



TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
TÜRKISCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

2023

Cilt-5 Sayı-1

Jahrgang-5 Heft-1



**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien

Cilt/Jahrgang: 5 • Sayı/Heft: 1 • Haziran/Juni 2023

ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber

Türk-Alman Üniversitesi

Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi ve Sorumlu Müdür/Vertreter des Herausgebers und Chefredakteur

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

Editörler Kurulu/Redaktion

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Doç. Dr. Berke Özenç

Yayın Kurulu/Publikationsausschuss

Prof. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut,

Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban, Araş.

Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

Danışma Kurulu/Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Halil Akkanat, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi

Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Dil Editörü/Spracheditor

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

**Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni,
Dezember)**

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım

Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.

Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A Vefa/İST.

Tel: (212) 527 07 18 Fax: (212) 519 20 71

www.filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 15544

Kiraz Medya Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Matbaacı Sertifika Numarası: 40162

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

http://www.tau.edu.tr - http://hukuk.tau.edu.tr

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: http://hfd.tau.edu.tr/

E-mail: tauhfd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum

Haziran/Juni 2023

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE	1
Analytische Konfliktlösung bei Infrastrukturprojekten	
Altyapı Projelerinde Analitik Uyuşmazlık Çözümü	3
Prof. Dr. Hartmut Hamann, Olesya Bulka, LL.M.	
5977 Sayılı Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Temel Esaslar ve Hukuki Sorumluluk	
Die grundlegenden Prinzipien und rechtlichen Haftungsbestimmungen des Biosicherheitsgesetzes (Gesetz Nr. 5977)	33
Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN, Av. Esra IŞIKTAŞ	
Almanya’da Yardımlı İntihar	
Assistierter Suizid in Deutschland.....	81
Dr. Derya Nur KAYACAN	
Taşıma Senedi ile Yük Senedine İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi	
Frachtbrief und Ladeschein: Eine rechtsvergleichende Bewertung der Vorschriften des türkischen Handelsgesetzbuches mit dem deutschen Handelsgesetzbuch	117
Dr. Öğretim Üyesi Ahmet Batuhan OYAL	
Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Doğan Mal Gruplarında Konjonktürel ve Endüstriyel Değer Artışı	
Konjunktürel und industrieller Mehrwert zwischen den Vermögensklassen im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung	187
Araş. Gör. Esra Bahar KAYA	

1998 Tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün Konu Bakımından Yargı Yetkisine İlişkin Hükümlerinin Kimyasal Silahlar Açısından Yorumlanması

Die Auslegung der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs von 1998 in Bezug auf chemische Waffen..... 209
Araş. Gör. Mustafa UÇAR

Die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen

Şirketler Hukukunda Korporatif Olmayan Sözleşme Hükümleri..... 249
Doç. Dr. Koray DEMİR

Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Örneğinde Götürü Tazminat ve Ceza Koşulu Hükümlerinin Anglo Sakson ve Türk Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi

Eine Bewertung der Schadensersatz- und Vertragsstrafklauseln in Technologietransferverträgen aus der Sicht des angelsächsischen und türkischen Rechts 269
Dr. Öğr. Üyesi Mükerrerem Onur BAŞAR

Das türkische Datenschutzrecht im Überblick - Gemeinsamkeiten und wesentliche Unterschiede zur RI 95/46 Und zur DSGVO in Theorie und Praxis

Bir Bakışta Türk Veri Koruma Hukuku - Teoride ve Uygulamada 95/46 Numaralı AB Direktifi Ve Genel Veri Koruma Tüzüğü İle Benzerlikleri Ve Önemli Farklılıklar 323
Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1)

Vorteilsannahme durch Nötigung (Art. 250/1 tStGB) 341
Dr. Öğr. Üyesi İsmail ÇINAR

„Die Menschenwürde ist unantastbar“ – auch im Gefängnis

Cezaevinde Dahi “İnsan Onuru Dokunulmazdır” 445
Doc. Privatdozent Dr. Joachim KRETSCHMER

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN 477

İklim Aktivistleri – “Son Jenerasyon”

Klimaaktivisten – Die „Letzte Generation“ 479

Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker

Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Gökhan Aykut

Uluslararası Suçların İzinli Desteği? Harp Silahları İhracatının (Uluslararası) Ceza Hukuku Açısından Önemi Üzerine Bir İnceleme

Genehmigte Unterstützung von Völkerrechtsverbrechen? Zur (völker)strafrechtlichen Relevanz von Kriegswaffenexporten..... 501

Profesör Dr. Dr. Milan Kuhli

Çev. / Übersetzt von: Çağrı Tuğsat Kemaloğlu, LL.M.

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları 523

..... 523

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien

und Redaktionsvorgaben..... 529

MAKALELER/AUFSÄTZE

Analytische Konfliktlösung bei Infrastrukturprojekten

Altyapı Projelerinde Analitik Uyuşmazlık Çözümü

Prof. Dr. Hartmut HAMANN*

Olesya Bulka**

ÖZ

Altyapı projeleri uyuşmazlık çıkmasına yatkındır. Genellikle çeşitli ülkelerden farklı menfaat ve amaçları olan paydaşlar tarafından yapılırlar, çok sayıda sözleşme gerektirirler ve siyasi bir yönleri vardır. Beklenen uyuşmazlıklara ilişkin öngörü analizleri ve sözleşme müzakereleri sırasındaki proaktif uyuşmazlık çözümü, sözleşme yazımı ve proje uygulaması, ekonomik ve siyasi zararları önler. Yazarlar, analitik uyuşmazlık çözümünün proje başarısına nasıl katkıda bulunduğunu göstermektedirler.

Anahtar Kelimeler: *Altyapı projesi, uyuşmazlık, ofansif strateji, sözleşme müzakeresi, sözleşme yazımı, sözleşme uygulaması*

Analytical Conflict Resolution in Infrastructure Projects

ABSTRACT

Infrastructure projects are prone to conflicts. They are usually constructed by stakeholders from several countries with different interests and

* Rechtsanwalt. ORCID: 0000-0001-7573-9609.

** LL.M. (University of Baltimore) ist Rechtsanwältin und Attorney at Law (New York). Bei Hamann Rechtsanwälte in Stuttgart, (hamann@hamann-legal.de). ORCID: 0000-0002-6652-8313.

objectives, require numerous contracts, and often have a political dimension. Anticipatory analysis of expected conflicts and proactive conflict resolution during contract negotiation, contract drafting and project implementation prevent economic and political damage. The authors show how analytical conflict resolution contributes to project success.

Keywords: *infrastructure project, conflict, proactive strategy, contract negotiation, contract drafting, contract implementation*

Einleitung

Infrastrukturprojekte wie beispielsweise Flughäfen, Bahnhöfe und Bahnstrecken, Autobahnen oder neue Stadtteile werden in der Regel nicht von einem Unternehmen errichtet, sondern von mehreren Unternehmen, die sich für die Errichtung zusammenschließen. Notwendig werden Gesellschaftsverträge, die die Zusammenarbeit dieser Unternehmen regeln (Konsortialverträge, *Joint Venture* Verträge). Notwendig werden außerdem Verträge zur Planung und Errichtung der Bauvorhaben. Auftraggeber sind häufig staatliche Institutionen, auch wenn sie in privatrechtlicher Rechtsform organisiert sind. Infrastrukturprojekte haben schon deshalb regelmäßig eine politische Dimension. Hinzu kommt, dass Bürger als Steuerzahler und als Nutzer betroffen sind.

Bei großen Infrastrukturprojekten wirken oft Beteiligte aus mehreren Ländern mit (Bauunternehmen, Architekten, spezialisierte Subunternehmer etc.). Konflikte bei solchen Vorhaben können kostspielig und langwierig werden. Die Verfasser zeigen auf, wie Konflikten vorgebeugt werden kann und wie entstandene Konflikte mit Hilfe einer konsequenten Konfliktanalyse zügig und zu angemessenen Kosten gelöst werden können.

Analyse bedeutet die „systematische Untersuchung eines Sachverhalts hinsichtlich aller einzelner Komponenten oder Faktoren, die ihn bestimmen“.¹ Bei einem Infrastrukturprojekt gehören zu den

¹ Duden, *Das Fremdwörterbuch*, 12. Aufl. 2020.

„Komponenten“ des Sachverhalts die beteiligten Personen und Unternehmen, deren Interessen, außerdem alle mit der Planung und Realisierung verbundenen Risiken. Die Analyse all dieser Komponenten erfordert die Bereitschaft und die Fähigkeit, genau hinzusehen, außerdem Ausdauer und Geduld. Wer diese analytische Arbeit auf sich nimmt und frühzeitig eine Strategie entwickelt, hat eine gute Chance, Konflikte rechtzeitig zu identifizieren, vorzubeugen, angemessene Konfliktlösungsmechanismen zu vereinbaren und Konflikte erfolgreich zu klären.²

A. Identifikation möglicher Konflikte bei der Vertragsverhandlung

I. Beteiligte Personen

Die juristische Aufgabe ist klar: präzise Identifikation der natürlichen und juristischen Personen, die die Verträge abschließen, Überprüfung der aktuellen Vertretungsberechtigung durch Handelsregisterauszüge, Einfordern von Vollmachten. Rein juristisch betrachtet könnte man es dabei belassen. Wer potentielle Konflikte erkennen will, um ihnen vorbeugen zu können, muss einen Schritt weitergehen: Konflikte entstehen zwischen Menschen, werden durch Verhaltensweisen ausgelöst und durch Emotionen verstärkt. Es kommt also auch darauf an, die handelnden Personen kennen zu lernen. Stellen Sie sich vor, Sie stehen im Museum vor einem Bild mit mehreren Personen, z.B. vor dem "Traum von Monte Carlo" von Max Beckmann, „Spieler, Soldaten und Vagabunden" von Alessandro Magnasco, dem "Tod der Lucretia" von Luca Giordano oder dem "Herrenberger Altar" von Jerg Ratgeb. Wer betrachtet wen? Wer spricht mit wem? Wer lässt sich ablenken? Wie viele Personen sind beteiligt? Was liegt in der Luft? Was kommt als nächstes? Wer hat seine Karten aufgedeckt? Wo lauert der Tod? Wer wirbt mit Gestik, Mimik und Kleidung um Aufmerksamkeit? Wer hat eine Waffe in der Hand? Wer ist von einer düsteren Aura umgeben? Was verbirgt er? Nehmen Sie sich Zeit, die Menschen auf dem Bild zu verstehen. Sehen Sie genau hin. Auf die Schweißperlen auf der Stirn, die verkrampften Finger, das glatte Lä-

² Schuhmann/Eichhorn, „Optimierungspotenziale für Projektverträge in der internationalen Diskussion“, ZfBR 2020, 501 (505).

cheln, die provozierende Haltung. Bringen Sie die Personen zum Leben, wie in einem Film von David Cronenberg oder François Ozon. Fragen Sie nach den Personen, die nicht im Bild sind, aber mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Rolle spielen: Wer trifft die Entscheidungen im Hintergrund? Wer wird für die Umsetzung des Vertrages vor Ort zuständig sein? Identifizieren Sie die Beteiligten, auch die noch unbesetzten Rollen. Überlegen Sie, wen Sie kennenlernen sollten, bevor der Vertrag unterzeichnet wird. Nehmen Sie Einfluss auf die Teilnehmer der Verhandlungsrunden und informellen Gespräche. Achten Sie auf das Zusammenspiel innerhalb der Verhandlungsteams, auf die Entscheidungsabläufe, auf Reaktionszeiten.

II. Identifikation von Interessen und Risiken

Der Vertrag muss den rechtlichen Rahmen dafür bieten, dass die Vertragsparteien die von ihnen verfolgten Interessen erreichen können und jeweils nur diejenigen Risiken tragen, die sie beherrschen können und tragen möchten. Er muss für eine eindeutige Zuordnung Sorge tragen. Leisten kann der Vertrag das nur, wenn vor und in der Vertragsverhandlung die richtigen Fragen gestellt werden:

- Welche Ziele sollen mit dem Projekt erreicht werden? Kurzfristiger Gewinn durch das einzelne Projekt? Marktzutritt mit langfristiger Perspektive?
- Von welchem Ausgangspunkt wird gestartet? Welche personellen und finanziellen Ressourcen sind vorhanden? Welches technische *Know-How*?
- Was können die Beteiligten? Was können sie nicht?
- Welche Alternativen stehen zur Verfügung?
- Werden Partner gebraucht? Wenn ja, wofür? Wie sehr ist eine Partei auf einen Partner angewiesen? Entstehen Abhängigkeiten? Wer wird der Partner? Ist das notwendige Mindestmaß an Vertrauen gegeben? Wie soll diese Beziehung ausgestaltet werden?
- Welche Personen handeln für die Parteien? Haben sie die Mitarbeiter, die für dieses Projekt gebraucht werden? Sind diese in der Lage und willens, sich vor Ort auf die Realitäten

einzulassen? Wer davor zurückscheut, Gated Communities in Kinshasa oder São Paulo zu verlassen, könnte sich im Alltag der Projektrealisierung schwertun.

- Kennen die Parteien das Land, in dem das Projekt realisiert werden soll? Sind sie bereit, sich auf dieses Land einzulassen?
- Für welchen Zeitraum können und wollen sich die Parteien binden? Unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Konditionen soll die Bindung gelöst werden können? Ehen können scheitern, *Joint Ventures* können zerbrechen. Das kann am Partner liegen, der plötzlich einen anderen Mehrheitsgesellschafter hat oder, wenn es sich um ein staatliches Unternehmen handelt, dessen politischen Ziele sich geändert haben. Auch das eigene Unternehmen kann sich strategisch neu orientieren.

All diese Fragen sollten klugerweise auch aus der Perspektive der anderen Projektbeteiligten gestellt werden. Wechseln Sie in Gedanken die Seite des Verhandlungstisches, nehmen Sie Platz auf dem Stuhl der Gegenseite. Versetzen Sie sich in deren Lage, um zu verstehen, was für die andere Seite akzeptabel sein könnte. Auch dabei gilt: Interessen werden von handelnden Personen durchgesetzt. Das Handeln der Beteiligten können Sie besser beeinflussen, wenn Sie deren Interessen auch emotional erfasst haben.

Vertragsgestaltende Juristen sind es gewohnt, Risiken zuzuordnen und erforderlichenfalls Sicherheiten vorzusehen. Das setzt voraus, den Sachverhalt sorgfältig zu analysieren, um Risiken zu erkennen. Dieser Aspekt ist viel wichtiger als juristische Details. Übersehene oder in der Gier auf den vermeintlich lukrativen Vertragsabschluss unterschätzte Risiken lassen sich durch juristische Klauseln in der Regel nicht auffangen. Klar erkannte Risiken können dagegen eindeutig zugeordnet werden. Der Vertrag kann Regelungen für den Fall des Risikoeintritts und Sicherheiten vorsehen. Auch hier: Stellen Sie die richtigen Fragen.

- Welche technischen Risiken bestehen? Zum Beispiel: Wie kommt man zu verlässlichen geologischen Daten, um den Aufwand für das Betonieren der Fundamente oder die für einen

Tunnel erforderlichen Sprengungen ermitteln zu können? Wie belastbar ist das, was Partner vor Ort ermitteln und übergeben?

- Welche wirtschaftlichen Risiken bestehen? Dazu kann gehören: Wie bekommt man notwendige Maschinen durch den Zoll, im Hafen, über den die Maschinen ins Land kommen? Woher kommen die Baumaterialien? Welche lokalen Subunternehmer benötigt man? Welche Auswirkungen auf die Bauzeit kann das haben?
- Welche politischen Risiken bestehen? Stehen Präsidentenwahlen an? Ist mit Handelssanktionen zu rechnen? Wie und in welcher Währung werden Zahlungen abgewickelt?
- Welche juristischen Risiken bestehen? Dazu gehören nicht zuletzt Haftungsfragen gegenüber allen anderen Beteiligten.
- Welche Risiken kann eine Partei beherrschen? Nur solche Risiken sollte sie übernehmen. Das setzt voraus, sie vorher eindeutig erkannt zu haben und sich und ihr Unternehmen realistisch einzuschätzen.
- Welche Risiken sind die Parteien bereit zu übernehmen? Zu welchen Konditionen? Welche Sicherheiten benötigen sie, wer kann diese stellen?
- Welche Risiken wollen die Parteien nicht übernehmen? Nicht selten enden Verhandlungen bei Anlagenbauprojekten bereits an dieser Stelle. Weiterer juristischer Aufwand erübrigt sich dann. Es kann sinnvoll sein, zunächst über die Risikoverteilung und die damit verbundene Einpreisung gegebenenfalls zu übernehmender Risiken zu verhandeln.

Erkannte Risiken müssen zugeordnet werden. Verwirklicht man ein Infrastrukturprojekt mit Partnern, muss die Zuordnung auch unter den Partnern vollständig und eindeutig erfolgen.

III. Besonderheiten bei internationalem Beteiligtenkreis

1. Sprache

Kein Turmbau zu Babel? Leicht gesagt, in der Praxis nicht ganz so leicht. Ihr Unternehmen ist ein *Global Player*, Ihr Projektteam spricht gut Englisch.³ Die Teams Ihrer französischen, brasilianischen und südafrikanischen Partner gleichermaßen. Aber wie sieht es mit der Landessprache aus? Sind die Ansprechpartner, mit denen die Verantwortlichen es vor Ort zu tun bekommen werden, gewohnt, Englisch zu sprechen? Sind die Verantwortlichen in der Lage, die internen Gespräche ihrer Partner in anderen Sprachen mitzuverfolgen? Lässt sich eine Sprache als Vertragssprache für alle Verträge durchsetzen (einschließlich der Finanzierungsverträge und der Subunternehmerverträge)? Sind einzelne Dokumente zwingend in der Landessprache zu errichten (beispielsweise Gesellschaftsverträge für vor Ort zu gründende Projektgesellschaften)? Nach Möglichkeit sollte eine Sprache durchgängig in allen Verträgen Vertragssprache sein, um zumindest insoweit sprachliche Missverständnisse, Doppeldeutigkeiten und Widersprüche auszuschließen.

2. Wahl des materiellen Rechts

Können die Parteien sich auf ein ihnen bekanntes nationales Recht einigen? Müssen sie wesentliche Verträge im Recht des Landes, in dem das Infrastrukturprojekt verwirklicht wird, abschließen? Dann kann es naheliegen, alle wesentlichen Gesichtspunkte ausdrücklich im Vertrag zu regeln, um dem nationalen Recht möglichst wenig Raum zu geben. Sicherergestellt werden muss dann aber, dass der Vertrag nicht gegen zwingende Bestimmungen des anwendbaren nationalen Rechts verstößt.⁴

3. Wahl der richtigen Konfliktlösungsmechanismen

Es ist klug, noch vor Vertragsunterzeichnung darüber zu sprechen, wie man streiten will, sollten Konflikte auftreten. Verhandlungen

³ Zur Vertragssprache und Kommunikationsproblemen s. Maier-Reimer, „Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts“, NJW 2010, 2545.

⁴ Zu Grenzen der Rechtswahl durch zwingendes Recht s. Ameziane/Hamann, „2.6.4 Werkvertrag“, in: Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*, Anm. 33.

über angemessene Konfliktlösungsmechanismen können deutlich werden lassen, wie die Beteiligten an Konflikte herangehen möchten. Solche Verhandlungen tragen zum besseren Verständnis der anderen Vertragsbeteiligten bei. Schon deshalb ist dieses Thema wichtig und keine „Mitternachtsklausel“, die kurz vor Unterschrift noch in den Vertrag kopiert wird.

a) Staatliches Gericht oder Schiedsgericht?⁵

Die erste Frage lautet in der Regel: Sollen staatliche Gerichte entscheiden oder ein Schiedsgericht? Treffen die Parteien keine Vereinbarung über eine außergerichtliche Konfliktlösung, verbleibt es bei der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte. Ein Schiedsverfahren setzt stets eine ausdrückliche Entscheidung der Parteien hierfür voraus. Die Entscheidung zugunsten von Schiedsverfahren kann von der Beantwortung folgender Fragen abhängen:

- Entscheiden die gegebenenfalls zuständigen staatlichen Gerichte unabhängig? Eine Orientierung für europäische Gerichtsverfahren kann das regelmäßig erscheinende „The EU Justice Scoreboard“ der Europäischen Kommission⁶ bieten.
- Verfügen die Personen, die über den Konflikt entscheiden, über die für den konkreten Streitfall notwendige Expertise und stellen sie zeitnah zur Verfügung? In einem Schiedsverfahren ernennen die Parteien die Schiedsrichter, die über ihren Konflikt verbindlich entscheiden sollen. Dies kann – sofern beide Parteien die Schiedsrichter klug auswählen – ein erheblicher Vorteil gegenüber einem staatlichen Gericht sein, bei dem sachliche und örtliche Zuständigkeit sowie der Geschäftsver-

⁵ Ausführlich zu Argumenten für und wider Schiedsgerichte s. Hamann, „3. Abschnitt, Kapitel 1. Schiedsverfahren“, in: Guhling/Günter, *Gewerberaummierte*, 2. Aufl. 2019, Rn. 5 ff. Die nachfolgenden Ausführungen zu den Entscheidungskriterien basieren auf diesem Buchkapitel.

⁶ https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en. Die deutsche Justiz gilt im internationalen Vergleich als effizient, deutsche Richter als unabhängig (vgl. EU Justice Scoreboard 2022).

teilungsplan über die im Einzelfall zuständigen Richter entscheiden.

- Wie schnell entscheiden die staatlichen Gerichte? Schiedsverfahren können schon deshalb in der Regel zügiger zum Abschluss gebracht werden, weil es keine zweite und dritte Instanz gibt. Allerdings müssen Schiedssprüche durch staatliche Gerichte für vollstreckbar erklärt werden, bevor sie im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden können, z.B. §§ 1060 Abs. 1, 1061 ZPO.⁷ Außerdem gibt es in Schiedsverfahren ein erhebliches Risiko, dass die Parteien durch destruktives Verhalten das Verfahren verlängern (z. B. durch ständige Fristverlängerungsanträge, nachgereichte Sach- oder Beweisangebote, Vorlage umfangreicher Unterlagen mit dem Bestreben, den anderen durch eine Materialschlacht zu überrollen, Ablehnung von Schiedsrichtern etc.).⁸ In diesen Fällen hängt die effiziente Verfahrensführung von der Erfahrung und der Entscheidungsstärke der Schiedsrichter ab.⁹
- In welcher Sprache muss ein Prozess vor staatlichen Gerichten geführt werden? In deutschen staatlichen Verfahren ist die Gerichtssprache Deutsch (§ 184 GVG). Unter bestimmten Voraussetzungen können Gerichtsverhandlungen auf Englisch geführt und Dokumente in englischer Sprache eingereicht werden (z.B. in Verfahren vor dem *Commercial Court*¹⁰ in Stuttgart und Mannheim). In Schiedsverfahren können sich die Parteien auf eine Verfahrenssprache einigen. Dann kann die kosten-

⁷ Schütze/Thümmel, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 7. Aufl. 2021, Einl. Rn. 43 f.; dabei kann es auf formale Anforderungen des nationalen Zwangsvollstreckungsverfahrens ankommen, hierzu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Juli 2013 – 8 Sch 2/12, SchiedsVZ 2015, 145 (zur Vollstreckung bei Schiedsverfahren gegen *Joint Ventures* in Deutschland).

⁸ Münch, in: Münch, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6. Aufl. 2022, Vorb. zu § 1025 Rn. 117.

⁹ Hamann/Bulka, "How to Make Arbitration Efficient: Practice Examples", SchiedsVZ 2022, 27.

¹⁰ <https://www.commercial-court.de>.

und zeitaufwändige Übersetzung von Schriftsätzen unterbleiben. Im Jahr 2020 vereinbarten die Parteien in 33 % der von der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) administrierten Verfahren Englisch als Verfahrenssprache.¹¹

- Soll die Konfliktlösung unter Ausschluss der Öffentlichkeit, ohne Beteiligung von Wettbewerbern und Medien erfolgen? In zivilrechtlichen Auseinandersetzungen sind Verhandlungen vor staatlichen Gerichten grundsätzlich öffentlich, § 169 S. 1 GVG. Schiedsverfahren sind nicht öffentlich.
- Ist es möglich, dass im Falle eines Konflikts Dritte in die Auseinandersetzung einbezogen werden sollen? Für Verfahren vor deutschen staatlichen Gerichten regeln §§ 64 ff. ZPO die Einbeziehung Dritter. Vor Schiedsgerichten setzt die Einbeziehung Dritter zumindest voraus, dass die Dritten auch durch die zugrundeliegende Schiedsvereinbarung gebunden sind. Dies wird häufig nicht der Fall sein, so dass schon deshalb Dritte nicht gegen ihren Willen in die Auseinandersetzung einbezogen werden können. Bei der Gestaltung der Verträge für ein Infrastrukturprojekt sollte auf einheitliche, zumindest aufeinander abgestimmte Konfliktlösungsmechanismen geachtet werden.
- Gibt es eine gut dokumentierte Rechtsprechung, die eine angemessene Risikoeinschätzung möglich macht? Fehlt es hieran, könnte ein Schiedsgericht die bessere Alternative sein.
- Wie hoch ist das Kostenrisiko in Schiedsverfahren? Als Daumenregel gilt, dass Verfahren vor staatlichen Gerichten dann teurer sind, wenn sie durch die Instanzen getragen werden. Gelingt es, einen Prozess vor staatlichen Gerichten in erster Instanz zu beenden, ist dies in den meisten Fällen preiswerter als eine Auseinandersetzung vor einem Schiedsgericht, es sei denn, die Parteien verständigen sich auf einen Einzelschiedsrichter. Dies wird aber aus guten Gründen nur ausnahmsweise

¹¹ Vgl. die von der DIS veröffentlichte offizielle Statistik für 2020, abrufbar unter <http://www.disarb.org/ueber-uns/unsere-arbeit-in-zahlen>.

der Fall sein. Ein wesentlicher Unterschied kann außerdem bei der Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten bestehen: Vor deutschen staatlichen Gerichten sind ausschließlich die gesetzlichen Gebühren erstattungsfähig, § 91 ZPO. In Schiedsverfahren entscheidet das Schiedsgericht darüber, welche angemessenen Rechtsverfolgungskosten es für erstattungsfähig hält. In der Regel werden in Schiedsverfahren auch abgerechnete Zeithonorare bei der Kostenerstattung berücksichtigt.

b) Welche Schiedsinstitution?

Ist die Entscheidung für ein Schiedsgericht gefallen, muss eine Einigung über die geeignete Schiedsinstitution folgen. Dies setzt die Kenntnis der Verfahrensordnungen voraus. Sinnvoll ist die Vereinbarung einer Schiedsgerichtsordnung einer anerkannten Schiedsinstitution, wie beispielsweise der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS)¹² oder der *International Chamber of Commerce* (ICC)¹³. Diese Institutionen stellen nicht nur eine Schiedsordnung zur Verfügung, sie organisieren auch den Verfahrensablauf, so wie dies die jeweilige Schiedsordnung vorsieht. Die Parteien profitieren von der Erfahrung und Kompetenz der international ausgerichteten Schiedsinstitutionen. Unterschiede ergeben sich bei der Konstituierung des Schiedsgerichts und dem Verfahrensablauf.

c) Einzelschiedsrichter oder Dreierschiedsgericht?

Bei der Konstituierung des Schiedsgerichts ist zunächst die Vereinbarung der Parteien maßgeblich. Die Parteien müssen überlegen, ob ihre Streitigkeiten durch einen Einzelschiedsrichter oder durch ein Drei-

¹² S. Kommentierungen der DIS Schiedsgerichtsordnung in: Nedden/Herzberg, *ICC-SchO, DIS-SchO, Praxiskommentar zu den Schiedsgerichtsordnungen*, 2014, Teil 2; Schütze, *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit (Kommentar)*, 3. Aufl. 2018, III. Kapitel.

¹³ S. Kommentierungen der ICC Schiedsgerichtsordnung in: Nedden/Herzberg, *ICC-SchO, DIS-SchO, Praxiskommentar zu den Schiedsgerichtsordnungen*, 2014, Teil 1; Schütze, *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit (Kommentar)*, 3. Aufl. 2018, II. Kapitel; Weiggand/Baumann (ed.), *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 3rd ed. 2019, chapter 16.

erschiedsgericht geklärt werden sollen. Treffen die Parteien keine Vereinbarung, kommt es auf die Bestimmungen der vereinbarten Schiedsgerichtsordnung an: Nach der DIS Schiedsgerichtsordnung¹⁴ können die Parteien die Entscheidung durch einen Einzelschiedsrichter beantragen. Wenn kein solcher Antrag gestellt wird, besteht das Schiedsgericht aus drei Schiedsrichtern, Artikel 10.2 der DIS Schiedsgerichtsordnung. Nach der ICC Schiedsgerichtsordnung¹⁵ ernennt der Gerichtshof einen Einzelschiedsrichter, sofern er nicht angesichts der Bedeutung der Streitigkeit die Ernennung von drei Schiedsrichtern für gerechtfertigt hält und die Parteien die Anzahl der Schiedsrichter nicht vereinbart haben, Artikel 12(2) der ICC Schiedsgerichtsordnung. Zu beachten ist, dass der Gerichtshof auch „ungeachtet einer gegenteiligen Bestimmung in der Schiedsvereinbarung“ einen Einzelschiedsrichter ernennen kann, wenn das beschleunigte Verfahren gemäß Artikel 30 der ICC Schiedsgerichtsordnung statthaft ist (Artikel 2 (1) des Anhangs VI – Verfahrensordnung zum beschleunigten Verfahren). Das beschleunigte Verfahren findet in allen Fällen mit Streitwerten unterhalb bestimmter Grenzwerte statt (2 Mio. US Dollar, wenn die Schiedsvereinbarung am oder nach dem 1.3.2017 und vor dem 1.1.2021 abgeschlossen wurde; 3 Mio. US Dollar, wenn die Schiedsvereinbarung am oder nach dem 1.1.2021 abgeschlossen wurde). Um die Benennung eines Einzelschiedsrichters zu vermeiden, kann die Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen zum beschleunigten Verfahren vereinbart werden.

d) Zusätzliche Konfliktlösungsmechanismen?

Sollen zusätzliche Konfliktlösungsmechanismen vereinbart werden, beispielsweise projektbegleitende *dispute resolution boards*? Vereinbaren die Parteien z.B. die Anwendung der *Conditions of Contract for Construction/General Conditions of the International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC)¹⁶, muss vor der Einleitung des internationalen Schieds-

¹⁴ Aktuell DIS Schiedsgerichtsordnung 2018, gültig ab 1.3.2018.

¹⁵ Aktuell ICC Schiedsgerichtsordnung 2021, gültig ab 1.1.2021.

¹⁶ Aktuell FIDIC Conditions of Contract for Construction, General Conditions, 2nd ed. 2017.

verfahrens ein Verfahren vor dem *Dispute Avoidance/Adjudication Board* (DAAB) durchgeführt werden.¹⁷

e) Außergerichtliche Einigungsbemühungen?

Sollen außergerichtliche Einigungsbemühungen Prozessvoraussetzung sein? Die Parteien können einem Gerichts- oder Schiedsverfahren zwingend vorzuschaltende Streitbeilegungsmechanismen vereinbaren, z.B. Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien (ggf. auf der Ebene der Unternehmensleitungen), ein Schlichtergremien, Mediation oder ein neutrales Schiedsgutachten zu streitigen Sachverhaltsfragen.¹⁸

B. Konfliktvorbeugung durch Vertragsgestaltung

I. Identifizierung des Regelungsbedarfs und Bestimmung des maßgeblichen rechtlichen Rahmens

Um zu wissen, welche vertraglichen Regelungen erforderlich sind, müssen die Interessen aller Beteiligten durch eine sorgfältige Führung der Vertragsverhandlung ermittelt werden. Die ermittelten Interessen müssen sich in der Ausgestaltung der vertraglichen Rechte und Pflichten widerspiegeln. Die Ergebnisse der Vertragsverhandlung werden durch die Vertragsgestaltung umgesetzt. Vertragsgestaltung erfolgt nicht losgelöst von gesetzlichen Regelungen. Steht fest, welches nationale Recht zur Anwendung kommt muss im nächsten Schritt geklärt werden, welche Gesetze dieses Landes¹⁹ zu beachten sind, wie viel Spielraum für die Vertragsgestaltung besteht und in welchem Umfang zwingendes Recht beachtet werden muss. Insgesamt muss die Vertragsgestaltung einer Strategie folgen. Denn „*unter unterschiedlichen Rahmenbedingungen entfalten Verträge [...] eine unterschiedliche Wirkung, weswegen ein Projekt erhöh-*

¹⁷ Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, S. 16 ff.

¹⁸ Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, S. 30 f.

¹⁹ Zu Gesetzen und Regelungswerken im deutschen Baurecht (wie z.B. VOB, FIDIC-Mustervertragswerke) s. Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, Rn. 41-49.

ten Gefahren ausgesetzt ist, wenn der Mustervertrag die konkrete Art der Parteibeziehung nicht adäquat erfasst“.²⁰

II. Gestaltung gesellschaftsrechtlicher Kooperationsverträge

Die Kooperation der Beteiligten in Infrastrukturprojekten kann sowohl in schuldrechtlichen als auch in gesellschaftsrechtlichen Verträgen geregelt werden. Beispiele eines gesellschaftsrechtlichen Kooperationsvertrags sind das sog. *Joint Venture*, die Bau-Arbeitsgemeinschaft (ARGE) im Baugewerbe oder das Konsortium im Anlagenbau.²¹ Welche Form der Zusammenarbeit für das geplante Projekt geeignet ist, hängt auch von haftungsrechtlichen, steuerlichen und bilanzrechtlichen Fragen ab. Entscheidend sind u.a. die Dauer des Vorhabens, die Komplexität, das Vergütungsmodell und die Notwendigkeit der selbständigen Projektorganisation. Bei Projekten, die auf mehrere Jahre angelegt sind, kann die Gründung einer Projektgesellschaft sinnvoll sein.²² Im internationalen Kontext muss klar sein, welche Rechtsform welcher nationalen Rechtsordnung gewählt wird.

Bei der Gestaltung der gesellschaftsrechtlichen Kooperationsverträge müssen neben den typischen gesellschaftsrechtlichen Konfliktfeldern (wie beispielsweise im Verhältnis der Gesellschafter untereinander – Mehrheit/Minderheit, Thesaurierung/Gewinnausschüttung)²³ auch die Besonderheiten des jeweiligen Projekts und der gewählten Kooperationsform beachtet werden.

²⁰ Schuhmann, „Vom rechtssicheren zum effizienten Projektvertrag“, ZfBR 2012, 9 (11); s. auch Schuhmann/Eichhorn, „Optimierungspotenziale für Projektverträge in der internationalen Diskussion“, ZfBR 2020, 501 (502).

²¹ Zu den Arten von Kooperationsverträgen und ihrer Grundstruktur s. Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 9-12.

²² Decker, „III. Internationaler Konsortialvertrag“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, Rn. 6.

²³ Zu den klassischen Interessengegensätzen in einer Gesellschaft s. ausführlich Hamann, „§ 1 Vertragsverhandlung im Gesellschaftsrecht“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 12 ff.; zur Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht s. Kamanabrou, *Vertragsgestaltung*, 5. Aufl. 2019, § 9.

1. Entscheidungsfindung

Konflikte zwischen den Gesellschaftern/Projektbeteiligten können entstehen, wenn für die Projektgesellschaft wichtige Entscheidungen getroffen werden müssen. Dabei hängt eine erfolgreiche Realisierung des Projekts von einer effektiven Entscheidungsfindung ab. In ARGE- und Konsortialverträgen sollte die Beschlussfassung geregelt werden. Dies betrifft insbesondere Beschlüsse, die in den Leistungsumfang einzelner Gesellschafter eingreifen.²⁴

2. Geschäftsführung

Konflikte können auch bei der Wahl des Geschäftsführers und der Ausübung seiner Tätigkeit entstehen. Die Aufgaben des Geschäftsführers sollten möglichst präzise beschrieben werden. Es kann vorgesehen werden, dass bestimmte Entscheidungen nur in Abstimmung mit dem betroffenen Konsorten getroffen werden können. Der Geschäftsführer darf i.d.R. ohne vorherige Zustimmung eines Konsorten keine Erklärungen abgeben, die diesen Konsorten verpflichten oder seine Rechte beschränken könnten. Gleichzeitig sollten Mitwirkungspflichten der Konsorten geregelt werden.²⁵

3. Aufgabenverteilung / Haftung

Die Haftungsrisiken müssen den Gesellschaftern zugeordnet werden. Hierzu muss der Leistungsumfang der Gesellschafter präzise beschrieben werden. Jeder Gesellschafter haftet im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern für die vertragsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen aus seinem Leistungsanteil. In Konsortialverträgen wird häufig geregelt, dass sich die Haftung der Konsorten für Ansprüche oder Schadensfälle, die nicht einem Konsorten eindeutig zuzuordnen sind, nach dem Leistungsumfang des Konsorten richtet, und zwar im Verhältnis ihrer Erlösanteile. Da vor allem in großen Infrastrukturprojekten

²⁴ Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 121, 128.

²⁵ Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 113 ff.

erhebliche Haftungsrisiken bestehen, sollten die sich im Innenverhältnis ergebenden Ausgleichsansprüche nach Möglichkeit abgesichert werden (Sicherheiten zugunsten der anderen Gesellschafter, z.B. in Form von Bankbürgschaften).²⁶ Die Gewinnverteilung gelingt meistens einvernehmlich. Schwierig wird es, wenn Verluste zu verteilen sind. Auch dafür sollte der Gesellschaftsvertrag klare Regelungen vorsehen.

4. Dauer der Projektgesellschaft / Beendigung der Kooperation

Eine Projektgesellschaft bleibt grundsätzlich bestehen, bis der vereinbarte Zweck erreicht worden ist. Bei einem Konsortium/einer ARGE ist das der Zeitpunkt, zu dem sämtliche Rechte und Pflichten aus dem (Haupt-)Auftragsverhältnis und dem Konsortialverhältnis erledigt sind. Die Pflichten aus dem (Haupt-)Auftragsverhältnis können auch etwaige Mängelansprüche des Auftraggebers umfassen. Um Konflikte beim Ausscheiden von einzelnen Gesellschaftern zu vermeiden, sollten Ausscheidungsvoraussetzungen und ihre Folgen geregelt werden. Kündigungs- und Ausschlussgründe sollten konkretisiert werden.²⁷

III. Gestaltung von Planungs- und Bauverträgen²⁸

Bei Planungs- und Bauverträgen geht es um Planung und Ausführung, um Kooperation – und damit insgesamt um eine „Reise ins Unge-
wisse“.²⁹ Große Bauprojekte bringen komplizierte technische Fragen mit sich, während die wirtschaftliche Seite die Beteiligten vor kaufmännische Herausforderungen stellt. Technische, kaufmännische und rechtliche Aspekte müssen verhandelt und anschließend vertraglich geregelt werden,

²⁶ Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 117 ff.

²⁷ Loycke/Gräfe, „§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (Kooperationsverträge und Joint Ventures)“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 123 ff.

²⁸ Die nachfolgenden Ausführungen zur Gestaltung von Planungs- und Bauverträgen basieren auf dem Buchkapitel Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020.

²⁹ Peters, „Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht – Überblick, kritische Anmerkungen, Ausblick“, NZBau 2002, 113 (120).

und zwar so, dass sie für alle Parteien kalkulierbar und im Streitfall justiziabel sind. Gerade weil Bauprozesse aufwändig und teuer sind, ist eine sorgfältige Vertragsverhandlung von größter Bedeutung. Alle zu regelnden Fragen müssen geklärt werden, damit der Bauvertrag nicht zu einer Reise ins Ungewisse wird. Typische Konfliktfelder bei der Realisierung von Bauprojekten sind:

- der Umfang der geschuldeten Leistungen;
- die Vergütung, insb. die Reichweite von Pauschalpreisen und damit übernommener Preisrisiken;
- nachträgliche Änderungen des Bauvorhabens;
- die Bauzeit.

1. Präzise Beschreibung der geschuldeten Leistungen

Die präzise Beschreibung des zu errichtenden Werks ist die wichtigste Aufgabe bei der Gestaltung eines Bauvertrags. Der vertraglich geschuldete Leistungsumfang entscheidet darüber, ob eine Nachtragsforderung berechtigt ist oder nicht. Ob Mängelansprüche bestehen oder nicht, hängt davon ab, ob das hergestellte Werk die vereinbarte Beschaffenheit hat oder nicht. In der Praxis werden die vertraglich geschuldeten Leistungen oft nicht präzise genug beschrieben. Im Streitfall müssen dann die Bestimmungen des jeweils anwendbaren Rechts herangezogen werden oder es werden Sachverständigengutachten erforderlich, was zu für die Parteien unbefriedigenden Ergebnissen führen kann.³⁰

2. Vergütung

Die Werkleistung und die dafür zu bezahlende Vergütung müssen widerspruchsfrei beschrieben werden. Bei einem Pauschalpreis muss klar sein, welche Leistung hiermit abgegolten wird. Bei einem Einheitspreis muss feststehen, welche Leistungseinheiten mit dem jeweiligen Preis abgegolten werden. Nur klare Regelungen führen zu Rechtssicherheit.

³⁰ Zu Formulierungsbeispielen im Werkvertrag s. Ameziane/Hamann, „2.6.4 Werkvertrag“, in: Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*.

3. Vertragsänderungen

Nachträgliche Änderungen des Bauvorhabens und ihre Auswirkungen auf die Vergütung sind besonders konfliktträchtig. Juristisch stellen Abweichungen vom vereinbarten Leistungsumfang eine Vertragsänderung dar. Den Parteien muss klar sein, auf welche Leistungen sich die ursprünglich vereinbarte Vergütung bezieht, ob die zusätzliche/geänderte Leistung gefordert werden kann und ob für die zusätzliche/geänderte Leistung eine zusätzliche Vergütung verlangt werden kann.³¹

4. Bauzeit

Bauvorhaben benötigen oft mehr Zeit als geplant. Bauzeitverlängerungen können rasch zu hohen Mehrkosten führen. Eine verschuldete Bauzeitüberschreitung kann Vertragsstrafen auslösen. Der Streit darüber, wer welche Bauzeitverlängerung zu verantworten hat, ist vorprogrammiert: Der Auftraggeber fordert die vereinbarte Vertragsstrafe, der Auftragnehmer fordert Mehrkosten aus Bauzeitverlängerung. Das Streitpotenzial wird verringert, wenn die Bauzeit realistisch kalkuliert ist. Fertigstellungs- und erforderlichenfalls Zwischentermine sollten ausdrücklich vereinbart werden. Fertigstellungstermine können mit Vertragsstrafe bewehrt werden. Zusätzlich kann auch ein baubegleitendes Gremium vorgesehen werden, das zumindest vorläufige Entscheidungen trifft, z.B. in Form von *Dispute Avoidance/Adjudication Board* der FIDIC-Verträge.³²

IV. Vertragsnetz

Bei großen Infrastrukturprojekten wirken neben den Projektpartnern in der Regel eine große Anzahl an Beteiligten mit, z.B. Bauunternehmen, Institutionen der öffentlichen Hand, Betreibergesellschaften, Ingenieurbüros, Projektsteuerer, Banken. Infrastrukturprojekte erfordern

³¹ Zur Gestaltung einer Vertragsklausel im Werkvertrag, die das Recht begründet, zusätzliche/geänderte Leistungen zu fordern, s. Ameziane/Hamann, „2.6.4 Werkvertrag“, in: Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*.

³² Clause 21 FIDIC Conditions of Contract for Construction, General Conditions, 2nd ed. 2017.

daher regelmäßig zahlreiche Verträge. Neben den Gesellschafts³³, Planungs- und Bauverträgen³⁴ können weitere Verträge³⁵ notwendig sein, z.B. Kaufverträge, Miet- oder Pachtverträge, Finanzierungsverträge. Die vertragliche Vernetzung zahlreicher Beteiligter ist störungsanfällig. Deswegen müssen die für die Realisierung des Vorhabens notwendigen Verträge insgesamt zusammenpassen. Es darf keine explosive Mischung, kein unverträglicher Cocktail entstehen. Das Vertragsnetz muss für alle Beteiligten sichtbar sein. Nur wer das vollständige Bild kennt, kann ein bestimmtes Detail richtig einordnen. Wer seine vertraglich gebundene Aufgabe im Zusammenhang des gesamten Vertragsnetzes verstanden hat, wird diese Aufgabe mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich umsetzen.

V. Konfliktlösungsmechanismen

Bei der Wahl der geeigneten Konfliktlösungsmechanismen muss das gesamte Vertragsnetz berücksichtigt werden. Idealerweise erfolgt die Streitentscheidung bei einem Projekt, zu dem mehrere Verträge gehören, einheitlich. Die Konfliktlösungsmechanismen müssen deshalb aufeinander abgestimmt und klar geregelt werden.³⁶ Insbesondere müssen die

³³ Ausführlich zur Vernetzung der Gesellschaftsverträge mit privaten Verträgen s. Hamann, „§ 3 Vernetzung der Gesellschaftsverträge mit privaten Verträgen“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022.

³⁴ Ausführlich zum Vertragsnetz bei Bauprojekten s. auch Hamann, „A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie“, in: Roquette/Schweiger, *Vertragsbuch Privates Baurecht*, 3. Aufl. 2020, Rn. 21.

³⁵ Zu Lieferverträgen s. Formulare in Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*, Form. 2.2.1 Liefervertrag, 2.2.2 Sukzessivlieferungsvertrag, 2.2.3 Rahmenliefervertrag, 2.2.4 Anlagenlieferungsvertrag. Zur Gestaltung internationaler Dienstverträge s. Bulka/Hamann, „Form. 2.6.2 Dienstvertrag“, in: Piltz/Lewis, *Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht*.

³⁶ Zur Auswahl der geeigneten Konfliktlösungsformen im Gesellschaftsrecht s. Hamann, „§ 2 Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht“, in: Hamann/Sigle/Grub, *Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge*, 3. Aufl. 2022, Rn. 17 ff.; zu Schiedsvereinbarungen im Gesellschaftsrecht s. Hamann, „§ 2 Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht“, in: Hamann/Sigle/Grub,

Kompetenzen bzw. Zuständigkeiten und der Verfahrensablauf eindeutig definiert werden. Haben sich die Parteien auf die Streitbeilegung durch ein institutionelles Schiedsgericht geeinigt, müssen die Besonderheiten der jeweiligen Schiedsgerichtsordnung, insbesondere bezüglich der Konstituierung des Schiedsgerichts und des Verfahrensablaufs berücksichtigt werden.³⁷

C. Klärung der bei der Vertragsumsetzung entstehenden Konflikte

I. Konflikterkennung

Bei Infrastrukturprojekten mit zahlreichen Beteiligten werden mit hoher Wahrscheinlichkeit Konflikte auftreten. In gut gemachten Verträgen sind Risiken und Interessen klar zugeordnet. Vor Überraschungen schützt dies nicht. Ob ein Konflikt erfolgreich gelöst werden kann hängt wesentlich von nicht juristischen Faktoren ab:

- Entscheidend ist zunächst, den Konflikt frühzeitig zu erkennen und sich dann sofort mit ihm auseinanderzusetzen. Nötig ist ein Seismograph, ein Mechanismus, der Erschütterungen frühzeitig anzeigt. Das setzt die Bereitschaft und die Fähigkeit der handelnden Personen voraus, genau hinzusehen, Erkenntnisse auszusprechen, über notwendige Konsequenzen nachzudenken und realistische Entscheidungen zu treffen.
- In verwickelten Gemengelage aus politischen, technischen und wirtschaftlichen Interessen gibt es für Konflikte oft keine ideale Lösung. Es geht darum, zwischen mehreren mehr oder weniger schmerzhaften Varianten die relativ beste zu wählen, von mehreren gefährlichen Wegen den relativ sichersten zu beschreiten. Bei der Abwägung kommt es nicht nur auf betriebswirtschaftliche Kennzahlen und ähnliches an, sondern

Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2022, Rn. 21 ff.

³⁷ Zum Ablauf des Schiedsverfahrens s. Hamann, „3. Abschnitt, Kapitel 1. Schiedsverfahren“, in: Guhling/Günter, *Gewerberaummiete*, 2. Aufl. 2019, Rn. 43 ff.

auch auf die handelnden Personen: Nicht für jeden ist ein nächtlicher Spaziergang durch Lagos oder eine Reise durch den Osten des Kongo ein Vergnügen und auch wer sich gerne darauf einlässt, trifft vernünftigerweise Schutzmaßnahmen.

Lassen Sie uns Homer befragen. Wie gelingt es Odysseus, die gefährliche Meerenge zwischen Skylla und Charybdis zu durchfahren? Auf beiden Seiten ein Ungeheuer: rechts Skylla und links Charybdis:

„Dorthin drohen zween Felsen: Der eine berühret den Himmel. In der Mitte des Felsens ist eine benachtete Höhle. Diese Höhle bewohnt die fürchterlich bellende Skylla. Siehe das Ungeheuer hat 12 abscheuliche Klauen. Und 6 Häls' unglaublicher Läng, auf jeglichem Halse einen grässlichen Kopf ...

Doch weit niedriger ist der andere Felsen, Odysseus. Dort ist ein Feigenbaum, mit großen laubdichten Ästen. Drunter lauert Charybdis, die wasserstrudelnde Göttin. Dreimal gurgelt sie täglich es aus und schlurft es dreimal schrecklich hinein. Wehe dir wofern du der Schlurfenden nahest.“

Warum gelingt es Odysseus die Fahrt zu meistern? Odysseus denkt nach. Er nimmt sich die Zeit, die notwendig ist, um die Risiken zu erkennen, zu analysieren und um Kraft zu schöpfen, bevor er sich der Gefahr stellt. Nehmen auch Sie sich Zeit. Stellen Sie sich in Gedanken vor ein Stilleben von Pieter Claesz, versuchen Sie alle Details zu erfassen: Wer hat das Weinglas umgeworfen, für wie viele Gäste war eingedeckt worden? Was liegt im Schatten, was ist ausgeleuchtet, was verbirgt sich im Hintergrund?

Odysseus lässt sich beraten. Die Göttin Kirke spricht mit ihm über die Gefahren des Weges. Odysseus und seine Gefährten wollen eigentlich gleich weiter, aber lassen sich dann darauf ein, Kirke zuzuhören. Homer formuliert es so: *„Also sprach sie und zwang der edlen Herz zum Gehorsam.“*

Odysseus will nicht zu viel: Er würde gerne ganz ohne Verlust an Skylla und Charybdis vorbeikommen, indem er Skylla vernichtet und dann in sicherem Abstand an Charybdis vorbeifährt. Kirke macht ihm klar, dass er den Verlust von sechs seiner zwölf Mann Schiffsbesatzung in Kauf nehmen muss, um nicht ganz unter zu gehen. Sie sagt zu ihm: *„Unglückseliger denkst du auch hier an deine kriegerischen Taten? Nichts hilft Tapferkeit dort, entfliehen ist die einzige Rettung.“* Dank Kirkes Rat hat

Odysseus den notwendigen Respekt vor den lauenden Gefahren und ist bereit, Abstriche zu machen.

Eine sehr alte Geschichte. Aber vielleicht doch nicht so fern von den Herausforderungen verwickelter Konflikte in Infrastrukturprojekten, die angesichts hoher Risiken wirtschaftlich in den Abgrund führen können. Gerade bei Anlagenbau- und Infrastrukturprojekten bewegen sich Unternehmen oft in unbekanntem, fremdem Gewässer. Fremd im wörtlichen Sinne, wenn sie im Ausland agieren, unbekannt, unvertraut vielleicht auch dann, wenn sie technisch Neuland betreten oder kaufmännisch bspw. mit innovativen Finanzierungsmodellen an den Start gehen.

Die Fehlerquellen liegen in der Regel nicht in juristischen Details, sondern in den Begleitumständen, in denen die Handelnden stecken und die dazu führen, dass zu spät und zu unentschlossen reagiert wird. Zum rechtzeitigen Handeln gehört, sich zuvor das Ausmaß des Konflikts einzugestehen. Schon aus Zeitgründen ist das nicht einfach: E-Mails, Videokonferenzen, politische oder konzerninterne Vorgaben lassen zu wenig Zeit zum Nachdenken. Der Überbringer schlechter Nachrichten hatte noch nie eine angenehme Rolle. Die Lösung für einen schwierigen Konflikt lässt sich regelmäßig nicht durch Druck erzwingen. Wenigstens die juristischen Berater sollten die Chance haben, die Ursachen des Konflikts zu analysieren, alternative Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln, abzuwägen, zu besprechen und dann zu entscheiden. Hektische Betriebsamkeit hilft nicht weiter. Eine Flut von E-Mails, endlose Telefonkonferenzen, über Nacht Datenbanken abgrasen, Vertragsmuster neu zusammenschneiden, alles schön und gut, aber ein ernsthaftes Problem, einen Konflikt bei dem viel auf dem Spiel steht, kann man so nicht lösen. Odysseus hatte immerhin einen Tag und eine Nacht mit Kirke. Kirke ist eine Göttin, vielleicht brauchen beratende Juristen manchmal etwas mehr Zeit. Als außenstehender Berater kann man ruhiger und konzentrierter nachdenken, weil man nicht unmittelbar betroffen und nicht in hierarchische Strukturen eingebunden ist.

Odysseus folgt dem Rat von Kirke. Wäre er selbtherrlich seinem ersten Impuls gefolgt, wäre er untergegangen.

II. Entwicklung einer offensiven Strategie

Offensiv ist nicht aggressiv. Der Duden definiert „*offensiv*“ als „*angreifend, den Angriff bevorzugend*“.³⁸ Eine offensive Strategie erfordert eine aktive, eigenverantwortliche Problemlösung und proaktives Handeln. Dies setzt eine Konfliktanalyse und die Entwicklung einer Strategie, die anschließend konsequent umgesetzt wird, voraus. Teil einer klugen Strategie ist die notwendige Flexibilität, um auf neue Erkenntnisse schnell reagieren zu können. Nicht nur zur Wissenschaft gehört die Bereitschaft, eigene Positionen in Frage zu stellen, wenn neue Entwicklungen neue Überlegungen und möglicherweise einen Kurswechsel erfordern.

III. Dokumentation der Vertragserfüllung

Auf Baustellen wird gerne der Satz „Wer schreibt, der bleibt“ zitiert. Er mag abgedroschen sein, enthält aber einen wahren Kern: Die Dokumentation der eigenen Vertragserfüllung und die Dokumentation von Pflichtverletzungen anderer Beteiligten ist eine wesentliche Voraussetzung für eine gute Verhandlungsposition und verbessert die Erfolgsaussichten in Auseinandersetzungen vor staatlichen Gerichten oder Schiedsgerichten. Aber auch die Dokumentation der Vertragsverhandlungen kann im Streitfall eigene Erfolgsaussichten verbessern, beispielsweise wenn es auf die Wirksamkeit einer Haftungsbeschränkungsklausel nach deutschem AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB) ankommt. Mit einer gut dokumentierten Vertragsverhandlung kann der Beweis gelingen, dass die strittige Vertragsklausel individuell zwischen den Parteien ausgehandelt wurde und damit wirksam ist (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Je besser die eigene Position für die anderen Beteiligten dokumentiert ist desto höher die Chance, ohne gerichtliche Auseinandersetzung ein gutes Verhandlungsergebnis zu erreichen.

Dies setzt eine konsequent proaktive Vertragserfüllung voraus. Die Projektrealisierung beginnt unmittelbar mit Vertragsunterzeichnung. Bei vielen Bauvorhaben verläuft die Startphase holprig, dort verlorene Bauzeit ist später nur schwer aufzuholen. Verantwortliche Mitarbeiter müssen die wesentlichen Verträge kennen und vom ersten Tag an die Vertragserfüllung dokumentieren. Dabei müssen die jeweils

³⁸ <https://www.duden.de/rechtschreibung/offensiv>.

maßgeblichen Regelwerke eingehalten werden. Beispielsweise VOB/B und FIDIC-Verträge sehen umfangreiche Hinweis- und Dokumentationspflichten vor. Studien zeigen, dass Projektverantwortliche die Verträge häufig nicht konsequent umsetzen. *„Wie die Praxis zeigt, findet das „Projektleben“ denn auch in erheblichem Umfang außerhalb der Verträge statt.“*³⁹ Kann die eigene Position einem Richter mit gut lesbar geschriebenen Dokumenten, die juristische und technische Fachsprache beachten, plausibel dargestellt werden, steigen die Prozessaussichten erheblich. Dokumentation der Vertragserfüllung sollte für alle Verträge im projektbezogenen Vertragsnetz beachtet werden, einschließlich der Gesellschaftsverträge.

IV. Trennung von streitigen Tatsachen und streitigen Rechtsfragen

Gestritten werden kann über Tatsachen oder über Rechtsfragen. Über Rechtsfragen können und müssen Richter – die in der Regel ausgebildete Juristen sind – entscheiden. Vom Sachverhalt müssen sie überzeugt werden, bei technischen und betriebswirtschaftlichen Details oft mit Hilfe von Sachverständigen. Diese wiederum müssen wissen, an welchen Tatsachen sie anknüpfen sollen und nach welchen Kriterien sie beispielsweise ein Abfindungsguthaben eines Gesellschafters berechnen sollen oder welche technischen Normen für die Beurteilung von Mängeln heranzuziehen sind.

V. Beachtung von außergerichtlichen Konfliktlösungsmechanismen

Sehen die zugrundeliegenden Verträge außergerichtliche Mechanismen, wie beispielsweise Schlichtung oder Mediation vor, müssen diese Mechanismen und eine ggf. vorgegebene Reihenfolge beachtet und dokumentiert werden. Wieder gilt: Eine eigenständige, proaktive Strategie verbessert die Chancen. Proaktiv kann dabei auch bedeuten, den richtigen Zeitpunkt für die nächste Eskalationsstufe abzuwarten. Manchmal benötigt man Zeit, um eine bessere Alternative aufzubauen, um in eine

³⁹ Schuhmann/Eichhorn, „Optimierungspotenziale für Projektverträge in der internationalen Diskussion“, ZfBR 2020, 501 (502).

Position zu kommen, in der ein Scheitern der Verhandlung besser zu verdauen ist.

VI. Konfliktklärung vor staatlichen Gerichten

Für Prozesse vor staatlichen Gerichten sind in der Regel umfangreiche Prozessordnungen zu beachten, die nur ein im jeweiligen Land erfahrener Prozessanwalt routiniert beherrschen kann. Infrastrukturprojekte können zu Prozessen vor mehreren Gerichtsbarkeiten führen: Zum Prozess gegen einen staatlichen Auftraggeber in Katar oder Algerien kommt die Inanspruchnahme von Sicherheiten Schweizer Banken nach Schweizer Recht in Zürich. Vertragspartner streben Prozesse am Sitz der anderen Vertragspartei an, unter Umständen verknüpft mit einstweiligem Rechtsschutz oder Verfahren zur Abwehr der Zwangsvollstreckung. Ausländische Schiedssprüche sollen im Inland vollstreckt werden.⁴⁰ Auch hier gilt: Wichtig ist eine eigene, proaktive Strategie auf der Grundlage einer sorgfältigen Konfliktanalyse. Berater müssen den gesamten Konflikt strategisch im Blick behalten und das Zusammenspiel der verschiedenen Verfahren, möglicherweise über die ganze Welt verstreut, sorgfältig betreuen und möglichst aktiv führen.

Im Auge behalten werden muss dabei auch, wo die Grenzen gerichtlicher Entscheidungen liegen: Gerichte entscheiden Rechtsfragen. Dabei können und müssen sie zugrundeliegende technische und wirtschaftliche Sachverhalte aufklären und ihrer Entscheidung zugrunde liegen.⁴¹ Sie treffen aber keine unternehmerischen Entscheidungen. Auch emotionale Gemengelage können sie nicht durch juristische Entscheidungen auflösen. Erfahrene Richter haben oft ein gutes Gespür für diese nicht juristischen Elemente eines Konflikts. Angesichts der Komplexität von Auseinandersetzungen bei internationalen Infrastrukturvorhaben ist es aber schwierig, im Rahmen eines – von den Klageanträgen bestimmten – Pro-

⁴⁰ Zur Vollstreckung von Schiedssprüchen s. Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. 2015, chapter 11.

⁴¹ Die Entscheidungen deutscher Gerichte müssen begründet werden, § 313 Abs. 1 Nr. 6 ZPO. Gemäß § 313 Abs. 3 ZPO enthalten die Entscheidungsgründe eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht.

zesses eine Gesamtlösung des Konflikts zu verhandeln. Auch deshalb gilt gerade bei großen Bauvorhaben: Soweit irgend möglich sollten stets mehrere Gesprächsebenen offengehalten werden. Sind sie verschlossen, kann und muss daran gearbeitet werden, Gesprächsebenen wiederaufzubauen.

VII. Konfliktklärung vor Schiedsgerichten

Schiedsgerichte sind in der Regel effizient, wenn die Schiedsrichter klug ausgewählt wurden. Vor allem bei komplexen Streitigkeiten haben Schiedsgerichte Vorteile gegenüber staatlichen Gerichten. Schiedsgerichtsinstitutionen bieten eine Vielzahl von Regeln und Mechanismen, um eine effektive Streitbeilegung mit angemessenem Aufwand und Kosten zu erreichen. Aber auch hier ist es wichtig, eine eigene offensive Strategie der Verfahrensführung zu entwickeln. Hierzu gehört die Art und Weise der Einleitung des Schiedsverfahrens und die Auswahl der Schiedsrichter. So kann beispielsweise die Substantiierung der geltend gemachten Ansprüche (unterstützt durch Beweisangebote) bereits in der Schiedsklage zu einer schnelleren Beilegung des Streits führen. Die Parteien können das Schiedsverfahren überwiegend selbst gestalten und damit zur zügigen Klärung von Konflikten beitragen. Zu den Nachteilen der Schiedsgerichtsbarkeit gehört ihre Anfälligkeit für verfahrensstörendes Verhalten der Parteien. Die Parteien sind auf die Kompetenz und Entschlossenheit der Schiedsrichter im Umgang mit einem solchem Verhalten angewiesen.⁴² Schiedsgerichte entscheiden in aller Regel in erster und letzter Instanz. Schiedssprüche können von staatlichen Gerichten nur unter sehr engen Voraussetzungen aufgehoben werden.⁴³

⁴² Mehr zur Verfahrensstrategien in Schiedsverfahren in Hamann/Bulka, „How to Make Arbitration Efficient: Practice Examples“, *SchiedsVZ* 2022, 27.

⁴³ Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. 2015, chapter 10 para. 10.08, 10.09.

ÖZET

I. Altyapı projeleri, projeyi gerçekleştiren şirketlerin taraf olduğu bir sözleşmeler ağını gerektirir. Örneğin, uygulayıcı şirketler konsorsiyum anlaşmaları veya ortak girişim anlaşmaları yaparlar veya bir proje şirketi kurulur. İkinci bir dizi düzenleme, altyapı projesinin planlanması ve inşası için yapılan sözleşmelerdir. Sözleşmeler uzman planlamacılar, proje yöneticileri ve yürütücü şirketlerle yapılmalıdır. İşletmeci şirketlerle de sözleşmeler yapılabilir. İşverenler genellikle devlet kurumlarıdır. Şirketler genellikle çeşitli ülkelerden gelmektedir. Tüm tarafların etkileşimi, yüksek bir uyumsuzluk potansiyeli barındırır. Uluslararası bağlamdaki ihtilaflar maliyetli ve uzun süreli olabilir. Zamanında yapılan ve tutarlı bir uyumsuzluk analizinin yardımıyla, potansiyel uyumsuzluklar sözleşme müzakereleri sırasında tespit edilebilir. Uygun bir sözleşme tasarımı ile uyumsuzluklar önlenir. Proje uygulaması sırasında buna rağmen ortaya çıkan uyumsuzluklar hızlı bir şekilde tespit edilebilir ve ardından makul bir uğraşla çözülebilir. Bir uyumsuzluk durumunda, dikkatli şekilde yapılan proje (ve uyumsuzluk) dokümantasyonu yardımcı olur. Zamanında fark edilen ve analiz edilen uyumsuzluklar genellikle, uzun süre boyunca proaktif bir şekilde çözülmemiş birkaç uyumsuzluğun birleşmesinden daha az çabayla çözülebilir.

II. Altyapı projelerinde analitik uyumsuzluk çözümü, hukuki durumun açıklığa kavuşturulmasına ek olarak şunları gerektirir:

- Vakalara ve taraf olan kişilere doğru bir şekilde bakabilmeyi;
- Taraf olan kişilere empati ile bakma isteğini;
- Ortaya çıkan uyumsuzluklara karşı duyarlılık ve bu uyumsuzluklarla yüzleşme ve aktif şekilde çözüme iradesi.

Bu, müzakare aşamasında, sözleşme tasarımında, sözleşme uygulamasında ve ulusal mahkemeler ile tahkim mahkemesi önündeki uyumsuzluk süreçlerinde geçerlidir.

III. Analitik uyumsuzluk çözümü, sözleşme tasarımında menfaatlerin ve risklerin projeye ve proje paydaşlarına uygun bir biçimde tanımlanmasını ve açıkça dağıtılmasını ve uygun uyumsuzluk çözüm mekanizmalarının kararlaştırılmasını sağlamaya yardımcı olur. Buna hukuki, ticari ve teknik hususların yanında ilgili kişilerin menfaatlerini ve kültürel ve siyasi arka planı da içermesi gereken sözleşme müzakere sürecine dikkatli bir şekilde hazırlanması da

dahildir. Dikkatli bir risk analizi ve hangi sözleşme tarafının hangi riski üstlendiğine dair açık sözleşmesel düzenlemeler yapılması özellikle önemlidir. Uyuşmazlık çözüm mekanizmalarıyla ilgili karara varılırken önemli proje paydaşlarının geldiği ülkelerin hukuk düzenleri dikkate alınmalıdır. Örneğin devlet mahkemelerinin ve tahkim mahkemelerinin kararlarının uygulanabilirliği veya anlaşılabilir teminatların kullanımı gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Bir tahkim anlaşmasına varılması halinde, uygun bir tahkim kurulu seçilmelidir. Hakem atama prosedürü ve hakemlerin seçimi özel önem arz etmektedir.

IV. Sözleşmenin uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar zamanında tespit edilebilir ve proaktif şekilde çözülebilir. Sorumlu proje yöneticileri bir sismograf gibi, ortaya çıkan uyuşmazlıkların yaklaşan şok dalgalarının ilk işaretlerini tanımlayıp derhal harekete geçmek konusunda duyarlı hale gelebilir. Proje paydaşları uyuşmazlıkları mümkün olduğunca erken ele almaya ve çözüm önerileri geliştirmeye teşvik edilebilir. Yalnızca tanınan ve ele alınan bir uyuşmazlık yapıcı şekilde çözüme kavuşturulabilir. Bu, ortak girişim paydaşları arasındaki uyuşmazlıklar için olduğu gibi planlamacılar ve inşaatçı şirketler ve yeri geldiğinde taşeron zincirleri için de geçerlidir.

V. Anlaşmazlık durumunda, sözleşmesel risk paylaşımına ve sözleşmenin uygulanması sırasında hazırlanan belgelere bakılabilir. Akdedilen sözleşmelerde riskin açık bir şekilde dağıtılması ve uygun uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bulunması halinde, zorlu bir uyuşmazlık bile düzgün bir şekilde bir karara kavuşturulabilir. İlk olarak kendisi sözleşmeyi yerine getirdiğini, ikinci olarak da diğer tarafların sözleşme ihlallerini dikkatli şekilde belgeleyen sözleşme tarafı başarı şansını arttırır. Aynı zamanda, müzakere sonucunda çözüm şansını da arttırır. Ayrıca burada, bir uyuşmazlık durumunda tartışılabilir olmak ve mümkün olan en fazla düzeyde iletişime açık kalmak da önemlidir.

LITERATURVERZEICHNIS

BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine/REDFERN, Alan/HUNTER, Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th ed. 2015.

DUDEN, Das Fremdwörterbuch, 12. Aufl. 2020.

GUHLING, Hartmut/GÜNTER, Peter, Gewerberaummiete, 2. Aufl. 2019.

HAMANN, Hartmut/BULKA, Olesya, How to Make Arbitration Efficient: Practice Examples, SchiedsVZ 2022, 27.

HAMANN, Hartmut/SIGLE, Axel/GRUB, Maximilian, Gesellschaftsrecht, Finanzierung und Unternehmensnachfolge, 3. Aufl. 2022.

KAMANABROU, Sudabeh, Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 2019.

MAIER-REIMER, Georg, Vertragssprache und Sprache des anwendbaren Rechts, NJW 2010, 2545.

MÜNCH, Joachim, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2022.

NEDDEN, Jan Heiner/HERZBERG, Axel Benjamin, ICC-SchO, DIS-SchO, Praxiskommentar zu den Schiedsgerichtsordnungen, 2014.

PETERS, Frank, Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht – Überblick, kritische Anmerkungen, Ausblick, NZBau 2002, 113.

PILTZ, Burghard/LEWIS, Linda, Beck'sche Online-Formulare Internationales Handels- und Vertriebsrecht.

ROQUETTE, Andreas/SCHWEIGER, Daniel, Vertragsbuch Privates Baurecht, 3. Aufl. 2020.

SCHUHMANN, Ralph, Vom rechtssicheren zum effizienten Projektvertrag, ZfBR 2012, 9.

SCHUHMANN, Ralph/EICHHORN, Bert, Optimierungspotenziale für Projektverträge in der internationalen Diskussion, ZfBR 2020, 501 (505).

SCHÜTZE, Rolf, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit (Kommentar), 3. Aufl. 2018.

SCHÜTZE, Rolf/THÜMMEL, Roderich, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 7. Aufl. 2021.

WEIGAND, Frank-Bernd/BAUMANN, Antje (ed.), Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, 3rd ed. 2019.

5977 Sayılı Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Temel Esaslar ve Hukuki Sorumluluk

Die grundlegenden Prinzipien und rechtlichen Haftungsbestimmungen des Biosicherheitsgesetzes (Gesetz Nr. 5977)

Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN *

Av. Esra IŞIKTAŞ**

ÖZ

Biyoteknoloji teknik, uygulama ve ürünlerinin insan sağlığı, çevre ve biyoçeşitlilik üzerinde faydalı etkileri olmakla birlikte zarara yol açabilecek muhtemel riskleri de bulunmaktadır. Ülkeler tarafından, biyogüvenliğin sağlanması için bu alandaki faaliyetler bir hukuki zemin üzerine inşa edilmeye çalışılmıştır. Ülkemizde bu doğrultuda 2010 yılında 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu kabul edilmiştir. Kanun, Cartagena Biyogüvenlik Protokolü ve AB Direktifi gereklerine büyük ölçüde uyumlu olmakla birlikte, bazı hükümlerin çelişkili olduğu, ihtiyatlılık ilkesinden uzaklaştığı, kullanılan ifadelerin tam olarak anlaşılamadığı ve doktrinde tartışıldığı görülmektedir.

Çalışmamızda; biyogüvenlik ile ilgili uluslararası ve ulusal düzenlemelerin ele alındıktan sonra, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanun kapsamındaki temel esaslar ve hukuki sorumluluk hükümleri üzerinde durularak, uygulama ve doktrindeki tartışmalı noktaların değerlendirilmesi ve Kanundaki eksik yönlere ilişkin öneriler sunulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Biyoteknoloji, Biyogüvenlik, Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO) ve Ürünleri, Biyogüvenlik Kanunu, Hukuki Sorumluluk*

* Öğretim Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bfdogan@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3683-7171>.

** Avukat, Ankara Barosu Üyesi, esraiskts@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-9359-1892>.

Fundamental Principles and Legal Responsibility within the Scope of Biosafety Law No. 5977

ABSTRACT

Biotechnology techniques, applications, and products have beneficial effects on human health, the environment, and biodiversity. However, there are also possible risks that may cause harm. To ensure biosafety, the activities in this field have been tried to be built on a legal basis by the countries. In this direction, Biosafety Law No. 5977 was adopted in our country in 2010. Although the law is essentially in line with the requirements of the Cartagena Biosafety Protocol and the EU Directives, it has been seen that some provisions are contradictory, move away from the precautionary principle, and the expressions used need to be fully understood and are discussed in the doctrine.

In our study; after discussing the international and national regulations related to biosafety, it is aimed to evaluate the controversial points in practice and doctrine and to present suggestions regarding the deficiencies in the Law, by emphasizing the fundamental principles and legal liability provisions within the scope of Biosafety Law No. 5977.

Keywords: *Biotechnology, Biosafety, Biosecurity Genetically Modified Organisms (GMO) and Products, Biosafety Law, Legal Liability*

GİRİŞ

Dünya nüfusunun her geçen gün daha fazla artış göstermesi, bitkisel ve hayvansal ürünler, su ve madenler gibi doğal kaynakların tüketimini hızlandırmaktadır. Kişi başına düşen doğal kaynak miktarı, hızla çoğalan nüfusa karşı giderek azalmaktadır. Bu durum doğal kaynakların yetersizliği sorununu ve hatta küresel kıtlık endişesini gündeme getirmektedir. Nitekim, BM raporlarına göre halihazırda 8 milyar civarı olan dünya nüfusunun, 2050 yılında 10 milyarı geçeceği ve bu sebeple dünya genelinde kıtlık sorunu yaşanacağı belirtilmektedir¹. Hal böyle iken, gen mühendisliği teknolo-jisi ile yapılan ve yapılacak olan her çalışma

¹ "World Social Report 2021 Reconsidering Rural Development" United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Year: May, 2021, Erişim Linki: <https://desapublications.un.org/publications/world-social-report-2021-reconsidering-rural-development>, (Erişim Tarihi: 20.03,2022), s. 3.

oldukça önem arz etmektedir. Zira, gıda taleplerinin karşılanabilmesi için genetik çalışmalar yapılarak besin değeri daha yüksek, hastalıklara karşı dayanıklı ve güzel tada sahip bitkiler yanında, verimliliği fazla ve zor iklim şartlarında yaşayabilen hayvanlar elde edilebilmekte² ve böylece küresel soruna yönelik çözümler üretilmeye çalışılmaktadır. Ancak yapılan bu çalışmalar beraberinde gıda güvenliği sorununu da gündeme getirmektedir. Çünkü, genetik yapısıyla oynanmış bu ürünlerin, doğal türlerin zarar görmesine ve yok olmasına neden olabileceği gibi vücuda alındığında ise toksik etki ve bağışıklık sistemi bozuklukları ile viral enfeksiyonlara yatkınlık etkileri bulunabileceği bilinmektedir. Bu nedenlerle insan, hayvan, bitki sağlığının ve çevrenin korunabilmesi için bu alanda yapılacak faaliyetlerin belli bir düzenlemeye tabi olması gerekmektedir. Bu amaçla, çok sayıda uluslararası ve ulusal düzeyde yasal düzenlemeler yapılmakta olup, bilimsel ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak bu düzenlemeler güncellenmeye devam etmektedir.

Çalışmamızda, bu amaçla ülkemizde düzenlenen 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu detaylı olarak incelenecektir. Öncelikle olarak biyogüvenlik kavramının tanımına ve ulusal mevzuatın şekillenmesinde önemli bir yere sahip olan uluslararası hukuki düzenlemelere yer verilecektir. Akabinde, Türkiye’de biyoteknolojik çalışmaların uygulanmasında temel bir hukuki düzenleme olan Biyogüvenlik Kanunu’nun (BiyogK) çıkarılma süreci ve Kanunun genel değerlendirilmesi ile doktrin ve uygulamada tartışmaya konu yasaklı faaliyetler, sorumluluğun hukuki niteliği, ispat yükü, müteselsil sorumluluk, mücbir sebep ve tazminat ile zamanaşımı/hak düşürücü süre hususları ele alınmaya çalışılacaktır.

² Yapılan genetik çalışmalar doğrultusunda elde edilen faydalı GDO örnekleri vermek gerekirse; ,virüs enfeksiyonuna dirençli salatalık, bakteriyel enfeksiyonuna dayanıklı turunçgiller, ısıya maruz kaldığında oluşan kanserojen akrilamid miktarı azaltılmış patates, daha az doymuş yağ içeren kolza tohumu, daha kalın kürklü kaşmir keçileri, depolama süresince uzun ömürlü kalması sağlanan pirinç **Ayrıntılı bilgi için bkz.** “*The Gene Technology Act- Invitation to Public Debate*”, Board, Norwegian Biotechnology Advisory, Published 9, Year: January, 2018, Erişim Linki: <https://www.biotechnologiradet.no/filarkiv/2010/07/genteknologi-loven-engelsk-hele-for-web-v-2.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.09.2022) p. 17.

I. BİYOGÜVENLİK KAVRAMI VE HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Biyogüvenlik Kavramı

1972 yılında David A. Jackson, Robert H. Symons ve Paul Berg tarafından yapılan çalışmada özellikleri bilinen altı enzim kullanılarak ilk kez genetiği değiştirilmiş rekombinant DNA molekülü üretilmiştir³. Bu gelişme ile beraber 1973 yılında ilk genetiği değiştirilmiş bakteri elde edilmiş, ardından bitki ve hayvan genleri üzerinde de biyoteknolojik⁴ çalışmalara başlanmıştır. Bunun üzerine 1973 yılında California'da bilim topluluğu tarafından yapılan Asilomar toplantısında, genetik mühendisliği çalışmalarının toplum üzerindeki etkileri tartışılmış ve biyogüvenlik kavramı ilk kez bu toplantıda kullanılmıştır⁵. Bu kavram ile genetiği değiştirilmiş ürünlerden elde edilen faydaların yanında ortaya çıkabilecek olası zararlar veya muhtemel risklere işaret edilmiştir.

³ Paul Berg / Janet E. Mertz, "Personal reflections on the origins and emergence of recombinant DNA technology", *Genetics*, Year: January, 2010, Volume: 184, Issue: 1, 9-17, p. 12. ve **Ayrıntılı bilgi için bkz.** David A Jackson / Robert H.Symons / Paul Berg, "Biochemical Method For Inserting New Genetic Information Into DNA Of Simian Virus 40: Circular SV40 DNA Molecules Containing Lambda Phage Genes And The Galactose Operon Of Escherichia Coli", *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Year: October, 1972, Volume: 69, Issue: 10, 2904-2909, p. 2904.

⁴ **Biyoteknoloji (Gen Teknolojisi)** biyokimya, mikrobiyoloji ve mühendislik bilimlerinin bir arada kullanıldığı, organizma ve aktif bileşenlerinin çalışma sistemine dayalı, canlının genetik özelliklerinin biyolojik olaylar ile kopyalama ve aktarılmasına olanak sağlayan teknolojik uygulamalardır. **Ayrıntılı bilgi için bkz.** John E. Smith, "Biotechnology" 5. Edition Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 3. Ayrıca, 5097 sayılı Biyogüvenlik Kanunu Madde 2/1-s'de **Modern biyoteknoloji kavramı** "Geleneksel teknikler dışında, doğal üreme engelini aşarak, rekombinant deoksiribonükleik asidin (rDNA) ve nükleik asidin hücrelere ya da organellere doğrudan aktarılmasını sağlayan in vitro nükleik asit tekniklerinin ya da taksonomik olarak sınıflandırılmış familyanın dışında, farklı tür ve sınıflar arasında hücre füzyonu tekniklerinin uygulanmasıdır," şeklinde tanımlanmaktadır.

⁵ Camila Gonçalves Jezini Monteiro / Mariana Martins e Martins / Adriana De Alcântara Cury-Saramago / Henry Pinheiro Teixeira "Biosafety Conducts Adopted By Orthodontists", *Dental Press Journal of Orthodontics*, Year: November, 2018, Volume: 23, Issue: 3, 73-79, p. 74.

Uluslararası literatürde “*biosafety*” veya “*biosecurity*” olarak ifade edilen bu kavramın tanımı, özellikle 1990’lı yıllar itibariyle daha da derinleşmiştir. Zira, biyoteknoloji alanındaki gelişmelerle birlikte genetiği değiştirilmiş organizmalı (GDO)⁶ ürünler, deneysel ürünler olmaktan öteye geçerek ticarileştirilmiş ve 1995 yılı itibariyle dünya pazarına sunulmaya başlanmıştır⁷. Dünyada 1996 yılında yaklaşık 1.7 milyon hektarlık alana GDO’lu ürün ekilirken, bu sayı 2015 yılı itibariyle 179.7 milyon hektara ulaşmıştır⁸. Ayrıca, başlarda yalnızca tarım sektöründe kullanılan bu ürünler, ilerleyen yıllarda hayvancılık, sağlık, çevre ve sanayi sektöründe de tüketilerek kullanıldığı alanlar genişletilmiştir. Bu çerçevede, biyogüvenlik kavramı ilk zamanlar deneysel çalışmaların sosyolojik etkileri ve bilimsel sonuçları doğrultusunda daha dar kapsamda değerlendirilirken, bu gelişmelerin neticesinde daha derin ve çok boyutlu olarak ele alınmaya başlanmıştır.

