fransız idari teşkilatında yer alan bağımsız idari otoriteler, bağımsız kamu kurumları, meslek odaları ve bir kamu hizmetinin sunulması için kurulmuş kamu tüzel kişileri arasından seçileceği Sapin2 Kanunu’nda belirtilmektedir (2022-401 s. Kanun’la değiştirilen md.8). Kurum dışı ihbarları almakla ve işlemekle yükümlü idari birimler, ihbarın konusu bakımından yetkili olmadıklarını veya başka bir idari birimin de yetkili olduğunu tespit ettikleri takdirde, ilgili ihbarı yetkili gördükleri idareye veya Fransa Kamu Başdenetçisi’ne iletirler.

Yetkili olduğu durumlarda Fransa Kamu Başdenetçisi, ilgili tüzükte öngörülen sürelerle ve vicdani uyarıda bulunanların korunmasına ilişkin gizlilik güvencelerine uygun olarak, bağımsız ve tarafsız bir usul dahilinde ihbarı değerlendirir ve ihbarda bulunan kişiyi konunun gidişatı hakkında bilgilendirir (2011-333 sayılı Organik Kanun, md.35-1-II). İhbarın konusuyla ilgili bir başka idari birimin veya birden çok idari birimin yetkili olması halinde ya da yetkili herhangi bir idari birim bulunmaması halinde, bu ihbarı konuya en hâkim olan veya olabilecek idari birime gönderir. İhbarları almak ve işleme koymakla görevli ve yetkili idareler, bu alanda yürüttükleri faaliyetlere ilişkin olarak hazırlanacak raporda yer alması gerekli bilgileri Kamu Başdenetçisi’ne aktarırlar (Sapin2 Kanunu, md.8-II).

Kurum dışı ihbar usulüne ilişkin olarak, her ihbar üzerine başlayan süreç boyunca uygulanacak bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri, ihbarda bulunan kişilere konunun gidişatına ilişkin olarak bilgi verilmesi gereken süreler (2019/1937 sayılı AB Yönergesi doğrultusunda), ilgili dosyaların

kapatılmasına, bilgilerin toplanması ve saklanmasına, görevli ve yetkili personelin hizmet içi eğitimine, ihbar konularının ilgili idari birimler arasında aktarılmasına ilişkin kurallar ile ihbarları işleyebilmek için bu idarelerin kendi aralarında aktarabilecekleri diğer bilgilerin kapsamı Sapin2 Kanunu uyarınca yayımlanması öngörülen tüzükle belirlenir (Sapin2 Kanunu, md.8-II).

Türk hukukunda ise, yukarıda anılan Kamu Görevlilerinin Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca kamu görevlilerinin, bu “(...) *Yönetmelikte belirlenen etik davranış ilkeleriyle bağdaşmayan veya yasadışı iş ve eylemlerde bulunmalarının talep edilmesi halinde veya hizmetlerini yürütürken bu tür bir eylem veya işlemde haberdar olduklarında ya da gördüklerinde*” durumu yetkili makamlara bildirecekleri düzenlenmiştir (anılan Yönetmelik, md.12). Kamu Görevlileri Etik Kurulu, “*etik davranış ilkelerinin ihlal edildiği iddiasıyla re’sen veya yapılacak başvurular üzerine gerekli inceleme ve araştırmayı yaparak sonucu ilgili makamlara bildirmek*”le<sup>106</sup> görevli ve yetkilidir. Ancak Kurul’a yapılacak başvurularda etik ilkelere aykırı davranışta bulunduğu ileri sürülen kişinin en az genel müdür veya dengi düzeyde bir görevli olması gerekmektedir<sup>107</sup> ve yargı organlarınca incelenmekte olan veya karara bağlanmış iddialar bu başvurularda konu edilemez (5176 sayılı Kanun md.4/1 ve 4 ile anılan Yönetmelik, md.28, md.31/3 ve md.33/1). Dolayısıyla, yukarıdaki başlık altında açıklanan nedenlerle, Türk hukukunda kamu görevlilerinin kurumlarıyla ilgili, suç oluşturmayan resmi ve şahsi işleri için kural olarak kurum içi ihbar yoluna gitmeleri gerektiği anlaşılmakla birlikte, etik davranış ilkelerinin ihlalinin ileri sürüldüğü ve 5176 sayılı Kanun’da belirtilen koşulları karşılayan durumlarda, kurum içi ihbarın yanı sıra<sup>108</sup>, Kamu Görevlileri Etik Kurulu’na başvurulabileceği sonucuna varılacaktır.

<sup>106</sup> 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG.08.06.2004-25486, md.3.

<sup>107</sup> Genel müdür veya dengi seviyede bulunmayan “*Diğer kamu görevlilerinin, etik davranış ilkelerine aykırı uygulamaları bulunduğu iddiasıyla yapılacak başvurular, ilgili kurumların yetkili disiplin kurullarında, Kurul tarafından çıkarılan yönetmeliklerde belirlenen etik davranış ilkelerine aykırılık olup olmadığı yönünden değerlendirilir. Değerlendirme sonucu alınan karar, ilgililere ve başvuru sahibine bildirilir*” (5176 s. Kanun, md.4/2).

<sup>108</sup> Kamu Görevlileri Etik Kurulu’nun yanı sıra kurum içi başvuru da yapılabileceği sonucuna, 5176 sayılı Kanun’un “Bu Kanuna göre yapılan inceleme ve araştırmalar, (...) tâbi oldukları personel kanunları hükümlerine göre disiplin kovuşturmasına engel teşkil etmez” hükmünden hareketle varılmaktadır (5176 s. Kanun, md.5/3).

Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapılabilecek başvurular için ise, sadece vicdani uyarı konusunun “*telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan*” bir duruma ilişkin olması halinde kurum içi ihbarın yanı sıra, Kamu Denetçiliği Kurumu'na da başvuruda bulunulabileceği sonucuna varmak mümkün görünmektedir. Zira, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nda<sup>109</sup>, Kuruma başvuru yapılabilmesi için 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerektiği belirtilmektedir; “*Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebilir*” (6328 s. Kanun, md.17/4).

Bu noktada, görevli oldukları kurumlara dair bilgiler konusunda vicdani uyarıda bulunmak isteyen kamu görevlilerinin, başvuru sistemi bakımından kolaylık sunan, ihbarların yönlendirilmesi ve takibi konusunda da faaliyet gösteren Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı Halkla İlişkiler Dairesi<sup>110</sup> tarafından gerçekleştirilen ve kısaca CİMER olarak adlandırılan “elektronik kamu hizmeti”nden<sup>111</sup> yararlanıp yararlanamayacakları<sup>112</sup> da değerlendirilmelidir. Öncelikle, CİMER yoluyla başvuru yapmak isteyenlerin tercih edebilecekleri farklı başvuru türleri bulunduğu belirtilmelidir. Bu çalışmanın konusu bakımından, ihbar ve şikâyet başvuruları için internet üzerinden başvurunun mümkün olması, başvuruların, bu başvurulara konu edilen kişilere ulaşmaması için gerekli teknik ve idari tedbirlerin alınması<sup>113</sup> gibi hususların, vicdani uyarıda bulunan kamu görevlileri için de olumlu etkileri olabileceği düşünülebilir.

<sup>109</sup> 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, RG.29.06.2012-28338.

<sup>110</sup> İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında 14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca Halkla İlişkiler Dairesi Başkanlığı'nın CİMER'e ilişkin göreve ve yetkilerinin, “(...) a) Vatandaşların şikayet, talep, görüş ve önerilerinin derhal işleme alınıp değerlendirilmesi, sonuçlandırılması ve ilgisine süratle cevap verilmesini sağlamak. (...) c) 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununa göre yapılacak bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru bir şekilde sonuçlandırmak üzere gerekli tedbirleri almak. ç) (Ek:RG-18/9/2020-31248-C.K.-66/7 md.) Vatandaşların kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin başvurularına yönelik işlem süreçlerinin doğru bir şekilde yürütülmesi ve hızlı sonuçlandırılması amacıyla kurumsal takip ve inceleme faaliyetlerini yürütmek” olarak düzenlendiği görülmektedir (14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, md.8, RG.24.07.2018-30488, mevzuat.gov.tr, E.T. 26.02.2022).

<sup>111</sup> 50 Soruda CİMER, Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı, s.14 <https://www.cimer.gov.tr/50sorudacimer.pdf> (E.T. 20.02.2022).

<sup>112</sup> “Usulsüz müracaat veya şikayette bulunmak”, 657 sayılı Kanun uyarınca karşılığında uyarma cezası öngörülen fiillerdendir [657 s. Kanun, md.125/1/A/(d)].

<sup>113</sup> 50 Soruda CİMER, s.14, s.21, s.25, s.35 (E.T. 20.02.2022).



Dolayısıyla, suç oluşturmeyen fiillere ilişkin “*müracaat ve şikayetler[i] söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikayet edilen amirler atlanarak*” yapması öngörülen (657 s. Kanun, md.21/1 ve 2) devlet memurları ve Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik kapsamında yer aldığı belirtilen diğer kamu görevlilerinin (anılan Yönetmelik, md.15), söz konusu dilekçelerini yapılan başvuruların seçilen kuruma doğrudan gönderilmesi imkanını sunan “CİMER Otomasyon” seçeneğini kullanarak CİMER sistemi yoluyla iletmelerinde hukuka aykırılık olmasa gerektir. Zira CİMER Otomasyon yoluyla verilen hizmetin, söz konusu başvurular kabul edildikten sonra herhangi ön inceleme yapılmaksızın başvuruların gereğinin yapılması için doğrudan ilgili kamu kuruluşuna ivedilikle iletilmelerine ilişkin olduğu<sup>114</sup> anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, kamu görevlileri tarafından CİMER yoluyla yapılacak vicdani uyarı niteliğindeki ihbar ve şikâyet başvuruları, başvuru konusu bilginin ilişkin olduğu kuruma yapılmadığından ilk anda teknik olarak “kurum dışı ihbar” niteliğinde değerlendirilebilecek ise de bu başvuruların gereğinin CİMER bünyesinde değil, başvuruyu değerlendirmekle yetkili makam tarafından yapılacağı<sup>115</sup> gözden kaçırılmamalıdır<sup>116</sup>. Ne var ki kendisine ilişkin kurum içi görevlendirmelere ve ilgili kurumda mevcut olduğunu ileri sürdüğü bazı uygulamalara ilişkin

<sup>114</sup> “CİMER Otomasyon”a ilişkin açıklama için bkz.50 Soruda CİMER, s.22 (E.T. 20.02.2022).

<sup>115</sup> CİMER yoluyla yapılan ihbar ve şikâyet başvurularının değerlendirilme usulü konusunda şu açıklamalara yer verildiği görülmektedir: “*İhbar başvurularının tamamına yakını, şikâyet başvurularının ise ilgili olanları adli makamlara gönderilmektedir. Adli makama intikal eden başvurular Cumhuriyet Başsavcılığının uhdesinde değerlendirilmektedir. Gerekli hallerde Cumhuriyet Başsavcılığı, başvuru sahibinin ifadesine başvurabilmektedir. Ayrıca ihbar ve şikâyet başvuruları idari inceleme ve soruşturma için görev alanına giren diğer kamu kurumlarına sevk edilmektedir. Kamu kurumu tarafından inceleme veya soruşturma başlatılması halinde de başvuru sahibinin ifadesine başvurulabilmektedir. Bu nedenden dolayı, başvuru sahibi kimlik ve iletişim bilgilerini gizleyerek başvuru yapsa dahi inceleme ve soruşturma aşamasında bu bilgiler talep edilmesi halinde yetkili kişilerle paylaşılmaktadır*”, 50 Soruda CİMER, s.36 (E.T. 20.02.2022).

<sup>116</sup> Kaldı ki 2006/3 sayılı ve “Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER) – Doğrudan Başbakanlık” konulu Genelge’nin yürürlükte olduğu dönemde verilen ve amiri hakkında BİMER’e şikayette bulunan memura disiplin cezası verilmesini, Anayasa ile güvence altına alınan dilekçe hakkının engellenmesi niteliğinde olduğundan hukuka aykırı bulan mahkeme kararları bulunduğunu aktaran kaynaklar mevcuttur (Danıştay 12. D. E.2016/5625, K.2017/6293, T.06.12.2017, aktaran “BİMER veya CİMER’e başvuran memura disiplin cezası verilir mi?”, <https://www.memurlar.net/haber/797808/bimer-veya-cimer-e-basvuran-memura-disiplin-cezasi-verilir-mi.html>, E.T. 20.02.2022).

şikayetlerini 657 sayılı Kanun ile Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik uyarınca “*en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile*” iletmek yerine, CİMER’e başvuruda bulunmak suretiyle gerçekleştiren kişiye disiplin cezası verildiği durumlar ve “*657 sayılı Kanun’un 21. maddesindeki düzenlemeye aykırı davranarak 682 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 8/2-b maddesindeki ‘Mevzuatta belirlenmiş usul ve kurallara riayet etmeden sözlü, yazılı veya elektronik olarak müracaat veya şikâyetle bulunmak’ fülünü işlediği*”<sup>117</sup> sonucuna varılan yargı kararları da bulunmaktadır.

### c. Kamuya ifşa

Fransız hukukunda Sapin2 Kanunu’nda verilen tanıma uygun surette vicdani uyarıda bulunanlar bakımından kamuya ifşa söz konusu olduğunda, bu kişilerin öngörülen koruma mekanizmalarından yararlanmaları ancak üç durumda söz konusu olabilir.

2022-401 sayılı Kanun’la düzenlenen bu durumlardan ilki, daha önce kurum içi ihbar yapılmış olsun ya da olmasın, kurum dışı ihbar yapılmış olması ve bu ihbar üzerine, ihbar sonrası bilgilendirme için ilgili mevzuatta öngörülen süreler dolmasına karşın alınan herhangi bir önlemin vicdani uyarıda bulunana bildirilmemiş olmasıdır. İkinci durum, açık ve yakın tehlike durumudur. Özellikle kamu görevlilerinin durumuna ilişkin olarak, mesleki faaliyetleri çerçevesinde elde ettikleri bilgileri kamuya ifşa edeceklerin, anılan Kanunla getirilen koruma mekanizmalarından yararlanabilmeleri için bu bilgileri acil bir durumun varlığı ya da telafisi imkânsız bir zarar doğması riski bulunması gibi, kamu yararının açık veya yakın tehlike ile karşı karşıya olduğu durumlar nedeniyle ifşa etmiş olmaları gerekmektedir. Üçüncü durum ise, kurum dışı ihbarları almakla yetkili idarelere veya Fransa Kamu Başdenetçisi’ne başvurmanın vicdani uyarıda bulunanı misilleme riskiyle karşı karşıya getireceği veya olayın olağan dışı özellikleri nedeniyle, delillerin karartılması veya yok edilmesi ihtimalinin bulunduğu ya da ihbarın yapılacağı birimin vicdani uyarıda bulunanla çıkar çatışmasının bulunabileceğini, ihbar konusu filleri işleyen kişiyle gizli anlaşma içinde olabileceğini, aynı olayların parçası olabileceğini düşünmek için vicdani uyarıda bulunacak kişinin ciddi gerekçelerinin olduğu ve dolayısıyla, kurum dışı ihbarın (ifşaya konu) ihlali etkin biçimde gideremeyeceği hallerdir (Sapin2 Kanunu, md.8-III).

<sup>117</sup> İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, E.2018/2565, K.2019/859, T. 26.04.2019, [www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr) aktaran BOZ Selman Sacit – YURDAER Cihat – ERASLAN Yunus, “İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.3, 2019, s.526.

Kamuya açıklanacak bilginin vicdani uyarıya konu edilebilecek bilgilerin kapsamında yer almakla birlikte, kamuya ifşa edilmesinin milli güvenlik ve milli savunmayla ilgili konulara zarar vereceği durumlarda ise, yukarıda belirtilen ikinci ve üçüncü duruma ve mesleki faaliyetler çerçevesinde elde edilen bilgilerin kamuya ifşa edilmesine ilişkin düzenlemeler uygulanmaz (Sapın2 Kanunu, md.8-III-Son fıkra).

Türk hukuk sisteminde ise, kamu kurum ve kuruluşlarının 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda “*yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak*”la yükümlü oldukları görülmektedir. Ayrıca yine aynı Kanunda, “*yayımlanmış veya kamuya açıklanmış bilgi veya belgelerin*” bilgi edinme başvurularına konu olmayacağı belirtilmekte, dolayısıyla bu Kanun kapsamındaki idareler tarafından yayın veya açıklama yapmak yoluyla da kamuya bilgi sunulabildiği anlaşılmaktadır (4982 sayılı Kanun, md.8/1). Bu kurumlar bünyesinde çalışan kamu görevlilerinin kurum dışı ihbar veya şikâyetle bulunabilecekleri durumlara ilişkin örnekler ise yukarıda ele alınmış olmakla birlikte, vicdani uyarıya konu edilebilecek nitelikteki bilgilerin kamu görevlileri tarafından kamuya ifşa edilebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme tespit edilememiştir.

### **3. Vicdani uyarıda bulunan kamu görevlileri için öngörülen hukuki koruma**

Öncelikle, vicdani uyarıda bulunanların Sapın2 Kanunu ve bu Kanunla birlikte ilgili diğer kanunları da değiştiren 2022-401 sayılı Kanun uyarınca tanınan koruma mekanizmalarından yararlanabilmeleri için anılan Kanunu'nda yer alan “vicdani uyarıda bulunan” (“*lanceur d’alerte*”) tanımına uygun surette, öngörülen usullere uygun olarak ve bu tanım kapsamında yer aldığı anlaşılan bir konuda ihbarda bulunmuş ya da bilgiyi kamuya ifşa etmiş olmalarının gerektiği belirtilmelidir. Bir başka deyişle, ilgili düzenlemelere uygun olmayan bir konuda ya da şekilde ihbarda bulunan ya da bilgiyi kamuya ifşa eden kişinin, vicdani uyarıda bulunanlara tanınan koruma mekanizmalarından yararlanamayacağı görülmektedir.

İlgili mevzuatta belirtilen koşulları karşılayan kişiler ise, bahsedilen bilgilerin tümünün ihbar veya kamuya ifşasının ilgili yararların korunması için gerekli olduğunu düşünmekte makul gerekçeleri bulunduğuun anlaşılması halinde söz konusu ihbar veya ifşadan kaynaklanan zararlardan sorumlu olmazlar. Fransız Ceza Kanunu<sup>118</sup> uyarınca bu kişilerin ceza

<sup>118</sup> Vicdani uyarıda bulunanlara sağlanan hukuki korumanın artırılması amacıyla Fransız Ceza Kanunu'nun 122-9'uncu maddesinin 2022-401 sayılı Kanunla değiştirilen, dolayısıyla YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

sorumluluğu kaldırılmıştır (2022-401 s. Kanun’la Sapin2 Kanunu’na eklenen md.10-1-I). Ancak kanunla korunmuş sırrı ihlal eden kişilerin ceza sorumluluğunu kaldıran halleri düzenleyen söz konusu maddede Sapin2 Kanunu’nun 6’ncı maddesine yapılan atıf dikkate alındığında, “*millî savunmanın, tıbbî sırrın, yargılamada müzakerenin, soruşturmanın ve avukatın meslek sırrının gizliliğinin korunmasına ilişkin hükümler uyarınca açıklanması veya ifşa edilmesi yasak olan olay, bilgi ve belgeler*”de yer alan sırları açıklayan kişilerin anılan maddenin kapsamı dışında kaldıkları anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, Sapin2 Kanunu uyarınca vicdani uyarıya konu edilemeyecek bilgileri açıklayanların cezai sorumlulukları kaldırılmamıştır.

Öngörülen koruma mekanizmaları uyarınca, ilgili mevzuata uygun surette vicdani uyarıda bulunan hiçbir kamu görevlisi, yaptığı ihbar veya ifşa nedeniyle ya da KGGK’nin L.135-1<sup>119</sup> ve L.135-3<sup>120</sup> maddeleri uyarınca yaptığı açıklama veya tanıklık üzerine, işe alım, asaleten atama, kadroların kaldırılması, ücretlendirme, hizmet içi eğitim, mesleki yeterliliğin değerlendirilmesi, disiplin, yeniden işe yerleştirme, terfi, naklen atama, çalışma saatleri veya görev yeri değişikliği konularında olumsuz hukuki sonuç doğuracak herhangi karara ve bu alandaki tehdit ve teşebbüslere konu edilemez, Sapin2 Kanunu’nda düzenlenen koruma mekanizmalarından da yararlanır (2022-41 s. Kanun’la KGGK’ye eklenen

---

1 Eylül 2022’de yürürlüğe girecek olan metni şöyledir: “*İlgili yararların korunması için söz konusu açıklamanın gerekli ve oranlı olduğu, ihbarın kanunla belirlenmiş koşullara uygun davranıldığı ve bilgiyi açıklayan kişinin Şeffaflığa, Yolsuzlukla Mücadeleye ve İktisadi Hayatın Modernizasyonuna ilişkin 9 Aralık 2016 tarihli ve 2016-1691 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinde yer alan vicdani uyarıda bulunan tanımının ölçütlerini karşıladığı hallerde, kanunla korunmuş bir sırrı ihlal eden kişinin ceza sorumluluğu yoktur.*

*Hukuka uygun şekilde haberdar olduğu belgeler veya bilgilerin kayıtlı bulunduğu diğer ortamları ortadan kaldıran, mal edinen veya gizleyen ve bu maddenin ilk fıkrasında öngörülen şartlar dahilinde ihbar veya ifşa eden vicdani uyarıda bulunanın da ceza sorumluluğu yoktur.*

*Bu madde hükümleri, anılan suçlara iştirak edenler bakımından da uygulanır”* (www.legifrance.gouv.fr E.T. 20.03.2022).

<sup>119</sup> 2022-41 s. Kanun ile KGGK’ye eklenen md.L135-1 uyarınca, “*Bir kamu görevlisi, görevini ifa ederken öğrendiği ve suç oluşturan fiilleri Fransız Ceza Usul Kanunu md.40/2 uyarınca adli makamlara bildirir, idari makamlara da bildirebilir*” (www.legifrance.gouv.fr E.T. 20.03.2022).

<sup>120</sup> 2022-41 s. Kanun ile KGGK’ye eklenen md.L135-3 uyarınca, kamu görevlilerinin görevlerini ifade ederken öğrendikleri ve çıkar çatışması olarak nitelendirilebilecek fiiller için hiyerarşik üstlerine bildirimde bulunabilme veya meslek etiği ilkeleri sorumlusuna açıklama yapabilme imkanı düzenlenmiştir (www.legifrance.gouv.fr E.T. 20.03.2022).

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

md.L135-4). Nitekim anılan Kanun uyarınca, ilgili mevzuata uygun olarak vicdani uyarıda bulunan kamu görevlileri gerçekleştirdikleri ihbar veya kamuya ifşa nedeniyle misilleme niteliğindeki uygulamalar veya bu tür uygulamalara ilişkin tehdit ya da teşebbüslerle karşı karşıya bırakılamazlar. Bu kapsamda, çevrim içi kamu iletişim hizmetleri de kullanılarak kişisel itibarlarının zedelenmesi dahil, zarara ya da iş veya gelir kaybı ya da herhangi mali kayba uğratılamazlar, mal veya hizmet sözleşmelerinin erken feshi ya da iptali söz konusu olamaz, psikiyatrik veya diğer tıbbi tedaviye kötü niyetli şekilde sevk edilemezler (2022-401 s. Kanun'la Sapin2 Kanunu'na eklenen md.10-1-II)<sup>121</sup>.

Tüm bu koruma mekanizmalarının düzenlenmiş olması vicdani uyarıda bulunmayı kolaylaştıracak olması bakımından olumlu değerlendirilmekle birlikte, vicdani uyarıda bulunduğu varsayılan kamu görevlilerinin kötü niyetle hareket edebileceği, dolayısıyla uyarıya konu ettikleri bilgilerin gerçekle örtüşmediği durumların da olabileceği göz ardı edilmemelidir. İşte bu ihtimale binaen, bir çıkar çatışması durumuna ilişkin fiiller hakkında kötü niyetle, zarar verme niyetiyle ya da kamuoyuna açıklanan veya yayımlanan hususların gerçekle örtüşmediği konusunda kısmen de olsa bilgi sahibi olmasına karşın bildirimde bulunan veya tanıklık eden kamu görevlileri için Sapin2 Kanunu öncesi düzenlemelerde de öngörülmüş olduğu üzere, Fransız Ceza Kanunu'nun ilgili maddesinde yer alan (md. 226-10-1) cezalar düzenlenmiştir (KGGK, md.L135-5).

Yukarıda belirtilen misilleme niteliğindeki eylem ve işlemlere karşı açılan davalarda, ihbar veya kamuya ifşanın Sapin2 Kanunu'nun 6'ncı ve 8'inci maddelerine uygun olduğu davacı tarafından kanıtlandığı takdirde, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu ispatlamakla davalı yükümlüdür. Yargıç gerekli tüm incelemeleri yaptıktan sonra kararını verir. Yine yukarıda belirtilen uygunluk şartlarını karşılamak koşuluyla davacı, kendisine ait yargılama giderlerinin karşı tarafça karşılanması ve ihbar ya da ifşa nedeniyle mali durumu önemli ölçüde bozulmuşsa karşı tarafça sağlanacak bir ödenek tahsisi edilmesi yönünde karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Bu tür talepler öncelikle karara bağlanır. İhbar veya kamuya ifşada bulunulmasını engellemek amacıyla vicdani uyarıda

<sup>121</sup> Kişinin fiziksel bütünlüğe yönelik kasıtlı saldırılar, şiddet eylemleri, tehditler veya diğer yıldırma eylemleri nedeniyle idari ve adli makamlara başvuruda bulunan, iyi niyetle açıklama veya tanıklık yapan kamu görevlilerine de vicdani uyarıda bulunan kamu görevlilerine sağlanan korumayla aynı şekilde bir korumanın sağlanacağı anılan Kanunda düzenlenmiştir (2022-41 sayılı Kanun md.7-II ile KGGK'ye eklenen md.L135-6-A bkz. [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) E.T. 20.03.2022).

bulunanlara karşı açılmış davalarda da karşı tarafça ödenmek üzere yargılama giderlerinin karşılanmasının ve bir ödenek tahsisinin mahkemeden talep edilmesi mümkündür (2022-401 s. Kanun’la Sapin2 Kanunu’na eklenen md.10-1-III).

Türk hukukunda ise vicdani uyarıda bulunan kamu görevlilerine sağlanacak hukuki koruma konusunda ilgili mevzuatın, Fransız hukukunda örneklere oranla daha genel ifadeler içerdiği görülmektedir. Örneğin, Devlet Memurları Kanunu’nun, “*Kanunlarda yazılı haller dışında Devlet memurunun memurluğuna son verilmez, aylık ve başka hakları elinden alınamaz*” (657 s. Kanun, md.18) hükmünden hareketle, hukuka uygun surette vicdani uyarıda bulunan devlet memurlarının haklarının, bu uyarı nedeniyle herhangi bir zarar görmeyeceği sonucuna varılabilir. Devlet Memurları Kanunu’nun yukarıda değinilen “*Müracaat, şikayet ve dava açma*” başlıklı 21’inci maddesine dayanılarak hazırlanmış olan Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik’te ise şikayet veya müracaat “*haklarını kullanan Devlet Memurlarına şikayetlerinden dolayı bir ceza verilemez. Ancak, şikayet [ve müracaat] haklarını bu Yönetmelikte tespit edilen usul ve esaslara aykırı surette kullananların veya her ne surette olursa olsun bu haklarını kullanırken bir suç işleyenlerin sorumlulukları saklıdır*” hükmüne yer verilmiş, 2009 yılında “*ihbar yükümlülüğünü yerine getiren Devlet memurlarına ihbarlarından dolayı bir ceza verilemez, doğrudan veya dolaylı olarak hizmet koşulları kısmen de olsa ağırlaştırılmaz ve değiştirilemez*” hükmü eklenmiş ve ihbarlar karşısında görevlerini “*zamanında ve eksiksiz olarak*” yerine getirmeyen amirlere 657 sayılı Kanun’un 125’inci maddesindeki disiplin cezalarından verileceğinin öngörülmüş olması isabetlidir (anılan Yönetmelik, md.10, md.13 ve md.14).

Kamu Görevlilerinin Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca da “*(...) Kurum ve kuruluş amirleri, ihbarda bulunan kamu görevlilerinin kimliğini gizli tutar ve kendilerine herhangi bir zarar gelmemesi için gerekli tedbirleri alırlar*” (anılan Yönetmelik, md.12). Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından yerel yönetimlere yönelik olarak yayımlanan Etik Rehberi’nde ise, etik bildirim hatlarının etkin işleyebilmesi için bildirimde bulunanların kimliklerinin gizli tutulacağından, ilgili bildirim nedeniyle ceza almayacaklarından, “*misilleme ile karşılaşmayacaklarından*” emin olmaları ve bu amaçla ilgili önlemlerin alınması gerektiği<sup>122</sup> belirtilmiştir.

<sup>122</sup> Etik Rehberi Yerel Yönetimler, ss.182-183.  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

Fransız hukukunda, vicdani uyarıda bulunan kamu görevlilerini kapsayan tüm bu hususların yanı sıra, Fransa Kamu Başdenetçisi'nin vicdani uyarı alanındaki yetkilerinin kurum dışı ihbarları kabul etmekle ve kendisinin yetkili olmadığı takdirde de ihbarları yetkili idarelere yönlendirmekle sınırlı olmadığı, vicdani uyarıda bulunanlara koruma sağlamaya ve Fransa'da öngörülen tüm bu düzenlemelerin işleyişinin izlenmesine yönelik yetkilerle de donatıldığı belirtilmelidir. Bu amaçla, 21 Mart 2022 tarihli ve 2022-400 sayılı Organik Kanun<sup>123</sup>, Kamu Başdenetçisi'ne İlişkin Organik Kanun'da<sup>124</sup> pek çok değişiklik yapmıştır. İşte bu kapsamda yapılan değişiklikler uyarınca, Fransa Kamu Başdenetçisi vicdani uyarıda bulunanları bilgilendirmek, tavsiye vermek ve yönlendirmekle ve yine bu kapsamda Sapin2 Kanunu uyarınca koruma mekanizmalarından yararlanma hakkı bulunanların hak ve özgümlüklerini savunmakla görevli ve yetkili kılınmıştır (2011-333 s. Organik Kanun, md.4-5). Başdenetçi, vicdani uyarıda bulunanların yönlendirilmesi ve korunmasına yönelik yetkilerini kullanmada kendisine yardımcı olan Kurulun toplantılarına başkanlık eder. Ayrıca vicdani uyarıda bulunanlardan sorumlu bir Başdenetçi Yardımcısı, Başdenetçi'nin önerisi üzerine Başbakan tarafından görevlendirilecektir (2011-333 s. Organik Kanun, md.11).

Konuya ilişkin önemli görev ve yetkilerle donatılmış olan Fransa Kamu Başdenetçisi, vicdani uyarıda bulunanlar konusunda doğrudan kendisi tarafından yürütülen faaliyetlere ilişkin bilgileri yıllık raporunda, ihbarları almak ve işleme koymakla görevli idareler tarafından yürütülen faaliyetler konusundaki tespit ve değerlendirmelerini ise, vicdani uyarıda bulunanların korunması mekanizmalarının işleyişine ilişkin olarak iki yılda bir hazırladığı raporunda Cumhurbaşkanına, Millet Meclisi Başkanı'na ve Senato Başkanı'na sunar (2011-333 s. Organik Kanun, md.36). Ayrıca vicdani uyarıda bulunan herkes, söz konusu uyarıyı Sapin2 Kanunu'nda yer alan tanıma ve öngörülen usullere uygun şekilde gerçekleştirdiği hususunda görüş bildirmesi talebiyle Kamu Başdenetçisi'ne başvurabilir. Bu kapsamdaki görüşlerin, ilgili talebin kayda alınmasından itibaren altı ay içinde bildirilmesi gerekmektedir (2011-333 s. Organik Kanun, md.35-1).

Vicdani uyarıda bulunanlara tanınan koruma mekanizmalarının düzenlenmesi ve güçlendirilmesi amacıyla Fransız hukukunun ortaya

<sup>123</sup> 21 Mart 2022 tarihli ve 2022-400 sayılı Vicdani Uyarı Alanında Kamu Başdenetçisinin Rolünün Güçlendirilmesine İlişkin Organik Kanun, FCRG 22.03.2022-0068, [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr). (E.T. 10.04.2022).

<sup>124</sup> 2011-333 sayılı ve 29 Mart 2011 tarihli Kamu Başdenetçisine İlişkin Organik Kanun, FCRG 30.03.2011-0075, [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr). (E.T. 10.04.2022).

koyduğu düzenlemeler, özellikle Sapin2 Kanunu ile KGGK arasında karşılıklı olarak yapılan atıflar yoluyla, kamu görevlilerinin hak ve yükümlülükleri ile idarenin yükümlülükleri bakımından açık bir hukuki çerçeve ortaya koymuştur. Vicdani uyarıda bulunanlar için Sapin2 Kanunu'nda tanınan haklardan feragat edilemeyeceği, bu hakların fiili veya hukuki yollarla kısıtlanamayacağı, kısıtlamaya yönelik tüm düzenleme veya kararların yok hükmünde olduğu da düzenlenmiştir (2022-401 s. Kanun'la Sapin2 Kanunu'na eklenen md.12-1). Ayrıca 2022 değişiklikleri kapsamında, kurum içi veya kurum dışı ihbarların yapılmasını önleyen kişilerin bir yıl hapis cezası ve 15 000 Euro adli para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Vicdani uyarıda bulunanlar hakkında açılan davalarda kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilen ya da dava açma veya davaya müdahale haklarının kötüye kullanıldığını, dava sürecinin uzatılması amacıyla hareket edildiğinin görevli ve yetkili mahkemelerce tespit edildiği durumlarda<sup>125</sup>, söz konusu haklarını kötüye kullananlar aleyhine hükmedilebilecek adli para cezası miktarı 30 000 Euro'dan 60 000'ya yükseltilmiştir (2022-401 s. Kanun'la Sapin2 Kanunu'na eklenen md.13-II). Tüm bu düzenlemeler sayesinde, görevleri çerçevesinde öğrendikleri bilgileri vicdani uyarıya konu eden kamu görevlilerine sağlanan hukuki korumanın da artırıldığı görülmektedir.

## SONUÇ

Sosyal bilimlerin farklı alanlarında Türkçe kaleme alınan eserlerde farklı şekillerde tercüme edildiği<sup>126</sup> görülen “*whistleblower*” veya “*lanceur d'alerte*” teriminin karşılığı olarak, söz konusu kavramın herhangi bir “ihbar”dan farklı nitelikteki bildirimleri de içeriyor olması nedeniyle, “vicdani uyarı”<sup>127</sup> ve söz konusu faaliyeti gerçekleştiren kişi için de “vicdani uyarıda bulunan” terimlerinin kullanılması önerilmektedir. İlgili bilgiyi görevi nedeniyle öğrenmiş bir kamu görevlisinin vicdani uyarıda bulunan olduğu durumlarda, kamu görevlisinin idareyle arasındaki hukuki ilişkinin ilgili mevzuatta düzenlenen içeriği gereği, kural olarak idare bünyesindeki hukuka aykırılıkların giderilebilmesi için “hukuka uygun

<sup>125</sup> Belirtilen durumlar, Fransız Ceza Usul Kanunu md.177-2, md.212-2 ve md.392-1'in son fıkrasında düzenlenmekte ve her biri mahkeme kararıyla tespit edilmektedir (<https://www.legifrance.gouv.fr/E.T.15.02.2022>).

<sup>126</sup> KONYALI, s.414, dipnot 3.

<sup>127</sup> AKSOY RETORNAZ, s.152.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)



bildirimde bulunmak”<sup>128</sup> yaklaşımıyla söz konusu bildirimlerin gerçekleştirileceği sonucuna varılmaktadır.

Fransa, Avrupa Konseyi tarafından yayımlanan tavsiye kararlarını ve Fransız Danıştay’ının ilgili raporunu da dikkate alarak 2016 yılında 2016-1691 sayılı Kanun’da (Sapin2 Kanunu olarak anılmaktadır) oldukça kapsamlı bir düzenleme yapmıştır. Ancak 2019/1937 sayılı AB Yönergesi’nin Fransa iç hukukuna aktarılması amacıyla Sapin2 Kanunu’nda 2022 yılında yapılan değişiklikler, konunun çok daha ayrıntılı olarak düzenlenmesini sağlamış, özellikle kamu görevlilerinin vicdani uyarıda bulunma usulüne ilişkin önemli bir yaklaşım farklılığı getirmiş ve vicdani uyarıda bulunanlara sağlanan hukuki korumayı dikkat çekici ölçüde güçlendirmiştir.

Bu çerçevede öncelikle, ilgili AB Yönergesi doğrultusunda, Fransız hukukunda 2016 yılından bu yana mevcut olan ve anılan kanunda yer alan “vicdani uyarıda bulunan” tanımı geliştirilmiştir. Vicdani uyarıda bulunma imkânı sadece gerçek kişilere tanınmış ancak vicdani uyarıda bulunanlara sağlanan hukuki korumanın kapsamı sadece doğrudan doğruya vicdani uyarıda bulunanlarla sınırlı tutulmamış olup, bu şekildeki düzenleme vicdani uyarıda bulunma kararının alınmasında ilgili kişilere güvence sağlaması bakımından isabetli olmuştur. Türk hukukunda ise, Fransa örneğindeki denkleme gelebilecek tek bir “vicdani uyarıda bulunan” tanımı tespit edilememiş ancak Türkiye’de ilgili mevzuatta, vicdani uyarıda bulunabilecek kamu görevlilerine, uyarıya konu edilebilecekleri hususlara, suç oluşturan fiiller karşısında uymaları gereken kurallara ilişkin belirlemelere yer verildiği ve uygulamanın güçlendirilmesi amacıyla Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından rehber yayımlanması yoluna da gidildiği tespit edilmiştir.