Biyogüvenlik kavramını günümüz itibariyle tanımlayacak olursak, “*modern biyoteknoloji tekniklerinin, uygulamalarının ve ürünlerinin insan sağlığı ve biyolojik çeşitlilik üzerine oluşturabileceği olumsuz etkilerinin belirlenmesi (risk değerlendirme) ve belirlenen risklerin gerçekleşme ihtimalinin ortadan kaldırılması ya da gerçekleşmesi durumunda oluşacak zararların kontrol altında tutulması için (risk yönetimi) alınması öngörülen tedbirler*”⁹ şeklinde

⁶ **Transgenik** olarak da adlandırılan **GDO**; biyoteknolojik uygulamalar ile bir canlıya başka bir canlıdan gen aktarılan veya genetik yapısına müdahale edilerek yeni özellikler elde edilen gibi kısaca gen yapısının doğal hali genetik çalışmalarla değiştirilmiş organizmalardır. **Ayrıntılı bilgi için bkz.** Dhan Prakash / Sonika Verma / Ranjana Bhatia / B. N. Tiwary, “*Risks and Precautions of Genetically Modified Organisms*”, ISRN Ecology, Year: January, 2011, Volume: 2011, Issue: 3, 1- 13, p. 1.

⁷ Transgenik ürünleri ticarileştiren ilk ülke Çin iken, ilk ticari ürün “*Flavor Savr*” olarak bilinen uzun ömürlü domatestir. **Ayrıntılı bilgi için bkz.** Clive James / Anatole F. Krattiger, “*Global Review of the Field Testing and Commercialization of Transgenic Plants: 1986 to 1995*”, Isaaa Briefs, Year: 1996, No: 1, p. 4-5.

⁸ “Global Status of Commercialized Biotech/GM Crops: 2016”, “International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications (ISAAA) Briefs”, Year: 2016, No: 52, Erişim Linki: <https://africenter.isaaa.org/wp-content/uploads/2017/06/ISAAA-Briefs-No-52.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.07.2022), s. 3.

⁹ Oğuz Özdemir “*Genetik Olarak Değiştirilmiş Organizmaların Tarımsal Üretimde*

açıklanmaktadır. Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere, biyogüvenliğin temel esasları risk değerlendirmesi ve risk yönetimidir. GDO'lu ürünlerin risk veya risk kaynağı, bilimsel yöntemlerle tanımlanma, niteliklerini belirleme, değerlendirme ve risk unsurlarını belirleme olmak üzere dört aşamalı olarak değerlendirildikten sonra, izin verilen amaç ve kurallar dahilinde kullanılması, alınan önlemlerin uygulanması, alternarif kontrol önlemlerinin değerlendirilmesi ve uygulanması amacıyla risklerin yönetilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu doğrultuda, kanun koyucular tarafından söz konusu temel esaslar baz alınarak hukuki düzenlemeler yapıldığını söylemek gerekir.

B. Biyogüvenliğe İlişkin Uluslararası Hukuki Düzenlemeler

Biyoteknolojik çalışmalarla üretilen GDO ve ürünlerinin olumlu ve olumsuz sonuçlarının tam olarak bilinmemesi ve zararlı etkilerinin ortaya çıkması veya ileride çıkma ihtimalinin olması korku ve kaygılara yol açmıştır. Bu korku ve kaygı sebebiyle GDO ve ürünlerine karşı ön yargı ile yaklaşım, siyasi ve sosyal ortamlarda tartışma konusu olmuştur. Bu doğrultuda, biyoteknolojik alandaki faaliyetlere yönelik olarak bilimsel çalışmalara engel olmayacak şekilde, gerek uluslararası gerekse ulusal organlar tarafından kurumsal bir yapı ve hukuki bir temel oluşturma gerekliliği ile yasal çalışmalar yapıldığı görülmektedir.

GDO ve ürünlerinin ekosistem üzerinde oluşturabileceği kısa ve uzun süreli etkileri konusunda duyulan endişeler, ilk olarak *Rio de Janeiro*'da 1992 yılında yapılan Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansında ele alınmıştır. Bu konferans ile "*Gündem 21*" denilen *Rio Deklarasyonu*¹⁰ yayımlanmıştır. Bu deklarasyonun en önemli sonuçlarından biri, çevre ve gıdada sürdürülebilirlik ile ihtiyatlılık ilkesinin ortaya konulmasıdır¹¹. Bu temel ilkelerden ihtiyatlılık ilkesi, bilimsel belirsizlik ko-

Kullanımı, Yönetimi ve Avrupa Birliğine Uyumlaştırılması", Ankara Avrupa Çalışma Dergileri, Yıl: Ocak, 2004, Cilt: 3, Sayı: 2, 37-47, s. 41.

¹⁰ Rio Declaration on Environment and Development, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf, Erişim Tarihi: 11.06.2023.

¹¹ Yrd. Doç. Dr. Adalet B. Alada/ Dr. Ergun Gürpınar / Arş. Gör. Sevim Budak "*Rio Konferansı Üzerine Düşünceler*", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1993, Cilt: 0, Sayı: 3-4-5, 93-108, s. 95-97.

sulları altında, uygulamaya yönelik olarak kararlar alınmasını sağlayan normatif bir prensip olarak belirtilmektedir¹².

Aynı yıl Türkiye'nin de dahil olduğu 190'ın üzerinde ülke ile Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi¹³ imzalanmıştır. Bu sözleşme ile biyolojik çeşitliliğin korunması, bileşenlerinin sürdürülebilir kullanımı ve gen kaynaklarından elde edilecek yararların adil ve eşit şekilde paylaşılması amaçlanmıştır¹⁴. Sözleşmenin 19. maddesinin üçüncü paragrafında *"biyoteknoloji ürünü canlı organizmaların ülkeler arası transferi, kullanımının da olası olumsuz etkilerini önleyecek bir protokol oluşturulması"* önerilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, 1995 yılında sözleşme tarafı ülkeler ile Jakarta'da gerçekleştirilen Üye Ülkeler Konferansı'nda bir protokol oluşturulması kararı alınmış ve 1996 yılında başlayan görüşmeler neticesinde 2000 yılında *Cartagena Biyogüvenlik Protokolü*¹⁵ ortaya çıkarılmıştır. Bu protokol, biyogüvenliğe ilişkin uluslararası düzenlemelerde öncü bir role sahiptir. Protokol'ün genel amacı *"insan sağlığı üzerindeki riskler göz önünde bulundurularak ve özellikle sınır ötesi hareketler üzerinde odaklanarak, biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı üzerinde olumsuz etkilere sahip olabilecek ve modern biyoteknoloji kullanılarak elde edilmiş olan değiştirilmiş canlı organizmaların güvenli taşınması, muamelesi ve kullanımı alanında yeterli bir koruma düzeyinin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır"*. Bu protokol, GDO'lu ürünlerin sınır ötesi hareketleriyle ilgili, evrensel düzeyde bağlayıcı ilk hukuk belgesi olması nedeniyle büyük önem taşımaktadır¹⁶.

¹² Li Ching Lim/ Terje Traavik, *"Biosafety First"*, Taapir Academic Press, Trondheim, 2007, Chapter 29: Anne Ingeborg Myhr *"The precautionary principle in GMO regulations"*, p. 457.

¹³ *Convention on Biological Diversity*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A21993A1213%2801%29>, Erişim Tarihi: 11.06.2023

¹⁴ N. Alexandrova / K. Georgieva / Atanas Atanassov, *"Biosafety Regulations of Gmos: National and International Aspects and Regional Cooperation"*, *Biotechnology & Biotechnological Equipment*, Year: April, 2005, Volume: 19, Issue: sup3, 153-172, p. 154.

¹⁵ *Cartagena Protocol on Biosafety*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A22002A0731%2801%29>, Erişim Tarihi: 11.06.2023.

¹⁶ Zeynep Kıvılcım, *"Cartagena Protokolü ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı"*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Yıl: Haziran, 2012, Cilt: 20, Sayı: 1, 99-121, s. 101.

Bu düzenlemelerin dışında, Avrupa Birliği'ndeki biyogüvenlik ve GDO mevzuatları 1990 yılından itibaren sürekli gelişmekte, çok yönlü ve kapsamlı bir şekilde oluşturulmaktadır. 1993 yılında yürürlüğe giren *Maastricht Anlaşması* ile çevre hukukuna ilişkin temel ilkeler belirlenmiştir. Bununla beraber, Avrupa Birliği'ndeki biyogüvenliğe ilişkin mevcut “Genetik Yapısı Değiştirilmiş Mikroorganizmaların Kapalı Alanda Kullanımına Dair 2009/41/EC sayılı Direktif”, “Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmaların Bilinçli Olarak Çevrede Serbest Bırakılmasına Dair 2001/18/EC sayılı Direktif”; Genetik Yapısı Değiştirilmiş Gıda ve Yemlere Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin “22 Eylül 2003 tarih ve 1829/2003/EC sayılı Tüzük”; Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmaların İzlenebilirliği ve Etiketlenmesi ile Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalardan Üretilen Gıda ve Yem Ürünlerinin İzlenmesi ve Etiketlenmesine Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin “22 Eylül 2013 tarih ve 1830/2003/EC sayılı Tüzük” olmak üzere dört ana başlık altında düzenlemeler olduğunu söylemek gerekir¹⁷.

Türkiye gerek taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, gerekse Avrupa Birliği direktifleri doğrultusunda ulusal mevzuat çalışmalarına yön vermiştir.

C. Türk Mevzuatında Biyogüvenlik

Ülkemizde 1990'lı yılların sonlarına doğru, transgenik bitkilerle ilgili çalışmalara başlanmıştır. Bu bağlamda 1996 yılında Biyoçeşitlilik Sözleşmesine taraf olunarak ilk somut adım atılmıştır. Sözleşme gereği oluşturulan *Cartega Protokolü* ise 2003 yılında imzalanmıştır¹⁸. Protokol, taraf ülkelerde GDO'lu ürünlerin iç piyasada üretimi, dağıtımı ve çevreye salınımı konusunda birtakım yasal düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk ile biyoteknoloji faaliyetlerini düzenleyen özel bir kanunun yokluğu ve ayrıca AB müktesebatına uyum süreci,

¹⁷ Mehmet Nafi Artemel, “Genetiği Değiştirilmiş Yem ile Beslenen Hayvanlardan Elde Edilen Ürünlerin Avrupa Birliği ve Türk Biyogüvenlik Hukukunda Onay ve Etiketleme Şartlarından Muaf Olması”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Haziran, 2016, Cilt: 2, Sayı: 1, 151-168, s. 155-156.

¹⁸ İraz Haspolat, “Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Biyogüvenlik”, Ankara Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi, Yıl: Mart, 2012, Cilt: 59, Sayı: 1, 75-80, s. 78.

bu alandaki düzenlemelerin hazırlanmasına yönelik çalışmaların yoğunlaşmasını sağlamıştır. Böylelikle 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu'nun (BiyogK) çıkarılmasına kadar bir dizi yasal düzenleme yapılmıştır¹⁹. 2009 yılında hazırlanan Ulusal Biyogüvenlik Kanunu Tasarısı taslağı üzerinde yapılan yoğun tartışmalar sürerken, dönemin Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, "Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik'i yayımlamıştır. Fakat yönetmeliğin yayınlanmasından hemen sonra, bu yönetmeliğin iptali ve yürütmesinin durdurulması için açılan davalar neticesinde, Danıştay 10. Dairesi'nin 20 Kasım 2009 tarihli kararıyla söz konusu yönetmeliğin yürütmesi durdurulmuştur²⁰.

Davanın sürdüğü dönemde TBMM'ye yeni bir kanun tasarısı daha sunulmuştur. Yoğun tartışmalar neticesinde 18 Mart 2010 tarihinde "5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu" kabul edilerek, 26 Mart 2010 tarihli ve 27533 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Akabinde, aynı yıl bu kanuna dayalı olarak "GDO ve Ürünlerine Dair Yönetmelik" ve "Biyogüvenlik Kurulu ve Komitelerin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik"²¹ çıkarılarak söz konusu alandaki eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır²².

¹⁹ 14.05.1998 tarihli **Transgenik Kültür Bitkilerinin Alan Denemeleri Hakkında Talimat**, 10.06.2005 tarihli **Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik**, **Tohum İthalatı Uygulama Genelgesi**, 08.23.2006 tarihli **Tohumculuk Kanunu**, 26.10.2009 tarihli **Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik**, Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Güneş, "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku-Uluslararası Düzenlemeler, Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye'deki Mevcut Durum", Journal of Istanbul University Law Faculty, Yıl: Temmuz, 2008, Cilt: 66, Sayı: 2, 49-90, s. 72-87.

²⁰ Dr. Zehra Gizem Ateş, "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk", Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2020, s. 74.

²¹ 13.08.2010 tarih ve 27671 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikler.

²² Funda Yılmaz, "Bitkisel Üretimde Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünleri ile Biyogüvenlik", Uzmanlık Tezi, T.C. Kalkınma Bakanlığı, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yıl: Kasım, 2014, Yayın No: 2914, s. 102.

II. 5977 SAYILI BİYOGÜVENLİK KANUNU

Biyogüvenlik Kanunu beş bölüm ve onsekiz maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümde, amaç, kapsam ve tanımlara yer verilmiştir. İkinci bölüm, temel esaslara ayrılmıştır. Üçüncü bölüm Bakanlığın görev ve yetkileri ile kurul ve komitelerini, dördüncü bölüm hukuki sorumluluk, idari yaptırımlar ve ceza hükümlerini, beşinci bölüm ise son hükümleri içermektedir.

Kanunun temel amacı, bilimsel ve teknolojik gelişmeler çerçevesinde, modern biyoteknoloji kullanılarak elde edilen GDO ve ürünlerinden kaynaklanabilecek riskleri engellemek; insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla biyogüvenlik sisteminin kurulması ve uygulanması, bu faaliyetlerin denetlenmesi, düzenlenmesi ve izlenmesi ile ilgili usul ve esasları belirlemektir.

Biyoteknolojik faaliyetlere yönelik BiyoGK'nun getirmiş olduğu düzenlemeler, *Cartagena Biyogüvenlik Protokolü* ve *AB Direktifi*'i gereklerine büyük ölçüde uyumlu olmakla birlikte, bazı hükümlerin çelişki içerdiği ve doktrinde tartışmalara yol açtığı görülmektedir. Bu sebeple, Kanun'un temel esaslara ve hukuki sorumluluğa ilişkin hükümleri aşağıda detaylı olarak incelenecek ve değerlendirilecektir.

A. Temel Esaslara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

Biyogüvenliğe ilişkin temel esasların olduğu ikinci bölüm, başvuru ve karar verme, risk değerlendirme ve risk yönetimi, izne tabi ile yasaklı faaliyetler, basitleştirilmiş işlem ve karar sonrası yapılacak işlemleri kapsamaktadır (BiyoGK md. 3-7).

1. Başvuru ve Karar Verme

GDO veya ürünlerinin ithalat, ihracat, deneysel amaçlı serbest bırakma, piyasaya sürme ve genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanım faaliyetlerinin yürütülebilmesi için ilgili kişiler tarafından Tarım ve Orman Bakanlığına başvuru yapılması zorunlu kılınmıştır (BiyoGK md. 3)²³.

²³“Başvururda ürünün ne amaçla kullanılacağı belirtilmek zorunda olup, eğer birden fazla amaçla kullanım varsa da her biri için ayrı başvuru yapılır” (BiyoGK md. 3/2).

Bu noktada, GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerin düzenlemeye tabi²⁴ olduğunu söylemek gerekir. Zira, gıda ürünlerinin üretimi ve ithal edilmesi aşamasında ya da kamuya arz edilmişinde gözetim ve denetim hayati önem taşımaktadır. Bu denetim ve gözetim devletin ilgili organları tarafından kamu sağlığı ile çevre ve biyoçeşitlilik korumaya çalışılmaktadır²⁵. Nitekim BiyoGK'nın "*Bakanlığın görev ve yetkileri*" başlıklı 8. maddesi çerçevesinde insan, hayvan, bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması amacıyla Tarım ve Orman Bakanlığına ihtiyati tedbirleri alma ve her türlü düzenlemeyi yapma hususunda yetki verilmiştir.

Bu alanda faaliyet göstermek isteyenler tarafından yapılan başvurular Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü (TAGEM)²⁶ tarafından risk değerlendirme süreçlerinden geçirilerek karara bağlanmaktadır. Esasen GDO ile faaliyet gösterecek kişilerin yetkili mercilerden izin alması, başvuruya ilişkin onay verilmeden önce risk değerlendirme raporu alınması gerekliliği AB'nin 2001/18/EC direktifi ile getirilen bir yükümlülüktür²⁷. Nihayetinde yukarıda da açıklandığı üzere toplumun ve çevrenin sağlığını etkileyebilecek nitelikteki faaliyetlerin yürütülmesine onay verilmeden önce başvuruya ilişkin bir değerlendirme yapılması ve

²⁴ Benzer şekilde GDO ve ürünü için birden fazla amaçla kullanım başvurusu yapılması halinde ise, her bir amaç, ayrı bir başvuru olarak değerlendirilmesi ve yapılan bir başvurunun sonucu, başka başvurular için emsal teşkil etmemesine ilişkin hükümler (m.3/2-3) bu durumu destekler niteliktedir.

²⁵ Nitekim bu görev Anayasa'nın '*Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması*' başlıklı 56. maddesinde "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir*" şeklinde düzenlenmiştir.

²⁶ 02 Ağustos 2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı 2018/3 sayılı Genelge ile Biyogüvenlik Kurulu'nun görev ve yetkileri Tarım ve Orman Bakanlığı'na; 05.12.2018 tarihli ve E.3408293 sayılı Bakan Olur'u ile **GDO ve ürünleri ile ilgili yapılan başvuruların değerlendirilmesi**, Biyogüvenlik Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde belirtilen diğer görevlerin ve Komitelerin sekretarya hizmetlerinin yürütülmesi görevi Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü'ne (TAGEM) verilmiştir. Erişim Linki: <http://tbbdm.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.10.2022.

²⁷ European Union Directive 2001/18/EC, Article 18.

araştırma sürecinden geçirilmesi yerinde bir uygulamadır. Müdürlük başvurulara ilişkin olumlu veya olumsuz kararı²⁸ verirken,

- Bilimsel risk komitesince, izin için başvuru GDO ve ürünlerinin bilimsel esaslara göre risk değerlendirmesi;
- Sosyo-ekonomik komite tarafından ithali için başvuru GDO ve ürünlerinin ülke ekonomisi ve sosyal etkileri bakımından muhtemel sonuçlarının değerlendirilmesi olmak üzere iki tür inceleme yaptırmaktadır²⁹.

Kanun'daki bu iki tür inceleme doktrinde eleştirilmekte, bilimsel risk komitesince onay verilmeyen bir başvurunun sosyo-ekonomik komitede ele alınması zaman kaybı olarak değerlendirilmektedir. Zira bilimsel açıdan riskli bir ürünün sosyo-ekonomik açıdan da riskli sayılması gerektiği değerlendirilmektedir. Sağlık bozulması bir risk olduğundan sosyo-ekonomik değerlendirmede de mutlak surette dikkate alınmaktadır. Bu eleştiriyi bertaraf edebilmek için ise bilimsel risk komitesinin onayının ön şart olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır³⁰. Nitekim bu yolla gereksiz bürokratik işlemlerin önüne geçilmiş ve diğer başvuruların verimli incelenebilmesi için daha fazla zaman kalacaktır.

2. Risk Değerlendirme ve Risk Yönetimi

Risk değerlendirmesi, bilimsel verilere dayalı olası sonuçların risklerini ölçmeyi ve değerlendirmeyi amaçlar. Bu değerlendirme ürün kalitesini arttırma ve inovasyonda faydanın maksimum elde edilmesinde önemli rol oynamaktadır. Risk değerlendirmesinin kritik adımı, olumsuz bir etkiye neden olabilecek koşulların tanımlanmasıdır (bu “ne yanlış gider adımı” olarak da belirtilir). Endişe verici durumlar ile ilgili hem bunun olma olasılığı hem de sonuçları bakımından risk seviyesi tahmin

²⁸ Karar Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girer, kararın geçerlilik süresi on yıldır.

²⁹ Bu değerlendirme işlemleri ile ilgili masraflar başvuru sahibi tarafından karşılanmaktadır (m.4/1).

³⁰ Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım, “Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Gen Hukuku Özel Sayısı, Yıl: Aralık, 2012, Cilt: 1, Sayı: 2, 55-65, s. 58.

edilir. Bu tahminler doğrultusunda riskin karakterizasyonu oluşturulur³¹. “Risk Değerlendirme Raporları” incelendiğinde, önemli kuruluşların görüşleri, bilimsel çalışmalar, ulusal ve uluslararası mevzuatlar göz önünde bulundurulup, yukarıda belirtilen inceleme sürecinden geçirilerek yapılan genetik çalışmaların risk değerlerinin tespit edildiği ve olası alerjik ve toksik etkileri ile, insan, hayvan ve çevreye karşı muhtemel risklerin ortaya konulduğu görülmektedir³². Risk değerlendirmede kullanılmak üzere talep edilen her türlü bilgi ve belgeler, laboratuvar ve saha deneyimleri, analiz, alerji ve toksisite testleri ve gerekli her türlü sonuçların başvuru sahibince temin edilmesi gerekmektedir (Yönetmelik md. 11/4)³³.

Tespit edilen olası risklere ve sosyo-ekonomik değerlendirme sonuçlarına dayanarak alınacak önlemlerin belirlenmesi ve izin verilen amaç ve kurallar çerçevesinde yapılacak işlemlerin uy-gulanması ile kontrolü risk yönetimi kapsamındadır (BiyogK md. 4). TAGEM risk yönetiminin esaslarını belirler. Bu esaslar doğrultusunda başvuru sahibi ise detaylı risk yönetim planı hazırlama ve uygulamadan sorumludur.

Görüldüğü üzere başvuru sahibi değerlendirme ve yönetim aşamalarında yerine getirmekle yükümlü olduğu hususlar vardır. Bu yükümlülükler aykırı hareket edilmesi halinde, Kanun’un Üçüncü Bölümünde düzenlenen hukuki, idari veya cezai sorumluluk doğabilmektedir.

3. İzne Tabi Faaliyetler

Cartagena Biyogüvenlik Protokolünde değinilen “ihtiyatlılık ilkesi” gereğince, GDO ile ilgili faaliyetlerde zararın doğmasını engellemek için tedbirli hareket etme ve adım adım ilerleme politikası benimsenmesi gerekmektedir. Yukarıda izah edildiği üzere biyoteknoloji alanındaki

³¹ Prakash, Dhan, Verma, Sonika, Bhatia, Ranjana, & Tiwary, B. N., “Risks and Precautions of Genetically Modified Organisms”, *ISRN Ecology*, Year: November, 2011, Volume: 2011, Article ID: 369573, 1-13, p. 4.

³² Türkiye Biyogüvenlik Bilgi Değişimi Mekanizması, Biyogüvenlik Kurul Kararları, Erişim Linki: <http://www.tbbdm.gov.tr/ToplantıKararlari2.aspx>, Erişim Tarihi: 20.07.2022.

³³ Bu değerlendirme işlemleri ile ilgili masraflar başvuru sahibi tarafından karşılanmaktadır (m.4/1).

faaliyetler düzenlemeye tabi olduğundan, piyasada faaliyet göstermek isteyen kişilere faaliyete başlamadan önce Bakanlıktan izin alması yükümlülüğü getirilmiştir.

İzne tabi faaliyetler Kanun'un 3. maddesinde, “GDO ve ürünlerinin ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ve genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımı” şeklinde sayılmıştır. Bu faaliyetler dışında, GDO ve ürünlerinin ülkeden transit geçişleri ve araştırma yapmaya yetkili kuruluşlar tarafından bilimsel araştırma amacıyla ithal edilecek GDO ve ürünleri için de Bakanlıktan izin alma zorunluluğu bulunmaktadır (m.3/9-10). Bu bakımdan izin almaksızın yapılan faaliyetler bakımından ilgili kişinin sorumluluğu doğmaktadır.

4. Yasak Faaliyetler

Kanunda izne tabi faaliyetlerin yanı sıra yürütülmesi yasak olan bazı faaliyetler de düzenlenmiştir. BiyoGK'nın 5. maddesinde yasaklı faaliyetler,

a) GDO ve ürünlerinin onay alınmaksızın piyasaya sürülmesi.

b) GDO ve ürünlerinin, Kurul³⁴ kararlarına aykırı olarak kullanılması veya kullandırılması.

c) Genetiği değiştirilmiş bitki ve hayvanların üretimi.

ç) GDO ve ürünlerinin Kurul tarafından piyasaya sürme kapsamında belirlenen amaç ve alan dışında kullanımı.

d) GDO ve ürünlerinin bebek mamaları ve bebek formülleri, devam mamaları ve devam formülleri ile bebek ve küçük çocuk ek besinlerinde kullanılması.” şeklinde sıralanmıştır.

³⁴ Kanun hükmünde “Kurul” olarak belirtilmiş olsa da 05.12.2018 tarihli ve E.3408293 sayılı Bakan Olur'u, Kurul'a ait Biyogüvenlik Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde belirtilen diğer görevler Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü'ne (TAGEM) verilmiştir. Bkn. Türkiye Biyogüvenlik Bilgi Değişim Mekanizması, Erişim Linki: www.tbbdm.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.11.2022.

Sayılan bu yasaklı faaliyetlerin bir kısmı mutlak anlamda yasak iken bazılarının yürütülmesi izne tabidir. a, b ve ç bentlerinde düzenlenen yasaklı faaliyetler, yapılan başvuru üzerine TAGEM tarafından uygun görülmesi halinde yürütülebilir. Bunlar dışındaki yasaklı faaliyetlerin (c ve d bendi) yürütülmesi kesin olarak yasaklanmıştır.

c ve d bendinde düzenlenen mutlak yasaklı faaliyetler, kanunun amacı ile örtüşmemektedir. Zira c bendinde genetiği değiştirilmiş bitki ve hayvan üretimi yasaklanmış olmasına rağmen genetiği değiştirilmiş bitki ve hayvan ithal edilmesi veya transit geçişinin yapılması yasaklanmamıştır. Aksine BiyoGK'nun 14. maddenin 4. fıkrasında “..ticari olarak üretenler, işleyenler, dağıtanlar ve pazarlayanlar bu zararlardan müteselsilen” sorumlu olduğundan bahsedilmektedir. Buradaki ticari olarak üretenlerden kasıt, bir yönüyle bu ürünleri ithal eden kişilerdir. Yani yurt dışında GDO'lu olarak üretilen bitki ve hayvan ürünlerinin ithal edilmesinde bir yasak bu-lunmamaktadır. Ayrıca, ithal edilen bu ürünlerden yeni bir ürün ya da katkı maddesi elde etmek üzere işlenmesi de yasak değildir. Benzer şekilde, BiyoGK'nun 3. maddesinin 10. fıkrası ile GDO ve ürünlerinin ülkemizden transit geçişi Bakanlık iznine bağlı olmak koşulu ile serbest hâle getirilmiştir. Bilindiği üzere, transit geçişlerde GDO'ların bulaşma, çevreye yayılma riski oldukça yüksektir. Hal böyle iken, kanun koyucunun GDO'lu ürünlerin üretimini yasaklarken, bu şekilde faaliyetlere izin vermesi kanunun amacına ters düşmekte, hukuki çelişki ortaya çıkarmaktadır. Şayet, GDO'lu bitki ve hayvan üretim yasağının altında yatan neden olarak doğaya müdahalenin uygun olmadığı yönünde bir yaklaşım var ise, bu yaklaşımını GDO'lu ürünlerin ithaline, bu ürünlerin işlenerek yeni ürünler elde edilmesine ve transit geçişine karşı da aynen gösterilmesi gerekir³⁵.

Yasak faaliyetlere ilişkin bir diğer sorunlu husus ise, e bendi ile bebek mamaları, formülleri ve küçük çocuk ek besinleri ile ilgili getirilen yasaklamadır. Bu yasağın temel sebebi, GDO'lu ürünlerin hiçbir zararının olmadığı ortaya çıkana kadar bebek ve küçük çocuklardan uzak tutulmasının sağlanmasıdır. Ancak bu ürünler yasaklanmış olsa dahi GDO'lu ürünlerin ithalatına veya transit geçişine izin verilerek bulaşma riskine imkan sağlanmaktadır. Ayrıca, hayvanlar GDO'lu yemlerle

³⁵ Yrd. Doç. Dr. Damla Gürpınar, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, 1067-1109, s. 1075; Ateş s. 126-127.

beslendiğinde, bu hayvanlardan elde edilen süt ve süt ürünleri de GDO içereceğinden koruma amacı yine gerçekleşmemiş olacaktır. Benzer şekilde soya lesitini, domates ve mısır ile çocukların çokça tükettiği çikolata, pasta, gevrek ve bisküvi, ürünleri de GDO'lu olarak üretilebilmekte ve GDO'lu bu besinleri tüketen annenin bebeğini emzirmesiyle bu ürünler bebeğe aktarılmış olmaktadır. Bebek mamaları, formülleri ve ek besinlerine getirilen yasaklama ile bu grubun korunması amaçlansa da diğer faaliyetler aracılığıyla GDO'lu ürünlerin dolaylı olarak tüketilmesine izin verilmektedir. Bu durum da göstermektedir ki bu hükmün kapsamı öngörülen amacı gerçekleştirmeye matuf değildir³⁶.

Diğer taraftan, belirtilen faaliyetlerin bütünüyle yasaklanması *Cartagena Biyogüvenlik Protokolü* ile benimsenen ihtiyatlılık ilkesinin mantığına da uymamaktadır. Uluslararası düzenlemeler ile kıyaslandığında Kanunun 5. maddesindeki düzenlemenin katı bir düzenleme olduğunu söylemek de mümkündür. Düzenlemenin kapsamının amacını gerçekleştirmeye elverişli olmaması da dikkate alındığında, kanaatimizce Kanunda tam anlamıyla uygulanamayan yasak hükümlerin bulunması yerine, Bakanlığın etkin denetimin bulunması şartıyla, ihtiyatlılık ilkesi dikkate alınarak düzenlemelerde değişiklik yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

5. Basitleştirilmiş İşlem

GDO ve ürünlerinden kaynaklanabilecek herhangi bir risk ve zarar yoksa değerlendirme sonuçları da göz önünde bulundurmak suretiyle basitleştirilmiş işlem uygulanabilmektedir (Md.6). Bir başka ifadeyle, basitleştirilmiş işlem kapsamına giren GDO ve ürünlerinin faaliyete ilişkin karar süreci daha hızlı ilerlemektedir. Bunun için kanun ve yönetmelikte belirtilen şartların sağlanması gerekir³⁷.

6. Karar Sonrası Yapılacak İşlemler

Düzenlemeye tabi bir alan olması nedeniyle piyasada faaliyet gösterecek aktörlerin³⁸ onay kararı sonrasında da faaliyetler denetlenmeye

³⁶ Gürpınar, "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk", s. 1076.

³⁷ BiyoGK m. 6/2 ile 27671 sayılı GDO ve Ürünlerine Dair Yönetmelik m. 4. 12/3.

³⁸ Başvuruda bulunabilecek piyasa aktörleri Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre," her bir GDO ve ürününün ilk ithalatı için

devam etmekte ve ilgili kişiye yükümlülükler yüklenmektedir. Zira, GDO ve ürünleri için yapılan izin başvurularına onay³⁹ verildikten sonra ilgili kişi izin amacı doğrultusunda hareket etmeyebileceği gibi GDO'lu üründe zaman içerisinde tehlike ortaya çıkabilir veya bilimsel gelişmelerle tehlikenin varlığı tespit edilebilir. Bu sebeple, kararda belirtilen koşulların ihlal edilip edilmediği veya bu faaliyete ilişkin herhangi bir riskin doğup doğmadığının denetlemesi gerekir. Bir ihlal durumunun varlığı ya da bilimsel verilerle bir risk durumunun tespit edilmesi halinde izin kararı TAGEM tarafından iptal edilebilir (Md.7/1).

Onay kararı sonrasında izlenebilirliğin sağlanması amacıyla GDO ve ürünlerinin ülkeye girişi ve dolaşımında, Tarım ve Orman Bakanlığı'na beyanda bulunulması, gerekli kayıtların tutulması, kararın bir örneğinin bulundurulması ve etiketleme kurallarına uyulması zorunlu tutulmuştur⁴⁰. Buna ek olarak, BiyoGK'nın 7. maddesinin 5. ve 6. fıkrasına göre takibin ve denetimin kolaylığı için faaliyet gösteren ilgililere bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre, ilgililer GDO ve ürünleriyle ilgili olarak yeni bir risk ya da risk şüphesini öğrendiği takdirde durumu derhal Bakanlığa bildirmek zorundadır. Ayrıca ürünlerinin piyasaya sürülmesi sırasında gerekli tedbirler alınarak alıcılar, muamele, işleme, taşıma, saklama ve diğer işlemlere ilişkin kararda yer alan güvenlik kuralları ve tedbirleri hakkında bilgilendirilmelidir. Söz konusu bildirim yükümlülüklerine aykırı davranan başvuru sahipleri hakkında ise idari para cezası yaptırımını uygulanmaktadır.

Diğer taraftan, karar sonrası süreç bakımından onay verilen bir GDO'lu ürünün kullanımında etiketleme zorunluluğunun olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrası doğrultusunda "*herhangi bir ürünün Bakanlık tarafından belirlenen eşik değerin*"⁴¹

gen sahibi veya ithalatçı, yurt içinde geliştirilen GDO ve ürünü için ise gerçek ve tüzel kişiler" tarafından başvuru yapılabilecektir.

³⁹ Verilen kararın geçerlilik süresi on (10) yıldır. (BiyoGK Md. 3.).

⁴⁰ BiyoGK Md. 7/3.

⁴¹ GDO ve Ürünlerine Dair Yönetmelik m.4/1-k "**Eşik Değer:** Onaylanmış genler için, Kurulun görüşleri doğrultusunda Bakanlıkça belirlenen, ürünün GDO'lu olarak etiketlenmesini gerektiren alt limitidir". Eşik değeri belirleme yetkisi, Kanunun 8.maddenin 1. Fıkrasının h bendi gereğince, Biyogüvenlik Kurulu'nun

üzerinde GDO ve ürünlerini içermesi halinde; etikette, GDO içerdiğinin açıkça belirtilmesi zorunlu" kılınmıştır. Bu halde kullanılan GDO'lu ürünler etiket bakımından da denetlenmektedir. Etiketleme hususunda ise doktrindeki bir görüşe göre; eşik değerin, GDO miktarının insan sağlığına zararlı bir etki bıraktığı noktayı ifade ettiği ve bu sebeple eşik değerin altındaki GDO miktarının insan sağlığını etkiler nitelikte olmayacağı varsayımından hareketle, ürünleri etiketlemenin zorunlu tutulmamasının yerinde olduğu yorumu yapılmaktadır⁴².

Avustralya ve Yeni Zelanda yasalarında da eşik değere ilişkin benzer düzenleme olduğu ve eşik değer oranının ise %1 olarak belirtildiği görülmektedir⁴³. Norveç Gen Teknolojisi Yasası kapsamında ise bir ürün genetik mühendisleri tarafından üretilse de içeriğinde GDO bulunmuyorsa ürünün etiketlenmesi için bir zorunluluk yoktur⁴⁴. Diğer taraftan, İsviçre Gen Teknik Yasasında herhangi bir eşik değer belirlenmemiş olup, üründe herhangi bir oranda GDO'lu içerik kullanılması söz konusu ise ürünün etiketlenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Böylelikle, tüketiciye seçme özgürlüğü sağlanması ve üründe sahteciliğin önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁴⁵. Kanaatimizce, tüketici haklarının korunması için BiyoGK'da, İsviçre yasası ile benzer doğrultuda belli bir eşik değer koymasızın tüm GDO içeren ürünlerin etiketlenme zorunluluğunun getirilmesi yerinde olacaktır.

görüşleri doğrultusunda Bakanlığa verilmiştir. **Bakanlık tarafından bu değer % 0,9** olarak belirlenmiştir.

⁴² Yılmaz, s. 109-110.

⁴³ Sayıt Mahmut Erdoğan, "Dünya'da GDO mevzuatı, ticareti ve uygulamalarının karşılaştırılması ve Türkiye (AB uzmanlık tezi)", T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara, Yıl: Eylül, 2015, Erişim Linki: <https://www.tarimorman.gov.tr/ABDGM/Belgeler/%C4%B0DAR%C4%B0%20%C4%B0%C5%9ELER/Uzmanl%C4%B1k%20Tez%20Eyl%C3%BCl%202015/Say%C4%B1t%20Mahmut%20Erdogan.pdf>, Erişim Tarihi: 15.10.2022, s. 65,

⁴⁴ The Norwegian Biotechnology Advisory Board, "the Gene Technology Act- Invitation Public Debate", 2018, Erişim Linki: <https://www.bioteknologiradet.no/filarkiv/2017/12/Genteknologiloven-sammendrag-engelsk-til-web-1.pdf>, Erişim Tarihi: 15.08.2022, s. 22.

⁴⁵ No. 814.91 Switzerland Gene Technology Act, Article 17.

B. Hukuki Sorumluluğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

Kanunun 4. bölümünde “*Hukuki Sorumluluk, İdari Yaptırımlar ve Ceza Hükümleri*” başlığı altında düzenlenen hukuki sorumluluk kavramına değinmeden önce sorumluluk kavramı ve türleri açıklanacak, ardından BiyoGK’daki hukuki sorumluluğun niteliği, şartları ve sonuçları değerlendirilecektir.

1. Sorumluluk Kavramı ve Türleri

Sorumluluk kavramı, teknik veya gerçek anlamı ile teknik anlam dışı (diğer) olmak üzere iki farklı şekilde kullanılmaktadır. Bir kişinin edimin ifasına karşı malvarlığı ile sorumlu tutulması⁴⁶ durumu söz konusu ise burada teknik veya gerçek anlamda bir sorumluluktan bahsedilir⁴⁷. Öğretide “...ile sorumluluk” olarak da ifade edilen bu sorumluluk kavramında, borçlunun sahip olduğu malvarlığı “ile, aracılığıyla, birlikte, beraber” sorumlu olmasına işaret edilir. Buna karşılık, sözleşmeden veya sözleşme dışı olgulardan (haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme) kaynaklı ortaya çıkan zarardan sorumlu olma hali teknik anlam dışı sorumluluk veya “...den sorumluluk” olup “sorumluluk hukuku” olarak da kabul edilmektedir⁴⁸. Bu ikinci anlamda, borçlunun sorumluluğunun kaynağına yani neden ötürü sorumlu olduğuna atıf yapılmaktadır⁴⁹. Bu çerçevede sorumluluk, genel kabul gören geniş anlamıyla “bir kişinin bir başkasının uğradığı zararı gidermekle yükümlü tutulduğu hukuksal ilişki” olarak tarif edilmektedir⁵⁰.

⁴⁶ Asım Kaya, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Ekim, 2016, Cilt: 1, Sayı: 2, 207- 228, s. 208.

⁴⁷ Prof. Dr. Fikret Eren, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*”, Yetkin Yayınları,16. Baskı, Ankara, 2014, s. 489-492.

⁴⁸ Oğuzman Prof. Dr. M. Kemal/ Öz, Prof.Dr. M. Turgut, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*” Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, Cilt 1, İstanbul, 2013, s.17; Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*”, Turhan Kitapevi, 17. Baskı, Ankara, 2013, s. 30; Eren, s. 84.

⁴⁹ Prof. Dr. Mehmet Ayan, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*”, Mimoza Yayın, 6.Baskı, Konya, 2010, s. 59.

⁵⁰ Çağlar Özel, “*Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Olgulara Genel Bakış*”,

Sorumluluk hukuku bağlamında, zararın ilgili kişiden tazmin edilebilmesi için kusur, hukuka aykırılık, zarar ve nedensellik bağı şartlarının bulunması gerekir⁵¹. Bu şartlar arasında öncelikli olan ve önem arz edeni kusurun var olup olmadığıdır. Kural olarak sorumlulukta kusur şartı aranmaktadır. Ancak istisnai hallerde kusur olmasa dahi sorumluluk doğabilmektedir⁵². Bu çerçevede hukuki sorumluluğun kusura dayanan ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki şekilde incelenmesi gerekir⁵³. Kusur sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu m. 49'da "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde düzenlenmiştir. Kusura dayanan sorumlulukta "kusursuz sorumluluk olmaz" ilkesi geçerli olup, zarardan sorumlu olunması için kusurun varlığı aranmaktadır. Bir başka ifadeyle, failin kusuru yoksa meydana gelen zarardan sorumluluğu yoktur⁵⁴.

Diğer taraftan, istisnai durumlarda kusur olmasa da sorumluluk doğmaktadır. Bir başka ifadeyle, sorumluluğun doğmasında kusur kurucu bir unsur olmaktan çıkmaktadır⁵⁵. Bu bakımdan kusursuz sorumlulukta kusur yerine, zarara sebep olma unsuru veya kanunun öngördüğü olgu aranır. Bu olgu objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranılması olabileceği gibi, tehlike oluşturan bir araç veya nesneye sahiplik de olabilir⁵⁶. Bu çerçevede, hukuka aykırı olgu veya olay ile ortaya çıkan zarar

Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: Aralık, 2000, Cilt: 18, Sayı: 12, 415-432, s. 416.

⁵¹ Başak Başoğlu, "*Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler*", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Temmuz, 2015, Cilt: 6, Sayı: 2, 29-56, s. 30.

⁵² Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun varlığı karine olarak kabul edilir. Özel, s. 427.

⁵³ Eren, s. 493, Bu iki sorumluluk türünden bağımsız olarak "*hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluğu (fedakarlığın denkleştirilmesi*" üçüncü bir sorumluluk türü olarak incelemektedir.

⁵⁴ Ayan, s. 191.

⁵⁵ Eren, s. 495.

⁵⁶ Başoğlu, s. 33; Eren s. 495.

arasında bir illiyet bağının kurulması kusursuz sorumluluğun doğması için yeterlidir.

Kusursuz sorumluluk türlerine değinecek olursak, TBK'nın sistematığıne göre sırasıyla "hakkaniyet sorumluluğu", "özen sorumluluğu" (veya "objektif sorumluluk") ve "tehlike sorumluluğu" şeklinde üçe ayrılmakta olup aşağıda kısaca açıklanacaktır.⁵⁷

i. Hakkaniyet Sorumluluğu: Türk borçlar Kanunu (TBK) 65/1. maddesinde düzenlenen bu sorumluluk hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Temyiz kudreti bulunmayan kişinin başkasına verdiği zarardan kusuru olmasa dahi kısmen veya tamamen sorumlu tutulmasıdır.⁵⁸

ii. Özen Sorumluluğu: Hakkaniyet ve tehlike sorumluluğunun dışında kalan kusursuz sorumluluk hallerini içerir. TBK m. 66,67,69'da düzenlenmiş olup, bu sorumluluk tipinde sorumlu kişinin, bir nesne (şey) veya bir kişi üzerinde sahip olduğu hakimiyet ilişkisine bağlı olarak, denetim ya da özen gösterme ödevinin yerine getirilmemesinden doğan zarardan sorumlu olunmasını ifade eder. Bu sorumluluk türünde "kurtuluş kanıtı" imkanı olup, zararı tazmin etmekle yükümlü olan kişi şayet özen yükümlülüğüne aykırı davranmadığını ispat ederse sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.⁵⁹

iii. Tehlike Sorumluluğu: Bir kişinin bu sorumluluk türü kapsamında sorumlu tutulabilmesi için bazı olguların gerçekleşmesi gerekir. Bu olgular yapılan düzenlemeler ile tehlike sorumluluğuna bağlanmış olup, belirli bir faaliyet, kuruluş veya işletme olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu işletme veya faaliyet özel ve belli bir nitelikte tehlike unsuru taşımaktadır. Bu faaliyet nedeniyle bir kişiye zarar verilmesi halinde, faaliyet gösteren kişinin kusuruna bakılmaksızın sorumlu olacaktır.⁶⁰

⁵⁷ Eren, s. 614.

⁵⁸ Kılıçoğlu, s. 314.

⁵⁹ "Kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumlulukları, ağırlaştırılmış bir özen sorumluluğudur." Eren, s. 617, Kılıçoğlu, s. 314-315.

⁶⁰ M. Halil Korkusuz, "Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Ocak, 2011, Cilt: 15-16, Sayı: 22-23-24-25, 89-99, s. 92.

Tehlike sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirme olanağı bulunmamaktadır⁶¹. Kısaca, faaliyet gösteren kişi her türlü önlemi aldığını ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamaz. Bu yönüyle tehlike sorumluluğu en ağır sorumluluk hali olup mutlak sorumluluk olarak da nitelendirilir⁶². Kanundaki düzenlemeler ile bu faaliyetten zarara uğrayanlar ile faaliyetten fayda sağlayanlar arasındaki menfaat dengesi, faaliyet gösteren kişilere ağırlaştırılmış sorumluluk yükleyerek dengelenmeye çalışılmaktadır⁶³.

Tehlike sorumluluğuna ilişkin TBK m. 71’de “*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu madde genel hüküm niteliğinde olup maddenin 3. fıkrasında özel kanundaki düzenlemeler saklı tutulmuştur. Bu bakımdan, özel kanunların eksik ve yetersiz olması durumunda genel hükümlere başvurulacaktır⁶⁴. Diğer taraftan maddede yer alan “önemli ölçüde tehlike” ibaresi özel kanunların yorumlanması bakımından da önem arz etmektedir. Önemli ölçüde tehlike olma durumunu objektif ve subjektif yönüyle değerlendirilebilir. Öncelikle subjektif yön, bir olguda alınması gereken bütün önlemler alınmış ve tüm özen gösterilmiş olsa dahi tehlikenin önlenemez olmasını gösterir. Tehlikenin ağırlığına işaret eden “sık sık” veya “ağır zarara yol açma eğilimi” ise objektif yönünü ortaya koymaktadır. Her somut durumun bu yönleriyle değerlendirilmesi gerekir.⁶⁵

2. Biyogüvenlik Kanunundaki Hukuki Sorumluluğun Niteliği

Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde ilk olarak BiyoGK’da belirtilen sorumluluğun, borçlunun (zarar verenin) sorumluluğunun kaynağına yani neden ötürü sorumlu olduğuna atıf yapıldığından sorumluluk hukuku (-den sorumluluk) kapsamına girdiğini belirtmek gerekir. Bu durumda, bu sorumluluğun, kusura dayanan sorumluluk hali mi (sebe

⁶¹ Onur Sarı, “Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: Mart, 2020, Sayı: 147, 251-313, s. 296.

⁶² Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T.09.10.2013, E. 2013/21-102, K. 2013/1456, Erişim Tarihi: 11/08/2022, Erişim Linki: www.kazanci.com.tr.

⁶³ Ateş, s. 109-110.

⁶⁴ Ateş, s. 110.

⁶⁵ Kılıçoğlu, s. 362-363.

sorumluluğu) yoksa kusursuz sorumluluk hallerinden biri mi olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

BiyogK'nın "Sorumluluğa ilişkin temel ilkeler" başlıklı 14. maddesinin 1. fıkrası "GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerde bulunanlar, bu Kanun kapsamında izin almış olsalar dahi, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan sorumludur. Bu sorumluluk, GDO ve ürünlerinin, başvuru ve kararda yer alan koşulları sağlamadığının anlaşılması durumunda zarar oluşmasa dahi geçerlidir." şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle, bu alanda faaliyet gösteren kişilerin fiillerinden sorumlu tutulmasına ilişkin bir kusur ayrımı yapılmadığı görülmektedir. Kanun hükmü, failerin sorumluluğunun doğabilmesini kusur şartına bağlamamıştır. Bir diğer ifadeyle, kişilerin kusuru olsa da olmasa da ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Almanya, İsveç, Norveç, Avusturalya, Yeni Zelanda mevzuatları incelendiğinde biyoteknolojik alandaki faaliyetlerin benzer şekilde kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirildiği görülmektedir⁶⁶.

BiyogK'nın 2. maddesinde, risk değerlendirilmesi, risk iletişimi ve risk yönetimi tanımlarının yapılması; 7. maddede faaliyetlere onay verilese dahi izlenebilirlik ile ileride çıkabilecek tehlikeleri takip etme ve bir tehlikenin tespiti durumunda ise bildirim yükümlülüğü getirilmiş olması GDO ve ürünleri ile alakalı tehlikenin varlığına işaret etmektedir. Nitekim, BiyogK'nın amaçlarından biri, *genetiği değiştirilmiş organizma ve ürünlerinden kaynaklanabilecek riskleri engellemektir*. Ayrıca, BiyogK'nun 3. maddesine göre, genetiği değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerinin ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi, kapalı alanda kullanımı gibi faaliyetlerin yapılması, değerlendirme sonrasında risk oluşturmayacağına ilişkin onay verilmesi de bu tehlikenin varlığını destekler niteliktedir⁶⁷. Bu düzenlemeler esasında bu tür faaliyetlerle insan, hayvan, bitki ve çevre sağlığı üzerinde zararlı sonuçların doğma ihtimali ve riskinin olduğunu göstermektedir.

⁶⁶ Germany Gene Technology Act Section 32; Switzerland Law on Genetic Engineering, Article 30 (1) and 30 (4); Norway Gene Technology Act Section 23; Australia Gene Technology Act 2000 Article 33 and 35; New Zeland Hazardous Substances and New Organisms Act 1996 Article 117.

⁶⁷ Gürpınar, "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk", s. 1079.

Yargıtay kararları incelendiğinde ise Kanun kapsamındaki suçlara ilişkin olarak “kamu sağlığına” ve “çevreye” karşı üst düzeyde tehlikelik arz ettiği ve ayrıca yaptırım hükümleri bakımından “tehlikenin özel ağırlığı, riskin ciddiyeti ve ihtiyat ilkesi” göz önünde bulundurularak düzenlendiği belirtilmiştir⁶⁸. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, BiyoGK’daki hukuki sorumluluğun, TBK’da sayılan kusursuz sorumluluk hallerinden hakkaniyet düşüncesine ya da özen yükümlülüğüne aykırı davranmaya dayalı olmayıp, tehlike sorumluluğunun kapsamına dahil olduğunu söylemek gerekir.

3. Sorumluluğun Doğabilmesinin Şartları

Biyogüvenlik alanında faaliyet gösteren kişiler bakımından tehlike sorumluluğunun doğabilmesi, tehlikeli bir faaliyette bulunmaları, bu faaliyetin bir sonucu olarak ortaya bir zarar çıkması ve zarar ile faaliyet arasında bir illiyet bağının olması şartlarına bağlıdır.

a. Tehlikeli Faaliyet

Tehlike sorumluluğunun doğabilmesinin ilk şartı tehlikeye yol açacak bir fiilin veya faaliyetin varlığıdır. Bir organizmanın yapısında yapılan değişiklik, organizmanın yapısında geri dönüşü olmayan etkiler bırakabilir. GDO’lar kontrolsüz bir şekilde yayılma eğilimine sahip olduğu ve bu risklerin lokalize edilemeyeceği göz önünde bulundurulduğunda ortaya çıkabilecek risklerin boyutu endişe edicidir⁶⁹.

Faaliyet gösteren tarafından tüm önlemler alınmış olsa dahi GDO’ların zarar verme tehlikesinin önlenemeyeceği (sübjetif yön) ve olası zararların sonucunun ağır olabileceği bilinmektedir (objektif yön). Bu bakımdan işin niteliğinde tehlike vardır ve genetiği değiştirilmiş organizma ve ürünleri tehlikenin kaynağıdır. GDO’lara ilişkin her türlü faaliyet (taşınması, depolanması, paketlenmesi, saklanması gibi) insan,

⁶⁸ Ateş, s. 116.

⁶⁹ Nassim Nicholas Taleb/ Rupert Read/ Raphael Douady/ Joseph Norman/ Yaneer Bar-Yam, “*The Precautionary Principle (with Application to the Genetic Modification of Organisms)*”, Nyu School Of Engineering Working Paper Series, Year: October, 2014, Erişim Linki: <https://arxiv.org/abs/1410.5787>, Erişim Tarihi: 13.09.2022, s. 8.

hayvan, bitki ve çevre sağlığı üzerinde tehlike yaratmaktadır. Bu yönüyle “önemli ölçüde tehlike arz etme” unsuru taşıdığı görülmektedir.

b. Zarar

Tehlike sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli şartlardan bir diğeri zarar unsurudur. Bu Kanun kapsamında ortaya çıkabilecek zararları BiyoGK'nun 3. maddesinin 5. fıkrasından hareketle aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür;

- *“İnsan, hayvan ve bitki sağlığının bozulması,*
- *Çevrenin ekolojik dengesinin ve ekosistemin bozulması,*
- *Biyolojik çeşitliliğin azalması veya devamlılığının ortadan kalkması,*
- *Üretici ve tüketicinin tercih hakkının ortadan kalkması,*
- *GDO ve ürünlerinin izin kapsamı dışında çevreye yayılması”*

Bu alanda gösterilen faaliyetler ile yukarıda belirtilen zarar türlerinin meydana gelmesi halinde BiyoGK kapsamındaki tehlike sorumluluğu doğacaktır. Bir diğer ifadeyle, bu Kanun kapsamındaki sorumluluğunun doğabilmesi için bu zararların kaynağının GDO ve ürünleri veya onun faaliyetleriyle (modifikasyonu, üretimi vs.) ilişkili olmalıdır. Aksi halde, genel hükümlere göre sorumluluk belirlenecektir. Ayrıca, sorumlu olabilecek kişi veya kişilerin de tespiti gereklidir. Ancak o halde verilen zararın tazmin edilmesi mümkün olabilmektedir⁷⁰.

Diğer taraftan, Kanun'daki zarar hükümlerine ilişkin olarak doktrin ve uygulamada tartışmalı iki önemli husus bulunmaktadır. Bunlar, sebep olunan zarar ile her türlü zarar ayrımı ve zarar olmadan sorumluluğun doğması konularıdır. Tehlike sorumluluğunun illiyet bağı şartı incelemeden önce bu iki husus ele alınacaktır.

⁷⁰ Li Ching Lim/ Terje Traavik, *“Biosafety First”*, Taapir Academic Press, Trondheim, 2007, Chapter 31 : Gerdial Singh Nijar, *“Liability and Redress for Damage Arising From Genetically Modified Organisms: Law and Policy Options for Developing Countries”*, p. 2-3.

i. Sebep olunan zarar ile her türlü zarar ayrımı

Tartışmalı konulardan ilki ortaya çıkan zarardan, “sorumluluğun sınırının” tam olarak belirlenebilir olmamasıdır. BiyoGK’nın 14. maddesinin ilk fıkrası “GDO ve ürünleriyle ilgili faaliyetlerde bulunanlar, bu Kanun kapsamında izin almış olsalar dahi, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan sorumludur” şeklinde düzenlenmiş olup, bu düzenlemede faaliyet gösteren kişilerin sorumluluğu sebep olunan zararlarla sınırlı tutulmuştur. Fakat aynı maddenin 2. fıkrasında “GDO’ların kapalı alanda kullanımı ve gıda, yem, işleme ve tüketim amacıyla piyasaya sürülmesi, ithalatı ve transit geçişi için izin alma zorunluluğu olduğu halde, bu faaliyetleri izinsiz olarak gerçekleştirenler ile GDO’ları çevreye serbest bırakanlar ve üretenler bu faaliyetler sonucunda meydana gelen her türlü zarardan sorumludur.” şeklinde belirtilmiştir. Bu iki fıkrada, “sebep olunan zarar” ile “her türlü zarar” şeklinde bir ayrım yapıldığı görülmekte olup, faaliyet gösterenlerin hangi zarardan sorumlu olacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Kanun hükmünden hareketle, sorumluluğun hangi zarar türünün kapsamına girdiğinin belirlenmesi için faaliyetin izin alınmak suretiyle mi yoksa izinsiz olarak mı yürütüldüğüne bakılarak tespitinin yapılması gerekir. Örneğin, GDO’ların ithalat ve transit geçişi izne tabi olduğu halde izin almadan bu faaliyetleri yürüten kişi ortaya çıkan her türlü zarardan sorumludur. Aynı şekilde yasaklı GDO’lu bebek mamalarının üretilmesi veya piyasaya sürülmesi halinde de kişi her türlü zarardan sorumludur. Buna karşın, izne tabi bir faaliyette usulüne uygun olarak izin alınmış ancak ortaya bir zarar çıkmış ise kişinin sorumluluğu her türlü zarardan değil, sadece sebep olduğu zarar ile sınırlıdır⁷¹.

Bu ayrımında TBK m.71/4 fıkrasındaki denkleştirme ilkesine atıf yapılmaktadır. Bu hükme göre, “önemli ölçüde tehlike arz eden **bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile**, zarar görenler bu işletmenin faaliyetinin **sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler**”. Bu halde, izin verilen faaliyet kapsamında sebep olunan zarar için uygun bir bedelle denkleştirme durumu söz konusudur. Bir diğer ifade ile zararın tazmininde tam tazminat yerine

⁷¹ Yıldırım/ Üzülmöz/ Çağlayan, s. 19-20.

tazminat miktarında denkleştirme yapılmaktadır. Buradan hareketle, izinsiz veya izin şartlarına aykırı faaliyetlerde ortaya çıkan zarar için tam tazminat ödeneceği sonucuna varılabilir.

Hükümdeki “denkleştirme” ibaresinin niteliğine ilişkin ise farklı yorumlar yapıldığını söylemek gerekir. Bir görüşe göre bu ibare ile “fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine (hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk)” işaret edildiği zira faaliyetin tehlikelilik unsuruna ve başkasının hakkına yapılan müdahale için izin verilerek, faaliyetin hukuka uygun hale getirildiği, bu sebeple de ödemenin fedakarlığın denkleştirilmesi kapsamında yapılması gerektiği belirtilmektedir⁷². Bununla birlikte bir diğer görüşte, bu ibarenin “fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi” olarak yorumlanabileceği gibi izin olsa dahi faaliyetin haksız bir fiil olarak nitelendirildiği ve bu nedenle denkleştirme ibaresinin “tazminattan indirim sebebi” olduğu belirtilmektedir⁷³.

Bu çerçevede, “sebeplenen zarar” ile “her türlü zarar” ayrımının temeli, faaliyetin izinli veya izinsiz olması ayrımına dayanmaktadır. Buna göre de hükmedilecek tazminatın miktarının tespiti söz konusu olmaktadır.

ii. Zarar Olmadan Sorumluluğun Doğması

Zarara ilişkin diğer tartışma konusu ise, 14. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki düzenlemedir. Buna göre “*Bu sorumluluk, GDO ve ürünlerinin, başvuru ve kararda yer alan koşulları sağlamadığının anlaşılması durumunda zarar oluşmasa dahi geçerlidir*”. Zarar oluşmasa dahi sorumluluğun doğacağına ilişkin bir düzenleme yapılması oldukça

⁷² Eren, s. 530. / Ayça Akkayan Yıldırım, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, Journal of Istanbul University Law Faculty, Yıl: Mayıs, 2012, Cilt: 70, Sayı: 1, 203-220, s. 211-212.

⁷³ Oğuzman/ Öz s.188-189. , Prof. Dr. İlhan Uluşan, “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, Erişim Linki: <https://www.acarindex.com/pdfler/acarindex-7873819c-7810.pdf>, Erişim Tarihi: 15.09.2022, s. 2903-2905.

dikkat çekicidir. Bilindiği üzere, hukuki sorumlulukta olmazsa olmaz temel esaslardan biri zararın bulunmasıdır (“conditio sine qua non”). Bir diğer ifade ile zarar olmazsa sorumluluk da doğmaz. Ancak söz konusu hüküm bu temel esasa aykırılık oluşturmaktadır. “Zarar olmasa da sorumlu tutulma” hali ilk kez bu düzenleme ile hukuk sistemimizde yer almıştır⁷⁴. Bu hüküm ile temel esasa bir istisna mı getirilmekte yoksa başka bir anlam mı ifade etmekte olduğu kanun metninden anlaşılamamaktadır.

Kanun koyucunun bu ifade ile neyi kastettiğine yönelik doktrinde çeşitli görüşler vardır. Bir görüşe göre zarar unsurunun, sorumluluğun olmazsa olmaz unsuru olduğu ve bu nedenle burada kastedilenin idari ve cezai sorumluluk olduğudur⁷⁵. Diğer taraftan “zararsız sorumluluk olmaz” ilkesine istisna getirilmediği, fark teorisi anlamında zarar doğmasa da normatif olarak zarar⁷⁶ doğacağını belirtenler⁷⁷ olduğu gibi, “gerçekleşmemiş zarar riskini azaltma masraflarına katlanma yükümü” olarak ifade edenler de bulunmaktadır⁷⁸. Bir diğer görüş ise, bu düzenlemeyi borçlar hukuku genel düzenlemelerine aykırı ve anlamsız bulup, sorumluluğun ağırlaştırılmasına yönelik olarak düzenlendiği kanaatindedir⁷⁹. Son olarak, zarar göreni koruma amacıyla ispat kolaylığı sağlanmaya

⁷⁴ Yıldırım/ Üzülmmez/ Çağlayan, s. 20.

⁷⁵ İdari ve cezai sorumluluk için maddi anlamda bir zararın bulunmaması, kamu düzeni ve otoritesinin sarsılmasının dahi sorumluluk için yeterli olduğu kabul edilse bile, hukuki sorumluluk için “zarar” olmaz ise olmazdır. Yıldırım/ Üzülmmez/ Çağlayan, s.18; Gürpınar, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk” s. 1080-1081. ; Ateş s. 138.

⁷⁶ Normatif zarar bilindiği üzere malvarlığı anlamında bir zarar halini değil, bir trafik kazası sonrasında tedavi altına alınan kişinin kaçırdığı tatil fırsatı gibi zararın ispatındaki güçlükler sebebiyle genel hayat tecrübeleri, hayatın genel akışı uyarınca uğranıldığı kabul edilen ve fakat malvarlığı zararı sayılmayan zararlardır. Bkn. Yıldırım/ Üzülmmez/ Çağlayan, s. 18.

⁷⁷ Yıldırım/ Üzülmmez/ Çağlayan, s. 18 / Özdemir, s. 463.

⁷⁸ Oğuzman / Öz, s. 243.

⁷⁹ Yrd. Doç. Dr. Gül Doğan “Türkiye’de Gen Teknik Uygulamalar ve Bu Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Temmuz, 2010, Cilt: 7, Sayı: 2, 107-137, s. 125.

çalışılsa da bu ifade ile amacın çok ilerisine gidildiği yorumu yapılmaktadır⁸⁰.

Bu çerçevede, idare veya ceza hukuku bağlamında bu hükmü değerlendirecek olursak, sorumluluğun doğması için bir zarar meydana gelme zorunluluğu yoktur. Zira yasaklanan veya izne tabi tutulup da izin alınmadan bir faaliyetin yapılması halinde zarar meydana gelmese dahi kişi, idari veya cezai bakımından sorumlu olabilmektedir. Ancak Kanun'un 15. maddesinde "idari ve adli cezalar" başlığında halihazırda bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle söz konusu hükümle bir idari ve cezai sorumluluk öngörüldüğü kabul edilir ise, kanun koyucunun kanun yapma tekniğine uygun hareket etmediği sonucuna varılabilir.

Diğer taraftan, borçlar hukuku bağlamında değerlendirme yapılacak olursa, bu hükmün temel esaslara aykırı olarak düzenlendiği görüşü savunulabilir. Zira zarar olmadığı durumlarda, faaliyet gösteren kişinin sorumluluğunun tespiti zordur. Ayrıca, zarar unsuru olmaksızın sorumluluğun doğması hali ispat yükü bakımından da sorun oluşturmaktadır. Şöyle ki, zararı oluşturan faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığını ispat etme yükümlülüğü varken, bu halde bu zorunluluk kalkacaktır. Buna karşın, ispat yükü zarar verene geçecek ve zarar verenin bir zarar verme tehlikesinin olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır⁸¹.

c. İlliyet Bağı

Tehlike sorumluluğunun doğması için gerekli son şart ise illiyet bağıdır. İlliyet bağı, ortaya çıkan zarardan sorumluluğun doğabilmesi için meydana gelen zarar ile olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisi olarak belirtilmektedir⁸². İlliyet bağına ilişkin düzenleme Biyogüvenlik Kanun'unda 14. maddenin 3. fıkrasında ele alınmakta olup, "*Ortaya çıkan bir zararın GDO'lardan kaynaklandığının kabul edilebilmesi için, zararın organizmaların sahip olduğu yeni özelliklerden veya organizmaların yenden üretiminden veya değiştirilmesinden ya da organizmaların değiştirilmiş materyalinin başka organizmalara geçişinden kaynaklanması gerekir. Zararlardan*

⁸⁰ Yıldırım/ Üzülmez/ Çağlayan, s. 18.

⁸¹ Yıldırım/ Üzülmez/ Çağlayan, s. 18.

⁸² Eren, s. 561.

kaynaklanan sorumluluğun tespitinde; zararların tarım, orman, gıda ve yem ürünlerinin içindeki genetik değişiklikten kaynaklanmış olup olmadığı göz önünde tutulur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu halde, Biyogüvenlik Kanunu çerçevesinde sorumluluğun doğabilmesi için, GDO ve ürünlerine ilişkin bir faaliyet yürütülmesi ve ortaya bir zarar çıkması yeterli değildir. Zararın mutlaka GDO ve ürünlerinden kaynaklanması yani aralarında bir illiyet bağının olması gerekmektedir. Şayet ortaya çıkan zararın kaynağı, genetik çalışma sonucu elde edilen ürünün yeni özelliği değil ise aradaki illiyet bağı kesilmektedir. Bu durumda, zarardan sorumluluk bu kanuna göre değil, genel hükümlere göre tayin edilecektir.

Örneğin, bir GDO’lu yem için gerekli izin alınmadan veya alınsa dahi koşullara uyulmadan piyasaya süren üreticinin, ambalajlamanın dikkatsiz ve özensiz yapılması veya ürünün son tüketim tarihinin geçmesi nedeniyle bozulması/küflenmesi sonucu tüketici sağlığına zarar vermesi halinde, bu zararın kaynağı GDO’lu ürün olmadığından ötürü Biyogüvenlik Kanunu kapsamında sorumluluk doğmayacaktır⁸³. Benzer şekilde daha iyi verim ve dayanıklılık sağlamak için genetik çalışma yapılmış bir üründe, alerjisi olan kişinin vücudunun reaksiyon göstermesinden ötürü faaliyet yürütenin bu kapsamda sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Çünkü alerjik reaksiyon gösterilmesinin sebebi ürünün GDO’lu olmasından dolayı değildir. Üründe GDO içeriği olsa da olmasa da vücutta böyle bir tepki oluşmaktadır⁸⁴. Bu durumda, GDO faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı kopmaktadır. Zarar kaynağı artık “organizmaların sahip olduğu yeni özelliklerden veya organizmaların yeniden üretiminden veya değiştirilmesinden ya da organizmaların değiştirilmiş materyalinin başka organizmalara geçişinden” kaynaklanmakta, başka bir etken devreye girmektedir. Böyle durumlarda, faaliyet gösteren kişinin sorumluluğu tehlike sorumluluğu değil, haksız fiil hükümleri çerçevesinde doğabilecektir.

⁸³ Yıldırım/ Üzülmez/ Çağlayan, s. 21.

⁸⁴ Gürpınar, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, s. 1088.

Kanunun “hukuki sorumluluk” bölümü ile ilişkili; ispat yükü, müteselsil sorumluluk, mücbir sebep, tazminat ve zamanaşımı/hak düşürücü süre müesseseleri aşağıda ayrı başlıklar halinde değerlendirilecektir.

3. İspat Yükü

İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda iddia eden tarafa düşen usuli bir yüküdür. Taraf buna ilişkin gerekli ispat ve delillerini sunmadığı takdirde herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamaktadır⁸⁵. İspat yükümlülüğü BiyoGK’da düzenlenmediğinden genel hükümlere başvurulmaktadır. HMK (m.190/1) ve TMK (m.6)’ da düzenlenen genel hükümler çerçevede, tazminat talebinde bulunacak kişi zarar gördüğünü ispat etmekle mükelleftir⁸⁶.

BiyoGK’daki sorumluluğun niteliği tehlike sorumluluğu olduğundan zarar görenin failin kusurunu ispatlamasına gerek yoktur. Buna karşın kişi, uğradığı zararı ve bu zararın GDO ve ürünlerine ilişkin faaliyetten kaynaklandığını ispatlamakla yükümlüdür. Fakat ortaya çıkan zardan sorumlu olan kişinin belirlenmesi çoğu zaman kolay olmayabilir. Zira zararın müsebbibi birden fazla kişi ile ilişkilendirilebilir. Ayrıca, GDO ve ürünlerinden kaynaklı zararlar kısa vadede ortaya çıkamayabileceği gibi bir zararın varlığı zamanla gelişen bilimsel ve teknolojik yöntemler neticesinde ancak uzun vadede tespit edilebilir⁸⁷. Bu durumda, gerek nedensellik bağı gerekse zarar verenlerin tespitinde ispat güçlüğü oluşur. GDO ve ürünlerini tüketen kişi, zararın belli bir zaman sonra ortaya çıkması durumunda illiyet bağının varlığını nasıl ispat edebilecek veya sebep olan kişileri nasıl ve neye göre tespit edebilecektir⁸⁸. Genel

⁸⁵ Prof. Dr. L.Şanal Görgün/ Doç.Dr. Levent Börü/ Dr.Öğr.Üyesi Mehmet Kodaköçü, “Medeni Usul Hukuku”, Yetkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2021, s. 460.

⁸⁶ Prof. Dr. Hakan Pekcanitez/ Prof. Dr. Oğuz Atalay/ Prof. Dr. Muhammet Özkes, “Medeni Usul Hukuku”, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara, 2013, s. 666.

⁸⁷ Örneğin; hayvansal besinlerle insan vücuduna giren GDO, pasif halde yıllarca bekledikten sonra vücuttaki bir bakteri nedeniyle aktif hale geçebilir. Ateş, s. 166.

⁸⁸ Burada GDO’lu ürünlerdeki rekombinant DNA’nın insana yatay gen transferi yoluyla transfer olmasının zararlı sonuçlar verdiği veya benzer şekilde bitki ve hayvanlara gen bulaşı durumlarında doğa dengesinde bozulma olduğu

düzenlemeler bu sorulara cevap bulmakta yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle BiyoGK'da değişiklik yapılarak, ispat sorununa ilişkin çözüm bulunması gerekmektedir.

Diğer ülke mevzuatları incelendiğinde, Alman Gen Tekniği yasasına göre "illiyet bağının varlığı karinesi" düzenlenmiştir. Bir zarar mevcut olduğunda bunun GDO'lu üründen kaynaklandığı kabul edilir. Yani zarar gören davacının, sunacağı bilgi, belge vb deliller ile mahkeme nezdinde GDO'lu üründen, kullanımından veya bulaşmasından ötürü zarar oluştuğuna ilişkin bir kanaat oluşturması yeterlidir. Ayrıca illiyet bağını ispat ile yükümlü değildir. Zira karine gereği, faaliyet ile oluşan zarar arasında neden-sonuç ilişkisinin var olduğu kabul edilir. Yani "yaklaşık ispat" ile zarar görene kolaylık sağlanmıştır⁸⁹. Şayet aksi bir durum var ise faaliyet gösteren tarafından zararın başka bir sebepten ötürü meydana geldiğinin ispat edilmesi gerekir. Bir diğer deyişle, ispat yükünü tersine çevrilmesi imkanı tanınmıştır⁹⁰. Bu durumda da yine yaklaşık ispat yeterli olacaktır.

Örnek ile detaylandırılacak olursak, bir arazide GDO içermeksizin yetiştirilen mısırı kullanan tako üreticisi firma tarafından, sebebi tam tespit edilemeyen nedenlerle, GDO bulaşmasına rağmen bu durum üretim zincirinin son aşamasına kadar fark edilememiştir. Taco ürünlerini satın alacak süpermarket zinciri sahibi, üretici firmadan ürünleri almayı kabul etmediğinden, tüm üretim süreci boşuna gitmiştir. Bu durumda zarar gören, kimden hangi gerekçe ile zararın tazminini talep edecek ve illiyet bağını nasıl ispat edecektir? Somut olayımızda tako üreticisi, süpermarket

hususlarında görüşleri olduğu, bununla birlikte uzun dönemde ne tür etkiler göstereceğinin henüz bilinmediği; diğer taraftan tüketicinin bir gıda ürününe alerjisi varken alerjik etki göstermeyen başka bir gıda ürününde genetik çalışma yapıldığında tüketicide alerjik etki ortaya çıkma durumlarının olabileceği hususları göz önünde bulundurulması ve detaylı tetkik ile ortaya çıkan zararın kaynağının bilimsel olarak ortaya konulması önemlidir. Özdemir Adızel/ Kerem Özdemir/ Atilla Durmuş/ Galp Akın, "*Genetiği Değiştirilmiş Organizmaların Doğa ve İnsana Etkileri*", Yüzüncü yıl Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yıl: 2010, Cilt: 15, Sayı: 2, s. 151.

⁸⁹ Ateş, s. 168.

⁹⁰ Gürpınar, "*Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk*", s. 1105.

sahibinin ürünün GDO'lu olmasından ötürü dağıtımını reddetmesi nedeniyle ürettiği üründen kazanç elde edememiş ve maddi zarara uğramıştır. Ancak tako üreticisi süpermarket sahibini sözleşme yükümlülüğünü yerine getirmediği için dava edemez. Zira sözleşme kapsamında market sahibi dağıtıma dahil olacak kusurlu ürünü ka-bul etmekle yükümlü değildir⁹¹. Bu durumda, taco üreticisinin mısır tarlasına GDO bulaşmasına neden olan çevredeki arazi sahiplerini araştırması gerekecektir. GDO içeriğinin belirli bir çiftçiye ait olduğu tam olarak tespit edilemezse, GDO özelliklerinin transferine (potansiyel olarak) neden olan tüm komşular müştereken ve müteselsilen sorumludur⁹². Şayet belirli bir alanda bir çiftçinin, zarara neden olabilecek GDO ürünü yetiştirdiğine ilişkin şüphenin ötesinde bir durum söz konusu ise taco üreticisi, bu çiftçilere karşı dava açabilecek ve mahkeme nezdinde sunacağı delillerle GDO ürünlerinin mısıra bulaştığını ve dolayısıyla zarara uğradığını ileri sürebilecektir. Mahkemede illiyet bağının varlığına ilişkin bir kanaat oluşturması halinde GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyet gösteren çiftçilerin sorumluluğu doğacaktır. Eğer faaliyet gösteren çiftçiler, GDO ürünleri ile alakalı faaliyet göstermediğini ya da farklı kaynaklar nedeniyle davacı yanın arazisinde bir bulaş olduğunu yaklaşık ispat ile ortaya koyarlarsa sorumluluktan kurtulurlar.

Diğer taraftan, İsveç Gen Tekniği yasasında zarar görenin, illiyet bağının varlığını tam olarak ispat etmesi mümkün görünmüyor veya beklenemeyecek durumda ise mahkemenin mevcut delillerle veya resen yapacağı tespitlerle olasılıklar dengesine göre hareket ederek "ağırlıklı olasılıkla" illiyet bağının var olduğuna karar verebileceği⁹³; Avusturya yasasında ise Alman yasalarıyla benzer doğrultuda zararın bir GDO'lu

⁹¹ Bernhard A. Koch/ Bjarte Askeland (ed.), "Damage Caused By Genetically Modified Organisms: Comparative Survey of Redress Options for Harm to Persons, Property or The Environment", Walter de Gruyter, Germany, 2010, Erişim Linki: https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=YXML8FZdYv8C&oi=fnd&pg=PR1&dq=GMO+liabilities+conditions&ots=9Etiku6OKU&sig=pc809cPYWTvzklyvt3fM2lz9oE&redir_esc=y#v=onepage&q=GMO%20liabilities%20conditions&f=false, Erişim Tarihi: 06.09.2022, p. 31.

⁹² Nijjar, s. 14.

⁹³ Gürpınar, "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk", s.1105; No. 814.91 Switzerland Gene Technology Act, Article 33 "Simplification of proof".

üründen kaynaklandığının karine olarak kabul edildiği, bu sebeple karşı tarafın başka sebeplerle zararın ortaya çıktığını ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁴. Bu çerçevede GDO ve ürünlerine ilişkin faaliyetlerde tam bir ispat sağlamanın mümkün olmadığı gözetildiğinde, kanaatimizce Biyogüvenlik Kanunumuzda da benzer doğrultuda düzenleme yapılarak zarar görenin mahkeme nezdinde bir kanaat uyandıracak yaklaşık ispatla yükümlü tutulması ve ispat külfetinin ters çevrilmesi suretiyle zarar verene aksini ispat etme imkanının tanınmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

4. Müteselsil Sorumluluk

Müteselsil sorumluluk, bir zarardan, aynı veya farklı sebeplerden dolayı birden fazla kişinin birlikte sorumlu tutulmasıdır⁹⁵. Bu sorumluluk ile zarar gören kişi korunmaya çalışılmaktadır. Zira zararın tazmini, zarara sebep olan kişilerden herhangi birinden talep edilebileceği gibi tümünden de talep edilebilir. Zararın giderleri, müteselsil sorumluluk bağlamında zararı karşılayan tarafından diğer kişilere rücu edilebilir.

Biyogüvenlik Kanununda müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenleme 14. maddenin 4. fıkrasında ele alınmıştır. Şöyle ki: *“Her ne amaçla olursa olsun piyasaya sürülmüş GDO ve ürünlerini karar koşullarına uygun olmayan bir şekilde muameleye tabi tutmak suretiyle veya başka bir yolla zararın ortaya çıkmasına ya da sonuçlarının ağırlaşmasına sebep olanlarla bunları ticari olarak üretenler, işleyenler, dağıtanlar ve pazarlayanlar bu zararlardan müteselsilen sorumludur.”*

Öncelikle burada GDO ve ürünlerine ilişkin olarak birlikte veya farklı işlem aşamalarında faaliyet yürüten kişiler, bir zarar meydana geldiğinde aynı tür tehlike sorumluluğu kapsamında birlikte tazmin yükümlüsü olmaktadır. GDO ve ürünlerine ilişkin faaliyetlerde, dağıtım zincirinin uzun olması nedeniyle birden fazla kişi işin yürütülmesinde rol üstlenebilir veya ürünün birleşen parçaları üretim zinciri sırasında farklı tedarikçiler tarafından temin edilebilir ya da hastalığa neden olan GDO’lu bir ürün uzaklardan gelerek bu alanda faaliyet göstermeyen kişinin

⁹⁴ Nijar, s. 14.

⁹⁵ Eren, s. 809.

ürünlerini kontamine edebilir. Tüm bu durumlarda zarara neden olanlar, tehlike sorumluluğunun bir sonucu olarak müteselsilen sorumlu olacaktır⁹⁶. Bu durumda zarar gören faaliyet gösterenlerin her birinden zararın tazminini isteyebilir. Bununla birlikte, müteselsil sorumluluğun doğabilmesi için ortaya çıkan zararın GDO ve ürünlerinden kaynaklandığının açıkça belirli olması ve bu zararın doğmasına neden olan kişi veya kişilerin de açıkça tespit edilmesi gerekir.

Diğer taraftan, Kanun'un müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemesinin lafzı tam anlaşılammakta olup yoruma muhtaçtır. Kanundaki izinler doğrultusunda hareket ederek faaliyet gösteren kişiler ile izin koşullarına uygun hareket etmeyerek işleyen, ticari olarak üreten, pazarlayan veya ambalajlayan kişilerin bir tutulduğu anlamı çıkmakta ve bu kişiler zararlardan aynı ölçüde müteselsilen sorumlu olmaktadır. Oysa verilen izne uygun şekilde hareket eden kişinin ortaya çıkan zarardan sorumluluğunda denkleştirme hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Kanun hükmünde bu husus anlaşılmadığından, daha açık veya ayrı bir madde ile düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Biyogüvenlik Kanununda GDO ve ürünlerinin üretimi yasaklı olup, bu hükümde belirtilen "ticari olarak üretenler" kısmını örnekle açıklamak yerinde olacaktır. Hayvan yemi olarak kullanımına izin verilen GDO'lu soyanın ithalinden sonra, faaliyet gösteren kişi tarafından ticari amaçla ekimi yapılarak başka firmalara satılması ile "ticari amaçla üretim" yapılmış olur. Bu işlem verilen iznin amacına aykırıdır. İzin, sadece soyanın yem olarak kullanılması için verilmiştir. Ticari olarak üretilecek ise de bunun için ayrı bir izin alınması gerekir. Bu sebeple, bu şekilde izinsiz olarak üretim yapıldıktan sonra bu ürünü pazarlayan veya dağıtan kişiler müteselsilen sorumlu olacaktır⁹⁷.

Madde metnindeki "başka bir yolla zararın ortaya çıkmasına veya sonuçlarının ağırlaşmasına sebep olanlar" ifadesi de dikkat çekicidir. Bu

⁹⁶ Nijar, s. 13.

⁹⁷ Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım/ Prof. Dr. İlhan Üzülmez/ Prof. Dr. Ramazan Çağlayan, "Biyogüvenlik Kanunu'nda Hukuki Sorumluluklar, Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Öngörülen Kabahatler ve İdari Yaptırımlar", Türkiye Ulusal Biyogüvenlik Çerçevesi Uygulama Projesi, Erişim Linki: http://www.tbbdm.gov.tr/Dosyalar/HUKUK_TR.pdf, Erişim Tarihi: 07.02.2022, s. 26.

alanda faaliyet gösteren kişi herhangi bir sebepten ötürü müteselsilen sorumlu olmaktadır. Esasen bu sorumluluk kapsamına girecek faaliyetleri sınırlayıcı şekilde belirtmek gerekirken bunun yerine “başka bir yolla” veya “sonucu ağırlaştırın” ifadeleri kullanılmak suretiyle müteselsilen sorumluluğun sınırları belirsiz ve geniş bir kapsamda çizilmiştir⁹⁸.