Kamu görevlilerinin vicdani uyarıda bulunmasında konusu suç oluşturan fiillerin, Fransız hukukunda Sapin2 Kanunu’nun 2016’da kabul edilen ilk metninde de 2022-401 sayılı Kanun’la değiştirilmiş metninde de vicdani uyarıya konu edilebileceği görülmektedir. Bu noktada, Türk Ceza Kanunu’nun “*kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak*” öğrenen kamu görevlisinin, bu suç hakkında yetkili makamlara gecikmeksizin bildirimde bulunmamasını da suç olarak düzenlenmiş olması, suç niteliğindeki hukuka aykırılıkların bildirimini sağlanması bakımından Türk hukuk sisteminin güçlü yanını oluşturmaktadır.

<sup>128</sup> SLAMA, s.2231.

Vicdani uyarıda bulunma usullerine ilişkin olarak Fransız hukukunda, Sapin2 Kanunu'nda 2022 yılında yapılan değişiklikler sonucunda kurum içi başvurunun kamu görevlilerinin öncelikle tüketmeleri gereken bir aşama olmaktan çıkarıldığı, ancak izlenebilecek her üç usulün de ayrıntılı şekilde düzenlendiği ve vicdani uyarıda bulunanlara sağlanan hukuki koruma mekanizmalarından yararlanabilmenin, söz konusu usullere uygun hareket etmek olduğunun belirtildiği görülmektedir. Türk hukuk sisteminde ise, kamu görevlilerinin vicdani uyarı niteliğinde değerlendirilecek bildirimlerde bulunmalarına imkan veren ve izleyecekleri usullere ilişkin bazı belirlemeler içeren düzenlemelere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Devlet Memurlarının Şikâyet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik, Kamu Görevlilerinin Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik veya Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından yerel yönetimlere yönelik olarak yayımlanan rehber ve kamu görevlilerini de kapsayabilecek şekilde CİMER'e ilişkin düzenlemeler gibi çeşitli düzenlemelerde dağınık şekilde yer verildiği tespit edilebilmiştir. Ancak bu düzenlemelerdeki çeşitlilik ve özellikle de kapsamı ile izlenmesi gereken başvuru usullerinin tespit edilmesinde karşılaşılan güçlüğü, vicdani uyarıda bulunmak isteyen kamu görevlilerinde olası disiplin soruşturmalarıyla karşılaşma endişesi doğurması, dolayısıyla ihbar veya şikâyette bulunmaktan caymayı kolaylaştırması mümkün görünmektedir.

Fransız hukuk sisteminde vicdani uyarıda bulunan kamu görevlilerine sağlanan hukuki korumanın, özellikle Sapin2 Kanunu'nda 2022 yılında yapılan değişiklikler sonucunda artırılmış olduğu açıktır. Bu kapsamda tanınan haklar, vicdani uyarıda bulunmuş olmak nedeniyle kişilerin mali durumlarında meydana gelen kötüleşme ya da çöküşün olabildiğince giderilmesine yönelik önlemlerin mahkeme kararıyla uygulanmasına kadar varabilmektedir. Ülkemizde yürürlükte olan mevzuatta ise, ilgili kamu görevlilerinin kimliğinin gizli tutulması, ihbardan dolayı ceza verilmemesi, hizmet koşullarının kısmen de olsa ağırlaştırılmaması ve değiştirilmemesi, bu görevlilere herhangi bir zarar gelmemesi için gerekli tedbirlerin alınması gibi genel ifadelerle kaleme alınmış düzenlemeler tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, Türkiye'de kapsamında yer alacak idarelere ve ilgili kamu görevlerine uygulanmak üzere, "vicdani uyarıda bulunan" tanımı konusunda Fransız hukuku örneğinde olduğu gibi kapsayıcı tek bir tanımı, vicdani uyarıya konu edilemeyecek bilgileri, bu tanım kapsamındaki bildirimlerde izlenebilecek usulleri ve yine, bu tanım ile usullere uygun olarak bildirimde

bulunanlara tanınacak hukuki koruma mekanizmalarını bütüncül bir yaklaşımla ve sistematik şekilde ortaya koyan bir kanuni düzenleme yapılmasının, idarenin işleyişine olumlu katkı sunacağı sonucuna varılmıştır.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT Emre, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Danıştayın Konuya Yaklaşımı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.9, S.18, Aralık 2021, ss.1-47.
- AKSOY RETORNAZ Emine Eylem, Türk Ceza Hukukunda Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu, Vedat Kitapçılık, 2014, 218s.
- AKYILMAZ Bahtiyar – SEZGİNER Murat – KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş, Ekim 2021, 780s.
- ALP Mustafa, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing), Beta, 2013, 301s.
- ALP Mustafa, “Avrupa Birliği’nin 2019/1937 sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.1, 2021, ss.1-37.
- BOZ Selman Sacit – YURDAER Cihat – ERASLAN Yunus, “İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.3, 2019, ss.497-532.
- COTTIER Bertil, “La protection du wistleblower ou le panneau manquant du triptyque de la transparence administrative” in Criminologie, politique criminelle et droit pénal dans une perspective international : Mélanges en l’honneur de Martin Killias à l’occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire, Stämpfli, 2013, ss.533-546.
- DESGENS-PASANAU Guillaume, La protection des données personnelles, 5<sup>e</sup> Ed., LexisNexis, Paris, 2022, 368s.
- FOEGLE Jean-Philippe – PRINGAULT Stephen, “Les ‘lanceurs d’alerte’ dans la fonction publique”, AJDA, 2014/39, ss.2256-2261.
- KONYALI Gökçe, “Uluslararası Hukukta İhbarcılık Kavramı ve İhbarcılarının Korunması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, 412-428.
- SLAMA Serge, “Lanceur d’alerte une nouvelle figure de droit public?”, AJDA, 2014/39, ss.2229-2235.
- LOCHAK Daniele, “L’alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance”, AJDA, 2014/39, ss.2236-2241.

MEYER Nicole Marie, “Le droit d’alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde”, AJDA, 2014/39, ss.2242-2248.

POLLET-PANOUSSIS Delphine, “La procédure interne de recueil des alertes dans les administrations”, AJDA, 2019, s.2168 vd., [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr).

### **Raporlar ve rehber**

Améliorer la protection des lanceurs d’alerte partout en Europe, Rapport préparé par la Commission des questions juridiques et des droits de l’homme, Doc.14958, 30 août 2019, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=28096&lang=FR>, 35 p.

Etik Rehberi Yerel Yönetimler, T.C. Kamu Görevlileri Etik Kurulu, 2020, <https://www.etik.gov.tr/wp-content/uploads/2021/06/Etik-Rehber-Yerel-Yonetimler.pdf>, 276 p.

Le droit d’alerte: signaler, traiter, protéger, Les Etudes du Conseil d’Etat, La Documentation Française, 2016, [https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise-contenus/etudes/2016-ce\\_etude\\_droit-d-alerte.pdf](https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise-contenus/etudes/2016-ce_etude_droit-d-alerte.pdf), 133 p.

Rapport d’information sur l’évaluation de l’impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 » présenté par MM. Raphaël GAUVAIN et Olivier MARLEIX, Assemblée Nationale no 4325, 07.07.2021, [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion\\_lois/115b4325\\_rapport-information.pdf](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b4325_rapport-information.pdf), 187 p.

**# CORPORATE GOVERNANCE FOR SUSTAINABILITY: THE  
NECESSARY REFORM OF TURKISH COMMERCIAL LAW**  
(SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK İÇİN KURUMSAL YÖNETİM: TÜRK TİCARET  
KANUNU'NDA REFORMUN GEREKLİLİĞİ)

**Dr. İrem Töre** \* \*\*

**ÖZ**

*Türkiye'de kurumsal yönetim söylemi, çoğunlukla asil-vekil konularına odaklanan Anglo-Sakson hukuku ve ekonomi düşünce tarzından esinlenmiştir. Bu nedenle, düzenlemeler hissedarlar getirilerinin kısa vadeli maksimizasyonuna odaklanmıştır. Ancak, Türk şirketler hukukunun mevcut odak noktası, sürdürülebilir şirket gelişimini engelleyen bir boşluk barındırmaktadır. Kâr maksimizasyonu odağının bir sonucu, şirketlerin çevresel ve sosyal konuları dikkate almaması ve bunları stratejik planlarına entegre etmemesidir.*

*Türkiye, 2012 yılında Türk Ticaret Kanunu'nda yapılan reformdan bu yana kurumsal yönetimin düzenleyici çerçevesinde büyük bir ilerleme kaydetmiştir. Ancak, kurumsal sürdürülebilirlik hala ele alınması gereken bir konudur. Bu kapsamda, Türkiye Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Sürdürülebilirlik İlkelerine Uyum Çerçevesi hazırlanarak 02.10. 2020 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.*

*Bu çalışma, sürdürülebilirliğin Türkiye'nin kurumsal yönetim ilkelerine entegrasyonunun yasal dayanağını araştırmayı ve kurumsal sürdürülebilirliğin önündeki engelleri ortaya çıkarmayı amaçlamakta ve bunların sonucunda tamamlayıcı reform önerileri sunmaktadır. Sürdürülebilirlik İlkelerine Uyum Çerçevesi, yasama girişimlerinde bir başlangıç noktası olması bakımından yararlıdır. Bu makalenin öne sürdüğü argüman ise daha iyi bir uyum sağlanması için aşağıdaki noktaların ele alınması gerektiğidir; şirketin amacının şirketler hukuku kapsamında yeniden düzenlenmesi, kurumsal sürdürülebilirliğin yönetim kurulunun*

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 27.03.2022. İlk hakem raporu tarihi: 25.04.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 19.07.2022. Onaylanma Tarihi: 22.07.2022.

\* Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Uluslararası Ticaret ve Finans Bölümü.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2275-7664.

**Eserin Atf Şekli:** İrem Töre, “Corporate Governance for Sustainability: The Necessary Reform of Turkish Commercial”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.991-1022.

*görevlerine entegre edilmesi ve raporlama ve denetim standartlarının belirlenmesi.*

**Anahtar Kelimeler:** Kurumsal Yönetim, Sürdürülebilirlik, Kurumsal Sürdürülebilirlik, Yumuşak Hukuk

### **ABSTRACT**

*The corporate governance discourse in Turkey is inspired by the Anglo-Saxon law and economics way of thinking, which mostly focuses on principal-agency issues. Thus, much attention has been paid to the short-term maximization of returns to shareholders. However, the current focus of the Turkish commercial law gives rise to a loophole that prevents the development of sustainable business. The result of profit maximization focus is that corporations fail to consider environmental and social issues and integrate them into their strategic planning.*

*Turkey has made a great progress in regulatory framework of corporate governance since the reformation of the Turkish Commercial Code in 2012. Yet, corporate sustainability still remains to be addressed. In this context, the Sustainability Principles Compliance Framework is prepared and put into effect by the Capital Markets Board of Turkey on 02.10. 2020.*

*This study aims to investigate the legal basis for the integration of sustainability into corporate governance principles of Turkey and to reveal the barriers to corporate sustainability and as a result it offers complementary reform proposals. The Sustainability Principles Compliance Framework is useful, insofar as it feature as a starting point in legislative initiatives. The argument this article puts forward is that in order for a better compliance, the following points need to be adressed; reformulating the purpose of the company in the company law, integrating corporate sustainability into the duties of the board of directors and determining clear reporting and auditing standards.*

**Keywords:** Corporate Governance, Sustainability, Corporate Sustainability, Soft Law

\*\*\*

## Introduction

Corporate governance is a discipline on its own. Given the developing nature of the corporate governance, defining this concept is not an easy task. The debate on the definition is intellectually interesting.<sup>1</sup> Depending on the point of view, the content may be treated in a narrow or broad manner. The traditional view expresses that corporate governance is the relationship between a company and its shareholders. This narrow view is expressed in *agency theory* propounded by the Cadbury Report, in which corporate governance is defined as a *system by which companies are directed and controlled*.<sup>2</sup> The ones who adhere to this view see the corporation as the property of the shareholders and advocate that the only legitimate purpose of the corporation is to make money for its shareholders.<sup>3</sup> This legitimate purpose of corporation is expressed by Berle as ‘*all powers granted to a corporation or to the management of a corporation, or to any group within the corporation... [are] at all times exercisable only for the rateable benefit of all the shareholders as their interest appear*.’<sup>4</sup> This perceived obligation of profit maximization for shareholders is in the heart of conventional corporate governance view.

At the other side of the debate, corporate governance is seen as a web of relations between the company and its stakeholders. It is argued that corporation is not only creating value for shareholders but also for stakeholders, such as employees, customers, suppliers and so on. The debate over the corporations’ duty is whether to maximize shareholder value or seek to serve for the whole society remains unresolved.<sup>5</sup> Going deeper into this debate would probably not reach to any change in the normative basis of the purpose of the company as long as the company law in a certain

---

<sup>1</sup> Elhabib, M.A., Rasid, S.A. and Basiruddin, R. (2014) “A critique: Corporate governance definition dilemma and the major causes for calls to improve corporate governance”, *European Journal of Business and Management*, 6(34), 365-369.

<sup>2</sup> Report of The Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance (1992) <https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/cadbury.pdf>

<sup>3</sup> Smith, D.G. (1998) “The shareholder primacy norm”, *Journal of Corporation Law*, 23, 277-322.

<sup>4</sup> Berle, A.A. (1931) “Corporate powers as powers in trust”, *Harvard Law Review*, 44(7), 1049-1074.

<sup>5</sup> Rock, E. (2020) “For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose”, *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 515/2020*.

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3589951](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3589951)

jurisdiction does not support the broader understanding of corporate governance.

As stated in the foreword of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Corporate Governance Principles, ‘*corporate governance principles are a living instrument offering non-bind standards and good practices as well as guidance on implementation, which can be adapted to the specific circumstances of individual countries and regions.*’ This statement signals that corporate governance should be understood as principles that are continuously evolving along with the needs of the business world. Thus, once a state has reached a certain level of corporate governance, either by voluntarily or compulsory implementation, it must take a step forward.

Even though the introduction of corporate governance as a concept in Turkey does not have a long history, the Turkish government has already worked to address the corporate governance challenges via a wide range of commercial law reforms in the last decade. Meanwhile, the global business trends focused on the necessity of establishing a culture of sustainability in the businesses, which deals with social and environmental issues as well as economic ones. The last decade has also witnessed a growing number of investors seeking to make investments in line with both their financial goals and personal values.<sup>6</sup> This means that while investors aim to maximize their financial returns, they avoid investing in harmful companies. To catch up with the novelties in the business world, it became necessary for Turkey to incorporate the concept of sustainability to its corporate governance framework.

This study starts with revisiting conventional -shareholder oriented- understanding of corporate governance in Turkey and discuss a more important question: How the integrated sustainability principles to corporate governance regulation in Turkey are better complemented? To answer this question, corporate governance in Turkey is summarized. Thus, it is seen that compliance of Turkish companies with the principles of corporate governance reached to a certain level, which shows that it is time to go a step further. This step is to integrate sustainability into the corporate governance understanding of Turkey. The following parts investigate the concept of sustainability in corporations and motivations in international

---

<sup>6</sup> McKinsey. (2017) “From ‘why’ to ‘why not’: Sustainable investing as the new normal” <https://www.mckinsey.com/industries/private-equity-and-principal-investors/our-insights/from-why-to-why-not-sustainable-investing-as-the-new-normal#>.  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



area. After giving the nexus between corporate sustainability and the Turkish Law, shortcomings of the Sustainability Amendment of Corporate Governance Communiqué are determined. Before the conclusion, some complementary amendments are proposed.

### **Sustainability in Corporations**

The traditional finance view suggests that maximizing shareholder profit is the main purpose of the corporations.<sup>7</sup> It is advocated that managers should only pursue profit maximization and exclude other objectives as long as they contravene with this purpose. In contrast to this view, some scholars stated that a company is a private entity which has liabilities to the public.<sup>8</sup> Even though they accepted that without profits companies would go bankrupt, profit should not be assumed to be at the expense of everything else for the simple reason of profit maximization. Indeed, the company must fulfill a level of societal objectives. The early research suggests that companies should be accountable to all its participants, rather than only shareholders, by including non-financial information in their financial tables.<sup>9</sup> This view have been extensively criticised stating that stakeholder oriented accountability sacrifice shareholder value.<sup>10</sup> Today, the perception of taking sustainability in the corporate agenda runs counter to the expectations of the shareholders is outdated. Today, companies use the ‘Triple-Bottom-Line’ concept in their activities in order to strike a balance between financial success and social goals and sustainable environmental compatibility. In this case, the aim of public joint stock companies should be, at the same time in a balanced way, to maximize profit, to have an awareness of social responsibility that takes into account the interests of the company and its employees, and to realize an economy that ensures

---

<sup>7</sup> Jensen, M.C. (2002) “Value maximization, stakeholder theory and the corporate objective function” *Business Ethics Quarterly*, 12(2) 14, 8-21

<sup>8</sup> Sjøfjell, B. (2017) “Regulating for corporate sustainability: Why the public-private divide misses the point” in B. Choudhury & M. Petrin (Eds.), *Understanding the company corporate governance and theory* (pp 145-164). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

<sup>9</sup> Gray, R., Owen, D. & Maunders, K. (1987) *Corporate social reporting: Accounting and Accountability*, London Prentice-Hall International.

<sup>10</sup> See Sternberg, E. (2002) “The defects of stakeholder theory” *Corporate Governance: An International Review*, 6 (3), 151-63 and Freedman, R.E. & Reed, D.L. (1983) “Stockholders and stakeholders: A new perspective on corporate governance”, *California Management Review*, 25(3), 88-106

efficiency and respect for human rights.<sup>11</sup> Thus, the ‘Triple-Bottom-Line’ concept corporate sustainability are closely linked. Research shows that sustainability is among the investment criteria of many investors in developed states.<sup>12</sup> Hence, the concept of sustainability should take place in the corporations’ strategic planning and reports in order to attract investors.

The term sustainability is a controversial issue and thus, has many definitions. A widely accepted definition is given in the Brundtland Report as "*Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.*"<sup>13</sup> Based on this definition, it is stated that *companies should consider the future (as well as the present) in their decision-making and actions, with the aim of using their resources for creating value in the long run to be sustainable corporations.*<sup>14</sup> It is also added that corporate sustainability creates a mutually dependent relation between economic, social and environmental responsibilities of the corporation in order to create value for all its stakeholders in long-term.<sup>15</sup> In this context, creating economic value by production only is not enough for a company to become sustainable. To do so, they should work to minimize the negative effects they cause to environment and society while operating their activities. Therefore, corporate sustainability, which is based on correct use and maintenance of resources of current generations for the needs of future generations, is directly related to economic, social and environmental issues.<sup>16</sup> If all these limited resources are not used correctly today, they will

<sup>11</sup> Pulaşlı, H. (2020), “Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXXVI, S. 4 s. 5-37

<sup>12</sup> Eccles, R.G. & Klimenko, S. (2019) “The investor revolution”, *Harvard Business Review*, 106–116.

<sup>13</sup> United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (1987) <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (accessed on 22.03.2022)

<sup>14</sup> Salvioni, D.M., Gennari, F. & Bosetti, L. (2016) “Sustainability and convergence: The future of corporate governance systems?”, *Sustainability*, 8(11), 1203-1228

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Camilleri, M.A. (2017) “Corporate sustainability and responsibility: creating value for business, society and the environment”, *Asian Journal of Sustainability and Social Responsibility*, 2, 59–74.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

not be available for future use.<sup>17</sup> At this point, the responsibility of companies towards society regarding sustainability becomes more apparent. Sustainability requires companies to think about what and how they produce while they create long-term shareholder value by covering opportunities and managing risks deriving from economic, environmental and social concerns and to be transparent and accountable in these regards. This is the link between sustainability and corporate governance. Integration of sustainability approach to the operation and culture of companies can be achieved via corporate governance principles. This relation is also supported by Blackburn who states that sustainability is the most appropriate concept that can be said in addition to the consistency of a company's financial success.<sup>18</sup>

### **Motivations for Sustainability in Corporate Setting**

The necessity of not only managing the present well but also planning and creating value for the future has taken its place in international arena. With the intention of stimulating the debate on corporate sustainability at the European Union (EU) level, in 2018 report on Sustainable Finance which marked the relationship between corporate governance and sustainability, was published by the High Level Expert Group on Sustainable Finance.<sup>19</sup> The report emphasised that before giving a long-term investment decision, investors and creditors need to understand the risks related to unsustainable business operations and their potential interests in taking sustainability into account. Following this report, on 8 March 2018, the European Commission published an Action Plan for Financing Sustainable Growth in order to mobilise finance for sustainable growth.<sup>20</sup> The main objective of the action plan was to include sustainability practices within the guarantee of the corporate governance principles in order to integrate sustainable considerations into financial policy framework. These

---

<sup>17</sup> Crowther, D. & Rayman-Bacchus, L. (2016). The future of corporate social responsibility. In Crowther, D. & Rayman-Bacchus, L. (Eds.). Perspectives on corporate social responsibility (pp 229-249). Oxon, UK: Routledge.

<sup>18</sup> Blackburn, W. R. (2015) The sustainability handbook: The complete management guide to achieving social, economic, and environmental responsibility. Washington, USA: Eli Press.

<sup>19</sup> The EU High Level Expert Group on Sustainable Finance: Financing A Sustainable European Economy (2018) [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/180131-sustainable-finance-final-report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/180131-sustainable-finance-final-report_en.pdf) (accessed on 21.03.2022)

<sup>20</sup> The European Commission Action Plan Financing Sustainable Growth Assessment of The Reform Areas for Pri Signatories <https://www.unpri.org/download?ac=5173> (accessed on 21.03.2022)

intentions to strengthen policy towards integrating sustainability as a key element of corporate governance show that the EU takes concrete steps in order to shift corporate governance priorities to sustainability.

Financial reporting has long been a mandatory and standardized instrument for accountability thanks to the International Financial Reporting Standards (IFRS). However, this is not the case for non-financial reporting. In order to reach a standard in the reporting of non-financial information, the EU adopted The EU Non-Financial Reporting Directive (EU NFRD) in 2014.<sup>21</sup> It was required to be transposed into the national laws by 2016, with companies obliged to provide enhanced disclosure from 2017 onwards. Thus, a soft law implementation became a legal obligation. As per the EU NFRD, the large companies have to state the policies they implement in their reports in relation to environmental protection, social responsibility and treatment of employees, respect for human rights, anti-corruption and bribery and diversity on company boards. Even though the EU NFRD gives significant flexibility on how to disclose relevant information, Article 2 specifies that non-financial matters must be disclosed to the '*extent necessary for an understanding of the undertaking's development, performance, position, and impact of its activity*'.

Furthermore, the United Nations (UN) took a step and adopted the 2030 Agenda for Sustainable Development with all its members.<sup>22</sup> The agenda includes 17 Sustainable Development Goals and 169 targets. The goals of the UN are not only limited to the financial topics but also a wider set of economic, environmental, social and legal topics that have impact on companies. All these initiatives lead the EU states to align sustainability and corporate governance legally.

Recently, the IFRS Foundation accepted sustainability as a global challenge. In Consultation Paper on Sustainability Reporting 2020, it is stated that there is a growing focus on how companies perform and report on sustainability.<sup>23</sup> It is also reported that there is an increasing number of calls for standardization and comparability of reporting on the matter. Although many important initiatives exist at the regional level, when the challenge is global, the most optimal would be implementing global

---

<sup>21</sup> Directive 2014/95/EU

<sup>22</sup> United Nations, (2015) Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development <https://sdgs.un.org/2030agenda> (accessed on 21.03.2022)

<sup>23</sup> IFRS, Consultation Paper on Sustainability Reporting 2020 <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/sustainability-reporting/consultation-paper-on-sustainability-reporting.pdf>  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

solutions together with the regional initiatives. The IFRS Foundation has decided to look at sustainability as a separate topic and taken a role in the process of standardization since it is working on financial reporting standards which are implemented fully or partly in 144 jurisdictions around the world. As a result of their report, the IFRS Foundation called for a new, separate sustainability board which would take place alongside the international accounting standards board within the IFRS Foundation and made call for public authorities, global regulators and other market stakeholders to support the suggested board in order for it to achieve global consistency and reduce complexity in reporting.<sup>24</sup> The report reiterates that this is a demand driven process. Thus, the IFRS standards will move forward as the demand for companies to report on sustainability exists. In sum, the IFRS Foundation encourages states to participate in this consultation.

Contemporaneously, the World Economic Forum stated that the concept of sustainability is gaining currency since businesses and their stakeholders started to recognize that continuity and financial success of businesses depend on their participation in the development of sustainable business operations. In order to participate in this process, businesses and investors should focus on a broader perspective which takes into account all the stakeholders instead of an investor-only perspective. To move discussions further and to embrace policy consistent with an integrated understanding of business sustainability, a core set of common metrics and disclosure on non-financial factors were developed and published.<sup>25</sup>

Even though the importance of disclosing sustainability performance is understood for the continuity of the businesses, the complexity surrounding sustainability disclosure has made it difficult to develop the comprehensive solution for corporate reporting. In response to this, five standard-setting institutions of international significance, namely Carbon Disclosure Project, Climate Disclosure Standards Board, Global Reporting Initiative, International Integrated Reporting Council and Sustainability Accounting Standards Board, published a joint statement on the elements necessary for

---

<sup>24</sup> IFRS Foundation. (2020) Consultation Paper on Sustainability Reporting, September 2020. <https://cdn.ifrs.org/-/media/project/sustainability-reporting/consultation-paper-on-sustainability-reporting.pdf> (Accessed on 20.03.2022)

<sup>25</sup> World Economic Forum. (2020) Measuring Stakeholder Capitalism Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation White Paper [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_IBC\\_Measuring\\_Stakeholder\\_Capitalism\\_Report\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_IBC_Measuring_Stakeholder_Capitalism_Report_2020.pdf) (Accessed on 20.03.2022)

more comprehensive corporate reporting.<sup>26</sup> This is important because the collaboration of these institutions is an indicator of the urgent need for globally accepted comprehensive corporate reporting standards.

Collaboration between all these standard setting institutions supports the progress towards comprehensive sustainability in corporate setting. The policy and the practice of sustainability in Turkey are also influenced by the growing attention of international institutions on sustainability.

### **Corporate Governance in Turkey**

Cadbury Report advised companies to interpret corporate governance as a balance between economic, social and individual purposes; encouraging effective use of resources and accountability in the management of resources; the equal and balanced consideration of the interests of individuals, companies and society. Developing states met corporate governance principles thanks to the demands of international investors who want to ensure the return of their investments in these states.<sup>27</sup> Keeping up with the international developments in the field of corporate governance together with the aim of attracting international investors to its stock market, the Capital Markets Board of Turkey (CMB) issued the corporate governance principles by taking reference the OECD Corporate Governance Principles in 2004.

As the OECD Corporate Governance Principles are non-binding and can be adapted to specific circumstances of individual states, implementation of the principles may vary according to the system of corporate ownership and other factors prevailing in a state. The Turkish corporate structure points to the fact that the Turkish governance model varies from the OECD model of corporate governance. The majority of companies listed on the stock exchange in Turkey remain family-owned. The organization of companies is generally in the form of pyramids of control and the majority shares are concentrated in the hands of a small number of shareholders. In practice, most Turkish companies have controlling minority structure, which is characterised by the existence of one or more shareholders, most are generally family-members, and owning controlling blocks of shares.

---

<sup>26</sup> CDP, CDSB, GRI, IIRC & SASB.(2020) Statement of Intent to Work Together Towards Comprehensive Corporate Reporting <https://29kjwb3arnds2g3gi4lq2sx1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/Statement-of-Intent-to-Work-Together-Towards-Comprehensive-Corporate-Reporting.pdf> (Accessed on 20.03.2022)

<sup>27</sup> Das, P. (2014) "The Role of Corporate Governance in Foreign Investments", *Applied Financial Economics*, 24(3), 187-201  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Besides, cross-ownership is widely used in many company groups.<sup>28</sup> Thus, a widespread shareholding of companies in a developed capital market does not exist in Turkish capital market. As a logical extension of this, separation of ownership from control does not exist, which means that the controlling shareholders continued to have the management and control power of the company. This may reduce possible principle-agent problems since the controlling shareholder gives the authority to manage the company to an agent who he assigns. In return, the managers may act for the controlling shareholder, but not for all the shareholders. However, in this situation corporate governance issues do more than the agency problems.<sup>29</sup> It is difficult to mitigate these problems through conventional corporate governance mechanisms.<sup>30</sup> Therefore, at the very beginning, corporate governance principles of Turkey should have aimed at empowering non-controlling shareholders by increasing their occasions to take part in the company management and making the controlling shareholders more accountable to them. In this respect, many regulations such as minority rights, the right to attend the electronic general assembly and receive information, and the right to request a special auditor are included in the reformed TCC. Thus, the early stages of corporate governance in Turkey aimed at ensuring transparency and accountability in order to protect shareholder rights. Naturally, Cadbury's recommendations regarding the social side of corporate governance have also been ignored.

The deviation from the recommendations was mainly due to two reasons. Firstly, the referred OECD principles emerged in states where diverse ownership is dominant. Thus, they focus on how to strengthen individual shareholders against company management instead of protecting minority shareholders from discretionary decisions of controlling ones. This presupposes that the conventional -principle-agent oriented- corporate governance mechanism may not be suitable to be effective for the states where ownership is mostly concentrated.

Secondly, Turkey followed the soft law approach of the OECD principles. This approach is called the 'comply or explain' approach and

---

<sup>28</sup> Demirag, I. & Serter, M. (2003) "Ownership patterns and control in Turkish listed companies" *Corporate Governance: An International Review*, 11(1), 40-51.

<sup>29</sup> Tore, I. (2017) "Rethinking agency theory in companies with concentrated ownership" *International Journal of Business and Management Studies*, 9(1), 80-91

<sup>30</sup> Fan, J. & Wong, T.J. (2005) "Do external auditors perform a corporate governance role in emerging markets? Evidence from East Asia" *Journal of Accounting Research*, 43(1), 35-72.

characterised by a voluntary implementation of the principles and mandatory disclosure of non-compliance. The implementation of principles was not underpinned by legal sanction. The ‘comply or explain’ approach gives flexibility to companies to decide individually to adopt corporate governance practices according to their specific situations.<sup>31</sup> However, not having determined any standard for explaining non-compliance created weak corporate governance enforcement. Corporations refrained from implementing particular principles provided that they disclosed some explanation. In addition to that there was not any method to verify the accuracy of these explanations.<sup>32</sup> In 2006, the CMB required listed companies to include a Corporate Governance Report in their annual reports. Ararat’s research proved that even though there were around 100 principles, most of the Corporate Governance Reports of companies composed of few pages and was almost the same in the following years.<sup>33</sup> These results indicate that neither the compliance nor the explanation was fulfilled properly.

A question then arises as to whether it is worthwhile for Turkey to adopt the OECD corporate governance principles despite of the differences in ownership structure. The answer is certainly yes, it is. Even though transplantation of the OECD principles did not make a breakthrough change in the corporate culture of Turkish companies, the principles introduced the fundamentals of corporate governance. The vital contribution of implementing the OECD principles was to understand that adequate legal infrastructure is needed to enhance the implementation of the principles. Yet, strict enforcement became necessary for Turkey because for so long time, the soft law approach of the CMB principles were unable to make any significant progress in the business culture of Turkish companies. Consequently, a reformed TCC, which aims to enroot corporate governance to Turkish corporate culture, came into force in 2012.<sup>34</sup> In the sense of corporate governance, the primary aim of the TCC is to increase

<sup>31</sup> Nedelchev, M. (2013) “Good Practices in Corporate Governance: One-Size-Fits-All vs. Comply-or-Explain” 4(6) *International Journal of Business Administration* 75, 77.

<sup>32</sup> Ararat, Melsa and Yurtoglu, B. Burcin. (2012) “Sermaye piyasası kurulu’nun ‘kurumsal yönetim’ konulu tebliği ile ilgili genel değerlendirme ve yorum” <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2040376>

<sup>33</sup> Ararat, M. (2011) ‘Comply or explain’ without consequences; The case of Turkey’. In C. A. Mallin (Eds.), *Handbook on international corporate governance* (pp 355-370). Glos, UK: Edward Elgar Publishing

<sup>34</sup> See The Preamble of Turkish Commercial Code Law No. 6102  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



transparency and accountability in corporations since the main conflict between the controlling and non-controlling shareholders is on these issues.

‘Comply or explain’ was a journey. At the end of this journey, the Turkish government has responded to fundamental corporate governance concerns via legislation and has seen the transformative effect of the regulation. With regards to corporate governance, Turkey is well underway on transparency and accountability, but there is still way to go in terms of stakeholders. This leads the law makers to the path of sustainability. In order to continue this progress, it is time for the government to raise awareness on corporate sustainability.

A report released by Corporate Knights and Aviva showed that the world’s largest companies are under-reporting sustainability policies and performance. They analysed 6,261 large companies from 47 stock exchanges. Borsa Istanbul (BIST) ranks 26<sup>th</sup> in the list where in the top 10, there are three emerging exchanges.<sup>35</sup> The presence of three emerging exchanges in top 10 shows that sustainability reporting is taking hold in emerging stock exchanges but not in BIST. Knowing that sustainability is one of the significant investment criteria of international investors, the CMB has published a Sustainability Principles Compliance Framework as a continuation of corporate governance principles in October 2020.<sup>36</sup> Although the implementation of these principles is voluntary, it is obligatory to report whether they have been implemented or not. This is an important step for public companies in terms of consistent and comparable reporting regarding sustainability. However, by choosing comply or explain approach the legislator has abdicated and left the responsibility of sustainable governance to companies.

### **The Nexus between Corporate Sustainability and the Turkish Law Why Company Law but Not Environmental Law?**

Companies on their own cannot lead themselves to sustainable development but surely, they share an incontestable part of the responsibility with the governments and lawmakers. This makes the

---

<sup>35</sup> Corporate Knights and Aviva (2019) Measuring Sustainability Disclosure Ranking the World’s Stock Exchanges <https://www.aviva.com/content/dam/aviva-corporate/documents/socialpurpose/pdfs/corporate-knights-stock-exchange-ranking-2020.pdf> (accessed on 21.03.2022)

<sup>36</sup> SPK, Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (II-17.1.a) Official Gazette 2. 10.2020 No:31262, See also CMB Sustainability Principles Compliance Framework <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1332>

commercial law, which regulates the decision-making in companies, the starting point of the legal research.

In Turkish legal system, TCC is the legal source of company law. It regulates the relations between the company, its decision-making unit and its stakeholders. Yet, a TCC regulation on integrating corporations with sustainability has not been discussed until recently. On 02.06.2022, the lawmaker brought an additional regulation to Article 88 of the TCC and authorized the Sustainability Reporting Standards of Turkey to determine sustainability principles. This regulation is the first regulation in the field of sustainability in the TCC. On the other hand, Article 56 of the Turkish Constitution regulated environmental protection under the social and economic rights and put a positive obligation on the state.<sup>37</sup> However, Article 56 does not make specific reference neither to sustainability nor to the responsibility of the companies in this regard. Companies incorporating sustainability into their decision-making do this on voluntary basis.

On the other hand, one can argue that it is indeed the scope of environmental law to regulate the extent to which companies incorporate environmental considerations into their decision-making. Why not environmental law but commercial law should deal with the problem? First of all, environmental law is a set of rules for the protection of the environment. It deals with the issues such as protection of the environment, pollution, decontamination and so on. It has nothing to do with internal regulation or decision-making of a company. Besides, it is out of the scope of the environmental law to keep up with every action of the companies, the possible harm of these actions to the environment and the method of disclosure of these harms to the public.<sup>38</sup> Nevertheless, corporate sustainability is a certain way of thinking. It deals with balancing complex environmental concerns with the social and economic interests, which is basically the interest of the managing board in a company. Thus, environmental law would not be the right means to make the company boards to think in this certain way. In addition to environmental law that mandates protection of environment, a company law perspective which will make the company boards to work towards a sustainable corporation is necessary.

---

<sup>37</sup> Turkish Constitution Law No. 2709 Official Gazette 9.11.1982 No: 17863, Article 56

<sup>38</sup> Sjäfjell, B. (2010) "If not now, then when?: European company law in a sustainability development perspective" *European Company Law*, 7(5), 187 – 194  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Even though environmental law and company law are categorised under different branches of law, they could be considered together and in connection with each other to mitigate environmental degradation. This has never been considered as an option in the reformation process of TCC. Obviously, the TCC does not mandate companies to ignore environmental law compliance in order to gain profit. However, this happens in practice in order to maximize shareholder value. This indicates that even a recently reformed commercial law may not be effective enough to lead companies in sustainability and may constitute barriers despite all its novelties on the governance of the companies. Thus, examining the role of Turkish company boards will shed light on the need to translate sustainability into specific legal regulations.

### **Board of Directors as a Barrier for Sustainable Companies in Turkey**

The board of directors (BoDs) under Turkish company law is regarded as one-tier system. According to Article 359 of the TCC, the BoDs of joint-stock companies consist of one or more persons appointed by the articles of association or elected by the general assembly.<sup>39</sup> The BoDs are responsible to the company.

In practice, due to the ownership structure of Turkish corporations, the BoDs is mainly composed of the members of the major shareholders.<sup>40</sup> In another saying, in most of the companies the dominant shareholders happens to be board members. Thus, in many cases the election of board members becomes a formality because the dominant shareholders agree on members in advance and they have the last word. This is to say that the BoDs fiduciary duty is primarily to the controlling shareholders.

Article 375 of the TCC regulates the inalienable powers and duties of the BoDs.<sup>41</sup> Accordingly, it is an inalienable duty of the BoDs to set the corporate governance disclosure and submit it to the general assembly. Even though the TCC was designed to embed corporate governance principles within the Turkish business culture, fundamental principles concerning corporate governance are stated in the Corporate Governance Principles and the related communiqués issued by the CMB. Accordingly, the publication

---

<sup>39</sup> The Republic of Turkey Turkish Commercial Code Law No. 6102 Official Gazette 14/2/2011 No:27846, Article 359

<sup>40</sup> Eroğlu, M. (2013) "Obstacles and possibilities for sustainable companies in Turkey" University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2013-04. Retrieved from: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2218220](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2218220)>

<sup>41</sup> TCC, n above 39, Article 375

of a corporate governance compliance report in the annual reports is a requirement for listed companies.<sup>42</sup> Before the publication of the Sustainability Principles Compliance Framework of the CMB, the only sustainability-related principle states that the BoDs should *take all required measures to assure that the organization of the company meets environmental conditions*.<sup>43</sup> However, since profit maximization for shareholders is in the heart of corporate governance understanding of Turkey, this principle is in practice ignored.<sup>44</sup> It is also crucial to mention here that the articles of association of a joint-stock company may deviate from the provisions of the TCC if only this is expressly permitted by the Law.<sup>45</sup> The TCC lists the mandatory content of articles of associations. Consequently, any provision which is not against mandatory provisions may be included in the company's articles of association. Conclusion that can be drawn from the interpretation of these provisions is that shareholders can hold the BoDs responsible for acting and reporting with an understanding of sustainability by amending the articles of association.<sup>46</sup> However, the shareholder-oriented logic in addition to the ownership structure of companies have become crucial obstacles for the BoDs to act with an understanding of sustainability in a voluntary way. As the BoDs are dominated by controlling shareholders, they continue to act for the benefits of controlling shareholders, but not for the all stakeholders. As a result, there would be a little room for actions towards sustainable companies.

Due to the concentrated ownership of Turkish companies, minority shareholders have very limited power to influence the management of the company. It would not be wrong to say that this is the case for institutional and foreign investors as well. The absence of organisational behaviour by minority and institutional shareholders is obscuring policy change in the BoDs to act sustainable ways.

<sup>42</sup> Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine Ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 56) Official Gazette: 30.12.2011 No:28158, Article 1

<sup>43</sup> Capital Markets Board of Turkey, Corporate Governance Principles Capital Markets Board of Turkey (2003), [http://www.cmb.gov.tr/regulations/files/corporate\\_governance.pdf](http://www.cmb.gov.tr/regulations/files/corporate_governance.pdf), Section 2.12.j

<sup>44</sup> Eroğlu, M., n above 42

<sup>45</sup> TCC, n above 39, Article 340

<sup>46</sup> According to Pulaşlı (n above 13) even though there is no provision directly regulating the sustainable company policy and protection of environment standards in the existing TCC, TCC Art. 375/1-e can be applied indirectly for the responsibility of the board of directors.

However, except for the situation occurs between the corporate law and the corporate culture that pose an obstacle to sustainability, Turkey also presents opportunities for sustainable companies. First of all, Turkey is an EU candidate country. Their relation in commercial terms is developing steadily.<sup>47</sup> The legal reform that started with the EU accession negotiation process has gained momentum with the increase in trade volume. Turkey enacted many laws by following the EU law and still opens up to follow developments taken place in other jurisdictions.

Green Debt Instruments, Sustainable Debt Instruments, Green Lease Certificates and Sustainable Lease Certificates issued by the CMB is an example of the developments in environmental sustainability field.<sup>48</sup> Within the framework of the 11th Development Plan and the Paris Climate Agreement priorities and actions, a regulatory framework has been drafted to encourage the financing of investments that will contribute positively to environmental sustainability. The aim of green debt instrument and green lease certificate is to provide financing instruments for investments aiming to adapt climate change and to reduce risks arising from climate change and to protect investors financing green projects that can contribute to environmental sustainability, and to increase transparency, accountability, consistency and comparability.<sup>49</sup> With the Guidelines on Green Debt Instrument and Green Lease Certificate, the CMB has determined the basic principles and minimum standards to be followed in the financing process of green projects. The guidelines has been prepared based on the International Capital Market Association, Green Bond principles. The fact that the reporting process is among the basic components of green debt instruments reveals the importance the legislator attaches to the transparency and accountability of green projects.<sup>50</sup>

Another recent development is the publication of the Sustainability Principles Compliance Communiqué.<sup>51</sup> In order to reinforce the investor confidence, transparency and accountability and to diversify the

---

<sup>47</sup> The Republic of Turkey Trade Ministry. (2021, February 18). Yanı başımızdaki dev pazar Avrupa Birliği. <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/avrupa-birligi/yani-basimizdaki-dev-pazar-avrupa-birligi> (accessed on 21.03.2022)

<sup>48</sup> SPK, SPK Yeşil Borçlanma Aracı ve Yeşil Kira Sertifikası Rehberi (Kasım 2021) <<https://www.cmb.gov.tr/Sayfa/Dosya/162>>

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid

<sup>51</sup> SPK, Kurumsal Yönetim Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, n above 38.

opportunities that contribute to sustainable companies, the CMB published the principles, the main subject of this study, in September 2020.

### **A New Step for Sustainability: The CMB Sustainability Principles for Publicly Traded Companies**

Investment decisions directed by environmental, social and managerial factors have become a transformative effect on the regulatory institutions and stock exchanges.<sup>52</sup> In this transformation process, companies are expected to prioritize, adopt and contribute to sustainability and integrate its factors to their operations. They are also expected to undergo periodic performance reporting processes in the field of sustainability. Thus, states which have established norms and standards for corporate sustainability becomes the target of investors since these norms and standards improve transparency and disclosure so that investors can compare the sustainable investment options easily. Thus, sustainability becomes a natural part of corporate governance.

Corporate sustainability being such an important criterion for investors made it inevitable to make legal arrangements. In accordance with the transformation process, the CMB amended the Corporate Governance Communiqué in order to ensure that public companies take concrete steps to ensure sustainability. The amendment entered into force on 2 October 2020. The CMB also published the ‘Sustainability Principles Compliance Framework’, which are the principles publicly held companies are expected to comply with. It is declared that public companies should report their sustainability activities for 2020 in their annual reports to be published in 2021, based on this new set of principles, according to the ‘comply or explain’ approach. Although the compliance of the companies with these principles will be on a voluntary basis, it will be obligatory to report whether these principles are followed and explain in case of non-compliance. The companies will, thus, inform the public about how they comply with the sustainability principles within the scope of their annual reports.

The sustainability principles determined by the CMB are based on three main areas: Environmental Principles, Social Principles and Corporate Governance Principles.<sup>53</sup> In this context, it is the duty of the BoDs to determine the priority issues in these areas in order to form company

---

<sup>52</sup> Eccles, R.G. & Klimenko, S., n above 14

<sup>53</sup> CMB Sustainability Principles Compliance Framework

<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1332>

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

policies and announce them to the public. Based on the TCC Article 375, the BoDs are responsible to establish a committee responsible for the implementation of policies in this area.<sup>54</sup> It is clearly seen that the regulatory body aims to impose duty on the BoDs to create sustainable companies.

The purpose of the amendment is to systematically reduce the risks in order to protect investors and ensure the effective functioning of the market without compromising the ability of future generations to meet their own needs. At this stage, the amendment serves to raise awareness in order to enable companies to formulate policies to add sustainability into their internal processes. However, there is still much room for improvement.

### **Criticism on the Sustainability Amendment of the CMB Corporate Governance Communiqué**

Regulation is a key to achieve sustainability. However, it is not enough to simply throw laws and regulations at a problem. In order to achieve the desired results, laws and regulations must be drafted carefully and evaluated afterwards. Under the Turkish corporate culture where controlling shareholders dominate the boards and focus mainly on profit maximization, the availability of widely applicable regulations on sustainability is especially important. In this context, it is likely that the shortcomings of the amendment will prevent implementation in a widespread manner.

First of all, the CMB follows a soft law approach regarding sustainability implementation instead of putting a stronger emphasis on the hard law characteristics. The advantage of the soft law approach is that it gives companies the opportunity to decide individually to adopt sustainable practices according to their own specific situations.<sup>55</sup> Besides, such a voluntary approach can lead to less detailed mandatory regulations, thus shuns the lawmakers constantly catching up with developments in companies. However, the previous corporate governance implementation experience of Turkey shows that the ‘comply or explain’ approach has an obvious setback. Owing to the voluntary approach, there is no penalties for non-compliance as long as the reason for non-compliance is explained. The problem arises here is that there is no minimum standard or method to verify the accuracy of explanations. Thus, companies are allowed to decide not to implement the principle, provided that they disclose some sort of explanation. The effectiveness of voluntary approach lies in explanation of non-compliance. This explanation should include justifiable reasons for, as

---

<sup>54</sup> TCC, n above 39, Article 375

<sup>55</sup> Nedelchev, M., n above 33

well as the risks of non-compliance. Without explanation, the voluntary basis does not achieve its purpose at all. As a result, lack of minimum standards for non-compliance and method to verify the accuracy of explanations facilitate the creation of a system, which confers on corporations a degree of immunity from the consequences of incomplete reports.

Secondly, both the CMB Corporate Governance Communiqué and Sustainability Principles Compliance Framework put the responsibility on the BoDs to determine the priority issues, risks and opportunities regarding sustainability, create appropriate policies, prepare reports and disclose them to the public. However, there is no explanation as to how the BoDs will do this. One can declare that as preparing and disclosing corporate governance report is an inalienable duty of the BoDs, sustainability disclosure can be accommodated to this report.<sup>56</sup> That is to say the corporate governance committee can prepare sustainability report together with corporate governance report. As an opposing view, it can be argued that sustainability requires a separate expertise. The main focus of corporate governance is the internal functioning of the company and its relationship with the shareholders. However, corporate sustainability requires specialities not only on corporate governance but also on environmental problems such as climate crisis, renewable energy and social problems such as employee rights. Consequently, a separate committee responsible for the implementation and disclosure of sustainability policies should be established. Sustainability Principles Compliance Framework advises companies to establish a separate committee.<sup>57</sup> It is the duty of the BoDs to establish this committee.<sup>58</sup> At this point, the amendment of TCC Article 88 can be a guideline. It enforces that the Public Oversight, Accounting and Auditing Standards Authority is entitled to determine and publish the Turkish Sustainability Reporting Standards in order to ensure the unity and validity of the reports on sustainability for the businesses and organizations it determines. The article also states that institutions and boards established by law to regulate and supervise certain areas can make detailed regulations regarding the standards that will be valid for their own fields, provided that they comply with the Turkish Sustainability Reporting Standards. However, this new regulation, as can be understood from its wording, has determined the institution authorized to regulate the standards, but does not give

---

<sup>56</sup> TCC, n above 39, Article 375

<sup>57</sup> CMB Sustainability Principles Compliance Framework, n above 55, Section A2.

<sup>58</sup> TCC, n above 39, Article 366

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



sufficient detail about the formation and competencies of the committee. Therefore, the sustainability committee is regulated in neither the law nor communiqué among the committees established by the BoDs as a mandatory provision. The fact that the establishment of this committee being merely a recommendation in the Sustainability Principles Compliance Framework may cause companies to avoid establishing this committee. To encourage companies to adopt the spirit of the sustainability principles, a more precise regulation would be useful.

Another drawback is that the information foreseen to be shared in the Sustainability Principles Compliance Framework is organized in a very general way. Keeping the classification comprehensive may cause any kind of activity to be named under the heading of sustainability, which would result in greenwashing. This can even be abusive to a certain degree since the legislator does not prescribe any form of reporting and disclosing standard for these activities. In addition, monitoring by minority and institutional investors would not be an effective redress due to their relatively weak position in the company management. There is less developed practice in auditing. The problem lies in the structure of reporting.<sup>59</sup> Reporting structure of financial reports differs from the annual reports. The annual reports provide explanations of the company's performance. According to the sustainability amendment of the CMB, sustainability reports will be included in annual reports of the companies.<sup>60</sup> However, Turkish Accounting and Auditing Standards, which is compatible with international standards, has largely concentrated on financial reporting. The point of view can be better understood with the statement of van Mourik (2011); '*All the IASB board members share the same positivist ontology focusing on accounting as a technical tool aimed at faithfully representing an entity's financial reality, rather than as a social construct which generates intended and unintended economic, social and environmental consequences.*'<sup>61</sup> It should also be remembered that auditing

---

<sup>59</sup> Villiers, C. & Mähönen, J.(2015) "Accounting, auditing, and reporting: supporting or obstructing the sustainable companies objective?" in Sjäffjell, B. & Richardson, B.J. (Eds.), *Company law and sustainability: Legal barriers and opportunities* (pp. 175-225). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

<sup>60</sup> SPK, Kurumsal Yönetim Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, n above 38, Article 2

<sup>61</sup> Van Mourik, C. (2011), "Response to the IFRS Foundation's Report of the Trustees' Strategy Review"

is retrospective.<sup>62</sup> However, sustainability is about the interpretation of the future. The important thing at this point is to identify environmental and social hazards as well as economic ones while they are still preventable and inform the BoDs about these potential dangers so that the board can take timely measures. As it can be seen, determining sustainability policies and reporting the activities require a different approach and expertise than financial reporting. The International Integrated Reporting Council had published a globally accepted framework for sustainability reporting. However, integrated reporting is still in its development stage in Turkey and a standardization on integrated reporting is needed urgently.<sup>63</sup>

### **Complementary Reform Proposals**

Based on the discussions briefly set out above, in order to achieve corporate sustainability through legal regulations in Turkish companies 3 main points need to be addressed; reformulating the purpose of the company with regards to the necessity of regulation in terms of sustainability, the role of the BoDs and determining concrete practices for the implementation of advised sustainability compliance principles, such as determining reporting standards and legal sanction.

#### **a. Redefining the Purpose of Companies**

One of the discussions on corporate sustainability is about whether there is a need for a legal necessity on this matter. Since companies' first and foremost aim is to gain profit, one can state that corporate sustainability should be based on volunteer basis. Additionally, Turkish commercial law gives capability to the BoDs to shift onto a sustainable path voluntarily. However, due to the increasing importance of the issue for investors, sustainability should not be left to the free will of the companies. Especially in emerging markets such as Turkey, leaving the issue to the free will of companies may prevent sustainability from becoming widespread among companies. Thus, firmer rules that lead the BoDs towards sustainability is needed. Broadening the scope of corporate governance with sustainability will provide a redefined room for the creation of economic value, with ample space for environmental and social value, and enable businesses to reach a higher level of transparency on these matters. As Turkey is far off track from corporate sustainability, what urgently needed is to accept that environmental and social degradation will sooner or later affect the

<sup>62</sup> The Preamble of the TCC, n above 36, Article 378

<sup>63</sup> Ercan, C. & Kestane, A. (2017) "Entegre raporlama ve Türkiye'deki uygulama örnekleri üzerine bir araştırma" *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 6(4), 73 – 86.

commercial life. Thus, going beyond the traditional purpose of the company and clarifying that profit should be achieved within the overarching goal of sustainability is the first step the legislator can take to raise awareness.<sup>64</sup> To this end, the purpose of companies should be defined, for example in TCC, as ‘*The purpose of a company is to create sustainable environmental, social and economic value while respecting the interests of its investors and other stakeholders.*’ This definition should be supported by detailed legal regulations for different types of companies. Only after such a redefinition will the CMB sustainability principles be interpreted and implemented eloquently.

#### **b. The Role of the BoDs**

Redefining the purpose of company will not reach to any change in reaching a level of sustainability in companies unless it is integrated into the duties of the BoDs. The BoDs have vital part to play in the evolution of sustainable companies. As a consequence of economic progress and increase in competition, the traditional ownership structure of companies has begun to change. Today, the BoDs must serve the interests of all stakeholders, not just the interests of the founding shareholders.<sup>65</sup> Pashl stated that one of the most important differences between corporate governance and traditional management is the implementation of “rules” and “discretion”. In its broadest sense, corporate governance is a system that includes rules regarding shareholders and stakeholders. Accordingly, it is the duty of BoDs to determine the core strategies that concern all the stakeholders. This view is also supported in the European Commission by stating that it is the BoDs who determines core strategies and integrate social, environmental, human rights and stakeholder concerns into these strategies with the aim of maximising the creation of shared value for their shareholders and other stakeholders and society at large; and identifying, preventing and mitigating their possible adverse impacts.<sup>66</sup> The OECD also supports such a formulation of the duties of the BoDs.<sup>67</sup> Therefore, at the TCC level, the duties of the BoDs should be reformulated and a clause such as ‘*to ensure the creation of sustainable value*’ should be added to Article

<sup>64</sup> Willard, B. (2014) “Better is not good enough: Toward true corporate sustainability” <https://greattransition.org/publication/better-is-not-good-enough> (Accessed on 20.03.2021)

<sup>65</sup> Pashl, A. (2004). *Anonim ortaklık kurumsal yönetimi*. İstanbul: Beta.

<sup>66</sup> European Commission, Green Paper The EU corporate governance framework <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:EN:PDF>

<sup>67</sup> OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011), <http://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf> at 42-46.

375. Thus, the duties of the BoDs regarding sustainability would cover not only reporting but also preparing the sustainability plan of the company. Consequently, such a clause can prevent the BoDs to see sustainability as only a duty of reporting. This clause should be undergirded by detailing the Sustainability Principles Compliance Framework on the possible content of the plan, objectives to be achieved and key performance indicators for impacts that are relevant. Although the Compliance Framework is not mandatory, such a detailing will guide companies on how to prepare the plan. This will lead to reach a standardization which will contribute to not only lowering costs, but also augmenting transparency of the companies. In this way, investors can check at regular intervals to what extent the companies comply with the plan. In summary, ensuring sustainability should be among the inalienable duties of the BoDs as a mandatory provision. The standards recommended within the Compliance Framework should be of a guiding nature to the BoDs and should not burden the companies excessively.

### **c. Reporting and Auditing**

Conventional accounting with its focus on the measurement, calculation and valuation of financial assets and profits primarily serves the interests of the companies and their shareholders.<sup>68</sup> Complementarily, transparency understanding of the profit-oriented corporate governance is based on disclosure of financial assets and profits. In another saying, it is about sharing accurate, sufficient, timely and comparable financial information regarding the company's financial situation and performance.<sup>69</sup> The foregoing dynamic of the wealth creation had nothing to do with non-financial disclosure.<sup>70</sup> Thus, activities which remain unmeasured are disregarded to be disclosed.

Under Turkish law, regulations for financial information disclosure are found in both TCC and CML. However, for non-financial information, voluntary disclosure has been determined. There is no direct binding regulation on this regard. A criticism against the new amendment requiring companies to disclose sustainability principles compliance has been that the reporting requirements are not based on a clear legal duty. Combined with a lack of proper enforcement, when companies are not binded by the law to

<sup>68</sup> Jones, M.J. (2010) "Accounting for the environment: towards a theoretical perspective for environmental accounting and reporting", *Accounting Forum*, 34(2), 123-138.

<sup>69</sup> Pash, A., n above 67.

<sup>70</sup> Li, M. (2009) "Capitalism, climate change and the transition to sustainability: Alternative scenarios for the US, China and the world", *Development and Change*, 40(6), 1039-1061.  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

integrate sustainability concerns into their disclosure policy, there is a risk that disclosure on sustainability becomes neither relevant nor reliable. The amendment foresees that the annual reports of public companies should provide either information regarding whether the sustainability principles are applied, or a comprehensive explanation on the impacts that can be occurred in the environmental and social areas due to the failure of fully compliance with these principles. For the comply or explain approach to be satisfactory, as a first step, the law-maker should give a clear guidelines on disclosure of environmental and social information. Considering the facts that Turkey's accounting standards are compatible with the EU, it can be advised to take the guidelines the European Commission in relation to the non-financial reporting as a model.<sup>71</sup> As a second step, it would be a deterrent factor to impose sanctions on inaccurate or non-explanation. The Communiqué specifies general framework that will be disclosed. However, no provision is regulated regarding the sanctions the company will be imposed if the required information is not disclosed. To make the companies disclose correct and accurate information on time, it would be appropriate to envisage sanction.

Sustainability disclosure in publicly held companies is a fundamental step which leads us to another issue; how will the accuracy of the information provided in the annual reports be verified? Sustainability assurance is not obligated by the communiqué. However, it is stated that sustainability performance measurements must be disclosed after verified by independent sustainability assurance providers. In other words, the authority in checking the accuracy is left to the auditors. At this point, the expertise and competence of the auditors regarding sustainability management processes and explanations will come to the fore. It is obvious that sustainability assurance auditing is not as common as financial statement auditing. It is stated that legal basis of this situation are; lack of national regulations, lack of knowledge on international standards, lack of legal obligation for assurance auditing. In the absence of national regulation, providing supervision and guidance services by competent authorities will be a solution that will facilitate the reporting process.<sup>72</sup> Actually, it would be ideal to regulate sustainability reporting and assurance from the very beginning in order to refrain from a patchwork of regulations. However,

<sup>71</sup> The EU NFRD, n above 23

<sup>72</sup> Atabay, E. (2019) "Kurumsal sürdürülebilirlik raporları ve güvence denetimi: Türkiye'de GRI rehberine göre raporlama yapan firmalar üzerinde bir araştırma", *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, 21(4), 904-922

given that even the amendment is a big step, these shortcomings can be rectified with subsequent reforms.

It should also be indicated that Sustainability Index created by BIST is an extremely important incentive for public companies for the development of sustainable reporting. The purpose of the BIST Sustainability Index is to create an index in which companies that have high corporate sustainability performances will take place, thus, increase practice of sustainability among companies in Turkey. In order for the companies to be listed in the index, there is no requirement to publish a sustainability report. However, companies must pass the threshold values in the "Index Selection Criteria". As of the end of September 2018, there were 44 companies in the Index. At the end of April 2020, this number increased to 61. It is clear that making legal arrangements and providing incentive mechanisms by BIST support the developments in this area. In the long-run, it can be advised to convert soft law approach of compliance and reporting to binding law.

In summary, with the amendment sustainability principles were determined. These principles were added to the Corporate Governance Communiqué of the CMB and the compliance framework was prescribed by the legislator as a soft law. The next step should be to spread the implementation with the incentives of BIST and other related organizations such as Integrated Reporting Network Turkey and the Turkish Industry and Business Association. Ultimately, what is now applied on a comply-or-explain basis should be mandated.

### **Concluding Remarks**

If sustainability is desired as a society, companies must be part of the solution. The increasing importance of the role of companies in sustainability foretells a new perspective of corporate governance norms and practice. This is because even though it is not required as a matter of law, sustainability is stymied by the shareholder oriented approach of corporate governance. But sustainability, being among the investment criteria of many investors, has educed that sustainable corporate practices prove profitable. As a consequence, in order to attract investors, any regulation in law which slow the progress of corporate sustainability should be amended.

This article provides an overview of Turkish corporate governance and its relationship to corporate sustainability. It seeks to reveal the barriers to corporate sustainability and offers complementary reform proposals. The root of the barriers is the commonly held view that companies must strive to maximize shareholder profit at the expense of everything. This view imposes a formidable obstacle to corporations to become sustainable. This

view together with the corporate ownership structure of Turkish companies gave impetus to BoDs to fulfill their fiduciary duty primarily to the controlling shareholders. This common misconception led to sacrifice stakeholder benefit to profits. The implementation of corporate governance principles did not change this situation. Because companies are not willing to compromise their freedom, the method of ‘comply or explain’ in the current corporate culture did not reach the desired efficiency. Since companies did not do enough on a voluntary basis, it became inevitable for the legislator to take concrete steps in this regard. Thus, Sustainability Amendment of Corporate Governance Communiqué came into force in October 2020.

The amendment is beneficial, insofar as it sets out a ground in terms of sustainability that could feature as a starting point in legislative initiatives. Considering the past experiences of Turkish companies with corporate governance, it can be stated that the amendment on its own will not be effective enough to lead companies in sustainability. In order for a better compliance, further amendments are needed. In this regard, first of all sustainability should be one of the key purposes in the definition of companies as a matter of company law. Thus, society can find the legal basis to demand for changes in terms of sustainable companies. Assisting the redefinition of the company, creation of sustainable value should be integrated into the duties of the BoDs in the TCC. Assigning a more comprehensive duty on the BoDs will hold them liable for not only reporting but also establishing a separate sustainability committee, preparing sustainable business plan, disclosing accurate and adequate explanation and so on. Lastly, sustainability disclosure requirements are strikingly insufficient. Disclosure is left to voluntary measures. Even though the amendment is a good initiative, much effort is needed especially on verifying the accuracy of explanation. In addition, there is no requirement on reporting and auditing of environmental and social information. This leads to risk of lack of comparability and consistency which would result in uncertainty in benchmarking. National regulation on the reporting and auditing sustainability practices of companies, such as mandatory integrated reporting, is needed urgently.

Voluntary implementation can be spread by encouraging companies to sustainability in various ways. BIST-Sustainability index is one of the good incentives. Investors know that the sustainability activities of the companies listed in the index are at a certain level and they invest accordingly. Reduction in the listing fees for the companies included in the index can be

an incentive to increase the number of listed companies. In the future, special incentives for family businesses, non-public companies and different sectors may be considered.

Sustainability being an investment criteria has made it inevitable for international policy makers to make regulations in this area. Sustainability research in Turkey is in an embryonic stage. Thus, the literature lacks a comprehensive and systematic understanding of this emergent body of inquiry and a holistic agenda for empirical research. Despite its exploratory nature, the insights gained from this study may be of assistance to understand the key areas to be improved drawing on the lessons learnt from the past. Recalling that corporate governance principles are a living instrument, it is expected that means for consolidating corporate sustainability via corporate governance will emerge over time. Future research should examine the annual reports of listed companies to explore how the new set of principles is reflected in the market by analysing the reaction of investors; whether complied or explained in a reliable, relevant and comparable manner; whether much harder law is needed.

## REFERENCES

- Ararat, M. (2011). 'Comply or explain' without consequences; The case of Turkey'. In C. A. Mallin (Eds.), Handbook on international corporate governance (pp 355-370). Glos, UK: Edward Elgar Publishing
- Ararat, Melsa and Yurtoglu, B. Burcin. (2012). Sermaye piyasası kurulu'nun 'kurumsal yönetim' konulu tebliğleri ile ilgili genel değerlendirme ve yorum [An assessment of the recent legal reforms concerning 'corporate governance' introduced by the CMB of Turkey].<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2040376>
- Atabay, E. (2019). Kurumsal sürdürülebilirlik raporları ve güvence denetimi: Türkiye'de GRI rehberine göre raporlama yapan firmalar üzerinde bir araştırma. *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, 21(4), 904-922
- Berle, A.A. (1931). Corporate powers as powers in trust. *Harvard Law Review*, 44(7), 1049-1074.<https://doi.org/10.2307/1331341>.
- Blackburn, W. R. (2015) The sustainability handbook: The complete management guide to achieving social, economic, and environmental responsibility. Washington, USA: Eli Press.
- Camilleri, M.A. (2017). Corporate sustainability and responsibility: creating value for business, society and the environment. *Asian Journal of Sustainability and Social Responsibility*, 2, 59-74. <https://doi.org/10.1186/s41180-017-0016-5>.



- CDP, CDSB, GRI, IIRC & SASB.(2020) Statement of Intent to Work Together Towards Comprehensive Corporate Reporting < <https://29kjob3armds2g3gi4lq2sx1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/Statement-of-Intent-to-Work-Together-Towards-Comprehensive-Corporate-Reporting.pdf>>(Accessed on 20.03.2021)
- Corporat Knights. (2020, January 22). Helsinki stock exchange tops sustainability disclosure ranking while most flatlined.<https://www.corporateknights.com/reports/sustainable-stock-exchanges/helsinki-stock-exchange-tops-sustainability-disclosure-ranking-flatlined-15796512/> (Accessed on 20.03.2021)
- Crowther, D. & Rayman-Bacchus, L. (2016). The future of corporate social responsibility. In Crowther, D. & Rayman-Bacchus, L. (Eds.). Perspectives on corporate social responsibility (pp 229-249). Oxon, UK: Routledge.
- Das, P. (2014). The Role of Corporate Governance in Foreign Investments, *Applied Financial Economics*, 24(3), 187-201
- Demirag, I. & Serter, M. (2003). Ownership patterns and control in Turkish listed companies. *Corporate Governance: An International Review*, 11(1), 40-51.<https://doi.org/10.1111/1467-8683.00300>
- Eccles, R.G. & Klimenko, S. (2019, June). The investor revolution. *Harvard Business Review*, 106–116. <https://hbr.org/2019/05/the-investor-revolution>.(Accessed on 20.03.2021)
- Elhabib, M.A., Rasid, S.A.& Basiruddin, R. (2014) A critique: Corporate governance definition dilemma and the major causes for calls to improve corporate governance. *European Journal of Business and Management*, 6(34), 365-369. <https://doi.org/10.7176/EJBM>
- Ercan, C. & Kestane, A. (2017). Entegre raporlama ve Türkiye'deki uygulama örnekleri üzerine bir araştırma. *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 6(4), 73 – 86.
- Eroğlu, M. (2013). Obstacles and possibilities for sustainable companies in Turkey. *University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2013-04*. Retrieved from: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2218220](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2218220)>
- European Commission (2014) The EU Non-Financial Reporting, Directive 2014/95/EU
- European Commission. (2017). Interim Report, July 2017 By the High-Level Expert Group on Sustainable Finance. Brussels, Belgium.[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/170713-sustainable-finance-report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/170713-sustainable-finance-report_en.pdf).(Accessed on 20.03.2021)

- European Commission. (2018) Action Plan: Financing Sustainable Growth. Brussels, Belgium. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-97-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.(Accessed on 20.03.2021)
- Fan, J. & Wong, T.J. (2005). Do external auditors perform a corporate governance role in emerging markets? Evidence from East Asia. *Journal of Accounting Research*, 43(1), 35-72.<https://doi.org/10.1111/j.1475-679x.2004.00162.x>
- Freedman, R.E. & Reed, D.L. (1983). Stockholders and stakeholders: A new perspective on corporate governance. *California Management Review*, 25(3), 88-106.<https://doi.org/10.2307/41165018>.
- Gray, R., Owen, D. & Maunders, K. (1987). Corporate social reporting: Accounting and Accountability. London Prentice-Hall International.
- IFRS Foundation. (2020) Consultation Paper on Sustainability Reporting, September 2020. <https://cdn.ifrs.org/-/media/project/sustainability-reporting/consultation-paper-on-sustainability-reporting.pdf> (Accessed on 20 .03.2021)
- IFRS Foundation. (2020) Who Uses IFRS Standarts? <https://www.ifrs.org/use-around-the-world/use-of-ifrs-standards-by-jurisdiction/>.(Accessed on 20.03.2021)
- Integrated Reporting Council. (2021). International Integrated Reporting Framework <<https://integratedreporting.org/wp-content/uploads/2021/01/InternationalIntegratedReportingFramework.pdf>>
- Jensen, M.C. (2002). Value maximization, stakeholder theory and the corporate objective function. *Business Ethics Quarterly*, 12(2) 14, 8-21.<https://doi.org/10.2307/3857812>
- Jones, M.J. (2010). Accounting for the environment: towards a theoretical perspective for environmental accounting and reporting. *Accounting Forum*, 34(2), 123-138. <https://doi.org/10.1016/j.accfor.2010.03.001>
- Li, M. (2009). Capitalism, climate change and the transition to sustainability: Alternative scenarios for the US, China and the world. *Development and Change*, 40(6), 1039-1061. <https://doi.org/10.1111/j.1467-7660.2009.01611.x>
- McKinsey. (2017). From ‘why’ to ‘why not’: Sustainable investing as the new normal <https://www.mckinsey.com/industries/private-equity-and-principal-investors/our-insights/from-why-to-why-not-sustainable-investing-as-the-new-normal#>.

- OECD. (2004) Principles of Corporate Governance. Paris: OECD Publishing.
- Pulaşlı, H. (2020), “Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXXVI, S. 4 s. 5-37
- Paslı, A. (2004). Anonim ortaklık kurumsal yönetimi. İstanbul: Beta.
- Rock, E. (2020). For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose. *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 515/2020*.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3589951](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3589951)
- Salvioni, D.M., Gennari, F. & Bosetti, L. (2016). Sustainability and convergence: The future of corporate governance systems?. *Sustainability*, 8(11), 1203-1228.<https://doi.org/10.3390/su8111203>.
- Sjåfjell, B. (2010). If not now, then when?: European company law in a sustainability development perspective. *European Company Law*, 7(5), 187 – 194
- Sjåfjell, B. (2017). Regulating for corporate sustainability: Why the public-private divide misses the point. In B. Choudhury & M. Petrin (Eds.), *Understanding the company corporate governance and theory* (pp 145-164). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Sjåfjell, B., Johnston, A., Sørensen L.A. & Millon, D. (2015). Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies. In Sjåfjell, B. & Richardson, B.J. (Eds.), *Company law and sustainability: Legal barriers and opportunities* (pp. 79-147). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Smith, D.G. (1998). The shareholder primacy norm. *Journal of Corporation Law*, 23, 277-322.
- Sternberg, E. (2002). The defects of stakeholder theory. *Corporate Governance: An International Review*, 6 (3), 151-63.<https://doi.org/10.1111/1467-8683.00034>.
- T.C. Ticaret Bakanlığı. (2021, February 18). Yani başımızdaki dev pazar Avrupa Birliği <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/avrupa-birligi/yani-basimizdaki-dev-pazar-avrupa-birligi>.
- Turkish Commercial Code Law No. 6102 Official Gazette: 14.2.2011, Issue: 27846
- T.C. Sermaye Piyasası Kurulu, Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliği (I)-17.1.a) Official Gazette:2.10.2020, Issue: 31262

- T.C. Sermaye Piyasası Kurulu, Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine Ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 56) Official Gazette: 30.12.2011 No:28158
- T.C. Sermaye Piyasası Kurulu, Yeşil Borçlanma Aracı, Sürdürülebilir Borçlanma Aracı, Yeşil Kira Sertifikası, Sürdürülebilir Kira Sertifikası Rehberi (Kasım 2021) < <https://spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1362>>
- Töre, I. (2017). Rethinking agency theory in companies with concentrated ownership, *International Journal of Business and Management Studies*, 9(1), 80-91
- United Nations. (1987). Report of the World Commission on Environment and Development - Our Common Future. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>.
- United Nations. (2015). Sustainable Development Goals. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/> (Accessed on 20 May 2021).
- Villiers, C. & Mähönen, J.(2015). Accounting, auditing, and reporting: supporting or obstructing the sustainable companies objective?. In Sjäffell, B. & Richardson, B.J. (Eds.), *Company law and sustainability: Legal barriers and opportunities* (pp. 175-225). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Willard, B. (2014). Better is not good enough: Toward true corporate sustainability. <https://greattransition.org/publication/better-is-not-good-enough> (Accessed on 20.03.2021)
- World Economic Forum. (2020) Measuring Stakeholder Capitalism Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation White Paper < [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_IBC\\_Measuring\\_Stakeholder\\_Capitalism\\_Report\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_IBC_Measuring_Stakeholder_Capitalism_Report_2020.pdf)> (Accessed on 20.03.2021)

**# FRAENKEL'İN İKİLİ DEVLETİNDEN DUBBER'İN İKİLİ  
CEZA DEVLETİNE CEZA HUKUKUNUN İKİLİ KARAKTERİ**  
(FROM FRAENKEL'S "THE DUAL STATE" TO DUBBER'S "THE DUAL PENAL  
STATE" DUAL CHARACTER OF CRIMINAL LAW)

**Arş. Gör. Erdi Yetkin \* \*\***

**ÖZ**

*Ceza hukuku, önemli ölçüde bir dönüşüm geçirmektedir ve bu durum Aydınlanma ile birlikte ortaya çıkan modern ceza hukuku ilkelerinde tahribat yaratmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukundaki dönüşüm, esasen bir krize işaret etmektedir. Ceza hukukundaki dönüşüm ve kriz ise, hayli ihmal edilmiş bir mesele olan devletin cezai iktidarının meşruiyeti sorusunun nihayet gündeme gelmesini tetiklemektedir. Ceza hukukundaki dönüşümü anlamlandırmaya yönelik pek çok görüş mevcutsa da bu dönüşümün ve krizin temellerinin bütüncül bir şekilde ele alınmadığı görülmektedir. Çalışmamızda Fraenkel'in İkili Devlet ile Dubber'in İkili Ceza Devleti adlı eserlerini, ceza hukukundaki dönüşüm ve kriz ile cezai iktidarın meşruiyeti soruları çerçevesinde ele alacağız. Temel tezimiz, ceza hukukunun idare lehine alan kaybetmesine veya cezai süreçlerin idarileşmesine karşı, Aydınlanmanın getirdiği ilkeleriyle birlikte ceza hukukunun savunulması gerektiğidir. Ancak bu düşünce de devletin cezai iktidarının meşruiyetinin sorgulanmasıyla tamamlanmalıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** İkili Devlet, İkili Ceza Devleti, İkili Ceza İmparatorluğu, Ceza Hukukunun Krizi ve Dönüşümü, Ceza Hukukunda İkilik, Devletin Cezai Yetkisinin Meşruiyeti

**ABSTRACT**

*Criminal law is undergoing a significant transformation which is causing the defirmarion of the principles of criminal law which arose with the Enlightenment. As such, this transformation essentially signifies a crisis. This transformation and crisis has finally triggered the much neglected*

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.05.2022. İlk hakem raporu tarihi: 27.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 28.05.2022. Onaylanma Tarihi: 28.05.2022.

\* Yeditepe Üniversitesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6375-3884.

**Esere Atıf Şekli:** Erdi Yetkin, "Fraenkel'in İkili Devletinden Dubber'in İkili Ceza Devletine Ceza Hukukunun İkili Karakteri", YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.1023-1075.

*question of the legitimacy of the state's penal powers. While there are a variety of opinions intended to explain the transformation of criminal law, it appears that the root causes of this transformation and crisis have not been addressed holistically. This work will examine Fraenkel's The Dual State and Dubber's The Dual Penal State from the perspective of the transformation and crisis of criminal law and the legitimacy of penal powers. The foundational thesis of this work is that criminal law's loss of ground to the benefit of the administration and the increasing transformation of criminal procedures into administrative ones requires the defence of criminal law together with the principles given rise by the Enlightenment. However, this approach must be completed with an interrogation of the state's penal powers.*

**Keywords:** *The Dual State, The Dual Penal State, The Dual Penal Empire, Transformation and Crisis of Criminal Law, Duality on Criminal Law, Legitimacy of State Penal Powers*

\*\*\*

## **I - GİRİŞ: BAĞLANTI NOKTASI OLARAK CEZA HUKUKUNDAKİ DÖNÜŞÜM**

İkili yapılar<sup>1</sup> ya da bizatihi ikilik düşüncesi, sosyal bilimlerde<sup>2</sup> de önemli bir yer tutar. İkilik düşüncesi, kimi fenomenlerin bilimsel olarak kavranmasına olanak sağlamaktadır. Biz de çalışmamızda hukukta ikilik düşüncesine dair iki başarılı eseri ele alacağız. Bu eserlerden biri, Nazi Almanyası'nda hukukun ve devletin karakteri ile diktatörlük kuramı bağlamında bir kült eser olan **Ernst Fraenkel**'in **İkili Devlet**'i / **The Dual State / Der Doppelstaat**<sup>3</sup>, diğeri ise devletin cezai iktidarının meşruiyetinin

<sup>1</sup> 1984 romanının meşhur kavramı "**Çiftdüşün**" muazzam bir ikilik örneğidir. Zira bu yönleme başvuran kişi, aynı anda hem gerçeği eğip büktüğünü bilmekte ve fakat aynı zamanda gerçeğin zedelenmediğine kendini inandırmaktadır. Bir başka deyişle, aynı kişide, aynı anda iki çelişik düşünce, Çiftdüşün vasıtasıyla, bir arada var olmaktadır. Çiftdüşün hakkında bkz. George Orwell, **1984**, Çev. Nuran Akgören, İstanbul, Can, 2010, 187 – 190, 217 – 219.