5. Mücbir Sebep

Mücbir sebep, hukuki sorumluluğu ortadan kaldıran bir olaydır. Bu olayın, sorumlunun faaliyet veya işletmesi dışında meydana gelen, iliyet bağıni kesen, sorumluluğun yerine getirilmesini kaçınılmaz ve mutlak bir şekilde engelleyen, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan veya dışarıdan gelen olağanüstü nitelikte olması gerekir⁹⁹. Biyogüvenlik Kanununun mücbir sebebe ilişkin 14. maddesinin son fıkrasında “Zararın sel, dolu, heyelan, deprem gibi tabii afetlerden veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığının tespit edilmesi halinde sorumluluk hükümleri uygulanmaz.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu Kanun kapsamındaki faaliyetlerde, diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak, zarar verenin gerekli dikkat ve özeni gösterdiğinin ispatı (kurtuluş kanıtı) ile sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmazken hükümde sayılan mücbir sebep hallerinin varlığı halinde sorumluluk ortadan kalkmaktadır.

Genel hükümlerde mücbir sebep halleri arasında isyan, savaş, sınır kapatılması, ambargo uygulanması gibi hususlar sayılmasına rağmen bu hükümde sadece doğal afetlerden bahsedilmiştir. Kanun hükmünde tahdidi olarak sadece doğal afetler sayıldığından, mücbir sebep hallerinin kapsamı daraltılmıştır¹⁰⁰. Kanaatimizce bu hüküm kanunun amacına uygun olarak düzenlenmemiştir. Örneğin savaş halinin, hükümde belirtilen doğal afetlerden mücbir sebep olma niteliği bakımından bir farkı yoktur. Her iki durumda da zarar verenin elinde olmayan mutlak ve kaçınılmaz bir olay mevcuttur. Örneği daha detaylandırarak olursak, savaş halinde GDO ve ürünlerinin saklandığı depoların zarar görüp etrafa yayılma

⁹⁸ Gürpınar, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, s. 1083.

⁹⁹ Eren s. 582.; Kılıçoğlu s. 510.

¹⁰⁰ Ateş, s. 157-158.

ihtimali, deprem sırasında meydana gelebilecek hasar sebebiyle ürünün yayılma riski ile aynı ölçüde ve hatta daha fazla olacaktır. Ayrıca, savaş bir ülkede olağanüstü hallerin uygulandığı bir süreç olup bu halde GDO'lu gıdaların ambalajlama, dağıtım gibi işlemlerinde hassasiyet azalabileceği gibi izin şartlarına uygun hareket edilip edilmediğinin takibi de güçleşecektir.

Zaten, 2004 yılında hazırlanan kanun taslağında “Zararın bir mücbir sebepten veya zarar göreninin, ya da üçüncü bir tarafın ağır kusurundan kaynaklandığını ispat edenler sorumluluktan kurtulurlar” şeklinde ifade edilmişti ¹⁰¹. Bu bakımdan, hükümde sadece “doğal afet” hallerinin tahdidi olarak belirtmek yerine daha genel kapsamda mücbir sebep müessesine atıf yapılması yerinde olacaktır¹⁰². Benzer şekilde İsviçre Gen Tekniği Yasasında, mücbir sebep halleri sayılmayıp genel bir çerçevede “mücbir sebep” kavramına atıf yapılmış; Avusturya Gen Tekniği Yasasında “bir savaş veya benzeri çatışmalar, bir iç savaş veya bir isyan ya da olağanüstü, en-gellenemeyen ve sonuçlarından kaçınılması makul olarak beklenmeyen doğa olayları” mücbir sebep olarak belirtilmiştir ¹⁰³.

Diğer taraftan, tehlike sorumluluğunda mücbir sebep hallerinin düzenlenmemesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Tehlike sorumluluğunda örneğin çevre zararlarında veya nükleer faaliyetlerdeki zararlarda mücbir sebep hallerinde dahi sorumlu olunması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴. Böyle bir halin varlığı, somut olayın koşullarına göre tazminattan indirim sebebi olarak ele alınmaktadır. Zira faaliyetin tehlike unsuru arttıkça olası zararlar o ölçüde fazla olacağından mücbir sebep ile sorumluluğun ortadan kalkma ihtimali de azalacaktır¹⁰⁵. Nitekim Alman Gen Tekniği Yasası bu doğrultuda, mücbir sebep hallerini sorumluluğu

¹⁰¹ Yıldırım, s. 24.

¹⁰² Gürpınar, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, s. 1089; Ateş s. 158.

¹⁰³ Gürpınar, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, s. 1090.

¹⁰⁴ Burak Hekim, “Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Haziran, 2018, Cilt: 67, Sayı: 2, 355-414, s. 372.

¹⁰⁵ Didem Başar, “Çevreyi Kirletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği Ve Çevre Sorumluluk Hukukunda Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: Nisan, 2021, Sayı: 46, 145-170, s. 158.

ortadan kaldıran sebepler arasında düzenlememiştir. Doktrinde, Biyogüvenlik Kanunumuzda da Alman Gen Tekniği Yasasındakine paralel bir düzenleme yapılmasının daha isabetli olacağını belirten bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, niteliğinde tehlike barındıran GDO ve ürünleriyle ilgili faaliyet yürütülüyorsa ortaya çıkan sorumluluğun tümüyle üstlenilmesi ve herhangi bir doğal afet nedeniyle sorumluluğun kalkmaması gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim, sorumluluk bakımından benzer olan nükleer faaliyetler için doğal afetlerin, nedensellik bağına kesici etkisi kabul edilmemektedir. Bu bakımından, benzer yaklaşımın GDO'lar için de benimsenmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁶. Kanaatimizce bu görüş isabetlidir. Zira faaliyetin kendisi yüksek tehlike barındırmakta olup bu tehlike mücbir sebebin mahiyetini aşar niteliktedir. Bu sebeple bir mücbir sebep halinde dahi bu faaliyeti yürüten kişinin meydana gelen zararlardan sorumlu olması yerinde olacaktır.

6. Tazminat ve Zamanaşımı/Hak Düşürücü Süre

Tazminat konusu Biyogüvenlik Kanununda düzenlenmediğinden genel hükümlere başvurulması gerekir. TBK m. 71/1 gereğince tehlike sorumluluğu bağlamında ortaya çıkan zarardan işleten ve işletme sahibi sorumlu olmaktadır. Bu çerçevede tazminat davasının, GDO'lu ürünlerden zarar gören kişilerce, bu ürüne ilişkin faaliyet gösteren kişilere yöneltilmesi gerekmektedir. Ancak gıda, tarım ve hayvancılık sektöründe iş akışı birbirini takip eden farklı faaliyetler ile sürdürülmekte olduğundan birden fazla kişi sorumlu olabileceği gibi farklı şirketlerin de sorumlu olması mümkündür. Yukarıda da izah edildiği üzere zarar verenler müteselsilen sorumlu olacağından tazminat alacağı tüm sorumlulara karşı ileri sürülebilecektir.

Bahse konu sorumluluk tehlike sorumluluğu kapsamında olup tazminat miktarı bakımından yüksek miktarda zararlar ortaya çıkabilecektir. Ancak zararın miktarının tespit edilmesi bazı durumlarda zor olabileceği gibi tazminatın üst sınırının en fazla ne olabileceği ise belirsizdir. Aşırı yüksek miktarda belirlenecek bir tazminat bedeli, faaliyet gösteren işletme sahibinin iflasına neden olabilir. Kanunumuzda zararın ispatı veya tazminatın üst sınırı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple

¹⁰⁶ Gürpınar, "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk", s. 1090.

tazminat miktarının belirlenmesi mahkemenin takdirinde olacaktır. Benzer şekilde Avusturya Gen Yasasına göre zarar gören davacı taraf, kesin hasar miktarı veya özellikle ortaya çıkacak kayıplar bakımından ispatı makul olmayacak ölçüde zor ise, Medeni Usul Kanunu'na (273 Civil Procedure Act) göre ilgili tazminat miktarının belirlenmesi mahkeme-nin takdirine bırakılmıştır¹⁰⁷. Alman Gen Tek-niği Yasasının 33. paragrafında ise tazminata bir üst sınır getirilmiştir. Bu maddeye göre tazminatın üst sınırı 85 milyon Euro olarak belirlenmiştir. Eğer birden fazla zarar gören varsa ve toplam zarar 85 milyonu aşıyorsa her bir zarar görenin alacağı tazminat 85 milyona oranlanarak indirileceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, kanunumuzda da tazminat üst sınırına ilişkin bir düzenleme olması kanaatimizce faaliyet gösterenleri de koruyabilmek adına gereklidir.

Diğer taraftan zarar görenin, uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebileceği süreye ilişkin düzenleme hem TBK hem de Biyogüvenlik Kanununda düzenlenmiştir. TBK m.72 hükmüne göre tazminat alacağının "zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle" zamanlaşımına uğrayacağı belirtilirken, Biyogüvenlik Kanununun 14. maddesinin 7. fıkrasında bu süreler iki yıl ve yirmi yıl olarak düzenlenmiştir. Bir hususta hem özel hem de genel kanunda düzenleme mevcut ise özel kanun hükmü esas alınır. Bu çerçevede, bu alandaki faaliyetlerin insan, hayvan, bitki ve çevre üzerindeki olası zararları uzun vadede ortaya çıkabileceğinden esas alınacak sürelerin uzun belirlenmesi isabetlidir.

Bununla birlikte kanunun lafzından, anılan sürelerin hak düşürücü süre olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Fakat kural olarak bütün alacak hakları zamanlaşımına tabidir¹⁰⁸. Bu kanun kapsamında zarar gö-

¹⁰⁷ Bernhard A. Koch/ Askeland, Bjarte (ed.), "Damage Caused By Genetically Modified Organisms: Comparative Survey of Redress Options for Harm to Persons, Property or The Environment", Walter de Gruyter, Germany, 2010, Erişim Linki: https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=YXML8FZdYv8C&oi=fnd&pg=PR1&dq=GMO+liabilities+conditions&ots=9Etiku6OKU&sig=pc809cPYWTvzklyvjt3fM2lz9oE&redir_esc=y#v=onepage&q=GMO%20liabilities%20conditions&f=false, Erişim Tarihi: 06.09.2022.

¹⁰⁸ Eraslan Özkaya, "Özel Hukukumuzda Zamanlaşımı ve Hak Düşürücü Süreler", Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2012, s. 202.

renin talepte bulunacağı tazminat, alacak hakkı kapsamında olup¹⁰⁹ hak düşürücü süre yerine zamanaşımı olarak düzenlenmesi gerekirdi. Zira, her iki müessesenin birbirinden önemli farklılıkları bulunmaktadır. Hak düşürücü süre, zamanaşımından farklı olarak sadece talep ve dava hakkını değil, mevcut hakkı da ortadan kaldıran sürelerdir¹¹⁰. Zamanaşımı süresi def'i hakkının konusu iken, hak düşürücü süre itiraz hakkına konu olmaktadır. Def'i taraflarca ileri sürmedikçe hakim tarafından re'sen incelenememektedir¹¹¹. Ayrıca, zamanaşımı olarak düzenlenen süreler kanunda belirtilen hallerde durmakta veya kesilmektedir. Durma veya kesilme sebebi ortadan kalktığı zaman; durma bakımından süre kaldığı yerden, kesilme bakımından ise süre baştan itibaren (sıfırlanarak) işlemeye başlamaktadır. Bu durum zarar görenin lehinedir¹¹². Kanundaki sürelerin hak düşürücü olarak düzenlenmesi tehlike sorumlusu kişilerin lehinedir. Bu bakımdan kanunun amacına uygun biçimde hükmün düzeltilmesi yerinde olacaktır.

Diğer ülke mevzuatları incelendiğinde, Norveç ve İsviçre kanunlarında öngörülen üç yıl (kısa) ve otuz yıllık (uzun) süreler zamanaşımı olarak düzenlenmiştir¹¹³. Alman ve Avusturya gen kanunlarında ise genel hükümlere atıf yapılmış olup benzer şekilde (Madeni Kanun) üç yıl ve otuz yıllık zamanaşımı süreleri esas alınmıştır¹¹⁴.

Bu bakımdan, belli bir sürenin geçmesi ile GDO ve ürünlerine ilişkin faaliyet gösterecek kişilerin sorumluluklarının sona ermesi olağandır. Ancak tehlike sorumluluğunda amaç zarar görebilecek üçüncü kişilerin korunması olduğundan bu sürenin, hak düşürücü süre olarak öngörülmesi yerine zamanaşımı niteliğinde düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Bu şekilde düzenlendiğinde ilgili kişinin sorumluluğu yine belli

¹⁰⁹ Eren, s. 81.

¹¹⁰ Özkaya, s. 27.

¹¹¹ Oğuzman s.603. / Öz, s. 604-605. ; Kılıçoğlu s. 868.

¹¹² Ayan, s. 341-342.

¹¹³ Norway Gene Technology Act Article 32 - Limitation, Switzerland Law on Genetic Engineering, Article 32.

¹¹⁴ Hayrunnisa Özdemir, "Gıda Hukuku Ve Hukukî Sorumluluk", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 19, Sayı: Özel Sayı, 443-491, s. 486.

bir zaman sonra sona erecek olup, kendisinin bu hususu dava sürecinde sadece def'i olarak ileri sürmesi yeterli olacaktır¹¹⁵.

SONUÇ

Son yıllarda biyoteknolojik çalışmaların hızla artması beraberinde biyogüvenlik sorununu gündeme getirmiştir. Bu alandaki faaliyetlerin kurumsal bir yapıya bürünmesi ve hukuksal bir zeminde yürütülmesi için uluslararası ve ulusal çerçevede önemli düzenlemeler yapılmıştır. Ülkemizde 18 Mart 2010 tarihinde kabul edilen 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu, gerek uluslararası temel ilkelere uyum sağlama gerekse ulusal mevzuattaki boşluğun giderilmesi bakımından oldukça önemlidir. Bununla birlikte, doktrinde ve uygulamada sorun ve tartışmalara yol açan BiyoGK'daki, yasaklı faaliyetler, zarar olmasa dahi sorumlu tutulma hali, ispat yükü, müteselsil sorumluluk, mücbir sebep, tazminat ve zamanaşımı/hak düşürücü süre hususlarında eksiklik ve yanlışlıkların giderilmesi için en kısa sürede kanunda değişiklik yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

¹¹⁵ Gürpınar, "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk", s. 1105.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Biotechnologie hat sowohl nützliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit, die Umwelt und die biologische Vielfalt als auch potenzielle Risiken, die Schaden anrichten können. Die Länder haben versucht, die Aktivitäten in diesem Bereich auf einer rechtlichen Grundlage aufzubauen, um die Biosicherheit zu gewährleisten. In unserem Land wurde das Biosicherheitsgesetz von 2010 (Gesetz Nr. 5977) verabschiedet. Obwohl das Gesetz weitgehend mit den Anforderungen des Cartagena-Biosicherheitsprotokolls und der EU-Richtlinie übereinstimmt, wird festgestellt, dass einige Bestimmungen widersprüchlich sind, vom Vorsorgeprinzip abweichen und die verwendeten Begriffe nicht vollständig verstanden werden, das in der Literatur diskutiert wird.

In unserer Forschungsarbeit werden nach der Behandlung der internationalen und nationalen Vorschriften für die Biosicherheit die grundlegenden Prinzipien und rechtlichen Haftungsbestimmungen des Biosicherheitsgesetzes (Gesetz Nr. 5977) beleuchtet. Es ist beabsichtigt, die umstrittenen Punkte in der Anwendung und Literatur zu bewerten und Vorschläge zu den unzureichenden Aspekten des Gesetzes zu unterbreiten.

KISALTMALAR CETVELİ

Biyogüvenlik Kanunu: BiyoGK

Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar: GDO

Rekombinant Deoksiribonükleik Asit: rDNA

27671 sayılı GDO ve Ürünlerine Dair Yönetmelik: Yönetmelik

Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü: TAGEM

Türk borçlar Kanunu: TBK

KAYNAKÇA

- ADIZEL Özdemir/ ÖZDEMİR Kerem/ DURMUŞ Atilla/ AKIN Galip, “Genetiği Değiştirilmiş Organizmaların Doğa ve İnsana Etkileri”, Yüzüncü yıl Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yıl: 2010, Cilt: 15, Sayı: 2, s. 151.
- ALADA Adalet/ GÜRPINAR Ergun/ BUDAK Sevim, “Rio konferansı üzerine düşünceler” İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1993, Cilt: 0, Sayı: 3-4-5, 93-108.
- ALEXANDROVA N./ GEORGIEVA K./ ATANASSOV Atanas, “Biosafety Regulations of Gmos: National and International Aspects and Regional Cooperation”, Biotechnology & Biotechnological Equipment, Year: April, 2005, Volume: 19, Issue: sup3, 153-172.
- ARTEMEL Mehmet Nafi, “Genetiği Değiştirilmiş Yem ile Beslenen Hayvanlardan Elde Edilen Ürünlerin Avrupa Birliği ve Türk Biyogüvenlik Hukukunda Onay ve Etiketleme Şartlarından Muaf Olması”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Haziran, 2016, Cilt: 2, Sayı: 1, 151-168.
- ATEŞ Zehra Gizem, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, Seçkin, Ankara, 2020.
- AYAN Mehmet, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Mimoza Yayın, Konya, 2010
- BAŞAR Didem, “Çevreyi Kirletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Çevre Sorumluluk Hukukunda Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: Nisan, 2021, Sayı: 46, s. 145-170.
- BAŞOĞLU Başak, “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Temmuz, 2015, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 29-56.
- BERG Paul/ MERTZ Janet E./ “Personal reflections on the origins and emergence of recombinant DNA technology”, Genetics, Year: January, 2010, Volume: 184, Issue: 1, s. 9-17.
- PRAKASH, Dhan / VERMA, Sonika / BHATIA, Ranjana / TIWARY, B. N., “Risks and Precautions of Genetically Modified Organisms”, ISRN Ecology, Year: November, 2011, Volume: 2011, Article ID: 369573, p. 1-13.
- DOĞAN Gül “Türkiye’de Gen Teknik Uygulamalar ve Bu Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Temmuz, 2010, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 107-137.
- EREN Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- GÖRGÜN L. Şanal/ BÖRÜ Levent/ KODAKOĞLU Mehmet, “Medeni Usul Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

- GÜNEŞ Ahmet, *"Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku-Uluslararası Düzenlemeler, Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye'deki Mevcut Durum"*, Journal of Istanbul University Law Faculty, Yıl: Temmuz, 2008, Cilt: 66, Sayı: 2, s. 49-90.
- GÜRPINAR Damla *"Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk"*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 15, Özel Sayı, s. 1067-1109.
- HASPOLAT Iraz, *"Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Biyogüvenlik"*, Ankara Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi, Yıl: Mart, 2012, Cilt: 59, Sayı: 1, s. 75-80.
- HEKİM Burak, *"Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk"* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Haziran, 2018, Cilt: 67, Sayı: 2, s. 355-414.
- JACKSON, David A.; Symons, Robert H.; Berg, Paul, *"Biochemical Method For Inserting New Genetic Information Into DNA Of Simian Virus 40: Circular SV40 DNA Molecules Containing Lambda Phage Genes And The Galactose Operon Of Escherichia Coli"*, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Year: October, 1972, Volume: 69, Issue: 10, s. 2904-2909.
- JAMES Clive/ KRATTIGER Anatole. F., *"Global review of the field testing and commercialization of transgenic plants: 1986 to 1995"*, Isaaa Briefs, No:1, 1996.
- KAYA, Asım *"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması"*, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Ekim, 2016, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 207- 228.
- KILIÇOĞLU Ahmet M. *"Borçlar Hukuku Genel Hükümleri"*, Turhan Kitapevi, 17. Baskı, Ankara, 2013.
- KIVILCIM Zeynep, *"Cartagena Protokolü ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı"*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Yıl: Haziran, 2012, Cilt: 20, Sayı: 1, s. 99-121.
- KORKUSUZ M. Halil, *"Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri"*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: Ocak, 2011, Cilt: 15-16, Sayı: 22-23-24-25, 89-99.
- LIM, Li Ching / TRAAVIK, Terje, *"Biosafety First"*, Taapir Academic Press, Trondheim, 2007.
- MONTEIRO Camila Gonçalves Jezini/ MARTINS Mariana Martins e/ CURY-SARAMAGO Adriana de Alcantara/ TEIXEIRA Henry Pinheiro, *"Biosafety Conducts Adopted By Orthodontists"*, Dental Press Journal of Orthodontics, Year: November, 2018, Volume: 23, Issue: 3, s. 73-79.

- OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, *“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”* Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, Cilt 1, İstanbul, 2013.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa, *“Gıda Hukuku ve Hukukî Sorumluluk”*, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 19, Sayı: Özel Sayı, s. 443-491.
- ÖZDEMİR Oğuz, *“Genetik Olarak Değiştirilmiş Organizmaların Tarımsal Üretimde Kullanımı, Yönetimi Ve Avrupa Birliğine Uyumlaştırılması”*, Ankara Avrupa Çalışma Dergileri, Yıl: Ocak, 2004, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 37-47.
- ÖZEL Çağlar, *“Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Olgulara Genel Bakış”*, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: Aralık, 2000, Cilt: 18, Sayı: 12, s. 415-432.
- ÖZKAYA Eraslan, *“Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler”*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- PEKCANITEZ Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, *“Medeni Usul Hukuku”*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- SARI Onur, *“Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: Mart, 2020, Sayı: 147, s. 251-313.
- SMITH John E, *“Biotechnology”* 5. Edition, Cambridge University Press, 2009.
- YILDIRIM Ayça Akkayan, *“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”*, Journal of Istanbul University Law Faculty, Yıl: Mayıs, 2012, Cilt: 70, Sayı: 1, s. 203-220.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl, *“Biyogüvenlik Kanunu Kapsamında Genetiği Değiştirilmiş Ürünlerden Doğan Hukuki Sorumluluk”*, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuku Özel Sayısı, Yıl: Aralık, 2012, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 55-65.
- YILMAZ Funda, *“Bitkisel Üretimde Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünleri ile Biyogüvenlik”*, Uzmanlık Tezi, T.C. Kalkınma Bakanlığı, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Yıl: Kasım, 2014, Yayın No: 2914.

İNTERNET KAYNAKLARI

- ERDOĞAN Sayıt Mahmut, *“Dünya’da GDO mevzuatı, ticareti ve uygulamalarının karşılaştırılması ve Türkiye (AB uzmanlık tezi)”*, TC Tarım ve Orman Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara, Yıl: Eylül, 2015, (Çevrimiçi), <https://www.tarimorman.gov.tr/ABDGM/Belgeler/%C4%B0DAR%C4%B0%20%C4%B0%C5%9ELER/Uzmanl%C4>

%B1k%20Tez%20Eyl%20C3%BCI%202015/Say%20C4%B1t%20Mahmut%20Erdogan.pdf, (15.10.2022).

Global Status of Commercialized Biotech/GM Crops: 2016”, “International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications (ISAAA) Briefs”, Year: 2016, No: 52, (Çevrimiçi) <https://africenter.isaaa.org/wp-content/uploads/2017/06/ISAAA-Briefs-No-52.pdf>, (13.07.2022).

Koch Bernhard A. / Bjarte Askeland (ed.), “*Damage Caused By Genetically Modified Organisms: Comparative Survey of Redress Options for Harm to Persons, Property or The Environment*”, Walter de Gruyter, Germany, 2010, (Çevrimiçi) https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=YXML8FZdYv8C&oi=fnd&pg=PR1&dq=GMO+liabilities+conditions&ots=9Etiku6OKU&sig=pc809cPYWTvzklyvjt3fM2lz9oE&redir_esc=y#v=onepage&q=GMO%20liabilities%20conditions&f=false, (06.09.2022).

TALEB Nassim Nicholas/ READ Rupert/ DOUADY Raphael/ NORMAN Joseph/ BAR-YAM Yaneer, “*The Precautionary Principle (with Application to the Genetic Modification of Organisms)*”, Nyu School Of Engineering Working Paper Series, Year: October, 2014, (Çevrimiçi) <https://arxiv.org/abs/1410.5787>, (13.09.2022).

The Gene Technology Act- Invitation to Public Debate, Board, Norwegian Biotechnology Advisory, Published 9, Year: January, 2018, (Çevrimiçi) <https://www.bioteknologiradet.no/filarkiv/2010/07/genteknologiloven-engelsk-hele-for-web-v-2.pdf>, (21.09.2022).

ULUSAN İlhan, “*Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit Ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu*”, (Çevrimiçi) <https://www.acarindex.com/pdfler/acarindex-7873819c-7810.pdf>, (15.09.2022).

World Social Report 2021 Reconsidering Rural Development, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Year: May, 2021, (Çevrimiçi) <https://desapublications.un.org/publications/world-social-report-2021-reconsidering-rural-development>, (20.03.2022).

YILDIRIM Mustafa Fadıl/ ÜZÜLMEZ İlhan/ ÇAĞLAYAN Ramazan, “*Biyogüvenlik Kanunu’nda Hukuki Sorumluluklar, Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Öngörülen Kabahatler ve İdari Yaptırımlar*”, Türkiye Ulusal Biyogüvenlik Çerçevesi Uygulama Projesi, (Çevrimiçi) http://www.tbdbm.gov.tr/Dosyalar/HUKUK_TR.pdf, (07.02.2022).

Almanya'da Yardımlı İntihar

Assistierter Suizid in Deutschland

Dr. Derya Nur KAYACAN*

ÖZ

Son dönemlerde sıklıkla tartışılan ölme hakkı, kişisel özerkliğe verilen önemin artmasıyla özel yaşama saygı hakkının sınırlarının yeniden tanımlanmaya çalışma çabasıdır. Özel yaşama saygının bir boyutu olarak değerlendirilen kendi geleceğini belirleme hakkı ile yaşam hakkının çatışması olan ölme hakkından, kişinin kendi özgür iradesi ile yaşamını bir başkasının eliyle (ötanazi) ya da yardımıyla (yardımlı intihar) sonlandırması anlaşılır. Ölme hakkının en liberal şekilde uygulama bulduğu ülkelere komşu olan Almanya'da bu hakkın hukuki durumu belirsizliklere çevrilidir. Ceza Kanunu'nda ötanazi açıkça suç teşkil ederken ne intiharı ne de intihara yardımı suç olarak tanımlayan Almanya, İsviçre'de oldukça popüler yardımlı intihar organizasyonlarının kanundaki boşluktan faydalanarak Almanya'da faaliyetlerini artırmalarının önüne geçmek istemiştir. Böylelikle 2015'te Ceza Kanunu'na sistemli bir şekilde sağlanan intihar yardımını suç olarak tanımlayan madde 217 eklenmiş, fakat 5 yıl yürürlükte kaldıktan sonra 2020'de Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırılık kararı ile iptal edilmiştir. Her ne kadar organizasyonlar düşünülerek düzenlenmişse de, 217. madde doktorları da etkilemektedir. Doktorlar, görevleri gereği ciddi şekilde acı çeken ve hastalığa daha fazla tahammül etmek istemeyip ölmeyi tercih eden hastalardan gelen ölme isteklerinin ilk muhatabıdır. Ölme hakkının tıp biliminden bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Do-

* Türk-Alman Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Koordinatörlüğü Öğretim Görevlisi (deryanur.kayacan@tau.edu.tr) ORCID: 0000-0003-4475-4472. Bu makale, yazarın, Saarland Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde (Almanya), Prof. Dr. Thomas Giegerich danışmanlığında tamamladığı "The Right to Die with Dignity – How Far Do Human Rights Extend?" başlıklı doktora tezinin bir bölümünden genişletilerek üretilmiştir.

layısıyla tıp camiasının ölme hakkına yaklaşımı oldukça önem arz etmektedir. Bir doktorun kariyeri boyunca birden fazla kez yaşamını sonlandırmak için yardım isteyen hastayla karşılaşması olağandır. Bu durumda doktorun birden fazla hastasının intiharına yardım etmesi sistemli sayılarak madde 217 altında suç teşkil edecek midir? Maddenin iptal edilmesiyle bu sorunun cevabının çok bir ehemmiyeti kalmasa da, tıp mesleğini düzenleyen diğer kanun ve tıbbi etik kuralları altında doktorun yardımcı intiharda rol alıp alamayacağı yine belirsizliklerle çevrili olagelmıştır. Fakat Federal Anayasa Mahkemesi'nin açıkça ölme hakkını genel kişilik hakkının bir uzantısı olarak kabul etmesiyle, kişilerin bu haklarını tasarruf edebilmeleri için gerekli düzenlemeler yapılmalı ve doktorların yardımcı intihardaki rolleriyle ilgili belirsizlikler kanun koyucu tarafından giderilmelidir.

Anahtar Kelimeler: *Almanya'da ölme hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı, sistematik yardımcı intihar yasağı, yardımcı intihar*

Assisted Suicide in Germany

ABSTRACT

The right to die debate is an effort to redefine the borders of the right to self-determination, an aspect of the right to respect for private life, meanwhile trying to reconcile the conflict between the interests protected under the right to life and the increased value of personal autonomy. The question that lies in the core of this debate is whether the autonomous decision to die with the direct act (euthanasia) or help (assisted suicide) of a third person should be respected. The legal situation of the right to die is still not adequately clear in Germany, which is neighbour to States with some of the most liberal practices such as the Netherlands and Switzerland. While euthanasia forbidden, neither suicide nor assisted suicide is a crime under the German Criminal Code. In 2015, the German legislator adopted section 217 of the Criminal Code that prohibits business-like assisted suicide in order to prevent the establishment of assisted suicide organizations similar to those in Switzerland. Although the aim of the section was to prevent organizations, it also affected doctors, whose involvement in assisted suicide is mostly unavoidable. Doctors are often the first address for patients, who no longer want to continue living due to their illness. It is impossible to discuss the right to die without involving the medical profession. Would it qualify as business-like assisted suicide if a doctor obliges with more than one request for suicide assistance? The answer is not as relevant anymore,

since this prohibition was found unconstitutional and section 217 was declared void in 2020. The Constitutional Court expressly included the right to die under the general right to personality. However, there are other regulations that apply to the medical profession that still blur the legal situation of their involvement in assisted suicide. Doctors must consider the Narcotic Drugs Act, which regulates the most-often-used drug for assisted suicide – sodium pentobarbital – , and the Code of Professional Conduct before participating in assisted suicide. More than two years after the Constitutional Court's judgments, the legislator is yet to regulate assisted suicide.

Keywords: *right to die in Germany, right to self-determination, business-like assisted suicide, assisted suicide*

I. Giriş

Özellikle 1950lerden itibaren bilimde ve tıpta yaşanan gelişmeler hayatımızı ve toplum olarak hayata yaklaşımımızı oldukça etkilemiştir. Bir zamanlar ölümcül olarak addedilen hastalıklar ilaçlarla tedavi edilmeye, işlevini yerine getiremeyen organlar ya makineler tarafından desteklenmeye ya da yerlerine ameliyatla yeni organ nakli yapılmaya başlanmıştır. Tıp camiası bütün gayretini insanı yaşatmaya adanmışken, bilimsel çalışmalar da insan hayatını uzatmanın yollarını arar olmuştur.¹ 1900lerin başından beri ve özellikle 1950lerden sonra ortalama tahmini yaşam süresinde ciddi artış görülmüştür.²

Bütün bu gelişmelere rağmen tıbbın, kişinin içinde bulunduğu sınırları tedavi etmekte veya hafifletmekte yetersiz kaldığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Kronik hastalıklarda semptomlara müdahale edilebilip kısmi olarak hastalığın seyri yavaşlatılabilse de, hastanın tamamen iyileşmesi mümkün olmayabilmektedir. Örneğin, amiotrofik lateral skleroz (ALS), motor sinir hücrelerinin dejenerasyonu sonucu kas kullanımının yavaşça yitirildiği ve ölümün genelde en son solunum kaslarının işlevlerini kaybetmeleriyle solunum yetmezliğinden kaynaklandığı bir

¹ Howard Ball, *The Right to Die: A Reference Handbook*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2017, s. 15.

² Max Roser, Esteban Ortiz-Ospina, Hannah Ritchie, "Life Expectancy", Ekim 2019. <https://ourworldindata.org/life-expectancy> [Erişim Tarihi: 12 Mart 2022].

hastalıktır. Tedavisi olmayan bu hastalığın semptomlarına müdahale edilebilmekte, hasta kendisi beslenemez ve nefes almakta güçlük çeker duruma geldiğinde cihazlarla takviye yapılabilmektedir. Tıbbın olanaklarının bu kadar geniş olmadığı dönemlerde kısa sürede ölüme neden olacak olan bu hastalıkla kişi şimdi 3-5, hatta 10 yıla kadar yaşayabilmektedir.³ 21 yaşında ALS teşhisi konan ünlü bilim adamı Stephen Hawking 76 yaşına kadar yaşamıştır.⁴ Bir başka örnek olarak bazı kanser hastalıklarında değişik müdahale yöntemleri ile hastalığın ilerleme hızı yavaşlatılabilirse de, hastayı tamamen kanserden kurtarmak mümkün olmayabilmektedir.

Tıptaki gelişmeler her ne kadar ümit verici olsa da, ne yazık ki tedavi seçenekleri her zaman hastanın beklediği ve tatmin olduğu bir yaşam kalitesini sunamamaktadır. Böyle durumlarda, hasta artık tıbbın kendisine müdahale etmesini istememekte, hatta bazen ölmeyi tercih edebilmektedir. Gerek yaşam kalitesinin yetersizliğinden doğan endişeler olsun, gerek ağrılardan kurtulma ve acısız bir ölüm isteği olsun, kendi ölümü üzerinde söz sahibi olmak isteyen hastaların sayısı gittikçe artmaktadır. Doktorlarından, yaşamlarına son vermeleri için yardım talep eden hastaların artmasıyla sıklıkla gündeme gelmeye başlayan bu konu, insan hakları alanında tartışılmalı bir konu olmuştur. Burada ortaya çıkan soru, kişinin kendi ölümü üzerinde tasarruf yetkisi olup olmadığı, varsa bunun sınırının neler olduğudur. Kısaca “ölme hakkı” olarak adlandırılan bu konu, kişinin ölüm zamanını ve usulünü seçme hakkı olarak da ifade edilebilir.

Ölme hakkı, yardımcı intihar ve ötanazi yöntemleriyle uygulama bulur. Yardımlı intihar, ayırt etme gücüne sahip bir kişinin, kendi hür iradesiyle verdiği karar sonucu intihar etmesine yardım edilmesidir. Bu yardım genellikle doktorun yaşamı sonlandırmak için bir ilaç reçetesi yazması şeklinde olur ve bu durumda “doktor yardımcı intihar” terimi de

³ Mayo Clinic, “Amyotrophic lateral sclerosis (ALS)” 22 Şubat 2022, <https://www.mayoclinic.org/diseases-conditions/amyotrophic-lateral-sclerosis/symptoms-causes/syc-20354022> [Erişim Tarihi: 12 Mart 2022].

⁴ Alex Matthews-King, “Stephen Hawking death: How did physicist live so long with motor neurone disease?” 14 Mart 2018, <https://www.independent.co.uk/news/health/stephen-hawking-death-how-live-als-motor-neurone-disease-long-treatment-a8255241.html> [Erişim Tarihi: 21 Mart 2022].

kullanılmaktadır.⁵ Yunanca “güzel ölüm” anlamına gelen ötanazi ise ayırt etme gücüne sahip bir kişinin, kendi hür iradesiyle verdiği karar sonucu yaşamının sona erdirilmesidir.⁶ Yardımlı intiharda ölüme sebep olan son fiili ölen kişinin kendisi gerçekleştirirken ötanazide ölüme sebep olan son fiil bir başkası tarafından gerçekleştirilmektedir. Ötanazi uygulamasının olduğu ülkelerde de sürecin mutlaka doktor gözlemi altında gerçekleşmesi şartı aranır ve ölüme sebep olan son fiil, yani hastaya ilacın enjekte edilmesi, genel olarak doktorlar veya hemşireler tarafından gerçekleştirilir. Yardımlı intihar veya ötanazi uygulamasında, kişinin herhangi bir etki altında kalmadan, bağımsız ve kendi iradesiyle verdiği ölme kararı esastır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de ölme hakkını, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında kişisel özerklik (*personal autonomy*) prensibine dayandırmaktadır.⁷ Dolayısıyla, ayırt etme gücüne sahip bir kişinin kendi hür iradesiyle verdiği ölme kararı olmadan yardımlı intihar veya ötanaziden söz edilemez.

Almancada yardımlı intihar, *assistierter Suizid*, *Suizidhilfe* ya da *Beihilfe zur Selbsttötung* olarak ifade edilmektedir. Bazı yazarlar, intiharı İngilizce karşılığı olan *suicide* terimine karşı bir önyargının olduğunu ve dolayısıyla intihar yerine başka alternatiflerin, örneğin yardımlı ölme (*assisted dying*) veya onurlu ölme (*dying with dignity*), kullanılmasının daha uygun olacağını savunmuştur.⁸ Fakat Almancada *Suizid* kelimesinin aynı negatif imayı taşımadığı, daha nötr bir kavram olarak algılandığı görül-

⁵ Lukas Radbruch, Carlo Leget, Patrick Bahr ve diğerleri, “Euthanasia and physician-assisted suicide: A White Paper from the European Association for Palliative Care”, *Palliative Medicine* 30(2), Şubat 2016, 104-116, s. 108-109.

⁶ Carlo Focarelli, “Euthanasia” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e793?prd=EPIL> [Erişim Tarihi: 14 Mart 2022], para. 1, 7.

⁷ AİHM, Koch / Almanya (497/09) 19 Temmuz 2012, para. 52; AİHM, Pretty / Birleşik Krallık (2346/02) 29 Nisan 2002, para. 61; bkz. Daria Sartori, “End-of-Life Issues and the European Court of Human Rights. The Value of Personal Autonomy within a ‘Proceduralized’ Review” *QIL Zoom-in* 52/2018, 23-43, s. 40-41.

⁸ Death with Dignity, “Terminology of Assisted Dying” <https://www.deathwithdignity.org/terminology/> [Erişim Tarihi: 14 Mart 2022].

mektedir.⁹ İntihar yardımı bir doktor tarafından sağlandığı zaman buna doktor yardımlı intihar da denmektedir. Ötanazi (*Euthanasie*) ise, Nasyonal Sosyalizm döneminde rejim tarafından soykırımı ve öjenik uygulamaları ifade eden bir kavram olarak kullanıldığı için, Almanya’da oldukça negatif çağrışımlar yapmakta ve dolayısıyla ölme hakkı konusu kapsamında kullanımı tercih edilmemektedir. Onun yerine *Sterbehilfe* veya *Tötung auf Verlangen* kullanılmaktadır.¹⁰

Avrupa Konseyi üye devletleri ve Almanya’ya komşu olan İsviçre, Hollanda, Belçika, Lüksemburg ve son olarak Avusturya’da ölme hakkının farklı uygulamaları hukuki olarak mevcuttur.¹¹ İsviçre Ceza Kanunu sadece bencilce nedenlerle (*selbstsüchtigen Beweggründen*) yapılan intihar yardımını cezalandırmakta, bencilce bir neden olmadan yapılan intihar yardımını suç saymamaktadır.¹² Ceza Kanunu’ndaki bu duruma dayanılarak kurulan kar amacı gütmeyen kuruluşlar, 80li yıllardan beri yardımlı intihar hizmeti vermektedir.¹³ Hollanda ve Belçika’da 2002,

⁹ Kallia Gavela, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2013, s. 4.

¹⁰ Laura Katharina Woll, “Sterben dürfen und sterben lassen? Die Herrschaft über den eigenen Tod im Lichte der EMRK, des deutschen Rechts und des Unionsrechts”, *ZEuS*, 2, 2018, 181-216, s. 182.

¹¹ Bknz. Raphael Cohen-Almagor, *Euthanasia in the Netherlands: The Policy and Practice of Mercy Killing*, Springer, Dordrecht, 2004; David Albert Jones/Chris Gastmans/Calum MacKeller (eds), *Euthanasia and Assisted Suicide: Lessons from Belgium*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; John Griffiths/Heleen/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe*, 2. edn, Hart Publishing, Oxford, 2008; Derya Nur Kayacan, *The Right to Die with Dignity: How far do Human rights Extend?*, Springer, Cham, 2022.

¹² 311.0 numaralı, 21 Aralık 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu (*Schweizerisches Strafgesetzbuch*) md. 115. „Bencilce nedenlerle“ kavramı genelde ekonomik bir kazanç sağlamak şeklinde yorumlanmıştır. Georg Bosshard, “Switzerland”, John Griffiths/Heleen Weyers/Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe*, 2. edn, Hart Publishing, Oxford, 2008, 463, s. 476.

¹³ Bu kuruluşlardan en meşhurları EXIT ve Dignitas’tır. EXIT sadece İsviçre vatanı veya İsviçre’de oturumu olanlara hizmet verirken, Dignitas’ın böyle bir şartı bulunmamakta ve yurtdışından gelen yabancı uyruklu kişilere de hizmet vermektedir. EXIT, “Mitglied werden” <https://pv.exit.ch/register> [Erişim Tarihi: 15 Mart 2022]; Dignitas, “Informations-Broschüre”

Lüksemburg'da ise 2009'da ötanazi ve yardımcı intiharı uygulamalarını belli şartlar altında düzenleyen kanunlar yürürlüğe girmiştir.¹⁴ Avusturya ise, Anayasa Mahkemesi'nin 2020'de yardımcı intihara yönelik mutlak yasağı anayasaya aykırı bulması üzerine, belli şartlar altında yardımcı intihara izin veren bir düzenleme yapmış ve bu kanun 2022 başında yürürlüğe girmiştir.¹⁵ Peki, ölme hakkına karşı liberal tutum sergileyen komşu devletlerle çevrili Almanya'da durum nedir? Bir ölme hakkının varlığından söz edilebilir mi? Bu çalışmada Almanya'da ölme hakkının durumu, özellikle yardımcı intihar uygulaması değerlendirilecektir. Öncelikle 2015'te Ceza Kanunu madde 217 ile gelen sistematik yardımcı intihar yasağına ve bu yasağın altında yatan nedenlere göz atılacaktır. Ardından hemen yardımcı intiharda doktorların rolü ile Almanya'daki tıp camiasının yardımcı intihara yaklaşımı irdelenecektir. Daha sonra Ceza Kanunu madde 217'yi Anayasa'ya aykırı bularak iptal eden Alman Anayasa Mahkemesi kararı incelenecektir.

II. Sistematik Yardımlı İntihar Yasağı – Madde 217

Ötanazi, Alman Ceza Kanunu'nun 216. maddesi uyarınca suçtur.¹⁶ İntihar ve yardımcı intihar ise Ceza Kanunu'nda suç olarak tanımlanmamıştır. Bazı ülkelerde intihara yardım etmek özellikle ayrı bir suç olarak sınıflandırılırken, Almanya'da böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir. Dolayısıyla Almanya'daki ölme hakkı tartışması yardımcı intihar

http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=5&lang=de [Erişim Tarihi: 15 Mart 2022].

¹⁴ 2002009590 numaralı, 28 Mayıs 2002 tarihli Belçika Ötanazi Kanunu (Wet betreffende de euthanasia, Loi relative à l'euthanasie); BWBR0012410 numaralı, 10 Nisan 2001 tarihli Hollanda Talep üzerine Yaşamı Sonlandırma ve Yardımlı İntihar (Teftiş Prosedürleri) Kanunu (Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding); 16 Mart 2009 tarihli Lüksemburg Ötanazi ve Yardımlı İntihar Kanunu (Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide).

¹⁵ [2020] VfGH, G 139/2019-71; 31 Aralık 2021 tarihli Avusturya Yardımlı İntihar Talepleri hakkında Federal Kanun (*Bundesgesetz über die Errichtung von Sterbeverfügungen*).

¹⁶ 13 Kasım 1998 tarihli Almanya Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2021 geändert worden ist).

uygulaması üzerine yoğunlaşmıştır. Özellikle birçok Alman vatandaşının yardımcı intihar hizmetlerinden faydalanmak üzere İsviçre'ye seyahat etmesi ve ölme hakkı savunucularının Almanya'da da benzer bir uygulama için harekete geçmeleri ölme hakkı tartışmasını gündemde tutmuştur. Nitekim İsviçre'nin en meşhur yardımcı intihar organizasyonlarından biri olan Dignitas'ın raporlarına göre, 1998 ile 2021 yılları arasında organizasyonun yardımcı intihar hizmetinden yararlananların %47'si Alman vatandaşlarıdır.¹⁷ 2015'ten önce Almanya'da da yardımcı intihar organizasyonu kurma girişimleri olmuş, sadece bir tanesi kısa bir süre yardımcı intihar hizmeti sağlamıştır.¹⁸ Ceza Kanunu'ndaki boşluğu doldurmak ve kafa karışıklıklarını gidermek isteyen kanun koyucu, 2015 yılında bir düzenleme yapmış ve Ceza Kanunu madde 217'yi eklemiştir

(1) Her kim bir başkasının intiharına yardım niyetiyle, sistemli bir şekilde, intihar için imkân sağlar, tedarik eder veya ayarlarsa üç yıla kadar hapis cezasına veya para cezasına çarptırılır.

(2) Sistemli bir şekilde yardım etme niyeti olmayan ve ilk paragrafta bahsi geçen (intihar etmek isteyen) kişinin akrabası veya yakını olan kişiler cezadan muaftır.¹⁹

Maddede altı çizili belirtilen “sistemli bir şekilde” ifadesi yerine maddenin orijinal dilinde *geschäftsmäßig* kelimesi kullanılmaktadır. *Geschäftsmäßig* kelimesi “sistemli, düzenli” olarak Türkçeye çevrilse de Almancada ticari bir boyutun varlığını da ifade edebilmektedir. Dolayısıyla ilk bakışta madde 217 kapsamında sadece yardımcı intihardan ticari bir kazanç sağlayanlar olduğu düşünülebilir. Fakat kanun koyucunun

¹⁷ Dignitas, “Accompanied suicide of members of Dignitas, by year and by country of residency. 1998-2021

¹⁸ Marcos Freire de Andrade Neves, “States of uncertainty: plural laws and affective governance in the context of assisted suicide in Germany”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 50(3)/2018, 317-329, s. 321.

¹⁹ [Yazarın çevirisi] “(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.”

buradaki asıl amacı, kazanç sağlanmasa dahi, sistematik şekilde yardım sağlanmasının, intihara yardımın sürekli veya tekrarlayan bir meşgale haline getirilmesinin önüne geçmektir.²⁰ Yardımlı intiharın sistematik şekilde sağlanmasının, intiharın toplum nezdinde normalleştirilmesine ve toplumun bazı üyeleri, özellikle ağır hasta ve yaşlılar üzerinde ölümü tercih etmelerine yönelik bir baskı oluşmasına sebep olabileceğinden endişelenilmiştir.²¹

Kanun koyucu, yardımlı intiharı tamamen yasaklamanın Alman Anayasası'ndaki temel haklara aykırı olacağını düşünmüştür. Anayasa'da yer alan beden bütünlüğünün korunması hakkı (madde 2(2)), kişiliğin korunması hakkı (madde 2(1)) ve insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı (madde 1(1)) beraber değerlendirildiğinde, kişinin kendi geleceğini belirleme - self-determinasyon - hakkından (*Selbstbestimmungsrecht*) söz edilmektedir.²² Kanun koyucu, kendi geleceğini belirleme hakkının, kişinin tıbbi kararlarına saygı duymayı gerektirdiği gibi, kişinin kendi ölümü üzerinde karar verme hakkını da kapsadığını söylemiştir.²³ Fakat kendi geleceğini belirleme hakkı, kişinin yaşamını sonlandırma kararını uygulaması için gerekli olanakların sağlanması şeklinde hukuki bir yükümlülük doğurmamaktadır.²⁴ Madde 217 düzenlenirken, ölme hakkı uygulamasında yaşamın korunması hakkının getirdiği endişeler ve kendi geleceğini belirleme hakkına duyulan saygı beraber ele alınmıştır. Maddenin birinci paragrafıyla, özellikle İsviçre'deki gibi yardımlı intihar organizasyonlarının Almanya'da faaliyet göstermesi ve yardımlı intiharın

²⁰ Bundestag - Drucksache 18/5373 [1 Temmuz 2015], s. 2, 17.

²¹ İbid, s. 11, 15, 17.

²² Madde 1(1) "Anayasa madde 1 İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır." Madde 2(1) "(1) Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir." Madde 2(2) "Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir." Çev. Christian Rumpf, Gökçe Uzar, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> [Erişim Tarihi: 10 Nisan 2022]. Bu hususa, daha sonra incelenecek Federal İdare Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında değinilecektir.

²³ Bundestag – Drucksache 18/5373 [1 Temmuz 2015], s. 10.

²⁴ İbid.

toplumun yeni normal haline gelmesi engellenmek istenmiştir. İkinci paragrafla ise merhamet duygularıyla bir yakına sağlanacak ve tekrarlanması beklenmeyen intihar yardımı cezadan muaf tutulmuştur.²⁵

Madde 217'yle gelen sistematik yardımlı intihar yasağı, yaşam hakkını korumaya çalışırken adeta bir yaşama zorunluluğu getirmekle eleştirilmiştir.²⁶ Özellikle yardıma muhtaç kişilerin kendi hür iradeleriyle aldıkları ölme kararlarını gerçekleştirmelerine engel olmasının anayasal haklara aykırı olduğu, kanun koyucunun gerekçelerinin böyle bir yasak için yeterli olmadığı öne sürülmüştür.²⁷ Bunun dışında kanun koyucunun ikinci paragraf ile akraba ve yakınları cezai sorumluluktan muaf tutması da eleştirilmiştir.²⁸ Kanun koyucunun yardımlı intiharın normalleşmesiyle ağır hasta ve yaşlılar gibi toplumun daha güçsüz kesimleri üzerinde yaşamlarına son vermelerine yönelik oluşabilecek baskıya engel olmak istediği düşünülürse, bu ikinci paragrafla getirilen ayırımın sebebini anlamak zordur. Kanun koyucunun gerekçelerine bakıldığında, aslında istisnai durumlarda merhamet duygularıyla yapılan yardımın anlayışla karşılandığı, sadece yardımlı intiharın rutin bir prosedür haline gelmesinin engellenmek istediği anlaşılmaktadır. Fakat ağır hasta ve yaşlıların özellikle aile, akraba ve yakınlarının bakımına muhtaç durumda olduğu göz önünde bulundurulursa, bu kişilerin ailelerine ve yakınlarına yük olmamak gibi endişelerle daha ziyade bir baskı hissetmeleri mümkündür.²⁹ Kanun koyucu, organizasyonların bakıma muhtaç kişiler üzerinde oluşturabileceği baskının, neden aile bireylerinin oluşturabileceği baskıdan daha etkili olduğunu açıklamamaktadır.

Madde 217, doktorların meslekleri kapsamında intihara yardım etmeleri durumunda cezai sorumluluklarının doğup doğmayacağını

²⁵ İbid, s. 2-3, 10.

²⁶ Lisa Stiller, *Sterbehilfe und assistierter Suizid*, Nomos, Baden-Baden, 2020, s. 253.

²⁷ Henning Rosenau/Igor Sorge, "Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht? Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf über die Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB-E)" *Neue Kriminalpolitik* 25(2)/2013, 108-119, ss. 112-118; Lisa Stiller (2020) s. 253.

²⁸ Lisa Stiller (2020) s. 253.

²⁹ İbid, ss. 253-254.

netleştirmemiş, aksine cezai sorumluluk riskini artırmıştır.³⁰ Nitekim maddede intihara yardım etmenin ne zaman sistemli bir eylem haline geldiği tanımlanmamıştır. Bir doktorun mesleği kapsamında hastasının intiharına yardım etmesi, intihar etmek için kullanılacak gerekli ilacı reçete etmek şeklindedir. Örneğin uzmanlığı gereği ölümcül hastalıkların elinde acı çeken çok sayıda hastayla karşılaşan bir palyatif bakım³¹ veya onkoloji uzmanı bir doktor, diğer uzmanlık alanlarında doktorlara kıyasen sıkça yardımcı intihar talepleriyle karşılaşabilir. Bu durumda bir doktorun meslek yaşamı boyunca birden fazla hastaya intihar yardımı etme isteği duyulması mümkündür. Doktorun amacı intihar yardımını bir rutin haline getirmek olmasa da, birden çok intihar yardımı sağlanmış olması halinde sistematik bir durumdan söz edilip edilemeyeceği net değildir. Belirsizliklerle dolu olan bu konuda, yardımcı intiharda doktorların rolü incelenirken tıp mesleğini ilgilendiren düzenlemeler ve mesleki kurallar ile tıp camiasının yaklaşımı önem arz etmektedir.

III. Tıp Camiasının Yardımlı İntiharda Rolü

Ölme hakkı kapsamında en çok tartışılan konulardan biri yardımcı intiharın tıp mesleği kapsamında kabul edilebilirliği olmuştur. Ceza Kanunu madde 217 yürürlüğe girmeden önce de tartışılmakta olan bu hususta tıp camiasında fikir birliği olmadığı görülmektedir.³² Hastasının yaşamını sonlandırma kararına yardım etmeyi Anayasa'da korunan doktorların mesleki özgürlüğü (madde 12(1))³³ kapsamında değerlendiren

³⁰ İbid, s. 268.

³¹ Dünya Sağlık Örgütü'ne göre palyatif bakım, yaşamı tehdit eden bir hastalıktan mustarip olan hastaların, yaşam kalitesini artırmayı, semptomları hafifletmeyi ve acıları olabildiğince dindirmeyi hedefleyen bir bakım çeşididir. World Health Organization, "Palliative Care", 5 Ağustos 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care> [Erişim Tarihi: 18 Kasım 2022].

³² 2015'te yapılan bir ankete katılan doktorların %47,4'ü ölümcül hastalığı olan hastalarda doktor yardımcı intiharı desteklerken, %51,1'i karşı çıkmıştır. Julia Zenz/Michael Tryba/Michael Zenz, "Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid", Schmerz 29/2015, 211–216, s. 212.

³³ "Bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçmek hakkına sahiptir. Mesleğin icrası, yasayla veya bir yasaya dayanarak düzenlenebilir."

yazarların yanı sıra, buna karşı çıkanlar da olmuştur.³⁴ Aynı şekilde yardımlı intihar yasağının, doktor ve hastası arasındaki ilişkiyi de kapsayan ve Anayasa’da korunan vicdan özgürlüğü (madde 4(1))³⁵ ile çeliştiğini savunanlar da mevcuttur.³⁶

Yardımlı intihar söz konusu olduğunda Ceza Kanununun dışında göz önünde bulundurulması gereken ve özellikle sağlık çalışanlarını bağlayan başka düzenlemeler de mevcuttur. Bunun sebebi ise yardımlı intiharda genelde, ağrısız ve hızlı bir şekilde ölümü gerçekleştirdiği için sodyum pentobarbital adında bir ilacın kullanılmasıdır³⁷. Sodyum pentobarbital, Narkotik İlaçlar Kanunu (*Betäubungsmittelgesetz, BtMG*) Ek Liste III uyarınca kontrole tabi bir ilaçtır.³⁸ Bu ilaca erişim ya doktor tarafından reçete yazılması ile³⁹ ya da Farmakolojik ve Tıbbi Ürünler Federal Enstitüsü’nden (Federal Enstitü) temin edilecek bir izin ile⁴⁰ mümkündür. Doktorlardan veya Federal Enstitü’den kişinin kendi yaşamı sonlandırması amacıyla sodyum pentobarbital temin etmesi mümkün müdür?

1. Doktor Reçetesi ile İlaç Temini

BtMG madde 13(1)’e göre Ek Liste III’te bulunan narkotik ilaçlar ancak “insan veya hayvan vücudunda veya içinde kullanımı gerekçelendirilmiş” ise reçete edilebilir. BtMG madde 29’a göre, BtMG’ye aykırı

³⁴ Henning Rosenau/Igor Sorge (2013), s. 112; Dieter Lorenz, “Sterbehilfe als Beruf?” MedR, 28/2010, 823-828, s. 828.

³⁵ “Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulmaz.”

³⁶ Eric Hilgendorf/Henning Rosenau, “Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe” (2015) <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/hilgendorf/nachrichtenarchiv/single/news/resolution-gegen-eine-verschaerfte-kriminalisierung-von-sterbehilfe/> [Erişim Tarihi: 15.11.2022].

³⁷ Frank Th. Petermann, “Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital”, AJP/PJA 4/2006 439-467, s. 441.

³⁸ 28 Haziran 1981 tarihli Almanya Narkotik İlaçlar Yasası (Betäubungsmittelgesetz, BtMG)

³⁹ BtMG md. 4(3)(1)(a).

⁴⁰ BtMG md. 3(1)(1).

şekilde ilaç verilmesi 5 yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır. BtMG kapsamında, Ceza Kanunu madde 217'ye göre suç teşkil etmeyeceği varsayılan bir yardımcı intiharın sodyum pentobarbital reçetesi yazılması için haklı bir gerekçe teşkil edip etmeyeceği sorusu yanıtlanmalıdır. BtMG'de bu konuda herhangi bir hüküm yoktur. BtMG tasarıasına ek resmi açıklamada, kanunun amacı insan sağlığını korumak, gerekli tıbbi hizmetlerin güvenceye alınması ve narkotik maddelerin suiistimalinin önlenmesi olarak tanımlanmıştır.⁴¹ Fakat bu açıklama, ayırt etme gücüne sahip kişi tarafından özgürce verilmiş kendi yaşamına son verme kararının BtMG'nin amacına ters düşüp düşmeyeceği hususunda bir netlik sağlamamaktadır. Alman Federal Adalet Mahkemesi 2004'te verdiği bir kararda BtMG madde 13(1) kapsamında Ek Liste III'te yer alan narkotik ilaçların kullanımı için tıp biliminin kabul edilen kuralları ışığında bir endikasyon olması halinde haklı bir gerekçeden söz edilebileceğini söylemiştir.⁴² Dolayısıyla, bir doktorun hastasına yaşamını sonlandırmasını sağlamak amacıyla sodyum pentobarbital reçetesi vermesinin tıp biliminin kabul edilen kurallara uyup uymadığına dair değerlendirme, özellikle tıp camiasının görüşü önem arz etmektedir.⁴³

Almanya'nın her eyaletinde, kendilerine üye olan doktorların uyum zorunda oldukları mesleki kuralları (*Berufsordnung*) belirleyen, toplamda 17 adet Eyalet Tabipler Odası bulunmaktadır. Alman Federal Tabipler Birliği ise eyalet tabipler odalarının ortak birliği olup, eyaletler arasında uyum ve birlik sağlanması amacıyla örnek mesleki kuralları düzenlemektedir. Tabipler Odaları bu örnek mesleki kuralları genelde benimsemekte, fakat farklı düzenleme yapmakta da serbesttir. Federal Tabipler Birliği ilk kez 2004'te böyle bir kullanımı kabul etmediğini açıklamıştır.⁴⁴ Daha sonra 2011 yılında, yardımcı intihar yasağı açıkça örnek mesleki kurallara eklenmiştir.⁴⁵ Her ne kadar Federal Tabipler Birliği'nin başkanı

⁴¹ Bundestag – Drucksache 8/3551 [9 Ocak 1980] ss. 23-24.

⁴² [2014] BGH 1 StR 494/13, para. 39.

⁴³ Kalia Gavela (2013) ss. 55-56.

⁴⁴ Bundesärztekammer, "Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung", *Deutsches Ärzteblatt*, 2004, 101(19), A1298-99.

⁴⁵ Bundesärztekammer, 114. *Deutscher Ärztetag Beschlussprotokoll, Bundesärztekammer*, 2011, s. 176.

intihara yardım etmenin tıp mesleğine aykırı olduğu konusunda tıp camiasının hemfikir olduğunu söylemişse de,⁴⁶ Tabipler Odalarının konuya ilişkin farklı yaklaşımları bunun aksini göstermektedir.⁴⁷ Federal Tabipler Birliği'nin getirdiği yardımcı intihar yasağı bazı tabipler odaları tarafından aynen kabul edilse de, bazıları tarafından sadece doktorlara yardım intihar uygulamalarına yönelik bir tavsiye niteliğinde mesleki kurallara dahil edilmiş, bazıları tarafından ise kabul edilmemiştir.⁴⁸ Ayrıca yapılan bir araştırma da doktorların yardımcı intiharın etik olarak reddedilmesi gerektiği konusunda hemfikir olmadığını göstermektedir.⁴⁹ Dolayısıyla, tıp camiasında konuya dair fikir birliği olduğu söylenemeyecektir. Federal Tabipler Birliği'ni takip ederek, mesleki kurallarında açıkça yardımcı intiharı yasaklayan tabipler odalarına bağlı olan doktorlar için, böyle bir uygulamada yer almaları halinde uyarı, kınama, para cezası ve hatta doktorluk lisansını kaybetme riski gündeme gelmektedir.⁵⁰

Doktorların mesleki kurallar ışığında yardımcı intihardaki rolü 2012 yılında Berlin İdare Mahkemesi önüne gelmiş, Mahkeme bu kararında intihara yardımın tıp mesleğini dahilinde kabul edilip edilemeyeceğini incelemiştir. *Dignitas - Deutschland* organizasyonunun başkanı Doktor Uwe-Christian Arnold, farklı hastalara yaşamı sonlandırmak için ilaç temin ettiği ve hangi ilaçların ne şekilde kullanılması gerektiğine dair bilgi

⁴⁶ "Bundesärztekammer gegen Sterbehilfe: 'Lassen Sie das doch den Klempner machen'", 12 Aralık 2014, <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/bundesaerztekammer-gegen-sterbehilfe-lassen-sie-das-doch-den-klempner-machen-1.2265540> [Erişim Tarihi: 14 Nisan 2022].

⁴⁷ Gunner Duttge, "Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts", Franz-Josef Bormann/Verena Wetzstein (ed) *Gewissen: Dimensionen eines Grundbegriffs medizinischer Ethik*, De Gruyter, Berlin, 2014, 543-560, s. 556.

⁴⁸ Gisela Klinkhammer, "Ärztekammern und Sterbehilfe: Darf ein Arzt beim Sterben helfen?", *Dtsch Arztebl*, 110(11)/ 2013, A-500, B-444, C-444.

⁴⁹ Jan Schildmann/Jochen Vollmann, "Sterbehilfe – Streit um eine gesetzliche Neuregelung Ärztliche Handlungspraxis am Lebensende: Empirische Daten, ethische Analysen", *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 140(01)/2015, 22-29, s. 27.

⁵⁰ Ceza Kanunu madde 217'nin iptali üzerine Federal Tabipler Birliği'nde ve eyalet tabipler odalarında yaşanan gelişmelere, Anayasa Mahkemesi'nin kararı incelendikten sonra değinilecektir.

verdiği gerekçesiyle üyesi olduğu Berlin Tabipler Odası tarafından 50.000 avroluk para cezasına çarptırılmıştı. Ayrıca Doktor Arnold'un hastalara yaşamı sonlandırmaya yönelik ilaç temin etmesi ve bu şekilde bilgi sağlamanın da yasaklanmıştı.⁵¹ Berlin Tabipler Odası'nın bu yaptırımına itiraz edilmesi üzerine Mahkeme, Federal Tabipler Birliği'nin yayınladığı ilke ve tavsiyelerin, farklı etik değerlendirmeler barındıran yardımcı intihar konusunda hukuki bir netlik sağlamaktan uzak olduğunu söylemiştir.⁵² Mahkeme, bazı koşullarda doktorun yaşamı koruma görevi ile hastasının acılarını dindirme görevi arasında kalabileceğini ve bu gibi durumlarda çatışan değerlerin hukuki düzenleme ile dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵³ Aynı zamanda mahkeme, yardımcı intiharın hiçbir istisna tanınmadan tamamen yasaklanmasının doktorun meslek özgürlüğü ve vicdan özgürlüğü temel haklarıyla çatışacağını da ifade etmiştir.⁵⁴ Fakat Anayasa madde 2(2) kapsamında devletin yaşamı koruma yükümlülüğünden doğan sorumlulukların da göz önünde bulundurulması gerektiğini söyleyen Mahkeme, çatışan değerlerin ne şekilde dengeleneceği kanun yoluyla netlik kazanmadan doktorların vicdani özgürlüklerinin Tabipler Birliği tarafından kısıtlanamayacağını söylemiş,⁵⁵ Berlin Tabipler Odası'nın Doktor Arnold'a verdiği yaptırımını iptal etmiştir.⁵⁶

2. Farmakolojik ve Tıbbi Ürünler Federal Enstitüsü'nün İzni ile İlaç Temini

Federal Enstitü'ye yapılan ilaç erişim izin başvuruları ise, BtMG madde 5(1)(6)'ya göre toplumun gerekli sağlık hizmetine ulaşımı sağlama amacının yanı sıra, ilaçların suiistimal edilmesinin önüne geçilmesi ve bağımlılığın engellenmesi amaçlarına aykırı düştüğü takdirde reddedilmedir. Federal Enstitü, yaşamını sonlandırmak amacıyla sodyum pentobarbital temin edilmesini BtMG'nin amacına aykırı bulmaktadır.⁵⁷

⁵¹ [2012] VG Berlin 9 K 63.09, para. 8-11.

⁵² İbid, para. 50.

⁵³ İbid, para. 58.

⁵⁴ İbid, para. 57-59.

⁵⁵ İbid, para. 60.

⁵⁶ İbid, para. 62-64.

⁵⁷ AIHM, Koch / Almanya (497/09) 19 Temmuz 2012, para. 9

Sodyum pentobarbitalın yardımcı intihar amacıyla Federal Enstitü'den tedariki ve BtMG'ye uygunluğu konusu 2017'de Federal İdare Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Omurilik felci olan, sürekli bakıma muhtaç olup dayanılmaz acılar çeken ve bu şekilde hayatına devam etmek istemeyen Bayan Koch'un kendi yaşamını sonlandırmak amacıyla sodyum pentobarbitale erişim izni Federal Enstitü tarafından BtMG'ye aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Eşiyle beraber Federal Enstitü'nün bu kararına itiraz eden Bayan Koch, daha sonra İsviçre'deki bir organizasyon yardımıyla yaşamını sonlandırmış olsa da, Bay Koch hukuki süreci takip etmeye devam etmiştir. Federal Enstitü'nün itirazı reddetmesi üzerine, Bay Koch önce Köln İdare Mahkemesine, daha sonra Kuzey Ren-Vestfalya İdare Temyiz Mahkemesine itirazını taşımıştır. Her iki mahkeme de, dava konusu hakların Bayan Koch'a ait olduğu ve Bay Koch'un dava ehliyeti olmadığı gerekçesiyle usulen davayı reddetmiştir.⁵⁸ Aynı şekilde Federal Anayasa Mahkemesi'nin de davayı reddetmesi⁵⁹ üzerine Bay Koch AİHM'e başvurarak karısının sodyum pentobarbitale erişim izninin reddedilmesinin hem karısının hem kendisinin özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal ettiğini, davasının esastan incelenmemesinin ise kendisinin özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini öne sürmüştür.⁶⁰ AİHM, Bay Koch'un karısı adına hak iddia edemeyeceğini, fakat karısıyla olan ilişkisi, durumdan ne kadar etkilendiği ve Federal Enstitü'nün idari kararına karısıyla beraber itiraz etmesi göz önüne alındığında, olayda Bay Koch'un da hukuki yararı olduğuna ve mahkemelerin olayı esastan değerlendirmemesinin AİHS madde 8'i ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶¹ AİHM, kararını her ne kadar usule ilişkin değerlendirmelerle sınırlı tutmuş olsa da, ölme hakkı için şu açıklamayı da yapmıştır;

“[...] bireyin ne şekilde ve ne zamanda hayatının sona ereceğine karar verme hakkı, bu kararını kendi özgür iradesiyle alabilecek ve ona göre davranabilecek durumda olması koşuluyla, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata saygı hakkının boyutlarından biridir.”⁶²

⁵⁸ Koch / Almanya, para. 16-19.

⁵⁹ [2008] BVerfG 1 BvR 1832, para. 7.

⁶⁰ Koch / Almanya, para. 3.

⁶¹ Koch / Almanya, para. 43-54

⁶² Koch / Almanya, para. 52 [Yazarın çevirisi].

AIHM'in bu kararı üzerine Bay Koch yeniden yerel mahkemelere başvurmuş ve Federal Enstitü'nün karısının sodyum pentobarbitole erişim iznini reddetmesinin hukuka uygun bir karar olmadığına tespitini talep etmiştir.⁶³ Bunun üzerine Federal İdare Mahkemesi 2017'de önemli bir karara imza atmıştır. Mahkeme, Anayasa madde 2(1) kişiliğin korunması hakkı ve madde 1(1) insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı beraber değerlendirildiğinde genel kişilik hakkının, ağır ve tedavi edilemez hastalığı olan kişilerin ne zaman ve ne şekilde öleceklerine karar verme hakkını da kapsadığını ve buna saygı duyulması gerektiğini söylemiştir.⁶⁴ BtMG madde 5(1)(6) ise açıkça yasaklamasa bile dolaylı bir şekilde bu hakkını kullanmak isteyen hastalara engel olduğunu söyleyen Mahkeme, bu maddenin yorumlanmasında temel hakların göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁵ Dolayısıyla Mahkeme, istisnai durumlarda kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının devletin yaşamı koruma yükümlülüğü karşısında ağır basabileceğini ve yaşamı sonlandırmak için sodyum pentobarbitole erişimin BtMG 5(1)(6) kapsamında kanunun amacına ters düşmeyebileceğini tespit etmiştir.⁶⁶ Mahkemeye göre

- (i) "Ağır ve tedavisi olmayan hastalık, kişide dayanılmaz psikolojik sıkıntılara yol açacak şekilde, müthiş fiziksel acılara, özellikle şiddetli ağrılara neden oluyor ve bu ağrıların hafifletilmesi mümkün olmuyorsa;
- (ii) Etkilenen kişi karar alma yetisine sahip ve yaşamını sonlandırmaya özgür iradesiyle ciddi bir şekilde karar vermişse
- (iii) Ölme isteğini gerçekleştirebilecek başka makul bir seçeneği yoksa"⁶⁷

dengeyi kendi geleceğini belirleme hakkı yönünde ağır bastığı istisnai bir durumdan söz edilebilecektir. Mahkeme, bu şartlar altında olan ve başka alternatifi olmayan bir hastanın, yaşamını sonlandırması için gerekli olan ilaca erişiminin engellenmesinin, hastanın dayanılmaz bulunduğu

⁶³ [2017] BVerwG 3 C 19.15, para. 6-9.

⁶⁴ İbid, para. 24.

⁶⁵ İbid, para. 26.

⁶⁶ İbid, para. 27-30.

⁶⁷ İbid, para. 31 [Yazarın çevirisi].

koşullar altında yaşamaya devam etme zorunluluğu teşkil edeceğini de eklemiştir.⁶⁸ Böyle bir zorunluluk kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal edeceğinden, yukarıda belirtilen olağanüstü şartlar altında hastanın yaşamını sonlandırmak için kullanabileceği ilacın erişilir olmasını sağlamak genel kişilik hakkı ve insan onuru kapsamında devletin sorumluluğu olarak değerlendirilmiştir.⁶⁹ Doktor reçetesi ile sodyum pentobarbitale erişimin hukuki belirsizlik ve yaptırım riskinden dolayı geçerli bir alternatif olmadığını belirten Mahkeme,⁷⁰ BtMG 5(1)(6)'nın temel haklar gözetilerek sodyum pentobarbitalün istisnai hallerde yaşamı sonlandırmak amacıyla temin edilmesine izin verecek şekilde yorumlanmasının Ceza Kanunu madde 217'nin amacına da aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁷¹ Mahkeme bu bulgularına dayanarak, Federal Enstitü'nün Bayan Koch'un sodyum pentobarbitale erişim izni talebini istisnaya haklı gerekçe sağlayacak şartların var olup olmadığını değerlendirmeden reddetmesini hukuka aykırı bulmuştur.⁷²

Federal İdare Mahkemesi'nin bu kararı, Prof. Dr. Di Fabio tarafından Federal Enstitü adına yayınlanan uzman raporunda anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷³ Uzman raporunda temel haklara dayanarak devletin kendi yaşamına son vermek isteyen kişilere bunu mümkün kılacak aracı sağlama yükümlülüğü olduğu çıkarımı yapılamayacağı söylenmiştir.⁷⁴ Federal İdare Mahkemesi eğer bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyse, Anayasa madde 100(1) uyarınca Anayasa'ya aykırılık kararı verebilecek tek merci olan Anayasa Mahkemesi'ne başvurması gerektiği vurgulanmıştır.⁷⁵ Aslında Federal İdare

⁶⁸ İbid, para. 32.

⁶⁹ İbid.

⁷⁰ İbid, para. 35.

⁷¹ İbid, para. 38.

⁷² İbid, para. 42.

⁷³ Udo di Fabio, "Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in Existenziellen Notlagen - Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017-3 C 19/15", 2017, <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/pm1-2018.html> [Erişim Tarihi: 17 Kasım 2022].

⁷⁴ İbid, ss. 49-50.

⁷⁵ İbid, ss. 50-51.

Mahkemesi kararında bu hususa değinmiştir. Kanunun yorumlanmasında kanunun lafzı ve kanun koyucunun amacını sınır olarak belirleyen Federal İdare Mahkemesi, kararında BtMG madde 5(1)(6)'yı kanunun lafzına veya kanun koyucunun amacına ters düşmeden ve Anayasa'ya aykırılık kararı gerektirmeden temel haklara uygun şekilde yorumlanabileceğini söylemiştir.⁷⁶ Burada Prof. Dr. Di Fabio'nun Federal İdare Mahkemesi'nden temelde ayrıldığı nokta, ne kanunun lafzının ne de kanun koyucunun amacının yaşamı sonlandırmak amacıyla ilaç teminini hukuki addedebilecek yorumlamaya müsait olmasıdır.⁷⁷ Prof. Dr. Di Fabio önce Federal Enstitü'nün kararı uygulamak zorunda olduğunu söylemişse de, yasama tarafından konuya açıklık getirilene kadar ilgili Bakanlık tarafından bir uygulanamazlık kararı verilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir.⁷⁸

Nitekim Federal Sağlık Bakanlığı'nın bu tavsiyeyi takip ettiği görülmektedir. Sağlık Bakanı Jens Spahn'ın verdiği direktif doğrultusunda, Federal İdare Mahkemesi'nin kararından sonra Federal Enstitü'ye yapılan sodyum pentobarbital izin taleplerinin hiçbiri kabul edilmemiştir.⁷⁹ Federal Enstitü'ye verilen bu talimatın ve mahkeme kararına rağmen yardımcı intihara ilişkin yaklaşımlarını değiştirmeyeceklerine dair yazışmaların ortaya çıkması, Federal Sağlık Bakanlığı'nın eleştirilmesine sebep olmuştur.⁸⁰ Hür Demokratik Parti (*Freie Demokratische Partei - FDP*) hükümete yönelttiği gensoruda Federal İdare Mahkemesi'nin kararı hakkında hükümetin görüşünü, sodyum pentobarbitala erişim taleplerini Federal

⁷⁶ [2017] BVerwG 3 C 19.15, para. 37-38.

⁷⁷ Di Fabio (2017), ss. 52-60.

⁷⁸ İbi, ss. 101-102.

⁷⁹ "Gesundheitsministerium: BfArM darf keine Suizidmittel ausgeben" 29 Haziran 2018, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/96168/Gesundheitsministerium-BfArM-darf-keine-Suizidmittel-ausgeben> [Erişim Tarihi: 31 Mart 2022]; Bundestag – Drucksache 19/32360 [8 Eylül 2021].

⁸⁰ Jost Müller-Neuhof, "Regierung ignoriert Sterbehilfe-Urteil" 18 Ağustos 2018, <https://www.tagesspiegel.de/politik/leiden-von-schwerkranken-regierung-ignoriert-sterbehilfe-urteil/22928102.html> [Erişim Tarihi: 30 Mart 2022]; Tina Soliman, "Sterbehilfe: Spahn boykottiert Recht" 14 Ekim 2020, <https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2020/Sterbehilfe-Spahn-boykottiert-Recht,sterbehilfe360.html> [Erişim Tarihi: 30 Marto 2022]

Enstitü’de hangi birimin değerlendirdiğini, izin taleplerinin hangi kriterlere göre değerlendirildiğini ve o zamana kadar kaç başvuru yapıldığını sormuştur.⁸¹ Hükümet ise Ceza Kanunu madde 217’nin yardımcı intiharın normalleşmesini engellemek amacıyla kabul edildiğini, kişilerin kendi yaşamlarına son vermelerine olanak sağlamanın devletin yaşamı koruma görevine aykırı düşeceğini söylemiş ve Federal İdare Mahkemesi’nin kararı hakkında henüz görüş belirtmeye hazır olmadığını belirtmiştir.⁸² Kararın üzerinden bir seneden fazla süre geçmesine rağmen hükümetin, bir yüksek mahkeme ile bakanlık arasında çatışma oluşturacak kadar hassas bir konuda görüş belirtememesi ilginçtir. FDP 2019’da hükümete aynı soruları yeniden yöneltmiş ve ek olarak Federal Sağlık Bakanlığı’ndan Federal Enstitü’ye gönderilen talimat hakkında görüş de talep etmiştir.⁸³ Fakat hükümetten bu sorulara da net bir cevap gelmemiş ve konuyla ilgili değerlendirmelerin hala devam ettiği söylenmiştir.⁸⁴ Federal Sağlık Bakanlığı’nın talimatı ve hükümetin konunun esasına değinmekten kaçındığı cevaplar göz önünde bulundurulunca, Federal İdare Mahkemesi’nin kararına bir direnç olduğu görülmektedir.

Federal İdare Mahkemesi’nin kararının uygulamaya geçmemesindeki temel sorun yargı ile yürütme arasındaki BtMG madde 5(1)(6) yorumundaki fikir ayrılığıdır. Dolayısıyla kanunun yardımcı intihar için sodyum pentobarbitale erişimi engellemesi bakımından temel haklara uygunluğu sorusu 2019’da Anayasa Mahkemesi’ne yöneltilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu soruyu yanıtlamadan önce birazdan incelenecek ve Ceza Kanunu madde 217’yi Anayasa’ya aykırılıktan iptal ettiği oldukça mühim kararına imza atmıştır. BtMG madde 5(1)(6)’nın Anayasa’ya uygunluğu sorusunun, yaşamını sonlandırmak isteyen kişiler için başka alternatif olmasına dayandığı ve Ceza Kanunu madde 217’deki yasağın kaldırılmasının sorunun cevabını etkileyecek önemli bir gelişme olduğu için başvuru reddedilmiştir.⁸⁵

⁸¹ Bundestag – Drucksache 19/1860 [25 Nisan 2018].

⁸² Bundestag – Drucksache 19/2090 [11 Mayıs 2018].

⁸³ Bundestag – Drucksache 18/8750 [9 Nisan 2019].

⁸⁴ Bundestag – Drucksache 19/9847 [2 Mayıs 2019].

⁸⁵ [2020] BVerfG 1 BvL 2/20.

IV. SistematiK Yardımlı İntihar Yasağının Anayasaya Aykırılığı

Ceza Kanunu madde 217 ile 2015'te gelen sistematiK yardımcı intihar yasağı nihayet 2020 yılında Anayasa Mahkemesi kararıyla anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Genel kişilik hakkı kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne göre:

“İnsan onuruna dayanan kendi geleceğini bağımsız olarak belirleme kavramı, genel kişilik hakkının sağladığı teminatlar ile daha detaylı olarak cisim bulur. Bu hak [kendi geleceğini belirleme hakkı] kişinin kimliğini ve bireyselliğini kendi başına bulması, geliştirmesi ve koruması için gerekli temel koşulları güvenceye alır. Özellikle, bireyin kişiliğinin korunması, kişinin yaşamını kendi standartlarına göre idare etmesini ve öz-ingesine ve öz-anlayışına kabul edilemez şekilde ters düşen bir yaşam şekline zorlanamayacağını öngörür.

Buna göre, kişisel iradenin bir ifadesi olan genel kişilik hakkı aynı zamanda intihar etme hakkı olan kendi iradesiyle ölme hakkını da kapsamaktadır. Temel hakların korunması, bu amaç için üçüncü kişilerden yardım arama ve alma özgürlüğüne de uzanmaktadır.”⁸⁶

Ölme hakkını genel kişilik hakkının boyutlarından biri olarak kabul eden Anayasa Mahkemesi, değerlendirmesinde Federal İdare Mahkemesi'nden bir adım öteye gitmiştir. Yukarıda bahsedildiği gibi, Federal İdare Mahkemesi yardımcı intihar için ilaca erişimi belli şartların varlığına bağlamış, dolayısıyla ölme hakkının uygulanabilmesini kısıtlamıştı. Anayasa Mahkemesi ise ölme hakkının belli şartların varlığına bağlanmasını Anayasa'daki özgürlük kavramına aykırı bulmuştur.⁸⁷ Kişinin yaşamına son verme isteğini gerekçelendirmek zorunda olmadığını söyleyen Anayasa Mahkemesi'ne göre önemli olan unsur hak sahibinin kendi isteği olup, bu istek, ne dini kaideler, ne sosyal normlar ne de objektif rasyonellik altında bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. “Bireyin kendi yaşam kalitesi ve varoluşsal anlam anlayışına göre verdiği kendi yaşamına son verme kararına, bağımsız bir şekilde kendi geleceğini belirlemeye

⁸⁶ [2020] BVerfG 2 BvR 2347/15, para. 207-208 [Yazarın çevirisi].