<sup>2</sup> Sosyal bilimler sathından ikilik düşüncesine çeşitli örnekler verilebilir: **Freud**'un çalışmalarında yer tutan önemli bir kavram olarak aynı nesneye karşı aynı anda zıt duyguların bir aradalığı anlamıyla "**Ambivalans**", Ernst **Kantorowicz**'in Ortaçağ politik teolojisi üzerine kült eseri "**Kralın İki Bedeni**", bu bağlamda aklımıza ilk olarak gelenlerdir.

<sup>3</sup> Ernst Fraenkel, **İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**, Çev. Tanıl Bora, İstanbul, İletişim, 2020; eserin İngilizce basısı için bkz. Ernst Fraenkel, **The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship**, Çev. E.A. Shils, Oxford University Press, 2017; eserin Almanca basısı için bkz. Ernst Fraenkel, **Der Doppelstaat**, Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1974. Çalışmamızda Türkçe çeviriyi esas aldık; bununla birlikte kimi *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

sorgulanması bakımından kült bir eser olmaya aday **Markus Dubber**'in **İkili Ceza Devleti**<sup>4</sup>dir / **The Dual Penal State**.

Bugün artık hukuk devleti geleneğinin ve liberal ceza hukuku anlayışının yerleşik olduğu ülkelerde, ceza hukukunun dönüşümü veya liberal ceza hukukunun krizi üzerinde önemle durulmaktadır. Liberal ceza hukukunun krizi, bir ya da birkaç ülkedeki bir iç kriz olmayıp kendisini bir şekilde liberal yasal – politik düşüncenin parçası gören her devlette farklı şekillerde tezahür eden bütüncül bir krizdir<sup>5</sup>. Zira bugün özellikle liberal bir ceza hukuku anlayışına bağlı olduğu kabul edilen devletler, hukukun ya da liberal kabullerin sınırlarına pek riayet etmeksizin cezai şiddet uygulamaktadırlar<sup>6</sup>. Dolayısıyla da bugünün çelişkisi ve krizi, devletlerin ceza adaletinin içine medeni prensipleri zerk etmede başarısız olmalarıdır<sup>7</sup>.

Dönüşenin ve de krizde olanın yalnızca ceza hukuku olduğunu söylemek, çok dar bir bakış açısına tekabül eder. Esasen neoliberalizmin koşullarında ve hâkimiyeti altında yaşanan derin kriz, İkili Devlet fenomeni ile hukuk arasındaki distopik ilişkinin temelinde yer almaktadır<sup>8</sup>.

Asıl olarak II. Dünya Savaşı sonrası güç dengesinin değişimine koşut olarak ve bu nedenle ve ayrıca 11 Eylül 2001 saldırılarının da meydana çıkarttığı hızlandırıcı etki çerçevesinde<sup>9</sup>, ceza hukukundaki krizin veya dönüşümün tüm dünyaya yayılan bulaşıcı etkisi<sup>10</sup>, çarpıcı bir şekilde karşımızdadır. Günbegün yaşanan gelişmeler ışığında yüz çevirerek bu

---

durumlarda, örneğin terminolojik bir teyit gereksinimi doğduğunda, İngilizce ve Almanca basılar da kontrol amacıyla incelenmiştir. Örneğin Türkçe çevirideki **“Koruma Amaçlı Tutuklama”** ifadesini, İngilizce ve Almanca basılarla karşılaştırdık ve **Schutzhaft** kavramının karşılığı olduğunu gördük ve biz bu kavramı **“Koruyucu Tutma”** olarak kullanıp ayrıca izah ettik. Zira bu şekilde bir teyit yapılmasa kimi kavramların, **Schutzhaft** örneğinde olduğu gibi, hukuk tekniği bakımından anlamını somutlaştırmak mümkün olmayabilirdi.

<sup>4</sup> Markus D. Dubber, **The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative – Historical Perspective**, Oxford University Press, 2018.

<sup>5</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 2.

<sup>6</sup> James Monaghan, **"Book Review: Markus D Dubber, The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective"**, Sydney Law Review, Vol: 41(1), 2019, s. 149.

<sup>7</sup> Kimmo Nuotio: **“The Dual Penal State á la Markus Dirk Dubber”**, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Volume:6, Issue: 2, 2018, s. 179.

<sup>8</sup> A. Emre Zeybekoğlu, **“Rechtsstaat’tan Doppelstaat’a ya da Refah Devletinden Neoliberal Bir Ütopyaya Doğru”**, Hukuk Kuramı, C. 6, S. 3, Eylül - Aralık 2019, s. 35.

<sup>9</sup> Mehmet Cemil Ozansü, **“Düşman Ceza Hukuku: Kanundan Tedbire Geçiş”**, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 106.

<sup>10</sup> Ozansü, **Kanundan Tedbire Geçiş**, s. 123.

dönüşümü yok sayma imkânı da artık kalmamıştır. Küresel risk toplumunda öne çıkan hususlar, çevre felaketleri, terörist faaliyetler ve terör örgütlerinin artan zarar verme kapasitesi, örgütlü suçluluğun yaygınlaşması ve kalıp değiştirmesidir<sup>11</sup>. Böylelikle de risk toplumu, sanayi toplumunun yaşayış biçimleri ve tercihlerinin bir sonucudur fakat risk toplumu, eski modern ulusal toplumdaki farklı olarak sınırları aşan bir dünya toplumuna dayanmaktadır<sup>12</sup>.

AİHS sistemi içerisinde tüm devletler bakımından 18. maddenin serüveni dahi, ceza hukukundaki dönüşümü gözlemlemek için bir anlamda yeterli olabilir. İlk kez 2004 yılında Gusinskiy v. Rusya kararında 18. madde ihlali tespit edilmiş olup Rusya, Moldova, Ukrayna, Gürcistan, Azerbaycan ve Türkiye, haklarında AİHM tarafından 18. madde ihlaline hükmedilen ülkelerdir<sup>13</sup>. 2004 yılına kadar hakkında ihlal kararı verilmemiş 18. maddeye ilişkin olarak AİHM'nin, 2004 – 2016 arası nadiren, 2016 sonrası ise sıklıkla 18. madde ihlal kararları verdiği göze çarpmaktadır<sup>14</sup>. Özellikle çok tartışmalı politik davalar bağlamında ve hep AİHS m. 5 ile bağlantılı şekilde hükmedilen 18. madde ihlalinin, ilk kez 2004 yılında ve sonrasında da bilhassa 2016 sonrasında verilmesi tesadüf olarak kabul edilemez. Bu durumu, çağdaş ceza hukukundaki özellikle düşman ceza hukuku etrafında süregelen tartışmalar ile Avrupa sathında arttığı kabul edilen otoriterlik eğilimleri ışığında değerlendirmek gerekir.

Israrlı bir şekilde ceza hukuku ve hukuk tarihi literatüründe, bir cezai rejim olarak askeri mahkemeler ve olağanüstü hal yetkileri görmezden gelinip inkâr edilmektedir ve olağanüstü hal ceza rejimi her yerde mevcut olmasına rağmen, ceza hukuku doktrini tarafından yadsınmaktadır<sup>15</sup>. Türkiye de bu eğilimin bir örneği olarak zikredilebilir. Bilhassa politik yargılamaların damga vurduğu son 20 yılda Türkiye'de “**Düşman Ceza**

<sup>11</sup> Elvan Keçelioğlu, “**Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan – Cilt I, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 629 – 630.

<sup>12</sup> Keçelioğlu, **Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**, s. 629.

<sup>13</sup> Haklarında 18. madde ihlali kararı verilen ülkeler, bu ihlallerin sayısı ve yıllara göre dağılıma dair tablolar için bkz. Benan Molu: **Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulaması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 183. Keza AİHM'nin 18. madde ihlali kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aynı eser, s. 35 – 46.

<sup>14</sup> Molu, **18. Madde**, s. 27, 28 – 30, 32.

<sup>15</sup> Smadar Ben - Natan: “**The Dual Penal Empire: Emergency Powers and Military Courts in Palestine/Israel and beyond**”, *Punishment & Society*, 23 (5), 2021, s. 755.



**Hukuku / Das Feindstrafrecht**” kavramı yoğun bir şekilde ele alınmaktadır ve bu konuya ilişkin olarak bir literatür de oluşmuştur<sup>16</sup>. Keza düşman ceza hukuku kavramı yalnızca ceza hukukunda değil çeşitli disiplinlerde (politika bilimi, anayasa hukuku, genel kamu hukuku gibi) de tartışma konusudur. Bununla birlikte Türkiye’de ceza hukukçularının – düşman ceza hukuku kavramının pejoratif olarak ele alınması dışında – liberal ceza hukukunun krizi ve ceza hukukunun dönüşümü ile yoğun bir şekilde ilgilendikleri söylenemez. Türk ceza hukuku doktrininde, ceza hukukunun dönüşümüne dair yapılan tartışmalar kendine yer bulamıştır ve ceza hukukunun dönüşümü fenomeni ceza hukukçularının ilgi alanının dışına havale edilmektedir. Hal böyle olunca Türk ceza hukuku doktrininde, ceza hukukunun dönüşümüyle ilgili meseleler ya doğrudan kabullenilmekte ya da insan haklarının ülkemizdeki durumunun sonucu ve geçici bir gelişme olarak algılanmaktadır<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Düşman Ceza Hukuku, Türk hukukunda üzerine eğilen bir konu olmuştur. Ancak konumuz doğrudan Düşman Ceza Hukuku kavramının incelenmesi olmadığından, Türkçe orijinal eser veya çeviri ilgili tüm literatürün zikredilmesinden ziyade yalnızca dikkat çeken belirli eserlere işaret etmekle yetineceğiz.

Türk ceza hukuku doktrininden pek çok ismin makalelerin çevrilmesine katkı sunduğu, “Terör ve Düşman Ceza Hukuku” adlı çevirilerin derlendiği eser, düşman ceza hukuku tartışmaları bağlamında bilhassa dikkat çekmektedir. Bkz. Kayıhan İçel (Proje Yöneticisi), Yener Ünver (Editör), **Terör ve Düşman Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2008, s. s. 489 – 705; Bu eserde, Mehmet Cemil Ozansü tarafından, Jakobs’un 2004 ve 2006 tarihli makaleleri de çevrilmiştir ki bu durum, Türkçe’deki Düşman Ceza Hukuku tartışmalarına bilhassa önemli bir katkı olarak gözükmektedir. Yine belirtmek gerekir ki yakın zamanda Düşman Ceza Hukuku konusu, bir doktora tez konusu olarak çalışılmıştır. Bkz. Denizler Şanlı, **Düşman Ceza Hukuku: Kaynaklar, Kuramsal Çerçeve, Eleştiriler**, İstanbul, NotaBene, 2019; Keza Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen “Bedrettin Dalan Hukuk Makale Yarışması” da “Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları” konusuyla icra edilmiştir. Yarışmada dereceye giren makaleler için bkz. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı:2, 2019, s. 235 – 359.

<sup>17</sup> Bununla birlikte ceza hukukunun dönüşümünün teknik yönden en önemli kısımlarından birini teşkil eden, Cezalandırılabilirliğin öne alınması (die Vorverlagerung der Strafbarkeit) ve cezalandırılan hazırlık hareketleri (die strafbare Vorbereitungshandlungen) konuları son 10 yıl içerisinde özellikle Almanca konuşan ülkelerde – bilhassa Almanya’da ve daha düşük bir yoğunlukla da olsa Avusturya ve İsviçre’de de – ciddi bir şekilde tartışılmakta ve incelenmektedir. Cezalandırılabilirliğin öne alınması ve cezalandırılan hazırlık hareketleri gibi konularda son 10 yılda ardi ardına pek çok tez yazılmış olup söz konusu konular, anılan ülkelerde ceza hukukunun yeni biçiminin tartışıldığı en güncel tartışma konuları arasındadır. Türk doktrininde ise, söz konusu meseleler ve ceza hukukunun dönüşümüne dair diğer konular, adı geçen ülkelere nazaran çok sınırlı bir şekilde tartışılmaktadır.

Yukarıda bahsi geçen ana eğilimin dışında Türk ceza hukuku doktrinde, ceza hukukundaki dönüşümü ele alan az sayıda da olsa çalışmalara rastlanıldığını ifade etmek gerekir<sup>18</sup>. Bu ender çalışmalardan birinde Erman, ceza hukukunun dönüşümüyle ilgili Kıta Avrupası sisteminde dile getirilen belli başlı görüşleri<sup>19</sup> incelemiştir. Erman, bu görüşlerin aynı fenomeni farklı noktalardan kavradıklarını, esas olanın ceza hukukundaki dönüşüm olduğunu belirtmektedir. İşte bu nedenledir ki yazar, ceza hukukundaki dönüşümü anlamlandırma çabalarını, “*karanlıktaki bir fili tarif etmek*” olarak ifade etmiştir<sup>20</sup>. Zira yazara göre söz konusu teoriler birbirlerinin alternatifi olarak değil, daha çok bütünleyicisi olarak görülmelidir. Asıl hedefimiz bağlamında ise şunu söyleyebiliriz ki, ceza hukukundaki dönüşümü Fraenkel ve Dubber’in görüşlerinden hareketle okumaya çalışmak “karanlıktaki fili, fil olarak teşhis etmemize” olanak sağlayabilir.

## II - FRAENKEL’İN İKİLİ DEVLETİ

### A. Fraenkel’in İkili Devleti ve Türkiye’de Yeniden Keşfi

Fraenkel’in İkili Devleti, ilk kez 1940’da İngilizce, ardından 1974’te Almanca ve 2020’de ise Türkçe olarak basılmıştır. İkili Devlet, Fraenkel’in ifade ettiği üzere, nasyonal sosyalist Almanya’da yaşadığı olağanüstü deneyimleri<sup>21</sup> anlamlandırabilme çabasının bir ürünüdür<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Bkz. R. Barış Erman, “**Ceza Hukukunun Dönüşümü**”, Duygun Yarsuvat’a Armağan - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C: IX, S: 2, 2012, s. 447 – 480; Elvan Keçelioğlu, “**Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan – Cilt I, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 627 - 638.

<sup>19</sup> Erman tarafından bu yaklaşımlara örnek olarak Düşman Ceza Hukuku, Risk Ceza Hukuku, Mücadele Ceza Hukuku, Tehlikelilik Ceza Hukuku gösterilmektedir. Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 449 – 459.

Yine ceza hukukundaki dönüşümle bağlantılı olarak Önleyici Ceza Hukuku, Müdahale Ceza Hukuku, Sembolik Ceza Hukuku gibi başkaca kavramlar ortaya atılmıştır. Kanımızca tüm bu teorilerdeki (bir ölçüde sembolik ceza hukuku hariç tutulabilir) en temel ortak özelliklerden biri de ceza sorumluluğunun ön alana çekilmesidir. Bu nedenle bir şemsiye kavram olarak Ön Alan Ceza Hukuku ya da Almanca literatürde sıklıkla kullanılan “die Vorverlagerung der Strafbarkeit (Cezalandırılabilirliğin Öne Alınması) tabiri, ceza hukukundaki dönüşümü anlamak bağlamında anahtar rolü görebilir.

<sup>20</sup> Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 449.

<sup>21</sup> Yahudi ve sosyal demokrat kimliğiyle Fraenkel hemen aşağıda izah edilecek olan tedbir devletinin doğal hedefidir. Bununla birlikte I. Dünya Savaşı’nda Alman İmparatorluğu adına savaşması nedeniyle Yahudilerin toplumsal hayattan dışlanması bir nebze olsun kurtulabilmiş ve yurt dışına iltica edeceği 1938’e kadar avukatlığı sürdürebilmiş ve kitabını yazabilmiştir. Fraenkel ve İkili Devlet’in yayımlanış öyküsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serdar Tekin, “**Schmitt’e Karşı Fraenkel: Toplumsal Gerçekçi Bir Diktatörlük**” *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Kitap, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1940 yılında yayımlandığında hayli ses getirmiş ve birçok eser incelemesine konu olmuştur<sup>23</sup>. İkili Devlet, 1933 – 1938 arasını kapsamaktadır, bir başka deyişle kapsamına aldığı zaman dilimi, II. Dünya Savaşı ve Holokost öncesidir. Bu nedenledir ki Tekin'e göre kitap ele aldığı zaman dilimi itibariyle, henüz Nazi diktatörlüğü en adi suçlarını işlememiş olduğundan, ilk ilginin akabinde, Franz Neumann'ın “Behemont”u ile Arendt'in totalitarizme dair eserlerinin gölgesinde kalmıştır<sup>24</sup>. Ancak 2018 yılında basılan iki eser, Anglosakson dünyasında bu eserin yeniden ilgi gördüğünü bize göstermektedir. Bu eserlerden biri, çalışmamızın temel bloklarında birini teşkil eden Markus Dubber'in The Dual Penal State adlı eseri iken diğeri de **Jens Meierhenrich**'in “**The Remnants of the Rechtsstaat**” adlı eseridir<sup>25</sup>.

Türkiye'de de son 5 yılda, İkili Devlet'in “yeniden keşfedilmesi” dikkat çekicidir. Bu durumun nedeni ise eserin akademik başarısından ziyade Türkiye'nin içinde bulunduğu politik atmosferde gizlidir. Bu politik iklim, özellikle 2016 yılında gerçekleşen darbe teşebbüsünün ardından ilan edilen ve yaklaşık 2 yıl boyunca devam eden Olağanüstü Hal (OHAL) dönemi ve uygulamalarından etkilenmiştir<sup>26</sup>. Dolayısıyla Türkiye'nin politik düzlemi ile bu düzlemin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan hukuki tartışmaları düşününce, İkili Devlet'in Türkiye'de gittikçe ünlenmesine şaşmamak gerekir. Bu çerçevede İkili Devlet'in Türkiye'de neden ünlendiğine dair 2 örnek vermek istemekteyiz:

Öncelikle Fraenkel, kitabının başında Sokrates'in şu sözlerine yer vermektedir:

*“Mahkemelerin kararlarının geçerlilik iddiasında bulunamayacağı, daha ziyade tek tek kişilerce değiştirilebildiği, geçersiz kılınabildiği bir devletin ayakta kalabileceğine inanır mısın hiç? Yoksa çöküp gideceğini mi düşünürsün?”*<sup>27</sup>

---

**Tahlili Olarak İkili Devlet**”, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 163 – 167.

<sup>22</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 14 (1974, Almanca Basıma Önsöz).

<sup>23</sup> Bu incelemelerden Otto Kirchheimer ve Franz Neumann, İkili Devlet'e daha eleştirel yaklaşırken diğer yorumlar ise kitap hakkında genelde olumludur. Bu eserlere dair ayrıca bkz. Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 168.

<sup>24</sup> Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 168 – 169.

<sup>25</sup> Jens Meierhenrich, **The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law**, Oxford University Press, 2018.

<sup>26</sup> Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 163.

<sup>27</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 33.

Yukarıdaki alıntı, özellikle AİHM ve AYM kararlarının ilk derece mahkemelerince dikkate alınmaması tartışmaları çerçevesinde düşünüldüğünde, Türkiye için hayli güncel bir söz olmaktadır. Özellikle Enis Berberoğlu 3<sup>28</sup> kararı bu bağlamda hayli önem arz etmektedir. Bu kararında AYM'nin önceki ihlal kararının uygulanmamasına yönelik ifadeleri<sup>29</sup> ve son ihlal kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na gönderilmesi, AYM kararının uygulanmamasına dair ortaya çıkan krizi özetlemeye yeter niteliktedir.

Kitabın Türkiye'de neden yeniden keşfedildiğine dair bir başka örnek ise, Fraenkel tarafından tarihsel ve doktriner referanslarla sayfalarca tartışılan **“Fancied Emergency”** kavramıdır<sup>30</sup>. Bilindiği üzere 15 Temmuz darbe girişiminin ardından ilan edilen OHAL'in devamının gerekliliği ile OHAL döneminde alınan tedbirlerin sebep, süre ve amaç bakımlarından sınırları, Türkiye'nin son 5 yıldaki ana gündem maddelerinden biri olmuştur.

Bu politik arka plan dâhilinde Türkiye'de, Schmitt'in, Fraenkel'in, Weimar Cumhuriyeti'nin ve nasyonal sosyalist Almanya'nın hayli tartışılır olduğu gözlemlenmektedir. İşte bu atmosferde, Fraenkel'in kitabı Türkiye'de haklı bir ün kazanarak kendisinden söz ettirmiştir<sup>31</sup>.

Fraenkel'in İkili Devlet adlı eseri çalışmamızda 3 boyut itibarıyla ele alınacaktır: 1) Fraenkel'in, İkili Devlet kavramıyla kastı nedir? 2)

<sup>28</sup> Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

<sup>29</sup> Örneğin kararda şu tespitlere yer verilmiştir:

*“Anayasa'nın 153. maddesinin açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarının her ne sebep ve mülahaza ile olursa olsun yerine getirilmemesi hukukun üstünlüğü ilkesinin ve bu ilkenin temel alındığı anayasal düzenin ağır bir biçimde ihlali anlamına gelmektedir (pg. 141). Bu kapsamda, türlü bahaneler ve hukuk tanımaz tutum ve davranışlarla bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine ve mevcut ihlallerin sürdürülmesine neden olacak şekilde, Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzenine karşı koyma anlamına gelen keyfi kararlara hiçbir hukuk sisteminde müsaade edilemez. Dolayısıyla bir hukuk devletinde anayasal hükümlere uymamanın ilgililer açısından cezai, idari ve hukuki sorumluluklar doğuracağı açıktır (pg. 142). Ayrıca belirtmek gerekir ki anayasal düzenin korunması yalnızca Anayasa Mahkemesine ait bir görev değildir. Anayasal kurumların, kamu gücünü kullanan organların, gerçek veya tüzel kişilerin Anayasa'yı koruma ve anayasal kurallara sadakat gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır (pg. 144). Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin Kadri Enis Berberoğlu (2) kararı ve işbu Kadri Enis Berberoğlu (3) kararında tespit edilen hak ihlallerinin ortadan kaldırılması ve bahsi geçen ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesi yalnızca ilgili derece mahkemelerinin değil, ilgileri olduğu ölçüde başta Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu olmak üzere kamu gücünü kullanan diğer organların da görevidir. Bu sebeple ihlal kararının ilgili kurumlara da gönderilmesi gerekir” (pg. 145).*

<sup>30</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 38 - 39, 44 – 52, özellikle 47.

<sup>31</sup> Bu konudaki örnekler için bkz. Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 163, dp. 2.

Türkiye’de İkili Devlet’e dair yapılan okumalardan, biz hangi noktalarda ayrılıyoruz ya da vurgu farkımız nedir? 3) İkili Devlet’ten, ceza hukukunun dönüşümünü izah bakımından yararlanabilir miyiz ve cevabımız evet ise bu nasıl mümkün olacaktır? Hemen ifade edelim ki asıl olarak 2 ve 3 numaralı başlıklara odaklanacağız; zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere İkili Devlet temel yapısı itibariyle Türkiye’de yeterince tanıtılmıştır<sup>32</sup>.

### **B - İkili Devletin Yapısı**

Fraenkel’a göre nasyonal sosyalist Almanya’da devletin, tıpkı Janus gibi, iki yüzü vardır. **Norm Devleti / The Normative State / Normenstaat** ile **Tedbir Devleti**<sup>33</sup> / **İmtiyaz Devleti / The Prerogative State/**

<sup>32</sup> Bilhassa Zeybekoğlu ile Tekin’in 2019 ve 2020’de çıkan makaleleri, Türk okuyucuya bilimsel olarak İkili Devlet’i tanıtmıştır. Bkz. A. Emre Zeybekoğlu, “**Rechtsstaat’tan Doppelstaat’a ya da Refah Devletinden Neoliberal Bir Ütopyaya Doğru**”, Hukuk Kuramı, C. 6, S. 3, Eylül - Aralık 2019, s. 32 – 56; Serdar Tekin, “**Schmitt’e Karşı Fraenkel: Toplumsal Gerçekçi Bir Diktatörlük Tahlili Olarak İkili Devlet**”, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 162 – 189.

<sup>33</sup> Bu noktada terminolojiye dair bir açıklama yapma ihtiyacı duyuyoruz. “**Norm Devleti**” ibaresi, Türkçe yazında yerleşiktir. Bununla birlikte İkili Devlet’in ikinci yapısına dair ise çeşitli adlandırmaların varlığı göze çarpmaktadır. Örneğin Tekin ve Zeybekoğlu “**İmtiyaz Devleti**” terimini tercih etmekte, İkili Devlet’in Türkçe çevirisinde Bora ise “**Önlem Devleti**” tabirini kullanmaktadır. Biz “**Tedbir Devleti**” ibaresini tercih ediyoruz.

İkili Devlet’in Almanca çevirisinde “**Maßnahmenstaat**” ibaresi kullanılmıştır ki tedbir ya da önlem kelimelerini karşılık olarak kullanmak, bu bakımından daha doğru olacaktır. İkili Devlet kitabında Fraenkel, bugünkü anlamıyla hukuk devleti tanımını karşılamasa da önceden belirlenmiş normlara göre yargılama yapan ve hukuk korumasından yararlananlara öngörülebilirlik sunan norm devletinin karşısında diğer bir devlet biçimini konumlandırmaktadır. Nasyonal sosyalist devletin bu ikinci yüzü, halin icabına göre davranır, özellikle nasyonal sosyalist rejimin devamı için faaliyet görür ve uygun tedbirleri kullanır; bu nedenle de tedbir devleti tabirine daha uygundur. Bu çalışmada değerlendirdiğimiz bir diğer eser olan Dubber’in İkili Ceza Devleti’nde de Penal Law – Penal Police karşıtlığına yer verdiğini hatırlayabiliriz. Yani esasen hukuk devleti – polis devleti karşıtlığı, bir nevi norm devleti – tedbir devleti karşıtlığıyla Fraenkel’in kitabında kendine yer bulmaktadır.

Tedbir ile önlem arasında seçimizi ise tedbirden yana kullandık. Kunter’in, koruma tedbirlerini ele alırken tedbir – önlem farkına dair açıklamalarını ikna edici buluyoruz. Kunter’e göre bir zarar ihtimaline karşı alınan tedbirler genel olarak “**Tehlike Tedbiri**” olarak adlandırılır. Bunlarda kendi içinde “**Önleme Tedbiri**” ve “**Koruma Tedbiri**” olarak ayrılır. Birinciler uzak bir tehlikeyi önlemeye matufken ikincilerde ise tehlike yakındır, önleme olanağı yoktur ve ancak tehlikeden korunmak söz konusu olabilir. Bu nedenledir ki önleme tedbirleri bakımından bir hakkın mevcudiyeti şartken koruma tedbirleri bakımından görünüştü haklılık yeterlidir. Keza tedbir her zaman önlem bazen de korur; önlem ise bu bağlamda sadece önleme tedbirlerini karşılar. Dolayısıyla da tedbir yerine önlem tabiri kullanılmamalıdır. Bkz. Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Yedinci Bası, İstanbul, Kazancı,

**Maßnahmenstaat.** Bir başka ifadeyle Fraenkel'in temel tezi, Nazilerin iktidara geldikleri tarih olan 1933'ten itibaren Almanya'da devletin ikili bir görünüm arz ettiği<sup>34</sup>.

Fraenkel, Drittes Reich'ta, norm devleti ile tedbir devletinin birlikte var olduğunu ileri sürmektedir<sup>35</sup>. Böylelikle bir yanda yasalar, mahkeme kararları, idari işlemler ile ifadesini bulan, hukuk düzenini ayakta tutmaya dönük geniş egemenlik yetkileri ile donatılmış norm devleti, öbür yanda ise hukuki sınırlamalardan azade, keyfilik ve şiddetin egemen olduğu tedbir devleti bulunmaktadır. Fraenkel'a göre Drittes Reich'in anayasası, istisna halidir. Bu istisna hali kullanılarak, nasyonal sosyalist Almanya'da politik alan, hukuken bir hava boşluğuna çevrilmiştir. Zira bu alanda normun egemenliği söz konusu değildir, hukuki güvencelere yer yoktur, usul hükümleri ve belirlenmiş yetkiler söz konusu değildir, ikili devlette anayasal

---

1981, s. 513, 514 ve dp. 312. Kunter'in, tehlike tedbiri kavramına, neden tehlike tedbirleri değil de tehlike tedbiri teriminin kullanıldığına, bunun alt grupları olarak önleme tedbiri ve koruma tedbiri terimlerinin anlamına ve özelliklerine ve bir tedbiri, önleme tedbiri veya koruma tedbiri olarak kabul etmenin doğuracağı pratik sonuçlara dair ayrıntılı izahat için bkz. Nurullah Kunter, "**Tehlike Tedbirleri**" Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 34, S: 1-4, 1968, s. 27 – 32.

Yüce ise Kunter'in tedbir – önlem ayrımını yerinde bulmamaktadır. Zira Yüce'ye göre, her koruma mahiyeti gereği önlemedir. Örneğin sanık korunurken kaçması önlenir, delil korunurken de bozulması ya da yok olması önlenmiş olur. Dolayısıyla da tedbir, önlem sözcüğüyle Türkçeleştirilebilir. Bkz. Turhan Tufan Yüce, "**Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi**", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 1980, s. 68 – 72, özellikle 70 ve dp. 5.

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde önlem "kötü veya yanlış bir şeyi önleyecek yol, tedbir", tedbir ise "önlem" ve "hazırlık" ile karşılanmaktadır. Yani bu iki kelimenin birbirleriyle olan yakın ilişkisi, sözlükteki anlamlarında da söz konusudur.

Kanımızca Yüce'nin eleştirisi göz ardı edilemez ve fakat Kunter'in ayrımı daha ikna edici ve daha sistematiktir. Tedbir – önlem kelimelerine dair Kunter ve Yüce'nin aktardıklarından ve bu kelimelerin sözlük anlamlarından hareketle görüşümüzü şu şekilde ifade edebiliriz. Gerçekleşmesi istenmeyen bir şeyi önlemek, negatif bir ilişkiyi ifade eder. Tedbir ise sözlükteki hazırlık anlamının da gösterdiği üzere pozitif bir ilişkidir ve önlenmek istenen tehlikenin yanı sıra tedbir konusunun durumunu daha iyi hale getirme amacını da belirtir. Tedbir Devleti de, aldığı tedbirlerle, hem nasyonal sosyalist iktidara yönelik tehlikeleri önler hem de rejimi tahkim eder, sağlamlaştırır, korur, daha iyi bir konuma getirir. Bu nedenle "Tedbir Devleti" ibaresini, "The Prerogative State" ve "Die Maßnahmenstaat" karşılığı olarak kullandık.

<sup>34</sup> Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 162.

<sup>35</sup> Bu paragrafta Fraenkel'in özetlenen görüşleri için bkz. Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 35 – 36. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

garantiler çözülmüştür<sup>36</sup> ve ilgililere sorumluluk yükleyen – hak tanıyan idare hukuku ve normlar artık mazide kalmıştır. Bu alanda devlet gücü, her tekil vakada durumun icabına göre verilen kararlarla işlemektedir. Bir başka deyişle bu alanda tedbirler hüküm sürmektedir. Tedbir devleti ifadesi, tam da bu durumu tanımlamaktadır. Fraenkel'a göre tedbir devletinin işlevi, nasyonal sosyalizmin mutlak diktatörlüğünün inşası ve idaresidir.

Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Mademki kapitalist hukuk işlemeye devam etmektedir o halde bu anayasal garantilerin, klasik hukuki güvencelerin tasfiye edildiği alan neresidir? Bu alan, politik olandır. Peki, o halde, bir ikinci soruyu sormak gerekir, politik olan nedir? Cevap, tedbir devletinin politik kabul ettiği her şeydir. Dolayısıyla da İkili Devlette önemli olan yalnızca politik olanın hukuk denetiminin dışına çıkarılması değil, her şeyin politik kabul edilebilmesidir<sup>37</sup>. Nazi Almanyası'nda kategorik olarak politik olanın dışında kalan bir alan bulunmamaktadır. Keza Fraenkel, ilgili kişilere politik görüşlerinden dolayı sürücü belgesi verilmemesine, Yahudi bir avukata doğum belgesi düzenlenmesi talebinin reddi üzerine açılan davanın kabul edilmemesine, iki keşişin eşcinsel ilişkisinin politik bulunmasına dair çeşitli örnek davaları zikretmektedir<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Fraenkel bu bağlamda Yehova Şahitleri ile memurların dosya inceleme yetkisine dair mahkeme kararlarını değerlendirmektedir. Fraenkel'ın, Weimar Anayasası m. 48'de askıya alınabileceği belirtilen haklar arasında dini cemaatlerin ve memurların haklarının belirtilmemesi nedeniyle bilhassa bu haklar hakkında açıklamalarda bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte henüz Nazi diktatörlüğü kurulmadan önce Schmitt tarafından da bu hakların, 48. madde tasarruflarından bağımsız olup olmadığı meselesi incelenmiştir. Schmitt'e göre, anayasanın teşkilata dair düzenlemeleri diktatörlüğe karşı dayanıksızken (federe birimlerin yetkilerine kararname ile müdahale edilmesi gibi) Weimar Anayasası'nın ikinci kısmında bulunan maddi hukuk kurallarının diktatörlüğe karşı dayanıklı ve dokunulamaz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Böylelikle dini cemaatler veya memurlar da diktatörlük tasarruflarına maruz kalabileceklerdir. *“Parlamentonun parlamenter yasama devleti bakımından esas teşkil eden yasama tekelinin diktatörlüğe dayanaklı olamayacağı yerde, memurun kendi sicil kaydını inceleme hakkı ile teoloji fakültelerinin varlıklarını muhafaza etme hakkı diktatörlüğe dayanıklı kalacakmış”*. Bkz. Carl Schmitt: **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki, 2016, s. s. 94 – 96, 99 – 100.

Yine Reichstag Yangınından sonra çıkartılan 28 Şubat Kararnamesi acaba komünist olmadığı muhakkak olan kiliselere, tarikatlara, aşçı karşıtlarına uygulanabilir mi sorusu da bir başka problemlili alan olmuştur. Bu soru, kanaat açıklamaları yoluyla ya da hoşnutsuzluk yayılması suretiyle komünistlerin yeniden güçlenmesi söz konusu olabilir argümanına dayanan **“Komünizmle Dolaylı Mücadele Doktrini”** ile evet şeklinde yanıtlanmıştır. Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 55 – 60.

<sup>37</sup> Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 174.

<sup>38</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 93, 96 – 98.

Dolayısıyla nasyonal sosyalist devlette, “*Siyasi olan, siyasi makamların siyasi olduğunu söyledikleri şeydir*”<sup>39</sup>.

Odak noktamızı norm devletine<sup>40</sup> çevirdiğimizde norm devletin, kapitalist ekonominin işleyişi için gereken hukuki güvenliği sağladığını görmekteyiz. Norm devleti, kapitalist<sup>41</sup> ilişkiler ağını sürdürür ve güvence

<sup>39</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 94.

<sup>40</sup> Tekin’e göre, yargı, tedbir devletin tahkim edilmesi ve işlemesi sürecinde önemli bir işlev görmüştür. Özellikle tedbir devletin alanının norm devletin alanı aleyhine genişlemesi sürecinde mahkemelerin de payı bulunmaktadır. Tekin’e göre mahkemelerin tedbir devletine adaptasyonu bakımından kabaca üç farklı yaklaşım vardır: 1) Tedbir devleti tarafından mahkeme kararlarının uygulanmayarak boşa düşürülmesi 2) Mahkemelerin yetki alanlarını tedbir devleti lehine daraltmaları 3) Mevzuatın değişimi. Tekin, **Schmitt’e Karşı Fraenkel**, s. 172, 176, 177 – 178; Yine Zeybekoğlu da mahkemelerin büyük ölçüde tedbir devletine teslim olduğunu belirtmektedir. Bkz. Zeybekoğlu, **Rechtsstaat’tan Doppelstaat’a**, s. 37, dp. 5.

Keza Tekin’e göre “*Almanya’da hukukun mahkemeler eliyle uğradığı metamorfoz, pozitivism yüzünden değil, büyük ölçüde pozitivismze rağmen gerçekleşmiştir*”. Tekin, **Schmitt’e Karşı Fraenkel**, s. 176; Aynı yönde Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 130 – 139. Bu görüşlere değinmemizin sebebi, Radbruch kaynaklı olarak hukuki pozitivism nedeniyle Nazi Almanyası’nda yargıçların ve dolayısıyla yargının, rejimin bir baskı aparatına dönüştüğü kabulüne dair genel kanının aksine görüşler olmalarıdır. Kanımızca da bu görüşlerde ziyadesiyle haklılık bulunmaktadır.

<sup>41</sup> Bu noktada bir parantez açmakta fayda var. Bilindiği üzere Nazi partisinin resmi adı **Die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP)**, yani **Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi**’dir. Ancak Nazi partisi ne sosyalistti ne de işçi partisiydi. Zira David Guerin, - dilimize merhum hocamız Bülent Tanör tarafından çevrilen - **Faşizm ve Büyük Sermaye** kitabında faşizm için şu tanımlamayı yapmaktadır: “*Faşizm insanın elini arkadan bağlıyor, cebini daha iyi boşaltabilmek için*”. Daniel Guerin, **Faşizm ve Büyük Sermaye**, Çev: Bülent Tanör, İstanbul, Habitus Yayıncılık, 2012, s. 23. Guerin, Naziler ile Alman ağır sanayisi arasındaki işbirliğini tüm çıplaklığı (“**kapitalizmin ev hizmetkârı**” nitelemesiyle) ile ifade etmektedir: “*30 Ocak’ta da Şansölye Schleicher iktidarı devretti. Artık, tüm olarak Alman kapitalizmi, yavrusu Üçüncü Reich’i, vaftiz suyuna batırmak için kucağına almış demektir*”. (s. 44).

Bilhassa Guerin’in ağır sanayi ile mamul madde sanayi arasındaki çekişmeye dair ve asıl olarak ağır sanayi tarafından İtalya’da ve Almanya’da faşist ve nazist organizasyonların desteklenmesine ilişkin görüşleri kayda değerdir. Guerin tarafından ağır sanayiciler arasında sayılan Stinnes, Thyssen karşısında imalat sanayisinin temsilcisi olarak zikredilen kişi, Weimar Cumhuriyeti dönemine Gustav Stresemann ile damga vuran iki dışişleri bakanından biri olan AEG firmasının başkanı Walter Rathenau’dur. Walter Rathenau, aşırı sağ bir örgütün suikastına kurban gitmiştir ve suikast, meşhur Cumhuriyeti Koruma Kanunu’nun (Gesetz zum Schutze der Republik) ihdas edilmesine neden olmuştur. Ağır sanayi – imalat sanayi çekişmesi hakkında bkz. aynı eser, s. 38 – 44, 282.

Naziler ve Alman ağır sanayisi arasındaki bağlantı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aynı eser, s. 21 – 44; 201 – 234; 237 – 287.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



altına alır. Bu çerçevede Gestapo'nun hukuk müşaviri Werner Best'in ifadesiyle “*milli yapıcı kuvvetler*” norm devletinin koruması altındadır<sup>42</sup>. Dolayısıyla “Untermensch” olarak nitelenenler mahkemelere erişemese de sıradan davalar olağan hukuk ve ceza mahkemelerinde görülmeye devam etmektedir<sup>43</sup>. Bu milli yapıcı kuvvetler arasında ise öncelikle Yahudilerin<sup>44</sup> ve işçi sınıfının olmadığını söylemek gerekir. Keza tedbir devletinin tekil vakıada<sup>45</sup> uygun görmediği diğer herkes de norm devletinin korumasından yararlanamayacak, tedbir devletinin insafına kalacaktır. Dolayısıyla somut vakıanın, normlara göre mi yoksa durumun gereklerine/halin icabına göre mi çözülmesi gerektiğine tedbir devleti karar verecektir<sup>46</sup>.

Somut tekil vakılarda konu iktisadi olsa dahi tedbir devletinin olaya müdahale etme imkânı vardır. Ancak tedbir devleti mademki kapitalist ilişkiler ağının bir sonucudur, o oto – limitasyon<sup>47</sup> uygular ve iktisadi

---

Fraenkel da kitabının son bölümünde (her ne kadar Guerin kadar sert bir tonda olmasa da ve ağır sanayi ile bağlantılı burjuvazinin Nazileri bir kere iktidara getirdikten sonra yaşadıkları olumsuz etkilere dikkat çekse de) Guerin ile aynı kanaati paylaşır görünmektedir. Bkz. Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 261 – 282, özellikle 301 308. Dolayısıyla gerek faşizmin gerekse de Nazizm'in iktidara gelişlerinde işçi sınıfının iktidarı ele geçirme ihtimalinden daha çok kapitalizmin iç çelişkilerinin aşma amacı rol oynamıştır görüşü dikkate değerdir.

Bu uzun dipnotu yalnızca ilgili tarihsel vakıalara dair bilgi vermek amacıyla tesis etmedik. Özellikle çalışmamızın sonuç kısmındaki değerlendirmelerimiz, bu dipnottaki bilgilerle bağlantılıdır.

<sup>42</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 122 – 123.

<sup>43</sup> Robert D. Rachlin: “**Roland Freisler ve Volksgerichtshof: Bir Tedhiş Aracı Olarak Mahkeme**”, Nazi Almanyası'nda Hukuk: İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması, Ed: Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin, Çev: Kivılcım Turanlı, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 104; Eserin İngilizce basısı için bkz. Rachlin, Robert D.: “**Roland Freisler and The Volksgerichtshof: The Court as an Instrument of Terror**”, The Law in Nazi Germany : Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice, edited by Alan E. Steinweis, and Robert D. Rachlin, Berghahn Books, 2013, s. 63 – 88.

<sup>44</sup> Yahudi bir yönetmenin sözleşmesi feshedilir ve haksız fesih nedeniyle ödenmesi gereken tutar da ödenmez. Dosya Reichsgericht'in önüne gelir. Mahkeme sivil ölüm olgusuna işaret eder, bu çerçevede hak ehliyetinin tam olduğu Aryanlar, sınırlı olanlar ve olmayanlar ayrımlarını belirtir ve Yahudilerin hukuki kişiliği yok sayar. Aynı karara Zeybekoğlu'nun da özellikle değindiğini belirtmek gerekir. Bkz. Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 37, dp. 5.

<sup>45</sup> “Norm devletinin arka planında her an pusuda bekleyen bir çekince vardır. Siyasi maksada uygunluk mülhazası”. Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 125.

<sup>46</sup> Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 36 – 37.

<sup>47</sup> Örneğin Zeybekoğlu haklı olarak NSDAP organları ile bireyler arasındaki ilişkilerde hukukun genel ilkelerinin uygulanmaya devam edeceğine dair Reichsgericht kararına vurgu yapmaktadır; Fraenkel da buradan hareketle eğer NSDAP yargı denetiminden tamamen

hayatın, özel teşebbüs hürriyetinin yani kapitalist ilişkiler ağının, norm devletinin ilkelerine göre işlemesine “izin verir”<sup>48</sup>. Tam bu noktada Fraenkel norm devleti ile hukuk devletinin farkını izah ederek açıklamalarımızın özetini verir: “*Hukuk devletinde mahkemeler idareyi hukuka uygunluk bakımından denetler, Drittes Reich’ta ise polis makamları mahkemeleri maksada uygunluk bakımından denetler*”<sup>49</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde İkili Devlet’in yapısına<sup>50</sup> dair bir özeti, Tekin’in tespitlerini zikrederek sunabiliriz<sup>51</sup>:

- Norm devleti – tedbir devleti birbirinden net çizgilerle ayrılmış kurumsal yapılara sahip değildir. Devletin bu iki yüzü, işleyişteki ve icradaki farklılıklarla görünür olur. Ancak Gestapo’yu tedbir devletinin kurumsal aygıtı olarak kabul etmek olanaklı olabilir.

---

azade olsaydı norm devletinden bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Zeybekoğlu, **Rechtsstaat’tan Doppelstaat’a**, s. 38.

<sup>48</sup> Zeybekoğlu, **Rechtsstaat’tan Doppelstaat’a**, s. 41.

<sup>49</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 90.

<sup>50</sup> Son yıllarda Türkiye’de bir hayli ünlene “**Bir Alman’ın Hikâyesi**” adlı eserinde Haffner’in kimi tespitleri de, gündelik hayatta bu ikili devlet yapısının nasıl görüldüğü noktasında yararlı olabilir: “*Prusya püritenliği “kabuğu sert içi yumuşak” figürleri sever. Alman halkının millet olarak ikili bir hayatı vardır, çünkü neredeyse her münferit Alman ikili bir hayat sürer*”. Sebastian Haffner, **Bir Alman’ın Hikâyesi: Hatırladıklarım (1914 – 1933)**, 3. Baskı, Çev: Hulki Demirel, İstanbul, İletişim, 2018, s. 91. Yazarın kendi gözlemleri çerçevesindeki bu tespiti, Fraenkel’in kullandığı anlamıyla bir ikilik anlamına gelmez. Burada Haffner daha çok, Prusya bürokrasisinin soğuk yüzüne vurgu yapmaktadır. Ancak Haffner, kitabının kimi kısımlarında ise doğrudan Fraenkel’in teorize ettiği biçimde ikilik düşüncenin gündelik hayattaki semptomlarını gözler önüne sermektedir. Kendisi de bir hukukçu olan Haffner, Prusya Yüksek Eyalet Mahkemesi’nde çalışmaktadır ve burada Prusya İçişleri Bakanı’nın genelgeleri hiçbir şeyi değiştirmiş görünmemektedir. Gazete haberlerine göre anayasanın ancak paçavra kadar hükmü kalmıştır ama medeni kanunun her paragrafı hala geçerlidir ve sayfaları, bundan önce hiç olmadığı kadar sık çevrilmektedir. Keza hâkimlik güvenceleri sona ererken hâkimler **Volksrichter** ya da **Richterkönige** olmuşlardır. Zira artık onlar kanunlara bağlı kalmak zorunda değildir. Haffner’in staj yaptığı mahkemedeği istişareler dahi ikili devlete işaret etmektedir. Çünkü eski yargıçlar sıkı bir şekilde burjuva hukukuna bağlı iken nasyonal sosyalist kökenli yargıçlar ise, gayet hoyrat bir şekilde burjuva hukukunun dışına çıkabilmektedirler. Keza hâkimlik sınavında artık fiilen uygulanması pek zor olan burjuva hukuku, hâkim adaylarına sorulmaya devam etmektedir. Haffner, **Bir Alman’ın Hikâyesi**, s. 167 - 169.

Özellikle yargıya dair duruma ilişkin örneklerin değerli olduğu kanısındayız. Norm devletinin bir parçası olarak yürürlükteki hukuku uygulama çabası ve tedbir devleti ile dengeyi koruma çabası, bu günlük hayat örneklerine dair bir açıklama sunar gözükmektedir.

<sup>51</sup> Tekin, **Schmitt’e Karşı Fraenkel**, s. 171 – 172.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

- 28 Şubat 1933 tarihli OHAL kararnamesi, tedbir devletinin temel belgesi olarak kabul edilebilir. Bu kararnamedeki yetkilerle ki politik olan, hukuk denetiminin dışına çıkartılmıştır.
- Tedbir devletinin yetki sahası politik olandır ancak neyin politik olup olmadığını yani sınırları tedbir devleti belirlemektedir.
- Tedbir devleti tarafından politik olarak addedilmeyen hususlarda ise norm devleti işlemektedir. Ancak norm devleti hukuk devleti anlamına gelmez. Norm devletinin sınırları, tedbir devleti tarafından çizilir.

Netice olarak temel soru, Nazi devletinin niteliği tartışmasıdır. Yani Nazi devleti, büyük sermayenin emrinde bir keyfi iktidar mıdır yoksa tekelci kapitalizm koşullarında dahi asgari düzeyde de olsa belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamakta mıdır? Tedbir devletinin bizatihi varlığı ve neyin kendi alanında olduğunu tayin etmesi başlı başına bir keyfilik alanıdır. Bununla birlikte Fraenkel'a göre Nazi hukuku, özellikle ekonomik alanı düzenlemeye yönelmiştir ve bu çerçevede asgari düzeyde de olsa bir düzen ve öngörülebilirlik söz konusudur<sup>52</sup>. Dolayısıyla Fraenkel'ın İkili Devleti, bir Behemont'tan ziyade Janus yüzlü devleti imler<sup>53</sup>.

### **C - Ara Değerlendirme: İkili Devletin Anahtarı**

İkili devlete dair temel özellikleri belirtip ikili devletin ana resmini çizdikten sonra ceza hukukunun dönüşümü ile ikili devlet fenomeni bağlantısını kurabilmek için, ikili devletin satır aralarına odaklanmak gerekmektedir.

İlk olarak şu basit soruyu sormak gerekir: İkili devlet nitelemesinin, işlevi nedir? Biliyoruz ki tarihin belki de en ağır suçlarını işleyen bir klik, II. Dünya Savaşı ile Holokost'a sebebiyet vermiştir ve öncelikle de içerde "temizlik" yapılmıştır. Bu çerçevede esasen Nazi Almanyası'nda norm devleti dahi yoktur, keyfi, baskıcı bir zümrenin tiranlığı vardır demek daha kolaydır. Ancak Fraenkel bu yolu seçmediğine göre, neden bir ikili devlet tanımlaması yaptığına odaklanmak gerekmektedir. Kanaatimizce bu sorunun cevabını ararken hukukçu bakış açısı ile esere odaklanmak yararlı olacaktır. Esasen hukukçu gözüyle bir meseleye yaklaşmak, çoğu zaman, hukukun bir yabancılaşma alanı olması sebebiyle, vakıaların ve olguların üzerine ipek bir şal, yani hukukun şalını örtmek anlamına gelir. Bununla birlikte ikili devlet meselesinde hukuki bakış, perdeyi aralamamıza yardım

---

<sup>52</sup> Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 38 – 40.

<sup>53</sup> Leviathan – Behemont ilişkisi bağlamında Fraenkel – Neumann tezlerinin farkı hakkında bkz. Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 38 – 39, dp. 7.

edebilir. O halde ikili devletin anahtarı nerededir sorusunu cevaplamak için Fraenkel'in değindiği birkaç örneğe yer vermek uygun olacaktır:

Fraenkel idare mahkemelerinin denetiminin nasıl ortadan kaldırıldığını gayet ayrıntılı şekilde tasvir etmektedir. Prusya'da, bir dizi gelgitin ardından, 10.02.1936'da Gestapo tasarruflarının ve konularının idare mahkemelerinin denetimi dışında olduğuna dair çıkan yasa ile bu sorun çözülmüştür. Böylelikle doğrudan doğruya Gestapo işlemleri/eylemleri, olağan polis makamlarının Gestapo'nun genel ya da özel talimatı ile yaptıkları işlemler/eylemler ve Gestapo'nun yetki alanına giren bütün idari işlemler/eylemler (maddi anlamda Gestapo işlemleri/eylemleri), idare mahkemelerinin denetiminden koparılmıştır<sup>54</sup>.

Bir diğer örnek ise devletin mali sorumluluğuna dair asliye mahkemelerinin denetiminin Memurlar Yasası'nın 147. maddesi ile çözümesidir<sup>55</sup>. Böylelikle en yüksek idari otorite, ilgili mali talebi idare mahkemesinin alanına taşıyabilecektir. Ancak unutmamak gerekir ki, Gestapo'nun şekli ve maddi işlemlerinin yargıdan bağımsız olması dolayısıyla esasen idari otoritelere mali hak talebini sonuçsuz bırakma imkânı tanınmaktadır.

Yine bir diğer örnek ise şu şekildedir: 13.12.1934 tarihli yasa ile ise nasyonal sosyalist sözde ihtilalin yol açtığı bir durumla ilgili medeni hukuk talebi ileri sürülürse, İçişleri Bakanı yargılama safahatını durdurup talebi takdir yetkisiyle çözüme bağlamak üzere bir idari makama devredebilecektir<sup>56</sup>.

Son olarak kitabın sonundaki Fraenkel'in doğrudan deneyimlediği örnek olaylardan birinin üzerinde durabiliriz. Bir hukuk davasında Fraenkel avukatlık yapar; meşakkatli bir sürecin sonucunda dava kazanılır. Ancak hemen ertesinde Fraenkel'a bir tebligat yapılır: Gestapo tarafından ilgili alacağa el konulmuştur<sup>57</sup>.

Tüm bu örnekleri, Fraenkel'in açıklamalarıyla birleştirmek uygun olacaktır. Fraenkel önce Schmitt'in "*Plebisiter demokrasinin paltosu geniş ve kat kattır, nicelerini tedbil-i kıyafet ettirebilir ve gözden saklayabilir*" sözünü hatırlatır ve bu söz üzerine "*önlem devletini norm devleti kılığına sokar ve onun hakiki çekirdeğini keşfetmek de yoğun gayret ister*" sözlerini

<sup>54</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 69 – 74, özellikle s. 73.

<sup>55</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 75 – 76.

<sup>56</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 76 – 77.

<sup>57</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 309 – 311.

sarf eder<sup>58</sup>. Akabinde Fraenkel kitabının bir başka yerinde ise meseleyi tam olarak kavratan şu cümleleri kurar:

*“Tebdir devleti norm devletini tamamlamak ve bastırmakla kalmaz, kendi siyasi hedeflerini gizlemek için norm devletinin ideolojisini de kullanır”*<sup>59</sup>.

Böylelikle kapitalist ekonominin aradığı hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ile Fraenkel’in ifadesi ile 80 milyonluk bir imparatorluğu etkili bir şekilde yönetme ihtiyacı ikili devlette norm devlete sonuç vermektedir. Fraenkel’a göre kapitalist ekonominin ihtiyaç duyduğu rasyonel bir hukuk düzeni ile Drittes Reich’in keyfi egemen gücünün bağdaştırılması, ikili devletin anahtarıdır<sup>60</sup>. Devletin milli kuvvet olarak saydıkları için işleyen bir hukuk sistemi ile milli kuvvetlerden sayılmayanlar için Nazi devletinin haydutluğu, bir bütün halinde ikili devleti tasvir eder. Dolayısıyla İkili Devlet, ne yalnızca tebdir devleti tasarruflarıyla ne de yalnızca norm devleti tasarruflarıyla anlaşılabilir<sup>61</sup>. İşte hukuki bakış açısı, burada – ilginç bir şekilde – anahtar olmaktadır. Zira ikili devlet, hukuki cambazlıklarla ya da doğrudan doğruya yargı denetiminin “milli olmayan kuvvetler” için sonlandırılmasıdır. Ama aynı ikili devlette, “milli kuvvetler” için hukuk işlemeye devam etmektedir. Kanaatimizce Fraenkel’in örnek verdiği mevzuat değişiklikleri veya işlemesine müsaade edilen ve fakat ortaya çıkan karar beğenilmeyince değiştirilen yargı süreçleri hesaba katılmaksızın ikili devlet anlaşılabilir. Dolayısıyla ikili devlet kitabının kapsadığı süre zarfında ve Fraenkel’in tezleri uyarınca, hukuk devletinden bir esinti gibi de olsa norm devletinin varlığı inkâr edilemez. Bu nedenle de kanaatimizce ikili devlet görüşünü anlamak için yalnızca cebri tasarrufları değil, milli kuvvetler için işleyen norm devletini ve tebdir devletinin eyleme biçimlerini de dikkate almak gerekir.

## **D - İkili Devlette Ceza Hukuku**

### **1. Hatalı Bir Bakış Açısı: Liberal Ceza Hukukunda Politik Suçların Hususiyetini Dikkate Almamak**

İkili devlette ceza hukukuna odaklanmadan evvel, ikili devlet fenomeninin tam olarak anlaşılabilmesinde son derece önemli bir rol oynadığını düşündüğümüz, ceza hukukuyla bağlantılı hayli yaygın bir yanlış değerlendirmeye kısaca değinmek gerekiyor.

Schmitt, meşhur eseri **Politik İlahiyat**’ta önemli bir metodolojik açıklamada bulunmaktadır. Schmitt, olguların gerçek yüzünün ancak

<sup>58</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 51.

<sup>59</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 92.

<sup>60</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 132 – 135.

<sup>61</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 130.

istisnalar vasıtasıyla kavranabileceğini iddia etmektedir. Normal olan hiçbir şeyi kanıtlamazken istisna her şeyi kanıtlar ve bu nedenle de istisna, normal olandan daha ilginçtir. İstisna, kuralı kanıtladığı gibi kural da ancak istisna vasıtasıyla yaşamaktadır<sup>62</sup>.

Benzer bir istisna – kural diyalektiği çerçevesinde, kent marjinlerinin devlet gücünün işleyişi, mantığı ve etkileri hususunda bilgi edinmek için son derece önemli olduğu belirtilmektedir<sup>63</sup>. Yani kent marjinleri, istisnai olayların yaşandığı, istisnai yerler değildir; bilakis marjinler, devlet egemenliğinin işleyiş biçimleri bakımından önemli ipuçları barındırmaktadır<sup>64</sup>.

Liberal burjuva demokrasilerindeki ceza hukukunun istisnai yüzünü görebilmek için – Schmitt’ten ödünç aldığımız bu yöntemi uygulayarak – politik suçlara bakmak gerekir. Zira ceza hukukunun marjini, politik suçlardır.

Her politik sistem, kendi muhaliflerine karşı baskı araçları uygular ve ceza hukuku modern devletin elindeki en önemli baskı araçlarından biridir. Hal böyle iken liberal – demokratik ideallerin, politik suçlar söz konusu olduğunda sınıfı geçmelerini beklemek ne yazık ki bir hayli zordur. Sistem baskıcı yüzünü, bilhassa politik suçlarda gösterir. Öyle ki politik suç yargılamalarında hukuk, hem kendi kuralları çerçevesinde işler hem de üçüncü bir gözünü şaşırtacak denli işlemez. Yani bir yanda ceza muhakemesi olağan şekilde işler yani bir suç uyarınca muhakeme yapılır, maddi gerçek araştırılır; öbür tarafta ise politik niteliğin ağır basması sonucunda olağan yargılamaların dışına çıkılır. Böylelikle de Yonucu’nun isabetli tabiri ile hukuk hem var olur hem de yok olur: “**Var – Yok Hukuk**”<sup>65</sup>.

Var – Yok Hukuk, pek çokları için düpedüz hukuksuzluk olarak görülebilir ve fakat asıl söz konusu olan, aynı anda hem olan hem de olmayan hukuk vasıtasıyla muhaliflerin ya da muhalefet etme potansiyeli olanların hayatlarının kontrol altına alınmasıdır<sup>66</sup>. Dolayısıyla her sistem (liberal – demokratik sistem dâhil), bir sistem olması itibarıyla, az ya da çok ama bir yönüyle baskıcıdır. Bu nedenledir ki ikili devletin anahtarı, salt baskıya teşne politik suç yargılamasına bakılarak anlaşılabilir.

<sup>62</sup> Carl Schmitt: **Siyasi İlahiyat – Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Ankara, Dost, 2016, s. 22 – 23.

<sup>63</sup> Deniz Yonucu, “**Var – Yok Hukuk: Türkiye’de Hukukun Şiddetinin Etnografik Analizi**”, *Düşmanı Yargılamak*, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 218.

<sup>64</sup> Yonucu, **Var – Yok Hukuk**, s. 236.

<sup>65</sup> Yonucu, **Var – Yok Hukuk**, s. 226, 229 – 230.

<sup>66</sup> Yonucu, **Var – Yok Hukuk**, s. 235.

Yukarıda belirttiğimiz görüşümüze karşın politik suçların ve politik suç yargılamalarının belirtilen özelliklerinin ihmal edildiği görülmektedir. Örneğin Akçabay, Weimar Cumhuriyeti'nde, tehdidin devlete mi yoksa hükumete mi karşı yöneldiği ve tehdit kaynağının menşeinin ne olduğuna göre yargının pozisyon aldığını belirtmektedir<sup>67</sup>. Bu çerçevede sol kanadın Bavyera Sosyalist Cumhuriyeti deneyimi, çok kanlı bir şekilde bastırılmış ve sağ kalanlar da ağır bir şekilde cezalandırılmıştır<sup>68</sup>. Hâlbuki sağ kanadın 1920 Kapp Darbesi ile Hitler'in 1923 Birahane Darbesi ile ilgili yargılamalarda, sanıklar çok az cezalar almışlar ve adeta hem yargı hem de devlet tarafından hoş görülmüşlerdir<sup>69</sup>. Keza Weimar Cumhuriyeti'nde örnekleri çok olan politik cinayetler bakımından da durum benzerdir. Zira sağ kanadın işlediği cinayetler nedeniyle ortaya çıkan cezai sorumluluk, sol kanadın işlediği cinayetler nedeniyle ortaya çıkan cezai sorumluluğa kıyasla hayli sınırlıdır ve yargının sağ kanada karşı hoşgörüsünü göstermektedir<sup>70</sup>. Yine yargının Naziler iktidara gelmeden evvel, Nazi suçlarına dair tavrı da son derece yumuşaktır ve Nazilerin lehine olmuştur<sup>71</sup>. Netice olarak Akçabay, yukarıda örnekleri verilen yargılamalar çerçevesinde “Nazi iktidarı ile Weimar Cumhuriyeti hukuk uygulaması arasında bir kesintiden çok bir devamlılık söz konusudur” ve “Weimar dönemi boyunca Cumhuriyet'e mesafeli duran, formalizmi terk ederek mevcut yasaları iki farklı hukuk uygulaması ortaya çıkaracak ölçüde geniş yorumlayan Alman yargıçları, Nazi iktidarına hızla adapte olmuş” çıkarımlarında bulunmaktadır<sup>72</sup>.

Benzer şekilde Rachlin de Weimar yargısı ile Nazi yargısı arasında bir süreklilik ilişkisi kurarak sağ kanat cinayetlerine, özellikle **Fememord** ve Yahudilere karşı işlenen suçlara müsamaha gösterilmesi örneklerini zikretmektedir<sup>73</sup>.

Ancak kanaatimizce her sistemin ve bu bakımdan liberal – demokratik devletin de az ya da çok baskıcı olması sebebiyle, politik yargıdaki kuraldan sapmalar, belirli kişileri kayırmalar, ağır cezalar gibi haksızlıklar, ikili devlette ceza hukuku olarak kavranamaz. Buradaki ayırımın pek saydam

<sup>67</sup> Fehmiye Ceren Akçabay, “Karanlığa Aralanan Bir Kapı: Weimar Cumhuriyeti Yargısı”, Düşmanı Yargılamak, Haz. Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 144.

<sup>68</sup> Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 145 – 146.

<sup>69</sup> Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 146 – 147.

<sup>70</sup> Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 147 – 149.

<sup>71</sup> Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 149 – 150.

<sup>72</sup> Akçabay, **Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 154.

<sup>73</sup> Rachlin, **Volksgesichtshof**, s. 106.

olmadığını kabul etmek gerekir. Yani sisteme için şedit cezai iktidar ile ceza hukukunun ilkelerinin yadsınarak bir idari sürece dönüşmüş ceza hukuku arasındaki ayrımı belirlemek güçtür. Ancak yalnızca politik suç yargılamasına bakılarak ikili devlet tanımına başvurulacaksa, ikili devlet teorisinin bir özgünlüğü kalmaz ki bu durumda bugünkü liberal ceza hukukunu benimsemiş devletler de dâhil pek çok ülkede ikili bir ceza hukukundan bahsetmek gerekecektir. Yani biz, politik suç sahasındaki ceza hukukunun klasik ilkeleriyle açıklanamayacak anormallikler normaldir görüşünü elbette savunmuyoruz. Bununla birlikte politik suç yargılamasının hususiyetlerinin ve baskıcı niteliğinin, her ne kadar liberal ceza hukuku aksini iddia etse de, liberal ceza hukuku sistemlerini kabul etmiş ülkeler bakımından da bir vakıa olduğunu vurgulamak istiyoruz. Dolayısıyla biz politik suç yargılamalarından ziyade Fraenkel'in kitabında verdiği örneklerinden hareketle olağan ceza hukukunun yanında yer alan olağanüstü ceza hukukunu veya ceza hukuku benzerini, iki görünüş biçimiyle tanımlayacağız: Ya ceza hukuku idare lehine alan kaybetmiştir ya da cezai süreçlerin kendisi idarileşmiştir<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> İsrail olağan ceza hukukunda, politik bir motivasyon gözetilmesinden bağımsız olarak şiddet suçları, komplo, ihanet, tahrik, ateşli silah bulundurmak ve kullanmak gibi suçlar zaten cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla hukukun ikiliği, yani kişilere veya gruplara düşman olarak mı yoksa vatandaş olarak mı muamele edileceği, kovuşturma makamlarının bürokratik kararlarına bağlı durumdadır. Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 753.

Ben – Natan hukukun ikiliğini izah için iki yaşam öyküsünden bahsetmektedir: Barak Nir, Kudüs'te yaşana Yahudi bir İsrail vatandaşdır ve Batı Şeria'da Filistinlilere saldırılarda bulunan bir yeraltı örgütüyle olan bağlantısı nedeniyle tutuklanır. Barak Nir, üç Filistinli öğrencinin öldüğü ve diğerlerinin de yaralandığı bir eylemde yardım eden konumundadır ve çeşitli suçlardan İsrail Ceza Kanunu'na göre Kudüs Bölge Mahkemesi'nde yargılanır ve 6 yıl hapis cezasına çarptırılır. İkinci hikâyenin kahramanın adı ise Muhammed Mansur Ziadah'tır. Filistin Halk Kurtuluş Cephesi'nin bir üyesi olan Ziadah, Filistinli bir İsrail vatandaşdır. Ziadah, sivil bir otobüse el bombası atar ve fakat bomba patlamaz. Fiili, İsrail Ceza Kanunu uyarınca suç olsa da Tüzükler gereğince Lud Askeri Mahkemesi'nde yargılanır. Yasadışı örgüte üye olmak, silah ve mühimmat satın almak ve ateşli silah içeren suçlar işlemekten müebbet hapis cezasına çarptırılır.

Cezaların infazı da, hukuk ikiliğinin çarpıcı bir örneğidir. Nir, iki yıl sonra Devlet Başkanı tarafından affedilir. Ziadah ise 18 yıl sonra koşullu salıverme için başvurur zira İsrail Ceza Kanunu'na göre zorunlu olmayan müebbet hapis cezalarında 20 yıl sonra koşullu salıverilme imkânı mevcuttur. Ancak bu talep reddedilir, çünkü mahkemece 20 yıllık limitin, Tüzük uyarınca tesis edilen ölüm cezasını gerektiren suçlarda uygulanmayacağı, Tüzük uyarınca tesis edilen müebbet hapis cezasının da böylelikle belirsiz olduğu kabul edilmiştir.

Ben – Natan, aktardığı bu olaylarından ardından “burada yalnızca cezalandırmak değil, farklı bir mantıkla cezalandırmak söz konusudur ve ceza, devlet iktidarının bizatihi *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



## 2. Ceza Hukukunda İkili Devletin Görünüş Biçimleri

Fraenkel, cezai yargılamalara değindiği kitabının kısa bölümünde kâfirlerin/zındıkların yargılanması tabirini kullanmaktadır ve de ilk olarak **Hochverrat (Vatana İhanet)**<sup>75/76</sup> suçunun kanundaki tanımının istismar edildiğini belirtmektedir. Zira Fraenkel, herhangi bir şekilde cebir hedefi olmayan davranışlar nedeniyle vatana ihanet hazırlığından azami şekilde sanıkların cezalandırıldığını belirtmektedir<sup>77</sup>.

Esasen nasyonal sosyalist rejim altında, vatana ihanete dair hükümler değiştirilmiştir. Fakat Fraenkel'in da belirttiği üzere, nasyonal sosyalist dönemde vatana ihanet suçunun temel formları olan 80 ve 81. maddelerde yine de **“cebren veya cebir kullanma tehdidiyle (mit Gewalt oder durch**

---

dışavurumdur”

tespitini yapmaktadır. Bkz. Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 753 – 754.

Ben – Natan'ın söz konusu örneği, özellikle farklılaşmış normatif yapı ve kurumsallaşmış özel mahkemeler sistemi ile anlamlıdır. Tam da böylesi bir sistemde cezanın infazı bile farklılaşmaktadır. Dolayısıyla farklılaşmış normatif yapılar ve kurumsallaşmış özel mahkemeler sistemi, ceza hukukundaki ikiliği teşhis için yardımcı olabilir. Böylesi özelliklerin yokluğunda yalnızca politik suç sahasındaki haksızlıklardan aynı sonuca varmak ise, bize sorunlu görülmektedir. Zira bu durum bir özellikten ziyade liberal ceza hukukunda görülen bir semptomdur. Bu semptomla mücadele edilmelidir fakat Fraenkel, Dubber, Ben – Natan gibi isimlerin görüşlerini, yalnızca politik suç sahasındaki sisteme içkin ve bizce kabul edilemez haksızlıklar bakımından ele almak, ceza hukukunda ikilik görüşlerini hatalı şekilde anlamaya neden olacaktır.

<sup>75</sup> Nasyonal sosyalist devlet anlayışının farkı, vatana ihanet suçuna dair yaklaşımın Weimar Cumhuriyeti'ne nazaran farklılaşmasına neden olmuştur ve 19. yüzyılın ve Weimar Cumhuriyeti'nin vatana ihanet yaklaşımı, nasyonal sosyalist dönemde değişmiştir. Böylelikle nasyonal sosyalist dönemde vatan haini, devlete karşı savaş ilan eden ve halka yönelik sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş bir düşman olarak kabul edilmektedir. Vatan haini, yeniden suçluların en kötüsü haline gelmiştir ve en ağır şekilde cezalandırılmaktadır. Nasyonal sosyalist rejim altında vatana ihanet suçu hakkında ayrıca bkz. Volker Bützler, **Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung: Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten**, Baden – Baden, Nomos, 2017, s. 201 – 202.

<sup>76</sup> Yeni düzenlemelerde vatana ihanet suçunun kendine yer bulduğu 80 ve 81. maddelerde **“wer es unternimmt (her kim kalkışırsa)”** kalıbıyla vatana ihanetin kalkışma suçu niteliği korunmuştur, bu durum başlı başına zaten vatana ihanette cezalandırılabilirlik alanının yaptırım itibariyle genişlemesi anlamına gelmektedir. Çünkü o dönemki 87. maddede, ceza kanunu bağlamında kalkışmak fiilinin, tamamlanma ve teşebbüs anlamına geldiği belirtilmiştir. Böylelikle teşebbüs evresi ile tamamlanma evresi, vatana ihanet suçunda eşitlenmiştir. Ancak bu durum, nasyonal sosyalistler değiştirmeden önce de aynıdır, bugünkü Alman Ceza Kanunu'nda da vatana ihanet suçları, kalkışma suçu olarak düzenlenmiştir.

<sup>77</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 104.

**Drohung mit Gewalt**)” ibaresi geçmektedir. Dolayısıyla 80<sup>78</sup> / 79 ve 81<sup>80</sup> maddeler ancak cebir veya cebir kullanma tehdidiyle işlenebilir ve fakat cebir veya cebir kullanma durumu yoksa icra hareketlerine başlanmış olmaz. Bununla birlikte Nazi iktidarı döneminde geçerli olan hukuka göre, 82. maddede vatana ihanet için anlaşma, 83. maddede ise vatana ihaneti teşvik ve bu suçta tahrik ve de vatana ihaneti sair şekilde hazırlama<sup>81</sup> cezalandırılmaktadır.

<sup>78</sup> Vatana ihanet suçunun, Alman Ceza Kanunu’nun ilk kabul edildiği zamandaki haliyle nasyonal sosyalist iktidar altındaki görünümü ve aşağıda çevirilerine yer verdiğimiz madde metinlerinin orijinal halleri için bkz. Bützler, **Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung**, s. 193 – 203.

<sup>79</sup> Nasyonal sosyalist iktidar sürecinde, vatana ihanet suçuna ilişkin 80. madde şu şekildedir:

**Madde 80** (1) Her kim, cebren ya da cebir kullanma tehdidiyle, İmparatorluk topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya İmparatorluğa ait bir toprağı İmparatorluktan koparmaya kalkışrsa, ölüm cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim, cebren ya da cebir kullanma tehdidiyle, İmparatorluk anayasasını değiştirmeye kalkışrsa da aynı şekilde cezalandırılır.

<sup>80</sup> Nasyonal sosyalist iktidar sürecinde, vatana ihanet suçuna ilişkin 81. madde şu şekildedir:

**Madde 81** (1) Her kim, Başkanı (Reichspräsidenten) ya da Başbakanı (Reichskanzler) veya Hükümet üyelerinden birini, anayasaya uygun erkenden mahrum etmeye ya da cebren veya cebir kullanma tehdidiyle veya bir cürümle veya bir cünha ile tamamen veya belirli bir alandaki anayasaya uygun yetkilerini icra etmeye zorlamaya ya da bunları engellemeye kalkışrsa, ölüm cezasıyla veya ömür boyu hapis cezası ile veya beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

<sup>81</sup> Bu noktada çalışmamızda kendisinden yararlandığımız Rachlin’in makalesinin Türkçe çevirisindeki bir soruna işaret etmek istemekteyiz. Eserin Türkçe çevirisinde pek çok yerde vatana ihanet teşebbüsünden bahsedilmektedir. Bununla birlikte eserin orijinali incelendiğinde görülmektedir ki Türkçe çeviride “**vatana ihanet teşebbüsü**” karşılana kavramın doğrusu, “**vatana ihanet hazırlığıdır**”. Zira orijinal eserde “**preparation for high treason**” ifadesi “*Vorbereitung zum Hochverrat*” karşılığı olarak kullanılmıştır. Bkz. s. 72. Keza metinde geçen “**preparation**” ibareleri, (s. 72, 75, 77 ve 78) buldukları bağlamlar itibarıyla de hazırlığı ifade etmektedir. Zaten nasyonal sosyalist dönemdeki vatana ihanet suçuna dair düzenlemelerin yapısı, bu açıklamalarımızı teyit etmektedir. Çünkü vatana ihanet suçu, bir “**Teşebbüs / Kalkışma Suçu (Das Unternehmensdelikt)**” olarak tipleştirilmiştir. Hal böyle iken vatana ihanet teşebbüsü, tamamlanmış vatana ihanete eşittir. Vatana ihanet suçunda ayrıca hazırlık hareketleri de cezalandırılmaktadır ki metinde “preparation” kelimesinin geçtiği yerlerde, tipik olarak vatana ihanet hazırlığından bahsedilmektedir. En nihayetinde 77. sayfada bir karardan bahsedilmektedir. Bu kararda ilgili kişi, vatana ihanet hazırlığına yardımdan mahkûm edilmiştir: “a defendant was convicted, not of high treason or of preparations for high treason, but of being an accessory to preparations for high treason. Thus, he was punished, although two degrees removed *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

Fraenkel'in açıklamalarından, hazırlık hareketlerine doğru normatif olarak genişletilen cezalandırılabilirlik alanının, uygulamada kötüye kullanılarak aşırı bir cezalandırma için manivela olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte ikili devlette ceza hukukuna dair asıl dikkati çeken tespitler, Fraenkel'in Nazi Almanya'sında politik davaların devasa bir aldatma manevrası olduğunu ve **Volksgesichtshof (Millet Mahkemesi)** ile **Sondergericht (Özel Mahkeme)** adlı özel mahkemelerin de esasen mahkeme değil tedbir devletinin aparatları olduklarını belirten görüşleridir. Zira nasyonal sosyalist dönemde ceza hukuku bakımından önem arz eden asıl meseleler, cezai iktidarın, idare lehine alan kaybetmesi ve cezai iktidarın, idarenin bir aparatına dönüşmesidir. Bu iki gelişmeyi daha iyi açıklamak adına ayrı ayrı başlıklarda ele almak uygun olacaktır.