⁸⁷ İbid, para. 210.

dayanan bir davranış olarak, devlet ve toplum tarafından saygı gösterilmelidir.”⁸⁸ Anayasa Mahkemesi buradan yola çıkarak ölme hakkının, yaşama son verme isteğini gerçekleştirebilmek için üçüncü kişilerden yardım isteme ve teklif edilen yardımı kabul etme özgürlüğünü de kapsadığını söylemiştir.⁸⁹ Özellikle yaşama son verme isteğinin kişi tarafından tek başına gerçekleştirilemediği durumlarda, bu çeşit bir yardıma erişimin engellenmemesi gerekmektedir.⁹⁰ Bu bağlamda Ceza Kanunu madde 217’deki sistematik yardımcı intihar yasağının ölme hakkının tasarrufuna müdahale ettiği sonucuna ulaşan Anayasa Mahkemesi,⁹¹ bu müdahalenin anayasal bir dayanağı olup olmadığını ve orantılılık ilkesine uyup uyumadığını incelemeye geçmiştir.

Genel kişilik hakkı kamu yararının üstün gelmesi durumunda veya üçüncü kişilerin temel hakları göz önünde bulundurularak bazı şartlar altında orantılılık ilkesine uygun şekilde kısıtlanabilmektedir.⁹² Kısıtlanacak hakkın konusu kişinin özeline ne kadar yakınsa, orantılılık ilkesi gereği, müdahalenin meşru kılınması da o kadar zor olacaktır.⁹³ Anayasa Mahkemesi’ne göre, ölme hakkı her ne kadar kişinin en özelini ilgilendiren bir husus olsa da, yaşamı sonlandırmak için üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duyulduğu anda toplumu etkilemektedir.⁹⁴ Özellikle yardıma intihar hizmetinin sunulması, suiistimal riski taşıyan ve bağımsız iradenin etkilenebileceği bir uygulama olduğunu vurgulayan Anayasa Mahkemesi, sistematik yardımcı intihar yasağının orantılılık ilkesine uygunluğunun katı bir değerlendirmeye tabi tutulacağını belirtmiştir.⁹⁵

Ölme hakkını da kapsayan kişinin geleceğini belirleme hakkı ile devletin yaşamını sonlandırmak isteyenlerin özgür iradeleri ve yaşamın değerini koruma yükümlülüğü arasındaki dengenin kanun koyucu tarafından sağlanması gerektiğini söyleyen Anayasa Mahkemesi,⁹⁶ Ceza

⁸⁸ İbid, [Yazarın çevirisi].

⁸⁹ İbid, para. 212.

⁹⁰ İbid, para. 213.

⁹¹ İbid, para. 213-219.

⁹² İbid, para. 220.

⁹³ İbid.

⁹⁴ İbid, para. 222.

⁹⁵ İbid, para. 223.

⁹⁶ İbid, 223-224.

Kanunu madde 217’de bu dengenin sağlanamadığını tespit etmiştir.⁹⁷ Sistemik yardımlı intihar yasağı meşru bir amaca hizmet ediyorsa olsa da, temel haklara müdahale eden bu önlemin orantılılığı, önlemin gerekliliği ve makul oluşuna bağlıdır.⁹⁸ Önlemin gerekliliğine dair detaylı bir incelemede bulunmasa da, Anayasa Mahkemesi önlemin makul olmadığına hükmetmiştir.⁹⁹ Anayasa Mahkemesi’ne göre Ceza Kanunu madde 217’nin getirdiği yasağın kapsamı, yardımlı intihar imkânlarına erişimi o denli kısıtlamıştır ki, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının tasarrufu için hiç alan bırakmamıştır.¹⁰⁰ Her ne kadar ikinci paragrafı bir istisna getirilmiş olsa da, bu istisna kişinin kendi yaşamına son verme kararını uygulayabilmesi için gerçekçi bir alternatif teşkil etmemektedir.¹⁰¹ Doktor yardımlı intiharın hukuki belirsizlik dolayısıyla pratikte engellenmesi, organizasyonlar tarafından sağlanan yardımı gerekli kılmaktadır.¹⁰² Bunun yanı sıra palyatif bakım alanında yapılan iyileştirmeler, her ne kadar yardımlı intihar taleplerinin sayısını azaltabilecek olsa da, alternatif olarak gösterilemeyecektir.¹⁰³ Almanya dışında bulunan yardımlı intihar organizasyonlarını bir alternatif olarak sunmak ise, Anayasa madde 1(3) gereği temel hakların devletin kendi yargı alanı içinde güvence altına alınması gerektiği için Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir.¹⁰⁴ Kendi geleceğini belirleme hakkının parçası olarak değerlendirilen ölme hakkının tasarrufunda üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duyulması halinde, anayasal güvencenin yardım edecek kişiyi de kapsamaması gerekmektedir. Mahkeme’nin, intihara yardım etmek isteyen doktorların ve avukatların Anayasa madde 12 ile güvence altına alınan mesleki özgürlüklerinin, Ceza Kanunu madde 217’den kaynaklanan cezai yaptırım riski ile ihlal edildiğini söylemesi de dikkate değerdir.¹⁰⁵ Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, sistemli yardımlı intiharı yasaklayan madde

⁹⁷ İbid, para. 226.

⁹⁸ İbid.

⁹⁹ İbid, para. 263-264.

¹⁰⁰ İbid, para. 278-280.

¹⁰¹ İbid, para. 281.

¹⁰² İbid, para. 282-297.

¹⁰³ İbid, para. 298-299.

¹⁰⁴ İbid, para. 300; Anayasa madde 1(3) “Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.”

¹⁰⁵ İbid, para. 308.

217'nin kişisel özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkına yaptığı müdahaleyi orantılı bulmamış, müdahalenin meşru olmadığına karar vererek madde 217'yi iptal etmiştir.¹⁰⁶

Anayasa Mahkemesi, madde 217'nin iptal edilmesinin kanun koyucunun yardımcı intihar konusunda yeniden düzenleme yapmasına engel teşkil etmediğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre devletin kişilerin özgür iradesini koruma yükümlülüğü gereği yapacağı düzenlemenin, kişilerin kendi geleceğini belirleme hakkı gözetilerek suiistimali önlemek ve tıbbi ve farmakolojik kaliteyi sağlamak gibi tedbirleri kapsayabilecektir.¹⁰⁷ Fakat Anayasa Mahkemesi yapılacak düzenlemede yardımcı intihar uygulamasının ölümcül bir hastalığın varlığı gibi maddi koşulların varlığına bağlanmaması konusunda kanun koyucuyu uyarmıştır.¹⁰⁸ Bunun yanı sıra, BtMG ve tıbbi etik kuralların bu kapsamda yeniden gözden geçirilmesi ve gerekirse yeniden düzenlenmesi gerektiğini de hatırlatmıştır.¹⁰⁹

Anayasa Mahkeme'nin değerlendirmesi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında ölme hakkını tanıyan AİHM'nin içtihadıyla uyumludur.¹¹⁰ Özgür iradeye yaptığı vurgu ve verdiği önem bakımından kutlanan bu kararda¹¹¹ Anayasa Mahkemesi çok net bir dille ölme hakkını kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bir temel hak olarak nitelendirmiş ve sistematik yardımcı intihar yaşağının bu hakkın içeriğini boşaltarak etkisiz hale getirdiğini söylemiştir. Federal İdare Mahkemesi'nin

¹⁰⁶ [2020] BVerfG 2 BvR 2347/15, para. 337.

¹⁰⁷ İbid, para. 338-339.

¹⁰⁸ İbid, para. 340.

¹⁰⁹ İbid, para. 341.

¹¹⁰ Laura Katharina Woll, "Ein Update zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB" *Jean-monnet-saar*, 2020, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2467#_edn17 [Erişim Tarihi: 18 Kasım 2022]; AİHM'in konuya ilişkin içtihadı için bkz. Derya Nur Kayacan (2022), ss. 165-221.

¹¹¹ Heinrich Wefing, "Recht auf Tod - Machtwort aus Karlsruhe: Der Sterbehilfe-Paragraf im Strafgesetzbuch ist nichtig." 26 Şubat 2020, <https://www.zeit.de/2020/10/paragraf-217-sterbehilfe-strafgesetzbuch> [Erişim Tarihi: 18 Kasım 2022].

2017’de çok daha kısıtlı bir yaklaşımla vermiş olduğu karardan çok daha ileriye giden Anayasa Mahkemesi ölme hakkı kapsamında intihara yardımı talep etme ve sunulan yardımı kabul etme özgürlüğünü de tanımıştır.¹¹² Anayasa Mahkemesi’nin verdiği bu önemli karar daha liberal bir yaklaşım sergilemektedir. Eğer yaşamı sonlandırma kararı kişinin özgür iradesine dayanıyorsa, kanun koyucu yardımcı intihar için ağır hastalık, dayanılmaz acı veya kısıtlı yaşam süresi gibi maddi koşulların varlığını aramamalıdır. Federal İdare Mahkemesi’nin kararına gösterilen direnç göz önünde bulundurulunca, Anayasa Mahkemesi’nin kararındaki geniş yorumlamanın da hoş karşılanmadığını düşünmek yanlış olmayacaktır.¹¹³

V. Sonuç

Anayasa Mahkemesi’nin sistemli şekilde yardımcı intihar sağlamayı yasaklayan Ceza Kanunu madde 217’yi Anayasa’ya aykırılıktan iptal etmesinin ve yardımcı intihar kararını kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olduğunu ilan etmesinin üzerinden 2 seneyi aşkın süre geçmesine rağmen henüz herhangi bir düzenleme yapılmadı. Belki de Covid-19 salgının ve seçimlerin araya girmesiyle beklenen yoğunlukta ilgi göremeyen bu konu, şimdi tekrar hükümetin gündemine girdi.

Mart 2022’de, Almanya için Alternatif Partisi (*Alternative für Deutschland, AfD*) hariç Alman Federal Meclisi’ndeki bütün siyasi partilerden 85 milletvekilinin imzasını taşıyan kanun tasarısı meclise sunuldu.¹¹⁴ Ceza Kanunu madde 217’yi yeniden düzenleyen kanun tasarısında,

¹¹² Woll (2018) ss. 207-209; Woll, Federal İdare Mahkemesi’nin kararını doğru bulmakla beraber, değerlendirmesinde olması gerekenden daha çekimser bir yaklaşımda bulunması açısından eleştirmektedir.

¹¹³ “Sterbehilfe: Schäuble erwartet Neuregelung”, 24 Aralık 2020, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/schaeuble-neuregelung-sterbehilfe-100.html> [Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022]; “Radikaler Bruch mit be bewährter Rechtskultur”, 28 Şubat 2020, <https://www.domradio.de/artikel/radikaler-bruch-mit-bewaehrter-rechtskultur-weiter-kritik-karlsruher-urteil-zu-sterbehilfe> [Erişim Tarihi: 13 Nisan 2022]; Reinhard Müller, “Ein Dammbbruch dorht”, 26 Şubat 2020, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/sterbehilfe-urteil-die-gefahr-eines-dammbrechts-ist-real-16652287.html> [Erişim Tarihi: 18 Kasım 2022].

¹¹⁴ Bundestag – Drucksache 20/904 [07 Mart 2022].

devletin yaşamı ve özgür iradeyi koruma yükümlülüğü ışığında ve intiharın normalleşmesini önlemek amacıyla sistematik intihar yardımının yasaklanması, fakat madde 217(2)'de belli şartlar altında, sınırları net bir şekilde çizilmek kaidesiyle istisna sağlanması önerildi. Bu istisnaya göre, ayırt etme gücü tam ergin bireylere, psikiyatri ve psikoterapi uzmanı tarafından en az iki kere muayene edildikleri ve en az bir kere kişiye özel tasarlanmış, kapsamlı bir danışmanlık seansından sonra intihar yardımında bulunulması suç teşkil etmemesi önerildi.¹¹⁵ Psikiyatrik ve psikolojik uzman muayenesinin amacı, ölmek isteyen kişinin özgür iradesini etkileyecek herhangi bir ruhsal hastalığın olmadığını ve ölme isteğinin ciddi ve gönüllü olduğunu tespit etmektir. Tasarıya göre, iki muayene arasında en az 3 aylık süre olmasını öngören kanun tasarısı, kişinin özel durumu göz önüne alınarak, örneğin ölümün kısa sürede beklendiği ve kişinin dayanılmaz ağrılar çektiği durumlarda, ikinci muayene zorunluluğunun kaldırılmasına izin verilecektir.¹¹⁶ Danışmanlık seansında ise, kişinin ruhsal ve fiziksel sağlık durumu, diğer tıbbi tedavi seçenekleri, başka danışmanlık hizmetleri imkânları ile başarısız olacak bir intihar girişiminin muhtemel psikolojik ve fiziksel etkileri ve tamamlanmış bir intiharın sosyal etkileri hakkında da kişiye bilgilendirme yapılmalıdır. Son muayene ile intihar arasında en az 2 hafta bekleme süresi olmalı, fakat 2 aydan fazla ötelenirse yeniden muayene olması gerekmektedir.¹¹⁷ Ceza Kanunu'na eklenecek 217(a) maddesi ile de maddi kazanç için veyahut son derece saldırgan bir biçimde (*in grob anstößiger Weise*), alenen bir toplantıda veya yazılı materyallerin dağıtımıyla intihar yardımı yapan kişinin 2 yıla kadar hapis veya para cezasına çarptırılması önerildi.¹¹⁸ Bu cezai yaptırımdan yardımcı intihar servisi sağlayan kişi ve kuruluşları öneren veya kendilerinin bu servisi sağladıkları hakkında bilgi veren doktorlar ve kuruluşlar muaf tutulmuştur.

Kanun tasarısında pratikteki belki de en önemli değişikliği getirecek teklif, BtMG'ye doktorların Ceza Kanunu madde 217(2)'ye uygun olarak yardımcı intiharda kullanımı için sodyum pentobarbital reçete

¹¹⁵ İbid, s. 3.

¹¹⁶ İbid, s. 5-6.

¹¹⁷ İbid.

¹¹⁸ İbid, s. 6.

edebileceklerine dair ifadenin eklenmesidir.¹¹⁹ Böylelikle doktorların, yardımcı intihar için sodyum pentobarbital reçetesi yazarken cezai yaptırım riskine dair endişeleri giderilmiş olacaktır. Bazı Tabipler Odaları yardımcı intiharı tıp mesleğinin bir parçası olarak görmeyip, mesleki kurallar altında yasaklansa da, yardımcı intihar amacıyla ilaç yazılabileceği açıkça BtMG'ye eklendikten sonra bu yasağı daha fazla mesleki kurallarında tutmaları anlam ifade etmeyecektir. Her ne kadar tıp mesleğinin etiğine uygunluğu konusunda tıp camiasında fikir birliği olmasa da, hastasının talebini kabul ederek onun intiharına yardım etmeye karar veren bir doktora, kanun tasarısında öngörülen koşullara uygun hareket ettiği takdirde, Tabipler Birliği tarafından herhangi bir yaptırım uygulanamayacaktır.

Nasıl bir düzenleme yapılacağı henüz netleşmemiş olsa da, 2021 yılında Federal Tabipler Birliği, yardımcı intiharı tıp mesleğinin bir parçası olmadığı görüşünü değiştirmemekle beraber, örnek mesleki kurallarda yer alan “[Doktorlar] intihara yardım edemezler (*Sie [Ärztinnen und Ärzte] dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung leisten*)” cümlesini kaldırmıştır.¹²⁰ Böylelikle tıp camiasının, pozitif olmasa da, daha tarafsız bir yaklaşım takındığını söylemek mümkündür. Federal Tabipler Birliği'nin örnek mesleki kurallarına göre, yardımcı intiharda rol alan bir doktor, tıp etiğine uygun davrandığı sürece, yaptırımla karşılaşmayacaktır. Fakat yardımcı intiharda uyulması gereken tıp etiklerinin neler olduğu da detaylı bir şekilde belirtilmelidir. Örneğin, intihar kararına riayet edip yardım edecek doktor, hastanın bu kararı özgür iradesiyle aldığını, kendi geleceğini belirleme hakkının bir ifadesi olduğunu tespit etmelidir. Bu tespit yapılabilmesi için sağlanması gereken ölçütler ve dikkat edilmesi gereken hususlar önce kanun koyucu tarafından belirlenecek olsa da, tıp camiasının görüşü ve yorumları da süreç için önemlidir. Nitekim yardımcı intiharda sıklıkla aranan koşulların birçoğunun tespitinde, tıp alanında uzman bilgisi gereklidir. Dolayısıyla yardımcı intihara ilişkin kabul edilecek

¹¹⁹ İbid.

¹²⁰ Bundesärztekammer, “Hinweise der Bundesärztekammer zum ärztlichen Umgang mit Suizidalität und Todeswünschen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB”, Deutsches Ärzteblatt, (2021), 118(29-39), A1428-1432, s. A1431.

kanunun hazırlanmasında ve daha sonra uygulanmasında tıp camiasına sıklıkla başvurulacağından, Federal Tabipler Birliği'nin tarafsız yaklaşımı benimsemenin ötesinde, konuya dair somut yorumlar yapması ve görüş bildirmesi gerekecektir.

Şimdiye kadar yardımcı intihara karşıt bir tutum sergilemiş olan Almanya Hristiyan Demokrat Birliği'nin (*Christlich Demokratische Union Deutschlands – CDU*) aksine, Almanya Sosyal Demokrat Partisi (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands – SPD*), Yeşiller (*Bündnis 90/Die Grünen*) ve FDP'nin oluşturduğu yeni koalisyon hükümetinin yardımcı intihar konusunda Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda bir düzenlemeye gitmeye daha ılımlı olduğu bilinmektedir.¹²¹ Konunun mecliste nasıl değerlendirileceği ve nasıl bir yeni düzenleme yapılacağı heyecanla beklenmektedir.

¹²¹ Anno Fricke, “Bundesregierung will Entwurf zur Sterbehilfe-Reform nicht veröffentlichen”, <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Bundesregierung-will-Entwurf-zur-Sterbehilfe-Reform-nicht-veroeffentlichen-418628.html> [Erişim Tarihi: 14 Nisan 2022]; Paul Starzmann, “Wann kommt die Reform der Sterbehilfe?”, <https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestag-soll-ueber-tabuthema-entscheiden-wann-kommt-die-reform-der-sterbehilfe/27588654.html> [Erişim Tarihi: 14 Nisan 2022].

ZUSAMMENFASSUNG

Die Debatte über das Recht auf Sterben ist ein Versuch, die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts (das ein Aspekt des Rechts auf Achtung des Privatlebens ist) neu zu definieren und dabei den Konflikt zwischen den geschützten Interessen und dem gestiegenen Wert der persönlichen Autonomie auszugleichen. Im Mittelpunkt dieser Debatte steht die Frage, ob die autonome Entscheidung einer Person, mit Hilfe einer anderen Person zu sterben, respektiert werden sollte. Das Recht auf Sterben ist in den letzten Jahren vor allem in Europa intensiv diskutiert worden. Neben dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte haben sich auch mehrere nationale Gerichte mit diesem Thema befasst. Einer dieser Staaten ist Deutschland.

Deutschlands Nachbarländer gehören zu den liberalsten Staaten in Bezug auf das Recht auf Sterben. Die Niederlande, Belgien und Luxemburg praktizieren sowohl die Sterbehilfe als auch den assistierten Suizid, während Österreich vor Kurzem nach einem Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofs den assistierten Suizid legalisiert hat. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 2020 ebenfalls ein Grundsatzurteil gefällt, in dem es den § 217 des Strafgesetzbuches, der die geschäftsmäßige Sterbehilfe verbietet, fünf Jahre nach seiner Verabschiedung für verfassungswidrig erklärte. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das sich aus der Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ergibt, das Recht auf Sterben als Ausdruck der persönlichen Autonomie umfasst.

Die vielleicht wichtigste Aussage des Verfassungsgerichts war, dass die Ausübung des Rechts auf Sterben nicht vom Vorliegen wesentlicher Elemente wie einer unheilbaren Krankheit abhängig gemacht werden kann. Das einzige Kriterium, das der Gesetzgeber heranziehen könne, sei die autonome Entscheidung der Person, die sterben wolle. Obwohl diese Entscheidung eine recht liberale Haltung zum Recht auf Sterben widerspiegelt, hat der Gesetzgeber noch immer keine Regelung für die Beihilfe zum Suizid erlassen.

Zwar wurde § 217 des Strafgesetzbuchs für nichtig erklärt, dennoch reicht dies nicht aus, um vollständige Rechtsklarheit zu schaffen. Natrium-Pentobarbital, das Medikament, das üblicherweise für die Beihilfe zum Suizid verwendet wird, unterliegt dem Betäubungsmittelgesetz und kann nur auf zwei Arten erworben werden: entweder auf ärztliche Verschreibung oder mit einer Genehmigung des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (das Bundesinstitut). Ärzte, die häufig mit Anträgen auf Sterbehilfe konfrontiert werden, dürfen Natrium-Pentobarbital nicht in tödlicher Dosierung verschreiben. Das Bundesinstitut kann einerseits eine Genehmigung nur erteilen, wenn der Zweck des Antrags mit der medizinischen Wissenschaft vereinbar ist und andererseits den Antrag ablehnen, wenn er der öffentlichen Gesundheit zuwiderläuft

und die Gefahr des Missbrauchs besteht. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht 2017 entschieden hatte, dass das Bundesinstitut Patienten, die unerträglich leiden und keine andere Möglichkeit haben, eine Genehmigung erteilen sollte, wurde kein einziger Antrag vom Bundesinstitut angenommen.

Die Ärztekammer hat seit 2004 das Verbot der ärztlichen Beihilfe am assistierten Suizid aufrechterhalten. Dieses Verbot wurde jedoch nach dem deutschen Ärztetag im Mai 2021 aufgehoben, als der Satz "Sie [Ärztinnen und Ärzte] dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung leisten" aus der (Muster-)Berufsordnung gestrichen wurde. Der fehlende Konsens in der Ärzteschaft wirft jedoch einen Schatten auf die Praxis der Sterbehilfe. Es ist daher von entscheidender Bedeutung, dass der Gesetzgeber klarstellt, unter welchen Umständen ärztliche Sterbehilfe geleistet werden kann. Seit dem Urteil des Verfassungsgerichts sind mehr als zwei Jahre vergangen, ohne dass ein konkreter Schritt zur Regelung der Beihilfe zum Suizid unternommen wurde. Es ist wahrscheinlich, dass die Covid-19-Pandemie und die 2021 Wahlen die Fortschritte verzögert haben. Im März 2022 wurde dem Bundestag ein neuer Gesetzentwurf vorgelegt, der von 85 Abgeordneten unterzeichnet wurde. In Anbetracht des Regierungswechsels nach den Wahlen sind weitere Fortschritte im Gesetzgebungsverfahren zu erwarten.

KAYNAKÇA

- BALL Howard, *The Right to Die: A Reference Handbook*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2017
- BOSSHARD Georg, "Switzerland", GRIFFITHS John/WEYERS Heleen/ADAMS Maurice, *Euthanasia and Law in Europe*, 2. edn, Hart Publishing, Oxford, 2008, 463
- Bundesärztekammer, 114. Deutscher Ärztetag Beschlussprotokoll, Bundesärztekammer, 2011
- Bundesärztekammer, "Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung", Deutsches Ärzteblatt, 2004, 101(19), A1298-99
- Bundesärztekammer, "Hinweise der Bundesärztekammer zum ärztlichen Umgang mit Suizidalität und Todeswünschen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB", Deutsches Ärzteblatt, (2021), 118(29-39), A1428-1432
- Bundestag - Drucksache 18/5373 [1 Temmuz 2015]
- Bundestag – Drucksache 18/8750 [9 Nisan 2019]
- Bundestag – Drucksache 19/1860 [25 Nisan 2018]
- Bundestag – Drucksache 19/2090 [11 Mayıs 2018]
- Bundestag – Drucksache 19/9847 [2 Mayıs 2019]
- Bundestag – Drucksache 20/904 [07 Mart 2022]
- Bundestag – Drucksache 8/3551 [9 Ocak 1980]
- COHEN-ALMAGOR Raphael, *Euthanasia in the Netherlands: The Policy and Practice of Mercy Killing*, Springer, Dordrecht, 2004
- DI FABIO Udo, "Erwerbserlaubnis letal wirkender Mittel zur Selbsttötung in Existenziellen Notlagen - Rechtsgutachten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017-3 C 19/15" <https://www.bfarm.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/pm1-2018.html> [Erişim Tarihi: 17 Kasım 2022]
- DUTTGE Gunner, "Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts", BOR-MANN Franz-Josef/WETZSTEIN Verena (ed) *Gewissen: Dimensionen eines Grundbegriffs medizinischer Ethik*, De Gruyter, Berlin, 2014, 543-560
- FREIRE DE ANDRADE NEVES Marcos, "States of uncertainty: plural laws and affective governance in the context of assisted suicide in Germany", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 50(3)/2018, 317-329

- FOCARELLI Carlo, “Euthanasia” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e793?prd=EPIL> [Erişim Tarihi: 14 Mart 2022]
- GAVELA Kallia, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2013
- GRIFFITHS John/WEYERS Heleen/ADAMS Maurice, *Euthanasia and Law in Europe*, 2. edn, Hart Publishing, Oxford, 2008
- JONES David Albert/GASTMANS Chris/MACKELLER Calum (eds), *Euthanasia and Assisted Suicide: Lessons from Belgium*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017
- KAYACAN Derya Nur, *The Right to Die with Dignity: How far do Human Rights Extend?*, Springer, Cham, 2022
- KLINKHAMMER Gisela, “Ärzttekammern und Sterbehilfe: Darf ein Arzt beim Sterben helfen?”, *Deutsches Ärzteblatt*, 110(11)/2013, A-500, B-444, C-444
- LORENZ Dieter, “Sterbehilfe als Beruf?” *MedR*, 28/2010, 823-828
- PETERMANN Frank Th., “Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital”, *AJP/PJA* 4/2006, 439-467
- RADBRUCH Lukas/LEGET Carlo/BAHR Patrick ve diğeri, “Euthanasia and physician-assisted suicide: A White Paper from the European Association for Palliative Care”, *Palliative Medicine* 30(2), Şubat 2016, 104-116
- ROSENAU Henning/SORGE Igor, “Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht? Kritische Anmerkungen zum Regierungsentwurf über die Strafbarkeit der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB-E)” *Neue Kriminalpolitik* 25(2)/2013, 108-119
- SARTORI Daria, “End-of-Life Issues and the European Court of Human Rights. The Value of Personal Autonomy within a ‘Proceduralized’ Review” *QIL Zoom-in* 52/2018, 23-43
- SCHILDMANN Jan/VOLLMANN Jochen, “Sterbehilfe – Streit um eine gesetzliche Neuregelung Ärztliche Handlungspraxis am Lebensende: Empirische Daten, ethische Analysen”, *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 140(01)/2015, 22-29
- STILLER Lisa, *Sterbehilfe und assistierter Suizid*, Nomos, Baden-Baden, 2020
- WOLL Laura Katharina, “Ein Update zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB”

Jean-monnet-saar, 2020, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2467#_edn17 [Erişim Tarihi: 18 Kasım 2022]

WOLL Laura Katharina, "Sterben dürfen und sterben lassen? Die Herrschaft über den eigenen Tod im Lichte der EMRK, des deutschen Rechts und des Unionsrechts", ZEuS, 2/2018, 181-216

ZENZ Julia/ TRYBA Michael/ZENZ Michael, "Tötung auf Verlangen und assistierter Suizid", Schmerz 29/2015, 211-216

Mahkeme Kararları

[2008] BVerfG 1 BvR 1832

[2012] VG Berlin 9 K 63.09

[2014] BGH 1 StR 494/13

[2017] BVerwG 3 C 19.15

[2020] BVerfG 1 BvL 2/20

[2020] BVerfG 2 BvR 2347/15

[2020] VfGH, G 139/2019-71

AİHM, Koch / Almanya (497/09) 19 Temmuz 2012

AİHM, Pretty / Birleşik Krallık (2346/02) 29 Nisan 2002

İnternet Kaynakları

—, "Bundesärztekammer gegen Sterbehilfe: 'Lassen Sie das doch den Klempner machen'", 12 Aralık 2014, <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/bundesaerztekammer-gegen-sterbehilfe-lassen-sie-das-doch-den-klempner-machen-1.2265540> [Erişim Tarihi: 14 Nisan 2022]

—, "Gesundheitsministerium: BfArM darf keine Suizidmittel ausgeben" 29 Haziran 2018, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/96168/Gesundheitsministerium-BfArM-darf-keine-Suizidmittel-ausgeben> [Erişim Tarihi: 31 Mart 2022]; Bundestag – Drucksache 19/32360 [8 Eylül 2021]

—, "Radikaler Bruch mit bewährter Rechtskultur", 28 Şubat 2020, <https://www.domradio.de/artikel/radikaler-bruch-mit-bewaehrter-rechtskultur-weiter-kritik-karlsruher-urteil-zu-sterbehilfe> [Erişim Tarihi: 13 Nisan 2022]

- , “Sollen Ärzte beim Suizid assistieren dürfen?”, 22 Ağustos 2012, <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Sollen-Aerzte-beim-Suizid-assistieren-duerfen-346861.html> [Erişim Tarihi: 11 Kasım 2022]
- , “ Sterbehilfe: Schäuble erwartet Neuregelung”, 24 Aralık 2020, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/schaeuble-neuregelung-sterbehilfe-100.html> [Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022]
- , “Viele Palliativmediziner sind gegen Beihilfe zum Suizid”, 22 September 2015, <https://www.spiegel.de/gesundheit/psychologie/sterbehilfe-palliativmediziner-gegen-beihilfe-zum-suizid-a-1054123.html> [Erişim Tarihi: 11 Kasım 2022]
- Alman Anayasası, Çev. RUMPF Christian/UZAR Gökçe, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> [Erişim Tarihi: 10 Nisan 2022]
- Death with Dignity, “Terminology of Assisted Dying” <https://www.deathwithdignity.org/terminology/> [Erişim Tarihi: 14 Mart 2022]
- Dignitas, “Informations-Broschüre” http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=22&Itemid=5&lang=de [Erişim Tarihi: 15 Mart 2022]
- Dignitas, “Accompanied suicide of members of Dignitas, by year and by country of residency. 1998-2021” [statistik-ftb-jahr-wohnsitz-1998-2021.pdf](http://www.dignitas.ch/statistik-ftb-jahr-wohnsitz-1998-2021.pdf) (dignitas.ch) [Erişim Tarihi: 11 Kasım 2022]
- EXIT, “Mitglied werden” <https://pv.exit.ch/register> [Erişim Tarihi: 15 Mart 2022]
- FRICKE Anno, “Bundesregierung will Entwurf zur Sterbehilfe-Reform nicht veröffentlichen”, <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Bundesregierung-will-Entwurf-zur-Sterbehilfe-Reform-nicht-veroeffentlichen-418628.html> [Erişim Tarihi: 14 Nisan 2022]
- HILGENDORF Eric/ROSENAU Henning, “Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe” 2015, <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/hilgendorf/nachrichtenarchiv/single/news/resolution-gegen-eine-verschaerfte-kriminalisierung-von-sterbehilfe/> [Erişim Tarihi: 15.11.2022]
- MATTHEWS-KING Alex, “Stephen Hawking death: How did physicist live so long with motor neurone disease?” 14 Mart 2018, <https://www.independent.co.uk/news/health/stephen-hawking-death->

- how-live-als-motor-neurone-disease-long-treatment-a8255241.html
[Erişim Tarihi: 21 Mart 2022]
- Mayo Clinic, "Amyotrophic lateral sclerosis (ALS)" 22 Şubat 2022,
<https://www.mayoclinic.org/diseases-conditions/amyotrophic-lateral-sclerosis/symptoms-causes/syc-20354022> [Erişim Tarihi: 12 Mart 2022]
- MÜLLER_NEUHOF Jost, "Regierung ignoriert Sterbehilfe-Urteil" 18 Ağustos 2018,
<https://www.tagesspiegel.de/politik/leiden-von-schwerkranken-regierung-ignoriert-sterbehilfe-urteil/22928102.html> [Erişim Tarihi: 30 Mart 2022]
- ROSER Max/ ORTIZ-OSPINA Esteban/ RITCHIE Hannah, "Life Expectancy" *Our World in Data*, Ekim 2019. <https://ourworldindata.org/life-expectancy>
[Erişim Tarihi: 12 Mart 2022]
- SOLIMAN Tina, "Sterbehilfe: Spahn boykottiert Recht" 14 Ekim 2020,
<https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2020/Sterbehilfe-Spahn-boykottiert-Recht,sterbehilfe360.html> [Erişim Tarihi: 30 Marto 2022]
- STARZMANN Paul, "Wann kommt die Reform der Sterbehilfe?",
<https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestag-soll-ueber-tabuthema-entscheiden-wann-kommt-die-reform-der-sterbehilfe/27588654.html>
[Erişim Tarihi: 14 Nisan 2022]
- WEFING Heinrich, "Recht auf Tod - Machtwort aus Karlsruhe: Der Sterbehilfe-Paragraf im Strafgesetzbuch ist nichtig." 26 Şubat 2020,
<https://www.zeit.de/2020/10/paragraf-217-sterbehilfe-strafgesetzbuch>
[Erişim Tarihi: 18 Kasım 2022]
- World Health Organization, "Palliative Care", 5 Ağustos 2020,
<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care>
[Erişim Tarihi: 18 Kasım 2022]

Taşıma Senedi ile Yük Senedine İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi

Frachtbrief und Ladeschein: Eine rechtsvergleichende Bewertung der Vorschriften des türkischen Handelsgesetzbuches mit dem deutschen Handelsgesetzbuch

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan OYAL*

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma senedi, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak mehz Alman Ticaret Kanunu hükümlerine paralel olarak bir ispat senedi olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte Alman Ticaret Kanunu'nun 443. ilâ 448. maddelerinde düzenlenmiş olan yük senedi (Ladeschein), Türk Ticaret Kanunu'na alınmamıştır. Alman Ticaret Kanunu'nda yük senedi, taşıma senedinden farklı olarak, hamiline taşıyıcı tarafından taşınan eşyanın teslim edilmesini talep etme hakkı veren ve nama, emre veya hamiline yazılı şekilde düzenlenmesi mümkün olan bir kıymetli evraktır. Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinde düzenlenmiş olan yük senedi, mehz Alman Ticaret Kanunu'ndaki yük senediyle aynı kavramı ifade etmez. Türk karayoluyla eşya taşıma hukukunda eşyayı temsil eden bir kıymetli evrakin kanunen düzenlenmiş olmaması, karayoluyla yapılan eşya taşımalarına ilişkin düzenlemelerin mehzâ niteliğinde olan Alman Ticaret Kanunu'ndan Türk Ticaret Kanunu'na alınmış olan bazı düzenlemeler bakımından sorun yaratmaktadır. Ayrıca karayoluyla yapılan taşımalar daha kısa sürede tamamlandığından tarihsel olarak eşya taşıma hâlindeyken, eşya üzerinde tasarrufla bulunulmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak değişik türde araçlarla yapılan taşımalara da Türk Ticaret Kanunu'nun eşya taşınmasına ilişkin hükümlerinin uygulanması, ayrıca küreselleşen ticaret hayatında emtia fiyatlarının günlük ve hatta saatlik olarak

* Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğretim Üyesi (oyal@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-3055-5870.

değişmesi nedeniyle, taşıma süresinden bağımsız olarak eşya taşıma hâlindeyken de eşya üzerinde tasarrufta bulunmasını mümkün kılacak ve eşyayı temsil eden kıymetli evrak niteliğini haiz bir taşıma belgesine olan ihtiyaç artmaktadır. Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma senedine ve yük senedine ilişkin hükümleri bu doğrultuda mehz Alman Ticaret Kanunu'nu hükümleriyle karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: *Taşıma senedi, yük senedi, kıymetli evrak, taşıma hukuku*

Comparative Examination of Turkish Commercial Code Provisions Regarding Waybill and Carrier's Receipt with German Commercial Code Provisions

ABSTRACT

Unlike the repealed Turkish Commercial Code no. 6762, the waybill is contemplated in Turkish Commercial Code no. 6102 as a bill of proof in compliance with the provisions of German Commercial Code. However, the carrier's receipt (Ladeschein), which is regulated in Art. 443 to 448 of the German Commercial Code, was not included in the Turkish Commercial Code. In the German Commercial Code unlike the waybill, the carrier's receipt is regulated as a negotiable instrument that gives the bearer a right to demand the delivery of the goods transported by the carrier and can be issued in writing to the name, order or bearer. The carrier's receipt regulated in Art. 859 of the Turkish Commercial Code does not match the German carrier's receipt. A negotiable instrument that consigns a right to its bearer to demand the delivery of the goods transported by the carrier is not regulated in the Turkish Commercial Code no. 6102. The lack of such a negotiable instrument in Turkish commercial law creates a discord in terms of some regulations that are adopted from the German Commercial Code by the Turkish Commercial Code no. 6102. In addition, since the transportation by road is completed in a shorter time, historically there was no need to dispose of the goods while they are being transported. However, the application of the provisions of the Turkish Commercial Code regarding the transport of goods by road to multimodal transports, as well as the daily or even hourly changes in the commodity prices in the globalizing trade life, makes a codification of a negotiable instrument regarding the right to dispose of the goods while in transit a necessity. In this study, the provisions of the Turkish

Commercial Code regarding the waybill and carrier's receipt will be examined in comparison with the provisions of the German Commercial Code.

Keywords: *Waybill, carrier's receipt, negotiable instrument, transportation law*

A. Giriş

Taşıma sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Başka bir anlatımla taşıma sözleşmesi, sözleşmenin taraflarının karşılıklı örtüşen iradelerini beyan etmeleriyle kurulmuş olur. Taşıma sözleşmesi şekil şartına tabi olmadığından, taraflar genellikle ayrıca yazılı bir sözleşme düzenleme ihtiyacı duymazlar. Fakat taşıma sözleşmesinin ayrıca yazıya dökülmemesi, tarafların uyuşmazlığa düştüklerinde sözleşmenin şartları bakımından ispat problemlerini de beraberinde getirir. Ayrıca taşıma hukukunun özelliklerinden birisi de ispat kurallarıyla yakından ilgilenmesidir. Zira taşıma hukuku kuralları, taşıma faaliyetini ilgilendiren vakıaların "belirliliği" üzerine kuruludur. Bunun da ötesinde taşımanın uluslararası ticarete kullanılan ödeme ve teslim şekilleriyle yakından ilişkili olması da bu işlemlerde taşıma işine ilişkin hususlara dair yazılı belgelerin kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Ezcümle, gerek taşıyıcının gerekse gönderen ve gönderilenin haklarının korunması ve ispat edilebilmesi, her taşıma aracına ve türüne uygulanacak hukuk kurallarında farklı taşıma senetlerinin doğumuna ve düzenlenmesine yol açmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen taşıma senedi ile yük senedi, bu tür taşıma belgelerine örnek olarak sayılabilir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma senedi, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak sadece ispat senedi olarak düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun "Taşıma işleri" başlıklı dördüncü kitabındaki hükümler çoğunlukla mehz Alman Ticaret Kanunu'nun 407. maddesi ve devamı hükümlerine paralel şekilde düzenlenmiştir. Ancak Alman Ticaret Kanunu'nda kıymetli evrak olarak düzenlenen yük senedine ilişkin hükümler, Türk Ticaret Kanunu'na alınmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinde öngörülmüş olan yük senedi, kıymetli evrak niteliğini haiz olmayıp, bir ispat senedir. Dolayısıyla Türk hukukunda karayoluyla eşya taşınması bakımından eşyayı temsil eden ve kıymetli evrak niteliğini haiz bir taşıma belgesi kanunen düzenlenmiş değildir. Bu çalışmada, mehz Alman Ticaret Kanunu

hükümleriyle karşılaştırmalı olarak Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma senedi ve yük senedine ilişkin hükümleri incelenecektir. Öncelikle taşıma senedi ve yük senedinin tanımı, hukukî niteliği ve işlevleri üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise taşıma senedi ibaresine yer verilen Türk Ticaret Kanunu'nun hükümleri, taşıma senedinde bazı kayıtların yer almasına ya da yer almamasına ve taşıma senedinin ibrazına hukukî sonuç bağlayan hükümlerle, taşıma senedi vasıtasıyla bazı hakların kullanılmasına ilişkin hükümler üç ayrı başlık altında değerlendirilecektir.

B. Taşıma Senedi

I. Terminoloji ve Taşıma Senedinin Tanımı

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hazırlanırken, getirdiği sistem örnek alınan Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi'nin¹ (CMR) resmî tercümesinde “*sevk mektubu*” olarak anılan² taşıma belgesi, Karayolu Taşıma Kanunu'nda³ olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu'nda da “taşıma senedi” olarak düzenlenmiş ve mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'yla getirilen ve artık terminolojik olarak yerleşik kabul edilebilecek bu terimden farklı bir terim kullanılmasından kaçınılmıştır⁴.

Taşıma senedi, Türk Ticaret Kanunu'nun 856. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak anılan bu düzenlemede, taşıma senedinin kanunî bir tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte 08.01.2018 tarih ve 30925 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin 4.

¹ RG, 07.12.1993, S. 21788.

² CMR'nin resmî tercümesinde ticaret hukukundaki yerleşik terimlerin kullanılmamasının özel hukuk mevzuatıyla uyumsuzluk yarattığı ve resmî tercümede “*sevk mektubu*” yerine “taşıma senedi” sözcüğünün kullanılmasının daha doğru olacağı yönündeki görüş ve CMR'nin serbest çevirisi için bkz. Abuzer Kendigelen/Alihan Aydın, *Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR) - Resmî Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi*-, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı C.1, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s. 498.

³ RG, 10.07.2003, S. 25173.

⁴ Mertol Can, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları - C. I*, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s. 27; Nil Kula, *Türk Eşya Taşıma Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 53.

maddesinin 1. fıkrasının (iii) bendinde taşıma senedine ilişkin bir tanım yer almaktadır. Anılan bu hükümde taşıma senedi, “eşya ve kargo taşımalarında gönderen ile yetki belgesi sahibi arasında akdedilen, ilgili diğer mevzuat ve bu Yönetmelikle belirlenen bilgileri ihtiva eden sözleşme belgesi veya bu tür bir sözleşmede bulunması gereken bilgileri ihtiva etmesi halinde taşıma senedi yerine geçecek olan taşıma faturası, taşıma irsaliyesi veya irsaliyeli taşıma faturasını [...] ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

Söz konusu bu tanıma paralel olarak Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre de, taşıma senedinin ayrı bir belge olarak düzenlenmesi gerekmekte olup, taşıyıcı ve gönderen tarafından imzalanan fatura, taşıma senedinin içermesi gereken asgarî zorunlu kayıtları içeriyorsa, bu fatura aynı zamanda taşıma senedi olarak değerlendirilmelidir⁵.

II. Taşıma Senedinin Unsurları

Türk Ticaret Kanunu’nun 856. maddesinde sadece, taraflardan birisinin istemi üzerine taşıma senedi düzenlenmesi öngörülmüş ve düzenlenecek taşıma senedinin düzenlenme şekline ilişkin bazı hususlara yer verilmiştir. Mevzuatın 408. maddesinin 1. fıkrasında ise taşıma senedinin, taşıyıcının talebi üzerine düzenlenebileceği öngörülmüştür. Türk Ticaret Kanunu’nun 857. maddesinin 1. fıkrasında, taşıma senedinin içermesi gereken kayıtlar örnekseme yoluyla sayılmıştır. Anılan maddenin Hükümet Gerekçesi’nde⁶, söz konusu düzenlemenin birinci fıkrasında taşıma senedinin asgarî zorunlu içeriğinin düzenlendiği belirtilmiştir.

Bununla birlikte doktrinde haklı olarak, taşıma senedinin geçerli bir taşıma senedi olarak kabul edilmesi için Kanun’un 857. maddesinin 1. fıkrasında 14 bent şeklinde sayılan her bir kaydı içermesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir⁷. Zira aynı hükmün ikinci fıkrasında, taşıma

⁵ Ingo Koller, *Transportrecht*, 10. Aufl., C. H. Beck, München 2020, § 409, N. 2; Klaus J. Hopt/ Christoph Kumpan/Hanno Merkt/Markus Roth, *Beck’sche Kurzkommentar - Handelsgesetzbuch*, 40. Aufl., C. H. Beck 2021, § 408, N. 1.

⁶ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 295.

⁷ Vural Seven, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 51; Burak*

senedine tarafların uygun gördükleri diğer kayıtların da konabileceği açıkça öngörülmüştür⁸. Ayrıca Kanun'un 857. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kayıtların tümü, her bir taşıma bakımından mutlaka taşıma senedine yazılması zorunlu kayıtlar olarak değerlendirilemez. Örneğin, Kanun'un 857. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendinde, ödemeli teslimle ilişkin kayda yer verilmiştir. Ancak ödemeli teslim her taşıma bakımından söz konusu olmaz. Türk Ticaret Kanunu'nun 872. maddesinin 1. fıkrası uyarınca eşyanın, ancak ödeme karşılığında gönderilene teslim edilmesi konusunda taşıyıcı ile gönderenin anlaşması gerekir. Taşıyıcının, kural olarak taşıma sözleşmesi kapsamında sadece ödeme karşılığında eşyayı teslim etmek gibi bir zorunluluğu yoktur.

Adıgüzel, *Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 99-100. Mehaz Alman hukukunda doktrinde, taşıma senedinin içeriğini düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 408. maddesinde taşıyıcının, anılan düzenlemenin (1) ilâ (12) numaralı bentlerinde sayılan "hususları içeren bir taşıma senedinin düzenlenmesini talep edebileceği" (*kann die Ausstellung eines Frachtbriefs mit folgenden Angaben verlangen*) ifadesine yer verildiğinden ve ayrıca tarafların taşıma senedine amaca uygun başka kayıtlar da koyabilecekleri açıkça düzenlendiğinden, taşıma senedinin bu maddede sayılan kayıtların her birisini içermek zorunda olmadığı kabul edilmektedir (Rolf Herber/Christine Schmidt, *Münchener Kommentar zum HGB Bd. VII*, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2020, § 408, N. 24; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 408, N. 2; Carsten Thomas Ebenroth/Karlheinz Boujong/Detlev Joost/Lutz Strohn, *Handelsgesetzbuch*, 4. Aufl., C. H. Beck/Verlag Vahlen, München 2020, § 408, N. 12; Hartmut Oetker, *Handelsgesetzbuch*, 7. Aufl., C. H. Beck, München 2021, § 408, N. 5).

⁸ Alman hukukunda sözleşme serbestisini en geniş şekilde kullanmalarına imkân sağlamak için karayolu motorlu taşıtlarıyla uzun mesafeli eşya taşımacılığını düzenleyen "Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen" 10. maddesi ve Almanya sınırları içinde demiryoluyla taşımayı düzenleyen "Eisenbahn Verkehrsordnung" 55. maddesinin birinci fıkrası uyarınca geçerli olan taşıma senedi düzenleme zorunluluğu 1999 yılında taşıma hukuku alanında gerçekleştirilen reformla kaldırılmıştır (Reuschle, [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 408, N. 1; Martin Häublein/Roland Hoffmann-Theinert, *Beck'scher Online-Kommentar HGB*, 30. Edt, C. H. Beck, München 2020, §408, N. 1).

Taşıma sözleşmesinin esaslı unsuru (*essentialia negotii*) olmayan hususlar bakımından tarafların anlaşmış olmaları zorunlu değildir. Dolayısıyla yan unsurlara ilişkin bir anlaşma yapılmamışsa, bu hususların taşıma senedinde belirtilmesi de mümkün değildir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun 857. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde, taşıma senedine taşımanın yapılacağı süreye ilişkin kayıt konulması öngörülmüştür. Ancak tarafların taşıma süresi konusunda anlaşmaları, taşıma sözleşmesi bakımından esaslı bir unsur (*essentialia negotii*) değildir. Yedek hukuk kuralı niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu'nun 873. maddesine göre taraflar taşıma süresi konusunda anlaşmadıkları durumunda, söz konusu somut taşıma bakımından şartlar dikkate alındığında, özenli bir taşıyıcıya tanımlanabilecek makûl bir süre içerisinde taşımanın yapılarak eşyanın teslim edilmesi gerekir.

Bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, taşıma senedinin içeriğini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 857. maddesinde yer alan kayıtların tamamının taşıma senedinde yer almasının zorunlu olmadığı kabul edilmelidir⁹. Bununla birlikte bir belgenin, taşıma senedi olarak nitelendirilebilmesi için bazı zorunlu bilgileri içermesi gerekir. Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre, gönderenin ve taşıyıcının kimliğini içeren ve belirli bir eşyanın (teslim alınacağı ve teslim edileceği yer gibi) taşınması borcuna ilişkin bilgileri içeren bir belge, taşıma senedi olarak nitelendirilmelidir¹⁰. Alman hukukunda doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, gönderen tarafından taşıyıcı için düzenlenen ve imzalanan bir belgenin, Türk Ticaret Kanunu'nun 857. maddesinin mehzaz hükmü niteliğinde olan Alman Ticaret Kanunu'nun 408. maddesindeki bilgilerden sadece birisini içermesi, söz konusu belgenin taşıma senedi olarak nitelendirilmesi için yeterlidir¹¹.

⁹ Seven, *Gönderilen*, S. 48-50; Adıgüzel, s. 99-100.

¹⁰ Fritz Fremuth/Karl Heinz Thume, *Kommentar zum Transportrecht, Paragraphen §§407- 475 h HGB, WA und ADSp.*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2000, § 408, N. 13; Thomas Heidel/Alexander Schall, *Handelsgesetzbuch-Handkommentar*, 3. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2019, § 408, N. 5; Thume, [MüKo HGB], § 408, N. 24.

¹¹ Koller, § 408, N. 3; Norbert Horn, *Heymann - Handelsgesetzbuch Bd. IV*, 2. Aufl., De Gruyter Verlag, Berlin 2005, § 408, N. 2; Paschke, [Oetker], § 408, N. 5.

Türk doktrininde ise Alman hukukundaki baskın görüşe paralel bir görüş benimsenmiştir. Bu görüşe göre, taşıma sözleşmesinin taraflarını, sözleşmenin konusunu oluşturan eşyayı, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı ve teslim edileceği yeri ve taşıyıcının söz konusu taşıma işi konusunda yetkilendirildiğini gösteren belgeler, taşıma senedi olarak nitelendirilmelidir¹². Bu görüşe katılmaktayız. Taşıma senedi kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığından ve Türk Ticaret Kanunu'nda bir ispat senedi olarak düzenlendiğinden, somut taşıma sözleşmesine ilişkin esaslı unsurlara dair bilgileri içermesi, söz konusu belgenin taşıma senedi olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmelidir.

III. Hukuki Niteliği

Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma senedinin şeklini düzenleyen 796. maddenin 2. fıkrasının karşıt anlamından (mefhumu muhalifinden), anılan hükmün 1. fıkrasında yer alan tüm kayıtları içeren bir taşıma senedinin kıymetli evrak olarak kabul edileceği anlaşılmaya müsaitti. Ancak doktrinde, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 769. maddesinin 1. fıkrasının (2)¹³, (5), (6) ve (7) numaralı bentlerindeki hususları içermeyen bir taşıma senedinin de kıymetli evrak niteliğini kazanacağını savunan bir görüş mevcuttu¹⁴.

Doktrindeki baskın göre ise, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 769. maddesinin 2. fıkrasının tek başına değil, özellikle taşıma senedinin düzenlenmesine ilişkin mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 771. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 768. maddesinde taşıma senedinin iki nüsha olarak düzenlenmesinin öngörüldüğü, Kanun'un 771. maddesindeyse bir nüshanın gönderen tarafından imzalanarak taşıyıcıya verileceğini ve yüke eşlik edeceğini, diğer nüshanın ise

¹² Seven, *Gönderilen*, s. 51-51; Adıgüzel, s. 100 vd. Aksi yönde bkz. Süleyman Kıran, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 117.

¹³ Bu görüşe göre anılan hükümdeki tüm unsurların taşıma senedine yazılmış olmasına gerek olmayıp, eşyanın cinsi, miktarı ve özelliklerine ilişkin genel bir bilgi yazılmış olması yeterli kabul edilmeliydi (Reşat Atabek, *Eşya Taşıma Hukuku*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1960, s. 78).

¹⁴ Atabek, s. 78.

taşıyıcı tarafından imzalanarak gönderene verileceği düzenlendiğinden, gönderen tarafından imzalanan ve eşyaya eşlik eden nüshanın kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığı, öte yandan taşıyıcı tarafından imzalanan nüshanın ise mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 769. maddesinde öngörülen kayıtları içerdiği durumda kıymetli evrak olarak kabul edileceğini belirtmişti¹⁵. Başka bir anlatımla bu görüşü savunan yazarlara göre, aynı kayıtları içermekle birlikte, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 769. maddenin 1. fıkrasında yer alan kayıtları içermesi durumunda, sadece taşıyıcı tarafından imzalanan taşıma senedi nüshası kıymetli evrak niteliğini haiz bir senetti.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 856. maddesinin Hükümet Gerekeşi'nde¹⁶ taşıma senedinin bir kıymetli evrak olmadığı, sadece bir "ispat senedi" olduğu belirtilmiştir. Taşıma senedinin, bir ispat aracı olduğu ve kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığı, taşıma senedinin ispat gücünü düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin Hükümet Gerekeşi'nde¹⁷ de tekrarlanmıştır. Doktrinde de taşıma senedinin en önemli fonksiyonunun, taşıma sözleşmesine ilişkin hususlar açısından bir

¹⁵ Vural Seven, *Taşıma Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını, 2. Bası, Eskişehir 2011, s. 55; Sabih Arkan, "Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma Senetlerine ve İlmühaberlere İlişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", *BATİDER*, C. IX, S. 4, 1978, s. 1031; Hüseyin Ülgen, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 1988, s. 62; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1976, s. 821; Ali Bozer, *Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1978, s. 178-179; Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 398-399; Aydın Zevkliler, "Konişmento, Mahiyeti ve Diğer Emtia Senetlerinden Farkları", *İmran Öktem'e Armağan*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 563; Ece Yeşilova Aras, "Yük Senedinin (TTK m. 859) Türk Ticaret Kanunu'nda Yeniden Yer Alması, Karayolu Taşımacılığında Kıymetli Evraka İmkan Verilmesi Midir?", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 123, Y. 2013, s. 52-53.

¹⁶ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 295.

¹⁷ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 295.

ispat aracı olması olduğu kabul edilmektedir¹⁸. Mehzaz hukuk olan Alman hukukunda da taşıma senedinin bir ispat aracı olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Türk Ticaret Kanunu'nun 856. ve 857. maddelerinin mehzazı olan Alman Ticaret Kanunu'nun 408. maddesinde yer alan kayıtları içeren *Frachtbriefin*, dar anlamda bir ödeme vaadi içermediği gibi, eşyanın teslimi vaadini de içermediği ve ayrıca taşıma senedinden kaynaklı hakların taşıma senedini elinde bulunduran kişi tarafından değil, taşıma sözleşmesine (maddî hukuka) göre hak sahibi olan kişi tarafından kullanılabilirdiği için kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığı kabul edilmektedir²⁰. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, taşıma senedi bir sözleşme belgesi değildir²¹. Taşıma sözleşmesi yazılı olarak yapılmamışsa, taşıma senedi düzenlenmesi, taraflar arasında sözlü olarak meydana gelen sözleşmeyi "yazılı" hale getirmez²².

Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak taşıma senedi, eşyaya sadece eşlik eden bir senet olarak öngörüldüğünden ve eşya üzerinde tasarrufta bulunulmasını mümkün kılacak şekilde eşyayı temsil etme amacına sahip olmadığından, gerek Alman Ticaret

¹⁸ Adıgüzel, s. 108; Yeşilova Aras, s. 59; Cafer Eminoğlu, "Türk Ticaret Kanunu'nun 864. Maddesi Kapsamında Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu", *GÜHFD*, C. XIX, S. 3, Y. 2015, s. 35.

¹⁹ Thume [MüKo Hgb], § 408, N. 10; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 408, N. 1; Wieske [Heidel/Schall], § 408, N. 1; Paschke [Oetker], § 408, N. 1; Hans Günter Bästlein/Andrea Bästlein, „Beweisfragen in Rechtsstreitigkeiten gegen den HGB-Frachtführer wegen Güterschäden“, *TranspR*, H. 11/12, 2003, s. 413; Fremuth/Thume, § 408, N. 3.

²⁰ Thume [MüKo HGB], § 408, N. 12. BGH, 4.6.1976, I ZR 121/75 (NJW 1976 H. 38, s. 1746 (1747)).

²¹ Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], §408, N. 2; Thume [MüKo HGB], § 408, N. 10.

²² Bununla birlikte taşıma sözleşmesi yapılmaksızın gönderen tarafından bir taşıma senedi düzenlenerek bunun taşıyıcıya verilmesi ve taşıyıcının da taşıma senedini herhangi bir itirazda bulunmadan kabul etmesi, taşıma sözleşmesinin kurulmasına yönelik öneri ("icap") ve kabul olarak görülebilir (Thume [MüKo HGB], § 408, N. 11).

Kanunu'nda gerekse 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ciro su kabil bir senet olarak da düzenlenmemiştir²³.

IV. Taşıma Senedinin İşlevleri

1. İspat Aracı Olarak Taşıma Senedi

a. Taşıma Senedinin İspat Gücü

aa. Her İki Tarafça İmzalanan Taşıma Senedinin Taşıma Sözleşmesinin Yapıldığına, İçeriğine ve Eşyanın Taşıyıcı Tarafından Teslim Alındığına Karine Teşkil Etmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 1. fıkrasında, her iki tarafça imzalanan taşıma senedinin taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına kanıt oluşturacağı öngörülmüştür. Taşıma senedinin ispat gücünü haiz olabilmesi için öncelikli koşul, taşıma senedinin her iki tarafça imzalanmış olmasıdır. Sözleşmenin taraflarının imzasını içermeyen bir taşıma senedi, Kanun'un 858. maddesinde düzenlenen ispat gücüne sahip değildir²⁴.

Doktrinde haklı olarak dile getirildiği üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen "kanıt oluşturur" ifadesi eleştiriye açıktır. "Kanıt oluşturur" denilmek suretiyle ifade edilmek istenen hukukî sonuç açık değildir. Mehaz Alman Ticaret Kanunu'nun

²³ Seven, *Gönderilen*, s. 52-53; Thume [MüKo HGB], § 408, N. 12; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 409, N.1; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 409, N. 2.

²⁴ Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin Türk ispat hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemelerden farklı bir sonuç düzenlemediği, mehaz Alman hukukunda "kesin delil" kavramı olmadığından ve tüm deliller takdirî delil olarak değerlendirildiğinden, ispata ilişkin özel hükümlerin ayrı bir anlamı varken, hukukumuzda tarafların imzasını içeren ve imzası inkar olunmamış belgeler "senet" niteliğinde ve kesin delil olduğundan, Kanun'un 858. maddesinin 1. fıkrasının bir farklılık içermediği yönündeki eleştiri için bkz. Seven, *Gönderilen*, s. 52-53. *Adıgüzel*, mehaz Alman Ticaret Kanunu'nun 409. maddesinin 1. fıkrasında ve CMR'nin 9. maddesinin 1. fıkrasında aslında bir karine öngörüldüğünü, bununla birlikte kanun koyucunun mehaz hükmü aktarırken bu düzenlemeden saptığını, ancak bunun bilinçli bir tercih olmadığını belirtmiştir (*Adıgüzel*, s. 109).

409. maddesinde, her iki tarafça imzalanmış taşıma senedinin taşıma sözleşmesi yapıldığına, yapılan taşıma sözleşmesinin içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına ilişkin kanunî bir karine teşkil ettiği şeklinde bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir²⁵.

Doktrinde, her iki tarafça imzalanan taşıma senedinin, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına “kanıt” oluşturacağını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu’nun 858. maddesi eleştirilmiştir²⁶. Taşıma senedinin içeriğini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu’nun 857. maddesinde, eşyanın taşıyıcıya teslim edildiğine ilişkin bir kaydın taşıma senedine yazılması öngörülmemiştir. Bu nedenle taşıma senedinde eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına ilişkin bir kayıt yer almıyorsa, taşıma senedinin tek başına eşyanın teslim alındığı vakıasına ilişkin “temsil fonksiyonu” bulunmadığı belirtilmiştir. Senet metninde eşyanın teslimine ilişkin bir ifade olmadığı hâlde, kanundan kaynaklı olarak taşıma senedinin her iki tarafça imzalanmasına eşyanın teslimi bakımından bir sonuç bağlanmasının, ancak kanunî karinenin varlığı durumunda söz konusu olabileceği vurgulanmıştır. Bu nedenle *de lege feranda* Türk Ticaret Kanunu’nun 858. maddesinin 1. fıkrasındaki “kanıt oluşturur” ifadesinin her iki tarafça imzalanmış taşıma senedinin, taşıma sözleşmesinin yapıldığı, içeriği ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı konusunda “karine teşkil edeceği” şeklinde yeniden düzenlenmesi daha isabetli olacaktır²⁷.

bb. Her İki Tarafça İmzalanan Taşıma Senedinin Eşyanın ve Ambalajının Teslim Sırasında Dış Görünüş Bakımından İyi Hâlde Bulunması, Taşınan Paketlerin Sayısı, İşaretleri ve Numaralarının Taşıma Senedine Uygun Olduğuna Karine Teşkil Etmesi

Türk Ticaret Kanunu’nun 858. maddesinin 2. fıkrasında, taşıyıcı açısından bir inceleme yükü öngörülmüştür. Taşıyıcı, teslim aldığı eşyayı dışarıdan da olsa incelemeli ve eşyanın taşıma senedinde belirtilen durumuna aykırılığın dış görünüşü itibarıyla (haricen) dahi anlaşıldığı

²⁵ Koller, § 409, N. 1; Thume [MüKo HGB], § 409, N. 2; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 409, N. 2.

²⁶ Seven, Gönderilen, s. 60, dn. 120.

²⁷ Seven, Gönderilen, s. 60, dn. 120.

hâllerde, taşıma senedindeki kayıt ile eşyanın fiilî durumu arasındaki farklılığa ilişkin taşıma senedine çekince (ihtirazi kayıt) koymalıdır. Aksi halde Kanun'un 858. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, eşyanın dış görünüş bakımından iyi durumda olduğu ve paket sayılarının, işaretlemelerin ve numaraların, taşıma senedindeki kayıtlara uygun olduğu varsayılır. Bu açıdan kanunî bir karine öngörülmüştür.

Taşıyıcı tarafından taşıma senedine herhangi bir çekince koyulmadan yükün teslim alınması durumunda eşyanın sağlam şekilde teslim alındığına ilişkin karine, sadece eşyanın veya ambalajının dış görünüşü bakımından geçerlidir. Eşyanın dış görünüşü itibariyle iyi durumda olması, taşıyıcının sahip olduğu olağan gereçlerle ve bir taşıyıcının göstermesi gereken olağan özeni göstererek fark edebileceği herhangi bir hasar, eksiklik veya kusurun bulunmadığını ifade eder²⁸. Eşyanın veya ambalajının dış yüzeyinde 5 duyu organı kullanılarak tespit edilebilecek kusurlar mevcutsa, eşyanın dış görünüş itibariyle iyi durumda olduğundan bahsedilemez²⁹. Eşyanın, taşıyıcıya teslim edildiği sırada ambalajının içerisinde sağlam olduğunu ispat yükü gönderendedir³⁰.

Alman hukukunda doktrinde, soğuk zincir taşımaları bakımından taşıyıcının eşya kendisine teslim edildiğinde gerekli ön soğutmanın teslimden önce yapılıp yapılmadığını kontrol etmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir³¹. Alman hukukunda doktrindeki bu görüşe göre taşıyıcının ön soğutmayı kontrol etmediği veya gerekli gereçlere sahip olmadığı için kontrol edemediği durumlarda, ön soğutmanın yeterli olmadığına veya ön soğutmanın yeterli olup olmadığını kontrol edemediğine

²⁸ Thume [MüKo HGB], § 409, N. 10; Koller, § 409, N. 16; Schlüter [Heymann], § 409, N. 7.

²⁹ Jürgen Ensthaler, *Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB) mit UN-Kaufrecht*, 8. Aufl., Hermann Luhterhand Verlag, München 2015, § 409, N. 6. Koller, içinde camdan bir eşya olan ambalajın içerisinden şingirtti sesi geldiği veya kapalı ambalajdan bozulmuş gıda kokusu geldiği durumlarda da eşyanın dış görünüş itibariyle iyi durumda olduğunun kabul edilmeyeceğini belirtmiştir (Koller, § 409, N. 16).

³⁰ Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 409, N. 11.

³¹ Thume [MüKo HGB], § 409, N. 10; Koller, § 409, N. 16; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 409, N. 12.

ilişkin taşıma senedine bir çekince konulmamışsa, taşıma senedi ön soğutmanın yeterli olduğuna ilişkin karine teşkil eder.

Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 2. fıkrasındaki karine, taşınacak paketlerin sayısını, işaretlerini ve numaralarını da kapsar. Söz konusu düzenlemedeki "taşınacak paketler" kavramının kapsamına, ambalajlı her bir eşyanın yanı sıra eşyalar bir araya getirilerek oluşturulan paletler de dahildir³². Taşıma senedinde sadece teslim alınan paletler miktar olarak belirtilmişse, taşıma senedi her bir palette yer alan eşya miktarı bakımından değil, sadece palet miktarı bakımından bir karine teşkil eder.

cc. Her İki Tarafça İmzalanan Taşıma Senedinin Taşınacak Eşyanın Miktarı, İçeriği ve Net Olmayan Ağırlığı Bakımından Karine Teşkil Etmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 3. fıkrasında da taşınacak eşyanın miktarı, içeriği ve net olmayan ağırlığı bakımından bir kanunî karine öngörülmüştür. Taşıyıcı tarafından bu hususlar denetlenmiş, taşıma senedine yazılmış ve her iki tarafça imzalanmışsa, bu kayıtların gerçeğe uygun olduğu kabul edilir. Kanun'un 858. maddesinin 3. fıkrasında anılan hususların taşıyıcı tarafından denetlenmiş olması ve denetleme sonucunun taşıma senedine yazılması öngörülmüş olsa da taşıyıcının söz konusu denetlemeyi yerine getirmeden taşıma senedini imzalaması durumunda da anılan fıkradaki kanunî karinenin sonucu doğar³³. Başka bir ifadeyle Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 3. fıkrasında taşıyıcı bakımından öngörülen denetleme işlemi, taşıyıcıyı korumak adına getirilmiş bir yükürdür. Gönderen, taşıma senedine taşınacak eşyanın miktarı, içeriği ve net olmayan ağırlığı bakımından bir kayıt konulmasını istiyorsa, taşıma senedine bu hususlara ilişkin bir kayıt konulmadan önce taşıyıcı eşyayı miktarı, içeriği ve net olmayan ağırlığı bakımından denetleme ve yaptığı denetim sonucunda elde ettiği veriler doğrultusunda bu hususlara ilişkin taşıma senedine kayıt koyma hakkına sahiptir. Öte

³² Thume [MüKo HGB], § 409, N. 14; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 409, N. 15; Bästlein/Bästlein, S. 415; Koller, § 409, N. 14; Schlüter [Heymann], § 409, N. 7; Fremuth/Thume, § 409, N. 9.

³³ Thume [MüKo HGB], § 409, N. 20; Bästlein/Bästlein, s 416. Aksi yönde bkz. Koller, § 409, N. 28.

yandan denetleme yükünü yerine getirmeden ve gönderenin beyanını doğru kabul ederek beyan edilen miktarı, içeriği ve/veya eşyanın net olmayan ağırlığını taşıma senedine yazarak imzalayan taşıyıcının korunmasına ihtiyaç yoktur. Bu nedenle taşıyıcının denetleme yükünü yerine getirip getirmediğinden bağımsız olarak, eşyanın miktarı, içeriği ve net olmayan ağırlığı bakımından taşıma senedinde bir kaydın yer aldığı ve taşıma senedinin her iki tarafça imzalandığı durumlarda Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen kanunî karinenin uygulanacağı kabul edilmelidir.

dd. Taşıma Ücretinin Eşyanın Miktarı Üzerinden Hesaplanacağı Durumlarda Taşıma Senedindeki Kayıtların Eşyanın Miktarı, İçeriği ve Net Olmayan Ağırlığı Bakımından Karine Teşkil Etmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 870. maddesinin 4. fıkrası uyarınca taşıma ücreti eşyanın sayısı, ağırlığı veya başka ölçüyle gösterilen miktarına göre kararlaştırılmışsa, taşıma ücretinin hesaplanmasında, bu konuda taşıma veya yük senedindeki kayıtların doğru olduğu varsayılır. Bu varsayım, kayıtların doğruluğunu denetleme konusunda uygun araçların hazır bulunmadığına ilişkin çekince konulmuş olması hâlinde de geçerlidir. Anılan hükümde kanunî bir karine öngörülmüştür³⁴. Gönderen, taşıma senedinde belirtilen miktardan daha az bir eşya taşıdığını ileri sürerse, bu hususu ispatlamak zorundadır. Taşıyıcı da taşıma senedinde belirtilen miktardan daha fazla bir eşya taşıdığını ileri sürerse, bu iddiasını ispatlamak zorundadır. Taşıma senedindeki kayıtların doğru olmadığı ispatlanamadığı sürece, taşıma ücretinin hesaplanması bakımından taşıma senedinde eşyanın miktarına ilişkin kayıtların doğru olduğu kabul edilir ve hesaplama, taşıma senedinde belirtilen miktar üzerinden yapılır.

Taşıyıcının kayıtların doğruluğunu denetleme konusunda uygun araçların hazır bulunmadığına ilişkin çekince konulmuş olması dahi, ücret hesaplaması bakımından taşıma senedindeki kayıtların doğru kabul

³⁴ Thume [MüKo HGB], § 420, N. 32; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 420, N. 29; Paschke [Oetker], § 420, N. 7; Wieske [Heidel/Schall], § 420, N. 8; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theimert], § 420, N. 7; Bracker/Janssen [Ensthaler], § 420, N.7; Schlüter [Heymann], § 420, N. 12.

edileceği yönündeki karine sonucunun bertaraf edilmesi için yeterli görülmemiştir. Alman hukukunda doktrinde, taşıma ücretinin hesaplanırken somut ve yazılı olması itibariyle güvenilir bir kaynak olduğu için taşıma senedindeki kayıtların taşıyıcının çekincesinden bağımsız olarak esas alındığı belirtilmiştir³⁵.

Taşıyıcı, taşıma senedine çekince koymuş olsun veya olmasın, sadece taşıma senedindeki kayıtların doğru olmadığını ispat ederek, kanunî karinenin sonucunu ortadan kaldıracaktır. Taşıma senedi taşıyıcı tarafından da imzalanmışsa, senede karşı senetle ispat kuralı gereği, taşıyıcının taşıma senedindeki kayıtların doğru olmadığını senetle ispat etmesi gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinden farklı olarak, taşıma senedinde yazılı olan eşyanın sayısı, ağırlığı veya başka ölçüyle gösterilen miktarının ücret hesaplaması bakımından doğru olduğunun kabulü için taşıma senedinin sözleşmenin her iki tarafınca imzalanmış olması koşulu aranmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 870. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen karine sonucunun doğması için taşıma senedinde gönderenin imzası bulunması yeterlidir³⁶.

b. Türk Ticaret Kanunu'nun 858. Maddesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesi, Alman Ticaret Kanunu'nun 409. maddesinden alınmıştır. Alman Ticaret Kanunu'nun 409. maddesinde her iki tarafça imzalanan taşıma senedinin, aksi ispat edilinceye kadar taşıma sözleşmesinin kurulmuş olduğuna, içeriğine ve yükün taşıyıcı tarafından teslim alındığına delil teşkil edeceği öngörülmüştür. Alman medenî usûl hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak kesin delil ve takdirî delil ayırımı yapılmamaktadır³⁷. Alman medenî usûl

³⁵ Thume [MüKo HGB], § 420, N. 32; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 420, N. 31; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Themert], § 420 N. 7; Bracker/Janssen [Ensthaler], § 420, N.7.

³⁶ Seven, Gönderilen, s. 198; Koller, § 420, N. 38; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 420 N. 32.

³⁷ Alman hukukundaki delil sistemi ve Türk medenî usûl hukukunda senetle ispat kuralının Alman medenî usûl hukukunun ispata ilişkin kurallarıyla

hukukunda tüm deliller takdirî delildir. Dolayısıyla her taşıma sözleşmesinin taraflarınca imzalanmış olan taşıma senedinin, delil niteliğiyle ilgili olarak Kanun'da özel bir düzenleme yapılması, Alman hukuku bakımından gerekli ve isabetlidir. Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, belge ve senet arasında bir ayırım yapılmıştır. Genel anlamıyla senet, iradenin (daha doğrusu iradeye ilişkin beyanın) dış âleme yazılı bir belge olarak yansımasıdır. Hukukî anlamda ise bir kimsenin, bir hukukî işlemin ispatı için kendi aleyhine hazırladığı veya kendi aleyhine sonuç doğuran yazılı bir belgedir³⁸. Adî senetlerin ispat gücünü düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 205. maddesinin 1. fıkrasında, mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetlerin, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılacağı öngörülmüştür. Her iki tarafın da imzasını içeren taşıma senedi, medenî usûl hukuku bakımından senet niteliğini haiz olduğundan, senedin

karşılaştırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Naz Parlar, *Beweis durch Urkunden im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2020, s. 303 vd.

³⁸ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, 15. Bası, On İki LevhaYayıncılık, İstanbul 2017, s. 1773; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, 379; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları 4. Bası, Ankara 2021, s. 502; Baki Kuru/Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, 263; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. I*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 670; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 427. "[...] Uyuşmazlığın çözümü için kesin delillerden olan "senet" kavramı üzerinde durulmasında yarar vardır. Genel anlamıyla senet, iradenin (iradeye ilişkin beyanın) dış âleme bir yazılı belge olarak yansımasıdır. Hukuki anlamda ise bir kimsenin hazırladığı ve kendi aleyhine sonuç doğuran bir belgedir [...]" (HGK, 26.02.2016, 366/198 (Kazancı)). Türk medenî usûl hukukunda, tarafların dayandıkları belgelerin ve bu kapsamda adi yazılı senetlerin ön inceleme aşamasına gelmeden önce ön inceleme duruşmasına davetiyenin tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde sunulması gerekmektedir. Ön inceleme duruşmasına davetiyede, tarafların süresi içerisinde dayandıkları belgeleri sunmadığı durumda bu belgeye dayanmaktan vazgeçmiş sayılacakları ihtar edilir (HMK m. 140/5). Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Efe Direnisa, *Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 212 vd.

içeriğinde yer alan kayıtların ispatı bakımından sahip olduğu delil değerinin belirlenmesi için Türk hukuku bakımından ayrıca bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç yoktur.

Bununla birlikte kanun koyucu abesle iştigal etmez ilkesi gereğince, Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin kapsamı ve uygulama alanının belirlenmesi gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 1. fıkrasındaki kanunî karinenin sonucunun doğması için, taşıma senedinin taşıma sözleşmesinin her iki tarafınca imzalanması olması gerekmektedir. Taraflardan sadece birisinin imzasını içeren taşıma senedinin ispat gücü, Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesine göre değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 205. maddesine göre belirlenir³⁹. Taşıma senedinde imzası bulunan taraf, taşıma senedinde aleyhine yer alan kayıtların aksini, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesi uyarınca senede karşı senetle ispat kuralı gereği, ancak senetle ispat edebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 1. fıkrasının uygulama alanı, gerek koşulları (*Tatbestand*) gerekse hukukî sonucu (*Rechtsfolge*) bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun senet deliline ilişkin düzenlemelerine göre daha dardır.

2. Taşıyıcıya Yönelik Talimatları İçeren Bir Belge Olması (*Instruktionsfunktion*)

Taşıma senedi: gönderen ve taşıyıcının kimliğine, taşınacak eşyaya, eşyanın teslim alınacağı ve teslim edileceği yere ve ayrıca kural olarak gönderilene ilişkin bilgileri içerdiğinden aynı zamanda taşıyıcı bakımından taşımaya ilişkin talimatları içeren bir belge işlevine sahiptir⁴⁰.

3. Talimat Hakkının Kullanılması Bakımından Bloke Senet (*Sperrpapier*) İşlevi

Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 4. fıkrasında, her iki tarafça imzalanmış bir taşıma senedinin varlığı durumunda, taşıma senedinde öngörülmüşse, gönderenin ancak kendisine ait olan nüshayı ibraz ederek tasarruf hakkını kullanabileceği öngörülmüştür. Alman

³⁹ Aynı yönde bkz. Adıgüzel, s. 109.

⁴⁰ Koller, § 408, N. 2; Thume [MüKo HGB], § 408, N. 8; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 408, N. 10; Wieske [Heidel/Schall], § 408, N. 1; Paschke [Oetker], § 408, N. 4; Schlüter [Heymann], § 408, N. 1.

hukukunda doktrinde, gönderenin talimat ve tasarruf hakkını her iki tarafça da imzalanmış taşıma senedinin kendisindeki nüshasının ibrazı şartına bağlanması durumunda, taşıma senedinin *Sperrpapier*, yani “bloke senet” işlevi gördüğü kabul edilmektedir⁴¹. Hukukumuzda bu tür taşıma senetlerinin, “bloke taşıma senedi” yerine “ibraz şerhli taşıma senedi” olarak ifade edilmesinin terminolojik olarak daha isabetli olacağı belirtilmiştir⁴².

Doktrinde ibraz şerhli taşıma senedinin gönderene ait olan nüshasının nama yazılı kıymetli evrak niteliğini haiz olduğu, ibraz şerhli taşıma senedinde yer alan talimat hakkının taşıma senedinin gönderendeki nüshasının ibrazıyla kullanılabileceği yönündeki kaydın da “basit kıymetli evrak kaydı” niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁴³. Zira ibraz şerhli taşıma senedinde, sadece gönderenin tasarruf hakkını kullanabilmesi için kendisindeki taşıma senedi nüshasını ibraz etmesi yeterli görülmemiş, aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu’nun 868. maddesinin 6. fıkrasında da taşıma senedi ibraz edilmediği hâlde taşıyıcının talimatı yerine getirmesi durumunda doğacak zararlar için hak sahibine karşı sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

C. Yük Senedi

I. Genel Olarak

Yük senedi, Türk Ticaret Kanunu’nun 859. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu’nun 859. maddesine göre taşıma senedi düzenlenmemişse, gönderenin istemi üzerine taşıyıcı, eşya ve taşıma hakkında yeterli bilgileri içeren bir yük senedi imzalayarak gönderene vermek zorundadır.

Yük senedi ifadesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’yla getirilmiştir. Mülgâ 865 sayılı Ticaret Kanunu ve mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda söz konusu belge, “ilmühaber” olarak ifade edilmiştir.

⁴¹ Thume [MüKo HGB], § 408, N. 9; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 408, N. 9; Wieske [Heidel/Schall], §408, N. 1; Paschke [Oetker], §418, N. 9; Schlüter [Heymann], § 418, N. 16; Fremuth/Thume, § 408, N. 5.

⁴² Seven, *Gönderilen*, s. 119, dn. 317.

⁴³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Seven, *Gönderilen*, s. 119 vd. Alman hukukunda aynı yöndeki görüş için bkz. Koller, § 408, N. 36

Mülgâ 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun 893. maddesinde nakliye senedi düzenlenmemişse, gönderenin talep etmesi üzerine taşıyıcının, taşıma senedinin içeriğine sahip bir senedi imzalayarak gönderene vermesi gerektiği öngörülmüştü. Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 770. maddesinde ise, taşıma senedi düzenlenmemişse, gönderenin talep etmesi durumunda taşıyıcının taşıma senedine yazılacak hususları içeren bir ilmühaberi imzalayıp vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde⁴⁴, anılan bu maddenin mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 770. maddesinin tekrarı olduğu ifade edilmiştir.

II. Alman Hukukunda Yük Senedi (*Ladeschein*)

1. Genel Olarak

Mehaz Alman hukukunda yük senedi (*Ladeschein*), ticaret hukukunda yapılan revizyonlar kapsamında pek çok kez değişikliğe uğramıştır. Öncelikle 29.06.1998 tarihinde Federal Gazete'de yayımlanan Taşıma, Taşıma İşleri Komisyonculuğu ve Ardiye Hukukunun Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la ("Taşıma Hukuku Reform Kanunu")⁴⁵ Alman Ticaret Kanunu'nun 444. ilâ 450. maddelerindeki yük senedine ilişkin düzenlemeler kaldırılmış ve yük senedi, Alman Ticaret Kanunu'nun 444. ilâ 448. maddelerinde yeniden düzenlenmiştir. Taşıma Hukuku Reform Kanunu ile yeniden düzenlenen Alman Ticaret Kanunu'nun 444. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde⁴⁶, taşıma senedine yapılan atıfla, yük senedi ve taşıma senedi arasında paralellik sağlanarak, taşıma hukukuna ilişkin düzenlemelerde yeknesaklık sağlanmasının hedeflendiği ve atıf hükmüyle yük senedini düzenleyen maddenin sadeleştirildiği belirtilmişse de içerik itibarıyla yürürlükten kaldırılan hükümlere paralel düzenlemeler benimsenmiştir⁴⁷.