#### **a - Cezai İşlerin İdari İş Olarak Ele Alınması**

Fraenkel'in, "**Schutzhaft (Koruyucu Tutma)**" hakkında verdiği örnekler, nasyonal sosyalist iktidarda cezai süreçlerin idari faaliyete dönüşmesine işaret etmektedir. Bu bağlamda Fraenkel, Merkez Bankası başkanı Köppen, Eutin Belediye Başkanı ve Martin Niemöller olaylarını sıralar ve keza kitabın sonunda yer alan ekte de Fraenkel, avukat olarak bizzat deneyimlediği bir olayı anlatmaktadır.

Nasyonal sosyalist dönemdeki anlamıyla "**Koruyucu Tutma**" (**Schutzhaft**)<sup>82</sup>, el altında tutulan kişinin, politik sebeplerle ve idari yolla, kişi özgürlüğünden bütünüyle mahrum edilmesini sağlayan, devlet politikası

---

from treason". Bu alıntıda bahsi geçen vatana ihanetten iki derece uzaklaşmadan kasıt, sanığın, "**vatana ihanete hazırlıktan yardım eden**" olarak mahkûm edilmesidir. Eğer ki burada "preparation" kelimesi "teşebbüs" olarak anlaşılırsa o halde Rachlin'in bu açıklaması hem değer yitirir hem de yanlış hale gelir. Dolayısıyla Türkçe çevirideki "**vatana ihanet teşebbüsü**" olarak ifade edilen kısımların "**vatana ihanet hazırlığı**" olarak anlaşılması gerekmektedir.

<sup>82</sup> Türkçe yazında genellikle "gözaltı" veya "tutuklama" kelimeleri, her neviden "tutma" tasarrufunu karşılamak için, ilgili olan duruma göre çeşitli sıfatlarla birlikte kullanılmaktadır. Örneğin önleyici gözaltı veya önleyici tutuklama bu bağlamda zikredilebilir. Bununla birlikte gözaltı ve tutuklama kavramlarını, ceza muhakemesi sistemi içerisinde ele almak uygun olacaktır. Kanımızca devlet iktidarının kişi özgürlüğünü kısıtlaması hali, "**Tutma**" kavramıyla ifade edilebilir. Bu çerçevede de idare hukuku alanındaki tutma uygulamalarını, ceza muhakemesi kavramlarıyla ifade etmemiş oluruz. Yalnızca "idari" ya da benzeri sıfatlarla ceza muhakemesi kurumlarının birlikte kullanılması, kanımızca hem kargaşaya hem de tutma ediminin anlam yitimine neden olmaktadır. Bu nedenle biz "**Schutzhaft**" karşılığı olarak "**Koruyucu Tutma**" kavramını kullandık.

karakterli bir idari tedbirdir<sup>83</sup>. Koruyucu Tutma, her ne kadar nasyonal sosyalistlerden önceki bir kurum olsa da ve nasyonal sosyalistler tarafından hukuk dışı şekilde icat edildiği reddedilse de, nasyonal sosyalistler kendi dönemlerinde bu kuruma damgalarını vurmuşlardır<sup>84</sup>. Nasyonal sosyalist dönemdeki Schutzhaft bakımından hukuki temeller, Devlet Başkanı'nın 4 ve 28 tarihli Kararnameleri ile İçişleri Bakanı'nın 12 Nisan 1934 tarihli genelgesidir<sup>85</sup>. Koruyucu Tutma, amaç bakımından gerekli olduğu ölçüde devam edecektir<sup>86</sup>. Nasyonal sosyalist dönemde, ya ilgili kişinin kendisinin korumak için ya da ilgili kişinin davranışlarıyla ve de özellikle devlet düşmanı faaliyetleri ile kamu güvenliğini ve kamu düzenini doğrudan tehlike düşürmesi durumunda, Koruyucu Tutma uygulanabilirdi<sup>87</sup>. Yan bir amaç olarak tutmaya muhatap kişinin politik kavrayışı üzerinde etki doğurma da ayrıca belirtilmektedir<sup>88</sup>. Neticede nasyonal sosyalist dönemde politik bir araç olarak Koruyucu Tutma, nasyonal sosyalist tahayyüllere göre “devlet düşmanı” olarak faaliyet yürüttüğüne inanılanlara karşı uygulanmıştır.

Koruyucu Tutma hakkındaki bu ön açıklamaların ardından Franekel'in örneklerine değinebiliriz. Merkez Bankası müdürü Köppen, bir kiracısına karşı tahliye kararı aldırdıktan sonra kamusal öfkenin muhatabı olur ve hakkında Koruyucu Tutma kararı çıkartılır. Köppen hakkında herhangi bir suç isnadında bulunulmamış olup “Köppen Sorunu” doğrudan Koruyucu Tutma ile çözülmüştür<sup>89</sup>.

Nasyonal sosyalistlerin iktidarı ele geçirmesinin ardından Eutin Belediye Başkanı görevden alınır ve hem kendisinin bütün taleplerinden vazgeçmesi istenir hem de kendisine karşı Naziler tarafından mali hak talebinde bulunulur. Ancak bunun için mahkemelere müracaat edilmez ve Belediye Başkanı hakkında Koruyucu Tutma kararı çıkarılır. Koruyucu Tutma kararının şantajı altında Belediye Başkanı, Nazilerin taleplerini kabul eder.

<sup>83</sup> Otto Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft im nationalsozialistischen Deutschland**, Würzburg, Paul Scheiner Buchdruckerei und Verlagsanstalt, 1937, s. 30.

<sup>84</sup> Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 7. Geigenmüller, çalışmamızda yararlandığımız doktora tezinin basılı halini Heinrich Himmler'e atfedecek kadar nasyonal sosyalist biridir. Bununla birlikte Schutzhaft bakımından özellikle adı geçen yazarın eserinden faydalanmamız gerekirdi. Zira Schutzhaft kavramının, Franekel'in kitabında örneklendiği hali, tam olarak da Geigenmüller'in anlattığı formudur.

<sup>85</sup> Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 12.

<sup>86</sup> Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 41.

<sup>87</sup> Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 30, 32.

<sup>88</sup> Geigenmüller, **Die politische Schutzhaft**, s. 30, 37.

<sup>89</sup> Franekel, **İkili Devlet**, s. 87.

Fraenkel, Nazilerin bu taleplerini toplama kampına gönderme tehdidiyle birlikte ileri sürmelerini, “**haydutça şantaj**” olarak tanımlamaktadır<sup>90</sup>.

Bir diğer çarpıcı örnek Rahip Martin Niemöller olayıdır. Rahip, rejime karşı tutumu nedeniyle yargılanır ve beraat eder; ancak akabinde toplama kampına gönderilir. Bu olayda norm devletin beğenilmeyen kararı, tedbir devletin tedbiriyle fiilen etkisiz kılınmıştır<sup>91</sup>.

Son olarak kitabın sonundaki ekte yer alan ve Fraenkel'in avukat olarak yer aldığı bir olay, meseleyi özetlemektedir. Yahudi bir adam, Nazilerin yayın organındaki bir haberde kullanılan resme ilişkin olarak, resmin daha önce başka bir dergide kullanıldığına dair kendi kendine bir yorumda bulunur. Ancak o esnada bir SA mensubu tarafından fark edilir ve ardından hakkında cezai işlem başlatılır. Fraenkel, müvekkili ile görüşür ve müvekkilinin söylediklerini araştırarak teyit eder. Bununla birlikte Fraenkel ve müvekkili, Gestapo'nun da bir tutma kararının mevcut olabileceğini hesaba katarlar ve bir beraat kararı alındıktan sonra Gestapo'nun tutma kararının kaldırılmasının daha zor olacağını düşünürler. Fraenkel ile müvekkili, suçu kabul etmenin daha lehe olacağı konusunda fikir birliğine varırlar. Fraenkel'in müvekkili suçu kabul eder, kısa bir hapis cezasına çarptırılrsa da mesele bu şekilde kapanmış olur. Yani Fraenkel'in müvekkili cezalandırılrsa da Gestapo'nun eline düşmekten ve toplama kampına gönderilmekten kurtulmuştur<sup>92</sup>.

Bu bağlamda Fraenkel'in değerlendirmesi şu şekildedir:

*“Hukuken gerekçelendirilmiş devlet eylemleriyle tamamen keyfi devlet eylemlerinin bu yan yanlığı - ki beraat edenlerin toplama kampına yollanması bunun en bariz örneğidir -, Üçüncü Reich'in ikili devlet karakteri arz ettiğini ortaya koyar”<sup>93</sup> / <sup>94</sup>.*

*“Günümüz Almanya'sında bütün siyasi cürümler için iki yaptırım vardır. Mahkemelerin verdiği cezalara ek olarak veya onların yerine, polis idari önlemler icra eder.”<sup>95</sup>”*

Böylelikle politik suç sahasında (ki Nazi rejiminde politik olana yaklaşım nedeniyle bu kavram da kaygan bir zeminde bulunmaktadır) ceza

<sup>90</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 77 – 78.

<sup>91</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 89.

<sup>92</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 313 - 314.

<sup>93</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 89.

<sup>94</sup> Volksgerichtshof'un haklarında hüküm verdiği kişilerin, Gestapo tarafından yeniden yakalanarak hapsedildiği örnekler olduğu belirtilmektedir. Bkz. Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 107.

<sup>95</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 92.

hukukunun zemin kaybetmesi ve politik suç alanında suç ve ceza kavramlarının yerini belirli bir ölçüde idarenin tedbirlerinin alması söz konusudur.

Wächter isabetli şekilde şu tespitlere yer vermektedir: Tarihte, ölüm cezası ya da hapis cezası yoluyla rejim muhaliflerinin fiziken yok edilmesine, politik muhalefetin yıldırlmasına, politik iktidarın güvenliği amacıyla ceza hukukunun işlevsel olarak kullanılmasına dair pek çok örnek vardır ve fakat ceza hukukunun bu alandaki etkinliğini abartmamak gerekir. Nasyonal sosyalist muhalefetin büyük kısmıyla, yargıdan ziyade polis, SA, SS ve toplama kampları meşgul olmuştur. Yine Latin Amerika askeri diktatörlüklerinde de politik muhalefete karşı ceza hukuku araçlarının kullanılmasının yerine doğrudan “**kaybetme**” yolu tercih edilmiştir. Rejime düşmanlığın kitlesel bir fenomen haline gelmesi durumunda, adaletin seremonyal biçimleri başarısız hale gelmektedir. Politik muhalefetin fiziksel olarak ortadan kaldırılması söz konusu ise, özel olarak ve polis vasıtasıyla politik suikastlar daha etkili, daha hızlı ve daha güvenilirdir ki aynı durum hapsetme bakımından da geçerlidir<sup>96</sup>.

Schmitt, Weimar Anayasası m. 48/2’de yer alan, kamu güvenliği ve kamu düzeni önemli ölçüde bozulduğunda veya tehlikeye girdiğinde, devlet başkanının kamu güvenliğini ve kamu düzenini yeniden tesis için sahip olduğu gerekli tedbirleri alma yetkisini, olağandışı bir kanun koyuculuk faaliyeti olarak tanımlamaktadır<sup>97</sup>. Devlet Başkanı böylelikle hem doğrudan ve müstakilen bir talimat verebilir hem de genel anlamda kural koyabilir ve bu kuralın uygulamasını da kendisi yapabilir. Yani Devlet Başkanı, yasama devletinin esasına oluşturan yasama – yürütme ayrımını fiilin kaldırıp kendinde bu iki kuvveti birleştirebilir<sup>98</sup>. Böylelikle Schmitt, Devlet Başkanının olağanüstü hal kararnameleleri pratiğinin sebep olduğu dönemin somut anayasal gerçekliği içinde Alman devletinin, idare ve yargı devletlerinin bir tür birlikteliği şekline büründüğünü iddia etmekteydi<sup>99</sup>. Bu tespitler ışığında Schmitt şu değerlendirmeleri yapmaktadır:

*“Bugün bir tedbirin yasama faaliyetlerinden değil de, sadece yargısal faaliyetlerden tefrik edilebiliyor olması, şu gelişmenin açık bir belirtisi olabilir: Bugünün anayasa hukuku bilinci, yargı devleti ve idare devleti*

<sup>96</sup> Wächter, Gerd H. Wächter, “**Der doppelte Charakter des Strafrechts: Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts**”, Kritische Justiz, Vol: 17, No: 2, 1984, s. 182.

<sup>97</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 83 vd, özellikle 83 ve 85.

<sup>98</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 88 – 89.

<sup>99</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 113.

*biçimlerini doğrudan idrak ederken, parlamenter yasama devletine has ayrımlara hem ilgi azalıyor, hem de bunlar giderek anlaşılabilir bir içeriğe bürünüyor*<sup>100</sup>.

“... Zira parlamenter yasama usulüne paralel olarak işleyen, bundan ayrılmış ve müstakil bir hukuk koyma usulünün tanınmış olması, yasama devletinin doğrudan imhası demektir”<sup>101</sup>”

İkili devlette ceza hukukunun ayırt edici özelliklerinden biri olarak bu başlıkta incelediğimiz, bilhassa politik cezai işlerde eyleyenin yargıdan ziyade idare olması, yargı – idare ayrımının silikleşmesine neden olur. Dolayısıyla da Schmitt’in Nazi diktatörlüğü arifesinde yasama devleti ile idare devleti arasındaki ayırım silikleşirken yargı devleti ile idare devleti arasındaki ayırımın muhafaza edildiği görüşünün, Nazi diktatörlüğünden sonra işlemeze hale geldiği söylenebilir. Yukarıda yer verdiğimiz Schmitt’in sözlerini değiştirerek durumu şu şekilde ifade edebiliriz: **Yargı usulüne paralel ya da onun yerine işleyen bir idari usulün resmen veya fiilen tanınmış olması, yargı devletinin doğrudan imhası anlamına gelir.**

#### **b - Cezai Süreçlerin Maddi Olarak İdari Faaliyetlere Dönüşmesi**

Bir önceki başlıkta, ceza süreçlerin doğrudan idareye havale edilmesini incelemiştik. Bu başlıkta ise ceza süreçlerin, şeklen ceza adaleti organlarınca ele alınmasına rağmen maddi olarak idari faaliyet gibi görülmesi ve görünmesi değerlendirilecektir. Bir sonraki ana başlıkta Dubber’in yönetim biçimleri olarak hukuk – polis ayrımı yaptığından ayrıntısıyla bahsedeceğiz. Ancak bu başlıktaki devam edecek açıklamalarımızdan evvel şu hususun altını çizmek gerekir, Dubber’in isabetle belirttiği üzere bir yönetim modeli ile onu kullanan aktörler ya da organlar arasında zorunlu bir bağlantı yoktur<sup>102</sup>. Yani Dubber’in özellikle Anglo-Amerikan sistemi üzerinden verdiği örneklerle görülmektedir ki bir yargı organı da Dubber’in hukuk – polis ayrımı uyarınca polis faaliyeti icra edebilir. Bu noktaya ayrıca vurgu yapmak istedik, zira bu başlık altında şeklen yargı organları tarafından görülse de özü itibarıyla idari faaliyet olarak tanımlanabilecek süreçlerden bahsedeceğiz.

Franekel’a göre, yerleşik mahkemelerin yanında paralel bir yargı düzeninin aparatı<sup>103</sup> olan Volksgerichtshof’un tedbir devletinin aparatı olmasının sebebi ne uygulanan hükümler ne de verilen cezalardır; bilakis

<sup>100</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 104.

<sup>101</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 84.

<sup>102</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 119.

<sup>103</sup> Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 81.

hukukun temel ilkelerinin bilinçli bir şekilde reddedilmesidir. Bu nedenledir ki bu yapılar, adı mahkeme olsa da tedbir devletinin organlarıdır.

Fraenkel, Volksgerichtshof gibi organları tedbir devletinin bir aparatı olarak nitelerken özellikle “Ne bis in idem” ilkesinin reddiyle ilgili bir olayı referans olarak göstermektedir ve şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

*“Kendi kararlarını ancak çekinceli olarak ciddiye alan mahkemeler, yargı organı değildirler, verdikleri hükümler de sahici kararlar değil, birer önlemdir”<sup>104</sup>.*

Fraenkel, yukarıda zikredilen tespitini yaparken hüküm - tedbir ayırımına dayanıyor görünmektedir. Zira tedbirin temel vasfı (ve hükümden ayrıldığı nokta) onun bir konudaki münferit durumu ele almasında gizlidir<sup>105</sup>.

Ceza, kolluk tedbirlerinden farklıdır ve bu durum 1930’lu yılların mahkeme kararlarında dahi ortaya konulmaktadır<sup>106</sup>. Bu çerçevede Nazi iktidarından hemen önce Schmitt şu tespiti yapmaktadır: *“Örneğin, bir mahkeme hükmünün tedbir olmaması ve tersine biçimde “tedbir” ifadesinden de asla bir mahkeme hükmünün anlaşılması, tabii karşılanan bir durum olarak kalmıştır”<sup>107</sup>.*

Nazi mahkemelerinin yargılamalarına dair tespit olarak ifade edilen, “yargı yoluyla büyük bir katliamın gerçekleştirilmesi” veya “(basit suçlamalarla) ve hızlandırılmış yargılama usulleri uygulanarak mümkün olan en kısa sürede çok kişiye ceza verilmesi”<sup>108</sup>, politik suçlar sahasında her devlette meydana gelen haksızlıklarla izah edilemez. Volksgerichtshof özellikle Freisler başkanlığında, normların keyfi ve öngörülemesiz şekilde yorumuyla birlikte, bir terör aracı olarak hizmet görüp orantısız<sup>109</sup> şekilde verdiği çok sayıdaki ölüm cezasıyla ölüm meleği haline gelmiştir<sup>110</sup>. Özellikle senelik olarak 1942 – 1944 yıllarında Volksgerichtshof’ta görülen davalarda sanıkların yaklaşık yarısının ölüm cezasına çarptırılması, Volkserichthof’un niteliğini gözler önüne sermektedir<sup>111</sup>. Böylesine hızlı bir şekilde, asıl olarak nasyonal sosyalist bakış açısıyla maslahata uygunluk nedeniyle, yani Almanya’nın savaş gücünü ve nasyonal sosyalist iktidarı

<sup>104</sup> Fraenkel, **İkili Devlet**, s. 106.

<sup>105</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 103.

<sup>106</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 101 – 102.

<sup>107</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 101.

<sup>108</sup> Akçabay, **Karanlığa Aralanan Bir Kapı: Weimar Cumhuriyeti Yargısı**, s. 131.

<sup>109</sup> Bilhassa rejim aleyhine beyanda bulunmak, propaganda yapmak veya propaganda aracı dağıtmak nedeniyle ölüm cezasının verilmesi, ölçüsüzlük bakımından dikkate değerdir. Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 101 – 102.

<sup>110</sup> Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 105.

<sup>111</sup> Rachlin, **Volksgerichtshof**, s. 102 - 103.



korumak için bir tedbir olarak ceza yargısına başvuruluyorsa, bu halde tedbire karar veren organın adının özel mahkeme veya Gestapo ya da başka bir idari organ olması fark yaratmaz, ortada adli değil idari bir faaliyet vardır<sup>112</sup>.

Şaka gibi basit eylemlere aşırı cezalar vererek Alman toplumuna dehşet saçan ve usul kuralları özellikle sanıklara savunma imkânı vermeyecek şekilde tasarlanan Volkgerichtshof'un, 11 yıllık süre zarfında kaypak bir ihanet suçu kabulüyle 5.000'den fazla ölüm cezası hükmü verdiği belirtilmektedir<sup>113</sup>. Volkgerichtshof, hükümetin ulusal ve askeri hedeflerini desteklemek amacıyla yürütme organının bir kolu olarak işlev görmüştür<sup>114</sup>. Örneğin “**Nacht und Nebel**” programı kapsamında işgal edilen ülkelerden kaçırılıp da yargılanması gereken muhalifleri yargılamak hususunda askeri mahkemeler elverişsizken ve diğer mahkemeler ürkek kaldığında, Volkgerichtshof hızlı bir şekilde bu yargılamaları icra etmiştir (ki bu bağlamda yaklaşık 2.800 ölüm cezasından bahsedilmektedir)<sup>115</sup>. Keza belirtilmelidir ki, özellikle savunma gücünü zayıflatma ve düşmana yataklık olarak adlandırılan askeri suçlar da Volkgerichtshof'un görevi dâhilindeydi ki rejim karşıtı propaganda yapmak, fıkra anlatmak, düşmanla sosyalleşmek, düşmana barınak veya yiyecek vermek gibi çok çeşitli davranış biçimleri bu kapsamda mütalaa edilmektedir<sup>116</sup>. Hitler'in suikasttan kurtulmasını

<sup>112</sup> II. Dünya Savaşı esnasındaki Nazi askeri yargısı da bu duruma örnek gösterilebilir. Savaş döneminde görülen toplam 2.5 milyon davadan ve verilen 30.000 ölüm cezasından bahsedilmektedir. Kolaylıkla verilen ölüm cezalarının, bilhassa savaş gücünü ve ordu içi disiplini korumak amaçlarına matuf şekilde verildiğini gösteren örnekler mevcuttur. Nazi askeri yargısı hakkında bkz. Helmut Ortner: **Acımasızca Alman: Hitler Diktatörlüğünde Failler ve Kurbanlar**, Çev. Emrah Cilasun, İstanbul, Tekin, 2020, s. 31 – 50, özellikle s. 32, 33, 34, 38 – 39, 41. Bu sayfalarda firar, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek, tahrip olmuş enkazdan hırsızlık gibi fiillerin ölüm cezası ile cezalandırılmasına dair örnekler bulunmaktadır.

Nazi askeri yargısını, tam olarak ikili devlete dair örnek olarak belirtemeyiz. Ayrıca askeri yargının, olağan yargıya göre özelliklerini de kabul etmek gerekir. Bununla birlikte tüm şartları zorlayarak en ağır cezaları veren, fiili ikinci plana atarak neredeyse bütünüyle önleyiciliği ve disiplini – savaş gücünü korumayı önceleyen ve fahiş sayıda dava gören bir yargının, esasen ağır cezalara hükmedebilmek için idare tarafından kullanılan bir aparata dönüştüğünü söylemek gerekir. Dolayısıyla askeri de olsa bir yargı sıfatının varlığı, ilgili organın bütünüyle idari tasarrufta bulunur biçimde hükümler kurmasına mani olmalıdır. Aksi bir yaklaşım ise, yargı vasfını tartışmaya açık bütünüyle idari bir organdan mı bahsediliyor sorusunun sorulmasına neden olacaktır.

<sup>113</sup> Rachlin, **Volkgerichtshof**, s. 82.

<sup>114</sup> Rachlin, **Volkgerichtshof**, s. 94 - 95.

<sup>115</sup> Rachlin, **Volkgerichtshof**, s. 96 - 97.

<sup>116</sup> Rachlin, **Volkgerichtshof**, s. 94

şansızlık olarak nitelendirmek, suikastçıları övmek, Führer'e küfretmek, bir Bolşevikle politik sohbet yürütmek, savaş gücünü zaafa uğratmak ve askerlikten soğutmak suçlarından ölüm cezasına çarptırılmak için yeterlidir<sup>117</sup>.

Netice olarak, Trouillot, her tarih anlatısının gerçek hakkında yeni bir iddia olduğunu ifade ederken aynı zamanda bir hakikat iddiasında bulunmanın belirli asgari kurallara dayandığının altını çizmektedir. Öyle ki tarihsel gerçekliğe asgari bir güvenilirlik atfedilmesinin başlıca koşulları, tarihsel araştırmaların birtakım usullere dayanmasıdır. İşte bu usuller vasıtasıyla ki tarih ile uydurma ve hatta sahtecilik birbirinden ayrılmaktadır<sup>118</sup>. Bir ceza yargılamasının da “yargılama” olarak kabul edilmesinin belirli kuralları vardır. Bu kurallara uyulmazsa, yapılan faaliyet yargılama, faaliyeti de gören organ da mahkeme adını taşısa bile, ne bir yargılamadan ne de bir mahkemededen bahsedebiliriz. **Bu çerçevede maddi adalet arayışı bayrağı altında usul kurallarını tamamen göz ardı eden, cezai bir haksızlığı yargılamaktan ziyade halin icabı doğrultusunda karar veren nasyonal sosyalist politik suç “mahkemeleri”, maddi olarak idari organ ve onların kararları da hükümden ziyade tedbir hükmündedir.**

### c - Ara Sonuç

Yukarıdaki açıklamaların sonucu olarak ikili devlette ceza hukukunun durumuna dair şu sonuçları çıkarabiliriz:

- 1- Fraenkel'in ikili devlete dair tespitleri ile aynı şekilde, nasyonal sosyalist ilk dönemde ceza hukukunda da norm devleti ve tedbir devleti ikiliğinden söz edilebilir. Burada norm devleti – tedbir devleti ilişkisi bakımından, ikili devlete dair açıklamalar geçerlidir.
- 2- Ceza hukukunda tedbir devletinin görünümü iki şekilde ifade edilebilir:
  - a. **Norm devletinin korumasından yararlanamayacaklar ya da tekil bir olayda norm devletinin korumasından yararlanmasında uygun görünmeyenler için, cezai iktidarı, doğrudan doğruya tedbir devletinin kullanması:**

<sup>117</sup> Ortner, *Acımasızca Alman*, s. 68 – 69, 71 – 73; Yine Volksgericht tarafından görülen bir başka davada, Hitler'in sonunun Mussolini gibi olacağını söylemek ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Bkz. aynı eser, s. 74 – 77.

<sup>118</sup> Michel –Rolph Trouillot, *Geçmiş Susturmak Tarihin*

*Üretilmesi ve İktidar*, Çev. Ozan Zeybek, İstanbul, İthaki, 2015, s. 34

Bu durumun tipik örneği “**Schutzhaft (Koruyucu Tutma)**” uygulamasıdır. Bu halde cezai iktidarın konusu olacak bir fiili yargılama konusu yapmak ya da cezai iktidarı baskı aracı olarak kullanmak yerine doğrudan tedbire başvurulur. Böylelikle idari tedbir alanı, cezai iktidar alanı aleyhine genişler.

**b. Genelde hukukun ve özelde ceza hukukunu temel ilkelerinin tamamen göz ardı edilmesinin sonucunda mahkemelerin kolluğa, ceza muhakemesinin kolluk faaliyetine dönüşmesi:**

Bunun da tipik örneği **Volksgerechtshof**'un “yargılamaları” ve “hükümleridir”. Bu halde, her ne kadar ceza hukuku alanında kalındığı izlenimi verilse de bu zahiri bir fenomendir. Gerçekte ceza hukukunun ilkeleri bir kenara bırakıldığından söz konusu olan safi idari tedbirdir. Dolayısıyla anılan sözde mahkemeler aslında gerçekte idari organ, bunların yargılamaları idari süreç, hükümleri ise idari tedbirdir.

### **III - DUBBER'İN İKİLİ CEZA DEVLETİ VE TÜREVİ İKİLİ CEZA İMPARATORLUĞU**

#### **A. Liberal Devlette Cezai iktidarın İhmal Edilmiş Meşruluk Sorunu**

En genel tanımlamayla Dubber'ın “**The Dual Penal State (İkili Ceza Devleti)**” adlı eseri, batılı liberal devletlerdeki ceza hukukunun yaşamını konu almaktadır<sup>119</sup>. Dubber'ın monografisi, ikili ceza devletinde ceza hukukunun eleştirilen analizi amacıyla Alman ve Amerikan ceza hukukları ve ceza hukuku doktrinleri üzerine karşılaştırmalı bir tarih çalışması olarak belirtilmektedir<sup>120</sup>. Özellikle söz konusu iki ülkenin seçimi anlamlıdır; zira farklı hukuk sistemlerini temsil eden bu iki ülkedeki “**Ceza Çelişkisi (The Penal Paradox)**” ve “**İnkâr Halleri (States of Denial)**”, liberal cezalandırmadaki krizin, ulusalüstü olduğunu göstermektedir<sup>121</sup>.

Dubber, kitabında ele aldığı cezai iktidar tipleri vasıtasıyla devletin cezai iktidarına eleştirel şekilde yaklaşmaktadır. Yazar, yalnızca sınırlı sayıda uç örnek bakımından değil, ulusalüstü bir fenomen olarak liberal devletlerdeki ceza hukukunun kriz haline odaklanmaktadır. Liberal anlayışı kabul etmiş görünen ülkelerde egemenlik çelişkisinin en keskin formu olarak karşımıza ceza çelişkisi çıkmaktadır. Zira liberal anlayışta her ne kadar devletin meşruluk kaynağı, bireylerin özerkliğine saygı temelli olsa da cezai iktidar vasıtasıyla bireyler üzerinde şiddetli bir müdahalede bulunmaktadır ve bu

<sup>119</sup> Kimmo Nuotio: “**The Dual Penal State á la Markus Dirk Dubber**”, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Volume:6, Issue: 2, 2018, s. 178.

<sup>120</sup> Monaghan, **Book Review**, s. 149.

<sup>121</sup> Monaghan, **Book Review**, s. 150.

müdahalenin – her ne kadar ihmal edilip göz ardı edilse de – meşrulaştırılmaya ihtiyacı bulunmaktadır<sup>122</sup>. Bilhassa devasa ölçekte cezai şiddet tehdidi ve bunun tatbiki, liberal olmayan “öteki” toplumların özelliklerinden ziyade liberal bir fenomendir. Dolayısıyla da batı liberal demokrasilerinde devletin cezai iktidarı yaygın, en iyi ihtimalle gelişigüzel ve her zaman genişleyen kullanıma sahiptir ve bu durum, bir ideoloji olarak isabetliliğinden bağımsız olarak liberal kabullerle çelişki içerisinde<sup>123</sup>.

Olağanüstü hal söz konusu olduğunda, sansür, sokağa çıkma yasakları, sınır dışı etmeler, kolektif cezalandırmalar ve cezai bir isnada bağlı olmaksızın tutma sıklıkla tartışılmıştır. Ancak bir cezai mahkûmiyet neticesinde cezalandırma olarak ceza rejimi, olağanüstü hal yetkileri içerisinde en çok ihmal edilen konulardan biridir<sup>124</sup>. Genelde liberal düzenden en uç sapmalara odaklanılmaktadır ve tam da bu nedenle cezai isnatlar, kişi özgürlüğünün ihlalinin en liberal formu olarak görülmektedir. Öyle ya von Liszt’in ifadesiyle “*Ceza kanunu suçluların Magna Carta’sıdır*”. Ancak bu sözün Magna Carta’ya verilen anlam ile devletin cezai iktidarının en önemli göstergesi olan ceza kanununu hayli tartışılır bir şekilde bir araya getirmesi bir yana<sup>125</sup>, ceza kanununun suçluların Magna Carta’sı olması gerektiği ya da zorunluluğu şeklinde değil, bir durum tespiti olarak anlam kazanır. Dolayısıyla da Dubber’in isabetle belirttiği üzere, ceza kanunu yalnızca ve yalnızca devlet aksini kararlaştırmadığı müddetçe suçluların Magna Carta’sıdır<sup>126</sup>. Demokratik meşrulukla tahkim edilmiş kanun koyucu, normatif çözümler bularak ceza kanununa yön verir. Örneğin fiil gerekliliği, bir fiil mi gerektiriyor ve zilyetlik bakımından tartışma mı var, o halde zilyetlik fiil olarak tanımlanır ve sorun çözülür<sup>127</sup>. Bu durumda cezalandırılabilirlik sahasının genişlemesi, normatif bir etiketle meşruluk sorunu dışarda bırakılarak sağlanmaktadır.

İşte Dubber, hayli örnekle tahkim ettiği kitabında, liberal devletlerdeki ceza hukukunun bugünkü halini ele almaktadır ve vaziyetin hiç de liberal düşüncenin temel varsayımlarına uygun olmadığını gözler önüne sermektedir. Batının liberal demokrasilerindeki ceza hukuku, biri hukuk devletine özgü (**Penal Law**) diğeri ise polis devletine özgü (**Penal Police**) cezai iktidar uygulamaları olmak üzere ikili bir yapı arz etmektedir. Ancak

<sup>122</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 100.

<sup>123</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 4.

<sup>124</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 746.

<sup>125</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 38.

<sup>126</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 36.

<sup>127</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 59.

kategorik olarak meşru kabul edilen, meşruluk sorunu hiç tartışılmayan veya zaten bu sorunun aşıldığı kabul edilen liberal demokrasilerde, devletin cezai iktidarının meşruiyeti büyük ölçüde ihmal edilmiştir. Dolayısıyla “**devletin en keskin kılıcı olarak ceza hukukunun (das Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates)**”<sup>128</sup>, meşruiyeti sorunu, liberal ilkeleri benimseyen ya da benimsediği iddiasındaki devletlerde önemli ölçüde ihmal edilmiştir. Bu çerçevede Dubber, devletin cezai iktidarının meşruiyetine dair tartışma eksikliğini, Almanya ve ABD üzerinden ele almaktadır.

Dubber’in **Penal Law – Penal Police**<sup>129</sup> ayırımında Almanya, Dubber tarafından, **Penal Law** tipi cezai iktidar türüne örnek olarak kabul edilmektedir<sup>130</sup>. Bununla birlikte Dubber’a göre, Alman ceza hukukunun karşılaştırmalı bir analizi, liberal cezalandırmanın temel meydan okumalarına bir cevap vermeyecektir; çünkü Alman ceza hukuku, bir bütün olarak, devletin cezai iktidarının meşruiyeti sorusuyla ilgilenmemekte, daha ziyade şekli tasnifçilikle bezeli bir teknik doktriner – teorik analize yoğunlaşmaktadır<sup>131</sup>.

Böylelikle ceza çelişkisi bakımından Almanya’nın dikkat çekici özelliği, hayli gelişmiş ceza hukuku öğretisi vasıtasıyla meşruluk probleminin bir kenara bırakılmasıdır. Alman ceza hukuku öğretisi, yerleşik, kendinden hoşnut ve daha üstün bir maddi hukuk geleneği ile meşruluk sorununu aştığı iddiasındadır. Zira meşruluk sorunu zaten ilk nesil ceza hukukçuları tarafından (özellikle de Feuerbach tarafından) bir kez ve tüm zamanlar için zaten çözülmüştür ve artık bilimsel araştırmanın konusu değildir ya da devlet olmanın bir gereği de cezai iktidara sahip olmaktır, yani cezai iktidar, meşruluk sorunu dışıdır<sup>132</sup>. Dolayısıyla Alman yaklaşımı şu şekilde kabaca özetlenebilir: “**Modası geçmiş meşruluk sorununu bir kenara bırakalım**”.

Dubber, Alman ceza hukukunu, otoriter bir yasal metin (Alman Ceza Kanunu) etrafında doktriner sistem inşasına yönelmiş, nesnel ve hukukun doğru bilgisine sahip olduğu konusunda herhangi bir tereddüt olmayan ve böylelikle de kanun koyucudan sonra en prestijli yerde konumlanan hukuk

<sup>128</sup> Jens Puschke, **Das neue Terrorismusstrafrecht im Lichte der Verfassung**, KriPoZ, 2018/2, s. 102.

<sup>129</sup> Cezai iktidarın, bu iki farklı kullanım biçimine dair bkz. Dubber, **The Dual Penal State**, s. 121.

<sup>130</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 105.

<sup>131</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 17.

<sup>132</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 22 – 23, 27.

uzmanların etkin olduğu bir girişim olarak tanımlamaktadır<sup>133</sup>. Böylelikle Alman ceza hukuku öğretisi, esasen pozitivist – statist bir yapıdadır ve devlet gücüne hizmet etmektedir, yani kendisini, kanun koyucunun egemen cezai iradesini tamamlamaya, uygulamaya ve kolaylaştırmaya adanmıştır<sup>134</sup>. Bu çerçevede yazara göre, bir fiksiyon ya da gerçek, köklü Alman pozitvizmi, devletin cezai iktidarının eleştirel bir şekilde ele alınmamasının nedenlerinden birini oluşturmaktadır<sup>135</sup>.

Dubber’a göre meşruluk sorununun zaten çok eskilerde çözüldüğü kabul edildiği Alman ceza hukuku öğretisinde **slogancılık, etiketçilik, tasnifçilik** biçiminde özetlenen retorik araçlar egemendir<sup>136</sup>. Bu çerçevede Dubber, Türk ceza hukuku doktrininde de bilinen veya kabul edilen çeşitli görüşleri, ilkeleri, teorileri ele alır. Bu bağlamda, Welzel’in Finalist Hareket Teorisi, Roxin’in Fiil Hâkimiyeti Teorisi, Von Liszt’in “ceza kanunu, suçluların Magna Carta’sıdır” sözü, ilk kez Feuerbach tarafından bu şekilde ifade edilen “nullum crimen sine lege” ilkesi, Hukuki Değer Öğretisi, cezai sorumluluğun tipiklik – hukuka aykırılık – kusurluluk biçiminde üçlü yapıda incelenmesi, cezanın amacı olarak Pozitif Genel Önleme görüşü, zilyetlik hareket gibidir önermesi gibi ceza hukukunun en temel meseleleri, Dubber tarafından hayli eleştirel bir şekilde ve en nihayetinde devletin cezai iktidarının meşruluğu sorusu bağlamında ele alınmaktadır<sup>137</sup>.

Dubber tarafından ele alınan meselelerden yalnızca birine, İki İzlilik sistemine, kısaca değinebiliriz. Bir cezai iktidar kullanımını, bir cezai iktidar uygulaması olarak kabul edilmeyebilir<sup>138</sup>. Bu durumun da tipik örneği bugün yaptırım teorisinin esası halindeki İki İzlilik sistemidir. Yani cezalar ve güvenlik tedbirleri ayırımıyla uygulanan cezai şiddetin üstü örtülebilir ve maddi ceza hukukunun gelişiminde ceza hukuku içerisinde “keşfedildiği” belirtilen ilkelerden sarfınazar edilebilir. Örneğin kusur prensibi, güvenlik tedbirlerinde uygulanmaz; Alman hukukunda güvenlik tedbirlerinde geriye yürüme yasağının uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalıdır. Tam da bu noktada Dubber, **Sicherungsverwahrung** süresinin geriye dönük olarak belirsiz bir süre biçiminde belirlenmesi ve bu durumun Alman Anayasa Mahkemesi’nce anayasaya aykırı bulunmamasını ve Amerikan Yüksek

<sup>133</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 20, 25 – 27.