24.04.2013 tarihli Federal Gazete'de yayımlanan Deniz Ticareti Hukukunun Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun'la⁴⁸, Alman Ticaret

⁴⁴ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 295.

⁴⁵ BGBl, 29.06.1998, Nr. 39.

⁴⁶ RegE BR-Drucks., 368/97, s. 81.

⁴⁷ Fremuth/Thume, § 444, N. 1.

⁴⁸ BGBl, 24.04.2013, Nr. 19.

Kanunu'nun yük senedine ilişkin hükümleri, 443. ilâ 448. maddelerinde yeniden düzenlenmiştir. Deniz ticareti hukukunda yapılan revizyon kapsamında konişmentoya ilişkin düzenlemelerdeki değişiklikler nedeniyle, Taşıma Hukuku Reform Kanunu'nda konişmento örnek alınarak düzenlenen yük senedine ilişkin düzenlenmelerin de emtia senetleri arasındaki yeknesaklığın korunması için revize edilmesi ihtiyacı doğmuştur⁴⁹.

Alman hukukunda yük senedi (*Ladeschein*), Alman Ticaret Kanunu'nun 443. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu bu hükümde taşıyıcıdan, eşyanın teslimine ilişkin yükümlülüğünü ve Alman Ticaret Kanunu'nun 408. maddesinin 1. fıkrasındaki bilgileri içeren bir yük senedi düzenlenmesinin talep edilebileceği öngörülmüştür. Taşıyıcı, düzenlediği yük senedini imzalamakla yükümlü olup, imzanın faksimile baskı veya mühürle atlabilmesi mümkündür.

Alman Ticaret Kanunu'nun 443. maddesinin 2. fıkrasında, yük senedinin emre yazılı olarak düzenlenebileceği, emre yazılı şekilde düzenlenen yük senedinde, emrine düzenlenen kişinin ismine yer verilmediği durumlarda, yük senedinin gönderenin emrine yazılı olduğunun kabul edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Alman Ticaret Kanunu'nun 443. maddesinin 3. fıkrasında, içeriği ve düzenleyen kişinin kimliği hususunda üzerinde sonradan değişiklik yapılması mümkün olmayan şekilde hazırlanan ve yük senediyle aynı işleve sahip elektronik kayıtların da yük senedi sayılacağı belirtilmiş ve elektronik yük senedinin yönetmelikle düzenlenmesine ilişkin Alman Adalet ve Tüketicinin Korunması Bakanlığı'na yetki verilmiştir.

Taşıma senedinden farklı olarak yük senedi kıymetli evrak niteliğini haiz olduğundan, taşıma sözleşmesinin taraflarına, taşınan eşya üzerindeki hakların bir senede bağlanması imkânı tanınmıştır. Ekonomik ve hukukî açıdan yük senedi, karayoluyla yapılan taşımalar bakımından konişmentoya paralel bir işleve sahiptir⁵⁰. Tarihsel olarak bakıldığında

⁴⁹ Herner/Harm [MüKo HGB], Vorb. § 443, N. 4; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 443, N. 1.

⁵⁰ Christoph Kopper, *Der Multimodale Ladeschein im internationalen Transportrecht*, LIT Verlag, Hamburg 2007, s. 30; Ayrıca bkz. Rolf Herber, "Konnoement und Multimodal-Ladeschein nach neuem Recht als Beförderungsdokumente beim

karayoluyla yapılan taşımalar, denizyoluyla yapılan taşımalara kıyasla kısa sürdüğünden, eşyanın taşıma hâlindeyken herhangi bir tasarruf işlemine konu edilmesine kural olarak gerek yoktur. Bu nedenle karayoluyla gerçekleştirilen taşımalar bakımından, konişmento gibi eşyayı temsil eden ve eşya taşıma hâlindeyken tasarruf işlemine konu edilmesini mümkün kılan bir belgeye ihtiyaç duyulmamıştır⁵¹. Bununla birlikte Taşıma Hukuku Reform Kanunu'yla değişik tür araçlarla taşımalar bakımından karayoluyla yapılan taşımalara ilişkin hükümlerin uygulanması öngörülmüştür. Değişik türde araçla yapılan taşımalar, denizyoluyla yapılan taşımalara benzer şekilde kural olarak uzun sürmektedir. Ayrıca teknolojik imkânların gelişmesi ve küreselleşme nedeniyle emtia fiyatlarındaki değişim çok daha hızlı gerçekleşmekte ve buna bağlı olarak emtianın her an alınması veya satılması ihtiyacı eskiye nazaran giderek artmaktadır. Dolayısıyla eşya taşıma halindeyken, eşya üzerinde tasarrufta bulunulmasına imkân sağlanması ticarî hayat bakımından önem arz etmektedir⁵².

2. Yük Senedinin İçeriği ve Düzenlenmesi

Alman Ticaret Kanunu'nun 443. maddesinde Alman Ticaret Kanunu'nun 408. maddesinin 1. fıkrasına atıf yapılmıştır. Yük senedinin, taşıma senedinin içeriğini düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 408. maddesindeki kayıtları içermesi gerektiği (*enthaltten soll*) hükme bağlanmıştır. Bir senedin, yük senedi niteliğinde olduğunun kabulü için Alman Ticaret Kanunu'nun 408. maddesinde yer verilen bütün kayıtları içermesinin gerekmez⁵³. Yük senedinden bahsedilebilmesi için taşıyıcının, taşıyacak eşyayı belirlenen teslim yerinde gönderilene sadece yük senedinin ibrazı karşılığında teslim etmeyi yazılı olarak taahhüt etmesi gerekir⁵⁴.

Überseekauf", *Festschrift für Ulrich Magnus*, Sellier European Law Publishers, München 2014, s. 675.

⁵¹ Herber/Harm [MüKo HGB], Vorb. § 443, N. 2; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 443, N. 1; Kopper, s. 30.

⁵² Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Stroh], § 443, N. 2; Kopper, s. 30.

⁵³ Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 443, N. 11; Koller, § 443, N. 17; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Stroh], § 443, N. 5; Herber/Harm [MüKo HGB], § 443, N. 30.

⁵⁴ Herber/Harm [MüKo HGB], § 443, N. 4 ve 31; Bracker/Reuschle [Ensthaler], § 443, N. 1; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 443, N. 11; Schaffert

Taşıyıcının bu taahhüdünü, belirli bir kalıp içerisinde formüle etmesine gerek yoktur. Söz konusu senet metninin genelinden, taşıyıcının belirtilen şekilde bir taahhütte bulunduğu anlaşılması yeterlidir.

Taşıyıcı, gönderen talep etse bile yük senedi düzenlemek zorunda değildir⁵⁵. Yük senedinin düzenlenmesi için tarafların bu konuda anlaşmaları gerekir. Taraflar, yük senedinin gönderene teslim edileceği zamanı belirleyebilir. Ancak taraflar yük senedinin düzenlenmesi konusunda anlaşmakla birlikte yük senedinin teslim edileceği zamanı ayrıca belirlemedişlerse, yük senedinin eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alınması sırasında gönderene verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁶. Yük senedi, taşıma sözleşmesi ifa veya fesih nedeniyle sona erinceye kadar düzenlenebilir. Yük senedinin düzenlenmesi, eşyanın teslim alınmasına bağlı olmadığı gibi, eşyanın gönderilene teslim edilmesinin fiilî tam zıya nedeniyle imkânsız hâle gelmesi de yük senedinin düzenlenmesine engel değildir. Zira yük senedi, eşyanın teslimine ilişkin bir talep hakkı içermekle birlikte, eşyanın fiilî tam zıya nedeniyle teslim edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, gönderenin bu zarardan doğan tazminat hakkının senede bağlanmasında da haklı bir menfaati vardır⁵⁷.

Yük senedinin taşıyıcı tarafından imzalanması zorunludur⁵⁸. Taşıyıcının imzasını içermeyen bir senedin, diğer unsurları tam olsa bile yük

[Ebenroth/Boujong/Joost/Stroh], § 443, N. 5; Koller, § 443, N. 10 ve 17; Paschke [Oetker], §443, N. 1.

⁵⁵ Herber/Harm [MüKo HGB], § 443, N. 8; Wieske [Heidel/Schall], § 443, N. 1; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Stroh], § 443, N. 4; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 443, N. 4; Bracker/Reuschle [Ensthaler], § 443, N. 1; Koller, § 443, N. 6.

⁵⁶ Koller, § 443, N. 6.

⁵⁷ Herber/Harm [MüKo HGB], § 443, N. 9; Ingo Koller, "Anspruch auf Ausstellung eines Ladescheins oder Konnossements und sein Erlöschen", *TranspR* 2016, H. 7-8, s. 291; Klaus Ramming, "Die Reichweite der Verbriefungswirkung des Ladescheins bzw. Konnossements", *RdTW* 2018, H. 3, s. 84.

⁵⁸ Herber/Harm [MüKo HGB], § 443, N. 29; Koller, § 443, N. 13; Wieske [Heidel/Schall], § 443, N. 2; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 443, N. 6; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 443, N. 14; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 443, N. 2.

senedi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Taşıyıcı, imzasını faksimile baskı veya mühürle atabilir. Ancak sadece şirket kaşesinin basılması tek başına yeterli değildir. Şirketi temsile yetkili kişinin imzası kaşe hâline getirilmişse, bu kaşenin basılması suretiyle yük senedinin imzalanması mümkündür⁵⁹.

3. Yük Senedinin Hukukî Niteliği

Mehaz Alman hukukunda yük senedi, kıymetli evrak niteliğini haizdir. Yük senedi kural olarak nama yazılı bir senettir, ancak emre yazılı senet veya hamiline yazılı senet olarak da düzenlenebilir⁶⁰. Taşıyıcı tarafından taşınması kararlaştırılan eşyayı temsil ettiği için bir emtia senedir (*Traditionspapier*)⁶¹. Alman Ticaret Kanunu'nun 448. maddesi uyarınca eşya taşıyıcının zilyetliğindeyse, eşya üzerindeki hakların kazanılması bakımından senette gönderilen olarak gösterilen kişiye yük senedinin teslimi edilmesi, eşyanın teslimiyle aynı etkiye sahiptir. Anılan düzenlemenin ikinci cümlesindeyse, yük senedinin üçüncü kişiye devredilmesi bakımından da aynı hususun geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Yük senedi eşyayı temsil eden bir emtia senedi olduğundan, eşyanın mülkiyetinin devredilmesi veya eşya üzerinde sınırlı aynî bir hak tesis edilmesi (özellikle taşınır rehni) bakımından yük senedinin devri, eşyanın devredilmesiyle aynı etkiye sahiptir⁶².

Yük senedi bakımından kullanılan “gönderilen” ile taşıma sözleşmesi ve taşıma senedi bakımından kullanılan “gönderilen” kavramları örtüşmemektedir. Taşıma senedi bakımından gönderilen, eşyanın teslim

⁵⁹ Herber/Harm [MüKo HGB], § 443, N. 29.

⁶⁰ Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 443, N. 3; Herber/Harm [MüKo HGB], § 448, N. 2; Koller, § 443, N. 2; Paschke [Oetker], § 443, N. 1; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 443, N. 3.

⁶¹ Paschke [Oetker], §443, N. 1; Koller, § 443, N. 2; Fremuth/Thume, § 444, N. 4; Ramming, *Verbriefungswirkung*, s. 82; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Stroh], § 443, N. 3; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 443, N. 3; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 443, N. 1.

⁶² Herber/Harm [MüKo HGB], § 448, N. 1; Koller, § 448, N. 4; Bracker/Reuschle [Ensthaler], § 448, N. 1; Wieske [Heidel/Schall], § 448, N. 2; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 448, N. 1; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 448, N. 1.

edileceği kişi olarak gösterilen kişiyi ifade eder. Yük senedi bakımındansa gönderilen, yük senedinin yetkili hamilidir⁶³. Ayrıca Alman Ticaret Kanunu'nun 445. maddesinin 1. fıkrasında eşyanın varma yerine geldikten sonra yük senedinin yetkili hamilinin eşyanın teslimini talep edebileceği düzenlenerek, yük senedinde gösterilen "gönderilen" ile yük senedinin yetkili hamilinin kastedildiği vurgulanmıştır.

4. Yük Senedi Düzenlenen Durumlarda Yük Senedindeki Kayıtların İspat Gücü, Taşıma Sözleşmesinden Doğan ve Senede Bağlanan Hakların İleri Sürülmesi, Eşyanın Teslimi, Emir ve Tasarruf Hakkının Kullanılması

a. Yük Senedindeki Kayıtların İspat Gücü

Alman Ticaret Kanunu'nun 444. maddesinin 1. fıkrasına göre yük senedi, eşyanın taşıyıcı tarafından yük senedinde gösterildiği şekilde teslim alındığına karine oluşturur. Ayrıca yük senedi düzenlenen durumlarda, Alman Ticaret Kanunu'nun 409. maddesinin 2. fıkrası ile 3. fıkrasının 1. cümlesinin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür. Alman Ticaret Kanunu'nun 409. maddesinin 2. fıkrasında, Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 2. fıkrasına paralel olarak, iki tarafça imzalanan taşıma senedinin taşıyıcının haklı bir sebeple çekince koymadığı durumlarda, eşyanın dış görünüş itibariyle iyi olduğuna, taşınan paketlerin sayısı, işaretleme ile numaralarının taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karine teşkil edeceği düzenlenmiştir. Alman Ticaret Kanunu'nun 409. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesinde ise eşyanın net olmayan ağırlığı veya başka şekilde beyan edilen miktarı ya da taşınacak paketlerin içeriği, taşıyıcı tarafından denetlenmiş ve denetlemenin sonucu her iki tarafça imzalanan taşıma senedine yazılmışsa, bu yazı, ağırlığın, miktarın ve içeriğin, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karine teşkil etmesi öngörülmüştür.

⁶³ Koller, § 443, N. 11. *Ramming*, yük senedinin yetkili hamil tarafından hukuken geçerli şekilde devredilmesiyle taşıma sözleşmesinde gönderilen olarak gösterilen kişinin de doğrudan kendiliğinden değiştiğini ve yetkili hamilden yük senedini devralan kişinin taşıma sözleşmesi bakımından da gönderilen sıfatını kazandığını ileri sürmüştür (Klaus Ramming, "Die Sperrwirkung von Ladeschein und Konnossement", *RdTW* 2018, H. 2, s. 46).

Alman Ticaret Kanunu'nun 444. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taşıyıcı, söz konusu maddenin 1. fıkrasında öngörülen karinenin aksini, yük senedinde gösterilen gönderilene karşı ileri sürümez, meğerki, gönderilen yük senedini teslim aldığı anda senetteki kayıtların doğru olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor olsun. Yük senedi, üçüncü bir kişiye devredilmişse, taşıyıcı Alman Ticaret Kanunu'nun 444. maddesinin 1. fıkrasındaki karinenin aksini, yük senedini devralan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı da ileri süremez. Alman kanun koyucu, Alman Ticaret Kanunu'nun 444. maddesinde sadece gönderilenin emrine düzenlenen yük senedi bakımından yük senedindeki kayıtların aksinin iddia edilemeyeceğini öngörerek, gönderenin kendi lehine Alman Ticaret Kanunu'nun 444. maddesinin 2. fıkrasındaki faraziyenin sonuçlarının doğmasını engellemiştir⁶⁴.

Alman Ticaret Kanunu'nun 444. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde, yük senedi fiilî taşıyıcı veya fiilî taşıyıcı adına yük senedi düzenlemeye yetkili bir kişi tarafından düzenlenmemişse, yük senedindeki kayıtların doğruluğuna ilişkin iyiniyetli gönderilen veya yetkili hamil bakımından öngörülen faraziyenin, Alman Ticaret Kanunu'nun 437. maddesi uyarınca (TTK m. 888) fiilî taşıyıcıya karşı yöneltilen talepler bakımından uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

b. Taşıma Sözleşmesinden Doğan ve Yük Senedine Bağlanan Hakların İleri Sürülmesi

Alman Ticaret Kanunu'nun 444. maddesinin 3. fıkrasında, taşıma sözleşmesinden doğan ve yük senediyle senede bağlanmış olan hakların, sadece yük senedinin yetkili hamili tarafından ileri sürülebileceği öngörülmüştür. Böylece taşıma sözleşmesinden doğan hakların yük senedi aracılığıyla senede bağlandığı durumlarda, taşıma sözleşmesine dayanarak herhangi bir talebin ileri sürülmesi mümkün değildir⁶⁵. Taşıma sözleşmesinden kaynaklanan ve fakat senede bağlanmış hakları, sadece yük senedini elinde bulunduran yetkili hamil ileri sürebilir. Başka bir ifadeyle taşıma sözleşmesinden doğmakla birlikte, yük senedine bağlanmamış bir

⁶⁴ Koller, § 443, N. 11.

⁶⁵ Taşıma sözleşmesinden doğan ve yük senedine bağlanabilecek haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ramming, *Verbriefungswirkung*, s. 83 vd.

talep hakkı, taşıma sözleşmesinin tarafınca taşıma sözleşmesine dayanılarak ileri sürülebilir⁶⁶. Zira taşıma sözleşmesinden doğan tüm taleplerin yük senedine bağlanması mümkün değildir.

Bir emtia senedi olan yük senedinde, senette yazılı eşyanın belirtilen teslim yerinde (taşıma ücreti ödenmemişse, taşıma ücretinin ödenmesi karşılığında) teslim edilmesi taahhüdü yer alır. Dolayısıyla yük senedinin düzenlendiği durumlarda, yetkili hamil yük senedine dayanarak eşyanın teslim yerinde kendisine teslim edilmesini veya eşyanın fiilî zıya nedeniyle tesliminin mümkün olmadığı durumlarda, ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi talep edebilir⁶⁷.

Yük senedinin içerdiği hak yerine getirilmeden yük senedi düzenleyene geri verilirse, sözleşmeden doğan haklar herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın sözleşmenin taraflarınca yeniden ileri sürülebilir⁶⁸. Yük senedinde senede bağlanan hakların kullanılması için senedin ibrazı zorunludur. Yük senedinin düzenleyene iade edildikten sonra, ibraz şartının yerine getirilmesi imkânı da ortadan kalkar. Bu nedenle yük senedi düzenleyene iade edildikten sonra, yük senedine bağlanmış hakların da taşıma sözleşmesine dayalı olarak ileri sürülmesi gerekir.

c. Eşyanın Teslimi

Alman Ticaret Kanunu'nun 445. maddesinin 1. fıkrasında eşyanın teslim edileceği yere ulaşmasından sonra yük senedinin yetkili hamilinin, taşıyıcıdan eşyanın teslimini talep edebileceği, yük senedinin yetkili hamilinin teslim talebinde bulunması durumunda, Alman Ticaret Kanunu'nun 421. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca taşıma ücretini ve diğer ücretleri ödemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Yük senedi alt taşıyıcı tarafından düzenlenmişse, alt taşıyıcıya ödenmesi gereken taşıma

⁶⁶ Koller, § 443, N. 36a; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 444, N. 3; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 444, N. 12; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 444, N. 5; Paschke [Oetker], § 444, N. 4; Herber/Harm [MüKo HGB], § 444, N. 19.

⁶⁷ Ramming, *Verbriefungswirkung*, s. 83-84; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 444, N. 3.

⁶⁸ Koller, § 443, N. 37e. Paschke [Oetker], § 44

ücreti ve bekleme ücreti talep edilebilir⁶⁹. Eşya kendisinde olmadığı hâlde üçüncü bir kişi tarafından yük senedi düzenlenirse, yük senedinde belirtilen eşyanın teslim edilmesi fiilen mümkün olmadığından, yük senedini elinde bulunduran yetkili hamil, eşyanın teslim edilememesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini düzenleyen talep edebilir. Bu durumda düzenleyen, yük senedinde eşyanın teslimini taşıma ücretinin ödenmesine bağlamış olsa da, yetkili hamilden herhangi bir ücret ödemesi talep edemez⁷⁰.

Alman Ticaret Kanunu'nun 445. maddesinin 2. fıkrasında taşıyıcının eşyayı, sadece eşyanın teslimini talep hakkını içeren yük senedinin ibrazı karşılığında ve Alman Ticaret Kanunu'nun 421. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca taşıma ücreti ve diğer ücretler ödenmişse teslim etmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte taşıyıcı, yük senedinin yetkili hamili olarak görünen kişinin, maddî hukuka göre hak sahibi olmadığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, eşyayı bu kişiye teslim edemez.

Nama yazılı yük senetlerinde veya emre yazılı yük senetlerinde, şekli yetkili hamil ile maddî hukuka göre yük senedinden doğan hakkın sahibi farklı kişiler olabilir. Örneğin nama yazılı yük senedi, alacağın temlik hükümlerine göre temlik edilmişse, yük senedinde lehtar görünen kişi ile maddî hukuka göre yük senedinden doğan hakkı temlik alan kişi örtüşmez. Maddî hukuka göre hak sahibi, temlik alanıdır. Emre yazılı yük senedinde ise muntazam bir ciro zincirinde son yetkili hamil görünen kişinin ölmesiyle, senetten doğan hak da mirasçılara devrolur. Senette muris kişi, hâlen yetkili hamil olarak görünse de maddî hukuka göre senetten doğan hakkın sahibi murisin mirasçılarıdır.

Alman hukukunda doktrinde, yük senedine bağlanan eşyanın teslim hakkına maddî hukuka göre sahip olan kişinin, hak sahipliğine ilişkin yeterli delili sunması durumunda, taşıyıcının, maddî hukuka göre hak sahibi tarafından yük senedi ibraz edilmediği için eşyanın teslimi talebini

⁶⁹ Koller, § 445, N. 5.

⁷⁰ Ingo Koller, "Die Bedeutung des Frachtvertrages für den Orderschein", *TranspR* 2015, H. 4, s. 140.

reddedemeyeceği belirtilmiştir⁷¹. Nitekim bu durumda yük senedi tedavülde kalsa bile, yük senedini elinde bulunduran kişi, şeklen yetkili hamil olsa bile taşıyıcıdan eşyanın teslimi veya herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz. Zira Alman Ticaret Kanunu'nun 445. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca maddî hukuka göre hak sahibi ile şekli yetkili hamilin aynı kişi olmadığını bildiği durumlarda eşyayı şekli yetkili hamile teslim etmekle yükümlü değildir. Bu bakımından taşıyıcı, eşyayı yük senedi ibraz edilememiş olsa dahi maddî hukuka göre hak sahibi olduğunu ispat eden kişiye teslim ederse, yük senedinin tedavülde kalması nedeniyle herhangi bir zarara uğramaz.

Ayrıca Alman Ticaret Kanunu'nun 445. maddesinin 3. fıkrasında taşıyıcının, eşyayı yetkili hamil olmayan kişiye teslim etmesi durumunda yetkili hamilin bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu, ancak tazminat yükümlülüğünün, eşyanın zıyayı durumunda ödemesi gereken miktarla sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

d. Emir ve Tasarruf Hakkının Kullanılması

Alman Ticaret Kanunu'nun 446. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yük senedi düzenlenmişse, Alman Ticaret Kanunu'nun 418. (TTK m. 868) ve 419. (TTK m. 869) maddelerinde düzenlenmiş olan tasarrufta bulunma yetkisi sadece yük senedinin yetkili hamili tarafından kullanılabilir. Taşıyıcı, kendisine verilen talimatı yalnızca yük senedinin ibrazı karşılığında yerine getirebilir. Alman Ticaret Kanunu'nun 446. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde ise, taşıyıcının şekli yetkili hamilin, maddî hukuka göre hak sahibi olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda, şekli yetkili hamilin verdiği talimatın gereğini yerine getiremeyeceği düzenlenmiştir.

Alman Ticaret Kanunu'nun 446. maddesinin 2. fıkrasına göre taşıyıcı, yük senedi ibraz edilmeden verilen talimatı yerine getirirse, bu talimatın yerine getirilmesi nedeniyle yük senedinin yetkili hamilinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Söz konusu tazminat yükümlülüğü, eşyanın zayı olması durumunda ödemesi gereken miktarla sınırlıdır.

⁷¹ Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 445, N. 3; Herber/Harm [MüKo HGB], § 445, N. 16; Koller, § 445, N. 4.

Yük senedinin düzenlenmesiyle Alman Ticaret Kanunu'nun 418. ve 419. maddelerinde öngörülen emir ve talimat verme yetkisi, taşıma sözleşmesine göre yapılacak belirlemeden bağımsız olarak yük senedinin yetkili hamiline geçer⁷². Yük senedinin hamili, eşyanın yük senedinde gösterilen gönderilenden başka bir gönderilene teslim edilmesi yönünde emir ve talimat verebilir. Yük senedi hamilinin gönderilenin değiştirilmesine ilişkin verdiği talimatla yeni gönderilen, eşyanın kendisine teslim edilmesi hakkına sahip olmaz. Eşyanın teslimi, yük senedinin ibrazına bağlandığından, eşyanın kendisine teslim edilmesini talep eden yeni gönderilenin yük senedini de ibraz etmesi zorunludur. Bu nedenle yeni gönderilenin eşyanın teslimini talep edebilmesi için, yük senedini düzenleme türüne göre uygun şekilde devralınmış olması gerekir⁷³.

Taşıyıcının kendisine verilen emir ve talimatı yerine getirmesi için, emir ve talimatı veren kişinin maddî hukuka göre hak sahibi olması gerekmez. Yük senedi, şekli yetkili hamil tarafından ibraz edilmişse ve taşıyıcı, şekli yetkili hamilin aynı zamanda maddî hukuka göre de hak sahibi olduğuna güvenebiliyorsa, şekli yetkili hamilin yük senedini ibraz ederek yerine getirilmesini talep ettiği emir ve talimatın gereğini yapmakla yükümlüdür⁷⁴. Öte yandan taşıyıcı, şekli yetkili hamilin maddî hukuka göre hak sahibi olmadığını biliyorsa veya şekli yetkili hamilin maddî hukuka göre hak sahipliği bakımından haklı şüphesi varsa, emir ve talimat hakkının kimse tarafından kullanılamayacağı kabul edilmektedir⁷⁵. Taşıyıcı, maddî hukuka göre hak sahibi olan kişinin verdiği emir ve talimatı yerine getirirse ve bu emir ve talimatın yerine getirilmesi

⁷² Herber/Harm [MüKo HGB], § 446, N. 3; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 446, N. 2; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 446, N. 1; Wieske [Heidel/Schall], §446, N. 2; Paschke [Oetker], § 446, N. 1.

⁷³ Koller, § 446, N. 2.

⁷⁴ Koller, § 446, N. 3

⁷⁵ Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 446, N. 2. *Bracker/Reuschle*, taşıma ve teslim engeli söz konusu olsa da yük senedi düzenlenmişse, emir ve talimat verme yetkisinin taşıma sözleşmesine göre belirlenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir (Bracker/Reuschle [Ensthaler], § 446, N. 1). *Koller*, bu gibi durumlarda senedin iptalin için açılacak davada, maddî hukuka göre hak sahibi olduğunu iddia eden tarafa, yatracağı bir teminat sonrasında emir ve tasarruf yetkisinin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. (Koller, § 446, N. 3).

nedeniyle bir zarar meydana gelirse, maddî hukuka göre hak sahibi olan kişi, verdiği emir ve talimatın geçersiz olduğunu ileri süremeyeceği gibi hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği uğradığı zararın tazminini de taşıyıcıdan talep edemez⁷⁶.

Alman Ticaret Kanunu'nun 445. maddesinde emir ve talimatın, yük senedinin ibrazı karşılığında "taşıyıcı" tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Kural olarak taşıyıcı ve yük senedini düzenleyen aynı kişidir. Ancak somut olayda düzenleyenin, taşıyıcıdan farklı bir kişi olması durumunda, emir ve talimatın yük senedinde düzenleyen olarak görünen kişiye iletilmesi gerekir⁷⁷. Düzenleyen, kendisine verilen emir ve talimatı taşıyıcıya iletmekle ve bu emir ve talimata uygun hareket edilmesini sağlamakla yükümlüdür. Düzenleyen, emir ve talimatın yerine getirilmesi için yaptığı giderlerin tazminini emir ve talimat hakkını kullanan hamilden talep edebilir.

5. Yük Senedi Düzenlenen Durumlarda Def'ilerin İleri Sürülmesi

Alman Ticaret Kanunu'nun 447. maddesinde def'iler düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasında taşıyıcının yük senedinin yetkili hamiline karşı sadece yük senedindeki irade açıklamasının geçersiz olduğu def'ini, yük senedi metninden anlaşılan def'ileri veya taşıyıcının yetkili hamile karşı sahip olduğu şahsî def'ileri ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır. Anılan maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yük senedinde sadece atıf yapılan bir anlaşmanın, yük senedinin metnine dahil olmadığı da belirtilmiştir.

Alman Ticaret Kanunu'nun 447. maddesinin 2. fıkrasında ise, yetkili hamilin fiilî taşıyıcıya başvurduğu durumlarda, fiilî taşıyıcının da yetkili hamile karşı söz konusu hükmün 1. fıkrasında anılan def'ileri ileri sürebileceği öngörülmüştür.

⁷⁶ Koller, § 446, N. 10; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 446, N. 5; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 446, N. 5.

⁷⁷ Koller, § 446, N. 4; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Stroh], § 446, N. 2; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 446, N. 1.

III. Türk Hukukunda Yük Senedinin Hukukî Niteliği

1. Mülgâ 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun 893. Maddesine Göre İlmühaberinin Hukukî Niteliği

İlmühaberinin hukukî niteliğine ilişkin mülgâ 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılmamıştı. Bununla birlikte doktrinde, ilmühaberinin devrine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamış olsa da ilmühaberinin nama, emre veya hamiline yazılı olarak düzenlenmesine bir engel bulunmadığı ve ilmühaberinin devrinin de düzenlenme şekline uygun şekilde yapılacağı kabul edilmekteydi⁷⁸.

2. Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 770. Maddesine Göre İlmühaberinin Hukukî Niteliği

Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 770. maddesinde düzenlenmiş olan ilmühaberinin hukukî niteliği doktrinde tartışmalıydı. Doktrindeki bir görüşe göre, ilmühaber taşıyıcı tarafından düzenlendiğinden ve taşıma senedinde yer alması gereken kayıtları içerdiğinden, kıymetli evrak niteliğini haizdi⁷⁹. Bu görüşü savunan yazarlardan *Arkan*, ilmühaberinin kıymetli evrak niteliği haiz olduğunun kabulünün gönderen

⁷⁸ Kemal Arar, *Kara Ticaret Hukuku C. II*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1955, s. 150.

⁷⁹ Arkan, s. 1044; Yeşilova Aras, s. 55-56. *Atabek*, ilmühaberinin eTTK m. 769'da öngörülen hususları eksiksiz şekilde içerdiği hâllerde kıymetli evrak niteliğini haiz olacağının kabulünün, modern iktisadî ihtiyaçlara cevap vereceğini, kanun lafzının da bu kabule imkân verecek nitelikte olduğunu, ancak ilmühaberinin kıymetli evrak olarak kabul edildiği bir mahkeme kararı bulunmadığı için emre yazılı ilmühaber düzenlenmesinin mümkün olmadığı kanaatinde olduğunu belirtmiştir (*Atabek*, s. 73 ve s. 80). Benzer şekilde *Edgü* de, ilmühaberinin kural olarak bir ispat aracı olduğunu ancak emre veya hamiline yazılı şekilde düzenlenmesi durumunda kıymetli evrak niteliğini kazanacağını ifade etmiştir (Ekrem Edgü, *Ticaret Hukuku III - Kıymetli Evrak Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1969, s. 41). *Karayalçın*, uygulamada ilmühaberinin daha sık kullanılmakla birlikte kanunun taşıma senedini esas almasını ve ilmühaberinin tek bir maddede düzenlenmesini kanundaki boşluklardan biri olarak değerlendirmiş ve bir gerekçe göstermeden ilmühaberinin kıymetli evrak olduğunu belirtmiştir (Yaşar Karayalçın, *Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler*, Sevinç Matbaası Ankara 1975, s. 68).

ve gönderilenin menfaatlerine daha uygun olduğunu ifade etmiştir⁸⁰. Taşıyıcı talepte bulunmadığı için taşıyıcının imzasını taşıyan kıymetli evrak niteliğini haiz bir taşıma senedinin düzenlenmesi mümkün olmadığından, kendi hukukî durumunu sözleşmesel talep hakkının ötesinde kuvvetlendirmek isteyen gönderilenin bu isteğinin gerçekleştirilebilmesi için, konişmento gibi taşıyıcı ile gönderilen arasındaki ilişkilerde esas alınacak kıymetli evrak niteliğini haiz bir senede ihtiyaç olduğunu belirtmiştir.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, ilmühaber kıymetli evrak niteliğini haiz değildir⁸¹. Bu görüşe göre gönderen, taşıma senedi düzenlenmediği için eşyanın taşıyıcıya teslim edildiğini ispat etmekte zorlanabileceği için, ilmühaber eşyanın teslimi hususunda bir ispat aracı olarak işlev görmekteydi⁸². Ayrıca mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 791. maddesinde, eşya teslim yerine ulaştıktan sonra gönderilenin anılan maddede öngörülen haklarını kullanması için taşıma senedini veya ilmühaberi elinde bulundurması gerektiği düzenlendiğinden, gönderilenin haklarını kullanması bakımından da taşıma senedi düzenlenmeyen durumlarda ilmühaber önem arz etmekteydi. Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 768. maddesinde kıymetli evrak olarak sadece taşıma senedinden bahsedildiğinden, bu görüşe göre ilmühaberin kıymetli evrak olarak kabul edilmesi mümkün değildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında ilmühaberin eşyanın taşınmak üzere taşıyıcı tarafından teslim alındığını ispata yarayan bir belge olduğunu ve taşıma sözleşmesinin varlığına ilişkin delil başlangıcı olarak kabul edilebileceğine hükmetmiştir⁸³.

⁸⁰ Arkan, s. 1044.

⁸¹ Necat Tüzün, *Hava ve Kara Taşıma Hukuku*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Yayınları, Ankara 1981, s. 42; Ahmet Zeyneloğlu, *Uygulamalı Taşıma Hukuku*, Olgaç Matbaası, Ankara 1980, s. 176; Bozer, s. 179.

⁸² Zeyneloğlu, s. 176.

⁸³ "[...] 6762 sayılı TTK'nın 770. (6102 sayılı TTK'nın 859/1.) maddesi gereğince, taşıma senedi düzenlenmediği hâllerde gönderenin talebi üzerine taşıyıcı, taşıma senedine yazılacak hususları ihtiva eden bir ilmühaber (yük senedi) imzalayıp vermeye mecburdur. İlmühaber, eşyanın taşınmak üzere taşıyıcı tarafından teslim alındığını ispata yarayan bir belgedir [...] Bununla birlikte taşıma sözleşmesine ilişkin bir ihtilaf çıktığında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

3. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yük Senedinin Hukukî Niteliği

Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde⁸⁴ yük senedinin, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 770. maddesinde düzenlenen ilmühaber olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nda yük senedini düzenleyen 859. maddesinde, yük senedinin içeriği bakımından mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 770. maddesinden farklı olarak taşıma senedinde yer alması öngörülen kayıtlara atıfta bulunmak yerine “eşya ve taşıma hakkında yeterli bilgileri” içermesi gerektiği düzenlenmiştir.

Doktrinde, Türk Ticaret Kanunu'nun yeni düzenlemesi ışığında yük senedinin de taşıma senedi gibi, kıymetli evrak niteliğini haiz olmayıp, sadece bir ispat aracı olduğu kabul edilmektedir⁸⁵. Bu görüşe göre yük senedi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesi anlamında bir belgedir. Taşıyıcı tarafından imzalanan yük senedinin, taşıyıcıya karşı ileri sürülen ve taşıma sözleşmesinden doğan hakların ispatında ve gönderilenin kimliğinin belirlenmesinde kullanılabileceği ifade edilmiştir.

Yük senedinin, kural olarak bir ispat aracı olmasının yanı sıra, kıymetli evrak niteliğini haiz olacak şekilde düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durmak gerekir. Türk hukukunda doktrindeki

Kanunu'nun (HMK) 200. maddesinde belirtilen miktarın üzerindeki hususların senet ile ispatı şarttır. Bu itibarla taşıyıcı ve gönderen tarafından imzalanmış taşıma senedi 6100 sayılı HMK'nın 199. maddesi gereğince belge niteliğinde olup, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına kanıt oluşturur. Ancak taşıma sözleşmesi gereğince düzenlenmiş ilmühaber (yük senedi) ve sevk irsaliyesinin varlığı taşıma sözleşmesinin varlığına ilişkin başlı başına senet olarak kabul edilmez ise de 6100 sayılı HMK'nın 202. maddesi gereğince delil başlangıcı olarak kabul edilmesinde bir engel bulunmamaktadır [...]” (HGK, 04.04.2019, 123/404 (Lexpera)).

⁸⁴ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 295.

⁸⁵ Seven, *Gönderilen*, s. 62; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukununun Temel İlkeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 166; Yeşilova Aras, s. 62-63; Kula, s. 56; Kıran, s. 121-122; Adıgüzel, s. 121; Gönen Eriş, *Açıklamalı-Gereğçeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıma Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 377.

katıldığımız baskın görüş, kıymetli evrakın sınırlı sayıda olmadığı yönündedir⁸⁶. Bu görüşe göre bir senet, kıymetli evrakı tanımlayan Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesindeki koşulları taşıyorsa, kıymetli evrak niteliğini haizdir. Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesine göre

⁸⁶ Abuzer Kendigelen/İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 48; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Füsun Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 58; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. Bası, Beta Kitapevi, İstanbul 2019, s. 11; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 53; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 44; Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2019, s. 12; Ali Bozer/Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2020, s. 17. “[...] Mahkemece, toplanan delil ve belgelere, bankanın cevabi yazısına, zayı ilanını müteakip söz konusu hamiline mevduat sertifikasını elinde bulunduranın dosyaya müracaat etmesine ve davacının onun hakkında TTK.nun 577. maddesine göre istirdat davası açmış olmasına dayanılarak ve hamiline mevduat sertifikası TTK.nun 557. maddesine göre kıymetli evraktan sayılmayarak, davanın banka veya cüzdanı elinde bulunduran hakkında açılmaması nedeniyle ve tesbit davasının hasımsız açılmasının mümkün olamayacağından bahisle TTK.nun 573. ve devamı maddeleri dayanak yapılarak açılan davanın oyçokluğuyla reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, iptali istenen (hamiline vadeli mevduat cüzdanının) temsil ettiği mevduatın, cüzdanın elden devri suretiyle hamiline geçeceğine ve bu suretle hamiline düzenlenmiş kambiyo senedi sayılması gerekmesine (TTK. 570/1) ve TTK. 573 ve devamı maddeleri gereğince ziyai halinde bu belgenin de iptaline karar verilebileceğine ve yine aynı Yasa'nun 577. maddesi gereğince kaybolduğu iddia edilen senedin ibrazı halinde mahkemece iddia sahibine istirdat davası açması için mehil verilmesi gerekmesine, olayda da senet ibraz edilmiş ve iddia sahibi tarafından süresi içinde istirdat davası açılmış bulunmasına, bu istirdat davasında iddia sahibinin hak sahibi olup olmadığı da inceleneceğine göre işbu (iptal talebi) bakımından mahkemece yapılacak bir işlem kalmamış olduğundan talebin reddinde bir usulsüzlük mevcut olmamasına göre yukarıdaki gerekçelerle sonucu itibariyle doğru olan hükmün onanması gerekmektedir [...]” (11. HD, 16.03.1982, 5483/1092 (Kazancı)).

kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesi, bu bakımından mehzaz Alman Ticaret Kanunu'nun yük senedini (*Ladeschein*) düzenleyen 443. maddesiyle örtüşmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere⁸⁷ Alman hukukunda bir senedin yük senedi olarak nitelendirilebilmesi için, taşıyıcının, yük senedinin hamiline karşı taşımayı üstlendiği eşyanın teslim yerinde teslimini borçlandığı senet metninden açıkça anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle Alman hukukunda yük senedi düzenleyen taşıyıcı, bu senedin hamiline karşı sadece senedin ibrazı edilmesi durumunda eşyayı teslim borcu altına girmektedir. Oysa Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinde taşıyıcının düzenleyeceği yük senedinin, sadece eşya ve taşıma hakkında yeterli bilgileri içermesi öngörülmüştür. Söz konusu maddede taşıyıcının, eşyayı yük senedinin hamiline teslim edilmesi borcu altına girdiğine ilişkin bir irade beyanı ortaya koyması aranmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesi uyarınca taşıma senedi düzenlenmediği durumlarda, eşya ve taşıma hakkında yeterli bilgiyi içeren ve taşıyıcı tarafından imzalanan senet, hukukî niteliği itibarıyla bir yük senedir. Ancak eşyanın sadece yük senedinin ibrazı karşılığında senedin yetkili hamiline teslim edileceği söz konusu senette öngörülmemişse, Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesi uyarınca eşyanın teslimini talep hakkı ile senet arasındaki sıkı bağın kurulduğundan bahsedilemeyeceğinden, bu yük senedi kıymetli evrak niteliğini haiz olmaz. Bununla birlikte taşıyıcı, Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesindeki bilgileri içeren bir yük senedinde ayrıca eşyayı sadece yük senedinin ibrazı karşılığında teslim etmeyi taahhüt etmiş ve yük senedi olmadan eşyanın teslimi de yasaklanmışsa (çift taraflı ibraz kaydı), eşyanın teslim edilmesi hakkı sıkı sıkıya yük senedine bağlanmış olacağından, Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesinde bahsedilen senetle hak arasındaki sıkı bağın kurulduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla kıymetli evrakın sınırlı sayıda olmadığına ilişkin doktrinindeki baskın görüş kabul edilirse, yük senedinin Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesindeki koşulları

⁸⁷ Bu hususta bkz. yuk. C, II, 2.

sağlayacak şekilde düzenlenerek, yük senedine nama yazılı kıymetli evrak vasfı kazandırılması mümkündür⁸⁸.

Öte yandan bir ispat aracı olduğu kabul edilen yük senedinin, emre yazılı kıymetli evrak niteliğini haiz olacak şekilde düzenlenip düzenlemeyeceği konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrindeki bir görüşe göre, yük senedinin emre yazılı kıymetli evrak olarak düzenlenmesi mümkün değildir⁸⁹. Bu görüşe göre, yeni bir hüküm olan Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrasının⁹⁰ mislî şeylerin saklanmasına ilişkin ilişkiler dolayısıyla uygulamada düzenlenen un senedi, çırcır senedi gibi bazı senetlere kıymetli evrak vasfı verilebilmek için getirilmiş olup, hükmün düzenlenme amacı doğrultusunda yük senediyle taşıyıcının gönderilene belirli miktarda "mislî şeyler" teslim etmeyi borçlandığı düşünülemez. Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 2. fıkrasında ise iradî olarak emre yazılı şekilde düzenlenebilen diğer senetlere yer vermiştir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma senedi kıymetli evrak olmaktan çıkarıldığı için, Kanun'un 831. maddesinin 2. fıkrasından "taşıma senedi" ifadesi de çıkarılmıştır. Anılan bu görüşe göre, yük senedini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinde kanun koyucunun, yük senedini kıymetli evrak olarak düşündüğüne gösteren en ufak bir ibare bulunmadığından, sadece Kanun'un 831. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "gibi" ifadesine dayanılarak, yük senedinin iradî emre yazılı senet olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre, yük senedi Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesi uyarınca tarafların iradeleri doğrultusunda emre yazılı kıymetli evrak olarak düzenlenebilir⁹¹. Bu görüşe göre, hemen

⁸⁸ Aksi yönde bkz. Eriş, s. 377.

⁸⁹ Yeşilova Aras, s. 62-63.

⁹⁰ Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrasında imza edenin, "yer, zaman ve tutar bakımından belirli nakdî ödemelerde bulunmayı ve belirli miktarda misli şeyler teslim etmeyi borçlandığı" senetlerin, açıkça emre yazılı oldukları takdirde ciro ile devredilebileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte söz konusu maddede yer alan "ve" ifadesinin, "veya" olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 58, 65.

⁹¹ Adıgüzel, s. 121. *Can*, doğrudan yük senedini anmamakla birlikte, mislî eşya

yukarıda anılan görüşü savunan yazarlar, Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin mehz hükmü niteliğinde olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1152. maddesinin 2. fıkrasını gözden kaçırmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1152. maddesinin 2. fıkrasında, “makbuz senetleri, varantlar, yük senetleri (*Ladescheine*) gibi cirosu kabil olan diğer senetler” ifadesine yer verilmiştir. Oysa taşıma sözleşmesini düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 440. ilâ 457. maddeleri arasında sadece taşıma senedinden (*Frachtbrief*) bahsedilmiş olup, yük senedi (*Ladeschein*) ayrıca düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin mehz hükmü niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1152. maddesi de gözetildiğinde, yük senedinin emre yazılı kıymetli evrak şeklinde düzenlenebileceği kabul edilmelidir.

Kanaatimizce de yük senedinin iradî emre yazılı kıymetli evrak olarak düzenlenmesi mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrasında düzenleyenin “bir şeyi” teslim etmesi değil, “belirli miktarda misli şeyi” teslim etmesi koşulu aranmıştır. Söz konusu “misli şey” kavramı, tür borcunu (*Gattungsschuld*) ifade eder⁹². Dolayısıyla misli olmayan bir eşya bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesi uyarınca emre yazılı senet niteliğinde bir kıymetli evrak düzenlenmesi mümkün değildir. İkinci olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrasının mehz hükmü niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanunu'nda *bestimmte Mengen vertretbarer Sachen zu liefern* ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu hükümdeki *liefern* sözcüğü, Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinde “teslim etmeyi” şeklinde çevrilmiştir. Ancak anlam

için düzenlenmiş bir senede konulacak emre kaydının, Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası uyarınca o senede kıymetli evrak vasfını kazandıracağını belirtmiştir (Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2019, s. 233).

⁹² Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere (Art. 772–1186 OR) inkl. Bucheffektengesetz*, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2016, Art. 1152, N. 1; Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/Marc Amstutz/ Roland Fankhauser, *Orell Füssli Kommentar - Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, Art. 1152, N. 2; Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, *Basler Kommentar - Wertpapierrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, Art. 1152, N. 1.

itibariyle İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1152. maddesinde belirli miktarda misli şeyin "sağlanmasından" bahsedilmektedir. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası, mehzaz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1152. maddesiyle bir arada değerlendirildiğinde, söz konusu hükümdeki "teslim etme" sözcüğü taşıma hukuku anlamında eşyanın taşınarak teslim yerinde ilgili kişiye verilmesi (*befördern*) şeklinde değil, "sağlama, temin etme" (*liefern, besorgen*) şeklinde anlaşılmalıdır⁹³. Ayrıca doktrinde Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bir senet düzenleyen kişinin, teslimi ile yükümlü olduğu misli şeyin maliki olduğu ve söz konusu senetle misli şeyi kendi malvarlığından teslim etmeyi borçlandığı ifade edilmektedir⁹⁴. Oysa taşıyıcı eşyanın maliki değildir. Dolayısıyla yük senedinin Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası kapsamında emre yazılı kıymetli evrak şeklinde düzenlenmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Yük senedinin, Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 2. fıkrası kapsamında da değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 2. fıkrasında, söz konusu maddenin 1. fıkrasında sayılan senetler ile makbuz senetleri, varant ve konişmento gibi cirosu kabil olan senetlerden bahsedilmiştir. Makbuz senedi, varant ve konişmentonun düzenlenme şekli ve ciro edilerek devrine ilişkin Kanun'da özel düzenlemeler yer almaktadır (TTK m. 834, m. 835, m. 838, m. 840, m. 1228/3, m. 1235/2). Ancak yük senedi, hemen yukarıda açıklandığı üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 1. fıkrası kapsamında emre yazılı kıymetli evrak olarak düzenlenemediği gibi söz konusu maddenin 2. fıkrasında makbuz senedi, varant ya da konişmento gibi ismen de anılmamıştır. Ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma senedi, kıymetli evrak olarak düzenlenmediğinden, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 743. maddesinden alınan Kanun'un

⁹³ Yeni bir hüküm olmasına rağmen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda söz konusu Tasarı'nın 831. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin yeterli gerekçeye yer verilmemiş olması doktrinde eleştirilmiş ve bu eksikliğin yeterli bir gerekçe yazılarak giderilmesi gerektiği belirtilmiştir (Şafak Narbay, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz", *DEÜHFD*, C. 7, Y. 2005, s. 220-221).

⁹⁴ Kendigelen/Kırca, s. 22.

831. maddesinin 2. fıkrasından, “taşıma senedi” ifadesi de çıkarılmıştır. Türk Ticaret Kanunu’nun 831. maddesinin 2. fıkrasında yapılan bu değişiklik gözetildiğinde, yük senedinin de emre yazılı kıymetli evrak olarak düzenlenebilmesi istenseydi; makbuz senedi, varant, konişmento gibi, yük senedine de anılan düzenlemede açıkça yer verilebileceği, ancak Kanun’un 831. maddesinin 2. fıkrasında yük senedine yer verilmeyerek kanun koyucunun bu açıdan bilinçli bir tercih yaptığını kabul etmek kanaatimizce daha doğrudur.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere yük senedinin emre yazılı kıymetli evrak şeklinde düzenlenmesi isteniyorsa, Kanun’un 831. maddesinde değişiklik yapılarak, yük senedinin açıkça ve ismen tarif edilen diğer senetlere eklenmesi veya anılan hükmün 1. fıkrasındaki “belirli miktarda misli şeyleri teslim etme” ibaresinin değiştirilerek, taşıyıcının eşyayı yük senedinin hamiline teslim etme yükümlülüğünü de kapsayacak şekilde daha geniş bir ifade kullanılması gerekmektedir⁹⁵.

D. Türk Ticaret Kanunu’nda Taşıma Senedinin Bir İspat Aracına Dönüştürülmesinin Sonuçları ve “Taşıma Senedi” İbaresini İçeren Hükümlerin Bu Açıdan Değerlendirilmesi

I. Genel Olarak

Uygulamada gerek karayoluyla gerçekleştirilen taşımalar bakımından gerekse değişik türde araçlarla taşımalar bakımından, eşyayı temsil eden ve kıymetli evrak niteliğini haiz bir senedin düzenlenebilmesi bir ihtiyaçtır. Her ne kadar denizyoluyla yapılan taşımalara kıyasla karayoluyla gerçekleştirilen taşımalar daha kısa sürede tamamlanabilse de, taraflar bu süre içerisinde eşyayı temsil eden, eşyanın devredilmesini veya rehnedilmesini mümkün kılacak bir senet düzenlenmesine ihtiyaç duyarlar. Değişik türde araçlarla yapılan taşımalar bakımındansa, Kanun’un 902. maddesinin atfıyla Kanun’un 903. ve 905. maddeleri arasındaki özel hükümler haricinde Türk Ticaret Kanunu’nun karayoluyla eşya taşınmasına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı gözetildiğinde, karayoluyla yapılan taşımalara göre kural olarak daha uzun sürmesi muhtemel

⁹⁵ Yeşilova Aras, s. 63.

bu tip taşımalarda da, eşya henüz taşınırken eşyayı temsil eden ve tedavül kabiliyeti olan bir senede gereksinim vardır⁹⁶.

Alman hukukunda taşıma senedi, bir ispat senedi olarak düzenlendiğinden, uygulamada ortaya çıkan söz konusu ihtiyaç, yapılan kanun değişiklikleri çerçevesinde Alman Ticaret Kanunu'nun 443. ve devamı maddelerinde düzenlenen yük senediyle giderilmiştir⁹⁷. Hukukumuz açısından ise mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma senedinin mehz Alman hukukuna paralel olarak sadece ispat aracı olarak düzenlendiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinde, mehz Alman hukukunda olmayan ve fakat sadece ismen Alman Ticaret Kanunu'nun 443. maddesinde düzenlenen yük senedine (*Ladeschein*) benzeyen, eski adıyla "ilmühaber" olan yük senedi düzenlenmiştir. Ancak yukarıda yapılan değerlendirmeler doğrultusunda, Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinde öngörülmüş olan koşulları sağlayan bir senedin, yük senedi niteliğinde olacağı, ancak taşıyıcı tarafından taşınan eşyanın sadece yük senedinin ibrazı karşılığında senedin yetkili hamiline teslim edileceğine ilişkin bir talep hakkı içermediği durumlarda, Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesine göre kıymetli evrak niteliğini kazanmayacağını belirtmiştik⁹⁸. Ayrıca yük senedinin, Kanun'un 831. maddesinin mevcut lafzı gözetildiğinde iradî emre yazılı kıymetli evrak olarak değerlendirilmesinin de mümkün olmadığına ilişkin doktrinadaki görüşe katıldığımızı da gerekçeleriyle açıklamıştık.

Türk hukukunda karayoluyla ve değişik türde araçlarla yapılan taşımalar bakımından, açıklanan nedenlerden ötürü eşya taşıma hâlindeyken eşyayı temsil edecek ve tedavül kabiliyeti olan bir senede duyulan ihtiyacın giderildiğinden bahsedilemez. Bu durumun neticesi, sadece uygulamada ihtiyaç duyulan hukukî bir "aracın" eksikliğinden ibaret değildir. Bütün bunların ötesinde, yük senedinin Kanun'da kıymetli evrak olarak düzenlenmemesi, ayrıca mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda taşıma senedinin de bir ispat senedi olarak düzenlenmiş olması, taşıma senedine

⁹⁶ Yeşilova Aras, s. 60.

⁹⁷ Bu hususta bkz. yuk. C, II, 1.

⁹⁸ Bu hususta bkz. yuk. C, III, 3.

(ve yük senedine) ilişkin hükümlerle, mehz Alman Ticaret Kanunu'ndan alınan eşyanın karayoluyla taşınmasına ilişkin diğer hükümler arasında uyumsuzluk doğmasına neden olmaktadır. Zira mehz Alman hukukunda ispat aracı olarak düzenlenen taşıma senedi (*Frachtbrief*) ile kıymetli evrak niteliğini haiz olan yük senedi (*Ladeschein*) arasında açık bir ayırım yapılmış olduğundan, karayoluyla yapılan eşya taşımalarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Alman Ticaret Kanunu'nun 407. maddesi ve devamı hükümlerinde, bu ayırım dikkate alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Mehz Alman Ticaret Kanunu'nda söz konusu senetlerin hukukî niteliği gözetilerek, bazı hükümlerde taşıma senedi (*Frachtbrief*) ibaresi kullanılırken, örneğin Alman hukukunda taşınan eşya üzerindeki rehin hakkını (*Pfandrecht*) düzenleyen 440. maddesinde yük senedi (*Ladeschein*) ibaresine yer verilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun karayoluyla eşya taşınması ve değişik türde araçlarla taşımalara ilişkin hükümleri, çoğunlukla mehz Alman Ticaret Kanunu'ndan alınmış olmakla birlikte, Alman hukukundaki yük senedine (*Ladeschein*) ilişkin düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu'na alınmadığından, Türk Ticaret Kanunu'nun 857. maddesi ve devamı hükümlerinde mehz Alman Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak sadece “taşıma senedi” ibaresi kullanılmıştır⁹⁹. Bu durum, Alman hukukunda yük senedinin (*Ladeschein*) kıymetli evrak niteliğini haiz olduğu ve eşyayı temsil ettiği gözetilerek yapılan düzenlemelerin dahi Türk hukukuna aktarılırken,

⁹⁹ Türk Ticaret Kanunu'nun 870. maddesinin 4. fıkrasında taşıma ücretinin eşyanın sayısı, ağırlığı veya başka ölçüyle gösterilen miktarına göre kararlaştırıldığı durumlarda, taşıma ücretinin hesaplanmasında, bu konuda “taşıma veya yük senedindeki” kayıtların doğru olduğunun varsayılacağına ilişki kanunî bir karine öngörülmüştür. Oysa Türk hukukunda yük senedi, kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığından ve sadece taşıyıcı tarafından imzalanacağı öngörüldüğünden, yük senedinin taşıyıcının elinde olması durumunda anılan karinenin etkisinin ortaya çıkabilmesi için taşıyıcının söz konusu yük senedinin gönderene teslim edildiğini ispat etmesi gerektiği, gönderenin imzasını içermediği için gönderileni de doğrudan doğruya bağlamasının mümkün olmadığı belirtilmiş ve yük senedini düzenleyen mehz Alman Ticaret Kanunu'nu hükümleri Türk Ticaret Kanunu'na alınmadan, taşıma senedine ve yük senedine atıf yapan diğer hükümlerin mehz Alman Ticaret Kanunu'ndan aynen çevrilerek Türk Ticaret Kanunu'na alınmasının ortaya çıkardığı sorunların Türk Ticaret Kanunu'nun 870. maddesinin 4. fıkrasıyla sınırlı olmadığı ifade edilmiştir (Seven, *Gönderilen*, s. 199).

söz konusu mehzaz hükümlerdeki *Ladeschein* ibaresinin “taşıma senedi” olarak çevrilerek Türk Ticaret Kanunu’na alınmıştır¹⁰⁰. Taşıma senedi ibaresini içeren Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin bu doğrultuda incelenmesi ve Alman hukukunda eşyayı temsil eden kıymetli evrak niteliğini haiz *Ladeschein* kavramının kullanıldığı hükümler tespit edilerek, Türk hukukuna aktarılırken taşıma senedi kavramı kullanılarak aktarılmasının yarattığı sorunların irdelenmesi gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nun dördüncü kitabının ikinci bölümünde yer alan eşya taşımaya ilişkin hükümlerinde taşıma senedi ibaresi; içeriğini ve ispat gücünü düzenleyen Kanun’un 856., 857., 858. maddeleri ve Türk Ticaret Kanunu’nun 870. maddesinin 4. fıkrası dışında, Kanun’un 864. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, 868. maddenin 4. ve 6. fıkralarında, 869. maddenin 1. fıkrasında, 871. maddenin 2. fıkrasında, 888. maddenin 5. fıkrasında, 891. maddenin 2. fıkrasında da yer almaktadır.

Bu düzenlemeler incelendiğinde; özel durumlarda gönderenin kusursuzluğunu düzenleyen Kanun’un 864. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde veya fiili taşıyıcıyı düzenleyen 888. maddenin 5. fıkrasında olduğu gibi taşıma senedinde bazı kayıtların yer almasına veya almamasına bazı sonuçlar bağlanmıştır. Taşıma sırasında eşyaya ilişkin emir, talimat ve tasarrufları düzenleyen Kanun’un 868. maddesinin 4. ve 6. fıkraları ve taşıma ve teslim engellerini düzenleyen 869. maddenin 1. fıkrasında eşyayla ilgili bazı hakların kullanılabilmesi için taşıma senedinin ibrazı zorunlu tutulmuştur. Ayrıca taşıyıcının hapis hakkını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu’nun 891. maddesine göre taşıyıcı, taşıma senedi aracılığıyla eşya üzerinde tasarruf hakkına sahipse, eşya zilyetliğinde olmasa bile eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir.

¹⁰⁰ Türk Ticaret Kanunu’nun 870. maddesinin 4. fıkrası, mehzaz Alman Ticaret Kanunu’nun 420. maddesinin 5. maddesinden alınmış ve mehzaz hükümdeki *im Frachtbrief oder Ladeschein* ibaresi, “taşıma veya yük senedinde” şeklinde çevrilmiştir.

II. Taşıma Senedinde Bazı Kayıtların Yer Almasına (veya Almamasına) Sonuç Bağlanan Hâller

1. Taşıma Senedinde Yazılan Bilgilerdeki Gerçeğe Aykırılıklar ile Yanlışlıklar ve Eksikliklerden Doğan Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu (TTK m. 864/1-b)

Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca gönderen, taşıma senedinde yer alan bilgilerin gerçeğe aykırı, yanlış veya eksik olmasından dolayı kusursuz sorumludur¹⁰¹. Ancak anılan maddenin 4. fıkrasında tüketici lehine bir istisna öngörülerek, tüketici olması durumunda gönderenin, taşıma senedindeki yanlışlıklardan ya da eksikliklerden sadece kusurlu olduğu durumlarda sorumlu olacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Mevzuatın Alman Ticaret Kanunu'nda gönderenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 414. maddesinde de gönderenin, taşıma senedindeki (*Frachtbrief*) bilgilerin gerçeğe aykırılığı veya eksikliği nedeniyle taşıyıcının uğradığı zarardan kusuru olmasa da sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Taşıma senedi, taşıma sözleşmesi bakımından düzenlenmesi zorunlu bir belge değildir. Ancak taraflardan birisinin talebi üzerine taşıma senedi düzenlenmişse, taşıma senedinde yer alan kayıtların doğru ve eksiksiz olması gerekir¹⁰². Anılan maddede, Türk Ticaret Kanunu'nun 857. maddesinde taşıma senedine yazılması öngörülen farklı kayıtlar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla Kanun'un 857. maddesinde anılan

¹⁰¹ *Eminoğlu*, kanun koyucunun “gerçeğe aykırılık” ve “yanlışlık” arasında nasıl bir fark gördüğünü anlamının güç olduğunu, gönderenin kusuru olmadığı durumlarda “yanlışlık”, gönderenin kusuru olduğu durumlarda “gerçeğe aykırılık” söz konusu olacağı kabul edilse bile, anılan hükümde gönderenin kusursuz sorumluluğu düzenlendiği için her iki hâlden birinin varlığında da sonuç bakımından bir değişiklik olmayacağını, ayrıca hükmün lafzının mevzuatın Kanun'dan da bu nokta ayrıştığı, mevzuatın Kanun'da sadece “eksiklik” (*Unvollständigkeit*) ve “gerçeğe aykırılık” (*Unrichtigkeit*) durumlarının düzenlendiğine dikkat çekerek bu hükmü eleştirmiştir (Eminoğlu, s. 37-38).

¹⁰² Öte yandan mevzuat hukukta, Kanun'da öngörülmesine rağmen taşıma senedine yazılmamış bir kayıttan dolayı gönderenin herhangi bir sorumluluğu doğmayacağı kabul edilmektedir (Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], §414, N. 19; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], §414, N. 2; Thume [MüKo HGB], §414, N. 14).

kayıtlardan birisinin gerçeğe aykırı, yanlış veya eksik olması bile gönderenin bundan kaynaklanan zararlardan sorumluluğunun doğması için yeterlidir¹⁰³.

Taşıma senedindeki kayıtların eksik, gerçeğe aykırı veya yanlış olmasından doğan sorumluluk, taşıma senedinin taşıma işine ilişkin genel ve temel bilgileri içeren bir belge olmasından kaynaklanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 856. maddesinde taşıma senedinin, taraflardan birinin talebi üzerine düzenleneceği öngörülmüşse de, mehz Alman Ticaret Kanunu'nda taşıma senedinin (*Frachtbrief*) taşıyıcının talebi üzerine gönderen tarafından düzenleneceği öngörülmüştür. Hukukumuzda da taşıma senedinin düzenlendiği durumlarda, taşıma senedini gönderenin düzenleyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Ayrıca taşıma senedi, her iki tarafın da imzalaması yönünde bir anlaşma yoksa, gönderen tarafından imzalanır. Dolayısıyla gönderen tarafından doldurulan veya hazırlanan ve imzasını taşıyan bir belgede yer alan kayıtların gerçeğe aykırılığı veya eksik olması nedeniyle taşıyıcının zararına sebep olduğu durumlarda, bu zarardan sorumlu olması sorumluluk hukukunun genel sistematiğine uygundur. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesine paralel olarak gönderenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen mehz Alman Ticaret Kanunu'nun 414. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde¹⁰⁵, zarara sebep olan olayın anılan maddede düzenlenen özel hallerden birinden kaynaklanması durumunda, gönderenin kusursuz sorumlu olduğu açıkça düzenlenerek, gönderenin eşyayı veya taşıma senedine yazdığı kayıtları bir üçüncü kişiden almış olması durumunda gerçeğe aykırılığın veya eksikliğin kendisine isnat edilip edilemeyeceği tartışmasının ve böylelikle taşıyıcının sorumluluk hukuku açısından korunması noktasında oluşabilecek boşlukların önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

2. Fiilî Taşıyıcı Tarafından Eşyanın Teslim Alındığı Andaki Hâlinin Taşıma Senedinde Tespit Edilmemesi

Fiilî taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 888. maddesinin son fıkrasında, fiilî taşıyıcının, kendisine teslim edilen eşyanın bulunduğu durumu taşıma senedinde veya diğer bir

¹⁰³ Eminoğlu, s. 37.

¹⁰⁴ Adıgüzel, s. 98.

¹⁰⁵ RegE BT-Drs., 13/8445, s. 43.

belgede tespit ettirebileceği ve bu hükme uyulmadığı takdirde Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddenin 2. fıkrası hükmünün uygulanacağı öngörülmüştür.

Fiilî taşıyıcı, mehz Alman hukukunda Alman Ticaret Kanunu'nun 437. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak mehz Alman Ticaret Kanunu'nun 437. maddesi, toplamda 4 fıkradan oluşmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 888. maddesinin 5. fıkrasında yer verilen hükme benzer bir hüküm, Alman Ticaret Kanunu'nun 437. maddesinde veya başka bir hükümünde yer almamaktadır. Taşıma hukuku düzenlemeleri ispat sorunlarıyla yakından ilgili olduğundan¹⁰⁶, taşıma senedi düzenlenmişse, eşyanın teslim edildiği hâlinin, taşıma senedi üzerinde tespit edilmesinin mümkün kılınması, taşıma senedinin ispat fonksiyonunu vurgulamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 888. maddesinin 5. fıkrasının lafzı eleştiriye açıktır. Anılan maddenin ilk cümlesinde; fiilî taşıyıcının eşyayı teslim alırken eşyanın bulunduğu durumu taşıma senedinde veya bir diğer belgede tespit ettirebileceği öngörülürken, eşyanın teslim anındaki durumunun tespit ettirilmemesi halinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 2. fıkrası hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 2. fıkrasında her iki tarafça imzalanmış olan taşıma senedinin, eşyanın dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğu ve taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karine teşkil edeceği öngörülmüştür. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 888. maddesinin 5. fıkrasının 1. cümlesinde, fiilî taşıyıcı aleyhine eşyanın iyi durumda teslim alındığına ilişkin karinenin uygulanması için, taşıma senedinin hem gönderen hem de taşıyıcı tarafından imzalanmış olması şartı aranmadığı gibi, söz konusu maddenin lafzı, taşıma senedi düzenlenmiş olmasa dahi, eşyanın fizikî durumuna ilişkin herhangi başka bir belgede de bir tespit yapılmadığında halde, eşyanın iyi durumda teslim alındığı yönündeki karinenin geçerli olacağı şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bunun yanı sıra Türk Ticaret Kanunu'nun 888. maddenin Hükümet Gerekçesi'nde¹⁰⁷, söz konusu hükmün kaynağının mehz Alman Ticaret Kanunu'nun 437. maddesi olduğu, ayrıca CMR'nin 34. maddesine bakılması gerektiği

¹⁰⁶ Seven, s. 31.

¹⁰⁷ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 304.

belirtilmiştir. Söz konusu maddenin 4. ve 5. fıkralarının Hükümet Gerekçesi'nde¹⁰⁸ ise, söz konusu fıkraların da mehzaz Alman Ticaret Kanunu'nun 437. maddesi doğrultusunda düzenlendiği ifade edilmiştir. Ancak hemen yukarıda belirtildiği üzere, mehzaz Alman Ticaret Kanunu'nun fiilî taşıyıcı düzenleyen 437. maddesinde, eşyanın teslim alınması sırasında fiilî taşıyıcıya eşyanın durumuna ilişkin bir tespit yükü öngören bir düzenleme mevcut değildir. Aynı şekilde CMR'nin 34. maddesinde de bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır.

Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 888. maddesinin 5. fıkrasındaki atfın, sadece Kanun'un 858. maddenin 2. fıkrasında öngörülen karinenin sonucu bakımından geçerli olduğunu düşünüyoruz. Başka bir anlatımla bu hüküm; kendisine eşya teslim olunan fiilî taşıyıcının, eşyayı teslim aldığı andaki durumunu, eğer taşıma senedi düzenlenmişse taşıma senedinde, taşıma senedi düzenlenmemişse başka bir belgede tespit ettirmemişse, eşyanın kendisine iyi hâlde teslim edildiği yönündeki kanunî karinenin sonucunun ortaya çıkacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen karinenin, Türk Ticaret Kanunu'nun 888. maddenin 5. fıkrası bakımından uygulanabilmesi için her iki tarafça da imzalanmış bir taşıma senedinin mevcudiyetine ihtiyaç yoktur. Zira eşyanın teslim anında dış görünüş itibarıyla iyi durumda ve eksiksiz olduğu yönündeki fiilî taşıyıcı aleyhine öngörülmüş olan karine sonucu, taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, eşyanın durumunu başka bir belgede tespit ettirmediği durumlarda dahi doğmaktadır. Bu nedenle taşıma senedinin düzenlenmiş olduğu durumlarda, Türk Ticaret Kanunu'nun 858. maddesinin 2. fıkrasındaki karinenin uygulanabilmesi için taşıma senedinin her iki tarafça imzalanmış olması şartını aramak çelişkili bir durum yaratır.

II. Gönderenin Haklarının veya Gönderilenin Ödeme Yükümlülüğünün Taşıma Senedinin İbrazına Bağlandığı Hâller

1. Gönderenin Talimat Hakkının Taşıma Senedinin İbrazına Bağlandığı Hâller

Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 1. fıkrası uyarınca gönderen, taşıyıcıya taşımanın yapılması için emir ve talimat verebileceği

¹⁰⁸ TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 96, s. 305.

gibi, taşımanın durdurulması, eşyanın geri getirilmesi, başka bir varma veya teslim yerine götürülmesi ya da başka bir gönderilene teslim edilmesi şeklinde tasarruflarda da bulunabilir. Ancak söz konusu maddenin 4. fıkrasında, her iki tarafça imzalanmış bir taşıma senedi düzenlenmişse ve taşıma senedinde öngörülmüş olması şartıyla, gönderenin tasarruf hakkını, yalnızca taşıma senedinin kendisinde kalan nüshasını ibraz ederek tasarruf hakkını kullanabileceği öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 4. fıkrası uyarınca talimat hakkının¹⁰⁹, taşıma senedinin gönderende kalan nüshasının ibrazına bağlanabilmesi için iki koşulun gerçekleşmiş olması gerekir. Öncelikle düzenlenen taşıma senedi, hem gönderen hem de taşıyıcı tarafından imzalanmış olmalıdır. İkinci olarak, taşıma senedinde talimat hakkının senedin ibrazıyla kullanılacağı yazılmış olması gerekir. Talimat hakkının kullanılması taşıma senedi bağlanmışsa, ibraz edilmesi gereken nüsha, Türk Ticaret Kanunu'nun 856. maddesi uyarınca düzenlenmesi öngörülen üç nüshadan gönderende kalan nüshadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 4. fıkrası hükmü, Alman Ticaret Kanunu'nun 418. maddesinin 4. fıkrasından aynen alınmıştır. Alman hukukunda, talimat hakkının taşıma senedi vasıtasıyla kullanıldığı durumlarda, bu senetler *Sperrpapier* olarak adlandırılmaktadır¹¹⁰.

Talimat hakkının taşıma senedi vasıtasıyla kullanılacağı durumlarda, gönderen taşıma senedi nüshasını elinden çıkarmışsa, talimat hakkını kullanamaz. Talimat hakkının taşıma senedine bağlandığı durumlarda, tek taraflı bir ibraz kaydından bahsedilmesi mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ibraz kaydının çift taraflı bir ibraz kaydı olduğu, aynı maddenin 6. fıkrasından

¹⁰⁹ Taşıma hukukuna ilişkin kanun hükümleri bakımından "tasarruf hakkı" teriminin, eşya hukuku bağlamında eşyanın üzerindeki aynî hakta bir değişiklik yapılması şeklinde anlaşılması gerektiği, taşıma hukuku bakımından talimat kavramının, tasarruf hakkını da içeren bir üst kavram olduğu yönündeki görüş için bkz. Seven, *Gönderilen*, s. 111 vd.

¹¹⁰ Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], §418, N. 27; Koller, §418, N. 36; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], §418, N. 3; Wieske [Heidel/Schall], §418, N. 8-9, Paschke [Oetker], §418, N. 9. Ayrıca bu hususta bkz. yuk. B, IV, 3.

açıkça anlaşılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, tasarruf hakkının kullanılması taşıma senedinin ibrazı şartına bağlanmış, ve taşıyıcı herhangi bir talimatı, taşıma senedi ibraz edilmeden yerine getirmişse, bundan doğacak zararlar için hak sahiplerine karşı sorumludur ve taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan hükümler geçersizdir. Dolayısıyla talimat hakkının taşıma senedine bağlandığı durumlarda, söz konusu bağ kıymetli evrak düzeyinde gerçekleşir (TTK m. 645). Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ve talimat hakkına ilişkin ibraz kaydını içeren gönderene ait taşıma senedi nüshası, "nama yazılı kıymetli evrak" (TTK m. 654 vd.) niteliğindedir¹¹¹. Bu taşıma senedi, gönderenin namuna yazılıdır.

Kıymetli evrak niteliğindeki taşıma senedi nüshasına bağlanan (mündemiç kılınan) hak, bir "alacak hakkı" niteliğindedir¹¹². Bu alacak hakkı, gönderenin taşıma sözleşmesinden doğan talimat hakkıdır¹¹³. Talimat hakkının taşıma senedine bağlandığı durumlarda, söz konusu taşıma senedi nama yazılı bir kıymetli evrak niteliğini kazandığından, söz konusu taşıma senedinin devri için, yazılı bir devir beyanına (TTK m. 647/2) ve taşıma senedini üzerindeki zilyetliğin devrine (TTK m. 647/1) ihtiyaç vardır.

Kıymetli evrakın sınırlı sayıda olmadığı yönündeki doktrindeki baskın görüş kabul edilirse, talimat hakkının taşıma senedine bağlandığı durumlarda, söz konusu taşıma senedinin nama yazılı kıymetli evrak niteliğini kazanması için, Kanun'da ayrıca bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Zira taşıma sözleşmesinden doğan hakların, Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesindeki tanıma uygun şekilde taşıma senedine bağlandığı durumlarda da söz konusu taşıma senedi, bu haklar bakımından

¹¹¹ Seven, *Gönderilen*, s. 119; Kendigelen/Kırca, s. 20. Alman hukukunda aynı yöndeki görüş için bkz. Koller, §418, N. 36.

¹¹² Seven, *Gönderilen*, s. 120.

¹¹³ Seven, Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 4. ve 6. fıkralarında talimatın yanında tasarruf hakkından da söz edilse de, bütün bu hakların talimat hakkı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, "tasarruf hakkı" ifadesinin, söz konusu nüshanın aynı bir hakkı içerdiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir (Seven, *Gönderilen*, s. 120).

nama yazılı kıymetli evrak niteliğini kazanır¹¹⁴. Ancak doktrinadaki azınlık görüşe¹¹⁵ paralel olarak kıymetli evrakın sınırlı sayıda olduğu kabul edilirse, taşıma sözleşmesinden doğan diğer hakların taşıma senedine bağlanması ve söz konusu taşıma senedinin nama yazılı kıymetli evrak niteliğini kazanması mümkün olmaz. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 4. ve 6. fıkraları doğrultusunda, talimat hakkının taşıma senedine bağlanabileceği ve talimat hakkı bakımından söz konusu taşıma senedinin, Alman hukukunda olduğu gibi kıymetli evraka benzer bir etkiye sahip etkiye sahip olacağının kabulü zorunlu hâle gelir.

Talimat hakkının taşıma senedine bağlandığı durumlarda da, taşıma senedi nama yazılı kıymetli evrak niteliğini haiz olsa da taşıma sözleşmesine bağlıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 868. maddesinin 2. fıkrasında, eşyanın teslim yerine ulaşmasıyla gönderenin emir ve talimat verme yetkisi ve tasarrufta bulunma hakkının sona ereceği ve bu andan itibaren söz konusu yetki ve hakların gönderilene geçeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla eşyanın teslim yerine ulaşmasıyla gönderenin talimat hakkı sona erdiğinden, taşıyıcının taşıma senedi kendisine ibraz edilse bile gönderenin verdiği talimat dışında başka bir talimatı yerine getirmemesi gerekir. Talimat hakkının taşıma senedine bağlanmış olması, gönderilenin talimat hakkının sınırlandırılmasına sebep olmayacağı gibi gönderilenin talimat hakkı üzerinde kurucu bir etkiye de sahip değildir¹¹⁶.

¹¹⁴ Seven, *Gönderilen*, s. 121-122. Hava yük senedi bakımından aynı yöndeki görüş için bkz. İsmail Kırca, "Havayolu ile Yapılan Eşya Taşımaları Dolayısıyla Düzenlenen Hava Yük Senedinin Hukuki Niteliği ve İspat Fonksiyonu", *BATİDER*, C. 15, S. 3, Y. 1990, s. 95-96.

¹¹⁵ Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 13. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2005, s. 526; Çamoğlu, s. 7; Şaban Kayıhan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 6. Bası, SeçkinYayıncılık, Ankara 2019, s. 46. *Poroy/Tekinalp*, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlük dönemine isabet eden tüm basılarda kıymetli evrakta sınırlı sayı ilkesini kabul ettiklerini ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda 831. madde gibi bir maddeye yer verilmesinden ötürü bu görüşlerinden döndüklerini belirtmişlerdir (Reha Poroy/Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 49).

¹¹⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Seven, *Gönderilen*, s. 122-123.

2. Gönderilenin Ödemesi Gereken Taşıma Ücreti Bakımından Taşıma Senedinin İbrazı

Türk Ticaret Kanunu'nun 871. maddesinin 2. maddesinde gönderilenin, taşıyıcıdan eşyanın kendisine teslim edilmesini talep ettiği durumlarda taşıma ücretini, taşıma ücretinin bir bölümü ödenmişse, kalan bölümünü taşıma senedinde gösterilen tutarla sınırlı olmak üzere ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı fıkranın 2. cümlesinde ise, taşıma senedinin düzenlenmediği, gönderilene ibraz edilmediği veya taşıma senedinden ödenmesi gereken tutarın anlaşılamadığı durumlarda, makûl olması şartıyla gönderilenin, taşıyıcı ile gönderen arasında kararlaştırılan taşıma ücretini ödemek zorunda olduğu öngörülmüştür. Bu hüküm, mehz Alman Ticaret Kanunu'nun 421. maddesinin 2. fıkrasından alınmıştır. Bununla birlikte Alman Ticaret Kanunu'nun 421. maddesinin 2. fıkrasında taşıma ücretinin, taşıma senedinden "anlaşılmasından" değil, taşıma senedinde taşıma ücretinin "belirlenmemiş olmasından" (*er gibt sich aus dem Frachtbrief nicht die Höhe der zu zahlenden Fracht*) bahsedilmiştir.

Taşıma senedi düzenlenmişse, taşıma senedine dayanarak gönderilenden bu ücretin talep edilebilmesi için taşıma ücretinin rakamsal olarak ifade edilmiş olması gerekmez. Başka bir ifadeyle, taşıma ücretinin Türk Ticaret Kanunu'nun 870. maddesinin 4. fıkrasında öngörüldüğü gibi taşınan eşyanın miktarı üzerinden hesaplanması konusunda anlaşılmissa, taşıma ücretinin hesaplanması için gerekli bilgilerin taşıma senedinde yer alması da, taşıyıcının hesaplanacak ücreti talep hakkı bakımından yeterli görülmektedir¹¹⁷. Gönderilenin eşyanın teslimi karşılığında taşıma senedinde gösterilen taşıma bedelini ödemesi için, taşıma senedinin her iki tarafça imzalanmış olması koşulu aranmamıştır¹¹⁸. Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, taşıyıcının taşıma senedinde gösterilen taşıma ücretini talep edebilmesi için, taşıma senedinin en azından

¹¹⁷ Schlüter [Heymann], § 421, N. 10; Claus-Wilhelm Canaris/Mathias Habersack/Carsten Schäfer, Staub - Handelsgesetzbuch Bd. XII Teilbd. II, 5. Aufl., De Gruyter, Berlin/Boston 2013, § 421, N. 31; Koller, § 421, N. 28; Reuschle [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 421, N. 31.

¹¹⁸ Thume [MüKo HGB], § 421, N. 41.

gönderenin imzasını içermesi gerekir¹¹⁹. Aksi hâlde gönderilenin, taşıyıcı ile gönderenin taşıma ücreti konusunda gerçekten taşıma senedinde yazılı olan miktar üzerinden anlaşıklarını kesin olarak bilmesi veya tespit etmesi mümkün olmaz.

Türk hukuku bakımından taşıyıcının, sadece kendi imzasını taşıyan bir taşıma senedine dayanarak, bu taşıma senedinde gösterilen taşıma ücretini talep etmesi mümkün değildir. Zira taşıma senedinin kararlaştırılan taşıma ücreti bakımından taşıyıcı lehine Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında “senet” olarak nitelendirilebilmesi için, taşıyıcı aleyhine sonuç doğuran bir irade beyanı içermesi gerekir. Taşıma ücreti bakımından sadece taşıyıcının imzasını içeren taşıma senedi, taşıyıcının aleyhine değil, lehine bir beyan içerdiğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca senet olarak değerlendirilemez. Taşıma senedi, sadece taşıyıcı tarafından imzalanmışsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 200. maddesinde öngörülen parasal sınırın üzerindeki taşıma ücretini talep eden taşıyıcının, söz konusu taşıma ücretine ilişkin gönderenle yaptığı anlaşmayı yazılı senetle ispat etmek zorundadır¹²⁰.