<sup>134</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 22; Nuotio, **Book Review**, s. 179.

<sup>135</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 27.

<sup>136</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 13.

<sup>137</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 33 – 95.

<sup>138</sup> Alman ve Amerikan sistemleri uyarınca bu hususa dair açıklamalar için bkz. Dubber, **The Dual Penal State**, s. 40.

Mahkemesi'nin **Kansas v. Hendricks (1997)** kararıyla bir tutma edimini, cezai garantilerden azade kılmasını örnek olarak göstermektedir<sup>139</sup>. Bu duruma biz de sanıyoruz ki Türk hukuku özelinde bir katkı sunabiliriz:

TCK m. 20/2 uyarınca tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak güvenlik tedbirlerinin, tüzel kişiler hakkında da TCK m. 20/2,c.son ve TCK m. 60 uyarınca uygulanabilmektedir. Bu çerçevede Kabahatler Kanunu m. 43/A uyarınca bazı suçlar nedeniyle ayrıca tüzel kişilerin kabahat sorumluluğu öngörülmüştür ve idari para cezası vermeye de ilgili suçlar nedeniyle yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkili kılınmıştır. Türk ceza hukuku doktrinde tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir. Normatif bir dayanağı olan ve mevcut TCK uyarınca geçerli olan bu görüş, aslında Kabahatler Kanunu m. 43/A'yı açıklamaktan uzaktır. Adli para cezası yerine idari para cezası etiketinin yapıştirılması, maddenin düzenleniş biçimi itibariyle geniş anlamda cezai bir müdahale olduğu muhakkak olan 43/A uyarınca yapılan müdahalenin meşruluğu sorununun göz ardı edilmesini sağlamaktadır. Hâkim görüş tarafından tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olmadığı kabul edilse de, 43/A düzenlemesi göz ardı edilebilmektedir. Böylelikle Kabahatler Kanunu m. 43/A, Türk hukukunda tüzel kişilerin cezai sorumluluğu bağlamında, Dubber'in terminolojisiyle ifade edecek olursak, bir tasnifçilik ve etiketçilik örneği olarak karşımızda durmaktadır.

Almanya'da meşruluk sorununun çok önceden çözüldüğü fiksiyonu hâkimken Amerika Birleşik Devletleri'nde ise böylesi bir fiksiyon dahi yoktur; zira bu soru hiç gündeme gelmemektedir<sup>140</sup>. Devletin cezai iktidarı, meşruiyet incelemesine tabi olan devlet iktidarı alanının (söz gelimi vergi gücünün) dışında bulunmaktadır<sup>141</sup>. Yani cezai iktidarın meşruluğu sorununa yönelik Amerikan yaklaşımı özetle **“cezai iktidarın meşruluk sorununu göz ardı edelim”** şeklindedir.

Amerikan cezai yönetim modeli, Dubber tarafından **“Penal Police”** olarak nitelendirilmektedir<sup>142</sup>. Bu cezai iktidar modeli, ev halkı üzerinde aile babasının sınırsız patriarkal otoritesini anlatmaktadır. Böylelikle ev halkı, özerk bireyler olarak değil yalnızca aile babasının disiplini altında yönetimin nesnelere olarak kabul edilir<sup>143</sup>. Böylesi bir cezai iktidar

<sup>139</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 21. Ancak AİHM, M. v. Almanya (2009) kararında, bu düzenlemeyi “ceza” olarak nitelendirerek ihlal kararı vermiştir.

<sup>140</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 177.

<sup>141</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 111

<sup>142</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 105.

<sup>143</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 103.

modelinde meşruluk sorunları tanınmaz ve egemen patriarkın devletin ev halkı üzerindeki otoritesi, tam anlamıyla tartışma götürmez haldedir<sup>144</sup>. **Penal Police**, cezai iktidarın süjesi ve objeleri arasındaki ayrımı iletir ve bunu tezahür ettirir. Zira cezai iktidarın süjesi, egemen devlettir; objeleri ise devlet egemenliğine karşı hareket etmiş suçlulardır. Böylelikle Dubber, Amerikan sistemindeki **actus reus** ve **mens rea** doktrinlerinin nasıl esnetildiğine ve bunlara yönelik istisnalara, sistemin hiyerarşik ve takdire bağlı yönüne, bu bağlamda maslahata uygunluk ilkesi, **plea bargain** gibi kurumların ya da bir bütün olarak infaz sürecinin eleştirisine yer vermektedir<sup>145</sup>.

Monaghan da Dubber'in polis analizinden yola çıkarak bir tür süper bakanlık (super – ministry) konumundaki **Avustralya İç İşleri Bakanlığı'na (Home Affairs)**, kelime anlamı üzerinden odaklanmaktadır. Yazar ABD, Birleşik Krallık ve Avustralya örneklerini zikrederek ulusalüstü bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir. İngilizcede “home” kelimesinin ev anlamını vurgulayan yazar, bu kelime tercihiyle hem göçmenlerin duygusal yönü güçlü ev sembolüne karşı bir tehdit olarak resmedildiğini ve de hükümetin, özellikle İçişleri Bakanı'nın, dolaylı olarak bir nevi “**paterfamilias**” olarak konumlandırıldığını belirtmektedir. Böylelikle evi savunmak için yapılan müdahaleci veya cebri devlet eylemleri meşrulaştırılmakta ve bu tür eylemler eleştiriden azade kılınmaktadır<sup>146</sup>.

Böylelikle Amerikan ceza hukuku, krallığın tümünde kralın barışının tesis edilmesi ve yayılması anlayışı temelli İngiliz geleneğini devam ettirmektedir. Amerikan Devrimi'nin ardından meydana gelen devlet iktidarına yönelik radikal eleştiriden, ceza hukuku nasibini almamıştır ve dolayısıyla da bir cezai iç istisnadan bahsedilebilir (**internal penal exceptionalism**)<sup>147</sup>. İngiliz ceza sisteminin hiyerarşik ve anayasallık öncesi halinden aydınlanma lehine Amerikan – yeni – devrimci – cumhuriyetçi bir ceza hukuku teorisi ortaya çıkmamıştır ve de bir Amerikan Becceria'dan, Bentham'dan ya da Feuerbach'tan bahsedilemez<sup>148</sup>. Dolayısıyla Amerika'nın özellik arz eden kısmı, devrimden sonra cezai meşruiyet sorunun çok az ele alınmasıdır. Amerikan yaklaşımı, yeni bir politik proje olarak kendini tanımlasa da, cezai iktidar sahasında, tam anlamıyla devletin

<sup>144</sup> Monaghan, **Book Review**, s. 151.

<sup>145</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 123, 125.

<sup>146</sup> Monaghan, **Book Review**, s. 153 – 154.

<sup>147</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 177.

<sup>148</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 179.



merhametine kalmış olan suçlular üzerindeki egemen güç pratiklerinde hiçbir sakınca görmemiştir<sup>149</sup>.

Dubber, maddi ceza hukukundaki başarısıyla övünen Alman ceza hukukuna ve doktrinine, slogancılık, etiketçilik ve tasnifçilik temelli sert bir eleştiri yönelttiği gibi Amerika'nın da ceza muhakemesindeki gelişmişlik iddiasına dair aynı sertlikte eleştiride bulunmaktadır. Yazar, övülen Amerikan usuli korumalarının, ya eski İngiliz düzenlemelerinden geldiğini ya da ancak 20. yüzyılın ikinci yarısında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce kabul edildiğini ve hemen akabinde de büyük ölçüde esnetildiğini belirtmektedir. **O halde meşhur Amerikan ceza muhakemesinin usuli korumaları, ya çok eskidir, ya çok yenidir, ya da Amerikan, temel ve koruma sayılamayacak ölçüde zayıftır**<sup>150</sup>.

Netice olarak, Dubber'ın gerek Almanya gerekse de ABD örnekleri üzerinden başarıyla gösterdiği üzere, liberal ilkeleri benimsediğini iddia eden ülkelerde, devletin cezai iktidarının meşruluğu sorunu önemli ölçüde ihmal edilmiştir. Çeşitli inkâr mekanizmaları vasıtasıyla cezai şiddetin meşruluğu sorusunun üstü örtülmektedir. Bu durumun ise pratik olarak iki sonucu bulunmaktadır. Bir müdahaleye, ceza hukuku müdahalesi niteliği verilerek, ayrıca bir meşruluk gereksinimi olmaksızın (zira kategorik olarak meşru kabul edilen ve meşruiyeti sorgulanmayan ceza hukuku müdahalesi nedeniyle), ilgili müdahale (kolluk hukukuyla yapılamayacak denli uzun süreli tutmalar için cezalandırılabilirliğin öne alınması örneği) meşruluk incelemesinden kaçırılabilir. Dubber bu duruma örnek olarak geçmişte cezalandırılan bir durum – statü olarak serserilik halinin yerini bugünün “**Bulundurma / Zilyetlik Suçlarının (Besitzdelikte)**” aldığını ve böylelikle zilyetlik suçlarının yasallık etiketi ile meşrulaştırıldığını belirtmektedir<sup>151</sup>. İkinci olarak da liberal ceza hukuku ilkeleriyle meşrulaştırılması olanaksız görülen cezai müdahaleler, çeşitli inkâr mekanizması teknikleri ile cezai olmayan müdahale olarak nitelendirilerek (ceza – güvenlik tedbiri ayrımı örneği) yine cezai müdahalenin meşruluğu sorunundan sarfınazar edilebilir. Böylelikle bir suç, ihlal ya da düzene aykırılık olarak, adli para cezası idari para cezası olarak, ceza, tedbir ya da herhangi bir formda idari tutma olarak vasıflandırılabilir ve böylelikle meşrulaştırma gereğinden ilk elden kurtulunur<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 183.

<sup>150</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 3.

<sup>151</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 108.

<sup>152</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 110.

## B. Liberal Devlette İkili Ceza Devleti

Ceza hukuku sahası, devletin cebri gücünün kategorik olarak meşru ve olağan kullanımı olarak kabul edildiğinden, devletin cezai iktidarının meşru kullanımı sorunu büyük ölçüde ihmal edilmiştir. Bu durum da ceza hukuku alanında ikili bir yapının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bir başka deyişle cezai olağanüstü hal, liberal hukukun bir parçası olarak hayatta kalmış ve ikili ceza devletinin kurulmasını sağlamıştır<sup>153</sup>.

İkili ceza devleti teorisi, cezai iktidarı, sırasıyla hukuk devletinin (**Rechtsstaat**) ve polis devletinin (**Polizeistaat**) karakteristiği olan iki devlet yönetimi biçimine, hukuk ve polise karşılık gelen paralel perspektiflerden ele alır<sup>154/155</sup>. Dubber, Foucault'un terminolojisini kullanarak, iki yönetim modeli arasında fark gözetmektedir. Bunlar hukuk ve polistir (**Law – Police**). Yani aslında Dubber klasik bir ayırım olan “**Hukuk Devleti (Rechtsstaat veya Rule of Law)**” – “**Polis Devleti (Polizeistaat)**” ayırımına, Atina ve Roma örneklerini de vererek ve liberal batı demokrasileri bağlamında açıklamada bulunduğunu da belirterek, dayanmaktadır<sup>156</sup>. Aydınlanma ile birlikte, önceleri polis yönetimiyle devlet gücünün nesnelere olan kişiler, devletin egemenlik tasarruflarını meşrulaştırması gereken hukukun güvencesi altında özerk, eşit sujeler olarak kavranmıştır<sup>157</sup>.

Liberal ceza hukukunun kriziyle birlikte hem klasik liberal ceza hukuku ilkelerinin korunması hem de bu ilkelerden sapma biçiminde ceza hukuku alanında ikilik söz konusu olmuştur<sup>158</sup>. Bütün bu ceza hukukunda ikilik düşüncelerindeki temel sav ise şu şekildedir: Liberal olmayan ceza hukuku ve cezalandırma, liberal demokrasilerdeki ceza sistemine sızmıştır ve ikili bir sistem yaratmıştır. Bir yandan, liberal ceza sistemi, ceza adaletinin meşru doktrini olarak kabul edilmektedir. Öte yandan ise liberal olmayan

<sup>153</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 749.

<sup>154</sup> Keza bunların ideal tipler olduğunu ve uygulamada bu iki modelin birbirleri içerisine geçtiğini de belirtmek gerekir. Bkz. Dubber, **The Dual Penal State**, s. 104; Nuotio, **Book Review**, s. 179.

<sup>155</sup> Dubber, birer yönetim modeli olarak hukuk ve polise karşılık gelen kavramlara dair son derece ayrıntılı bir liste hazırlamıştır. Anılan listenin incelenmesi, yazarın hukuk – polis ikiliğini hangi bağlamda kullandığına dair aydınlatıcı olabilir. Bkz. Dubber, **The Dual Penal State**, s. 115 – 116.

<sup>156</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 99 – 101.

<sup>157</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 102, 103.

<sup>158</sup> Ben – Natan, Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku – Vatandaş Ceza Hukuku, Dubber'in Penal Law – Penal Police, Packer'in Crime Control – Due Process, Alexander'in The New Jim Crow görüşlerini bu bağlamda örnek olarak göstermektedir. Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 742.

ceza hukuku, doktriner düzlemde reddedilse de, belirli grupları ve vaka kategorilerini demir yumrukla yönetmek için kullanılmaktadır<sup>159</sup>. Bu çerçevede Dubber da Janus benzetmesine başvurarak bir yüzün **Penal Law**, diğer yüzün ise **Penal Police** teşkil ettiğini ifade etmektedir<sup>160</sup>.

Dubber, eserinin adından da anlaşılacağı üzere cezai iktidar modellerini incelediği kısımda Fraenkel'in eserine atıf yapmakta ve polis kavramı ile tedbir devletini, hukuk ile ise norm devletini eşleştirmektedir. Her ne kadar yazar, hukuk devleti ile norm devletinin birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtse de çağdaş ceza hukukunda da **içerdekiler – dışardakiler, hukuka bağlı vatandaşlar – kural tanımazlar, erdemliler – düşük karakterli alçaklar, failer – mağdurlar, failer – devletin nesnesi olan kişiler** arasındaki ayrımların mevcudiyetine dikkat çekmektedir<sup>161</sup>.

Monaghan, Dubber'ın teorisinin ırk ayrımı temelli cezai uygulamalardaki farklılıklar ile göç alanındaki cezai iktidar pratiklerinin aydınlatılmasında faydalı olabileceğini belirtmektedir. Monaghan bu bağlamda Avustralya özelinde **“Summary Criminal Jurisdiction”** örneğini ele almaktadır. Bu jürisiz yargılama imkânı, özellikle Aborjinlere karşı işletilerek jüri önünde yargılamanın mahkûmiyet için ortaya çıkaracağı zorlukları bertaraf etmektedir. Böylelikle Dubber'ın hukuk – polis ayrımının, bilhassa kolonilerdeki durumu ve bu bağlamda da özellikle hukuki korumayı atlatmak için geçmişte ve günümüzde kullanılan polis yöntemlerini (**Summary Criminal Jurisdiction** gibi) anlamada yardımcı olacağı belirtilmektedir<sup>162</sup>.

Netice olarak, ceza hukukunun dönüşümü ve krizi, bugün ceza hukukunun giderek daha çok ikili bir yapı olarak görünmesine neden olmaktadır. Bu ikili yapının istikrarlı bir yapı olarak devamı tehlikesi, mevcuttur ve yakıcı bir şekilde karşımızdadır. Aydınlanma'nın getirdiği ilkelere göre işleyen olağan ceza hukukunun yanı sıra, idarileşen veya idareye alan kaptıran bir olağanüstü ceza hukuku giderek daha görünür hale gelmektedir.

### C. Günümüzün İmparatorluk Formlarında İkili Ceza İmparatorluğu

Liberal devletlerdeki ceza hukukunun ikili niteliğine dair çok yeni bir çalışma da Ben – Natan'ın **“İkili Ceza İmparatorluğu (The Dual Penal Empire)”** makalesidir. Adından da anlaşılacağı üzere, Ben – Natan da, Dubber'ın fikirlerinden belirli ölçülerde etkilenecek ve esinlenerek

<sup>159</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 742.

<sup>160</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 100.

<sup>161</sup> Dubber, **The Dual Penal State**, s. 118.

<sup>162</sup> Monaghan, **Book Review**, s. 153.

günümüzdeki ceza hukukunun krizine ve ceza hukukundaki ikilik yaklaşımına dair yeni bir bakış açısı getirmiştir.

Ben – Natan, olağanüstü hal yetkilerinin<sup>163</sup> imparatorluğun karakteristiği olduğunu ve düşman olarak kabul edilenler bakımından olağan ceza sisteminden ayrı bir cezai rejim oluşturarak ikili ceza rejimini teşekkül ettirdiğini iddia etmektedir. Böylelikle olağanüstü hal ve olağan ceza sistemlerinin maskelenmiş ikiliği, çok daha cebri nitelik arz eden olağanüstü hal sistemi altında, emperyal düzenin düşmanlarının kovuşturulmasına hizmet etmektedir<sup>164</sup>.

Britanya için “**İmparatorluk (Empire)**”, İsrail için ise “**Emperyal Teşekkül (Imperial Formation)**” terimlerini kullanan Ben – Natan, Britanya İmparatorluğu tarafından Filistin’de hem Filistinlilerin hem de Siyonistlerin direnişine karşı kullanılan olağanüstü hal yetkilerinin<sup>165</sup>, İsrail’in kurulmasıyla İsrail’e aktarıldığını başarılı bir şekilde göstermektedir. Öyle ki olağanüstü hal yetkileri ve askeri kovuşturmalar, öncelikle Yahudi kolonyalistlerin toprakları devralmasında, 1967 sonrasında da işgal edilen Filistin toprakları üzerinde genişleme ve askeri kontrol bakımından fayda sağlamıştır. İsrail’de toplam hapisane nüfusunun üçte birini oluşturan binlerce Filistinli, askeri mahkemelerde düşman olarak yargılanmaktadır<sup>166</sup>. Dolayısıyla da emperyal 30’lu yıllardan kolonyal günümüze değin olağanüstü hal yetkileri, ceza sisteminin bir parçasını oluşturmaktadır<sup>167</sup>.

Yazar, genel kanının tam aksine, olağanüstü hal yetkileri cezai rejiminin, bir istisna değil, süreklilik teşkil ettiğini belirtmektedir<sup>168</sup>. Bizce de ceza hukukunun ikili karakterini ve liberal ceza hukukunun krizini anlayabilmek için, yaşanan gelişmelere geçicilik veya istisnailik etiketlerini yapıştırmadan yani inkâr mekanizmalarını devreye sokmadan gelişmeleri dürüstlikle kabul

<sup>163</sup> Yazarın “**state of emergency**” ve “**emergency powers**” ve benzeri kullanımlarına karşılık olarak çalışmamızda “**olağanüstü hal**” kavramı kullanılmıştır. Esasen istisnai hal rejimlerinden hareketle istisnai hal durumu – yetkileri şeklinde bir terminoloji de kullanılabilir. Ancak makalede, Angolo – Amerikan terminolojisine uygun olarak olağanüstü hal çerçevesinde konunun ele alınması nedeniyle ve yazarın görüşlerini Türkçeye aktarırken çevirinin akıcılığını da sağlamak adına olağanüstü hal tabirini kullandık.

<sup>164</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 742.

<sup>165</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 747 - 749.

<sup>166</sup> Filistin’de olağanüstü hal ceza hukukunun uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 750 – 753.

<sup>167</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 743.

<sup>168</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 744.

etmek gerekmektedir. Dolayısıyla yazarın bu tespiti hayli yerindedir. Çünkü emperyal olağanüstü hal, bir krize yönelik anlık bir yanıt değil, bilakis bir yönetim biçimidir. Dolayısıyla da olağanüstü hal, bir egemenlik ve politik kontrol tekniğidir<sup>169</sup>.

Cezai olağanüstü yetkiler, olağan ceza hukukunu askıya almamıştır ve fakat onunla aynı anda var olmuştur. Keza bu olağanüstü hal yetkileri, ceza muhakemesindeki kabul edilen liberal yasal korumaları askıya alırlar ve fakat bu askıya alma hali, asla bir “**yasal kara delik (legal black hole)**” meydana getirmez. Bir kişinin ya da bir olay kategorisinin, olağanüstü hal yetkilerine mi yoksa ceza hukukuna mı göre yargılanacağı, yürütme kararına bağlı hale gelmektedir<sup>170</sup>. Böylelikle Ben – Natan, bir cezai rejim olarak emperyal olağanüstü hal yetkilerinin fonksiyon gördüğünü ileri sürmektedir. Yani karşımızda daimi bir cezai rejim bulunmaktadır. Bu rejimde ayrıca suçlar, cezalar ve usuli hükümler düzenlenir ve olağan yargı sistemi ile olağanüstü yargı sistemi arasında tutma, yargılama ve mahkemeler teşkilatına bakımından farklılıklar gözlemlenir; yani ikili bir yapı ortaya çıkar<sup>171</sup>.

Böylelikle Ben – Natan, Jakobs'un düşman ceza hukukuna dair tasviri görüşlerine katılırken iki önemli özellikten daha bahsetmektedir. Öncelikle bir adalet dağıtımından evvel düşmana karşı koyup onu yenmeyi amaçlayan askeri yargı kullanılmaktadır ve bilhassa ırksal olarak tesis edilip oluşturulmuş düşmana karşı bu olağanüstü ceza yetkileri tatbik edilmektedir<sup>172</sup>. Netice olarak cezai olağanüstü hal rejimleri, yalnızca emperyal geçmişin bir hatırası değil ve fakat 21. yüzyılın yeni emperyal oluşumlarının da bir enstrümanıdır<sup>173</sup>.

Ben – Natan, kavramlaştırdığı ikili ceza imparatorluğu ile ikili ceza devletinin de farklı şeyler olduğunu iddia etmektedir. Zira imparatorluk, bir yönetim biçimi olarak, modern liberal devlet gibi liberal değildir. İmparatorluklar, diğer otokratik sistemler gibi, hukuken yönetilse de yalnızca hukukun üstünlüğüne dayanmazlar. İkili ceza imparatorluğun başlıca hedefi, kendisine yönelik politik direnişi bastırmaktır. İkinci olarak, imparatorluk, daha açık bir şekilde liberal olmadığından, ceza sistemindeki ikilik, kurumsallaşmıştır. Yani ikili ceza imparatorluğunda, asi nüfusu yargılamak için askeri mahkemeler kurulur ve düşman olarak etiketlenen

<sup>169</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 745.

<sup>170</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 745 - 746.

<sup>171</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 742.

<sup>172</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 755.

<sup>173</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 756.

kesimler, olağanüstü hal kapsamında kurumsallaştırılmış şekilde yargılanır. Son olarak ise ikili ceza imparatorluğu ile ikili ceza devleti arasında inkâr mekanizmaları da farklıdır. Zira liberaller tarafından ikili ceza devletinde, düşman ceza hukukunun varlığı reddedilir ve fakat imparatorluğun yeni formu olarak Ben – Natan tarafından sunulan ABD, İsrail gibi devletlerde olağanüstü hal kanunları ve askeri mahkemeler doğrudan reddedilemez, çünkü bunlar açıkça vardır. Bu imparatorluk formlarında inkâr mekanizması, cezai meselelerin cezai niteliğinin reddi biçiminde gelişir. Söz konusu olan sadece güvenlik için gerekli olan önleyici tedbirlerdir ve böylelikle de esasen imparatorluk formunun cezai eylemleri, ceza hukukunun dışında kümelendiği ve ceza hukukunun da saf haliyle varlığını sürdürdüğü iddia edilir<sup>174</sup>.

#### IV - İKİLİ DEVLET VE İKİLİ CEZA DEVLETİ ÇERÇEVESİNDE CEZA HUKUKUNDAKİ GÜNCEL DURUMA DAİR DEĞERLENDİRME

Çalışmamızda şu ana değin Fraenkel'in ikili devleti ile bu görüşten hareket eden Dubber'in ikili ceza devleti ve yeni bir çalışma olan Ben – Natan'ın ikili ceza imparatorluğu görüşlerini açıklamaya çalıştık. Bu noktada artık tüm bu görüşleri, ceza hukukunun güncel durumu bakımından değerlendireceğiz. Öncelikle Fraenkel'in ikili devletinden özellikle ceza hukuku bağlamında çıkardığımız sonuçları, ceza hukukunun güncel durumuyla sınamak istemekteyiz.

Alman şansölyesi Merkel, terörist Ladin Amerikan güçlerince öldürüldükten sonra, bu öldürme pratiğinden duyduğu neşeyi dile getirmiştir<sup>175</sup>. Almanya'nın AİHS'e ve ölüm cezasını Avrupa sathında ortadan kaldıran ek protokollere taraf olduğunu göz önüne alarak ceza hukukunda ikili devlet pratiğine ilişkin olarak şu soruyu sormak gerekir: AİHS 6 ve 13 nolu protokoller ortadayken acaba terör operasyonları ile doğrudan öldürme ve hatta daha doğru bir kelime olarak imha, ancak tedbir devletinin bir tasarrufu mudur?

Ozansü, hukuk tarihinde her yeni olan hukukilik inşasında, eski hukukun olağan muhakeme usulünün, olağanüstü bir durum karşısında kifayetsiz kalması nedenine dayanan meşruiyet algısının başrolü oynadığını ifade etmektedir. Örneğin itham usulü, zındıklık tehlikesi karşısında anlamsızdır ve *crimen exceptum* (sıra dışı suçlar), suç ve ceza kavramlarının

<sup>174</sup> Ben – Natan, *The Dual Penal Empire*, s. 746 – 747, 756.

<sup>175</sup> Ozansü, *Kanundan Tedbire Geçiş*, s. 106 – 107.

modernleşmesine hizmet etmiştir<sup>176</sup>. Bu çerçevede de günümüzde terörizm, organize suçlar, çevre suçları, bilişim suçları, cinsel suçlar, sınır aşan suçlar gibi alanlarda artan riskler ve bu risklerin gerçekleşmesinden duyulan derin korku, modern ceza hukukunun özellikli suç alanlarda yetersiz kaldığına ve form değiştirmesi gerektiğine yönelik düşünceleri beraberinde getirmektedir. Fraenkel'in da kitabında kullandığı Schmitt'in "*tabii ki plebisiter meşruiyetin mantosunu, kimi şeylerin üstünü örtebilecek ve saklayabilecek kadar bol ve kıvrımlıdır*"<sup>177</sup> sözünde, plebisiter kelimesini çıkarıp "güvenlik veya korku odaklı" ibaresini yerleştirmek, sanırsız ki ceza hukukunda ve genel olarak da hukukta bugün meydana gelen pek çok gelişmeyi anlamamıza yardımcı olacaktır.

Ceza hukukundaki bu dönüşümü iktisadi ve politik değişimlerden ayrı düşünemeyiz. Sanayi Devrimi sonrası dünyada genel olarak artan zenginlik, geçmişe nazaran en azından insanlığın genel olanak kapasitesinin arttığını göstermektedir. Bununla birlikte bu büyüyen pastanın paylaşımı sorunu ise çözülmek bir yana yakıcı bir şekilde karşımızdadır. Neoliberal politikalarla birlikte, kitlelerin bu büyümüş pastadan aldıkları pay 1980'lerden itibaren düşmeye başlamıştır ve bu eğrinin sürmesi beklenmektedir<sup>178</sup>. Zeybekoğlu, ikili devleti, neoliberalizmin iflasına bağlamaktadır. Otomasyon ve devamında gelen teknolojik gelişmeler yeni bir küresel sınıf ve ekonomik yapıda yenilik getirmekle kalmamış, eski sistemin politik yapılarını da deforme etmiştir. Bu bağlamda en çarpıcı dönüşüm ise **yurttaşın paydaşa** dönüşmesidir. Neoliberal politikaların ise uzun vadede zor olmaksızın uygulanması olanak dışıdır. Bu düzenin sonucu olarak ortaya çıkan ikili devlet yapısı, bir yanda paydaşlar arasında düzeni tesis ederken paydaş olmayanları da düzen dışına yerleştirmektedir. Yurttaşlıklarını kaybederek çıplak bir hayat yaşamaya başlayan geniş kitleler için gündelik hayat, kamp hayatına dönüşmekte ve bu şekilde istisnai hal olağan hale gelmektedir. İşte ikili devlet de bu düzen dışına çıkmış kitleleri hizaya sokma işlevi görmektedir. Paydaşlar arası mübadele norm devleti ile mümkün kılınmakta iken tedbir devletinin tedbirleri ile geniş kitle istenilen yere gönderilmekte ya da sabitlenmektedir<sup>179</sup>.

Böylelikle olağanüstü hal yetkileri, bir grubun diğeri üzerinde egemenliğini sağlamlaştıran ikili ceza sistemiyle bir parçalanma

<sup>176</sup> Ozansü, **Kanundan Tedbire Geçiş**, s. 116.

<sup>177</sup> Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 115.

<sup>178</sup> Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 42 – 43.

<sup>179</sup> Zeybekoğlu, **Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**, s. 43 – 51.

yaratmaktadır<sup>180</sup>. Kanımızca işte bu neoliberalizmin krizi koşullarında ve bu krizin ortaya çıkardığı hukukun ve özelde de ceza hukukunun dönüşümü - krizi uyarınca Fraenkel'in ikili devleti, devletin cezai iktidarının tedbir devletinin eline geçmesi tehlikesine işaret etmektedir. Zira ikili devlet, belirli istikrar örüntüleri yaratmaya ehil ve dolayısıyla kalıcılık potansiyeli taşıyan bir yönetim tarzıdır ve ikili devleti günümüzün yeni otoriter rejimlerini anlamak noktasında değerli kılan da bu durumdur<sup>181</sup>.

Ceza hukukunun güncel halinde bir ikili devlet formunun ortaya çıkması tehlikesi, devletin cezai iktidarının özellikle politik suçlardaki şedit görünümünden kaynaklanmaz. Her devlette bir zor aygıtı olarak ceza hukuku rol oynadığından, sisteme içkin haksızlıklar ile ceza hukuku sisteminin ikili bir karaktere bürünmesine neden olan haksızlıklar arasında, kesin bir çizgi çekmek hayli zor olacaktır. Dolayısıyla Fraenkel'in örneklerinden ve tespitlerinden yola çıkarak ceza hukukunda ikili devlet için, ya ceza hukukunun, kolluk – idare hukuku lehine alan kaybetmesi ya da ceza hukuku süreçlerinin, maddi olarak kolluk – idare hukuku süreçlerine dönüşmesi ve bu şekilde “milli olmayan kuvvetler” için “olağan ceza hukuku” tasfiye edilirken öbür tarafta da “milli kuvvetler” için “olağan ceza hukukunun” aynı şekilde işler olması gerekir tezini ileri sürmekteyiz.

Modern ceza hukuku, kanunilik ilkesine dayanmakta, daha çok kişisel hukuki değerleri savunmakta, suç ile mücadele aracı olarak görülmemekte, hümanizm ilkesi çerçevesinde şekillendirilmektedir<sup>182</sup>. Ancak günümüzde ceza hukuku bir bastırma değil önleme aracı haline getirilmeye çalışılmakta, bu duruma koşut şekilde ceza muhakemesi hukuku da suçla mücadele aracına ve kimi zaman mağduru tatmin etme amacına yönelmektedir.<sup>183</sup>. Erman'ın aşağıdaki tespitleri dikkat çekicidir:

*“Ceza muhakemesi, belirli suçlarla mücadele bakımından ikiye bölünmüş, şizoid bir yapıya kavuşmuştur. Dahası, bu ikili yapı, olağanüstü dönemde ortaya çıkmasına rağmen giderek olağan dönemde yuvalanmış, özel muhakeme tedbirleri genele yayılmıştır”*<sup>184</sup>.

Düşman ceza hukukunun temel özellikleri (cezanın kusur ile değil tehlikelilik ile temellendirilmesi, önleyici kanun koyuculuk, tehdit ve düşmanın bertaraf edilmesi, statüsüzleştirme)<sup>185</sup> esasen polis hukukunun

<sup>180</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 755.

<sup>181</sup> Tekin, **Schmitt'e Karşı Fraenkel**, s. 178 – 180.

<sup>182</sup> Keçelioğlu, **Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**, s. 631.

<sup>183</sup> Keçelioğlu, **Ceza Hukukunun Değişen Yüzü**, s. 633, 637.

<sup>184</sup> Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 448.

<sup>185</sup> Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 451 – 453.



özellikleridir. Yine mücadele ceza hukuku, suçta karşı zafer kazanma amacı, muhatabin değişmesi ve kamusal makamları mücadeleye katması<sup>186</sup> ile polis hukukunu andırmaktadır. Keza risk ceza hukuku, işlevselciliği ve kusur ile orantılı yaptırımını değil riskin bertaraf edilmesini<sup>187</sup> hedeflemesi ile polis hukukuna benzemektedir.

Ceza hukukundaki dönüşümü açıklamaya çalışan veya ceza hukukunda ikilik tespitine yer veren tüm görüşlerin, meseleyi kısmi olarak ele aldıklarını belirtmiştik. Bizim bu çalışmada ceza hukukundaki dönüşüme ve krize dair tespit ettiğimiz temel özellikler ise şu şekildedir: **Ceza hukuku haksızlığa verilen önem azalmaktadır, cezai iktidar bazı alanlarda idarenin eline geçmektedir ve cezai süreçlerin kendisi idarileşmektedir.**

Cezai bir isnat olmaksızın tutmanın her türlü formu, ABD'nin Guantanamo'da "**Unlawful Enemy Combatant**" kategorisiyle kişileri hapsedmesi, yani cezai bir isnattan azade idari prosedürlerle, tedbirlerle, istisnai düzenlemelerle ya da olağanüstü hal yetkileriyle bir nevi düşman kabul edilenlerle mücadele etmek ve düşmanların hürriyetlerinin tahdit edilmesi, günümüzde cezai iktidarın, idare lehine alan kaybetmesinin işaretleridir.

Muhakeme garantilerinin tasfiyesi, şüpheli – sanık statüsünün azalan değeri, bilhassa soyut tehlike suçları ve hazırlık suçlarında cezai haksızlıktan ziyade önleme amacının daha baskın hale gelmesi ise, cezai süreçlerin idarileşmesi tehlikesini, yakıcı bir tehlike olarak karşımıza getirmektedir.

Cezai haksızlık düşüncesinin değer yitimi, suç kavramının da yapısal olarak değişmesine neden olmaktadır. Ancak vurgulanmalıdır ki tehlikeleri önleme hukukuna dair bir müdahale için vesile olabilecek her şey, ceza hukuku yaptırımını ile de tehdit edilemez<sup>188</sup>. Ceza normunun muhatabı, ihlalciler veya tehlikeye atanlar değil, tipiklikte tanımlanmış davranışın icrasına ya da ihmeline göre cezaya layık davranışla suçlanabilir<sup>189</sup>. Dolayısıyla yalnızca gelecekteki suçun olasılığı, yani önleme amacı, ceza hukukunun uygulanması için neden olamaz (yani bizce yeterli de olamaz), aksine cezalandırılacak hareketin, söz gelimi hazırlık hareketinin, bizatihi bir haksızlık olarak tasvir edilmesi zorunludur<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 454 – 456.

<sup>187</sup> Erman, **Ceza Hukukunun Dönüşümü**, s. 457 – 458.

<sup>188</sup> Puschke, **Das neue Terrorismusstrafrecht**, s. 103.

<sup>189</sup> Puschke, **Das neue Terrorismusstrafrecht**, s. 104.

<sup>190</sup> Puschke, **Das neue Terrorismusstrafrecht**, s. 104.

Ceza hukukunun idarileşmesi veya idare lehine alan kaybetmesi, bugünkü hukuki gelişmişliğin önemli bir formu olan kanuniliğin zedelenmesi anlamına gelmektedir. İmparatorluk politikaları, herkes için tek hukuk düşüncesine dayanmaz ve bu nedenle de farklı insan grupları için çoklu hukuk tipleri üretilmektedir<sup>191</sup>. Düşman Ceza Hukuku kavramında, tehlike kaynağı birey ve ona uygulanacak tedbir ile uzlaşılabilir yurttaş ve ona uygulanacak ceza karşı karşıya konumlandırılır. Dolayısıyla Düşman Ceza Hukuku'nun muhatabı, kanunilik alanından çıkarılır. Bu şekilde düşman olarak nitelenenler bakımından kanun formu aşılır ve kanunun yerini tedbir alır. Bu durumun bir sonucu olarak devlet egemenliğine tabi eşit yurttaşlık düşüncesinin de sonunun gelmesi tehlikesi söz konusu olacaktır<sup>192</sup>.

Dubber'in ikili ceza devleti ise, en başta ceza hukukçularını, devletin cezai iktidarı genişleyip sertleşirken bu iktidarın meşruiyetini sorgulamaya davet etmektedir. Dubber, üzerine eğildiği örnekler olarak hem Alman hem de ABD sistemlerinin zayıf yanlarını yansıtma olanağı bulmuştur. Bu şekilde yazar, devletin cezai iktidarının meşruluğu sorununu ortaya atmakta ve böylelikle de devletin cezai iktidarının, hem Türkiye'de hem de liberal ilkeleri benimsediği iddiasındaki diğer ülkelerde, ilerici yönden bir eleştirisi için temel oluşturmaktadır.

Yine meşruluk sorunu önemli ölçüde ihmal edilince, çeşitli inkâr mekanizmalarının işlemesi kolaylaşmaktadır. Bir yanda cezai bir müdahale olarak hukuka uygun görülmesi mümkün olmayan egemenlik tasarrufları, cezai müdahale alanı dışında nitelendirilerek cezai müdahalenin meşruluğu göz ardı edilir. Ben – Natan, ABD ve İsrail bağlamında bu durumu başarıyla örneklendirmiştir. Öbür yanda da Dubber'in ceza – güvenlik tedbiri ayrımı çerçevesinde, cezai müdahalenin meşruluk sorununun göz ardı edilmesine dair açıklaması dikkate değerdir.