Yük senedinin Türk hukukunda kıymetli evrak olarak düzenlenmemiş olması, gönderilenin eşyanın talebi karşılığında taşıma ücretini ödeme borcu bakımından da bazı sorunlara yok açmaktadır. Alman hukukunda taşıyıcıya ödenmesi gereken ücret, yük senedine yazılabilir. Yük senedi kıymetli evrak niteliğini haiz olduğundan, yük senedinin yetkili hamili, sadece yük senedinin ibrazı karşılığında eşyayı teslim

¹¹⁹ Koller, § 421, N. 28; Schmidt [Staub Hgb], § 421, N. 31.

¹²⁰ Kanaatimizce taşıma senedinin düzenlenmiş olduğu hâllerde, Türk Ticaret Kanunu’nun 871. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi doğrultusunda taşıma senedinde yazılı olan taşıma ücretinin makul olup olmadığının denetlenmesi ve bu denetim sonucunda makul olmadığı sonucuna varılırsa, makul bir taşıma ücretinin ödenmesi karşılığında eşyanın teslimine karar verilmesi söz konusu olmaz. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 871. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesindeki hâller, taşıma senedinin düzenlenmemiş olması, taşıma senedinin ibraz edilmemesi ve taşıma senedinden ödenmesi gereken tutarın anlaşılmadığı hâllerle sınırlıdır. Taşıma senedinde taşıma ücretine ilişkin açık bir kayıt yer alıyorsa, bunun ispat kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi daha isabetli olur.

alabileceğinden, yük senedinde yazılı bedeli de ödemekle yükümlü olur. Dolayısıyla yük senedinin taşıyıcı tarafından düzenlenmesi ve taşıyıcının imzasını içermesi, ispat hukuku bakımından taşıyıcı aleyhine bir durum yaratmaz. Alman Ticaret Kanunu'nun 445. maddesinde, yük senedi düzenlenmişse, gönderilenin eşyanın teslimini talep etmesi durumunda, taşıma ücretinin ödenmesine ilişkin Alman Ticaret Kanunu'nun 421. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının kıyasen uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle yük senedinin yetkili hamili, eşyanın teslimini talep ettiğinde, yük senedinde gösterilen veya yük senedinde taşıma ücreti gösterilmemişse makûl bir taşıma ücretini ödemek zorundadır. Bu nedenle Alman Ticaret Kanunu'nun 421. maddesinde yük senedine (*Ladeschein*) ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmasına da ihtiyaç duyulmamıştır.

Türk hukukunda ise taşıma senedi yerine yük senedi düzenlenmişse, bu belge tek nüsha şeklinde düzenlenip gönderene verilir. Yük senedi eşyanın teslim edilmesini talep etme hakkını içeren kıymetli bir evrak niteliğinde olmadığından, bu senedin eşyanın teslimi için gönderilen tarafından taşıyıcıya ibrazı söz konusu olamaz. Hatta gönderenin, yük senedini gönderilene vermek gibi bir yükümlülüğü de olmadığından, gönderilen somut taşıma bakımından yük senedi düzenlendiğini dahi bilmiyor olabilir. Herhangi bir şekilde yük senedi taşıyıcıda olsa da, bir ispat aracı olarak yük senedi sadece taşıyıcının imzasını içerdiğinden, taşıyıcının sadece kendi imzasını içeren taşıma senedinde olduğu gibi yük senedine dayanarak bu senette yazılı taşıma ücretini gönderilenden talep etmesi hemen yukarıda sadece taşıyıcı tarafından imzalanan taşıma senedinin senet niteliğine ilişkin yaptığımız değerlendirmelere paralel olarak medenî usûl hukukumuz bakımından mümkün değildir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 870. maddesinin 2. fıkrasına göre taşıma ücretinin hesaplanabilmesi için gerekli olan miktar bilgisinin yük senedine yazılmış olması durumunda da, taşıyıcı ispat hukuku bakımından hemen yukarıda anılan aynı ispat sorunlarını yaşayacaktır. Alman hukukunda yük senedi kıymetli evrak niteliğini haiz olduğundan, eşyanın teslimi için her halükârda yük senedinin kendisine ibraz edilmesi gerekir ve yük senedinde yer alan eşya miktarı bakımından ispat gücü ayrıca düzenlendiğinden, taşıyıcı taşınan eşyanın miktarına göre yapılacak ücret hesaplaması bakımından eşya miktarını ispat etme noktasında benzer sorunlarla karşılaşmaz.

III. Taşıyıcının Hapis Hakkı Bakımından Taşıma Senedi

Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taşıyıcının, eşyayı zilyesinde bulundurduğu veya eşya üzerinde konişmento ve taşıma senedi aracılığıyla tasarruf hakkına sahip olduğu sürece hapis hakkı vardır. Alman Ticaret Kanunu'nun 440. maddesinin 2. fıkrasında taşıyıcının, eşya zilyetliğinde olduğu sürece ve özellikle eşya üzerinde konişmento, yük senedi (*Ladeschein*) veya makbuz senedi (*Lagerschein*) aracılığıyla tasarrufta bulunabildiği sürece "rehin hakkına" (*Pfandrecht*) sahip olduğu düzenlenmiştir.

Gerek Türk hukukunda gerekse Alman hukukunda taşıyıcının taşıma sözleşmesinden doğan alacaklarının teminat altına alınması, taşıyıcının haklı menfaatinin gözetilmesi bakımından bir ihtiyaçtır. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinde kullanılan terminoloji, mehaz hüküm olan Alman Ticaret Kanunu'nun 440. maddesinden farklıdır. Alman Ticaret Kanunu, taşıyıcı lehine bir rehin hakkı (*Pfandrecht*) öngörmüşken, kanunumuzda taşıyıcı lehine bir hapis hakkı düzenlenmiştir. Bunun nedeni Alman hukukunda hapis hakkının alacaklıya, borçlunun taşınır bir eşyayı iadede kaçınma imkânı veren bir def'i olarak düzenlenmiş olmasıdır¹²¹. Taşıyıcıya, alacağına kavuşabilmesi için taşıdığı eşyayı para çevirme imkânı sağlanması, Alman hukukunda ancak taşıyıcıya taşınan eşya üzerinde bir rehin hakkı tanınmasıyla mümkündür. Oysa Türk hukukunda hapis hakkı, Türk Medenî Kanunu'nun¹²² 950. maddesinden hareketle doktrinde kanunî şartlarının gerçekleşmesi durumunda alacaklıya, zilyedi bulunduğu borçluya ait taşınırı veya kıymetli evrakı geri vermeyerek alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren aynı bir hak olarak tanımlanmaktadır¹²³.

¹²¹ Can, *Taşıma Hukuku*, s. 71.

¹²² RG, 08.12.2001, S. 24607.

¹²³ Zahit İmre, "Hapis Hakkı Üzerine Bir Tetkik", *İÜHFM*, C. 18, S. 3-4, Y. 1952, s. 744; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2020, s. 1187; Halûk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 432; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi İstanbul 2018; s. 857-858; Bilgehan Çetiner, *Hapis Hakkı*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2010, s. 26.

Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesi, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan taşıma senedinin hukukî niteliğine aykırı olduğu gibi, söz konusu hükmün mehazi niteliğinde olan Alman Ticaret Kanunu'nun 440. maddesinin 2. fıkrasından da farklıdır. Alman Ticaret Kanunu'nun 440. maddesinin 2. fıkrasında taşıyıcının rehin hakkının, eşyanın zilyetliğinin ve özellikle konişmento, yük senedi (*Ladeschein*) veya makbuz senedi (*Lagerschein*) vasıtasıyla yük üzerinde tasarrufta bulunabileceği sürece devam edeceği öngörülmüştür. Yukarıda belirtildiği üzere, mehaz Alman hukukunda yük senedinin, deniz ticareti hukukundaki konişmentonun karada eşya taşıma hukukundaki karşılığı olduğu ve taşıma senedinden (*Frachtbrief*) farklı olarak kıymetli evrak niteliğinde olması nedeniyle eşyayı temsil ettiği ve dolayısıyla yük senedi aracılığıyla taşınan eşya üzerinde de tasarrufta bulunulabileceği kabul edilmektedir¹²⁴. Mehaz Alman hukukunda, makbuz senetleri (*Lagerschein*) de kıymetli evrak niteliğini haizdir¹²⁵. Ayrıca Alman Ticaret Kanunu'nun 363. maddesinin 2. fıkrasında, nama yazılı konişmentoların, yük senetlerinin, makbuz senetlerinin ve taşıma sigortası poliçelerinin emre yazılı olarak düzenlenmeleri durumunda ciroyla devredilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan mehaz Alman hukukunda taşıyıcının eşya üzerindeki zilyetliği sona erse bile taşıyıcının eşya üzerindeki rehin hakkının devam etmesine imkân sağlayan senetlerin tamamı, eşyayı temsil eden ve kıymetli evrak niteliğinde senetlerdir.

Alman Medenî Kanunu'nun kanundan doğan rehin haklarına, sözleşmesel rehin haklarına ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngören 1257. maddesinin atfıyla uygulanan Alman Medenî Kanunu'nun 1205. maddesi uyarınca, borçlunun rehin konusu eşyayı rehin alacaklısına teslim etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Alman hukukunda kural olarak rehin hakkının kurulabilmesi için, rehin hakkına konu taşınır eşyanın zilyetliğinin rehin alacaklısına devri gerektiğinden, eşyanın zilyetliğinin fiilen devri gerçekleştirilemiyorsa, en azından eşyayı temsil eden ve eşya üzerinde doğrudan tasarruf etme yetkisi sağlayan kıymetli evrakın

¹²⁴ Bu hususta bkz. yuk. C, II, 1.

¹²⁵ Hesse [MüKo HGB], § 475c, N. 3; Heublein [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], §475c, N. 1; Paschke [Oetker], § 475c, N. 1.

zilyetliğinin rehin alacaklısında olması gereklidir¹²⁶. Bu nedenle taşıyıcının rehin hakkının düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 440. maddesinin 2. fıkrasında rehin hakkının varlığı ve devamı için eşya üzerinde tasarruf yetkisi veren kıymetli evrak niteliğindeki konişmentonun, yük senedinin (*Ladeschein*)¹²⁷ ve makbuz senedinin taşıyıcının zilyetliğinde olması yeterli görülmüştür.

¹²⁶ Reinhard Gaier/Christian Baldus/Bettina Brückner/Harm Peter Westermann, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., C. H. Beck, München 2020, §1205, N. 10 ve 14; Gerhard Ring/Herbert Grziwotz/Alfred Keukenschrijver, *Nomos Kommentar BGB – Sachenrecht Bd. 3*, 4. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2016, § 1205, N. 26 ve 29.

¹²⁷ Alman Ticaret Kanunu'nun 443. maddesi uyarınca yük senedi, taşıyıcı tarafından düzenlenerek imzalanır. Dolayısıyla taşıyıcı tarafından gönderene verilmek üzere düzenlenen bir senedin, hapis hakkının devam etmesi bakımından taşıyıcının zilyetliğinde olması şartının aranması kendi içerisinde çelişkili görünmektedir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, eşya taşımaları uygulamada genellikle tek bir taşıyıcı tarafından gerçekleştirilmez. Eşyanın gönderenden teslim alındıktan sonra gönderilene teslim edilinceye kadar birden fazla taşıyıcı tarafından taşıma güzergâhının sadece belirli bir kısmında taşınması mümkün ve olağandır. Taşıyıcı, gönderenle bir taşıma sözleşmesi kurduktan sonra, eşyanın taşınmasını bizzat gerçekleştirmek zorunda değildir. Eşyanın taşınması için alt taşıma sözleşmeleri yapabilir. Alt taşıma sözleşmesinde asıl taşıyıcı, gönderen sıfatını haizdir. Dolayısıyla asıl taşıyıcı, alt taşıma sözleşmesi doğrultusunda eşyayı alt taşıyıcıya teslim ettiğinde, eşyanın zilyetliği de alt taşıyıcıya geçer ve asıl taşıyıcı eşya üzerindeki zilyetliğini kaybeder. Ancak asıl taşıyıcı, alt taşıyıcıdan bir yük senedi düzenlenmesini talep ederek, eşyayı temsil eden bir kıymetli evrak niteliğini haiz olan yük senedi üzerindeki zilyetliği vasıtasıyla gönderene karşı sahip olduğu hapis hakkını koruyabilir. Bu bağlamda Alman Ticaret Kanunu'nun 440. maddesinin 2. fıkrası ile Alman Ticaret Kanunu'nun 441. maddesinin 1. fıkrasının (TTK m. 892/1) uygulama alanı birbirinden ayrı tutulmalıdır. Alman hukukunda doktrinde, Alman Ticaret Kanunu'nun 441. maddesinin ö neminin ve uygulama alanının oldukça dar olduğu kabul edilmektedir (Koller, § 441, N. 1; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 441, N. 1; Merkt [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth/Baumbach], § 441, N. 1; Schmidt [MüKo HGB], § 441, N. 1; Fremuth/Thume, § 442, N. 1). Alman Ticaret Kanunu'nun 441. maddesinin 1. fıkrasıyla, birden çok taşıyıcının bir arada gerçekleştirdiği bir taşımada, bir önceki taşıyıcının eşyayı taşıma zincirindeki bir sonraki

Hapis hakkı bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesi, Türk Medenî Kanunu'nun 950. ilâ 953. maddelerine atıfta bulunmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 950. maddesinin 1. fıkrası uyarınca alacaklının, borç ödeninceye kadar borçluya ait olan ve borçlunun rızasıyla alacaklının zilyetliğinde bulunan taşınır eşya veya kıymetli evrak üzerinde¹²⁸ hapis hakkı olduğu öngörülmüştür. Hapis hakkının konusu, sadece parayla ölçülebilir bir değer ifade eden taşınırlar ve kıymetli evrakla sınırlıdır¹²⁹.

Türk Medenî Kanunu'nun 950. maddesinin 1. fıkrasında, hapis hakkının sadece borçlunun rızasıyla alacaklının zilyetliğinde bulunan taşınır eşya veya kıymetli evrak üzerinde söz konusu olabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrasında, taşıyıcının eşyayı zilyetliğinde bulundurduğu veya eşya

taşıyıcıya devretmeden önce gerçekleştirdiği taşıma kısmından doğan alacaklarını bir sonraki taşıyıcıdan talep edebileceği durumlarda, taşıma için talep edilecek alacağın taşıma zincirinin en son halkasını oluşturan taşıyıcı tarafından gönderilenden tahsil edilerek, taşıma zincirinde kendisinden önce gelen taşıyıcılara, paylarına düşen oranda ödemeyi yaparak taşımanın taşıyıcılar arasında yapılacak ödeme işlemleriyle yavaşlatılmasının önlenmesi ve bu süre içerisinde eşyanın zilyetliğini kaybeden önceki taşıyıcıların, eşya üzerindeki hapis haklarını korumaları amaçlanmıştır (Koller, § 441, N. 1; Schaffert [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn], § 441, N. 1; Schmidt [MüKo HGB], § 441, N. 1).

¹²⁸ Alacaklı, borç ödenmediğinde hapis hakkı konusu eşyayı veya kıymetli evrakı paraya çevirerek, satış bedelinden alacağını tahsil edebilmelidir (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 1188; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 858; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku III – Sınırlı Aynı Haklar*, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 355; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 301; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 14. Bası, Barış Yayınevi, İzmir 2018, s. 613; Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 610; Nomer/Ergüne, s. 433)

¹²⁹ Diploma, fotoğraf, nüfus cüzdanı ve pasaport gibi parayla ölçülebilir bir değerden yoksun taşınırlar üzerinde hapis hakkı kullanılması mümkün değildir (Akipek/Akıntürk/Ateş, S. 858; Nomer/Ergüne, s. 433; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 1188). *Eser/Güven*, bu tip eşyalara el konulmasının eksik hapis hakkı olarak adlandırılacağını ve bu durumda paraya çevirme yetkisi olmaksızın el koyma hakkından söz edileceğini belirtmiştir (Esener/Güven, s. 610).

üzerinde konişmento ve¹³⁰ taşıma senedi aracılığı ile tasarruf hakkına sahip olduğu sürece, hapis hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrası, eşya üzerindeki zilyetlik bakımından Türk Medenî Kanunu'nun 950. maddesinin 1. fıkrasını tamamlamaktadır. Söz konusu düzenlemeyle taşıyıcıya, eşya fiilen hâkimiyet alanında bulunmasa da eşyayı temsil eden senetlerin zilyetliğinde olması şartıyla, eşya üzerindeki hapis hakkını devam ettirme imkânı sağlanmaya çalışılmıştır. Eşyanın bir ardiye sözleşmesi kapsamında depolandığı veya bir alt taşıma sözleşmesi kapsamında alt taşıyıcıya teslim edildiği durumlarda, taşıyıcının eşya üzerindeki zilyetliği sona erer ve ardiyeci veya alt taşıyıcı eşyaya zilyet olur. Bu gibi durumlarda, taşıyıcının eşya üzerindeki fiilî hâkimiyetinin son bulması nedeniyle hapis hakkının da sona ermemesi için, eşyayı temsil eden senetlerin taşıyıcının zilyetliğinde bulunduğu sürece taşıyıcının hapis hakkının da devam edeceğinin kabulü, taşıyıcının korunması bakımından isabetlidir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere¹³¹, Türk hukukunda taşıma senedi, kıymetli evrak niteliğini haiz değildir ve eşyayı temsil etmez. Bu nedenle doktrinde, taşıyıcının taşıma senedi zilyetliğinde olduğu sürece eşya üzerindeki fiilî hâkimiyeti sona ermiş olsa da hapis hakkının devam edip etmediği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrindeki bir görüşe göre, taşıma senedinin kıymetli evrak niteliğini haiz olmamasının taşıyıcının taşınan eşya üzerindeki hapis hakkı bakımından bir önemi yoktur¹³². Bu görüşe göre, taşıma senedinin hapis hakkının kullanılmasına dair etkisi kıymetli evrak olmasından değil, ibraz ve ispat hususlarındaki niteliğiyle bağlantılıdır. Zira taşıma senedini elinde bulunduran kişi, üçüncü kişideki taşıma konusu eşyayı bulunduğu yerden teslim alma hakkına sahiptir¹³³. Bu görüşü savunan yazarlar, taşıma senedinin düzenlenmiş olduğu durumlarda, taşıyıcının taşıma senedinin kendisinde kalan nüshası haricinde, yüke eşlik eden diğer nüshası da taşıyıcıda kalmaya devam ettiği sürece hapis hakkının ileri sürülebileceğini ifade etmiştir.

¹³⁰ Söz konusu hükümdeki “ve” ibaresi “veya” şeklinde anlaşılmalıdır.

¹³¹ Bu hususta bkz. yuk. C, III, 3.

¹³² Adıgüzel, s. 247-248.

¹³³ Aynı yönde bkz. Kula, s. 63.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bir ispat aracı olarak düzenlendiğinden ve kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığından, taşıma senedi vasıtasıyla eşya üzerinde zilyet olunması mümkün değildir¹³⁴. Dolayısıyla taşıyıcı taşıma senedi kendisinde kalsa bile, eşya üzerindeki zilyetliğinin sona ermesiyle taşıyıcının eşya üzerindeki hapis hakkı da sona erer. Başka bir ifadeyle, eşya üzerindeki zilyetliği sona eren taşıyıcının hapis hakkının, taşıma senedi üzerindeki zilyetliği devam ettiği sürece devam edeceğinden bahsedilemez.

Kanaatimizce ikinci görüşe öncelik vermek gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere¹³⁵ taşıma senedi, konişmento gibi eşyayı teslim eden bir senet değildir. Konişmentonun eşyayı temsil işlevi, Türk Ticaret Kanunu'nun 1234. maddesinde Türk Medenî Kanunu'nun 957. ve 980. maddelerine de atıf yapılmak suretiyle açıkça vurgulanmıştır. Konişmento, hamiline eşya üzerinde vasıtasız zilyetlik sağlar ("konişmentonun aynı hükmü")¹³⁶. Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrasında eşyayı temsil eden senetler vasıtasıyla zilyet olunması durumunda eşya üzerindeki hapis hakkının da devam edeceğinin düzenlenmesi, Türk Medenî Kanunu'nun 950. maddesini tamamlamaktadır. Fakat bu husus, taşıma senedi bakımından eşya hukukuna ilişkin zilyetlik kurallarına aykırı bir istisna getirildiği şekilde yorumlanamaz. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrasında taşıma senedinin yanı sıra konişmentoya yer verilmiş olması, aslında hapis hakkının, sadece eşyayı temsil eden kıymetli evraka zilyet olunması suretiyle devam ettirilebileceğini vurgulamaktadır.

¹³⁴ Can, *Taşıma Hukuku*, s. 73.

¹³⁵ Bu hususta bkz. yuk. B, III.

¹³⁶ Bülent Sözer, *Deniz Ticaret Hukuku I*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 460; Emine Yazıcıoğlu, Kender - Çetingil *Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2022, s. 382; Deniz İnci Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2021, s. 353; Tayfun Ercan, *Türk Hukukunda Konişmentonun Rolü ve İşlevi*, Legal Kitapevi, İstanbul 2020, s. 7; Cansu Aytaş, *Konişmentonun Rolü ve İşlevi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi- İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü), İstanbul 2018, s. 59; Feyza Çalık, *Konişmento*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi- Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Antalya 2018, s. 24.

Taşıyıcının eşya üzerindeki hapis hakkı, taşıma sözleşmesinden doğan alacakları bakımından önemli bir teminat teşkil etmektedir. Hapis hakkının, eşya taşıyıcının zilyetliğinden çıksa da devam edebilmesi için, Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrasının mehz Alman Ticaret Kanunu'nun 440. maddesinin 2. fıkrası da gözetilerek amaca uygun yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Konişmentonun aynı hükmü, Türk Ticaret Kanunu'nun 1234. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olsa da Türk Medenî Kanunu'nun 980. maddesinde, bir taşıyıcıya veya umumî mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın¹³⁷ tesliminin, emtianın teslimi gibi sonuç doğuracağı öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, konişmento dışında da emtiayı temsil eden senet düzenlendiği durumda, söz konusu senedin alacaklıya teslimiyle senet hamili eşya üzerindeki zilyetliği kazanır. Bu kapsamda taşıyıcının, ibrazı karşılığında eşyanın fiilî zilyedinden eşyayı teslim edilmesini talep etme hakkını içeren kıymetli evrak niteliğini haiz (TTK m. 645) bir senede sahip olduğu sürece taşıma sözleşmesinden doğan alacakları için eşya üzerindeki hapis hakkının devam ettiğinin kabulü gerekir.

Taşıyıcı, eşyayı bir alt taşıma sözleşmesi kapsamında alt taşıyıcıya teslim etmişse, alt taşıyıcı tarafından düzenlenecek yük senedinde, bu senedin ibrazı karşılığında eşyayı teslim etmeyi taahhüt ettiğine ilişkin beyana yer verilmesi durumunda, asıl taşıyıcının eşya üzerindeki zilyetliği sona ermiş olsa da eşya üzerindeki hapis hakkı devam eder. Benzer şekilde taşıma senedi düzenlenmişse, alt taşıyıcı tarafından asıl taşıyıcıda kalacak taşıma senedi nüshasında, eşyanın sadece söz konusu nüshasının ibrazı karşılığında teslim edileceği taahhüdünde bulunması durumunda da eşyanın teslim hakkını içeren ve taşıma senedine sıkı sıkıya bağlanmış bir alacak hakkı söz konusu olacağından, söz konusu taşıma senedi

¹³⁷ "Emtiayı temsil eden senet" ve "emtia senedi" birbirlerinden farklı kavramlardır. "Emtia senedi" ile makbuz ile varant kastedilmektedir ve bu senetlerin içerdiği hak üzerinde tasarruf edilmesi, anılan senetler için Kanun'da öngörülen biçimde olur (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 22; Poroy/Tekinalp, s. 417 vd.). "Emtiayı temsil eden senet" ise aynı bir hak içermemekle birlikte, devri eşya hukuku bakımından eşyanın zilyetliğinin geçirilmesi bakımından sonuç doğurur (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 22-23; Poroy/Tekinalp, s. 407-408; Kendigelen/Kırca, s. 21).

nüşhası asıl taşıyıcının zilyetliğinde bulunduğu sürece, taşıyıcının taşıma sözleşmesinden kaynaklı alacakları için eşya üzerindeki hapis hakkı sona ermez.

De lege feranda Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrasının, taşıyıcının eşyayı temsil eden kıymetli evrak niteliğini haiz bir senet vasıtasıyla eşyaya zilyet olduğu sürece hapis hakkını da muhafaza edeceği şeklinde yeniden formüle edilmesi, hukukî güvenlik ilkesi doğrultusunda uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların engellenmesi açısından isabetli olur.

Sonuç

Taşıma senedi, Türk Ticaret Kanunu'nun 856. ve 857. maddelerinde mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı şekilde düzenlenmiştir. Taşıma senedi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda kıymetli evrak olmaktan çıkarılmış ve bir ispat senedi olarak kabul edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'ndaki taşıma senedine ilişkin düzenlemeler, mehz Alman Ticaret Kanunu'nun taşıma senedine ilişkin hükümlerine paraleldir. Bununla birlikte Alman hukukunda taşıma senedinin yanı sıra Alman Ticaret Kanunu'nun 443. ilâ 448. maddelerinde yük senedine (*Ladeschein*) ilişkin hükümler düzenlemiş olup, bu hükümler Türk Ticaret Kanunu'na alınmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinde yer alan yük senedi ile mehz Alman Ticaret Kanunu'nun anılan hükümlerinde düzenlenen yük senedi birbirinden farklı kavramları ifade eder. Alman Ticaret Kanunu'nda yük senedi (*Ladeschein*), kıymetli evrak niteliğini haizdir ve kanunen nama, emre veya hamiline yazılı şekilde düzenlenebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca taşıma sözleşmesinden doğan hakların yük senedine bağlandığı durumlarda, yük senedinde yer alan kayıtların karine ve varsayım (faraziye) işlevi, yük senedi hamiline karşı ileri sürülebilecek def'iler ve emir ve talimat hakkının yük senedine bağlandığı hâllerde bu hakkın kullanılması gibi hususlar özel olarak düzenlenmiştir. Oysa Türk Ticaret Kanunu'nun 859. maddesinde yer alan yük senedi, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "ilmühaber" kenar başlıklı 770. maddesinden, anılan hükmün dili sadeleştirilerek Kanun'a alınmıştır. Türk hukukunda yük senedi, kıymetli evrak niteliğini haiz değildir.

Taşıma senedine ilişkin hükümlerin ve Alman Ticaret Kanunu'nda taşıma senedi ile yük senedine atıfta bulunan karayoluyla eşya taşınmasına ilişkin diğer hükümlerin çoğunun Türk Ticaret Kanunu'na alınmış olması ve fakat yük senedine ilişkin Alman Ticaret Kanunu hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu içerisinde yer almaması, uygulamada karayoluyla yapılan taşımalar bakımından, eşya taşıma hâlindeyken eşyayı temsil eden ve eşya üzerinde tasarrufta bulunulmasına imkân sağlayan konişmento benzeri bir kıymetli evrakın eksikliğine neden olmuştur. Ayrıca kendi içerisinde bütün bir sistem teşkil eden Alman Ticaret Kanunu'nun eşya taşınmasına ilişkin hükümlerinden yük senedine ilişkin olanlarının alınmaması, Alman Ticaret Kanunu'ndan alınan diğer hükümlerde çelişkilerin doğmasına sebebiyet vermiştir.

Tarihsel olarak bakıldığında karayoluyla yapılan taşımalar, deniz yoluyla gerçekleştirilen taşımalara göre daha kısa sürede tamamlandığından, eşya taşıma hâlindeyken eşyayı temsil eden ve eşya üzerinde tasarrufta bulunulmasına imkân sağlayan senetlere karayolu taşımaları bakımından pek ihtiyaç duyulmamıştır. Ayrıca mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında taşıma senedinin kıymetli evrak şeklinde düzenlenmesi mümkün olduğundan, bu ihtiyaca cevap veren hukukî enstrümanlar Kanun'da mevcuttu. Öte yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'yla değişik türde araçlarla taşımaların da kısmen eşya taşıma hükümlerine tabi tutulması ve taşıma senedinin mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak ispat senedi olarak düzenlenmesi, küreselleşme nedeniyle emtia fiyatlarının günlük ve hatta saatlik olarak değiştiği ticaret hayatında, eşya taşıma hâlindeyken de üzerinde tasarrufta bulunulmasına imkân verecek hukukî enstrümanlara olan ihtiyacı arttırmaktadır.

Doktrindeki baskın görüşe ve yargı kararlarında kabul gören görüşe göre, kıymetli evrakta sınırlı sayı ilkesi geçerli değildir. Dolayısıyla taşıma sözleşmesinden doğan hakların kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesindeki koşulları sağlayacak şekilde senede (taşıma senedine veya yük senedine) bağlanması, söz konusu senede nama yazılı kıymetli evrak niteliğini kazandırır. Ancak doktrindeki azınlıkta kalan görüşe göre, kıymetli evrakta sınırlı sayı ilkesi geçerli olduğundan, kanunen kıymetli evrak olarak düzenlenmemiş olan taşıma senedi ve yük senedinin, Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesindeki koşulları sağlarsa da, nama

yazılı kıymetli evrak niteliğini kazandığından bahsedilemez. Ancak bu görüşün kabulü durumunda, Alman Ticaret Kanunu'ndan yük senedine ilişkin hükümlerin Türk Ticaret Kanunu'na alınmamış olması, taşıma hukukuna ilişkin hükümler bakımından da çelişkilere bir çözüm getirememektedir. Özellikle taşıyıcının hapis hakkını düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrasında mehz Kanun'dan farklı olarak hapis hakkının eşya üzerindeki zilyetliğin taşıma senedi (*Frachtbrief*) vasıtasıyla devam edeceğinin düzenlenmiş olması, eşya hukuku kurallarına da aykırılık teşkil etmekte ve hükmün uygulanması bakımından amaca göre yorumlanarak lafzının daraltılmasını zorunlu kılmaktadır.

Her halükârda *de lege feranda*, karayoluyla gerçekleştirilen taşımalar bakımından da eşyayı temsil eden ve taşıma sırasında eşya üzerinde tasarrufta bulunulmasını mümkün kılacak kıymetli evrak niteliğinde bir taşıma belgesinin Kanun'da açıkça düzenlenmesi isabetli olacaktır. Türk Ticaret Kanunu'ndaki eşya taşımaya ilişkin hükümlerin mehzının Alman Ticaret Kanunu olduğu gözetildiğinde, yük senedinin Alman Ticaret Kanunu'nun 443. ilâ 448. maddeleri doğrultusunda yeniden düzenlenmesi taşıma hukuku sistemi içerisinde yeknesaklık sağlayacaktır. Bu hususta bir başka çözüm yolu olarak, taşıyıcının eşyayı sadece yük senedinin ibrazı karşılığında yük senedi hamiline teslim etmeyi taahhüt etmesinin (TTK m. 645) yük senedinin zorunlu içeriği olarak düzenlenmesi ve ayrıca iradî emre yazılı kıymetli evrakı düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 831. maddesinin 2. fıkrasında "yük senedi" ibaresinin eklenmesi düşünülebilir. Anılan ikinci alternatif doğrultusunda bir değişiklik yapılması durumunda, başta Türk Ticaret Kanunu'nun 891. maddesinin 2. fıkrası olmak üzere taşıma senedine ilişkin diğer hükümlerin de yapılan değişiklik doğrultusunda revize edilmesi gerekecektir.

ZUSAMMENFASSUNG

Im aufgehobenen türkischen Handelsgesetzbuch Nr. 6762 war der Frachtbrief als Wertpapier geregelt. Im Gegensatz zum türkischen Handelsgesetzbuch Nr. 6762 ist er im neuen türkischen Handelsgesetzbuch (Nr. 6102) kein Wertpapier mehr, sondern hat nur Instruktions- und Beweisfunktion und ist somit ein Beweispapier. Die Vorschriften zum Frachtbrief sind vom deutschen Handelsgesetzbuch ins türkische HGB übernommen worden. Jedoch wurden die Vorschriften zum Ladeschein, der im deutschen HGB in §§443-448 geregelt ist, nicht aufgenommen. Obwohl im Art. 859 tHGB der Begriff "Ladeschein" verwendet wird, stimmt dieser Begriff mit dem deutschen Ladeschein nicht überein. Im deutschen Recht ist der Ladeschein ein Wertpapier und kann als Namen-, Inhaberpapier oder an Order ausgestellt werden. Außerdem enthält das HGB ausdrückliche Normen über die Rechtsfolgen der Ausstellung eines Ladescheins und die Einwendungen des Frachtführers, die er gegen den aus dem Ladeschein Berechtigten entgegensetzen kann. Im Art. 859 tHGB ist nur vorgesehen, dass der Absender Ausstellung eines Ladescheins verlangen kann, der hinreichende Informationen über den Gut und den auszuführenden Transport enthält, wenn ein Frachtbrief nicht ausgestellt wird. Der im Art. 859 tHGB vorgesehene Ladeschein ist kein Wertpapier und somit auch kein Traditionspapier. Nichtkodifizierung des Ladescheins oder eines ähnlichen Beförderungsdokument im türkischen Recht, das gesetzlich als Wertpapier ausgestaltet ist, führt bei Anwendung des aus dem deutschen übernommenen Frachtrecht zu Problemen bzw. zu Widersprüchen, da sich das deutsche Frachtrecht sowohl auf Frachtbrief als auch Ladeschein bezieht.

Die auf der Landstraße durchgeführten Transporte dauern im Vergleich zu Transporten auf dem Seeweg deutlich kürzer. Historisch betrachtet bedurfte man deshalb bei Landtransporte grundsätzlich keiner Traditionspapiere, die dem Inhaber die Verfügungsberechtigung über die Ware verleihen. Im Wirtschaftsleben, wo sich die Güterpreise aufgrund der Globalisierung täglich oder sogar stündlich ändern, steigt der Bedarf an rechtlichen Instrumenten, die dem Inhaber ein Verfügungsrecht über die Ware gibt, während die Ware noch unterwegs ist.

Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung im türkischen Recht ist anerkannt, dass die Arten der Wertpapiere im Gesetz nicht abschließend geregelt sind. Wertpapier ist im Art. 645 des tHGB legal definiert und alle

Papiere, die den Tatbestand dieser Legaldefinition erfüllen, gelten als Wertpapiere. Obwohl Frachtbrief und Ladeschein im türkischen Recht nicht als Wertpapiere geregelt sind, können sie als solche ausgestellt werden, wenn sie den Tatbestand des Art. 645 des tHGB erfüllen.

Im Art. 891 tHGB ist das Pfandrecht des Frachtführers geregelt. Pfandrecht des Frachtführers besteht fort, auch wenn er den unmittelbaren Besitz an dem Gut verloren hat, solange er über den Gut mittels eines Frachtbriefs oder Konnossements verfügen kann. Anders als im deutschen Recht nennt das Gesetz im Art. 891 tHGB ausdrücklich den „Frachtbrief“ und nicht den „Ladeschein“. Dies liegt daran, dass die Vorschriften über den Ladeschein ins türkische HGB nicht aufgenommen worden sind. Problematisch ist, dass der Frachtbrief kein Wertpapier ist bzw. keine Traditionswirkung hat, so dass der Inhaber eines Frachtbriefs mit dem Frachtbrief über den Gut nicht verfügen kann. Dies führen zu Widersprüchen zwischen Grundprinzipien von Sachenrecht und Frachtrecht. Pfandrecht des Frachtführers stellt für den Frachtführer ein wichtiges Sicherungsinstrument dar. Deshalb ist bei Anwendung der Vorschrift eine Reduktion des Wortlauts durch eine zweckorientierte Auslegung erforderlich.

De lege feranda wäre es in jedem Fall angebracht, im Gesetz ein Beförderungsdokument klar zu regeln, das von Gesetzes wegen ein Wertpapier ist und somit Traditionswirkung hat, damit dessen Inhaber über das Gut ohne Probleme verfügen kann, während es noch unterwegs ist. Denkbar wäre die Übernahme von Vorschriften zum Ladeschein aus dem deutschen HGB, so dass die Wertungswidersprüche künftig vermieden werden. Alternativ könnte man den Wortlaut des Art. 859 tHGB ändern. Die Verpflichtung zur Ablieferung des Gutes nur gegen Übergabe des Ladescheins kann in den Tatbestand des Art. 859 tHGB aufgenommen werden. Ändert man den Wortlaut des Art. 859 tHGB, ist zu beachten, dass man auch den Wortlaut des Art. 831 Abs. 2 tHGB dementsprechend ändern muss.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel Burak, *Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)*, Seçkin Yayıncılık 4. Bası, Ankara 2021.
- Arar Kemal, *Kara Ticareti Hukuku C. Iı, Güzel Sanatlar Matbaası*, Ankara 1955.
- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, *Eşya Hukuku*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Arkan Sabih, "Türk Ticaret Kanunu'nun Taşıma Senetlerine Ve İlmühaberlere İlişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", *BATİDER*, C.IX, S. 4, 1978, s. 1025-1046.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağasi Emel, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Atabek Reşat, *Eşya Taşıma Hukuku*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1960.
- Atali Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Ayan Mehmet, *Eşya Hukuku İu – Sınırlı Aynı Haklar*, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Aybay Aydın/Hatemi Hüseyin, *Eşya Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2014.
- Aytaş Cansu, *Konışimentonun Rolü Ve İşlevi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü), İstanbul 2018.
- Bahtiyar Mehmet, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 17. Bası, Beta Kitapevi, İstanbul 2019.
- Bästlein Hans Günter/Bästlein Andrea, „Beweisfragen in Rechtsstreitigkeiten gegen den HGB-Frachtführer wegen Güterschäden“, *TranspR* H. 11/12, 2003, s. 413-419.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2019.
- Bozer Ali, *Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1978.
- Bozer Ali/Göle Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2020.
- Can Mertol, *Cmr Ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleriyle Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukununun Genel Esasları - 1. Cilt*, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.
- Can Mertol, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2019.

- Canaris Claus-Wilhelm/Habersack Mathias/Schäfer Carsten, *Staub – Handelsgesetzbuch Bd. Xii Teilbd. I*, 5. Aufl., De Gruyter Verlag, Berlin/Boston 2013 (Yazar [Staub Hgb]).
- Çalık Feyza, *Konışmento*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi- Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Antalya 2018.
- Çamoğlu Ersin, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Çetiner Bilgehan, *Hapis Hakkı*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2010.
- Direnisa Efe, *Medenî Yargulamada Ön İnceleme Aşamaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Domaniç Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- Ebenroth Carsten Thomas/Boujong Karlheinz/Joost Detlev/Strohn Lutz, *Handelsgesetzbuch*, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2020 (Yazar [Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn]).
- Edgü Ekrem, *Ticaret Hukuku III - Kıymetli Evrak Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1969.
- Eminoğlu Cafer, "Türk Ticaret Kanunu'nun 864. Maddesi Kapsamında Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu", *GÜHFD*, C. XIX, S. 3, Y. 2015, s. 25-53.
- Ercan Tayfun, *Türk Hukukunda Konışmentonun Rolü ve İşlevi*, Legal Kitapevi, İstanbul 2020.
- Eriş Gönen, *Açıklamalı-Gereççeli-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıma Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Ensthaler Jürgen, *Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB) Mit UN-Kaufrecht*, 8. Aufl., Hermann Luhterhand Verlag, München 2015 (Yazar [Ensthaler]).
- Ertaş Şeref, *Eşya Hukuku*, 14. Bası, Barış Yayınevi, İzmir 2018.
- Esener Turhan/Güven Kudret, *Eşya Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Fremuth Fritz/Thume Karl Heinz, *Kommentar zum Transportrecht, Paragraphen §§407- 475 HGB, WA Und Adsp.*, Verlag Recht Und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 2000 (Yazar [Fremuth/Thume]).
- Gaer Reinhard/Baldus Christian/Brückner Bettina/Westermann Harm Peter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., C.H. Beck, München 2020.

- Häublein Martin/Hoffmann-Theinert Roland, *Beck'scher Online-Kommentar HGB*, 30. Edt, C. H. Beck, München 2020 (Yazar [Häublein/Hoffmann-Theinert]).
- Heidel Thomas/Schall Alexander, *Handelsgesetzbuch-Handkommentar*, 3. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2019 (Yazar [Heidel/Schall]).
- Herber Rolf, *KonnosementuUnd Multimodal-Ladeschein nach neuem Recht als Beförderungsdokumente beim Überseekauf*, Festschrift Für Ulrich Magnus, Sellier European Law Publishers, München 2014.
- Herber Rolf/Schmidt Christine, *Münchener Kommentar zum HGB Bd. VII*, 4. Aufl., C. H. Beck/Verlag Vahlen, München 2020.
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, *Basler Kommentar - Wertpapierrecht*, Basel 2012 (Yazar [Bsk-Wertpapierr]).
- Hopt Klaus J./Kumpan Christoph/Merkt Hanno/Roth Markus., *Beck'sche Kurzkomentar – Handelsgesetzbuch*, 40. Aufl., C. H. Beck, München 2021 (Yazar [Hopt/Kumpan/Merkt/Roth]).
- Horn Norbert, *Heymann - Handelsgesetzbuch Bd. IV*, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin 2005 (Yazar [Heymann]).
- İmre Zahit, "Hapis Hakkı Üzerine Bir Tetkik", *İÜHFM*, C. 18, S. 3-4, Y. 1952, s. 742-782.
- İmregün Oğuz, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 13. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2005.
- Kaner Deniz İnci, *Deniz Ticareti Hukuku I-II*, 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2021.
- Karayağçın Yaşar, *Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler*, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- Kayıhan Şaban, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Kendigelen Abuzer/Aydın Alihan, "Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (Cmr) - Resmî Çeviriye İlişkin Sorunlar Ve Bir Serbest Çeviri Denemesi-", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı C.1, İstanbul 2002, s. 495-525.
- Kendigelen Abuzer/Kırca İsmail, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Kıran Süleyman, *Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

- Kırca İsmail, "Havayolu ile Yapılan Eşya Taşımaları Dolayısıyla Düzenlenen Hava Yük Senedinin Hukuki Niteliği Ve İspat Sorunları", *BATİDER*, C. XV, S. 3, Y. 1990, s. 89-104.
- Koller Ingo, "Anspruch auf Ausstellung eines Ladescheins oder Konnossements und sein Erlöschen", *TranspR* 2016, H. 7-8, s. 290-295.
- Koller Ingo, "Die Bedeutung des Frachtvertrages für den Orderschein", *TranspR* 2015, H. 4, s. 133-140.
- Koller Ingo, *Transportrecht*, 10. Aufl. C. H. Beck, München 2020.
- Kopper Christoph, *Der Multimodale Ladeschein im Internationalen Transportrecht*, LIT Verlag Hamburg 2007.
- Kren Kostkiewicz Jolanta/ Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland, *Orell Füssli Kommentar - Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2016 (Yazar [Ofk-Or]).
- Kula Nil, *Türk Eşya Taşıma Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Kuru Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. I*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Kuru Baki/Aydın Burak, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Narbay Şafak, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz", *DEÜHFD*, C. 7, Y. 2005, s. 173-222.
- Nomer Halûk Nami/Ergüne Serkan Mehmet, *Eşya Hukuku*, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Oetker Hartmut, *Handelsgesetzbuch*, 7. Aufl., C. H. Beck, München 2021.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku*, 22. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2020.
- Öztan F., *Kıymetli Evrak Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1976.
- Öztan F., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Parlar Naz, *Beweis durch Urkunden im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2020.
- Pekcanitez Hakan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

- Ramming Klaus, "Die Reichweite der Verbriefungswirkung des Ladescheins bzw. Konnossements", *RdTW* 2018, H. 3, s 81-87 (Verbriefungswirkung).
- Ramming Klaus, "Die Sperrwirkung Von Ladeschein Und Konnossement", *RdTW* 2018, H. 2, Ss 45-58.
- Ring Gerhard/Grziwotz Herbert/Keukenschrijver Alfred, *Nomos Kommentar BGB – Sachenrecht Bd. 3*, 4. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2016.
- Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf, *Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht - GmbH, Genossenschaft, Handelsregister Und Wertpapiere (Art. 772–1186 Or) Inkl. Bucheffektengesetz*, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2016 (Yazar [Chk-Or]).
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Pulaşlı Hasan, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Seven Vural, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen, Yetkin Yayınları*, Ankara 2012 (Gönderilen).
- Seven Vural, *Taşıma Hukuku, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını*, 2. Bası, Eskişehir 2011.
- Sözer Bülent, *Deniz Ticaret Hukuku I*, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- Tüzün Necat, *Hava ve Kara Taşıma Hukuku*, Ankara İktisadi Ve Ticari İlimler Yayınları, Ankara 1981.
- Ülgen Hüseyin, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 1988.
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kaya Arslan/Nomer Ertan Füsün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 11. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Yazıcıoğlu Emine, *Kender - Çetingil Deniz Ticareti Hukuku*, 17. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2022.
- Yeşilova Aras Ece, "Yük Senedinin (Ttk M. 859) Türk Ticaret Kanunu'nda Yeniden Yer Alması, Karayolu Taşımacılığında Kıymetli Evraka İmkan Verilmesi Midir?", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 123, Y. 2013, s. 49-65.
- Zevkiler Aydın, *Konışmento, Mahiyeti ve Diğer Emtia Senetlerinden Farkları*, İmran Öktem'e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- Zeyneloğlu Ahmet, *Uygulamalı Taşıma Hukuku*, Olgaç Matbaası, Ankara 1980.

Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminden Doğan Mal Gruplarında Konjonktürel ve Endüstriyel Değer Artışı

Konjunkturreller und industrieller Mehrwert zwischen den Vermögensklassen im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung

Araş. Gör. Esra Bahar KAYA*

ÖZ

Türk Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallar katılma rejimi çerçevesinde evliliğin sona ermesi halinde eşlerin malları edinilmiş mallar ve kişisel mallar olmak üzere iki temel mal grubunda toplanmaktadır. Tasfiye aşamasında mevcut olan edinilmiş mallar diğer eşin yarısına hak kazandığı artık değer hesabına aktif olarak yazılır. TMK'ya göre çalışma karşılığı edimler ve kişisel malların gelirleri edinilmiş mal grubuna dâhildir. Bu kapsamda çalışmamızda eşlerden birinin bir malvarlığını mesleğinin icrası yahut işletme faaliyetine özgülediği halde bu malvarlığında meydana gelen artışın ve eşin kişisel malını profesyonelce yönetmesi neticesinde kişisel malda meydana gelen artışın hangi mal grubuna dâhil olacağı incelenmektedir. Şayet söz konusu artış salt konjonktürelse, yani piyasada oluşan olağan arz ve talep değişikliklerinden kaynaklanıyorsa söz konusu malvarlığı hangi gruba aitse artış da o mal grubuna ait olacaktır. Ancak artış endüstriyelse, yani eşin emeği ve çabası neticesinde ortaya çıkmış bir artışsa bu halde edinilmiş mal olarak artık değerde dikkate alınması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi, Endüstriyel Değer Artışı, Konjonktürel Değer Artışı, Edinilmiş Mal, Kişisel Mal

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (bahar.kaya@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-1103-6602.

The Cyclical Increases and Added Values on Property Classes within the Matrimonial Regime of Participation in Acquired Property

ABSTRACT

The legal matrimonial regime that has been enacted within the Turkish Civil Code is the regime of participation in acquired property which is based on the division between two property groups: individual property and acquired property. Consequently, to the dissolution of the matrimonial regime, each spouse is entitled to half of the surplus. This surplus contains acquired properties as active assets. According to the Turkish Civil Code, a property is considered as acquired property if it can be deemed as proceeding from the spouse's employment or an income derived from the spouse's individual property. The present study examines the cases where a spouse utilizes an individual property in means of his/her business or where a spouse manages an individual property professionally. If the increment of value is a result of the trade cycle or supply and demand equilibrium the increment shall belong to the same property group that it arises from. But if the increment of the value or amelioration is a result of the labour and effort of the spouse who owns the property, then the value increase shall be deemed as acquired property and shall be taken into consideration into the calculation of the surplus.

Keywords: *The Dissolution within the Matrimonial Regime of Participation in Acquired Property, Industrial Value Increase, Cyclical Value Increase, Acquired Property, Individual Property*

I. Giriş

2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer alan aile hukukuna ilişkin köklü değişikliklerden biri de yasal mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olarak değiştirilmesidir¹. Bu rejim TMK m. 218'de düzenlendiği üzere “*edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını*” kapsar. Edinilmiş mallara katılma rejiminin temelinde sona ermesi ile birlikte her bir eşin kişisel malları ile karşılığını vererek elde ettikleri² edinilmiş mallarını dört ayrı malvarlığı kesiminde

¹ Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 5. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, n. 3; Mustafa Dural / Tufan Ögüz / Mustafa Alper Gümüş, *Aile Hukuku (Türk Özel Hukuku C:III)*, 15. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, n. 1066.

² Ahmet Kılıçoğlu, *Katkı-Katılma Alacağı*, 9. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 104; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 436.

gruplandırmak³, bu gruplar arası geçişleri belirli prensipler çerçevesinde tespit ve telafi etmek, nihayetinde ortaya çıkan artık değeri eşler arasında paylaştırmak yatmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak mal gruplarının içeriğinin tespiti elzemdir. TMK m. 219, edinilmiş malları “*mal rejimi süresince karşılığı verilerek elde edilen edimler*” biçiminde tanımlamanın ardından örnekseme yolu ile sayılmıştır⁴. Sayılan ilk kalem, çalışma karşılığı elde edilen edimlerdir. Burada ifade edilen eşlerin fiziki yahut entelektüel emekleri neticesinde iktisap ettiği her türlü haklar ve borçlardır⁵. Sayılan diğer örnekler sosyal güvenlik yahut sosyal yardım kurumlarınca eşlerden birine yapılan ödemeler, çalışma gücünün kaybindan doğan tazminatlar, kişisel malların gelirleri ve edinilmiş mallar yerine geçen ikame değerlerdir⁶.

Edinilmiş mal grubunun açıklanmasında ve bir malın edinilmiş mal grubuna isnat edilmesinin gerekçelendirilmesinde sıklıkla “emek” kavramına başvurulduğu görülmektedir. Bu çerçevede birçok yazarın edinilmiş mal grubunu bizzat “emek karşılığı” edinilen mallar biçiminde tanımladığına⁷, hatta TMK m. 219’da yer alan “karşılığı verilerek elde edilme” ifadesinin emek karşılığı olarak değerlendirdiğine rastlamak⁸ mümkündür. *Kılıçoğlu*, bu hususu “emek karşılığı edinilen mallarda hak

³ Dural/Öğüz/Gümüş, n. 1069; Zeytin, *EMKR*, n. 241-242; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 91.

⁴ Zeytin, *EMKR*, n. 245; Kılıçoğlu, s. 113.

⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, n. 1074; Zeytin, *EMKR*, n. 270; Kılıçoğlu, s. 114.

⁶ Bu konu hakkında detaylı örnekler için bkz. Zeytin, *EMKR*, n. 276-314.

⁷ Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 6. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 232; Kılıçoğlu, s. 77; Öztan, s. 436.; Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku*, 6. Bs., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 308.

⁸ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku C:II – Aile Hukuku*, 22. Bs., Beta, İstanbul 2020, s. 157; *Gençcan* kanunda “karşılıklı” ifadesinin yerine edinilmiş malların “emek yoğun” olarak tanımlanmasının daha isabetli olacağını ifade etmiştir. Bkz. *Gençcan*, s. 308.; *Öztan* ise bu karşılıklılık ifadesini ivazlılık yani “synallagma” olarak tanımlamakta, edinilmiş malların temelde üçüncü kişilerle gerçekleştirilen sözleşmelerdeki karşı edimler olduğunu ifade etmektedir. *Öztan*, s. 439.

sahipliği ilkesi” olarak tanımlayarak edinilmiş mal grubuna yaygın bir prensip olarak ele almaktadır; yazar ek olarak kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal kabul edilmesinin ardında yatan nedeni de gelirleri elde etmek bakımından harcanan emek ve zaman olduğunu ifade etmektedir⁹. Emeğe ilişkin bu vurgu doktrinde *Acabey* tarafından eleştirilmektedir. *Acabey*, edinilmiş malları ifade ederken “emek karşılığı” ifadesinin kullanımını isabetsiz bulmaktadır zira yazara göre bu tanım yapma (*facere*) edimini çağrıştırmaktadır, ancak verme (*dare*) yahut yapmama (*non facere*) edimleri karşılığı elde edilen değerler de edinilmiş mallara konu olabilir¹⁰.

Edinilmiş malların aksine kişisel mallar TBK m. 220’de *numerus clausus* ilkesine tabi biçimde sayılmıştır¹¹. Bu çerçevede şayet bir mal eşlerden birinin kişisel kullanımına yarayan bir eşyaysa, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunuyorsa, karşılıksız kazandırma yolu ile elde edildiyse, manevi tazminat alacağıysa yahut kişisel mal yerine geçen bir değerse ilgili mal kişisel mal olarak nitelendirilecektir¹². Ek olarak TMK m. 221/II’de düzenlendiği üzere eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilirler. TMK m. 222/III’te ise eşlere ait mallardan kişisel mal olduğu ispat edilememiş olanların edinilmiş mal kabul edileceği yönünde bir karine tesis edilmiştir. Dolayısıyla edinilmiş mal grubunu kanunda sayılan kişisel mal grubuna dâhil edilmeyen, sözleşmeyle kişisel mal olduğu kararlaştırılmamış ve mal rejimi süresince karşılığı verilerek elde edilen her türlü değer olarak tanımlamak mümkündür¹³.

⁹ Kılıçoğlu, s. 77.

¹⁰ M. Beşir *Acabey*, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları – İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyetindeki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, DEÜHFD, C:9, Özel Sayı, 2007, s. 497 dn. 22.

¹¹ Zeytin, *EMKR*, n. 244.

¹² “TMK m. 220: Aşağıda sayılanlar, kanun gereğince kişisel maldır:

1. Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya,
2. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri,
3. Manevî tazminat alacakları,
4. Kişisel mallar yerine geçen değerler.”

¹³ Zeytin, *EMKR*, n. 246; *Acabey*, s. 497.

Bir malvarlığı değerinin hangi mal grubuna dâhil olduğunun tespit edilmesi ise kimi zaman ilgili uyuşmazlığın çözümü bakımından yeterli değildir. Zira söz konusu malvarlığı değerinin ekonomik değeri zaman içerisinde kendiliğinden yahut eşlerin emekleri neticesinde değişmesi veya ilgili malın başka malvarlığı kazanımlarına yol açması mümkündür. Yukarıda da ifade edildiği ve kanunda açıkça belirtildiği üzere kişisel malların gelirleri edinilmiş maldır. Bu gelir ile ifade edilen kişisel malların doğal ve hukuki her türlü ürünleridir¹⁴. Her ne kadar kanunda konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da doktrinde edinilmiş malların gelirlerinin edinilmiş mal olduğu kabul edilmektedir¹⁵. Zira TMK m. 219/II, 4’te kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal olacağı kabul edilmiştir, edinilmiş malların gelirlerinin de evleviyetle edinilmiş mal olması icap eder¹⁶. Ancak edinilmiş yahut kişisel malın bizzat kendisindeki değer artışı, değeri artıran faktörün ne olduğunun belirlenmesini elzem kılar. Bu noktada artıştaki emeğin yoğunluğunun baz alınması ile birlikte doktrinde endüstriyel değer artışı ve konjonktürel değer artışı olmak üzere iki kavram ortaya atılmıştır.

II. Endüstriyel ve Konjonktürel Değer Artışı Kavramları ve Ayırımında Dikkate Alınması Gereken Kriterler

Ekonomi literatüründe konjonktür dalgalanmaları Arthur Burns ve Wesley Mitchell tarafından ortaya konulan şu tanım ile açıklanmaktadır¹⁷; “Konjonktürel dalgalanmalar, ekonomik aktivitesi ağırlıklı olarak özel teşebbüslere dayalı olan devletlerde (liberal ekonomilerde) görülen dalgalanmaları ifade eder. Bu dalgalanmalarda çoğu ekonomik aktivite bakımından eşzamanlı yükselmeler görülür, ilgili yükselmeleri benzer biçimde genel nitelikli

¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, n. 1077; Zeytin, EMKR, n. 302; Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 160.

¹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, n. 1080; Zeytin, EMKR, n. 315; Acar, s. 259-260.

¹⁶ İsmail Kırca / Çiğdem Kırca, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 550; Acar, s. 259.

¹⁷ Özer Özçelik / Sunay Ezgi Babayiğit, “Konjonktürel Dalgalanmaların Tarihsel Gelişimi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 23. Geybulla Ramazanoğlu Özel Sayısı, s. 847.

gerilemeler, kısılmalar ve yeniden canlanmalar takip eder”¹⁸. Edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde de konjonktürel değer artışı da paralel biçimde tanımlanmaktadır; malda ortaya çıkan değer eşin emeği olmaksızın piyasadaki arz ve talep dengesindeki değişikliklere bağlı olarak değer kazanmışsa ilgili artış konjonktürelidir ve hangi mal grubunda artışa yol açıyorsa fazlalık da o mal grubuna ait olacaktır¹⁹. Endüstriyel değer artışı ise bir malda yahut işletmede eşin çalışması, emeği ve eforu karşılığında meydana gelen değer artışını ifade eder ve bu tip artışlar edinilmiş mal kategorisinde değerlendirilmektedir²⁰. Endüstriyel değer artışına ise ekonomi literatüründeki “artı değerler (*value-added*)” örnek teşkil edebilir. Artı değerler, işletmelerin ürün yahut servislerini tüketicilere arz etmeden evvel ek nitelikler yahut iyileştirmeler sunmak sureti ile kattığı değeri ifade eder; jenerik bir ürüne tasarım ve amblemler ile marka değerinin katılması, özenli müşteri ilişkileri kurmak yahut koşulsuz ücret iadesi, ücretsiz teslimat, uygun fiyat garantisi belirli taahhütlerin sağlamak suretiyle işletme itibarının yükseltilmesi buna örnektir²¹.

III. Endüstriyel ve Konjonktürel Değer Artışı Ayırımının Pratik Önemi

A. Eşlerin Mesleğin İcrası yahut İşletme Faaliyetine Özgülediği Sermaye ve Malvarlığı Değerlerindeki Artışın Kategorize Edilmesi

Yukarıda da açıklandığı üzere edinilmiş mal kalemlerinden ilki çalışmanın karşılığı olan edimlerdir. Çalışma karşılığı edimlerden anlaşılması gereken düzenli bir geliri temin eden bir hizmet sözleşmesi ile sınırlı

¹⁸ Arthur F. Burns/Wesley C. Mitchell, *Measuring Business Cycles*, National Bureau of Economic Research, New York, 1949, s. 3.

¹⁹ Zeytin, *EMKR*, n. 324; Mustafa Alper Gümüş, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 257; Acar, s. 237-238; Kırca/Kırca, s. 549; Şükran Şıpka/Ayça Özdoğan, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 151; Öztan, s. 441-442.; Fatih Karamercan, *Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 821.

²⁰ Zeytin, *EMKR*, s. 152; Gümüş, s. 257; Öztan, s. 441; Karamercan, s. 820.

²¹ Adam Hayes, “Value-Added”, <<https://www.investopedia.com/terms/v/valueadded.asp>>, (E. T.: 03.01.2022).

değildir, eşlerin bir sanatın yahut mesleğin icrası veya bir işletmenin faaliyetini kapsamında çalışma karşılığı elde ettiği gelirler de bu kapsamdadır²². İlgili gelirin bağımlı yahut bağımsız bir faaliyet olması kategorik anlamda önem taşımaz; serbest meslek faaliyetinden elde edilen hizmet, vekâlet yahut eser sözleşmesi kaynaklı gelir, ticari faaliyetten elde edilen kâr yahut zirai faaliyetler vasıtasıyla elde edilen zirai gelir de çalışma karşılığı olması nedeni ile edinilmiş maldır²³. Salt bağımlı meslek faaliyetinden elde edilen gelirlerin edinilmiş mal grubuna dâhil olduğunun tespiti ve ispatının çok daha kolay olduğunu belirtmek gerekir. Ne var ki bir eş, serbest meslek faaliyeti yürütüyorsa ve işletmeye özgülünen sermaye yahut malvarlığı değerinin bizzat maliki yahut ortağıysa kişisel mal-edinilmiş mal ayrımının tespiti zorlaşmaktadır²⁴. Bu noktada şu parametrelerin göz önünde tutulması ve farklı ihtimallere cevap verilmesi gerekir;

1. Eşin bu faaliyeti yürütürken ortaya koyduğu sermaye yahut malvarlığı değerleri kişisel yahut edinilmiş mal olabilir. Yani ilk faktör sermaye yahut malvarlığı değerinin kaynağıdır.
2. Bu sermaye yahut malvarlığı değerlerinden eşin çalışmasıyla yahut çalışmasından bağımsız olarak bir maddi kazanç elde edilmesi de mümkündür. Dolayısıyla ikinci faktör bu sermaye yahut malvarlığı değerindeki artışın kaynağıdır.

İşte bu serbest meslek faaliyetinin gerçekleştirilmesi esnasında ilgili faaliyete özgülünen sermaye yahut malvarlığı değerlerindeki artışlar, çalışma karşılığı olup olmadığı bazında endüstriyel değer artışı ve konjontürel değer artışı olmak üzere iki kategoride incelenmelidir. Şayet sermaye eşin edinilmiş malı ise tespit kolaydır, zira söz konusu artış endüstriyel yahut konjontürel olması fark etmeksizin edinilmiş mal olacaktır²⁵. Ancak kişisel mal niteliğindeki sermaye yahut malvarlığı

²² Zeytin, *EMKR*, n. 270-272; Sarı, s. 144-145.

²³ Acabey, s. 502.

²⁴ Hanswerner Odendahl, *“Türk Medeni Kanunu’nun Yeni Mal Rejimi Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma”*, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 484.

²⁵ Gümüş, s. 257; Zira yukarıda da belirttiği üzere edinilmiş malların gelirleri de edinilmiş maldır. Bkz. Dn. 16; Edinilmiş mal niteliğindeki anonim ve

değerlerinde gündeme gelen artışlar bakımından kaynak önem taşır. Kişisel mal niteliğindeki sermayede konjonktürel bir değer artışı söz konusu ise bu artış yine kişisel mal kabul edilecektir²⁶. Ancak kişisel mal niteliğindeki bir sermayede endüstriyel değer artışı söz konusu ise, yani ilgili artış eşin çalışması neticesinde meydana geldi ise bu halde bir “çalışma karşılığı edim” olması özelliği ile edinilmiş maldır²⁷. Burada tekrar belirtmek gerekir ki TMK m.221/II çerçevesinde eşlerin sözleşme ile kişisel malların bu gibi gelirlerini edinilmiş mal olmaktan çıkarıp kişisel mal haline getirmeleri mümkündür²⁸.

Konuya ilişkin doktrinde en sık rastlanan örnek, *Zeytin*’in eserinde ortaya koyduğu şu örneklerdir; Şayet emlakçılık işiyle uğraşan bir eşin sahip olduğu arsa imara açılması nedeni ile yüksek bir meblağdan satılmışsa buradaki artış konjonktürel, arsa hangi mal grubuna aitse bu artış da o mal grubuna dair olacaktır; ancak emlakçı eş ilgili arsayı ekip biçerek bir tarım arazisine dönüştürmek suretiyle arsaya değer katmış ise bu endüstriyel değer artışını ifade eder ve ilgili artış edinilmiş mal olarak değerlendirilmelidir²⁹.

B. Kişisel Malların Yönetimi Neticesinde Elde Edilen Gelirlerin Kategorize Edilmesi

Kişisel mal grubuna dâhil bir malda meydana gelen değer artışı bakımından da doktrinde konjonktüel-endüstriyel değer artışı ayrımına tekabül eden biçimde “olağan” ve “olağanı aşan” yönetim bakımından bir ayrım yapıldığına rastlanmaktadır. Eşin kendisine ait kişisel malında meydana gelen değer artışı şayet konjonktürel bir artışsa, yani eşin olağan yönetimi altında normal şartlar altında artacağı miktarda bir artış söz

limited şirket hisselerinin tasfiye anında pay bedeline tekabül eden kısmının bu çıkarım doğrultusunda edinilmiş mal olacağı hakkında bkz. Kırca/Kırca, s. 459.

²⁶ Zeytin, *EMKR*, n. 324; Sarı, s. 145; Öztan, s. 253; Acabey, s. 503; Odendahl, s. 484.

²⁷ Zeytin, *EMKR*, n.3 24; Pakize Ezgi Akbulut, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ve Kişisel Mallar Ayrımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 47.

²⁸ Zeytin, *EMKR*, n. 387 vd.

²⁹ Zeytin, *EMKR*, n. 325.

konusu ise, bu fazlalık yine kişisel mal kabul edilecektir³⁰. Ancak eşin olağanı aşan bir profesyonel yönetim tarzı benimsenmişse ve bunun nihayetinde bir değer artışı meydana gelmişse bu noktada kişisel maldaki değer artışı TMK m. 230/III kapsamında denkleştirme alacağına konu olacaktır³¹.

Örneğin bir eşe miras kalan taşınmazın yanında metro açılması nedeniyle değerinin artması halinde bu artış yine kişisel mal kapsamındadır³². Bu kapsamda eşin kişisel malı niteliğindeki bir arsayı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile bir yükleniciye vermesi halinde karşılık olarak elde ettiği bağımsız bölümlerin de yine kişisel mal olduğunu kabul etmek gerekir, zira bu yine eşin emeğinden bağımsız konjonktürel bir artıştır³³. Bunun bir diğer örneği eşlerden birinin kişisel malı olan pay senesinde meydana gelen artıştır; bu noktada artış şayet saf spekülative bir artış³⁴ ise bunun konjonktürel bir artış olacağı ancak eşin faaliyetlerine dayalı bir artış bakımından ise bu artışın edinilmiş mal niteliği taşıyacağı ifade edilebilir³⁵.

³⁰ Acar, s. 237-238; Acabey, s. 503.

³¹ Acar, s. 237-238; Acabey, s. 503.

³² Benzer bir örnek için bkz. Acar, s. 238.

³³ Şıpka/Özdoğan, s. 168; Şahin Akıncı, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri", MÜHFHAD Özel Sayı: Cevdet Yavuz'a Armağan, Y: 2016, C: 22, S:3, s. 177. Yazar bizim de katıldığımız üzere bu noktada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi neticesinde edinilen bağımsız bölümün TBK m. 219 bent 4 çerçevesinde kişisel malın geliri olarak değerlendirilmek suretiyle edinilmiş mallara dâhil edilmesi ihtimalini irdelemiş, ancak bu meseleye olumsuz yanıt vermiştir. Zira kişisel malın hukuki geliri ile kast edilen şey, malın özgülendiği amaç ve olağan kullanımı gözetildiğinde ondan elde edilebilecek olan kira, kâr payı, faiz gibi gelirleri ifade etmektedir.

³⁴ Ekonomi biliminde spekülasyon bir yatırım aracı yahut mal ile ilgili belirsiz bir riskin üstlenilmesi ve bu yolla bir kâr elde edilmesine yönelik çabayı ifade eder. Burada spekülâtörün kâr elde etmesinin bir garantisi yoktur, zarara uğraması da bir o kadar ihtimal dâhilindedir. Bkz. Mahfi Eğilmez, Ekonomi Sözlüğü, <https://www.mahfiegilmez.com/p/ekonomi-sozlugu.html>, (E. T.: 14.02.2022).

³⁵ Acar, s. 238, dn. 655.

Bir diğer örnek ise eşin kişisel mal niteliğindeki parasını yönetmesi neticesinde ortaya çıkan artışlardır. Yukarıda da açıklandığı üzere kişisel mallar yerine geçen değerler ikame ilkesi uyarınca yine kişisel maldır. Bu doğrultuda eşin kişisel mal niteliğindeki parası ile borsada yaptığı dönüştürme işlemlerinin esasen yine kişisel mal kabul edilmesi, bunların faiz gibi hukuki gelirlerinin ise edinilmiş mal kabul edilmesi gerekir. Yani örneğin eşlerden biri sahip olduğu kişisel mal niteliğindeki TL ile USD satın almak yönünde bir işlem yaptıysa boşanma anında USD cinsindeki bu para yine kişisel mal olacaktır. Ne var ki borsa işlemleri döviz alım satımı ile sınırlı kalmamaktadır. Özellikle son dönemde işlem hacminde hayli büyük bir artış yaşayan³⁶ kripto borsalarda ve Forex piyasasında gerçekleştirilen işlemlerinin ardında bireylerin geleneksel döviz piyasasının aksine büyük bir emek, bilgi ve zaman harcadığını söylemek yerinde olacaktır. Tekrar vurgulamak gerekir ki bu tip bir para yönetimi eş profesyonel olarak (meslek icabı) yapıyorsa bu şüphesiz edinilmiş maldır, ne var ki bu tip işlemler sıklıkla bireysel bazda da gerçekleştirilebilmektedir. Edinilmiş malların tanımlanmasında emek unsuru ile bu denli sıkı bir ilişki tespit etmemiz, para yönetiminde bu gibi yeni usullerin meydana getirildiği ikame değerleri ve gelirleri tekrar değerlendirmemizi elzem kılmaktadır. Bu işlemlerin kendine özgü yapısı nedeni ile tespiti ve ispat kabiliyetindeki zorluklar göz önünde bulundurularak ayrı bir çalışmada ilgili piyasaların teknik yönlerine ilişkin bilgi ile harmanlanarak değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Bütün bu açıklamalarımızın ardından Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin E. 2006/7011 K. 2007/111 T. 22.1.2007 sayılı kararı incelenmeye değerdir. Mahkemenin önüne gelen olayda edinilme tarihi itibarıyla kişisel mal niteliği tespit olunan bir limited şirket hissesi mevcuttur. Eşler 1984 yılında evlenmiş, ilgili şirket 2000 yılında kurulmuş, hisse kuruluş anında iktisap edilmiş ve boşanma kararı 2005 yılında kesinleşmiştir. Mahkemece ilk tespit edilen husus eşlerin 1.1.2002 tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olduklarıdır. Yargıtay ise şirketin hissesinin edinilme tarihindeki (2000 yılındaki) değerinden mal rejiminin başlangıcından sonraki değerini çıkarmış ve meydana gelen fazlalığı edinilmiş

³⁶ 2013-2022 yılları arası toplam global kripto para piyasa değerinin lineer ölçek grafiği için bkz. <https://coinmarketcap.com/charts/>, (E. T.: 16.03.2022).

mal olarak deęerlendirmiřtir³⁷. Ancak Yargıtay bu kararında kişisel mal niteliğini açık olan bu hissedeki artışın kaynağı irdelenmemiştir, şayet bu hissedeki artış pür konjonktürel bir artış ise edinilmiş mal sayılmamalıdır³⁸. İlgili kararın aksine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi önüne gelen bir olayda davalı eş, dava konusu hisselerin ait olduğu şirketin hâkim ortağıdır. Yargıtay, ilgili hisse değerindeki artışın endüstriyel mi konjonktürel mi olduğunun tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karara göre hissedeki artış şayet davalı eşin kişisel çabası karşılığında meydana geldiyse bu artış için davacı eşin katılma alacağına hak kazanmalıdır³⁹.

şirket hisseleri özelinde incelenmesi gereken bir diğer husus da hisseler, temettüler ile hisse yönetimi karşılığında yapılan (ve bilhassa yapılmaktan imtina edilen) ödemelerdir. Öncelikle hissenin temini hangi mal grubundan kaynaklanıyorsa hisse de ikame ilkesi gereği tasfiyede o mal grubuna dâhil olacaktır⁴⁰. Faiz ve temettüler ise hukuki ürün olması itibari ile ilgili hisse kişisel mal da olsa edinilmiş mal da olsa edinilmiş maldır⁴¹. Bunun nedeni yukarıda da açıklandığı üzere iki mal grubunun

³⁷ "Mahkemece; davalı adına %75 'i kayıtlı bulunan limited şirketin kurulma tarihi itibarıyla değerinin davalının "kişisel malı" olup "katılma alacağı" hesabından bunun çıkartılıp, 1.1.2002 tarihinden sonraki sürüm değerinin "edinilmiş mal" olarak dikkate alınması,..." Yargıtay 2. HD., E. 2006/7011 K. 2007/111 T. 22.1.2007, www.lexpera.com, (E. T.: 03.01.2022).

³⁸ şıpka/ Özdoğan, s.151; Kırca/Kırca, s. 549-550.; Esra Civelek Acar, *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklarının Payı*, Aristo, İstanbul, 2019, s. 195.

³⁹ "...davalının şirketlerdeki hisselerinin 01.01.2002 tarihi ile tasfiye tarihi arasında (Boşanma dava tarihi 20.09.2004) piyasa değerinden artış olup olmadığının, olmuşsa bunun endüstriyel ya da konjonktürel olup olmadığı, **bir artış olduğunun belirlenmesi davalının kişisel çabası karşılığı normal değer artışını aşan bir artışın mevcudiyeti durumunda, bunun davalının kişisel çabası ile oluştuğu kabul edilerek ancak bu miktar içerisinden katılma alacağı talep edebileceği** gözetilerek davacı kadının kazanılmış hakları göz önünde bulundurularak bir karar verilmesi gerekmektedir." Yargıtay 8. HD., E. 2015/16149 K. 2015/19750 T. 5.11.2015, www.lexpera.com, (E. T.: 03.01.2022).

⁴⁰ Civelek Acar, s. 128; Eş şirkete (şayet şirket tipi buna izin veriyorsa) sermaye olarak doğrudan emeğini getirmiş de olabilir, bu halde ilgili pay edinilmiş mal olacaktır. Bkz. Civelek Acar, s. 128.

⁴¹ Zeytin, *EMKR*, n. 333; Civelek Acar, s. 132 vd.

da gelirlerinin edinilmiş mal olmasıdır. Konuya ilişkin bir olay 1.7.2021 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir⁴². Olaya konu olan boşanmada eşlerden biri, evlenmeden önce bir şirketin %98 hissesine sahiptir. Diğer eş ilgili şirketteki %98 hisseye tekabül eden araç ve taşınmazlar için 100.000 TL, kâr payı için ise 210.000 TL olmak üzere toplam 400.000 TL talep etmiş ve ilgili talep Mersin 2. Aile Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Karar temyiz edilmiş ve olay Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin önüne geldiğinde mahkeme öncelikle evlenme tarihinden önce elde edilen hissenin kişisel hak olduğunu, bu kapsamda şirket hissesi üzerinde diğer eşin alacak hakkı bulunmadığını tespit etmiş; evlenme ile boşanma tarihi arasında geçen sürede şirket hissesine düşen gelirin ise edinilmiş mal olduğunu ifade etmiştir. Ancak Yargıtay, Aile Mahkemesi'nin kâr payına ilişkin talebi reddederken şu hususları araştırmakta eksik kaldığını ifade etmiş ve kararı bozmuştur; *“Mahkemece yapılacak iş; evlilik birliğinin kurulduğu 22.08.2003 tarihinden mal rejiminin sona erdiği 12.10.2009 tarihine kadar, dava konusu şirketin kar edip etmediğinin, kar etmişse davalı eşe şirket kar payı (temettü=kazanç) ödenip ödenmediğinin, ödenmişse mevcut olup olmadığının ya da her hangi bir yatırıma dönüştürülüp dönüştürülmediğinin, kar payı ödemesi yapılmamışsa karın şirkete yatırım olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılıp belirlenmesidir. Kâr payı ödemesi yapılması veya karın şirkete yatırım olarak kullanılması durumunda, bu miktarların mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla ulaştığı reel değer belirlenerek mal rejiminin tasfiyesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Ödenmiş kâr payının mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olmaması durumunda ise; iddia ve savunma doğrultusunda toplanan tüm deliller, ailenin ekonomik ve sosyal statüsü, yaşam standardı ve hayatın olağan akışına göre aile harcamasında kullanıldığı kabul edilen makul miktar belirlenip çıkarıldıktan sonra, kalan miktarın mal rejiminin tasfiyesinde gözetilmesi gerekir. Yukarıdaki değer tespiti, belirleme ve hesaplamaların yapılabilmesi geçen gerek görülürse mali müşavir, bankacı ve hesap bilirkişi veya bilirkişilerinden de yardım alınmalıdır.”*⁴³. Aile mahkemesinin direnmesi üzerine olay Hukuk Genel Kuruluna intikal etmiş,

⁴² Yargıtay HGK., E. 2020/458 K. 2021/889 T. 1.7.2021, www.lexpera.com, (E. T.: 03.01.2022).

⁴³ Yargıtay 8. HD., E. 2016/15937 K. 2018/19045 T. 22.11.2018, www.lexpera.com, (E. T.: 03.01.2022).

Kurul da 8. Hukuk Dairesi'nin araştırma konusu edilmesini gerekli gördüğü hususları benimseyerek direnme kararını bozmuştur.

Hisse ve buna bağlı temettülerin yanında eşin hisse sahibi olduğu şirketin yönetiminde yer alması nedeni ile ödeme almış olması da ihtimal dâhilindedir⁴⁴. Eşin aldığı ödeme, niteliği ne olursa olsun (huzur hakkı, prim, kâr dağıtımı) çalışma karşılığı elde edilmesi itibari ile edinilmiş mal kategorisinde deęerlendirilecektir⁴⁵. Bu noktada İsviçre Federal Mahkemesi'nin yönetici eşin bu gibi ödemeleri alması halinde kâr payında meydana gelen endüstriyel değer artışının tasfiyede dikkate alınmayacağı yönünde bir kararı mevcuttur, kararın temeli uygun bir karşılığın ödenmiş bulunması halinde TMK m. 230/III (İsviçre Medeni Kanunu m. 209/III) anlamında denkleştirme alacağına konu olabilecek bir katkının mevcut olmadıęıdır⁴⁶. Ancak eş çalışması karşılığında bir ödeme almamışsa ve eşin çalışmasına bağlı olarak ilgili hissede bir artış yaşanmışsa, yani hissenin değeri endüstriyel artışa maruz kalmışsa ilgili artış edinilmiş mal kabul edilmelidir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin önüne gelen uyuşmazlıkta benzer bir tartışmaya yer verilmiştir. Öncelikle ilgili olayda evlilik süresi içinde iktisap edilen ve kaynağının kişisel mal olduğu ispat edilemeyen ve TMK m. 222/III'te yer alan karine nedeniyle edinilmiş mal niteliğinde kabul edilen bir limited şirket hissesi mevcuttur. Esasında ilgili kararda yer alan tartışmanın odağı şirket hissesinin değerinin belirlenmesinde kullanılan metot olsa da karşı oy yazısında eşin şirketi yöneterek yarattığı endüstriyel değer artışının "kazanç karşılığı" olduğu ve edinilmiş mal kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiřtir⁴⁷.

⁴⁴ Civelek Acar, s. 127-128.

⁴⁵ Zafer Zeytin, *Kişisel Mal Niteliğindeki – Kapalı – Anonim şirket Payı ile Bedelsiz – Gratis – Payın Yasal Mal Rejimindeki Mal Gruplarına Özgülenmesi*, REGESTA, Cilt:6, Sayı:3, 2021, s. 386; Zeytin, EMKR, n. 331.

⁴⁶ BGE 131 III 559-565; Zeytin, *Bedelsiz Payın Özgülenmesi*, s. 386, dn. 44. Zeytin ilgili kararı TMK m. 230/III çerçevesinde denkleştirme alacağında "uygun karşılık" aranmaması nedeni ile eleştirmektedir.

⁴⁷ "şirketin yarattığı endüstriyel kazançların oluşmasında, şirketi sevk ve idare eden ortağın kişisel çalışması rol oynadığı kadar, ayrı bir tüzel kişiliği olan şirketin organizasyonunun da payı vardır. Bu nedenle kural olarak ortağın hissesine düşen endüstriyel kazancının tamamının ortağın çalışması karşılığı olduğu benimsenemez. **Ne var ki**,

Bu noktadaki asıl problem, hissedeki artışın ne kadarının eşin çalışmasından ne kadarının başka kişilerin çalışmasından ve ne kadarının konjonktürden kaynaklandığının tespit ve ispat edilmesidir⁴⁸.

III. Endüstriyel ve Konjonktürel Artışın Hesaplanması ve İspatı Problemi

Endüstriyel ve konjonktürel artış bakımından en meşakkatli mesele bunların ispat edilmesi ve miktarının ortaya koyulmasıdır. Özellikle hisse sahibi eşin şirket yönetiminde çalışması neticesinde hissede meydana gelen artış bakımından konjonktürel ve endüstriyel artışın birbirinden ayrılması şirketin ortak ve sermaye kaynağı sayısının artması halinde oldukça güç olabilmektedir. Hesaplamaya ilişkin bir yöntem *Zeytin* tarafından ortaya koyulmuştur, şayet eş şirkette hâkim yönetici konumunda ise şirketin öz kaynaklarının edinilme tarihindeki miktarı endeks değeri oranınca güncellenmeli ve ortaya çıkan miktarın tasfiye anındaki öz kaynakların değerinin çıkartılması gerekmektedir, bu sonuç endüstriyel değer artışıdır⁴⁹. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, önüne gelen bir olayda eşin hâkim ortak olduğu bir şirketin hisselerindeki artışın kaynağının ve miktarının belirlenmesi gerektiği noktada işin “*bu konulardan anlayan bir bankacı*

eğer ortak şirketin bütün hisselerine sahip olmamakla birlikte şirketi önemli ölçüde sevk ve idare ediyorsa yaratılan kazancın ortağın hissesine düşen bölümünün tamamının kazanç karşılığı olduğunun kabulü gerekir. Toplanan delillerden şirketi büyük ölçüde davalının kontrol ettiği ve yönettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalının varsa şirketteki hissesinin değerinin tamamının edinilmiş mal olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Nitekim mahkemeye hükme esas alınan bilirkişi raporunda şirket hissesine karşılık gelen değer in tamamının katılma alacağı hesabına dahil edilmesi doğru olmuştur.” Yargıtay 8. HD., E. 2014/7341 K. 2015/17019 T. 30.9.2015, www.lexpera.com, (E. T.: 03.01.2022).