Dubber ve Ben – Natan'ın çalışmaları, bizim ikili devlet üzerinden ceza hukukunun dönüşümünü okuma çabamızı destekler niteliktedir. Zira ceza hukukunun dönüşümü olarak adlandırılan sürecin, ikili devlet formuna sebebiyet vermesi olasılığı, basitçe kötümser bir düşünce olarak nitelendirilemez. Adı geçen yazarların çalışmalarında ABD ve İsrail çerçevesinde verdikleri örnekler, ciddi bir tehlikenin varlığına işaret etmektedir. Meşruluk sorununu tanımayan, **“Penal Police”** biçiminde cezai iktidarın biçimlendiği, nüfusun belirli bir kısmının ya da belirli grupların

<sup>191</sup> Ben – Natan, **The Dual Penal Empire**, s. 755.

<sup>192</sup> Ozansü, **Kanundan Tedbire Geçiş**, s. 121 – 122.

özel bir ceza hukuku sürecine tabi kılındığı, özel mahkemelerin veya komisyonların işlediği sistemler, hayal ürünü örnekler olmaktan ziyade yaşadığımız çağda giderek ceza hukukunun “**Zeitgeist**”ı haline gelmektedir.

Son olarak tüm bu açıklamalarımız çerçevesinde Türkiye özelinde de, ceza hukukunun doğrudan idare lehine alan kaybetmesine ve cezai süreçlerin idarileşmesine dair çeşitli örnekler var gözükmemektedir.

AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen AİHS m. 18 ihlallerini önemi, AİHS sistemindeki herhangi bir hakkın ihlaliinden öte bir anlam taşımaktadır; zira AİHM tarafından 18. madde ihlaliyle ilgili sözleşmecî devletin kötü niyetle hareket ettiği kabul edilmektedir ve bu durum, sözleşmecî devletin Sözleşme'nin ruhuna aykırı davrandığı anlamına gelmektedir<sup>193</sup>. Keza 18. maddenin varlık nedeni ve işlevi olarak da, sözleşmecî devletlerin, ellerindeki gücü kötüye kullanarak sözleşmede güvence altına alınan hakları ve özgürlükleri keyfî bir şekilde sınırlamalarının önüne geçmek ve totaliter rejimlerin Avrupa sathında yeniden ortaya çıkmasına mani olmak adına bir erken uyarı – alarm ve güvence sistemi tesis etmek gösterilmektedir<sup>194</sup>. Demirtaş 2 v. Türkiye kararında, hem Daire hem de Büyük Daire tarafından, Kavala v. Türkiye kararında ise Daire tarafından, Türkiye aleyhine 18. madde ihlali tespit edilmiştir<sup>195</sup>. Cezai süreçlerin, cezai haksızlık isnadının araştırılması haricinde kullanılması, ceza hukukunun idarileşmesi tehlikesinin somut bir görünümüdür.

Keza tutuklama çerçevesinde yaşanan tartışmalar da bu bağlamda anılabilir. Esasen tutuklamanın ceza muhakemesi amaçları haricinde kullanımı, süregiden bir tartışmadır<sup>196</sup>. Bununla birlikte tutuklamanın Türkiye’de, bir koruma tedbiri olmaktan öte bir şekilde yoğun bir şekilde kullanıldığı bir vakiydir.

Bir diğer sorunlu alan, kimi davalarda mahkeme kararlarının uygulanmaması bağlamında yaşanan gelişmelerdir. AİHM’in Demirtaş ve Kavala kararlarının yerine getirilmemesi, Avrupa Konseyi ile Türkiye arasında ciddi şekilde bir soruna neden olmaktadır. Anılan kararların her birinin uygulanmamasına yönelik olarak, hem bir süre açıkça bu kararların

<sup>193</sup> Molu, **18. Madde**, s. 107 – 111.

<sup>194</sup> Molu, **18. Madde**, s. 7, 24 – 25.

<sup>195</sup> Demirtaş 2 kararında 18. madde ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Molu, **18. Madde**, s. 41 – 42, 45 – 46, 84 – 85, 87 – 88 ve Kavala kararında 18. madde ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aynı eser, 44, 86 – 87.

<sup>196</sup> Bu hususa dair son derece başarılı ve öz bir değerlendirme için bkz. Yüce, **Zorlayıcı Önlem Teorisi**, s. 70 – 72.

uygulanmak istenmemesi hem de başvuruculara temelde farklı olmayan başkaca suçlamalar yöneltilmesi söz konusudur<sup>197</sup>. Keza AYM'nin de Berberoğlu kararlarının uygulanmasında yaşanan güçlükler hafızalardadır. Özellikle beğenilmeyen mahkeme kararlarının uygulanmaması, cezai alanda, yalnızca artık cezai iktidarın değil idarenin de belirleyici olduğunu göstermektedir ki bu durum ceza hukukunun idare lehine alan kaybetmesini anlatmaktadır.

Cezai süreçlerin, yalnızca cezai bir haksızlığın muhakeme edilmesi haricinde kullanılması, mahkeme kararlarının uygulanmaması ve mahkeme kararlarının cezai haksızlık isnadının haricinde yalnızca bir tutma aracı olarak kullanılması hakkındaki örnekler, Türkiye'deki ceza hukukunun durumu bakımından ciddi bir tehlikeye işaret etmektedir.

Fraenkel ve Dubber'in eserleri uyarınca nihai değerlendirme olarak şu hususları belirtebiliriz: Cezai süreçlerin hem bizatihi korunması hem de niteliklerinin muhafaza edilmesi yönündeki çabalar bugün için büyük bir anlama sahiptir. Cezai süreçlerin idare lehine alan kaybetmesi, koruyucu tutma, toplama kampı gibi tarihin kötü hatıralarını akla getirmektedir. Cezai haksızlığın ve ceza hukukunun modern ilkelerinin reddi ise Volksgerichtshof benzeri yapılanmalara sebebiyet verebilir. Cezai müdahale, devlet iktidarının en ağır müdahalelerinden biridir ve fakat aynı zamanda bireylere hukuki güvenlik de sağlar. O halde modern ceza hukukunun ilkelerine göre işleyen cezai süreçlerin bireylere sunduğu güvencelerin farkında olunmalıdır. Ceza hukukunun alan kaybetmesiyle ortaya çıkabilecek ikili ceza hukuku ise, ceza hukuku garantilerini tarumar edecektir ve bu tehlikeye karşı herhalde en önce aydınlanmanın getirdiği ilkelerle ceza hukukunun savunulmaya ihtiyacı var gözükmektedir. Ancak cezai isnat maskesi ardında, her türlü şedit müdahalenin de üzeri örtülemez. Yani modern ilkeleriyle birlikte ceza hukukunun savunulması gerektiği düşüncesi, devletin cezai iktidarının meşruiyetinin sorgulanmasına dair ihtiyaçla bütünleşmelidir. Aksi halde liberal kabullere en uygun müdahale biçimi savıyla cezai müdahale, meşruluk sorununun dışına çıkartılır ve bu durumun da ceza hukukunun içten çürümesine neden olması, şaşırtıcı olmayacaktır.

Netice olarak modern ilkeleriyle birlikte devletin cezai iktidarının hem alanı hem de nitelikleri, idari iktidara karşı savunulmalıdır ve ayrıca devletin

<sup>197</sup> Anılan kararların uygulanmama sürecine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Molu, **18. Madde**, s. 139 – 147.

cezai iktidarının meşruluk sorunu ele alınarak cezai iktidarın meşru sınırlar dâhilinde kullanılması sağlanmalıdır.

### TESPİTLER VE TEZLER

- 1- Fraenkel'in ikili devlet teorisi, nasyonal sosyalist devletin yalnızca hukuka aykırı veya hukuk dışı davranışlardan yola çıkılarak anlaşılabilir. İkili Devlet, yalnızca tedbir devletinin tasarruflarıyla değil ama aynı zamanda (Türkiye'deki okumalarda bilhassa ihmal edilmiş olan) norm devletiyle ve norm devleti ile tedbir devleti arasındaki ilişkiyle ve özellikle norm devletinin alanını hukuken ya da fiilen daraltan düzenlemelerle veya uygulamalarla anlaşılabilir.
- 2- Devletin cezai iktidarının, özellikle politik suçlarda şedit bir şekilde görülmesi, doğrudan ikili devlet kavramına müracaat etmeyi sağlamaz. Zira liberal veya değil, bir toplumdaki meşru güç kullanma tekeline sahip olan her devlette zora başvurulur. Dolayısıyla politik ceza hukukunun kendine has şedit özelliği, eğer ikili devlet formu olarak anlaşılırsa, ikili devlet teorisinin herhangi bir orijinalliği kalmaz.
- 3- Fraenkel'in tespitleri ve örnekleri çerçevesinde bizce ceza hukukunun ikili devletteki görünüş biçimi iki şekildedir: Ya ceza hukuku, koruyucu tutma veya toplama kampı örneklerinde olduğu gibi idare hukuku lehine alan kaybetmiştir ya da Volksgerichtshof örneğinde olduğu gibi, cezai süreçlerin kendisi idarileşmiştir.
- 4- Dubber, liberal kabullerin belki de en zayıf noktalarından biri olan, liberal devlette cezai iktidarın meşruiyeti sorununu ele almıştır. Cezai müdahale biçimindeki devletin zor kullanımı kategorik olarak meşru kabul edildiğinden, Dubber'in analizi, açıkça ihmal edilmiş bir soruyu gündeme getirmektedir. Bu sorun ya hiç ele alınmamaktadır (ABD örneği) ya da bu sorunun aşıldığı düşünülmektedir (Almanya örneği).
- 5- Bir cezai müdahalenin meşruluğu sorunundan iki şekilde kaçış söz konusu olmaktadır: İlki, bir müdahaleye ceza hukuku müdahalesi niteliği vererek ve ceza hukuku müdahalesinin kategorik olarak meşru olduğunu varsayarak meşruluk sorununun üstünün örtülmesidir. Devletin müdahalesi bakımından sorunlu olabilecek herhangi bir müdahalenin, cezai forma sokularak meşruiyet sorununun gizlenmesine dair her türlü örnek bu bağlamda zikredilebilir. İkincisi ise bir ceza hukuku müdahalesini ceza hukuku dışında konumlandırarak meşruluk sorununu gizlemedir. Bu ikinci hale de tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun Türk hukukunda

reddedilmesine rağmen Kabahatler Kanunu m. 43/A uyarınca kabahat sorumluluğunun öngörülmesi örnek olarak gösterilebilir.

- 6- Ben – Natan, Dubber’ın görüşlerini ve ceza hukukundaki ikilik tartışmalarını, imparatorluk kavramına müracaat ile geliştirmiştir. Olağanüstü hal ceza hukukunun istisnai bir nitelik değil tam tersine sürekli bir cezai iktidar biçimi ve pratiği olduğunu göstermesi, özel mahkeme veya benzerlerinin kurumsallaşmış yapısı ve ırk temelli ayrımcı ceza hukuku politikaları ile ceza hukukunun ikili bir yapı arz ettiği görüşleri, yazarın çalışmasını değerli kılmaktadır.
- 7- Ceza hukukunun dönüşümünü açıklamaya çalışan teorilerin ortak noktası, ikili bir yapı haline bürünmeye başlayan ceza hukukunu izah etmektir. Cezai isnat olmaksızın tutma, özel yargı organları oluşturma, cezai haksızlıktan sarfınazar edilerek ceza hukuku müdahalesine başvurma ve cezai iktidarın meşruiyeti sorununu göz ardı etme, bugünün ceza hukukunda ikili bir karakterin giderek baskın hale gelmesine sebebiyet vermektedir.
- 8- Ceza hukukunun idare lehine alan kaybetmesine veya cezai süreçlerin idarileşmesine karşı, Aydınlanmanın getirdiği ilkeleriyle birlikte ceza hukuku savunulmalıdır. Çünkü devlet egemenliğinin en keskin müdahale formlarından biri de olsa ceza hukuku, aynı zamanda bireylere güvenlik sağlamaktadır. Dolayısıyla cezai süreçlerin varlıklarının korunması ve cezai süreçlerin cezai haksızlık temelli ve usuli garantileri korur bir şekilde işletilmesi gerekir. Ancak modern ilkeleriyle birlikte ceza hukukunun savunulması gerektiği düşüncesi, devletin cezai iktidarının meşruiyetinin sorgulanmasıyla tamamlanırsa bir anlam ifade edecektir.

### KAYNAKÇA<sup>198</sup>

Akçabay, Fehmiye Ceren: “**Karanlığa Aralanan Bir Kapı: Weimar Cumhuriyeti Yargısı**”, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 126 – 161. (**Weimar Cumhuriyeti Yargısı**).

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu: **Kadri Enis Berberoğlu (3)**, B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

<sup>198</sup> Çalışmamızda, yalnızca literatür örneği olarak belirtilen eserlere kaynakçada yer verilmemiştir.

- Ben – Natan, Smadar: **“The Dual Penal Empire: Emergency Powers and Military Courts in Palestine/Israel and beyond”**, Punishment & Society, 23 (5), 2021, s. 741 – 763.
- Bützler, Volker: **Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung: Eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten**, Baden – Baden, Nomos, 2017.
- Dubber, Markus D.: **The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative – Historical Perspective**, Oxford University Press, 2018.
- Erman, R. Barış: **“Ceza Hukukunun Dönüşümü”**, Duygun Yarsuvat’a Armağan - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C: IX, S: 2, 2012, s. 447 - 480.
- Fraenkel, Ernst: **İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı**, Çev: Tanıl Bora, İstanbul, İletişim, 2020.
- Geigenmüller, Otto: **Die politische Schutzhaft im nationalsozialistischen Deutschland**, Würzburg, Paul Scheiner Buchdruckerei und Verlagsanstalt, 1937,
- Guerin, Daniel: **Faşizm ve Büyük Sermaye**, Çev: Bülent Tanör, İstanbul, Habitus Yayıncılık, 2012.
- Haffner, Sebastian: **Bir Alman’ın Hikâyesi: Hatırladıklarım (1914 – 1933)**, 3. Baskı, Çev: Hulki Demirel, İstanbul, İletişim, 2018.
- Keçelioğlu, Elvan: **“Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”**, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan – Cilt I, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 627 - 638. (Ceza Hukukunun Değişen Yüzü).
- Kunter, Nurullah: **“Tehlike Tedbirleri” Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 34, S: 1-4, 1968, s. 27 – 32.
- Kunter, Nurullah: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Yedinci Bası, İstanbul, Kazancı, 1981.
- Molu, Benan: **Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulaması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2021. (18. Madde).
- Monaghan, James: **“Markus D Dubber, The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective”**, Sydney Law Review, Vol: 41(1), 2019, s. 149 - 154. (Book Review).

- Nuotio, Kimmo: **“The Dual Penal State á la Markus Dirk Dubber”**, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Volume:6, Issue: 2, 2018, s. 178 – 187. (Book Review).
- Ortner, Helmut: **Acımasızca Alman: Hitler Diktatörlüğünde Failler ve Kurbanlar**, Çev: Emrah Cilasun, İstanbul, Tekin, 2020. (Acımasızca Alman).
- Orwell, George: **1984**, Çev: Nuran Akgören, İstanbul, Can, 2010.
- Ozansü, Mehmet Cemil: **“Düşman Ceza Hukuku: Kanundan Tedbire Geçiş”**, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 105 – 125. (Kanundan Tedbire Geçiş).
- Puschke, Jens: **Das neue Terrorismusstrafrecht im Lichte der Verfassung**, KriPoZ, 2018/2, s. 101 – 108. (Das neue Terrorismusstrafrecht).
- Rachlin, Robert D.: **“Roland Freisler ve Volksgerichtshof: Bir Tedhiş Aracı Olarak Mahkeme”**, Nazi Almanyası’nda Hukuk: İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması, Ed: Alan E. Steinweis ve Robert D. Rachlin, Çev: Kıvılcım Turanlı, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 80 – 109. (Volksgerichtshof).
- Schmitt, Carl: **Siyasi İlahiyat – Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, 5. Baskı, Ankara, Dost, 2016.
- Schmitt, Carl: **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev: Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki, 2016.
- Tekin, Serdar: **“Schmitt’e Karşı Fraenkel: Toplumsal Gerçekçi Bir Diktatörlük Tahlili Olarak İkili Devlet”**, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 162 – 189. (Schmitt’e Karşı Fraenkel).
- Trouillot, Michel –Rolph: **Geçmiş Susturmak Tarihin Üretilmesi ve İktidar**, Çev: Ozan Zeybek, İstanbul, İthaki, 2015.
- Wächter, Gerd H.: **“Der doppelte Charakter des Strafrechts: Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts”**, Kritische Justiz, Vol: 17, No: 2, 1984, s. 161 – 185.
- Yonucu, Deniz: **“Var – Yok Hukuk: Türkiye’de Hukukun Şiddetinin Etnografik Analizi”**, Düşmanı Yargılamak, Haz: Ozan Değer, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 212 – 241. (Var – Yok Hukuk).
- Yüce, Turhan Tufan: **“Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”**, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 1980, s. 67 – 96. (Zorlayıcı Önlem Teorisi).



Zeybekoğlu, A. Emre: “**Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a ya da Refah Devletinden Neoliberal Bir Ütopyaya Doğru**”, Hukuk Kuramı, C. 6, S. 3, Eylül - Aralık 2019, s. 32 - 56. (**Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a**).



**¶ NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI/İSTİSMAR MAĞDURLARI  
NEDEN BİR DEFA DİNLENEMEMEKTEDİR?  
(WHY CANNOT VICTIMS OF AGGRAVATED SEXUAL ASSAULT/ABUSE BE HEARD  
ONCE?)**

**Arş. Gör. Eşref Barış Börekçi \* \*\***

**ÖZ**

*Nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurlarının (TCK m. 102/2 ve 103/2) ceza muhakemesi süresince kural olarak bir defaya mahsus dinlenmelidir. Ancak bu prensip uygulamada pek de riayet edilen bir hukuk normu değildir. Böylesi bir durum teori ile uygulama arasında bir çatışma yaratmaktadır. Bu düşünce yazısında uygulama ile teori arasındaki çatışmanın sebepleri irdelenmiştir. Bu sebepler akabinde anılan çatışmaya çözüm olarak uzmanlığa dayalı teşkilat yapılanması ve soruşturma aşamasına yönelik farklı teşkilatlanma önerileri sunulacaktır.*

***Anahtar Kelimeler:** Kırılğan mağdur, nitelikli cinsel saldırı mağduru, nitelikli cinsel istismar mağduru, bir defaya mahsus beyan*

**ABSTRACT**

*As a principle, aggravated victims of sexual assault/abuse (Articles 102/2 and 103/2 of the Turkish Criminal Code) shall be heard once during the criminal proceedings. However, this principle is not a legal norm that is followed very well in legal practice. Hence, such practice leads to a conflict between legal theory and practice. In this study, the reasons for the conflict between practice and theory are analyzed. After analyzing these reasons, an expert-based organizational structure and different organizational proposals for the investigation and trial phase will be presented as a solution to the conflict mentioned above.*

***Keywords:** Vulnerable victim, victim of aggravated sexual assault, victim of aggravated sexual abuse, one-off testimony*

\*\*\*

---

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.05.2022. İlk hakem raporu tarihi: 29.05.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 30.05.2022. Onaylanma Tarihi: 30.05.2022.

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001- 6609-1759.

**Esere Atıf Şekli:** Eşref Barış Börekçi, “Nitelikli Cinsel Saldırı/İstismar Mağdurları Neden Bir Defa Dinlenememektedir?”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.1077-1084.

## 1. Giriş

Bu çalışmada vücuda organ veya sair bir cisim sokulmak suretiyle gerçekleşen cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları üzerinden yürütülen ceza muhakemesi hukuku safhalarında, mağdurlarının neden bir defaya mahsus olarak dinlenemediği irdelenecektir. Çalışmanın konusu anılan mağdurların bir defa dinlenmesi gerektiği kabulüyle formüle edilmiştir. Bu sebeple önce bu kabule ilişkin genel bilgiler verilecek ve akabinde bu kabulün uygulamayla örtüşüp örtüşmediği tespit edilecektir. Bu tespitin arkasında yatan ana sebepler açıklandıktan sonra sorunun çözümüne ilişkin öneriler gündeme getirilecektir. Çalışmanın ilerleyişine ilişkin bu genel bilgiden sonra yazının formatına ilişkin hususlara değinilmelidir.

Bu çalışma bir düşünce yazısıdır. Bu yönü itibariyle araştırma makalelerinin alışlagelmiş formatından farklı olarak tek bir konuyu her yönüyle derinlemesine değerlendirmek yerine tek bir konuyu belli bir perspektiften öz bir şekilde değerlendirme yolu seçilmiştir. Özellikle asli problemlerin üzerine düşünme ihtiyacı ve bu gerekliliğin araştırma makalesi formatına uygun olmaması sebebiyle düşünce yazısı formatına başvurulmuştur. Formata ilişkin açıklamalardan sonra çalışmada kullanılan terminolojiden kısaca bahsedilmelidir.

Çalışmada 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (“TCK”) m. 102/2 ve TCK m. 103/2’yi karşılayacak şekilde “nitelikli cinsel saldırı/istismar” terimi kullanılmıştır. Yazının yapısına ilişkin bu genel çerçeveden sonra esasa ilişkin yolculuğumuza başlayabiliriz.

## 2. Ön Kabul: Nitelikli Cinsel Saldırı/İstismar Mağdurları Mükünse Bir Defa Dinlenmelidir

Ceza muhakemesi hukukunun asli amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bunu perdenin arkasında gizlenen hakikatin birtakım enstrümanlarla aranmasına benzetebiliriz. Ancak hakikat bu benzetmedeki gibi kolaylıkla bulunamamaktadır. Bir yargılama sırasında hakikati arayan hukuk sistemi, antikalarla dolu bir dükkânda hakikati arayan bir file benzemektedir. Zira ceza muhakemesi hukuku sisteminin tek amacı filin hakikati bulması değil, aynı zamanda da dükkânda yer alan birbirinden değerli antika parçaların da korunmasıdır. Hal böyle olunca hem filin arayışına devam edebilmesini sağlamak hem de korunmaya çalışılan değerleri kırmadan dökmeden rafta tutabilmek özel bir ustalık gerektirmektedir. Bu ustalık maddi gerçeğin arandığı sırada ihlal/müdahale edilen değerler ile maddi gerçeğe ulaşmak arasında nasıl bir denge kurulduğunda yatmaktadır. Bahsedilen dengeyi kendini gösterdiği

alanlardan birisi de nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurlarının ceza muhakemesi hukuku sürecindeki beyanlarının alınmasında yatmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda mağdur açısından yargılamanın yürüyüşüne baktığımızda mağdurun beyanına ilk olarak soruşturma aşamasında başvurulmaktadır. Ardından mağdurun beyanı kovuşturma aşamasında tekrar alınmaktadır. Hal ve şartların gerektirdiği ölçüden her iki aşamada da mağdurun beyanı tekrar alınabilmektedir. Bu beyanlar sırasında mağdur bir anda kendisini bilmediği, alışık olmadığı ve aslında son derece gergin olan bir sürecin içerisinde bulunmaktadır. Öyle ki duruşmada sanık ile karşılaşmaya, duruşma salonunun kasvetli ve ciddi havasını solumaya, muhakeme süjelerinin teoride doğrudan ama uygulamada kimi zaman dolaylı olarak sorduğu en mahrem veya zorlayıcı sorulara maruz kalmaktadır<sup>1</sup>. Böylece mağdurun travması büyüebilmekte<sup>2</sup> veya yeni travmalar oluşabilmektedir. Hele ki söz konusu mağdur aynı zamanda çocuksa, bahsedilen olumsuzlukların yaşanma riski daha da artmaktadır<sup>3</sup>. Bu sebeptir ki cinsel saldırı/istismar mağdurları kırılğan grupta kabul edilerek onlara özgü özel imkân ve usuller getirilmektedir<sup>4</sup>.

İşte bu özel imkân ve usullerden birisi de CMK m. 236/5 vd. fıkralarda düzenlenmiştir. Nitekim ilgili düzenlemenin uygulayıcılara söylediği şudur:

*“Nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurlarının soruşturma aşamasında beyanını özel bir ortamda bir defaya mahsus olarak alın ve aldığınız beyanı video kaydı olarak saklayın ki muhakemenin ilerleyen aşamalarında mağdurun beyanına ihtiyacı olanlar tekrar tekrar mağduru dinlemek zorunda kalmasin”<sup>5</sup>.*

Ne var ki, düzenlemeden beklenen sonuç, uygulamada tam olarak karşılığını bul(a)mamaktadır.

### **3. Sorunun Tespiti: Uygulamada Nitelikli Cinsel Saldırı/İstismar Mağdurları Bir Defaya Mahsus Dinlen(e)memektedir.**

Bu düşünce yazısı kaleme alınmadan önce beş farklı ilden ilk derece ağır ceza mahkemesi hakimleri ile görüşülmüştür. Bu sözlü görüşmeler neticesinde ulaşılan sonuç şudur:

<sup>1</sup> **Taner**, Kırılğan, s. 28.

<sup>2</sup> “*Tecavüze uğrayan kişide uzun vadeli psikolojik ve fizyolojik rahatsızlıklar görülür*”. **İçli Günşen** Tülin, Kriminoloji, Seçkin, Ankara, 2021.

<sup>3</sup> **Babayiğit** vd., s. 135.

<sup>4</sup> Kırılğan gruba ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Taner**, Kırılğan, s. 5 vd.

<sup>5</sup> TCK m. 102/2 mağdurların beyanının video kaydına alınması için mağdurun rızası aranmaktadır. Çocuklar için video kaydı zorunludur (CMK m. 236/5-6).

“İlk derece ağır ceza mahkemeleri nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurlarını video kaydı olmasına rağmen kovuşturma aşamasında tekrar dinlemek istemektedir”.

Bu isteğin hukuki gerekçesi CMK m. 236/5'teki “kovuşturma evresinde ise ancak, **maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından mağdur çocuğun beyanının alınması veya başkaca bir işlem yapılmasında zorunluluk bulunması hâlinde bu işlem, mahkeme veya görevlendireceği naip hâkim tarafından bu merkezlerde uzmanlar aracılığıyla yerine getirilir**” cümlesidir. İlgili düzenlemenin mahkemelere istisnai bir yetki sağladığı açıktır. Ancak yapılan görüşmelerden anlaşıldığı üzere ilgili istisna kural haline gelmiş, kural da istisna olmuştur. Yani mahkemeler video kaydına rağmen nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurunu kovuşturma aşamasında tekrar dinlemeye meyillidir. Bahsedilen meylin fiili gerekçeleri irdelenmelidir.

#### **4. Sorunun Arkasında Yatan Birinci Sebep: Yüksek Ceza İhtimali**

Mahkemelerin nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurlarını kovuşturma aşamasında dinlemek istemelerinin sebeplerinden en öne çıkanı sanığın yüksek bir cezalandırma ihtimali ile karşı karşıya olmasıdır. Buradaki “yüksek” ibaresi “olması gerekenden daha yüksek” anlamında kullanılmamıştır. TCK'daki suç tiplerinin alt ve üst aralıklarına bakıldığında TCK m. 102/2 ve 103/2'nin bütün suçlar içerisinde yüksek bir soyut ceza aralığına sahip olduğu görülecektir. “yüksek”ten kastedilen budur. Sanığın yüksek bir hapis cezası riskiyle karşı karşıya olması mahkemeleri daha dikkatli olmaya ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bütün imkanların kullanılmasına veya zorlanmasına itmektedir. Bu tespite bağlanacak sonuçlardan birisi olarak cezaların indirilmesi gerektiği savunulmamakta veya ima edilmemektedir. Bu başlık altında yapılan açıklamalar ilgili suç tiplerindeki soyut ceza aralığının yerindeliğiyle alakalı değildir.

#### **5. Sorunun Arkasında Yatan İkinci Sebep: İspat Vasıtalarının Kısıtlılığı**

Nitelikli cinsel saldırı/istismar suçları genellikle kapalı kapılar ardında gerçekleşmektedir. Bu sebeple de vakıya ilişkin delil elde etmek birçok suç tipine nazaran daha zordur. Bu zorluk mağdurun beyanını daha da değerli kılmaktadır. Bu değer, özellikle yargılama kapsamında sadece mağdurun beyanının yer aldığı hallerde daha da artmaktadır. Nitekim CMK m. 210/1, olayın sadece tanık anlatımından ibaret olması halinde doğal olarak tanığın

duruşmada dinlenmesini aramaktadır<sup>6</sup>. Bu hüküm karşısında CMK m. 236/5 vd. hükümlerinin nasıl yorumlanacağı hele ki AİHM'in Al-Khawaja testi<sup>7</sup> yoluyla nasıl bir dengeleme yürütüleceği daha da ilginç bir hal almaktadır. Haliyle ispat vasıtalarındaki sınırlılık sebebiyle mahkemenin hata yapma ihtimali de aynı ölçüde artmaktadır<sup>8</sup>. Bu ihtimali azaltmak ve kendisini garanti altına almak isteyen mahkemeler ise her halükârda mağduru dinleme yolunu seçebilmektedir.

### **6. Sorunun Arkasında Yatan Üçüncü Sebep: Beyanın Alınması ile Duruşma Tarihi Arasında Uzun Sürenin Olması**

Ceza yargılamalarının hem soruşturma hem de kovuşturma safhalarının epey uzun sürmesi il ve/veya ilçeye göre değişiklik gösterse de Türkiye genelinde kanıksanmış ve kangren bir durumdur. Bu durum karşısında mağdurun beyanına başvurulduğu an ile bu beyanın hukuken değerlendirildiği an arasına uzun süreler girebilmektedir. Bu durum karşısında da yıllar önce soruşturma aşamasında alınmış bir video kaydına dayanarak karar/hüküm vermek uygulayıcının içine sinmemektedir. Bu zamansal farklılık sebebiyle de mağdurun kovuşturma aşamasında beyanına başvurulabilmektedir.

### **7. Çözüm Önerisi: Uzmanlığa Dayalı Teşkilat Yapılanması**

Görüldüğü üzere mevzuattaki düzenlemenin gerçeklik ile buluşması epey zor gözükmektedir. Romantik bir bekleyiş ve uygulayıcıya serzenişte bulunmak ise çözüm olamamaktadır. Fildişi kulelerimizde teorik olarak olması gerekene duyduğumuz inanç ile yetinemeyen her kişi gibi bu soruna en azından bir çözüm önerisi bulmak ya da çözümün ilk adımını tasavvur etmek bu yazının kaçınılmazıdır.

Çözüm önerisi yargı teşkilatlanması üzerinden getirilebilir. Günümüzde uzmanlık mahkemeleri olarak çocuk mahkemeleri bulunmaktadır. Ancak bu mahkemeler suça sürüklenen çocuğun işlediği suçların yargılama faaliyetine katılmaktadır. Aynı mahkemeler en azından TCK m. 103/2 mağduru

<sup>6</sup> Mağdurun da tanık sıfatıyla dinlenip dinlenmeyeceğine ilişkin öğretilerdeki tartışma burada önem arz edecektir.

<sup>7</sup> Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık, Büyük Daire, BN: 26766/05 ve 22228/06, 15.12.2011. Teste ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Taner**, Kırılğan, s. 15-17; **Taner**, Çelişme, s. 438.

<sup>8</sup> **Çağlar** Eda Ermağan – **Türk** Tuğba, “İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD Protokolü Önerisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s. 394.

çocukların mağdur olarak yer aldığı yargılama faaliyetleri görevlendirilebilir. Aynı şekilde kovuşturma aşamasında da çocuk mağdurun yer aldığı yargılamalarda Cumhuriyet savcılığın çocuk bürosundan bir savcının görevlendirilmesi esası getirilebilir. Veyahut her ne kadar şu anki ceza muhakemesi hukuku sistemimize tam olarak uymasa da soruşturma aşamasında mağdurun beyanının alınması için ayrı bir mahkeme teşkilatı da düşünülebilir<sup>9</sup>.

TCK m. 102/2 mağdurları için de bir önceki paragrafta bahsi geçen hususlar teşkilatlanma yoluyla bir nebze de olsa giderilebilir. Kırılgan mağdurların bulunduğu yargılamalarda iş bölümüne veya göreve dayalı bir ayırım hem derece mahkemeleri hem de Cumhuriyet savcılığı teşkilatlanması için öngörülebilir. Bu görünüşte sade ama bir sürü yan probleme yol açabilecek öneriye birçok eleştiri getirilebilir.

Birinci eleştiri olarak zaten iş yüküne boğulmuş yargı teşkilatının böylesi bir yükü kaldıramayacağı söylenebilir. Özellikle de küçük yerlerde böylesi uzmanlık esaslı yapılanmanın gerçeklikle pek örtüşmediği aşıkardır. Ne var ki, bu kabul maalesef yargı içerisinde kabuklaşmış nice problemin çözümsüzlüğüne bir bahane olarak gösterile gösterile sorunun kendisi haline gelmiştir. O kadar ki aslında sistem üzerinden getirilecek her türlü değişiklik önerisini “iş yükü ve yetersiz kaynak” gerekçesiyle reddedebilir veya bu önerilere karşı çıkabiliriz. Hal böyleyken bu eleştirinin haksız olmadığını ancak yine de bu gerekçenin çözüm önerilerinin önüne bir engel olarak çıkarılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde hukuk sistemi içerisinde çözüm niteliğine sahip olabilecek seçenekler rafa kaldırılarak sorunun kendisini daha da sağlamlaştırdığı bir sistem oluşacaktır. Keza “iş yükü ve sınırlı kaynak” problemi kesinlikle bir sorun olarak ele alınmalı ancak bu sorunun çözümü ayrı bir konu olarak sistematik ve bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir.

İkinci eleştiri olarak farklı teşkilatlara verilen özel eğitimlerin sözde kaldığı ve özde içselleştirilemediği söylenebilir. Bu eleştiri de son derece doğrudur. Zaten Türk yargısının genel problemi kâğıt üzerinde yazanı gerçeklik ile buluşturamamakta yatmaktadır. Bu konuda göstermelik bir eğitim yerine hedefleri açık ve başarı şartları yüksek bir sistem düşünülebilir. Buna ek olarak eğitimi verecek kişilerin gerçekten uzman olması ve hakkaniyetli bir şekilde verdikleri eğitim hizmetinin karşılığını alması da son derece önemlidir. Hatta tekil bir eğitim yerine bu teşkilat

<sup>9</sup> Soruşturma aşamasında mahkeme yoluyla mağdurun ifadesinin alınması fikrinin kıymetli hocam **Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman**'a ait olduğunu belirtmek isterim.  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*



içerisinde verilen kararların her 2-3 yılda bir münferit örnekler üzerinden incelenerek denetlendiği ve bu denetimden geçemeyen hâkim ve savcılarının ek bir eğitime tabi tutulduğu bir sistem de düşünülebilir.

## 8. Sonuç

İskandinav filmlerinden alışık olduğumuz insana insanca ve profesyonelce yaklaşım tarzı Türk hukuk uygulaması için de mümkün olabilir<sup>10</sup>. Asıl mesele bunun için yeterli çabanın ve kaynağın ayrılacak olup olmamasında yatmaktadır. Konunun bir zihniyet problemi olduğu doğrudur. Keza yasadaki açık düzenlemeye rağmen nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurlarının bir defa dinlenmesi uygulamada söz konusu olamamaktadır. Sadece problemin varlığını tespit etmek kısa vadede bir çözüm getirmemektedir. Oysa kırılğan mağdur grubunun yargılama sırasında korunamaması, kısa vadede çözüme ihtiyaç duyan önemli bir konudur.

Son derece dinamik bir bilgi çağında yaşadığımız bugünlerde hukuktan da derhal bir reaksiyon veya değişim talebinde bulunmaktayız. Hukuk, kendi bürokrasisi ve diğer gerçeklerden kendini soyutlayarak yarattığı “hukuk” evreni içerisinde kalmaya devam ettikçe mevcut paradigmalardan yıkılışı ve “hukuk”un gerçeklik ile buluşması çok daha sancılı bir süreci beraberinde getirecektir. O yüzden mevcut probleme çözüm olması ihtimali olan seçeneklerin uygulanabilirliği son derece önem arz etmektedir. Bu açıdan da bu düşünce yazısının bir sonucu olarak nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurlarına yönelik de ayrı bir teşkilat yapısı düşünülmesi veya mevcut teşkilat yapısı içerisinde değişiklikler yapılması kısa dönemli birinci çözüm önerisi olarak sunulmuştur. Uzun dönemli bir çözüm olarak da nitelikli cinsel saldırı/istismar mağdurlarının soruşturma aşamasında doğrudan mahkeme tarafında dinlenmesi ve böylece ifadesinin alınması gibi sistemselsel bir değişikliği de beraberinde getiren bir seçenek düşünülebilir.

## 9. Kaynakça

Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık, Büyük Daire, BN: 26766/05 ve 22228/06, 15.12.2011.

**Babayiğit Celal – Çalıcı Can – Ziyalar Neylân – Aşıcıoğlu Faruk, “Suç Mağduru Çocuğun Dinlenmesi: Yargılamanın Değişik Safhalarında Görevli Kamu Personelinin Görüşlerinin İncelenmesi”, Türkiye**

<sup>10</sup> 2012 yapımı Onur Savaşı (Jagten) isimli filmde çocuğun istismarı iddiasıyla karşılaşan bir kreşin yetkililerinin olayı ele alış biçimi, bu iddia neticesinde yetkililerinin olaya yaklaşım tarzı, sergilediği dikkat ve özen örnek niteliğindedir.

Klinikleri Journal of Forensic Medicine and Forensic Sciences, 2019; 16(2): 135-44, DOI: 10.5336/forensic.2018-61875.

**Çağlar** Eda Ermağan – **Türk** Tuğba, “İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD Protokolü Önerisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 38, Nisan 2019.

**Gürkan** Emrah Safa, Ezbere Yaşayanlar: Vazgeçemediğimiz Alışkanlıklarımızın Kökenleri, Kronik, 2022.

**İçli Günşen** Tülin, Kriminoloji, Seçkin, Ankara, 2021.

**Taner** Fahri Gökçen, “Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK’nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi”, TBB Dergisi 2021 (153), 1-38. (Kırılğan)

**Taner** Fahri Gökçen, Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin, Ankara, 2021. (Çelişme)