⁴⁸ *Karamercan* şirket hisselerindeki değer artışının endüstriyel-konjonktürel biçiminde kategorize edilmesinin içinden çıkılmaz durumlara yol açacağını ve bunun tespitinin neredeyse imkânsız olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Karamercan*, s. 917. *Acar* ise bir malda hem eşlerden birinin emeği hem de piyasa dalgalanmaları neticesinde değer artışı varsa tasfiye sürecinde değer artış payı belirlenirken ne kadarlık artışın konjonktürel, ne kadarın endüstriyel olduğunun belirlenmesinin güç olacağına dikkat çekmiştir. Bkz. *Acar*, s. 346, dn. 1031.

⁴⁹ *Zeytin, Bedelsiz Payın Özgülenmesi*, s. 430-431.

ve mali müşavir ile hukukçudan oluşan 3 kişilik bilirkişi heyetine” bırakılmasına karar vermiştir⁵⁰.

Boşanma konusu maldaki değer artışının kaynağına ilişkin bir problem de Amerika Birleşik Devletleri’nde Louisiana Temyiz Mahkemesi’nin önüne gelen olayda incelenmiştir⁵¹. İlgili dava, davada kullanılan ispat yöntemlerinin örnek teşkil edebilmesi açısından çalışmamızda incelenmeye değerdir. Olayda 1968 yılında evlenen çiftten koca 1983 yılında boşanma için başvurmuş ve aynı yıl boşanmaları hakkında karar verilmiş ve eşler arasındaki mal rejimi sona ermiştir⁵². Dava kapsamında incelenen meselelerden biri de kocanın evlilikten evvel yeni kurulan bir petrol şirketinden iktisap ettiği hisseye ilişkindir. Kocanın hisse iktisabı esnasında şirketin sermayesi 100.000 Dolar değerindedir. 1983 yılına gelindiğinde ise şirketin sermayesi milyon dolarlara ulaşmıştır. Evlilik süresi boyunca koca şirketin işleyişinde aktif rol almıştır. Mal rejiminin tasfiyesi esnasında ise koca şirketin hisselerinden %23.5’ine maliktir. Buna mukabil diğer eş şirketin sermayesindeki artışı kocanın “çalışma ve

⁵⁰ Yargıtay 8. HD., E. 2015/16149 K. 2015/19750 T. 5.11.2015, www.lexpera.com, (E. T.: 03.01.2022).

⁵¹ Guarisco v. Guarisco, 526 So. 2d 1126 (1988) Feb. 23, 1988, Louisiana Court of Appeal, No. CA 86 1517 526 So. 2d 1126, <https://cite.case.law/so-2d/526/1126/>, (E. T.: 02.02.2022).

⁵² Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi “community property” olarak adlandırılan “ortak mallar”ın paylaşılmasına ilişkindir. Bu rejim çerçevesinde “community property” Louisiana Civil Code Art. 2338’de şöyle tanımlanmıştır: “The community property comprises: property acquired during the existence of the legal regime through the effort, skill, or industry of either spouse; property acquired with community things or with community and separate things, unless classified as separate property under Article 2341; property donated to the spouses jointly; natural and civil fruits of community property; damages awarded for loss or injury to a thing belonging to the community; and all other property not classified by law as separate property.” **Louisiana Medeni Kanunu m. 2338:** “Ortak mallar şunları kapsar: mal rejiminin devamı süresince eşlerden her birinin eforu, becerileri veya çalışmasıyla elde ettiği mallar; madde 2341’de kişisel mal olarak nitelendirilmeyenlerden ortak mallarla yahut ortak mallar ve kişisel mallarla birlikte elde edilen malvarlıkları; eşlere birlikte bağışlanan mallar; ortak mallardan doğan ve hukuki semereleri; ortak malların yok olması yahut zarara uğraması karşılığında ödenen tazminatlar; kanunda kişisel mal olarak nitelendirilmeyen tüm diğer mallar”

emeği"ne bağlamakta, bu nedenle kocanın hissesindeki yükselmenin yarısının kendisine verilmesini talep etmektedir. Konuya ilişkin mahkeme evvela 1980 yılında değişen bir kanun maddesinin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bir değerlendirme yaptıktan sonra meseleye 2368 sayılı maddenin⁵³ uygulanmasına karar vermiştir. İlgili maddeye göre şayet bir eşin kişisel malının değeri eşin karşılığı ödenmemiş bir emek yahut çalışması neticesinde artmışsa diğer eş bu çalışma neticesinde meydana gelen artışın yarısının ödenmesi bakımından hak sahibi olacaktır.

Bu halde davacı eşin ispatlaması gereken iki temel olgu tespit edilmiştir:

1. Kocanın karşılığı verilmemiş bir emeğinin ve çalışmasının bulunması,
2. Ortaya çıkan değer artışının olağan bir artıştan (konjonktürel artıştan) kaynaklanmadığı, yani artış ile karşılığı verilmemiş emek arasında bir nedensellik bağının tespiti.

İşte bu noktada bu iki hususu ispatlamak açısından davacı eşten şu hususları ortaya koyması istenmiştir: Kocanın hissesinin evlilik tarihindeki değeri, kocanın karşılık almadığı emek ve çalışması olmasaydı şirketteki hissesinin değerinin mal rejiminin tasfiyesi anındaki farazi değerinin ne olacağı ve kocanın hissesinin mal rejiminin tasfiyesi anındaki reel ve güncel değeri. Bu halde üçüncü meblağdan ikinci meblağın çıkarılması ile kişisel maldaki artış tespit edilebilecektir. Ancak son olarak diğer eşin bu artışın hayatın doğal akışından kaynaklanmadığını, yani konjonktürel bir artış bulunmadığını, ortaya koyması gerekmektedir. Ve mahkeme bütün bu hususlarda ispat yükünü diğer eşin üzerinde kabul etmiştir.

⁵³ **Louisiana Civil Code Art. 2368:** "If the separate property of a spouse has increased in value as a result of the uncompensated common labor or industry of the spouses, the other spouse is entitled to be reimbursed from the spouse whose property has increased in value one-half of the increase attributed to the common labor." **Louisiana Medeni Kanunu m. 2368:** "Şayet yalnızca bir eşe ait kişisel malda eşin karşılığı ödenmemiş emeği yahut çabası neticesinde bir artış yaşanmışsa diğer eş emeğe mukabil gerçekleşen artışın yarısı kadar malında artış meydana gelen eşe karşı talep hakkına sahiptir."

Mahkeme, diğer eşin ispat yükünü gerçekleştirememesi nedeniyle talebini reddetmiştir. Ek olarak mahkeme, koca tarafından sunulan karşı delillerin ilgili artışın konjonktürel olduğuna güçlü deliller teşkil ettiğini de kararında belirtmiştir. İşte bu noktada kocanın sunduğu delilleri belirlemenin bu konunun ispatında Türk Hukukunda ne gibi verilerden faydalanabileceğinin ortaya koyulması bakımından da faydalı olduğu düşüncesindeyiz. Koca, kendisine evlilik süresince yapılan yıllık ödemelerin grafiğini, şirket yetkililerine kocanın evliliği süresince yapılan ödemelerin grafiğini, şirketin yıllık gelirindeki değişimlere ilişkin grafiği, eşlerin evliliği süresince ABD’de işletilen petrol kuyularının ortalama sayısına ilişkin bir grafiği, yıllara göre Petrol Yakıt ve kömür ürünleri bakımından tüketici fiyat endeksi verilerini, *Standard & Poor’s* endeksinin 1976-1985 yılları arasında petrol şirketlerine ilişkin endekslemede kullandığı hesaplama metotlarına ilişkin açıklamaları, kocaya yapılan yıllık ödemeler ile benzer çapta işletmelerin yönetici pozisyonunda bulunan kişilere yapılan ödemelerin karşılaştırıldığı bir grafiği delil niteliğinde sunmuştur. Mahkemeye göre bu grafikler arasındaki korelasyon dönemin ekonomik koşulları, şirketin kârı ve kocaya ödenen karşılık arasında orantılılık olduğunu kanıtlar niteliktedir.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu’nda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin malvarlığını kişisel mallar ve edinilmiş mallar olmak üzere iki grupta ele almaktadır. Edinilmiş mallar kanunda *numerus clausus* ilkesine tabi biçimde sayılan kişisel mallar dışında kalan ve mal rejimi süresince karşılığı verilerek elde edilen her türlü değeri ifade etmektedir. Bu kapsamda çalışma karşılığı elde edilen edimler ve kişisel malların gelirleri kanunda edinilmiş mallara örnek olarak sayılmıştır. Ancak edinilmiş malların yahut kişisel malların bizzat kendisindeki değer artışı bakımından kanunda açıkça bir belirleme yapılmamıştır. Bu çerçevede meydana gelen artışı mal gruplarına özgülemek bakımından endüstriyel değer artışı ve konjonktürel değer artışı olmak üzere iki temel kavrama rastlanmaktadır. Konjonktürel değer artışı ile ifade edilen ilgili malda malik olan eşin herhangi bir emeği yahut çabası olmaksızın arz ve talepteki değişikliklerdir. Bu artışlar karakteri itibari ile malın olağan değer artışını ifade etmektedir. Dolayısıyla ilgili mal hangi mal grubuna

aitse söz konusu artış da o mal grubuna dâhil olmalıdır. Ancak eşin çalışması, emeği, olağanı aşan eforu neticesinde meydana gelen değer artışı endüstriyel değer artışı olarak nitelendirilmektedir. Endüstriyel değer artışı kaynaklandığı mal grubu ne olursa olsun edinilmiş mal kategorisinde değerlendirilmeyi gerektiren bir artıştır. Zira söz konusu artış eşin çalışması karşılığında elde edilen bir edim niteliğindedir. Bu ayrımın tespiti önemlidir zira çalışmamızda iki husus tespit edilmiştir: Yargıtay'ın kişisel mal niteliğindeki hisselerde oluşan artışı kaynak gözetmeksizin edinilmiş mallar kapsamında değerlendirdiğine rastlanmıştır. Şayet kişisel mal niteliğindeki hisseler, eşin ilgili hisse bakımından herhangi bir faaliyeti söz konusu değilse ve artış salt konjonktürelse edinilmiş mal grubu kapsamında değerlendirilmesi kişisel mallar aleyhine adaletsiz bir borç yaratacaktır. İkinci tespit edilen husus ise şudur ki, eşlerden birinin hisse sahibi olduğu bir işletmede yönetici pozisyonunda ödeme almaksızın çalışması ve çalışmasıyla şirkete değer katması halinde, bu çalışma hisse değerinde artış olarak karşılık buluyorsa bu gibi artışların endüstriyel artış olduğunun tespit edilmesi ve katılma alacağına dikkate alınması gerekmektedir. Zira işbu emeğin kişisel mal grubundan ayrıştırılmaması halinde edinilmiş mallar aleyhine ve dolayısıyla diğer eşin katılma alacağı aleyhine azalma meydana gelecektir. Belirtmek gerekir ki maldaki artış ile eşin çalışması arasındaki nedensellik bağı bilhassa söz konusu mal bir şirket hissesi ise tespiti ve ispatı, eşin hâkim ortak olduğu senaryolar istisna tutulmak üzere, oldukça zordur.

ZUSAMMENFASSUNG

Der ordentliche Güterstand, der im türkischen Zivilgesetzbuch verankert ist, ist der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, der auf der Aufteilung in zwei Gruppen beruht: Errungenschaft und Eigengut. Errungenschaft kann als jede Art von Vermögenswert definiert werden, der kein Eigengut ist (das dem Numerus-Clausus-Prinzip unterliegt) und für eine entgeltlich erwirbt. Die Wertsteigerungen innerhalb dieser beiden Gruppen sind im Zivilgesetzbuch jedoch nicht ausdrücklich definiert. In diesem Rahmen können die Wertzuwächse je nach ihrer Herkunft als konjunktureller Mehrwert oder industriellen Mehrwert betrachtet werden. Konjunktureller Mehrwert kann als die Steigerungen definiert werden, die mit dem Auf und Ab des Gleichgewichts von Angebot und Nachfrage korrelieren. Diese Zuwächse stehen in keinem Zusammenhang mit der Arbeit und dem Aufwand des Ehepartners. Daher sind die Zuwächse innerhalb der gleichen Vermögensgruppe zu betrachten, aus der sie stammen. Im Gegenteil, die Zuwächse und Verbesserungen, die sich aus der Arbeit und den Bemühungen des Ehegatten ergeben, gelten als industriellen Mehrwert. Unabhängig davon, in welcher Gruppe diese Zuwächse auftreten, handelt es sich bei den Zuwächsen um eine Errungenschaft. Denn in diesem Fall hat der Wertzuwachs die gleichen Eigenschaften wie der Arbeitswerb des Ehegatten.

Diese Unterscheidung ist in zwei Fällen, die in dieser Studie vorgestellt werden, besonders wichtig: Der erste Fall wird in der Entscheidung des türkischen Revisionsgerichts behandelt. Das Gericht hat entschieden, dass ein Zuwachs bei einer Aktie, der Eigengut darstellt, Errungenschaft ist. In diesem Urteil bewertete das Gericht nicht die Quelle des Zuwachses. Wenn der Zuwachs jedoch das Ergebnis der Konjunktur war, hätte er als auch Eigengut betrachtet werden müssen. Andernfalls würde dies zu einer ungerechtfertigten Verringerung der Gruppe der Errungenschaft führen. Das zweite Problem im Rahmen dieser Studie besteht darin, dass ein Ehepartner für das Unternehmen arbeitet, dessen Aktien er besitzt. Dieser Ehegatte könnte als Manager in diesem Unternehmen arbeiten und einen Mehrwert für das Unternehmen schaffen, ohne ein Gehalt zu erhalten. Wenn die Arbeit dieses Ehepartners zu einem Wertzuwachs der Aktien führt, stellt dieser Zuwachs einen industriellen Mehrwert dar und ist der Überschuss hinzuzurechnen sollen. Andernfalls wird der Anteil des anderen Ehegatten durch eine Verringerung des Überschuss

verringert. Es ist festzustellen, dass der Kausalzusammenhang zwischen dem Wertzuwachs und der Arbeit des Ehepartners schwer zu beweisen ist. Deshalb werden im letzten Kapitel dieser Studie die Instrumente und Daten untersucht, die bei den Berechnungen und den Beweisen helfen können.

KAYNAKÇA

ACABEY M. Beşir, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları – İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyetindeki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, *DEÜHFD*, C:9, Özel Sayı, 2007, 491-534.

ACAR Faruk, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, 6. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

AKBULUT Pakize Ezgi, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ve Kişisel Mallar Ayrımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.

AKINCI Şahin, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri”, *MÜHFHAD Özel Sayı: Cevedet Yavuz’a Armağan*, Y: 2016, C: 22, S:3, 165-190.

AKINTÜRK Turgut / ATEŞ Derya, *Türk Medeni Hukuku C:II – Aile Hukuku*, 22. Bs., Beta, İstanbul 2020.

BURNS Arthur F./MITCHELL Wesley C., *Measuring Business Cycles*, National Bureau of Economic Research, New York, 1949.

CİVELEK ACAR Esra, *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklarının Payı*, Aristo, İstanbul, 2019.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Aile Hukuku (Türk Özel Hukuku C:III)*, 15. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

GENÇCAN Ömer Uğur, *Mal Rejimleri Hukuku*, 6. Bs., Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

KARAMERCAN Fatih, *Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KILIÇOĞLU Ahmet, *Katkı-Katılma Alacağı*, 9. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

KIRCA İsmail/KIRCA Çiğdem, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Anonim ve Limited Şirketlerde Bağlamın Etkisizleşmesi”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, 545-560.

ODENDAHL Hanswerner, “Türk Medeni Kanunu’nun Yeni Mal Rejimi Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma”, *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, 475-496.

ÖZÇELİK Özer/BABAYİĞİT SUNAY Ezgi, “Konjonktürel Dalgalanmaların Tarihsel Gelişimi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 23. Geybulla Ramazanoğlu Özel Sayısı, 845-865.

SARI Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.

ŞİPKA Şükran, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

ŞİPKA Şükran/ÖZDOĞAN Ayça, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

ZEYTİN Zafer, Kişisel Mal Niteliğindeki – Kapalı – Anonim Şirket Payı ile Bedelsiz – Gratis – Payın Yasal Mal Rejimindeki Mal Gruplarına Özgülenmesi, *REGESTA*, Cilt:6, Sayı:3, 2021, s. 367-436. (*Bedelsiz Payın Özgülenmesi*)

ZEYTİN Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 5. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021. (*EMKR*)

Elektronik Kaynaklar

www.investopedia.com/terms/v/valueadded.asp

www.mahfiegilmez.com/p/ekonomi-sozlugu.html

www.lexpera.com

cite.case.law

1998 Tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün Konu Bakımından Yargı Yetkisine İlişkin Hükümlerinin Kimyasal Silahlar Açısından Yorumlanması

Die Auslegung der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs von 1998 in Bezug auf chemische Waffen

Araş. Gör. Mustafa UÇAR*

ÖZ

Bu çalışmanın konusunu kimyasal silahların Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi dahilinde olup olmadığı sorunu oluşturmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran 1998 tarihli Roma Statüsü'nün mahkemenin konu bakımından yetkisini düzenleyen hükümleri arasında kimyasal silahlar terimine açıkça yer verilmemiştir. Kimyasal silahlar terimine açıkça yer verilmesinin haricinde asıl tartışma konusu, bu terimin Statü'nün taslak maddelerinde yer almasına rağmen metnin son halinden çıkarılmasıdır. Bu da taraf devletlerin kimyasal silah kullanımını bilinçli olarak cezasız bırakıp bırakmadığı tartışmasını beraberinde getirmiştir. Bu tartışma da uluslararası antlaşmaların yorumu ve bu yorumda hazırlık çalışmalarının ne ölçüde kullanılabileceği problemi ile doğrudan ilgilidir. Çalışmada hazırlık çalışmalarından, Statü'ye taraf devletlerin kimyasal silahları Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi kapsamı dışında bıraktıkları sonucunun çıkarılıp çıkarılmayacağı ve Statü'nün 8. maddesinin kimyasal silahları kapsadığı şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı konusu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Kimyasal silahlar, 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, uluslararası antlaşmaların yorumlanması, hazırlık çalışmaları.*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, (ucar@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-0109-6134.

The Interpretation of the Provisions on Jurisdiction of the 1998 Rome Statute of International Criminal Court in Regards to Chemical Weapons

ABSTRACT

*The subject of this study is whether chemical weapons are within the jurisdiction of the International Criminal Court. The Rome Statute of 1998, which established the International Criminal Court did not explicitly included the term of chemical weapons among its provisions, which regulates the Court's jurisdiction in terms of jurisdiction *ratione materiae*. Apart from the fact that the term of chemical weapons is not explicitly included, the main subject of discussion is although chemical weapons is included in the draft articles of the Statute, the omission of this term from the final version. This brought the debate whether the state delegates deliberately left the use of chemical weapons unpunished. This discussion is directly related to the problem of interpretation of international treaties and then the extent to which preparatory work can be used in this interpretation. In the study, it was tried to clarify whether it can be deduced from the preparatory work that the states delegates to the Statute exclude chemical weapons from the jurisdiction of the International Criminal Court and whether the article 8 of the Statute can be interpreted as including chemical weapons.*

Keywords: *Chemical weapons, 1998 Rome Statute of International Criminal Court, treaty interpretation, preparatory work.*

GİRİŞ

Dünyada yaşanan insanlık dramlarını cezalandırmak, tekrar yaşanmasının önüne geçmek ve özellikle savaş suçlarını yargılamak amacıyla uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulması, her zaman uluslararası toplumun bir ihtiyacı olmuştur. Özellikle Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sonrasında bu ihtiyaç kendini daha da belirgin hale gelmiştir. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi belirli zaman ve yerlerde işlenen suçları kovuşturmak ve sorumlularını cezalandırmak amacıyla kurulmuş ad hoc

mahkemelerdir.¹ Fakat bu mahkemeler ad hoc mahkemeler olması sebebiyle daimi ve evrensel bir nitelikte değildir.

Her olaya ilişkin kurulacak ad hoc mahkeme için uluslararası toplumun onayı ve dolayısıyla uzun bir zaman gerekeceğinden, bunun da olaylara ilişkin delillerin yok edilmesi veya faillerin kaçması gibi durumlara zemin hazırlayarak adaletin tesisinin gecikmesine neden olacağından, sürekli bir ceza mahkemesi kurulması ihtiyacı doğmuştur.²

Bunun yanında ad hoc mahkemeler, suçun işlenmesinden sonra belirli zaman ve durumlar için kurulduğundan doğal hakim ilkesi ile de çelişmektedir. Sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması ile bireylerin suçun işlendiği tarihten önce kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanması ve doğal hakim ilkesinin korunması sağlanmak istenmiştir.³ Ad hoc mahkemelerin yetkileri zaman ve yer bakımından sınırlı olduklarından ve dolayısıyla aynı konuda, aynı yerde, kısa bir zaman sonra yargılama yapamayacağından adaletin kalıcı olması için daimi bir mahkemeye ihtiyaç duyulmuştur.⁴ Ayrıca, geçici ve istisnai yapıda olan ad hoc mahkemelerin yetkileri olay, yer ve zaman bakımından sınırlı olduklarından potansiyel suçlular açısından caydırıcılıktan uzaktır.⁵ Fakat daimi bir mahkemenin yargılaması neticesinde hükmün infazı ile, uluslararası insancıl hukuku ihlal edebilecek potansiyel suçlulara ihlallere göz yumulmayacağı ve faillerin sorumlu olacakları mesajı verilerek mutlak nitelikte olmasa da caydırıcılık tesis edilmiş olacaktır.⁶ Bunun yanında Uluslararası suçları işleyen bireylerin uyrukluğunu taşıdığı devletin ulusal düzenlemelerindeki ayrıcalıklardan yararlanarak suçun cezasız kalmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.⁷

¹ Carsten Stahn, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019, s. 192 vd.

² Selcen Erdal, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 42.

³ R. Murat Önok, *Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s. 15; Erdal, s. 43.

⁴ Erdal, s. 43.

⁵ Önok, s. 14.

⁶ A.g.e., ss. 14-15.

⁷ Erdal, ss. 42-43.

1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesini (UCM) kuran Roma Statüsü ile daimi ve ileriye dönük yargılama yapan bir mahkeme nihayet kurulmuştur. Roma Statüsü'nün önsözünde böyle bir mahkemeye neden ihtiyaç duyulduğu;

“Bu yüzyıl boyunca milyonlarca çocuğun, kadının ve erkeğin insanlığın vicdanını derinden sarsan hayal edilemez zulümlerin kurbanı oldukları, bu tür ciddi suçların dünyanın barışını, güvenliğini ve refahını tehdit ettiği belirtilmiştir. Bir bütün olarak uluslararası topluma yönelik en ciddi suçların cezasız kalması ve ulusal düzeyde tedbirler alınarak ve uluslararası işbirliğini artırarak etkili kovuşturmanın sağlanması gerektiği, taraf devletlerin bu suçların faillerinin cezasız kalmasına son vermeye ve bu tür suçların önlenmesine katkıda bulunmaya kararlı oldukları” şeklinde ifade edilmiştir.⁸

Fakat UCM'nin uluslararası toplumun ihtiyaçlarına yanıt vermediği hususu bugün halen tartışılan konular arasındadır. Mahkemeye yöneltilen en önemli eleştirilerden birisi de Statü'nün UCM'nin konu bakımından yetkisini düzenleyen hükümleri arasında kimyasal silahlara açıkça yer verilmemesidir. Bu durumun yanı sıra asıl tartışma konusu Statü'nün taslak maddelerinde yer almasına rağmen, kimyasal silahlar teriminin metnin son halinden çıkarılmasıdır. Bu tutum, taraf devletlerin kimyasal silah kullanımını bilinçli olarak UCM'nin yargı yetkisi dışında bırakıp bırakmadığı sorusunu akla getirmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde UCM'nin konu bakımından yargı yetkisi ele alınacak, ikinci bölümde ise konunun uluslararası antlaşmaların yorumlanmasıyla doğrudan ilgili olması sebebiyle uluslararası antlaşmalarda yorum kuralları hakkında bilgi verildikten sonra nihayet son bölümde kimyasal silahların mahkemenin konu bakımından yargı yetkisi dahilinde olup olmadığına ilişkin tartışmalar ortaya konularak bir değerlendirme yapılacaktır.

⁸ International Criminal Court, 1998 Rome Statute of the International Criminal Court, 2011. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 30.06.2020), Gayriresmi tercüme için bkz: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama, İhtisas Komisyonları, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Mevzuat, *Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü*. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDERS.htm (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

I. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN KONU BAKIMINDAN YARGI YETKİSİ

UCM, sürekli nitelikte, bağımsız, ileriye dönük yargı yetkisine sahip, belirli suçları işleyen bireylerin yargılandığı, statü sahibi kişilerin ceza kovuşturmasından teminat veya dokunulmazlıklar aracılığıyla kurtulamadığı, ulusal yargı yetkisini tamamlayan uluslararası bir mahkemedir.⁹

UCM'nin konu bakımından yargı yetkisine giren suçlar Roma Statüsü'nün 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre Mahkeme;

- a. Soykırım suçu¹⁰
- b. İnsanlığa karşı suçlar¹¹
- c. Savaş suçları¹²
- d. Saldırı suçu¹³

⁹ M. Yasin Aslan, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2017, s. 96-99.

¹⁰ 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, m. 6. Detaylı incelemeler için bkz: William A. Schabas, *Genocide in International Law – The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2009; Mert Ülgen, *The Role of International Criminal Court on Universal Jurisdiction in Terms of Genocide*, Der Yayınları, İstanbul: 2018.

¹¹ 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, m. 7. Detaylı inceleme için bkz: Robert Dubler, Matthew Kalyk, *Crimes against Humanity in the 21st Century Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, Brill/Nijhoff, Leiden ; Boston: 2018.

¹² 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, m. 8. Detaylı incelemeler için bkz: Gizem Uysal, *Nüremberg Mahkemesi'nden Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Savaş Suçları*, Ankara: Yetkin, 2020; M. Yasin Aslan, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2016; Eve La Haye, *War Crimes in International Armed Conflict*, New York: Cambridge University Press, 2008; Knut Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, New York: Cambridge University Press, 2004.

¹³ 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, m. 8bis. Detaylı incelemeler için bkz: Carrie McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, United Kingdom ; New York, NY: Cambridge University Press, 2021; Sergey Sayapin, *The Crime of Ag-*

ile ilgili yargı yetkisine sahiptir.

Soykırım başlığını taşıyan 6. madde, soykırımın, ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu tamamen veya kısmen yok etme niyetiyle işlenen fiiller manasına geldiğini belirterek bu fiilleri şu şekilde sıralamıştır:

- (a) Grubun üyelerini öldürmek;
- (b) Grup üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek;
- (c) Grubu fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok etmek maksadıyla ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak;
- (d) Grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler uygulamak;
- (e) Gruba mensup çocukları zorla başka bir gruba nakletmek.

7. madde ise insanlığa karşı suçları düzenlemektedir. Maddeye göre insanlığa karşı suç, herhangi bir sivil nüfusa yönelik yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi birini içermektedir:

- (a) Öldürme;
- (b) Toplu yok etme;
- (c) Köleleştirme;
- (d) Nüfusun sınır dışı edilmesi veya zorla nakli;
- (e) Uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek hapsedme veya fiziksel özgürlükten diğer ciddi şekilde yoksun bırakma;
- (f) İşkence;
- (g) Tecavüz, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet biçimleri;
- (h) 3. paragrafta tanımlandığı gibi, herhangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan herhangi bir

eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak siyasal, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dini, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm;

(i) Kişilerin zorla kaybedilmesi;

(j) Irk ayrımcılığı suçu;

(k) Kasıtlı olarak bedene veya zihinsel ya da fiziksel sağlığa büyük ıstırap veya ciddi zarar vermeye neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.

Savaş suçları başlığını taşıyan 8. maddede ise, Mahkemenin, özellikle bir planın veya politikanın veya bu tür suçların geniş çaplı olarak işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi halinde, savaş suçları konusunda yargı yetkisine sahip olacağını düzenlemiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise, savaş suçlarının ne anlama geldiği detaylı bir şekilde sıralanmıştır. Fakat bu fiiller arasında kimyasal silah kullanımı açıkça yer almamıştır. Aynı maddenin 2(b) fıkrasında “zehir veya zehirli silahların kullanılması” ile “boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı, malzeme veya cihazların kullanılması” düzenlenmiş, ancak kimyasal silah kullanımının bu kapsamda olup olmadığı tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalara aşağıda yer verilecektir.

5. maddenin 2. fıkrası UCM'nin, saldırı suçu üzerindeki yargılama yetkisini, 121 ve 123. maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla ilgili olarak Mahkemenin hangi durumlarda bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hükmün kabul edilmesinden sonra yerine getireceğini ve böyle bir hükmün, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin ilgili hükümleri ile uyumlu olması gerektiğini düzenlemektedir. 30 Mayıs - 11 Haziran 2010 tarihleri arasında Kampala'daki konferans sonucunda 6 sayılı kararla Statü'ye eklenen 8bis maddesine göre¹⁴;

“1. Bu Statü'nün amacına yönelik olarak, “saldırı suçu”, bir Devletin siyasi veya askeri eylemini kontrol etme veya yönetme pozisyonundaki bir kişi

¹⁴ International Criminal Court, *Review Conference of the Rome Statute, Resolutions*, ICC-ASP/8/Res.6, s. 4. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-8-Res.6-ENG.pdf (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

tarafından karakteri, ağırlığı ve boyutu itibariyle Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalini teşkil eden bir saldırı fiili planlama, hazırlık, başlatma veya yürütme anlamına gelir.

2. fıkranın amacı açısından, "saldırı eylemi", bir Devletin başka bir Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler Şartı ile tutarsız bir şekilde silahlı kuvvetin kullanılması anlamına gelir. Savaş ilanından bağımsız olarak aşağıdaki eylemlerden herhangi biri, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı kararı uyarınca, saldırı niteliği kazanacaktır:

(a) Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin başka bir Devletin topraklarına yönelik istila veya taarruz veya geçici de olsa bu istila veya taarruzdan kaynaklanan herhangi bir askeri işgalin veya kuvvet kullanılması ile başka bir Devletin topraklarının tamamı veya bir bölümünün ilhaki;

(b) Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin başka bir Devletin topraklarına karşı bombardımanı veya bir Devletin başka bir Devletin topraklarına karşı herhangi bir silah kullanması;

(c) Bir Devletin limanlarının veya kıyılarının, başka bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından ablukası;

(d) Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin bir başka devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz ve hava filolarına saldırması;

(e) Kabul eden devletle yapılan anlaşma uyarınca, o devletin ülkesinde bulunan silahlı kuvvetlerin, yapılan anlaşmaya aykırı olarak kullanılması ya da anlaşmanın sona ermesinden sonra o ülkedeki varlığını sürdürmesi;

(f) Bir Devletin, başka bir Devletin kullanımına izin verdiği topraklarının üçüncü bir Devlete karşı bir saldırı eylemi yürütmek için o Devlet tarafından kullanılmasına izin vermesi eylemi;

(g) Yukarıda listelenen fiiller seviyesinde bir başka devlete karşı silahlı kuvvet eylemleri gerçekleştiren silahlı çete, grup, düzensiz birlik ya da paralı askerlerin, bir devlet tarafından ya da bir devlet adına bir başka devlete karşı gönderilmesi ya da devletin bu eylemlere büyük ölçüde katılması."

Görüldüğü üzere Statü'ye eklenen 8bis maddesi ile saldırı suçunun ne manaya geldiği düzenlenmiş, savaş ilanından bağımsız olarak hangi eylemlerin saldırı niteliği kazanacağı sayılmıştır.

Kimyasal silah kullanımının UCM'nin yargı yetkisine dahil olup olmadığını tartışabilmek için öncelikle uluslararası antlaşmaların yorumuna ilişkin kurallar hakkında inceleme yapmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.

II. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN YORUMU

A. GENEL YORUM KURALI

Diğer hukuki metinlerde olduğu gibi uluslararası antlaşmaların açıklığa kavuşturulması için de yoruma ihtiyaç duyulmaktadır. Shaw'a göre uluslararası hukukta bir uluslararası antlaşmanın gerçek yorumu için, antlaşma metninde kullanılan kelimeler, tarafların niyeti ve belgenin amaçları da dahil antlaşmanın tüm yönlerinin dikkate alınması zorunlu olup uygulamada bu unsurlardan birini tamamen göz ardı etmenin imkanı bulunmamaktadır.¹⁵ Uluslararası antlaşmaların yorumuna dair temel kaynak 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi¹⁶ (VAHS)'dir. VAHS' nin antlaşmaların yorumuna ilişkin 31-33. maddeleri yukarıdaki üç yaklaşımı da içermektedir.¹⁷ Genel yorum kuralını düzenleyen m. 31/1'e göre; *"Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek aletade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır."*

Dolayısıyla, antlaşmada kullanılan kelimeler olağan anlamıyla ele alındığında bir çelişki meydana gelmiyorsa başka bir yoruma başvurulup metinden uzaklaşılması gerekmektedir.¹⁸

¹⁵ Malcom N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Sekizinci Baskı, Çeviri Editörü: İbrahim Kaya, Çevirenler: Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara: 2018, s. 675.

¹⁶ United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2021) Türkçe metin için bkz: Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi. BM Enferyasyon Merkezi UNIC-Ankara. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlaşmalar%20Hukuku%2069.pdf> (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

¹⁷ Shaw, s. 675.

¹⁸ Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul: 2017, s. 71.

Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) 'nun VAHS şerhine göre, yorumun başlangıç noktası metnin anlamının açıklanmasıdır.¹⁹ Madde- nin 1. fıkrası üç ayrı ilke içermektedir. Bunlardan ilki, doğrudan *pacta sunt servanda* ilkesi ile bağlantılı olan iyi niyetle yorumdur. İkinci ilke lafzi yaklaşımın özü olup tarafların terimlerin alelade manasından çıkan bu amaca sahip olduğu varsayılır. Üçüncü ilke hem sağduyu hem de iyi niyettir. Komisyon'a göre bir terimin alelade manası özetinde değil, antlaşma- nın bağlamında ve amacı ışığında belirlenmelidir.²⁰

31. maddenin 2. fıkrası ise bağlamın neyi içerdiğini tanımlamayı amaçlamaktadır. Bunlar giriş ve ekler olup, bağlantılı olması durumunda, taraflar arasında akdedilen başka ilgili antlaşma, metin ve tarafların daha sonraki tutumları da göz önünde bulundurulur.²¹ Bu iki belge türünün 2. fıkrada "bağlamın" bir parçasını oluşturması olarak tanınması, bunların antlaşmanın ayrılmaz bir parçası olarak görülmeleri gerektiği anlamına gelmeyip, antlaşmanın gerçek bir parçası olup olmadıkları tarafların ni- yetine göre değişkenlik gösterir.²² Antlaşmayı yorumlamak amacıyla 2. fıkrada öngörülen bu belge kategorileri bir muğlaklığı çözüme kavuştur- mak amacıyla başvurulacak mutlak bir delil olarak değil, antlaşma terim- lerinin alelade manasına ulaşmak maksadıyla bağlamın bir parçası olarak görülmelidir.²³ Yararlı etki (etkinlik) olarak adlandırılan "*bir şey hükümsüz olmaktansa hüküm ifade etsin*" ilkesine göre de antlaşmalar, konu ve ama- cını gerçekleştirecek, anlam ve etki doğuracak biçimde yorumlanmalı- dır.²⁴

¹⁹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Yearbook of the In- ternational Law Commission, 1966, vol. II, s. 220. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (Erişim Tarihi: 30.12.2019)

²⁰ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 221. Antlaşmaların yorumu ile ilgili bir çalışma için bkz: Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias, Panos Merkouris, *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

²¹ Sur, 71.

²² Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 221.

²³ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 221.

²⁴ Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap*, Filiz Kitabevi, İstanbul: 1984, s.

Sözleşme'nin 31. maddesinin 4. fıkrasına göre ise; "*Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.*" Dolayısıyla 4. fıkra bir istisna sağlamaktadır.²⁵ Terimin bağlamdaki anlamı ne olursa olsun tarafların özel bir mana verme niyeti tesis edilmiştir.²⁶ Fıkroda ispat standardının, bir terimin olağan anlamından sapma olması durumunda, oldukça yüksek tutulduğu anlaşılmaktadır.²⁷ Bu doğrultuda bir tarafın belli bir terimi sadece belli bir anlamda kullanmasının ispatı yeterli değildir.²⁸

B. TAMAMLAYICI YORUM ARAÇLARI

1. Genel olarak

VAHS'nin tamamlayıcı yorum araçları başlığını taşıyan 32. maddesi, antlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları da dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabileceğini düzenlemiştir. Bu başvuru 31. maddenin uygulanmasından ortaya çıkan anlamı teyit etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorumun, anlamı muğlak veya anlaşılmasız bırakması, çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürmesi durumunda anlamı tespit etmek amacıyla yapılır.

UHK'ya göre, uluslararası mahkemelerin içtihatlarında, kelimele-
rin alelaide anlamlarının açık ve bağlam içinde anlaşılır olduğu durumlarda, diğer yorum araçlarına başvurma gereğinin olmadığını ifade eden pek çok hüküm mevcut olup bu ifadelerin çoğu hazırlık çalışmalarının kullanımı ile ilgilidir.²⁹ Hazırlık çalışmasının kullanımı metinsel yaklaşımı olumsuz etkileyebileceğinden dikkatle kullanılması gereken bir yardımdır.³⁰

129., Mesut Hakkı Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, Cilt I, Legal, İstanbul: 2013, s. 516., Sur, s. 71.

²⁵ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 222.

²⁶ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 222.

²⁷ Shaw, ss. 678-679.

²⁸ A.g.e., s. 679.

²⁹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 222.

³⁰ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Eighth Edition, Oxford University Press, 2012, s. 383.

Komisyon'un antlaşma yorumuna yaklaşımı, antlaşma metninin tarafların niyetlerinin gerçek ifadesi olarak kabul edilmesi ve tarafların başlangıçtan itibaren varsayılan niyetlerinin araştırılmasından ziyade metnin anlamının açıklanması temeline dayanmaktadır.³¹ Yani yorum yapılırken tarafların niyetinden ziyade antlaşma metnine odaklanılmalıdır. Bir antlaşmayı yorumlamak için birincil kriter olan ve taraflarca yapılan özgün yorumlarla birlikte, terimlerin sıradan anlamını, antlaşmanın bağlamını, amaç ve hedefini ve uluslararası hukukun genel kurallarını oluşturan 31. madde bu temelde formüle edilmiştir.³² Komisyon, hazırlık çalışmalarını da içeren diğer yorum araçlarına başvuruyu düzenleyen 32. maddenin, 31. maddenin uygulanmasından hasıl olan anlamın doğrulanması ve 31. maddeye göre yapılan yorum, anlamı muğlak ve anlaşılmaz bıraktığında ya da açıkça saçma ve mantıksız bir sonuca götürdüğünde, anlamın tespit edilmesi amacı için cevaz verilebilir olduğu kanaatindedir.³³

Hazırlık çalışmasına ilişkin hüküm, Viyana Konferansı'nın ilk oturumunda üzerinde önemli bir tartışmanın yapıldığı, yoruma ilişkin kuralların tek bölümüydü.³⁴ Ortaya çıkan farklılıkların, tarafların taahhütlerini ortaya koyan bir antlaşma metninin önceliğini savunanlar ve yorum arayışını öncelikle tarafların niyetlerini araştırmak olarak görenler arasında var olduğu ifade edilebilir.³⁵ Neticede, özellikle ABD heyeti tarafından üstlenilen, yoruma ilişkin genel kural ile hazırlık çalışmasının kullanılması kuralının tek bir hükümde birleştirilerek aynı zemine oturtulması girişimleri başarısız olmuştur.³⁶

³¹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 223.

³² Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 223.

³³ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 223.

³⁴ Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd Edition, Springer, 2018, s. 620.

³⁵ A.g.e., s. 620,

³⁶ A.g.e, s. 620, Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, New York, 2011, s. 303. ABD heyetinin girişimlerine ilişkin belge için bkz: United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions Vienna, 26 March- 24 May 1968 and 9 April- 22 May 1969, A/CONF.39/C.I/L.156, Official Records, Document of the Conference, United Nations, New York,

Komisyon'a göre "tamamlayıcı (supplementary)" kelimesi 32. maddenin alternatif veya özerk yorum araçları sağlamadığını, yalnızca 31. maddede yer alan ilkelerle yürütülen bir yoruma yardım etme araçlarını sağladığını vurgular. 32. Madde, (a) bendinde bu araçların açık bir anlamın olmadığı durumlarda anlamı belirleme amacı için kullanımını kabul eder. (b) bendi ise 31. maddeye göre yapılan yorumun açıkça saçma veya mantıksız bir anlam verdiği durumlarda devreye girecektir.³⁷

Komisyon, terimlerin olağan anlamlarının gücünü aşırı derecede zayıflatmayacaksa, istisnanın kesinlikle sınırlı olması gerektiği kanaatinde. Buna göre (b) bendi, 31. madde uyarınca yapılan yorumlamanın açıkça saçma veya mantıksız bir sonuç verdiği durumlarla sınırlıdır.³⁸

Mbengue'ye göre, tamamlayıcı yorum araçlarını düzenleyen 32. maddenin, genel yorum kuralını düzenleyen 31. madde ile birlikte okunması gerekmektedir.³⁹ 31. maddede genel yorum "kuralı" başlığı kullanılırken, 32. maddede tamamlayıcı yorum "araçları" ifadesinin kullanılması 32. maddenin, yorumlamada baskın bir rol oynayan 31. maddeye yardımcı olduğunu ve "tamamlayıcı" sıfatının kullanılması da 32. madde kapsamındaki araçların alternatif veya özerk yorum araçları olmayıp genel yorum kuralına ek olduğunu ve ondan bağımsız bir fonksiyona sahip olmadığını göstermektedir.⁴⁰ 32. maddenin yorumlayıcı işlevini ancak genel kuralı düzenleyen 31. maddenin uygulanmasından sonra üstleneceği varsayılmaktadır.⁴¹

32. maddedeki tamamlayıcı araçlar yalnızca ikincil olmakla kalmayıp aynı zamanda ihtiyari ve şarta bağlıdır.⁴² Çünkü 31. maddede "...yorumlanır", "...dikkate alınır", "...verilir" gibi fiiller kullanılmışken,

1971, s. 149.

³⁷ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 223.

³⁸ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 223.

³⁹ Makane Moise Mbengue, "Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties)", *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2 (2016), s. 399.

⁴⁰ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 223, para. 19, Mbengue, s. 399.

⁴¹ Dörr, Schmalenbach, s. 618.

⁴² Mbengue, s. 399.

32. maddede belirtilen iki durumda tamamlayıcı yorum araçlarına “başvurulabilir” ifadesi yer almaktadır.⁴³

Ek yorumlama araçları arasında belirgin bir hiyerarşik düzen bulunmamakla birlikte, VAHS'nin 31 ve 32. maddelerinde geliştirilen yorumlama sisteminin yapısı, bazı materyallerin yorumlama sürecinde diğerlerinden daha fazla veya daha az ağırlığa sahip olabileceğini göstermektedir.⁴⁴ Bu Waldock'un görüşü ile de tutarlıdır.⁴⁵ Waldock'a göre, ek yorumlama araçları “ tarafların niyetlerine ilişkin diğer ilgili kanıtlara karşı tartılacak kanıtlardır” ve “inandırıcılıkları”, tarafların antlaşmanın hükümlerine atfettikleri anlama ilişkin ortak anlayışı ne ölçüde desteklediklerine bağlıdır.⁴⁶

2. Hazırlık Çalışmaları

a. Tanım

Roma Statüsü'nün taslak metninde kimyasal silahlara ilişkin düzenleme yer almasına rağmen asıl metinden çıkarılması, konunun hazırlık çalışmaları açısından incelenmesini gerektirmiştir.

Tamamlayıcı yorum araçlarından olan hazırlık çalışmalarının tanımını 1969 VAHS' nin 32. maddesinde yer almamaktadır. UHK da, hazırlık çalışmalarını tanımlamaya çalışmanın bir fayda sağlamayacağını ve bunu yapmanın yalnızca ilgili kanıtların dışlanmasına yol açabileceğini ifade etmiştir.⁴⁷

Hazırlık çalışmalarının uluslararası hukukta kabul görmüş bir tanımını olmadığı gibi, bu konuda ne tür materyallerin dikkate alınabileceği veya yorumcunun antlaşma tarihinden ne kadar geriye gidebileceği ko-

⁴³ A.g.e., s. 399.

⁴⁴ Esmé Shirlow, Michael Waibel, “A Sliding Scale Approach to Travaux in Treaty Interpretation: The Case of Investment Treaties”, *British Yearbook of International Law*, March 2021, s. 17.

⁴⁵ Shirlow, Waibel, s. 17-18.

⁴⁶ Sir Humphrey Waldock, Third report on the law of treaties, Document A/CN.4/167 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, s. 58, para. 21.

⁴⁷ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 223, para. 20.

nusunda da net bir kural yoktur.⁴⁸ Dörr/Schmalenbach'a göre, hazırlık çalışmalarının kullanılma amacı, tarafların anlaşma üzerinde anlaştıkları şeyin gerçek anlamını tespit etmek olduğundan, söz konusu materyalin hazırlık çalışması olarak kabulü için öncelikle dış dünyanın bir parçası olmaları, yani bir yorumcu tarafından objektif olarak değerlendirilebilir nitelikte olmaları gerekmektedir.⁴⁹ Bu sebeple bireysel düşünceler, hatıralar ve planlar ilkesel olarak hazırlık çalışması olarak nitelendirilemeyeceği gibi; yazılı olmadığı veya başka kanıtlarla desteklenemediği müddetçe sözlü ifadelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi zordur.⁵⁰

Hazırlık çalışmaları, müzakere kayıtları, antlaşmanın birbirini takip eden taslakları, komisyon tutanakları ve genel işlemler, taraflar arasındaki diplomatik teatiler, hükümetlerin ve temsilcilerinin muhtıra ve açıklamaları, bir taslak komitesi başkanı tarafından yapılan yorumlayıcı açıklamalar gibi⁵¹ bir antlaşmanın resmi olarak sonuçlandırılmasıyla neticelenen müzakerelerin yazılı kayıtlarından ve diğer koşulları belgeleyen materyallerden oluşmaktadır.⁵² Antlaşmanın imzalanması ve onaylanması arasındaki süre de dahil, sonradan yayınlanan materyal ve beyanların hazırlık çalışmaları anlamına gelmeyeceği değerlendirilmektedir.⁵³

Örneğin, Ege Denizi Kıta Sahaneliği davasında Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Yunanistan ile Türkiye arasında imzalanan Brüksel Bildirisini yorumlarken 31 Mayıs 1975 tarihli toplantının yapıldığı ve Bildiri'nin düzenlendiği bağlamın bu bildirinin anlamına ne ölçüde ışık tuttuğunu değerlendirmiş, bu değerlendirmeyi yaparken de iki hükümet arasındaki nota teatisini ve Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki beyanını dikkate almıştır.⁵⁴

⁴⁸ Dörr, Schmalenbach, ss. 620-621.

⁴⁹ A.g.e., s. 621.

⁵⁰ Dörr, Schmalenbach, s. 621.

⁵¹ Mbengue, s. 389, Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd Edition, New York: Cambridge University Press, 2007, s. 246.

⁵² Martin Ris, "Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Boston College International Comparative Law Review*, Volume 14, Issue 1, Article &, 12-1-1991, s. 112.

⁵³ Mbengue, s. 390.

⁵⁴ ICJ Reports, Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, 1978, p. 3, para. 100-105,

b. Başvuru

Hazırlık çalışmalarına başvuru nasıl olmalıdır? Ris'e ve Mbengue'e göre, antlaşma müzakereleri sırasında taslağı hazırlayanlar, antlaşmanın son halini kabul etmeden önce, müzakereleri başarılı bir sonuca ulaştırmak amacıyla muğlak ve dolambaçlı formülasyonlar benimseyebilir veya daha sonra vazgeçebilecekleri çeşitli görüşler ileri sürebilir; bu da antlaşmayı imzalayanların niyetleri konusunda bir yorumcu açısından belirsiz, eksik, kafa karıştırıcı ve yanıltıcı olabilir.⁵⁵ Ayrıca, hazırlık çalışmalarında çeşitli sebeplerle belirli hükümlerin bulunmaması yorumcu tarafından, taraflar arasında sessiz kalınması konusunda oybirliği bulunduğu şeklinde algılanabilir.⁵⁶ Örneğin, önemli müzakereler genellikle özel tartışmalar sırasında gayri resmi olarak gerçekleşir ve bu nedenle müzakere kayıtlarında asla görünmez.⁵⁷ Bu sebeple yorumlamada hazırlık çalışmalarına başvuru ihtiyatlı olmalıdır.⁵⁸ Bir belgenin hazırlık çalışması olarak nitelendirilmesi, bu belgenin ilgili antlaşmanın yorumunda mutlaka rol oynayacağı anlamına gelmeyip, 'bir antlaşmanın hazırlık çalışmalarını oluşturan hususların tespiti' ile 'yorumlama sürecinde her bir hususa verilecek önem' arasında bir ayırım yapılmalıdır.⁵⁹ Kullanılacak materyalin değeri, eksiksizlik, kullanılabilirlik, özgünlük, inandırıcılık, erişilebilirlik, söz konusu antlaşma şartlarıyla doğrudan ilgisi, diğer yorumlama araçlarıyla tutarlılığı ve belirli bir materyalin evriminde yer alan tarafların sayısı gibi çeşitli faktörlere bağlıdır.⁶⁰ Ayrıca materyal, müzakere taraflarının ortak bir niyetini ne kadar çok yansıtıyorsa, yorum değerinin de o kadar yüksek olacağı kabul edilmektedir.⁶¹

Dörr, Schmalenbach, s. 625. Detaylı bir inceleme için bkz: Aslan Gündüz, "Ege Denizi Kıta Sahaneli Davası ve Bazı Düşünceler", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 1983, Cilt 3, Sayı 2, ss. 11-23.

⁵⁵ Ris, s. 112-113, Mbengue, s. 401.

⁵⁶ Ris, s. 113.

⁵⁷ Aust, s. 246, Ris, s. 113, Mbengue, s. 401, Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd Edition, Manchester University Press, 1984, s. 142.

⁵⁸ Mbengue, s. 401, Sinclair, s. 142.

⁵⁹ Mbengue, s. 390.

⁶⁰ Aust, s. 246, Dörr, Schmalenbach, s. 624.

⁶¹ Dörr, Schmalenbach, s. 624.

Bu bağlamda, Shirlow/Waibel, VAHS'nin 32. maddesi kapsamındaki hazırlık çalışmaları için değişken ölçekli bir yaklaşım önermektedir. Bu yaklaşıma göre, yorum faaliyetini yürütenler, yorumda kullanılabilecek materyalin "hazırlık çalışması" veya "tamamlayıcı bir yorum aracı" oluşturmadığı gerekçesiyle materyalin tamamını dışlamak yerine, yorumlama sürecine yapacağı niteliksel faydaya odaklanacaklardır. Bu nedenle, materyalin resmi olarak hazırlık çalışması olarak nitelendirilip nitelendirilmediği çok önemli olmayıp, bunun yerine, yorumcular, 32. madde kapsamında atıfta bulunulabilecek materyal türleri arasındaki farklılıkları ilgilerine göre tanıyacak ve materyallere verilecek ağırlığı buna göre değerlendireceklerdir. Değişken ölçek yaklaşımını benimseyen bir yorumcu, örneğin, tarafların ortak niyetini ortaya koyabilecek materyallere daha fazla ağırlık verecek, tek taraflı bir dahili belgeyi ise tamamen hariç tutmayacak, fakat ona daha az ağırlık verecektir. Böyle bir yaklaşımın avantajı, ilgili olarak bir antlaşma müzakeresi sırasında oluşturulan tüm materyalleri kapsamaması, ancak, bu materyallerin bir antlaşma hükmünün ne anlama geldiğini en iyi ortaya koyacak şekilde, antlaşma taraflarının ortak niyetini gösteren materyallere en fazla ağırlığın verilmesidir.⁶²

Waldock'a göre, müzakereler sırasında tarafların beyanları, diğer taraflarca kabul edildiklerine dair kanıtların yokluğu halinde küçük bir değere sahiptir. Hazırlık çalışmaları, özgün bir yorum aracı olmayıp, yalnızca kanıt olduğu için, onları tanımlamaya çalışmakla bir şey kazanılacağı düşünülmemektedir; gerçekten de, bunu yapmak yalnızca ilgili kanıtların olası dışlanmasına yol açabilir.⁶³

Devletler, gerçek durumu belirsizleştirmek için hazırlık çalışmalarını manipüle etmiş olabileceğinden ve tek taraflı olarak antlaşma müzakereleri ile ilgili daha fazla materyal yayınladıkça, mahkemelerin giderek artan bir şekilde hazırlık çalışmalarını neyin oluşturduğu ve yorumlama sürecinde iddia edilen çeşitli hazırlık örneklerine ne ağırlık verecekleri meselesi ile daha çok meşgul olmaları gerekeceğinden değişken ölçekli yaklaşımın da riskler taşıdığı ifade edilmektedir.⁶⁴

⁶² Shirlow, Waibel, s. 8.

⁶³ Waldock, s. 58, para. 21.

⁶⁴ Shirlow, Waibel, s. 18, Julian Davis Mortenson, "The Travaux of Travaux: Is the

Milletlerarası Daimi Adalet Divanı'nın 1927 tarihli Lotus kararında da, antlaşma metninin kendi içinde yeterince açık olması durumunda hazırlık çalışmasını dikkate almak için hiçbir neden olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁵ UAD de 1948 tarihli danışma görüşünde, bir antlaşma metninin kendi içinde yeterince açık olması durumunda, hazırlık çalışmasına başvurmak için hiçbir nedenin var olmaması sebebiyle, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı'nın tutarlı uygulamasından sapması gerektiğini düşünmediğini ifade etmiştir.⁶⁶ İlerleyen tarihlerdeki kararlarında da bu yaklaşımını sürdürmüştür.⁶⁷ Antlaşma metninin tartışma konusu ile ilgili bir düzenleme içermediği durumlara ilişkin olarak ise, UAD'nin Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'ye ilişkin 1951 tarihli danışma görüşü aydınlatıcı olabilir.⁶⁸ Bu danışma görüşünde Mahkeme, uluslararası uygulamaya göre, çok taraflı bir sözleşmede çekinceler öngören bir maddenin bulunmamasından, Akit Devletlerin belirli çekinceler koymalarının yasak olduğu sonucuna kesinlikle varılamayacağını, konuyla ilgili açık bir hüküm bulunmadığı takdirde, çekince koyma imkânı ile bunların geçerliliği ve etkisinin belirlenmesinde çok taraflı bir antlaşmanın niteliği, amacı, hükümleri, hazırlanma ve kabul edilme şeklinin dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu belirtmiştir.⁶⁹ Ayrıca, Sözleşme'nin Genel Kurul tarafından kabul edilmesinden hemen önce yapılan toplantılarda Altıncı Komite'de çekinceler

Vienna Convention Hostile to Drafting History?", *The American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013, s. 793.

⁶⁵ Publications of the Permanent Court of International Justice. Series A.-No. 70 September 7th, 1927 Collection of Judgements the Case of the S.S. "Lotus", s. 16.

⁶⁶ ICJ Reports, "Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)", Advisory Opinion of May 28th, 1948, p. 57, s. 63.

⁶⁷ ICJ Reports, "Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations", Advisory Opinion, 1950, p. 4, ICJ Reports, "Ambatielos Case (Merits: Obligation to Arbitrate)", Judgment of July 1st, 1952, p. 28, ICJ Reports, "Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)", Jurisdiction of the Court, Judgment, 1973, p. 3.

⁶⁸ ICJ Reports, "Reservations to the Convention on Genocide", Advisory Opinion, 1951, p. 15.

⁶⁹ Reservations to the Convention on Genocide, s. 22.

üzerine yapılan tartışmalara işaret ederek, bazı delegelerin, hükümetlerinin, yalnızca belirli çekincelere tabi olarak Sözleşmeyi imzalayabileceğini veya onaylayabileceğini açıkça ilan ettiğini belirtmiş, Genel Kurul'da Sözleşme'ye çekince koyma konusunda bir mutabakata varıldığını ve bundan Sözleşme'ye taraf olan Devletlerin buna rıza gösterdikleri sonucuna varılacağı sonucunun çıkarılacağını kabul etmiştir.⁷⁰

UHK, tamamlayıcı yorum araçlarını düzenleyen maddenin, antlaşma metninin tarafların niyetlerinin gerçek ifadesi olduğunun varsayılması gerektiği görüşüne dayandığını ve yorumun başlangıç noktasının, tarafların niyetlerinin baştan itibaren araştırılması değil, metnin anlamının açıklığa kavuşturulması olduğunu belirterek antlaşmaların yorumunda bu metinsel yaklaşımı benimsediğini, UAD'nin içtihatlarında da antlaşmaların yorumlanmasında metinsel yaklaşımın kendisi tarafından yerleşik hukuk olarak kabul edildiği sonucuna varmanın mümkün olduğunu belirten birçok açıklamasının olduğunu ifade etmiştir.⁷¹ Hazırlık çalışmalarındaki materyalin yorum sürecinde oynayabileceği rol, metinsel yaklaşımlar ile antlaşmaların yorumlanmasına yönelik "niyetler" arasındaki temel farkı işaret ettiğinden, 32. maddenin yorumlanması açıkça metinsel yaklaşıma dayanmaktadır ve hazırlık çalışmasının bu ek değeri, genellikle VAHS yorum kurallarının örf ve adet hukuku karakterinin bir parçası olarak kabul edilir.⁷²

III. KİMYASAL SİLAHLARIN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN YARGI YETKİSİNE DAHİL OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. HAZIRLIK ÇALIŞMALARI BAKIMINDAN

Kimyasal silahların kullanımı 1993 tarihli Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme ile yasaklanmıştır.⁷³ Kimyasal

⁷⁰ Reservations to the Convention on Genocide, s. 22-23

⁷¹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, s. 220, para. 11.

⁷² Dörr, Schmalenbach, s. 618.

⁷³ 1993 tarihli Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme. (Bundan sonra Kimyasal Silahlar Sözleşmesi olarak anılacaktır.), *Resmî Gazete*, Tarih: 3

Silahlar Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmında taraf devletlerin "1925 Tarihli Cenevre Protokolüyle üstlenilen yükümlülüklerin tamamlanması suretiyle, bütün insanlığın esenliği uğruna, kimyasal silahların kullanılması ihtimalini tamamiyle ortadan kaldırmaya kararlı olarak" anlaşmaya vardıkları ifadesine yer verilmiştir. Kimyasal silahlar ise "Tanımlar ve Ölçütler" başlıklı 2. maddenin 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre;

"Bu Sözleşmenin amaçları çerçevesinde:

1. "Kimyasal Silahlar" deyimini, bir arada veya ayrı ayrı, aşağıdaki anlamda kullanılacaktır:

(a) Bu Sözleşmeyle yasaklanmayan amaçlarla kullanıldıkları ve cins ve miktarlarının bu amaçlarla tutarlı olduğu durumlar hariç olmak üzere, zehirli kimyasal maddeler ve bunların hammaddeleri;

(b) (a) fıkrasında belirlenen zehirli kimyasal maddelerin, bu fıkrafta tanımlanan savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımı sonucunda ortaya çıkacak olan zehirleyici nitelikleri yoluyla ölüme veya bir başka hasara yol açmak amacıyla özel olarak tasarımı yapılmış savaş gereçleri ve cihazları;

(c) (b) fıkrasında sözü edilen savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımıyla doğrudan doğruya ilişkili bir biçimde kullanılmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihaz."

Sözleşmede her çeşit kimyasal silah kullanımı yasaklanmış ve bu amaçla yasaklanacak kimyasal silahlar üzerinde anlaşmaya varılmıştır.⁷⁴

Yukarıda da bahsedildiği üzere, insanlığın vicdanını derinden sarsan hayal edilemez zulümlerin, dünya barışını, güvenliğini ve refahını tehdit eden ciddi suçların cezasız kalmaması ve bu tür suçların önlenmesi amacıyla UCM' yi kuran 1998 tarihli Roma Statüsü açıkça "kimyasal silahlar" terimini zikretmemiştir. Fakat asıl tartışma doğuran taslak

Mayıs 1997, Sayı: 22978. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22978_1.pdf (Erişim Tarihi: 31.03.2021).

⁷⁴ Salih Karataş, *Uluslararası Hukukta Silahsızlanma ve Kimyasal Silahların Yasaklanması Örgütü (OPCW)*, Legal, İstanbul: 2015, s. 63. Kimyasal silahlar ve Kimyasal Silah Sözleşmesi hakkında ayrıca bakınız: Ozan Yağmuroğlu, "Kimyasal Silahlara Yönelik Olarak Alınan Önlemlerin Kimyasal Silahlar Sözleşmesi Perspektifinde Değerlendirilmesi", *Afet ve Risk Dergisi*, 3(2), 2020, ss. 125-142.

metinde “kimyasal silahlar” terimine yer verilmesine rağmen⁷⁵ Statü’nün son halinde bu terime yer verilmemesidir. Çünkü bu durum kimyasal silah teriminin Statü’yü kabul eden devletler tarafından bilinçli olarak metinden çıkarılarak kimyasal silahların cezalandırılmaması niyetinde olup olmadıkları ve niyetlerinin nasıl tespit edileceği sorusunu akıllara getirmiştir.

Bir görüşe göre, kimyasal ve biyolojik silah kullanımının Roma Statüsü’nde yer almamasının nedeni, müzakereler sırasında delegelerin nükleer silahların Statü’ye dahil edilmesi konusunda fikir birliğine varmamasıdır.⁷⁶ Konferansın son aşamalarında nükleer silahlar Statü taslağından çıkarılmış, nükleer silahlara ilişkin bir yasağın Statü’de yer almasını savunan delegasyonlar ise karşılıklılık ve denge eksikliği olduğu hissiyle dikkatlerini kimyasal ve biyolojik silahlara ilişkin yasağa karşı çıkmaya yöneltmişlerdir.⁷⁷ Bu yönelişin “nükleer silahlar Statü’ye dahil edilmeyecekse, fakirin kitle imha silahı olan kimyasal ve biyolojik silahlar da dahil edilmemelidir” anlayışından ileri geldiği ifade edilmektedir.⁷⁸ Fakat bu yeni tartışmaları çözmek için çok az bir zaman kalması sebebiyle onaylanma ihtimali en yüksek olan bir taslağın önerilmesi amacıyla nihai taslakta herhangi bir kitle imha silahından bahsedilmemiştir.⁷⁹ Hem Genel Kurul hem de Genel Komite Bürosu özet kayıtlarının incelenmesi konferans süresince kimyasal ve biyolojik silahların kullanımının bir savaş suçu

⁷⁵ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, s. 19 vd. <https://digitallibrary.un.org/record/253772#record-files-collapse-header> (Erişim Tarihi: 30.03.2021)

⁷⁶ Kara Allen, Scott Spence, Rocío Escauriaza Leal, “Chemical and Biological Weapons Use in the Rome Statute: A Case for Change”, *Vertic Brief*, 14, February 2011, s. 2.

⁷⁷ A.g.e, s. 6.

⁷⁸ Roger S. Clark, “Building on Article 8(2)(b)(xx) of the Rome Statute of the International Criminal Court: Weapons and Methods of Warfare”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, No. 3 (Summer 2009), University of California Press, ss. 366-389, s. 376, Allen, Spence, Leal, s. 7.

⁷⁹ Allen, Spence, Leal, s. 6.

olarak listelenmesine delegelerin açıkça itiraz etmediklerini ortaya koymaktadır.⁸⁰

Roma Konferansı, kimyasal ve biyolojik silah kullanımının, bu silahlara özgü nedenlerden dolayı değil de daha çok delegelerin nükleer silah kullanımına ilişkin bir yasağın dahil edilip edilmemesi hususunda anlaşamadıkları harici bir nedenden ileri geldiğini göstermektedir.⁸¹

2010 yılında Kampala’da gerçekleştirilen Roma Statüsü’nün Birinci Gözden Geçirme Konferansı’ndan önce Belçika, Roma Statüsü için bir takım değişiklikler önermiştir.⁸² Belçika tarafından önerilen ve 14 devlet tarafından da desteklenen bu değişikliklerden biri de uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışma durumlarında biyolojik ve kimyasal silahların, anti personel mayınlarının ve bazı konvansiyonel silahlara ilişkin Sözleşmeler⁸³ kapsamındaki bazı silahların doğrudan savaş suçları listesine eklenmesidir.⁸⁴ Değişiklik teklifinin gerekçesinde, değişiklik taslağının, dünyadaki Devletlerin beşte dördünden fazlasının onayladığı veya kabul ettiği uluslararası anlaşmalarla yasaklanan belirli silahların kullanımına atıfta bulunduğu, bu antlaşmalardan bazılarının neredeyse evrensel olarak onaylanmış olduğu, çok sayıda Devlet tarafından uluslararası teamül hukuku olarak kabul edildiği belirtilmiştir.⁸⁵ Değişiklik teklifinin birinci paragrafının, biyolojik, kimyasal ve anti personel

⁸⁰ A.g.e., s. 6.

⁸¹ Allen, Spence, Leal, s. 7.

⁸² Belgium, Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, 29 September 2009. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2009/CN.733.2009-Eng.pdf> (Erişim Tarihi: 04.11.2021).

⁸³ Bakteriyolojik ve Toksin Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanması Yasaklanması ve İmha Edilmesi Sözleşmesi, 10 Nisan 1972, Londra, Moskova ve Washington, Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretim, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme, 13 Ocak 1993, Paris, Anti-Personel Mayınların Kullanımının, Depolanmasının, Üretim ve Devredilmesinin Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme, Ottawa, 18 Eylül 1997. Ayrıca bkz: Hennie Strydom, “Prohibited Weapons and the Means and Methods of Warfare in the Rome Statute”, *South African Yearbook of International Law*, Vol. 35 (2010): 97-110.

⁸⁴ Belgium, Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, s. 5.

⁸⁵ Belgium, Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, s. 5.

mayınlarının ve bazı konvansiyonel silahların uluslararası bir silahlı çatışma durumunda kullanımını suç saydığını, (Roma Statüsü madde 8, paragraf 2, b), ikinci paragrafın ise, UCM' nin yargı yetkisini, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma durumunda bu tür silahların kullanılmasına kadar genişlettiği (Roma Statüsü madde 8, paragraf 2, e) ifade edilmiştir.⁸⁶ Ancak değişiklik teklifi kabul edilmesine rağmen, yeterli zaman kalmaması sebebiyle bu Konferans' ta ele alınamamıştır.⁸⁷ Bu durum eğer taraf devletlerin kimyasal silahları Roma Statüsü'nün yargı yetkisi dışında bırakma yönünde bir iradeleri varsa onun bir yansıması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bunun bir etkisinin bulunup bulunmadığı sorusunu akıllara getirebilir. Dörr/Schmalenbach'a göre, hazırlık çalışmalarını yorumlama konusunda sabit kurallar yoktur, ancak bazı pratikler bulunmaktadır.⁸⁸ Örneğin, güvenilir bir metnin müzakere sürecinde bazı bölümlerinin silinmesi veya değişikliklerin reddedilmesinden çıkarılabilecek sonuçlarla ilgili soru oldukça sık gündeme gelmektedir.⁸⁹ UAD, Namibya görüşünde belirli bir önerinin uluslararası bir organ tarafından kabul edilmemesinin, önerilene zıt bir manada toplu bir açıklama yapıldığı çıkarımını mutlaka beraberinde getirmeyeceğini belirterek, reddedilmeyi veya onaylanmamayı belirleyen birçok nedenin olabileceğine işaret etmiştir.⁹⁰

Kevin Jon Heller, 120 Devletin Roma Statüsü'nü kabul ettiklerinde ne amaçladıklarını değerlendirmenin bir önemi olmadığını, önemli olanın 120 devletin Roma Statüsü'nün 8. maddesini nasıl anladığının bilinip bilinmediği olduğunu belirtmektedir.⁹¹ Müzakerelerin sonuçlarından memnun olup olmadıklarına bakılmaksızın, 120 devletin hepsi, kabul ettikleri Roma Statüsü'nün biyolojik veya kimyasal silahların kullanımını

⁸⁶ Belgium, Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, s. 5.

⁸⁷ Allen, Spence, Leal, s. 8.

⁸⁸ Dörr, Schmalenbach, s. 631.

⁸⁹ Dörr, Schmalenbach, s. 631.

⁹⁰ ICJ Reports, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971, p. 16, para. 69.

⁹¹ Kevin Jon Heller, "The Rome Statute Does Not Criminalise Chemical and Biological Weapons", *OpinioJuris*, 05.11.2015. <http://opiniojuris.org/2015/11/05/why-the-rome-statute-does-not-criminalise-chemical-and-biological-weapons/> (Erişim Tarihi: 01.07.2020).

suç saymadıklarının farkındalardı ve niyetleri bunların kullanımının suç sayılmamasıydı.⁹² Nükleer silahlara ilişkin tartışma sebebiyle kimyasal ve biyolojik silahlar Roma Statüsü kapsamına dahil edilemez ve bunların Statü kapsamında kovuşturulabilmesi için kapsamlı bir yasaklama ile Statü'nin bir ekinde yer alması gerekir.⁹³ Ayrıca VAHS m. 31/4 " tarafların bir terime özel bir mana vermek istediklerinin tespiti durumunda o terime o mananın verileceğini" düzenlemekte, bu da hazırlık aşamaları çerçevesindeki şüphesini reddetmektedir.⁹⁴ Heller, Roma Statüsü'nün kimyasal, biyolojik ve nükleer silahların kullanımını suç sayması gerektiğine inanmakla birlikte, antlaşmaların hala devlet iradesinin ifadesi olduğunu, yani devletlerin kusurlu antlaşmalar yapmakta özgür olduğunu belirterek ABD savunma eski bakanı Donald Rumsfeld'in "sahip olduğunuz antlaşmayı uygularsınız, olmasını istediğiniz antlaşmayı değil" sözünü hatırlatmaktadır.⁹⁵

William A. Schabas ise, bakteriyolojik ve kimyasal silahlara atıfta bulunan sondan önceki taslağın gereksiz acı ve gereksiz zararlara neden olan ve ayırım gözetmeyen silahlar üzerinde nükleer silahları kapsayacak kadar geniş bir yasak içermesine rağmen metinden çıkarıldığını, bunun da nükleer silahların hariç tutulmasına tepki gösteren bazı nükleer olmayan devletleri yatıştırmak için tasarlanmış bir uzlaşma olduğunu ifade etmektedir.⁹⁶ Bu durumun Roma Statüsü'nün biyolojik ve kimyasal silahları kapsamadığı argümanında 8. maddenin taslak geçmişine dayandırıldığını belirten Dapo Akande, bir antlaşmanın öncelikle hazırlık

⁹² Luisa Vierucci, "Obligation to Prosecute CBRN-Related International Crimes", *International Law and Chemical, Biological, Radio-Nuclear (CBRN) Events*, Chapter 32, 2022, Brill | Nijhoff, ss. 579-598, s. 583, Heller.

⁹³ Robert Cryer, "Commentary on the Rome Statute for an International Criminal Court: A Cadenza for the Song of Those Who Died in Vain?", *Journal of Armed Conflict Law*, December 1998, Vol. 3, No. 2 (December 1998), ss. 271-286, Oxford University Press, s. 275.

⁹⁴ Heller.

⁹⁵ A.g.e.

⁹⁶ William A. Schabas, "Chemical Weapons: Is it a Crime?", *Phd Studies in Human Rights*, 29 Nisan 2013. <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2013/04/chemical-weapons-is-it-crime.html> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

aşamalarından hareketle yorumlamanın doğru olmadığı kanaatindedir.⁹⁷ Akande'ye göre VAHS'nin 32. maddesi uyarınca, hazırlık çalışmaları sadece belirsizliği gidermek için tamamlayıcı veya ikincil bir yorumlama aracı olarak kullanılmalıdır.⁹⁸ Alex Whiting'e göre de 120 ülkenin Roma Statüsü'nü kabul ettiklerinde neyi amaçladıklarını değerlendirmek neredeyse imkansızdır ve bu nedenle antlaşmanın yalın dili (burada da olduğu gibi) açık olduğunda geçerli olmalıdır.⁹⁹

B. ROMA STATÜSÜ BAKIMINDAN

Roma Statüsü m. 8/2(b), uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ciddi ihlallerini savaş suçu kapsamında düzenlemiş ve "zehir veya zehirli silahların kullanılması" ile "boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı, malzeme veya cihazlar kullanılması" durumunu da bu kapsama dahil etmiştir. 2010'daki Kampala İnceleme Konferansı'nda Roma Statüsü m. 8/2-e'de bir değişiklik¹⁰⁰ kabul edilmiş ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalardaki savaş suçları listesi "zehir veya zehirli silah kullanma" ve "boğucu, zehirli veya diğer gazları ve tüm benzer sıvıları, malzemeleri veya cihazları kullanma"yı da içerecek şekilde genişletilmiştir.¹⁰¹ 121. maddenin 5. fıkrası uyarınca bu değişiklik, onu onayla-

⁹⁷ Dapo Akande, "Can the ICC Prosecute for Use of Chemical Weapons in Syria? EJIL:Talk!" *Blog of the European Journal of International Law*, 23 Ağustos 2013. <https://www.ejiltalk.org/can-the-icc-prosecute-for-use-of-chemical-weapons-in-syria/> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

⁹⁸ A.g.e.

⁹⁹ Alex Whiting, "The International Criminal Court, the Islamic State, and Chemical Weapons", *Just Security*, 4 Kasım 2015. <https://www.justsecurity.org/27359/icc-islamic-state-chemical-weapons/> (Erişim Tarihi: 01.07.2020).

¹⁰⁰ International Criminal Court, Review Conference of the Rome Statute, *Draft resolution amending article 8 of the Rome Statute*, RC/WGOA/1/Rev.2, 4 June 2010, Kampala. <https://asp.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/234A4C10-5526-4F4E-8C36-A37A7D91D963/0/RCWGOA1Rev2ENG.pdf> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

¹⁰¹ Ayrıca, Temyiz Dairesi'nin uluslararası hukukun iç silahlı çatışmalarda kimyasal silah kullanımını yasakladığını ve bu yasağın uluslararası ceza hukukunda da mevcut olduğunu ifade eden Tadic kararı için bkz: ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "DULE", Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Para. 119-128.

yan her taraf devlet için yürürlüğe girecektir.¹⁰² 1 Nisan 2021 tarihi itibarıyla 40 devlet değişikliği onaylamıştır.¹⁰³

Allen/Spence/Leal'e göre Roma Statüsü'nün savaş suçlarını tanımlayan maddesinde yer alan iki hüküm (m. 8/2-b (xvii) ve (xviii)) zımnen kimyasal ve biyolojik silahlara atıfta bulunabilir olsa da tüm kimyasal silahların ve biyolojik silahların buna dahil olup olmadığı net değildir.¹⁰⁴

Akande'ye göre "zehir ve zehirli silahlar" ve "boğucu, zehirli veya diğer gazlar" kelimeleri kimyasal silahların bir çeşidini kapsayacaktır.¹⁰⁵ İkinci ifade kimyasal silahları kapsamak amacıyla Cenevre Gaz Protokolü'nden¹⁰⁶ alınmıştır ve Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin bu ifadeyi kullanmaması Roma Statüsü'nün kimyasal silahları kapsamadığı anlamına gelmez.¹⁰⁷ Yazara göre bir gaz şeklinde olmayan silahlar m. 8/2-b (xvii)'nin kapsamına girmese de bu tartışmaya açıktır; çünkü zehirli (*poisonous*) ve toksik (*toxic*) kelimeleri büyük ölçüde eşanlamlıdır ve ayrıca pek çok kimyasal silah boğulma neticesinde ölüm ya da yaralanmaya sebep olmaktadır.¹⁰⁸ Allen/Spence/Leal'e göre ise, m. 8/2-b (xviii)'deki boğucu, zehirli veya diğer gazlar ve tüm benzer sıvılar, malzemeler ya da cihazlar genel olarak bazı kimyasal silahları kapsayacak şekilde yorumlanabilirse de tahriş ediciler gibi diğer kimyasal ajanlar zehir

<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

¹⁰² Akande.

¹⁰³ United States Treaty Collection, Depositary, Status of Treaties, 10. a Amendment to article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 10 June 2020. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XV-III-10-a&chapter=18&clang=_en (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

¹⁰⁴ Allen, Spence, Leal, s. 2.

¹⁰⁵ Akande.

¹⁰⁶ United Nations, Office for Disarmament Affairs, *Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare*, 1925. <https://www.un.org/disarmament/wmd/bio/1925-geneva-protocol/> (Erişim Tarihi: 30.06.2020)

¹⁰⁷ Akande.

¹⁰⁸ A.g.e.

olmadıklarından bu kapsama dahil edilmeyebilir.¹⁰⁹ Suç Unsurları'nda her iki düzenleme (m. 8/2-b (xvii) ve (xviii)) için de “olayların olağan seyrinde, ölüme veya sağlığa ciddi zararlara neden olacak şekilde” şartı getirilmiştir.¹¹⁰ Bu şart, isyan kontrol ajanlarının kullanımının, savaş suçunun kapsamı dışında tutulduğunu göstermektedir.¹¹¹ Çünkü olayların olağan seyrinde isyan kontrol gazları kullanmak, genellikle ölüm veya sağlığa ciddi zararla sonuçlanmaz.¹¹²

Ralf Trapp, Roma Statüsü'nde Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin kullandığı “kimyasal silah” kavramı bulunmasa da “zehir veya zehirli silahların kullanılması” ve “boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı, malzeme veya cihazlar kullanılması” terimlerinin 8. maddede bulunan savaş suçları altında düzenlendiğini ve 8. maddenin klor veya hardal gazının bir savaş silahı olarak kullanılması için de doğrudan uygulanacağını, dolayısıyla böyle bir kullanımın da UCM' nin yetkisi kapsamına gireceğini ifade etmektedir.¹¹³ Ayrıca Roma Konferansı'nda bu suçların örf ve adet hukuku statüsü tartışılmasa da kimyasal silahlar ve biyolojik ve zehirli silahlar savaş suçlarına ilişkin örf ve adet hukukuna göre eşit derecede yasaklanmıştır.¹¹⁴ Allen/Spence/Leal'e göre de,

¹⁰⁹ Allen, Spence, Leal, s. 10.

¹¹⁰ International Criminal Court, *Elements of Crimes*, The Hague, 2013, s. 18. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (Erişim Tarihi: 03.11.2022).

¹¹¹ Robin Geiß, “Poison, Gas and Expanding Bullets: The Extension of the List of Prohibited Weapons at the Review Conference of the International Criminal Court in Kampala”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Volume 13, Cambridge University Press/Springer, 2010, ss. 337-352, s. 343, Amal Alamuddin, Philippa Webb, “Expanding Jurisdiction over War Crimes under Article 8 of the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice* 8, Oxford University Press, 2010, ss. 1219-1243, s. 1227.

¹¹² Geiß, s. 343, Alamuddin, Webb, s. 1227.

¹¹³ Ralf Trapp, “The Investigation Into the Islamic State and Chemical Weapons”, *Just Security*, 27 Ekim 2015. <https://www.justsecurity.org/27116/investigation-islamic-state-chemical-weapons/> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

¹¹⁴ Robert Cryer/Hakan Friman/Darryl Robinson/Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Second Edition, Cambridge University Press, 2010, s. 304, United Nations, *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological*

uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalarda kimyasal ve biyolojik silah kullanımına dair yasak uluslararası teamül hukuku statüsüne ulaşmıştır.¹¹⁵ Uluslararası örf ve adet hukuku, UAD Statüsü m. 38/1 (b)'de "hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallar" olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, bir uygulama, eğer devletler arasında tutarlıysa ve belirli bir süre boyunca devam ediyorsa ve devletler, uygulamanın yasal olarak zorunlu olduğuna inanıyorsa (opinio juris) tüm devletleri bağlayıcı bir geleneksel hukuk normuna dönüşebilir.¹¹⁶ Opinio juris'i belirlemenin önceden belirlenmiş bir yöntemi olmasa da belirli bir uygulamanın kanuni yasaklarının geçmişi, o uygulamadan kaçınmanın kanuni şekilde zorunlu olarak algılanma derecesinin bir yansıması olabilir.¹¹⁷ Kimyasal silahlar uzun bir süredir uluslararası hukuk tarafından yasaklanmıştır ve genelde kimyasal silahları da kapsadığı anlaşılan "zehir veya zehirli silahlar ve boğucu gazlar" ifadesi başta 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri olmak üzere birtakım belgelerle yasaklanmıştır ve her iki düzenleme de uluslararası teamül hukuku kuralı gücüne sahiptir.¹¹⁸

Roma Statüsü'nün 8. maddesi savaş suçlarını düzenlemektedir. İlgili maddenin 2. fıkrasında ise savaş suçu kapsamına "uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ciddi ihlalleri"ni alarak bu fiillerin neler olduğunu sıralamıştır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi Uluslararası İnsancıl Hukuk Danışma Servisi'nin hazırlamış olduğu Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Kapsamında Savaş Suçları ve Uluslararası İnsancıl Hukuktaki Kaynakları isimli karşılaştırmalı tabloda 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokol I ve diğer ilgili metinlerin ciddi ihlalleri kısmında, biyolojik silah kullanımı, kimyasal silah kullanımı ve ayaklanma kontrol ajanlarının bir savaş yöntemi olarak kullanılmasının yasak olduğu

(*Biological and Toxin Weapons and on Their Destruction*, 1972. <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/12/BWC-text-English.pdf> (Erişim Tarihi: 01.04.2021), 1993 Kimyasal Silahlar Sözleşmesi.

¹¹⁵ Allen, Spence, Leal, s. 3.

¹¹⁶ Brian D. Lepard, *Customary International Law A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010, s. 6.

¹¹⁷ Allen, Spence, Leal, s. 3.

¹¹⁸ A.g.e., s. 4.

belirtilerek Uluslararası Kızılhaç Komitesi Geleneksel İnsancıl Hukuk Çalışması'nın 73, 74 ve 75. kurallarına atıfta bulunulmuştur.¹¹⁹ Adı geçen çalışmada, uluslararası silahlı çatışmalarda Roma Statüsü de dahil olmak üzere bir dizi uluslararası antlaşmada kimyasal silah kullanımının yasaklandığı belirtilerek Roma Statüsü m. 8(2)(b)(xviii)'e atıfta bulunulmuştur.¹²⁰ Ayrıca Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nde yer alan kimyasal silahların kullanımının yasaklanmasının, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar da dahil olmak üzere her koşulda geçerli olduğu belirtilmiştir.¹²¹ Buna göre, devletlerin genellikle uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için farklı bir askeri silah seti olmadığından uygulama, kuralın hem uluslararası hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilirliği açısından uyumludur.¹²² Uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda kimyasal silahların yasal olarak kullanılabilceğini iddia eden bir devlet olmadığı gibi, aksine, kimyasal silahların kesinlikle kullanılmaması ve yok edilmesi gerektiğine dair çok sayıda ifade bulunduğu belirtilmiştir.¹²³

Bir görüşe göre ise, kullanım koşullarına bağlı olarak, Roma Statüsü m. 8(2)(c)(i) kapsamında zalimane muamele, m.8(2)(e)(i) kapsamında sivil halka karşı kasıtlı saldırılar ya da sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmesi halinde m. 7(1)(a) veya (k) kapsamında insanlığa karşı suç teşkil edebilir.¹²⁴

¹¹⁹ ICRC, Advisory Service on International Humanitarian Law, War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court and Their Source in International Humanitarian Law, Comparative Table, s. 10. <https://www.icrc.org/en/document/war-crimes-under-rome-statute-international-criminal-court-and-their-source-international> (Erişim Tarihi: 07.11.2021).

¹²⁰ Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005, s. 259.

¹²¹ Henckaerts, Doswald-Beck, s. 261.

¹²² A.g.e., s. 262.

¹²³ A.g.e., s. 263.

¹²⁴ Andreas Zimmermann, Meltem Şener, "Chemical Weapons and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, Vol. 108, No. 3 (July 2014), ss. 436-448, s. 448.

SONUÇ

UCM'nin kurulması ile, uluslararası suçların cezasız kalmaması ve yeni suçların işlenmesinin önüne geçilmesi amacıyla uzun yıllardan beri süren uluslararası ve daimi bir ceza mahkemesi arayışına ilişkin bir adım atılmıştır. Fakat bu arayış büyük ölçüde Mahkemenin kurulması açısından son bulmuş olup, uluslararası ceza adaletinin tesisi açısından hala varlığını sürdürdüğü gözlemlenmektedir.

“İnsanlığa karşı suçlar”ın işlenmesinde kullanılan silahların bir çeşidini de kimyasal silahlar teşkil etmektedir. Fakat kimyasal silah teriminin açıkça Roma Statüsü'nde yer almaması, daha da önemlisi taslak metinde yer almasına rağmen daha sonra çıkarılması kimyasal silahların bilinçli olarak UCM'nin yargı yetkisinden çıkarılıp çıkarılmadığı sorusunu gündeme getirmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere bu sorun, antlaşmaların yorumlanması ile ilgilidir. Uluslararası antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar dikkate alındığında kimyasal silahların Mahkemenin yargı yetkisine dahil edilmesi mümkün görünmektedir. Çünkü taraf devletlerin kimyasal silahları taslak metinden, Mahkemenin yargı yetkisi dışında bırakma niyeti ile çıkardıkları, kesin bir biçimde anlaşılmamaktadır. Ayrıca hazırlık çalışmaları, 1969 tarihli VAHS'nin 32. maddesi ve UHK'nin yukarıdaki yorumu da göz önünde bulundurulduğunda, belirsizliği gidermek için tamamlayıcı bir yorum aracıdır. Fakat taraf devletler kimyasal silahlar konusunda bir düzenlemeye gitmeyerek sessiz kalmıştır. Hazırlık çalışmalarında yer almasına rağmen Statü'nün nihai halinde yer alması, yukarıda da bahsedildiği üzere nükleer silahlara ilişkin tartışmanın neticesinde olmuştur. Ancak uluslararası hukukta kimyasal ve biyolojik silah kullanımının nükleer silah kullanımından farklı şekilde ele alındığı belirtilmektedir.¹²⁵ Çünkü 1968 tarihli Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması, 1972 Bakteriyolojik ve Toksin Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanması Yasaklanması ve İmha Edilmesi Sözleşmesi ve 1993 Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretimimin, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili

¹²⁵ Allen, Spence, Leal, s. 11.

Sözleşme'nin aksine, kullanımını yasaklamamıştır.¹²⁶ Yani taraf devletlerin kimyasal silah kullanımını Roma Statüsü'nün yargı yetkisi dışında bırakma niyetlerine yönelik açık ve kesin bir emare bulunmamaktadır.

Ayrıca Statü'nün 8. maddesinde düzenlenen "zehir veya zehirli silahların kullanılması" ve "boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı, malzeme veya cihazlar kullanılması" pek tabii ki kimyasal silahları da kapsayabilecektir. Çünkü zehirli silah, gaz ve sıvılar da çeşitli kimyasallardan oluşmaktadır. Bunun yanında m. 8/2-b'de yer alan "uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer '*ciddi ihlalleri*' " düzenlemesi gereği kimyasal silah kullanımı insancıl hukuk kuralları kapsamında da değerlendirilebilir.

1969 tarihli VAHS'nin 31. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle" yorumlama kuralının bir gereği olarak da kimyasal silahların, "insanlığın vicdanını derinden sarsan zulümlerin ve uluslararası topluma yönelik ciddi suçların cezasız kalmamasını" amaç edinen Statü ile UCM'nin yargı yetkisine dahil olduğu kanaatindeyiz. Tabii ki tüm bu tartışmaları çözüme kavuşturmak yolunda atılacak en yerinde adım Roma Statüsü'nde yapılacak bir değişiklik olacaktır.

¹²⁶ A.g.e., s. 11.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Einrichtung eines internationalen Strafgerichtshofs war schon immer ein Bedürfnis der internationalen Gemeinschaft, um die humanitären Tragödien in der Welt zu bestrafen, neue menschliche Tragödien zu verhindern und vor allem um Kriegsverbrechen zu verurteilen.

Im Vorwort des Römischen Statuts heißt es, dass schwere Verbrechen den Frieden, die Sicherheit und das Wohlergehen der Welt bedrohen. Bei der Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofs mit dem Römischen Statuts ist es beabsichtigt, dass die schwersten Verbrechen gegen die internationale Gemeinschaft insgesamt nicht ungestraft bleiben und dass eine wirksame Strafverfolgung durch Maßnahmen auf nationaler Ebene und eine verstärkte internationale Zusammenarbeit sichergestellt wird. Die Vertragsstaaten haben das Römische Statut unterzeichnet und erklärt, dass sie entschlossen sind, die Straflosigkeit der Täter dieser Verbrechen zu beenden und zur Verhütung solcher Verbrechen beizutragen. Im Jahr 1998 wurde das Römische Statut verabschiedet.

Zu den Kritikpunkten, die an den Gerichtshof herangetragen wurden, gehört, dass der Begriff Chemiewaffen nicht explizit in den Bestimmungen des Römischen Statuts enthalten ist, die die sachliche Zuständigkeit des Gerichtshofs in Bezug auf das Thema regeln. Neben der Tatsache, dass der Begriff Chemiewaffen nicht explizit enthalten ist, ist der Hauptdiskussionspunkt die Streichung dieses Begriffs aus der endgültigen Fassung des Textes, obwohl er im Entwurf der Artikel des Statuts enthalten ist. Dies führte zu der Debatte, ob die Vertragsstaaten der Konvention den Einsatz chemischer Waffen absichtlich ungestraft ließen.

Einige Autoren sind der Meinung, dass der Begriff Chemiewaffen absichtlich aus dem Statut entfernt wurde und daher nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs fällt, während einige Autoren der Meinung sind, dass der Einsatz chemischer Waffen im Rahmen anderer im Statut verbotener Handlungen bestraft werden kann.

Gemäß Artikel 31/1, die die allgemeine Auslegungsregel des Wiener Übereinkommens von 1969 über das Recht der Verträge regelt; "Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen."

Absatz 2 des Artikels 31 zielt darauf ab, zu definieren, was der Kontext der Verträge umfasst. Hierbei handelt es sich um Einführungen und Anhänge sowie gegebenenfalls um alle anderen relevanten Vertragstexte, die zwischen den Parteien geschlossen wurden und die späteren einschlägigen Einstellungen der Parteien werden auch berücksichtigt.

Die Tatsache, dass diese beiden Arten von Dokumenten in Absatz 2 als Teil des "Kontextes" erwähnt werden, erfordert nicht unbedingt, dass sie als integraler Bestandteil des Vertrags angesehen werden. Ob sie tatsächlich Bestandteil des Vertrags sind, hängt in jedem Fall von den Absichten der Parteien ab. Zur Auslegung der Vereinbarung sollten diese in Absatz 2 vorgesehenen Kategorien von Dokumenten als Teil des Kontextes betrachtet werden, um die gewöhnliche Bedeutung der Vertragsbedingungen zu erreichen, und nicht als absoluter Beweis für die Lösung der Unklarheit und Mehrdeutigkeit.

Im 4. Absatz des 31. Artikels des Wiener Übereinkommens heißt es: "Eine besondere Bedeutung ist einem Ausdruck beizulegen, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben." Absatz 4 sieht einen gewissen Grad an außergewöhnlichen Umständen vor. Unabhängig von der kontextuellen Bedeutung des Begriffs haben die Parteien die Absicht, ihm eine besondere Bedeutung zu geben. Wenn eine Abweichung von der gewöhnlichen Bedeutung eines Begriffs vorliegt, demnach reicht es nicht aus, zu beweisen, dass eine Partei einen bestimmten Begriff nur in einem bestimmten Sinn verwendet. Die Absichten der beiden Parteien ist zu beweisen.

Der 32. Artikel des Wiener Übereinkommens regelt, dass Ergänzende Auslegungsmittel, insbesondere die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses herangezogen werden können, um die Bedeutung zu bestätigen, die sich aus der Anwendung von Artikel 31 ergibt, oder um die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Artikel 31 a) die Bedeutung mehrdeutig oder unklar lässt oder b) zu einem offensichtlich sinnlosen oder unvernünftigen Ergebnis führt.

Unter Berücksichtigung der Regeln zur Auslegung internationaler Verträge scheint es möglich, chemische Waffen in die Zuständigkeit des Gerichtshofs einzubeziehen. Denn es ist nicht eindeutig zu erkennen, dass die Vertragsstaaten chemische Waffen mit der Absicht aus dem Textentwurf ausgeschlossen haben, sie von der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs

auszuschließen. Darüber hinaus ist die vorbereitende Arbeit ein ergänzendes Interpretationsinstrument, um die Mehrdeutigkeit zu beseitigen, unter Berücksichtigung des 32. Artikels der Wiener Übereinkommens von 1969 und der Interpretation der Völkerrechtskommission.

Als Erfordernis der Auslegungsregel in Artikel 31 Absatz 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge von 1969 sollten chemische Waffen in die Zuständigkeit des Statuts aufgenommen werden, das beabsichtigt, dass die Gräueltaten, die das Gewissen der Menschheit zutiefst erschüttern, und schwere Verbrechen gegen die internationale Gemeinschaft nicht ungestraft bleiben. Die in Artikel 8 des Statuts geregelte "Verwendung von Gift oder giftigen Waffen" und "die Verwendung erstickender, giftiger oder gleichartiger Gase sowie aller ähnlichen Flüssigkeiten, Stoffe oder Vorrichtungen" natürlich umfassen auch chemische Waffen da auch giftige Waffen, Gase und Flüssigkeiten aus verschiedenen Chemikalien bestehen.

KAYNAKÇA**Kitap / Makale / Tez**

AKANDE, Dapo. "Can the ICC Prosecute for Use of Chemical Weapons in Syria? EJIL:Talk!" *Blog of the European Journal of International Law*, 23 Ağustos 2013. <https://www.ejiltalk.org/can-the-icc-prosecute-for-use-of-chemical-weapons-in-syria/> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

ALAMUDDIN, Amal / WEBB, Philippa. "Expanding Jurisdiction over War Crimes under Article 8 of the ICC Statute". *Journal of International Criminal Justice* 8. Oxford University Press, 2010, ss. 1219-1243.

ALLEN, Kara / SPENCE, Scott / LEAL, Rocío Escauriaza. "Chemical and Biological Weapons Use in the Rome Statute: A Case for Change", *Vertic Brief*, 14 February 2011.

ASLAN, M. Yasin. *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2017.

ASLAN, M. Yasin. *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2016

AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd Edition, New York: Cambridge University Press, 2007.

ÇAŞIN, Mesut Hakkı. *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, Cilt I, Legal, İstanbul: 2013.

CLARK, Roger S. "Building on Article 8(2)(b)(xx) of the Rome Statute of the International Criminal Court: Weapons and Methods of Warfare", *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, No. 3 (Summer 2009), University of California Press, ss. 366-389.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*, Eighth Edition, Oxford University Press, 2012.

CRYER, Robert. "Commentary on the Rome Statute for an International Criminal Court: A Cadenza for the Song of Those Who Died in Vain?", *Journal of Armed Conflict Law*, December 1998, Vol. 3, No. 2 (December 1998), ss. 271-286, Oxford University Press.

CRYER, Robert / FRİMAN, Hakan / ROBINSON, Darryl / WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Second Edition, Cambridge University Press, 2010.

ÇELİK, Edip F. *Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap*, Filiz Kitabevi, İstanbul: 1984.

DÖRMANN, Knut. *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, New York: Cambridge University Press, 2004.

DÖRR, Oliver / SCHMALENBACH, Kirsten. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd Edition, Springer, 2018.

DUBLER, Robert / KALYK, Matthew. *Crimes against Humanity in the 21st Century Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, Brill/Nijhoff, Leiden; Boston: 2018.

ERDAL, Selcen. *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

FITZMAURICE, Malgosia / ELIAS, Olufemi / MERKOURIS, Panos. *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

GARDINER, Richard. *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, New York, 2011.

GEİŞ, Robin. "Poison, Gas and Expanding Bullets: The Extension of the List of Prohibited Weapons at the Review Conference of the International Criminal Court in Kampala", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Volume 13, Cambridge University Press/Springer, 2010, ss. 337-352.

GÜNDÜZ, Aslan. "Ege Denizi Kıta Sahaneliği Davası ve Bazı Düşünceler", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 1983, Cilt 3, Sayı 2, ss. 11-23.

HELLER, Kevin Jon. "The Rome Statute Does Not Criminalise Chemical and Biological Weapons", *OpinioJuris*, 05.11.2015. <http://opiniojuris.org/2015/11/05/why-the-rome-statute-does-not-criminalise-chemical-and-biological-weapons/> (Erişim Tarihi: 01.07.2020).

HENCKAERTS, Jean-Marie / DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge University Press, 2005.

KARATAŞ, Salih. *Uluslararası Hukukta Silahsızlanma ve Kimyasal Silahların Yasaklanması Örgütü (OPCW)*, Legal, İstanbul: 2015.

LA HAYE, Eve. *War Crimes in International Armed Conflict*, New York: Cambridge University Press, 2008

LEPARD, Brian D. *Customary International Law A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010.

MBENGUE, Makane Moise. "Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties)", *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2 (2016), ss. 388-412.

MORTENSON, Julian Davis. "The Travaux of Travaux: Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History?", *The American Journal of International Law*, Vol. 107: 780-822, 2013.

ÖNOK, R. Murat. *Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

RIS, Martin. "Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Boston College International Comperative Law Review*, Volume 14, Issue 1, Article 8, 12-1-1991.

SCHABAS, William A. *Genocide in International Law – The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2009.

SCHABAS, William A. "Chemical Weapons: Is it a Crime?", *Phd Studies in Human Rights*, 29 Nisan 2013. <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2013/04/chemical-weapons-is-it-crime.html> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

SHAW, Malcom N. *Uluslararası Hukuk*. Sekizinci Baskı, Çeviri Editörü: İbrahim Kaya, Çevirenler: Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara: 2018.

SHIRLOW, Esmé / WAIBEL, Michael. "A Sliding Scale Approach to Travaux in Treaty Interpretation: The Case of Investment Treaties", *British Yearbook of International Law*, March 2021.

SINCLAIR, Sir Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd Edition, Manchester University Press, 1984.

STAHN, Carsten. *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019.

STRYDOM, Hennie. "Prohibited Weapons and the Means and Methods of Warfare in the Rome Statute". *South African Yearbook of International Law*, Vol. 35 (2010): 97-110.

SUR, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul: 2017.

TRAPP, Ralf. "The Investigation Into the Islamic State and Chemical Weapons", *Just Security*, 27 Ekim 2015. <https://www.justsecurity.org/27116/investigation-islamic-state-chemical-weapons/> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

UYSAL, Gizem. *Nüremberg Mahkemesi'nden Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne Savaş Suçları*, Ankara: Yetkin, 2020.

ÜLGEN, Mert. *The Role of International Criminal Court on Universal Jurisdiction in Terms of Genocide*, Der Yayınları, İstanbul: 2018.

VIERUCCI, Luisa, "Obligation to Prosecute CBRN-Related International Crimes", *International Law and Chemical, Biological, Radio-Nuclear (CBRN) Events*, Chapter 32, 2022, Brill | Nijhoff, ss. 579-598.

WALDOCK, Sir Humphrey. Third report on the law of treaties, Document A/CN.4/167 and Add.1-3, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II.

WHITING, Alex. "The International Criminal Court, the Islamic State, and Chemical Weapons", *Just Security*, 4 Kasım 2015. <https://www.justsecurity.org/27359/icc-islamic-state-chemical-weapons/> (Erişim Tarihi: 01.07.2020).

YAĞMUROĞLU, Ozan. "Kimyasal Silahlara Yönelik Olarak Alınan Önlemlerin Kimyasal Silahlar Sözleşmesi Perspektifinde Değerlendirilmesi", *Afet ve Risk Dergisi*, 3(2), 2020, ss. 125-142.

ZIMMERMANN, Andreas/ŞENER, Meltem. "Chemical Weapons and the International Criminal Court". *The American Journal of International Law*, Vol. 108, No. 3 (July 2014), ss. 436-448.

Belgeler / Yargı Kararları

1993 tarihli Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme. *Resmi Gazete*, Tarih: 3 Mayıs 1997, Sayı: 22978. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22978_1.pdf (Erişim Tarihi: 31.03.2021).

Belgium, Draft Amendments to the Rome Statute on War Crimes, 29 September 2009. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2009/CN.733.2009-Eng.pdf> (Erişim Tarihi: 04.11.2021).

Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, s. 220. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (Erişim Tarihi: 30.12.2019).

ICRC, *Advisory Service on International Humanitarian Law, War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court and Their Source in International Humanitarian Law*, Comparative Table.

<https://www.icrc.org/en/document/war-crimes-under-rome-statute-international-criminal-court-and-their-source-international> (Erişim Tarihi: 07.11.2021).

ICJ Reports, “*Ambatielos Case (Merits: Obligation to Arbitrate)*”, Judgment of July 1st, 1952, p. 28.

ICJ Reports, “*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*”, Advisory Opinion, 1950, p. 4.

ICJ Reports, “*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*”, Jurisdiction of the Court, Judgment, 1973, p. 3.

ICJ Reports, “*Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*”, Judgment, 1978, p. 3.

ICJ Reports, “*Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*”, Advisory Opinion of May 28th, 1948, p. 57.

ICJ Reports, “*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*” (1970), Advisory Opinion, 1971, p. 16.

ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “DULE”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

International Criminal Court, *1998 Rome Statute of the International Criminal Court*, 2011. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

International Criminal Court, *Review Conference of the Rome Statute, Draft resolution amending article 8 of the Rome Statute*, RC/WGOA/1/Rev.2, 4 June 2010, Kampala. <https://asp.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/234A4C10-5526-4F4E-8C36-A37A7D91D963/0/RCWGOA1Rev2ENG.pdf> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

International Criminal Court, *Review Conference of the Rome Statute, Resolutions*, ICC-ASP/8/Res.6, s. 4. https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-8-Res.6-ENG.pdf (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

International Criminal Court, *Elements of Crimes*, The Hague, 2013, s. 18. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> (Erişim Tarihi: 03.11.2022).

Publications of the Permanent Court of International Justice. Series A.-No. 70 September 7th, 1927 Collection of Judgements the Case of the S.S. "Lotus".

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama, İhtisas Komisyonları, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Mevzuat, *Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü*. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDERS.htm (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

United Nations Conference on the Law of Treaties, *First and Second Sessions Vienna*, 26 March- 24 May 1968 and 9 April- 22 May 1969, A/CONF.39/C.1/L.156, Official Records, Document of the Conference, United Nations, New York, 1971.

United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998. <https://digitallibrary.un.org/record/253772#record-files-collapse-header> (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

United Nations, *Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction*, 1972. <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/12/BWC-text-English.pdf> (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

United Nations, Office for Disarmament Affairs, *Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare*, 1925. <https://www.un.org/disarmament/wmd/bio/1925-geneva-protocol/> (Erişim Tarihi: 30.06.2020).

United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

United States Treaty Collection, Depositary, Status of Treaties, *10. a Amendment to article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Kampala, 10 June 2020. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-a&chapter=18&clang=_en (01.04.2021).

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi. BM Enferyasyon Merkezi UNIC-Ankara. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Okuma/Viyana%20Andlasmalar%20Hukuku%2069.pdf> (Erişim Tarihi: 01.04.2021).

Die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen

Şirketler Hukukunda Korporatif Olmayan Sözleşme Hükümleri

Doç. Dr. Koray DEMİR*

ÖZ

Huzurdaki çalışmada şirketler hukukunda cari korporatif olmayan sözleşme hükümleri ele alınmaktadır. Bu sözleşme hükümlerine hissedarlar sözleşmesi veya bizatihi şirket sözleşmeleri içerisinde tesadüf edilmekte, bu hükümler alım, ön alım, önerilmeye muhatap olma gibi hakları içermektedir. Bu çalışma altında Türk Hukuku'nda anılan sözleşme hükümlerinin hukuki niteliği, şekli, süresi, feshi ve bu hükümlerin geçerliliği gibi soru ve sorunlar her bir şirket türü özelinde ele alınmakta ve cevaplanmaya çalışılmaktadır. Huzurdaki çalışmada ayrıca TK m. 340 ışığında anılan sözleşme hükümlerinin bağlayıcılığı sorgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yardımcı sözleşme, opsiyon, emredici hükümler ilkesi, geçerlilik.

Ancillary Restraints in Company Law

ABSTRACT

In this paper the so-called ancillary restraints in company law are being handled. These restraints are being observed in shareholders' agreements or statutes of companies. The most common restraints are the so-called options like put and, call options and/or tag along and drag along rights. This paper aims to provide answers to the questions like legal nature, formal requirements, duration, termination and validity of these agreements. This paper also deals with the so-called principle of statute stringency as it is foreseen in Art. 340 of the Turkish Commercial Code.

* Doç. Dr., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, k.demir@tau.edu.tr, ORCID no: 0000-0001-8447-1229.

Keywords: *Ancillary restraints, option, principle of statute stingency, validity.*

I. Grundlagen

Die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen entwickelten sich ab 1980er Jahren in der Praxis und unter dem Einfluss des Anglo-Amerikanischen Rechts.¹ Die 1980er Jahre sind diejenige, in denen der türkische Markt sich gegenüber den ausländischen Investoren mehr und mehr eröffnete und zwischen den einheimischen und ausländischen Unternehmern allmählich Kooperationen stattfanden. Die ersten Beispiele der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen sind dementsprechend im Zusammenhang mit solchen Kooperationsverträgen zu beobachten.

Da die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen die Produkte der Praxis sind, finden sie kaum Platz in Gesetzen. Im türkischen Handelsgesetzbuch („tHGB“) werden sie teilweise und nur mit dem Namen erwähnt, erfahren sie demnach keine detaillierte Regelung. So etwa wird im Art. 208 tHGB ein Kaufrecht zugunsten des sog. herrschenden Unternehmens vorgesehen.² Dies setzt jedoch voraus, dass der Anteilsprozent des herrschenden Unternehmens alleine oder zusammen mit weiteren konzernangehörigen Unternehmen am abhängigen Unternehmen mindestens 90 % beträgt und die Minderheit sich „störend“ verhält. Ein weiteres Beispiel ist sodann im Art. 577 tHGB zu finden, wo der Gesetzgeber den GmbH-Gesellschaftern ausdrücklich erlaubt, ohne sie näher zu beschreiben, einige gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen, wie etwa Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte, in die Satzung einzunehmen. Auf diese Regelung wird in folgenden Teilen der vorliegenden Arbeit wieder zurückzukommen sein.

In der türkischen Lehre werden die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen unter dem Oberbegriff „Aktionärsvertrag“

¹ Vgl. İsmail G., Esin,/Tunç Lokmanhekim, *Uygulamada Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul 2003, s. 2 ff.; Tolga Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, İstanbul 2018, s. 175.

² Vgl. dazu Leyla, Orak-Çelikboya, *Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkı*, İstanbul 2017, s. 47 ff.

behandelt.³ Denn, wie es in folgenden Teilen der vorliegenden Arbeit noch zu zeigen sein wird, die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen sind häufig in den sog. Familien- und Gemeinschaftsunternehmen anzutreffen und diese Unternehmen werden in türkischer Praxis traditionell in Form einer Aktiengesellschaft geführt. Zudem gilt im türkischen Aktienrecht seit 2012 das Prinzip der Satzungsstrenge⁴, wie wir es aus dem deutschen Recht kennen⁵, sodass die Aktionäre sich gezwungen sehen, die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen nicht etwa in der Satzung, sondern in einem „Aktionärsvertrag“ vorzusehen. Schließlich trifft man die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen nicht zuletzt deshalb in den Familien- und Gemeinschaftsunternehmen häufiger, denn in diesen Unternehmensformen die Person des Gesellschafters im Vordergrund steht und nicht jedoch seine Kapitalbeteiligung.

Davon ausgehend könnte man an dieser Stelle grob festhalten, dass die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen diejenige sind, mit denen die Gesellschafter in erster Linie das Innenverhältnis, d.h. das Verhältnis untereinander regeln.

Im türkischen Recht werden die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen wie folgt klassifiziert:⁶

- i. Bestimmungen über das Inkrafttreten der Vereinbarungen
- ii. Pflichten der Parteien gegenüber der Gesellschaft

³ Statt vieler vgl. Gül, Okutan-Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmesi*, İstanbul 2003, s. 2 ff.

⁴ Zum Inhalt des genannten Prinzips s. Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, İstanbul 2021, s. 343 ff.; Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Ankara 2015, s. 45 ff.; Tayfun Ercan, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 154, Haziran 2019, s. 1244-1248.

⁵ Zum deutschen Recht s. Heribert Hirte, Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit, *ZGR Sonderheft* 13, Berlin 1998, s. 61-96; Jens Koch, AktG § 23 V – Satzungsstrenge, *Hüffer/Koch, Aktiengesetz*, 13. Auflage, 2018.

⁶ Zu dieser Klassifikation s. Ayoğlu, s. 205 ff.; Esin/Lokmanhekim, s. 69 ff.; Okutan-Nilsson, s. 127 ff.

- iii. Abreden über die Beteiligungsrechte
- iv. Abreden über die Bestellung und Abberufung von Organen
- v. Abreden über den Erwerb und Verlust der Mitgliedschaftsstelle

Wie die Leserinnen und Leser auch merken können, reflektiert diese Klassifizierung mehr oder minder den typischen Inhalt eines Aktionärsvertrags.

II. Rechtsnatur

Wie oben erwähnt, behandelt die türkische Lehre die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen unter dem Oberbegriff „Aktionärsvertrag“. In der Lehre ist die Rechtsnatur des Aktionärsvertrags jedoch umstritten.⁷ Mehrheitlich wird in diesem Zusammenhang die These vertreten, dass ein Aktionärsvertrag schuldrechtlicher Natur ist und gegenüber der Gesellschaft keine Wirkungen entfaltet. Mit anderen Worten verbindet der Aktionärsvertrag nur die verabredenden Gesellschafter, nicht jedoch die Gesellschaft selbst.⁸ Beispielsweise enthält der Aktionärsvertrag eine sog. Stimmbindungsabrede. So soll der Gesellschafter dieser Abrede entsprechend seine Stimme in der Hauptversammlung abgeben. Die abgegebene Stimme ist jedoch auf jeden Fall gültig, selbst wenn der Gesellschafter mit seinem konkreten Stimmverhalten den Vertrag verletzt.

Auch unserer Ansicht nach ist der Aktionärsvertrag in erster Linie schuldrechtlicher Natur. Denn der Aktionärsvertrag wird unter den Gesellschaftern abgeschlossen und die Gesellschaft selber ist nicht die Partei des Vertrages. So gesehen soll der Vertrag seine Wirkungen, aufgrund seiner Relativität, allein unter den Parteien entfalten. An dieser Stelle wirft sich jedoch die Frage auf, was passiert, wenn der Vertrag auch von der Gesellschaft unterzeichnet worden ist. Unserer Ansicht nach ändert dies bei der Bestimmung der Rechtsnatur des Vertrages nichts. D.h., der Aktionärsvertrag ist und bleibt schuldrechtlicher Natur und die

⁷ Zur unterschiedlichen Meinungslage s. Ayoğlu, s. 177 ff.

⁸ Bestätigend hiezu vgl. auch das Urteil der 11. Kammer des türkischen Kassationsgerichts mit der Nummer 2019/1463 in der Rechtssache 2017/4658.

Gesellschaft, *in casu* das Verwaltungsorgan der Gesellschaft, selber hat keine Pflicht, zu überwachen, dass die einzelnen Gesellschafter sich vertragskonform verhalten. Dass die Gesellschaft an dem Vertrag teilgenommen hat, könnte unseres Erachtens nur dazu führen, dass die Gesellschaft schadenersatzpflichtig wäre, wenn sie ihre eigenen, mit dem Vertrag auf ihr auferlegten Pflichten nicht nachkommen würde. Mit anderen Worten würde der Aktionärsvertrag keinerlei korporationsrechtliche Wirkungen entfalten.

Wie wir jedoch wissen, können bestimmte gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen auch in den Gesellschaftsvertrag eingenommen werden. Im türkischen Recht kann dies etwa, abgesehen von den Aktiengesellschaften, wo das Prinzip der Satzungsstrenge strenge Geltung erhält und keine Ausnahmen erfährt, der Fall sein bei den sog. Personengesellschaften und der GmbH. An dieser Stelle wirft sich die Frage auf, ob sich bei der Frage der Rechtsnatur dieser Abreden danach etwas ändert, dass sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind. Unserer Ansicht nach wären die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen immer noch als schuldrechtliche Vereinbarungen einzustufen, selbst wenn sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind. Jedoch kann daraus eine Überwachungspflicht des Verwaltungsorgans gefolgert werden, sodass das Verwaltungsorgan darauf achten muss, ob das Verhalten des in Frage stehenden Gesellschafters vertragskonform ist. Über ein konkretes Beispiel könnten wir den Versuch unternehmen, das Vorgesagte besser zu erläutern: Sagen wir mal, der Gesellschaftsvertrag enthält ein Vorkaufsrecht zugunsten der Gesellschafter und der eine Gesellschafter hat seine Anteile an eine Drittperson veräußert, ohne sie vorher den anderen Gesellschaftern anzubieten. In diesem Fall sollte unseres Erachtens das Verwaltungsorgan sich verweigern, die Anteilsübertragung etwa in das Anteilsbuch einzutragen, weil sich der übertragende Gesellschafter nicht Gesellschaftsvertragskonform verhielt, weil das Leitungsorgan der Gesellschaft die Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag zu leiten hat.

An dieser Stelle sei schließlich erwähnt, dass, unseres Erachtens, die Frage der Rechtsnatur nicht aufgrund des kompletten Vertragswerks, sondern aufgrund der einzelnen Vereinbarungen vorgenommen werden sollte. Denn jede einzelne Abrede im Aktionärsvertrag verkörpert einen

selbstständigen Vertrag und so ist der Aktionärsvertrag im Ganzen und Großen eine Mischung von Subverträgen, welche unterschiedlicher Rechtsnatur sein können.⁹ So gesehen können wir uns auch der Lehrmeinung nicht beipflichten, welche ausführt, der Aktionärsvertrag bilde insgesamt eine einfache Gesellschaft^{10,11} Dem Aktionärsvertrag fehlt es zwar regelmäßig an austauschvertraglichen Elementen. Auch der Zweck des Gesamtvertragswerkes ist in aller Regel die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über das Unternehmen. Das Gesamtvertragswerk enthält jedoch beispielsweise auch Abreden über die Finanzierung der Gesellschaft. Diese Abreden können in vielen Fällen als ein Vertrag zugunsten Dritter¹² qualifiziert werden, wo in diesem Fall die Gesellschaft selbst die Drittperson ist und je nach dem Inhalt der Abrede die jeweiligen Finanzen von den Gesellschaftern selber verlangen kann. Darüber hinaus treffen die Parteien eines solchen Vertrages auch Optionsrechte im Sinne von Kaufs- und Vorkaufsrechten, wobei diese einzelnen Optionen eher als Gestaltungsrechte qualifiziert werden können als eine einfache Gesellschaft.

Vor diesem Hintergrund sind wir der Meinung, dass die Frage der Rechtsnatur zunächst je nach der konkreten Abrede zu beantworten. Wo es dem Gesamtvertragswerk an austauschvertragsrechtlichen Elementen ganz fehlt und der Zweck dessen in der gemeinsamen Kontrolle des Unternehmens liegt, dort könnte man sich zum Zwecke der Auslegung und/oder Ergänzung des Vertrages auch an die Vorschriften über die einfache Gesellschaft wenden.

III. Form

Die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen dürfen in der Regel formfrei abgeschlossen werden.¹³ Davon ausgehend erlangt eine

⁹ Gleicher Richtung Ayoğlu, s. 186 ff.

¹⁰ Die einfache Gesellschaft des türkischen Rechts ist der deutschen BGB-Gesellschaft ähnlich.

¹¹ Zu dieser Lehrmeinung s. statt vieler Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, İstanbul 2016, s. 117 f.

¹² Vgl. dazu Dilşah Buşra Kartal, *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, İstanbul 2021, s. 4 ff.

¹³ Davon ausgenommen sind die sog. Schiedsvereinbarungen, welche im

Nebenvereinbarung auch Geltung, selbst wenn sie mündlich abgeschlossen worden ist. Dies ist jedoch aufgrund der Beweisfragen nicht zu empfehlen.

An dieser Stelle sei schließlich erwähnt, dass die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen schriftlicher Form bedürfen könnten, wenn sie im Gesellschaftsvertrag vorzusehen wären. Denn abgesehen von der einfachen Gesellschaft, müssen alle anderen Gesellschaftsverträge im türkischen Recht entweder notariell beglaubigt oder vor dem Handelsregisterführer unterzeichnet werden.¹⁴

IV. Laufzeit/Kündigung

Die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen werden in der türkischen Praxis zumeist auf unbefristete Zeiten abgeschlossen. Die Geltungsdauer der Vereinbarungen wird in vielen Fällen auch von der Beibehaltung der jeweiligen Anteile abhängig gemacht. D.h. die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen gelten in meisten Fällen solange, dass die Parteien die Anteile der Gesellschaft innehaben.

Viele Verträge enthalten jedoch auch eine sog. Nachfolgeklausel. Nach dieser Nachfolgeklausel verpflichtet sich der Veräußerer der Anteile, dafür zu sorgen, dass der Neuerwerber in den Vertrag eintritt, sodass am Schluss nur ein Parteiwechsel stattfindet und der Vertrag mit dem neuen Erwerber weiterläuft.

Dass die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen unbefristet vereinbart werden, kann im türkischen Recht persönlichkeitsrechtliche Konsequenzen haben.¹⁵ An dieser Stelle sei deshalb schließlich davor gewarnt, dass die türkischen Gerichte 10 oder mehrjährige Verträge bei den natürlichen Personen und 20 oder mehrjährige Verträge bei den juristischen Personen als zu lang empfinden, sodass sie als persönlichkeitsrechteverletzend gelten können.¹⁶

türkischen Recht schriftlich zu vereinbaren sind, um Geltung zu erlangen. Vgl. hierzu Okutan-Nilsson, s. 73 f.

¹⁴ Hierzu Koray Demir, *Şirketler Hukuku Temel Bilgileri*, Ankara 2023, s. 57.

¹⁵ Anderer Meinung Okutan-Nilsson, s. 401.

¹⁶ Vgl. hierzu Akın Ünal, *Keleşme Sözleşmeleri*, Ankara 2017, s. 96 ff., 196 ff.

Da die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen zumeist auf unbefristete Zeiten abgeschlossen werden, können sie sowohl auf ordentliche als auch außerordentliche Weise gekündigt werden. Ordentliche Kündigung bedarf einer Fristsetzung. Wenn diese Frist nicht im Vertrag vorgesehen ist, können unseres Erachtens die Vorschriften über die einfache Gesellschaft analogisch angewendet werden, wo diese Gesellschaftsform mit einer Frist von mindestens sechs Monaten gekündigt werden kann.¹⁷

Für eine außerordentliche Kündigung braucht man im türkischen Recht sodann einen wichtigen Grund. Der wichtige Grund liegt in aller ersten Linie in Unzumutbarkeit, d.h. in einer positiven Vertragsverletzung.¹⁸

V. Publizität

Im türkischen Recht werden die Gesellschaftsverträge ins Handelsregister eingetragen und publiziert. Werden die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen dementsprechend in Gesellschaftsverträgen vorgesehen, so werden sie naturgemäß auch publik gemacht. Wie jedoch bereits erwähnt, können die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen auch außerhalb des Gesellschaftsvertrags in einem separaten Vertrag vorgesehen werden. Sie müssen sogar bei den Aktiengesellschaften aufgrund des dort geltenden Prinzips der Satzungsstrenge außerhalb der Satzung vorgesehen werden. In diesen Fällen schreibt das türkische Recht keinen Publizitätszwang vor.

Jedoch wissen wir von der Praxis, dass der Abschluss der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen zumeist einer Anteilsübertragung folgt. Vollständigkeitshalber müsste an dieser Stelle deshalb auch erwähnt werden, dass Art. 198 Abs. 1 tHGB Anteilsübertragungen, welche gewisse Schwellen (5, 10, 20, 25, 33, 50 oder 67 % der Anteile)¹⁹ überschreiten, für melde-, eintragungs- und

¹⁷ Demir, s. 51.

¹⁸ Statt vieler s. Oğuz İmregün, *Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar*, İstanbul 1989, s. 43 ff.

¹⁹ Bei börsenkotierten Gesellschaften liegt die Schwelle bei 10 %.

publizitätspflichtig erklärt. Nach Abs. 2 der gleichen Norm darf der Erwerber die Rechte, die sich aus den erworbenen Anteilen ergeben, nicht ausüben, solange er dieser Melde-, Eintragungs- und Publizitätspflicht nicht nachkommt.²⁰

Wie wir wissen, enthalten die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen in der Regel auch die sog. Stimmbindungen. Dementsprechend kommen die Gesellschafter überein, dass sie ihr Stimmrecht gemeinsam und in gleicher Richtung ausüben. In solchen Fällen kann es auch sein, dass der eine Gesellschafter alleine und anteilmäßig die oben erwähnten Schwellen nicht erreicht. Aufgrund der Stimmbindung könnten die Gesellschafter jedoch diese Schwellen anteilmäßig und gemeinsam erreichen und sich melde-, eintragungs- und publizitätspflichtig machen könnten.

VI. Wirkungen/Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag: Satzungsstrenge

Wie oben bereits erwähnt, können die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen entweder im Gesellschaftsvertrag oder außerhalb dessen in einem separaten Vertrag vorgesehen werden. Die Gesellschafter haben ein großes Interesse daran, die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen im Gesellschaftsvertrag selber zu verankern. Denn erstens wird der Gesellschaftsvertrag publik gemacht, sodass die Drittpersonen von diesen Vereinbarungen erfahren (Publizitätswirkung). Dies wirkt nicht zuletzt eine Zurückhaltung bei diesen Personen ein. Zweitens sind die Verwaltungsorgane der Gesellschaft verpflichtet, die Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrag zu leiten. Dies führt in der Praxis sodann dazu, dass die Leiter der Gesellschaft auch überwachen, ob und wie die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen eingehalten werden. Hauptsächlich aus diesen beiden Gründen versuchen die Gesellschafter, womöglich, die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen in den Gesellschaftsvertrag einzunehmen.

²⁰ Siehe auch Faruk Çelikyurt, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması*, İstanbul 2018, s. 210 ff.

Im türkischen Recht herrscht bei den sog. Personengesellschaften das Prinzip der Vertragsfreiheit. Dementsprechend können die Gesellschafter einer Personengesellschaft den Gesellschaftsvertrag beliebig gestalten und auch die Nebenvereinbarungen miteinschließen. Dagegen herrscht in Bezug auf die sog. Kapitalgesellschaften, dazu zu zählen wären die Aktiengesellschaften und die GmbH, das sog. Prinzip der Satzungsstrenge.

Das Prinzip der Satzungsstrenge wurde im Jahre 2012 für beide Kapitalgesellschaftsformen eingeführt. Für die Aktiengesellschaften sieht Art. 340 tHGB das genannte Prinzip vor, während Art. 579 tHGB das gleiche Prinzip für die GmbH verankert. Nach beiden Normen dürfen die Gesellschaftsverträge vom Gesetz nur dort abweichen, wo das Gesetz dies explizit befürwortet hat. Diese beiden Normen schränken somit das im Zivilrecht allgemeingültige Prinzip der Vertragsfreiheit massiv ein, wenn es sich dabei um Aktiengesellschaften und GmbH handelt.

Was die GmbH betrifft, ist die Lage jedoch nicht so sehr dramatisch. Denn gleich im Art. 577 tHGB gibt der Gesetzgeber ein Katalog der Abreden ein, die in die Satzung einer GmbH eingenommen werden können. Der Katalog ist lang und enthält viele beliebte gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen wie etwa Kaufs-, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Vetorechte sowie sogar Übertragungsverbote. Somit trifft das Prinzip der Satzungsstrenge nur die Aktiengesellschaften hart an. Denn ein Katalog, der die Ausnahmen vom besagten Prinzip enthält, fehlt bei dieser Gesellschaftsform ganz, sodass die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen ausschließlich außerhalb der Satzung und in einem separaten Vertrag vorgesehen werden müssen, mit der Folge, dass die Aktionäre auf die oben erwähnten Publizitätswirkungen und Einbindung der Organe verzichten müssten.

Nach der Einführung des Prinzips der Satzungsstrenge blieb die türkische Lehre eine lange Weile bei der alten Anschauungsweise²¹. Dementsprechend wurde besagt, dass die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen weiterhin in die Satzungen eingenommen werden könnten. Diese würden den Vorstand der jeweiligen Aktiengesellschaft

²¹ Zur alten Lehre s. Okutan-Nilsson, s. 96 ff.

zwar nicht binden, jedoch unter den Aktionären schuldrechtliche Konsequenzen haben. Dazu könnten die Aktionäre von den oben erwähnten Publizitätswirkungen profitieren. Langsam werden in der türkischen Lehre jedoch auch Gegenstimmen²² laut und diese führen aus, dass die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen, welche in den Satzungen vorgesehen werden, nichtig seien. D.h. sie würden auch keine schuldrechtlichen Folgen unter den Aktionären haben. Denn Art. 340 tHGB sei zwingender Natur und ein Ausnahmekatalog, wie wir sie im Bereich der GmbH vom Art. 577 tHGB kennen, fehle bei den Aktiengesellschaften.

Unserer Ansicht nach ist den Gegenstimmen in der Lehre beizupflichten. Denn mit der Totalrevision im Jahre 2012 unternahm der türkische Gesetzgeber den Versuch, die Aktiengesellschaft als eine reine Kapitalgesellschaft zu etablieren, bei der die Person des Gesellschafters nicht zählt, zwischen den Gesellschaftern kein Verhältnis besteht, es selbst zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft nur die Bindung der Kapitalbeteiligung gibt sowie die Aktien frei von jedweden Einschränkungen frei übertragbar sind. Mit der Einführung des Art. 340 tHGB versuchte der türkische Gesetzgeber zudem, die Satzungen möglichst zu vereinheitlichen und wollte damit die Überraschungen, die die Investoren erleben können, verhindern. Dass es den türkischen Aktiengesellschaften das Prinzip der Satzungsstrenge bisher fehlte, führte zwar dazu, dass das Aktienrecht sich, ohne gesetzgeberische Einmischung, gestützt auf die dort herrschende Vertragsfreiheit, weiterentwickelte. Wir müssen jedoch auch zugeben, dass einige Aktiengesellschaften in der Praxis von den rein personalistischen Kollektivgesellschaften, welche die deutsche OHG ähneln, kaum zu unterscheiden wären.

Zusammenfassend festzulegen ist: die Aktionäre dürften aufgrund des Prinzips der Satzungsstrenge die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen nicht in die Satzung einnehmen. Andernfalls

²² Vgl. etwa Füsün Nomer-Ertan, Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım Hakkı, Yürürlüğünün 9. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu V, 1 Ekim 2021, İstanbul 2022, s. 31-47.

würden diese Vereinbarungen unserer Ansicht nach als nichtig gelten. Wir gehen dabei sogar einen Schritt weiter und meinen, der Fakt, dass die Satzung solche Vereinbarungen enthält, dürfte nicht einmal darauf indizieren, dass es zwischen den Aktionären solche Vereinbarungen im schuldrechtlichen Sinne existieren. Denn wir sind auch der Meinung, dass die jeweiligen Teile der Satzung nicht nur als nichtig, sondern auch als „ungeschrieben“ gelten, was als solches auch eine beweisrechtliche Indizienwirkung ausschließen würde.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich in der Praxis, die Aktiengesellschaften, bei denen die Aktionäre auf die personalistischen Züge nicht verzichten können, auf eine GmbH umzuwandeln oder aber die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen, eingebunden mit einer Vinkulierungsbestimmung in der Satzung, außerhalb der Satzung in einen separaten Vertrag einzunehmen und darauf zu hoffen, dass der Vorstand der Gesellschaft gestützt auf die genannte Vinkulierungsbestimmung die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen sichert, sobald er kann.

VII. Mögliche Inhalte

Gestützt auf die unter dem ersten Titel vorgegebene Klassifizierung können die möglichen Inhalte der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen wie folgt festgehalten werden:

1. Bestimmungen über das Inkrafttreten der Vereinbarungen

Wie oben bereits erwähnt, folgen die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen in der Regel einem Rechtsgeschäft über den Anteilserwerb in der Praxis. Häufig verkörpert dieses Rechtsgeschäft einen Anteilsveräußerungsvertrag. Es kann aber auch sein, dass die Anteile in Folge einer Kapitalerhöhung (originär) erworben werden.

Das Rechtsgeschäft über den Anteilserwerb ist meldepflichtig, d.h. die Parteien müssen es bei dem türkischen Kartellamt melden, wenn der Anteilserwerb kontrollschaffend ist und die daran beteiligten Unternehmen gewisse Umsatzschwellen im In- und/oder Ausland erreichen. Diese Meldepflicht führt zudem auch dazu, dass das in Frage stehende Rechtsgeschäft erst Geltung erlangt, wenn es von dem

Kartellamt gebilligt worden ist. Mit anderen Worten ist die Zulassung des Kartellamtes eine Art aufschiebende Bedingung für den Anteilerwerb.

Vor diesem Hintergrund sehen die Parteien der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen regelmäßig Klausel vor, welche die Geltungserlangung der Nebenvereinbarungen von der Geltungserlangung des Anteilerwerbs abhängig machen. Rechtlich gesehen haben diese Klausel, welche unter dem Einfluss der Anglo-Amerikanischen Praxis auch als „*condition precedent*“ genannt werden, eine Art aufschiebende Wirkung.²³

2. Pflichten der Parteien gegenüber der Gesellschaft

Zu den möglichen Inhalten der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen zählen auch die Loyalitätspflichten und Wettbewerbsverbote der Parteien²⁴. Dementsprechend dürfen die Parteien der Nebenvereinbarungen ihr Eigeninteresse nicht dem Interesse der Gesellschaft vorstellen und mit der Gesellschaft in Konkurrenz stehen. Die Wettbewerbsverbote werden häufig bei den Gemeinschaftsunternehmen und zulasten der Mütterunternehmen getroffen.²⁵

Diese Loyalitätspflichten und Wettbewerbsverbote kollidieren mit dem türkischen Aktienrecht. Denn das türkische Recht sieht vor, dass die einzige Pflicht, die einem Aktionär auferlegt werden kann, die sog. Liberierungspflicht ist. Mit anderen Worten darf einem Aktionär nur die Pflicht auferlegt werden, seinen Aktienbetrag zu begleichen.²⁶ Auch das Fehlen weiterer Aktionärspflichten in diesem Sinne erschwert es im

²³ Ayoğlu, s. 205.

²⁴ Vgl. dazu Okutan-Nilsson, s. 260 ff.

²⁵ Von einem Urteil des türkischen Kassationsgerichts erfahren wir auch, dass die Parteien der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen solche Wettbewerbsverbote auch mit einer Vertragsstrafe ergänzen. S. dazu das Urteil der 11. Kammer des türkischen Kassationsgerichts mit der Nummer 2017/2833 in der Rechtssache 2016/8625.

²⁶ Demir, s. 264.

türkischen Recht, die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen in den Satzungen vorzusehen.

An dieser Stelle sei schließlich erwähnt, dass die Parteien sich in bestimmten Fällen verpflichten, die Gesellschaft zu finanzieren. In diesem Sinne zählen auch die Vereinbarungen zu den möglichen Inhalten der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen, durch die die Gesellschafter die Methoden und die Höhe der Finanzmittel vorab bestimmen.²⁷ Nicht selten bei den Gemeinschaftsunternehmen kommt es auch vor, dass die Gesellschafter sich zum Beispiel im Falle einer Kapitalerhöhung verpflichten, das Kapital auch für den Gesellschafter zu schaffen, falls dieser finanziell nicht in der Lage ist, bei der Kapitalerhöhung mitzumachen. Solche Vereinbarungen bezwecken, dass alle Gesellschafter bei einer Kapitalerhöhung mitmachen und das Aktiengleichgewicht unter den Parteien nicht verloren geht.

3. Abreden über die Beteiligungsrechte

Im türkischen Recht verschafft die Beteiligung an einer Gesellschaft dem Gesellschafter im Grunde genommen drei Rechte. Diese sind das Stimmrecht, das Recht auf Dividende und das Recht auf einen Liquidationsanteil. Vor diesem Hintergrund regeln die Parteien der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen auch die Modalitäten über die Beteiligungsrechte.

So zum Beispiel übernehmen die Parteien die generelle Pflicht, ihre Stimme dahingehend auszuüben, sodass die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen möglichst weite Geltung erlangen.²⁸ Darüber hinaus sehen die Parteien auch vor, ob, wann und wie die Dividenden auszuschütten wären

4. Abreden über die Bestellung und Abberufung von Organen

Die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen enthalten nicht selten auch die Klausel über die Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern. Durch diese Klausel wird den Parteien die Möglichkeit eingeräumt, sich insbesondere im Verwaltungs- und/oder

²⁷ Die sog. "*funding commitment clause*". Vgl. hierzu Ayoğlu, s. 206.

²⁸ Ayoğlu, s. 205.

Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft vertreten zu lassen. Bei den Gemeinschaftsunternehmen, wo zwischen den Parteien anteilmäßiges Gleichgewicht herrscht, verhindern diese Klausel auch, dass es bei der Bestellung von Organmitgliedern zu einer Pattsituation kommt und der Gesellschaft Organe fehlen, was als solches beispielsweise nach Art. 530 tHGB zur Beendigung der Gesellschaft führen könnte.²⁹

In diesem Zusammenhang ist schließlich auf das gesetzliche Vertretungsrecht einzugehen:³⁰ Es wird im Art. 360 des tHGB geregelt. Demnach kann die Satzung einer Aktiengesellschaft ein Vorzugsrecht zugunsten einer Aktiengruppe oder der Minderheit vorsehen, durch das diese Gruppe oder die Minderheit bei der Hauptversammlung ein Vorstandsmitglied vorschlagen kann und die Hauptversammlung dieses wählen muss, solange dagegen keine gewichtigen Gründe vorliegen. So gesehen können die Klausel über die Bestellung von Organmitgliedern einigermaßen auch in den Satzungen reflektiert werden.

Vollständigkeitshalber sollte an dieser Stelle auch erwähnt werden, dass das gesetzliche Vertretungsrecht nicht auch ein Abberufungsrecht zugunsten der vorschlagenden Gruppe oder Minderheit miteinschließt. Obwohl das jeweilige Organmitglied nach der Wahl als „Gruppenvertreter“ gilt, darf die ihn vorschlagende Gruppe ihn nicht abberufen.

5. Abreden über den Erwerb und Verlust der Mitgliedschaftsstelle

Der gewichtige Teil der gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen verkörpert die Klausel über den Erwerb und Verlust der Mitgliedschaftsstelle. Da es den Parteien die Person des Gesellschafters im Vordergrund steht und die Parteien möglichst eine „Entfremdung der Gesellschaft“ vermeiden möchten, sehen sie auch

²⁹ Zu den Rechtsfolgen des Fehlens von Organen im türkischen Gesellschaftsrecht s. İsmail Cem, Soykan, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu*, İstanbul 2011, s. 255 ff.

³⁰ Siehe dazu Abuzer Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, İstanbul 1999; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, s. 289 ff.

einige Pflichten vor, die eine Anteilsübertragung erschweren, sogar für eine gewisse Periode³¹ verunmöglichen.

Zu diesen Pflichten zu zählen wären die Praktiken, die im türkischen Recht unter dem Einfluss der Anglo-Amerikanischen Praxis gerade mit den englischen Termini, wie etwa. „*right of first refusal*“, „*put option*“, „*call option*“, „*tag along*“ und „*drag along*“, angewendet werden³². Diese Pflichten sorgen dafür, dass die Anteile entweder zuerst unter den Parteien angeboten werden oder aber von einer Partei an die andere verkauft bzw. von der anderen gekauft oder gemeinsam an eine Dritte verkauft werden.

VIII. Absicherung und Durchsetzung / Schiedsvereinbarungen?

Wie oben teilweise erläutert, können die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen entweder im Gesellschaftsvertrag selber oder außerhalb dessen in einem separaten Vertrag vorgesehen werden.

Durften sie einmal im Gesellschaftsvertrag, unter der Beachtung des Prinzips der Satzungsstrenge, vorgesehen werden, so hat das Leitungsorgan dafür zu sorgen, dass die Nebenvereinbarungen eingehalten werden. So zum Beispiel kann sich das Leitungsorgan weigern, eine Anteilsübertragung ins Anteilsbuch einzutragen, wenn der Gesellschaftsvertrag einen Angebotszwang zugunsten anderer Gesellschafter vorsieht und dieses *in casu* nicht eingehalten wurde.

Wie wiederum oben erwähnt, sind die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen jedoch, selbst wenn sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wurden, in aller ersten Linie schuldrechtlicher Natur und dies führt dazu, dass die Durchsetzung der Vereinbarungen allein durch

³¹ Die sog. „*lock-in*“ Periode. In der türkischen Praxis bedeutet dies ein vorübergehendes Übertragungsverbot und wird regelmässig im Zusammenhang mit den Gemeinschaftsunternehmen vorgesehen, um das Überleben des Unternehmens zu sichern.

³² Zu diesen Praktiken s. Esin/Lokmanhekim, s. 74 ff., Okutan-Nilsson, s. 208 ff, Ayoğlu, s. 208 ff. und Gülşah Yılmaz, *Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (Tag Along & Drag Along Rights)*, İstanbul 2018, s. 7 ff.

die rechtsgeschäftlichen Maßnahmen abzusichern wäre. Vertragsstrafe ist eine beliebte Maßnahme und Schadensersatz ist die natürliche Rechtsfolge in diesem Sinne.

An dieser Stelle sei vollständigshalber auch erwähnt, dass die Durchsetzung einer sog. Naturalrestitution, unseres Erachtens, in solchen Fällen kaum möglich ist. Obwohl es in der türkischen Lehre nicht unumstritten ist³³, sind wir dieser Meinung, weil sich der Schuldner in vielen Fällen bereits im Verzug befindet und eine Naturalrestitution in diesem Sinne ohnehin ausgeschlossen ist.

Unter diesem Titel sei schließlich darauf hingewiesen, dass die Frage der Schiedsgerichtbarkeit von gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen in der türkischen Lehre und Praxis fast einhellig bejaht wird.³⁴

IX. Wettbewerbs-/Übernahmerechtliche Aspekte

Das türkische Recht enthält in diesem Zusammenhang keine Sondervorschriften über die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen. Wie oben jedoch erwähnt, bilden die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen zumeist einen wesentlichen Teil einer Anteilsübertragungspraktik oder Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens. Vor diesem Hintergrund können diese Vereinbarungen Gegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Untersuchung sein, sei es im Zusammenhang mit Art. 4 des türkischen Wettbewerbsgesetzes und im Sinne einer sog. Wettbewerbsabrede oder aber Gegenstand einer Fusionskontrolle im Zusammenhang mit Art. 7 des türkischen Wettbewerbsgesetzes und im Sinne eines sog. Unternehmenszusammenschlusses.

³³ Im türkischen Recht wird insbesondere über das Schicksal der sog. Stimmbindungen und über die Frage, ob der Gesellschafter gerichtlich zu einem vertragskonformen Stimmverhalten gezwungen werden kann, heftig diskutiert. Zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen bietet Ayoğlu eine befriedigende Zusammenfassung an. Vgl. dazu Ayoğlu, s. 189-196.

³⁴ Vgl. dazu Ayoğlu, s. 226 vd. und das Urteil der 11. Kammer des türkischen Kassationsgerichts mit der Nummer 2014/2037 in der Rechtssache 2013/18443.

Insbesondere ist es bei den Gemeinschaftsunternehmen der Fall, dass sie meldepflichtig sind, wenn die gesellschaftsrechtlichen Nebenvereinbarungen den Mütterunternehmen Wettbewerbsverbote auferlegen. Denn in diesem Fall gilt das Gemeinschaftsunternehmen als ein sog. Vollfunktionsunternehmen und auf die Vollfunktionsunternehmen ist Art. 7, und nicht Art. 4 des Wettbewerbsgesetzes anwendbar.

Ist die Gesellschaft börsenkotiert, kann nicht gerade das Bestehen gesellschaftsrechtlicher Nebenvereinbarungen, sondern jedoch die Kontrollübernahme bzw. der Kontrollwechsel sodann eine börsenrechtliche Übernahmeangebotspflicht (*tender offer*) auslösen.

ÖZET

Huzurdaki çalışmada ele alındığı haliyle korporatif olmayan sözleşme hükümleri 1980'li yılların başında Türk pazarının yabancı yatırımcıya açılması ve yerli/yabancı ortaklıkların kurulması üzerine uygulamada gözlemlenmeye başlanmıştır. Uygulama Anglo-Sakson Hukuku etkisinde gelişmiştir. Anılan sözleşme hükümleri yasal bir düzenlemeye sahip değildir; yasalarda sadece ismen anılmaktadır. İşbu çalışma içerisinde söze konu sözleşme hükümlerinin hukuki niteliği sorunu ele alınmaktadır. Bugün için hâkim görüş bu hükümlerin bir adi şirkete vücut verdiği yönünde olsa da, huzurdaki çalışmada temsil olunan görüş uyarınca her bir sözleşme hükmünün hukuki nitelik bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu manada örneğin alım hakları yenilik doğurucu haklar olarak nitelenebilecekken, sözleşmelerde geçtiği haliyle finansman hükümleri şirket, yani üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilebilir. Yine huzurdaki çalışma kapsamında anılan sözleşmelerin, tahkim anlaşmaları hariç, herhangi bir şekle tabi olmadıkları, uygulamada genellikle belirsiz süreli olarak veya ortaklığın devamı şartına bağlı biçimde akdedildikleri, sözleşmelerin feshi için sözleşmede ayrıca bir hüküm bulunmamtaysa altı aylık bir fesih önelinin uygun olacağı, sözleşmenin haklı nedenle de feshedilebileceği ve burada haklı nedenin müspet sözleşme ihlali olduğu tespit olunmaktadır. Çalışmanın devamında bu sözleşme hükümlerinin şirket sözleşmelerinde yer alıp alamayacağı değerlendirilmekte, anonim şirketler bakımından bunun mümkün olmadığı sonucuna varılmakta, hatta esas sözleşmeye alınan bu yönde hükümlerin geçersiz olduğu ve yazılmamış sayılacağı sonuçlarına varılmaktadır. Son olarak çalışma içerisinde uygulamada sıklıkla rastlanan hükümlerin içeriklerine değinilmekte, ihtilaf halinde ihtilafın tahkime elverişli olup olmadığı incelenmekte ve rekabet hukuku değerlendirmesi yapılmaktadır.

LITERATURVERZEICHNIS

- Ayoğlu Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018.
- Barlas Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016.
- Çelikyurt Faruk, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkının Donması, İstanbul 2018.
- Demir Koray, Şirketler Hukuku Temel Bilgileri, Ankara 2023.
- Ercan Tayfun, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 14, Sayı 154, Haziran 2019, s. 1244-1248.
- Esin, İsmail G./Lokmanhekim Tunç, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Hirte Heribert, Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit, ZGR Sonderheft 13, Berlin 1998, s. 61-96.
- İmregün Oğuz, Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- Karasu Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2015.
- Kartal, Dilşah Buşra, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul 2021.
- Kendigelen Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999.
- Koch Jens, AktG § 23 V – Satzungsstrenge, Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 13. Auflage, 2018.
- Nomer-Ertan, Fusun, Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım Hakkı, Yürürlüğünün 9. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu V, 1 Ekim 2021, İstanbul 2022, s. 31-47.
- Okutan-Nilsson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmesi, İstanbul 2003.
- Orak-Çelikboya, Leyla, Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkı, İstanbul 2017.
- Soykan, İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul 2011.
- Ünal Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Ankara 2017.
- Veziroğlu Cem, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul 2021.
- Yılmaz Gülşah, Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (Tag Along & Drag Along Rights), İstanbul 2018.

Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Örneğinde Götürü Tazminat ve Ceza Koşulu Hükümlerinin Anglo Sakson ve Türk Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi

Eine Bewertung der Schadensersatz- und Vertragsstrafeklauseln in Technologietransferverträgen aus der Sicht des angelsächsischen und türkischen Rechts

Dr. Öğr. Üyesi Mükerrerem Onur BAŞAR*

ÖZ

Türkiye'nin de dâhil olduğu Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo Sakson hukuk sistemi arasındaki yaklaşım farklılıkları, teknolojinin ve internetin gelişimi ile birlikte, özellikle teknoloji transferini konu alan ticari ilişkilerde kullanılan sözleşmelerde, daha da belirgin bir hal almaktadır. Her ikisi de sözleşme özgürlüğü prensibini esas almasına rağmen, Kara Avrupası hukuk sisteminin, sözleşmelerde ceza koşuluna yer verme hususundaki liberal yaklaşımı ile Anglo Sakson hukukunun ceza koşulunu yasaklayıcı bakış açısı, anılan iki hukuk sisteminin bu konudaki önemli bir yaklaşım farklılığını ortaya koymaktadır. Diğer yandan, Anglo Sakson hukukunda yer alan cezalandırıcı tazminat düzenlemelerine -kural olarak- Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yer verilmiyor olması, iki hukuk sistemi arasında bu konuda mevcut olan önemli bir diğer ayrışmayı oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Teknoloji transferi sözleşmeleri, ceza koşulu, götürü tazminat, cezalandırıcı tazminat*

* İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi, (mukerrerem.basar@izu.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5002-6132.

An Assessment of Liquidated Damages and Penalty Clauses in the Example of Technology Transfer Agreements from the Perspective of Anglo Saxon and Turkish Law

ABSTRACT

The differences in approach between the Continental European legal system, including Turkey, and the Anglo-Saxon legal system, become more apparent with the development of technology and the internet, especially in contracts used in commercial relations on technology transfer. Although both are based on the principle of freedom of contract, the liberal approach of the Continental European legal system to include penal clauses in contracts and the prohibitive point of view of the Anglo-Saxon law on the penal clause reveal an important difference in approach in this regard. On the other hand, the fact that punitive compensation arrangements in Anglo Saxon law are not included in the Continental European legal systems as a rule, which constitutes another important divergence between the two legal systems in this regard.

Keywords: *Technology transfer agreements, penal clause, liquidated damages, punitive compensation*

I. TEKNOLOJİ TRANSFERİ SÖZLEŞMELERİ ÖRNEĞİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT VE CEZA KOŞULU HÜKÜMLERİNİN ANGLO SAKSON VE TÜRK HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Teknoloji Transferi Sözleşmeleri

Teknoloji transferi terimi, patent ve/veya know-how lisanslarının verilmesinden, teknik yardım ve bir takım teknik ekipman teminini içeren daha karmaşık işlemlere kadar çok çeşitli durumları kapsayabilmektedir. Teknoloji transferi sözleşmeleri, bazı durumlarda, geliştirilen bir teknolojinin kullanılmasına veya bazı durumlarda ise söz konusu teknolojinin bir başka ürün ile birleştirilmesine veyahut da söz konusu teknoloji kullanılarak başkaca bir ürünün geliştirilmesine - üretilmesine olanak tanıyan sözleşmelerdir¹. Bu bağlamda, teknoloji transferi sözleşmeleri,

¹ International Chamber of Commerce, *ICC Model Technology Transfer Contract*, ICC Publication, Paris 2009 s. 9.

teknolojik yeniliklerin üçüncü kişilerin kullanımına olanak tanıyan bir tür lisans sözleşmeleridir². Teknoloji transferi ile bu teknolojiyi ihraç eden bu teknoloji ile iktisadi gelir elde etmekte, teknolojiyi transfer alan ise bu teknolojiden yararlanarak kalkınma sağlamaktadır.

Teknoloji transferi sözleşmeleri, teknoloji transfer edenin, sözleşme konusu hakları kullandırma ve teknik bilgi verme yükümlülüğü, lisansa konu hakkın kullanımının devamlılığını sağlama yükümlülüğü, sözleşme konusu haklardan vazgeçmeme yükümlülüğü, teknik gelişme ve iyileştirmeleri bildirme yükümlülüğü ve lisansa konu hakkın varlığını garanti yükümlülüğü gibi çeşitli yükümlülükleri kapsamakta; öte yandan, transfer alanın yükümlülüklerini ise transfer bedelinin ödenmesi yükümlülüğü, hesap verme yükümlülüğü, teknik gelişmeler ve iyileştirmelerden lisans vereni haberdar etme yükümlülüğü, lisansa konu hakka tecavüzleri lisans verene bildirme ve dava açma yükümlülüğü, reklam yapma yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü gibi çeşitli yükümlülükler oluşturmaktadır³. Nitekim Birleşmiş Milletler Ticaret ve Gelişim Konferansı da yayınlamış olduğu teknoloji transferi sözleşmelerine ilişkin raporda, teknoloji transfer sözleşmelerini, ürün üretimi için lazım gelen sistematik bilginin transferini, bir prosedürün uygulanmasını, bir hizmetin sunulmasını konu alan ve tek başına bir ürünün kiralanması veya satın alınmasını asli edim olarak düzenlemeyen sözleşmeler olarak tanımlamaktadır⁴. Bu bağlamda, teknoloji transferi sözleşmeleri, özellikle ticari projelere ilişkin fizibilite çalışmalarını, planları, diyagramları, formülleri, basit ve karmaşık mühendislik dizaynlarını, teknik danışmanlık ve eğitim hizmetleri gibi çeşitli teknik hususları konu almaktadır⁵. Bir başka deyişle, teknoloji transferi sözleşmeleri fikri mülkiyet hakları, know-how ve teknolojik tecrübe gibi gayri maddi varlıkların hukuka uygun olarak

² Gülmelihat Doğan, *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Turhan Kitapevi, Ankara 2020, s. 41.

³ Doğan, s. 91.

⁴ United Nations Conference on Trade and Development, *Transfer of Technology*, Erişim Tarihi: 30 Mayıs 2023, <https://digitalibrary.un.org/record/453299?ln=en>

⁵ Avni Tiwari, "Transfer of Technology Agreements and Competition Law", *Supremo Amicus*, 2019, Volume 13, 45-50, s. 45.

kullanılmasının hükümlerini düzenleyen sözleşmeleri oluşturmaktadır⁶. Nitekim teknoloji transferini konu alabilecek ilişkiler bakımından WIPO’da model sözleşme örnekleri yayınlamıştır⁷.

Teknoloji transferi sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılık rejimi sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraflarca düzenlenebilmekte olup; sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda tarafların iade yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılık durumunda tarafların tazminat sorumluluğu gibi konular ayrıntılı hükümlerle ilgili sözleşmelerde düzenlenmektedir. Bu bağlamda, Anglo Sakson hukuklarında ceza koşulunun geçersiz kabul edilmesi kuralı göz önünde tutularak götürü tazminat hükümleri ile teknoloji transferi sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılık durumunda oluşabilecek tazminat sorumluluğunun düzenlenmesi tercih edilirken, Kara Avrupası hukuklarında ceza koşuluna yer verilmesi suretiyle sözleşmeye aykırılığın önüne geçilmesi bilhassa hedeflenmektedir.

B. Teknoloji Transferi Sözleşmesi ve Tarafların Menfaatlerinin Korunmasına Yönelik İhtiyaç

Teknoloji transferi sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin ihlal edilmemesine yönelik karşılıklı, birçok farklı konuya ve kişiye aynı anda temas eden ve çoğu zaman önemli ekonomik meblağlara tekabül eden menfaatleri bulunmaktadır⁸.

⁶ Manuel Guerrero Gaitán, “Licensing as a Central Structure of Technology Transfer Agreements – Joint Venture and Franchising Agreements”, *GRUR International Journal of European and International IP Law*, 2021, Volume 70, Issue 5, 427-439, s. 427.

⁷ WIPO Technology Transfer Agreements, Erişim Tarihi: 30 Mayıs 2023, <https://www.wipo.int/technology-transfer/en/agreements.html>

⁸ Teknoloji transferi sözleşmelerinde tarafların, bu menfaatlerini korumak için öngördükleri bazı hükümler, tarafların menfaatlerinin ne kadar çeşitli alanlara yayıldığını göstermek bakımından aydınlatıcı olabilir. Bu bağlamda, teknoloji transferi sözleşmelerinde; transfer edilene teknolojinin kullanımı bağlamında sağlanan münhasır kullanım yetkisine, kimi zaman transfer edilene yüklenen münhasır kullanım zorunluluğuna, transfer edilenin bu teknolojiyi kullanımı için öngörülen coğrafi & zamansal sınırlamalara, transfer edilen teknolojinin teknoloji transferi sözleşmesinin amacı dışında başka bir amaçla kullanılmasının yasaklanmasına, transfer edilen teknolojinin kullanım amacı bağlamında,

Teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından, bilgisayar yazılımlarının, patenlerin ve benzeri teknoloji transferine konu olan ürünlerin kullanılmasına müsaade edilmesi ve bu kullanımın koşullarının tespit edilmesi, bahsi geçen sözleşmesel ilişkinin odak noktasını oluşturmaktadır. Bu sözleşmelerde, taraflar (ve özellikle, bu teknolojinin kullanılmasına müsaade eden taraf), bu teknolojinin sözleşme sınırları (örneğin, kullanıma ilişkin coğrafi, zamansal, amaçsal sınırlar, vb.) dışına çıkılacak şekilde kullanılması, transfer edilen teknolojinin değiştirilmesinin, geliştirilmesinin veya çoğaltılmasının yasaklanması, ilgili tarafın ticari sırlarının korunması, ilgili teknolojinin üçüncü kişilere haksız olarak kullanılabilmesi, üçüncü kişilerin anılan teknolojinin kullanımı nedeniyle herhangi bir zarara uğramasının önüne geçilmesi, ilgili teknolojinin kullanımı hususunda ilgili tarafın ülkesindeki yasal düzenlemelere (örneğin; vergi, rekabet, kişisel verilerin korunması, bankacılık, savunma sanayi ve benzeri konulardaki mevzuat) tam bir uyumun sağlanması ve benzeri birçok farklı hususta, korunmaya değer birçok menfaate sahip olmakta, bu tarz ihlalleri fikri mülkiyet hukukunun ve ilgili ulusal hukukun (sözleşmelerin ifasına ilişkin) sınırlı koruma sunan hükümlerinin dışında, sözleşmede açıkça yer vereceği ceza koşulu veya götürü tazminat hükümleri ile daha sıkı bir sözleşmesel rejime bağlamayı tercih etmektedir. Taraflar bakımından bu tercihin başlıca sebepleri; bu tarz ihlaller nedeniyle

transfer edilenin, transfer edenle veya onun iştirakleriyle rekabet etmesinin yasaklanmasına, teknolojinin transfer edilen tarafından kullanım şeklinin transfer eden tarafından denetimine, transfer edilen teknolojinin, transfer edilen dışındaki 3. kişiler tarafından kullanılmasının yasaklanmasına, transfer edilen teknolojinin değiştirilmesinin, geliştirilmesinin veya çoğaltılmasının yasaklanmasına, ilgili tarafın ticari sırlarının korunmasına, transfer edilen teknolojinin kullanılması nedeniyle zarara uğrayabilecek 3. kişilerin zararlarının tazmin edilmesine, ilgili tarafın ülkesinde yürürlükte olan vergi, rekabet, kişisel verilerin korunması, bankacılık, savunma sanayi ve benzeri konulardaki mevzuata aykırı davranışların yasaklanmasına ve bunlar gibi birçok konuya dair hükümlere yer verilebilmektedir. Dikkat edilirse, bu tür hükümlerin ihlal edilmemesine yönelik olarak, teknoloji transferi sözleşmesinin taraflarının (kimi zamanda ilgili tarafın ülkesinin ve diğer bazı 3. kişilerin), büyük önem arz edebilecek ekonomik menfaatleri söz konusu olabilecektir. (Deniz Topçu, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2021, s.127, 149; Doğan, s. 91, 106.)

kendilerinin veya üçüncü kişilerin uğrayabileceği zararın miktarını ortaya koymakta karşılaşılabilecek olası güçlüklerin üstesinden gelmek, fikri mülkiyet hukukunun fikri haklarının korunması bağlamında sağladığı güvenceleri pekiştirmek ve aynı zamanda, sözleşmenin ihlali bakımından caydırıcı bir rejim oluşturmaktır⁹.

Yukarıda da açıklandığı üzere, bu tür sözleşmelerin ifası ve ihlal edilmemesi, taraflar bakımından büyük önem arz edebilmektedir. Buna mukabil, dünyadaki teknolojik gelişmelerin ve bu gelişmeler sayesinde ekonomik hayata kazandırılan ürünlerin -insanlık tarihi dikkate alındığında- görece oldukça yeni gelişmeler ve ürün-ler olması, iş hayatının olağan akışı ve benzeri nedenler, bu tür sözleşmelerin ifasının teminat altına alınması bakımından bazı güçlükler doğurmaktadır. Özellikle, taraflar, menfaatlerinin korunmasını ve zararlarının tazminini talep edebilmek için gerekli olan delillere ulaşma yolunda, anılan teknolojilerin niteliğinden kaynaklanan, teknik, teknolojik, zamansal, coğrafi, ekonomik ve benzeri zorluklar ile karşılaşabilmektedirler. Bu tür durumlarda, ülkelerin usul hukukunda öngörülen geleneksel delil toplama ve sunma yöntemleri çoğu zaman yetersiz kalmakta veya bunların temini için gerekli olan süreler, zorunlu harcamalar ve benzeri olumsuzluklar dikkate alındığında, bu delil toplama yöntemleri pratik olarak faydasız hale gelmektedir. Aynı şekilde taraflar, teknoloji transferi sözleşmelerinin niteliğinden kaynaklanan çeşitli nedenlerle, fikri mülkiyet hukukunun kendilerine sağladığı hukuki güvenceleri ve bunların içeriğini pekiştirmek istemektedirler. Teknoloji transferi sözleşmelerine taraf olanların, hukuki ve ekonomik menfaatlerini koruma hususunda karşılaştığı bu tür zorluklar ve fikri mülkiyet hukuku kapsamında sahip oldukları güvenceleri pekiştirme istekleri nazara alındığında, ulusal hukuk sistemlerinin, teknoloji transferi sözleşmelerinde uygulanması gündeme gelen bazı hukuki düzenlemeleri arasındaki farklılıklar, her zamankinden fazla şekilde dikkat çekebilme ve önem arz edebilmektedir. Bu çerçevede ve yukarıdakiler gibi olumsuzlukları bertaraf etme potansiyelleri nedeniyle, ilk akla gelen

⁹ Teknoloji transferi sözleşmeleri taraflarının, menfaatlerini korumak için fikri mülkiyet hukuku bağlamında sahip oldukları hukuki koruma imkânları, bu makalenin konusu dışında kaldığından, bu çalışmamızda anılan hususlarda detaylı değerlendirilmelere yer verilmemiştir.

ulusal hukuk düzenlemeleri de -haklı olarak- ceza koşulu ve götürü tazminat düzenlemeleri olmaktadır

C. Kara Avrupası Hukuku ve Anglo Sakson Hukuku ile Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Konunun Önemi

Yukarıda açıklanan bağlamda, teknolojinin ve internetin gelişimi ile birlikte, özellikle teknoloji transferini konu alan ticari ilişkilerde kullanılan sözleşmelere ilişkin olarak, Kara Avrupası hukuku ile Anglo Sakson hukuku tarafından benimsenen yaklaşımlar arasındaki çatışma, daha da belirgin bir hal almaktadır. Günümüzde hızla gelişen ticari ilişkilerde belirginlik, hakların muhafazası ve ifası konusundaki öngörülebilirlik, globalleşen kâr odaklı ekonomik düzlemde daha da önem kazanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü prensibine dayanan Kara Avrupası hukuk sisteminin, hakların muhafazasını ve ifasını teminen ceza koşulu hususunda benimsediği liberal yaklaşım ile -yine sözleşme özgürlüğü prensibine dayanmasına rağmen- Anglo Sakson hukukunun benimsediği ceza koşulunu yasaklayıcı bakış açısı, bu iki hukuk sistemi arasında yer alan önemli bir yaklaşım farklılığını ortaya koymaktadır. Diğer yandan, Anglo Sakson hukukunda yer alan cezalandırıcı tazminat düzenlemelerine kural olarak Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yer verilmiyor olması, iki hukuk sistemi arasında zararların tazmini hususunda önemli bir diğer ayrışmayı oluşturmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk çalışmaları bakımından sözleşmeler hukuku alanı önemli bir odak noktasını oluşturmaktadır. Nitekim sözleşmeler hukukunun belli alanlarında ve hatta genelinde yeknesaklaştırma çalışmaları yakın zaman itibarıyla yoğunluk göstermeye başlamıştır¹⁰. Bu yeknesaklaştırma gayretleri bakımından Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (bundan böyle "CISG" olarak anılacaktır) satım hukuku alanında önemli bir yeknesaklaştırma gayretini ve başarısını temsil etmektedir¹¹. Satım hukuku alanı

¹⁰ Mariana Pargendler, "The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide", *The Yale Journal of International Law*, 2018, Volume 43, 144-189, s. 144.

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na, 2010/247 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesinin 7 Nisan 2010 tarihli 27545 sayılı Resmi Gazete'de

dışında iflas, teminat ve tahkim hukuku alanlarında da yeknesaklaştırma çalışmaları dikkat çekmektedir¹². Nitekim bu makalemizin kısmen konusunu oluşturan ceza koşulu hakkında da 1973 yılında Ceza Koşulu Hakkında Benelux Konvansiyonu¹³ hazırlanmış ve akabinde 1978 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 20 Ocak 1978 yılında Avrupa Birliği üye devletleri kapsamında ceza koşulu uygulaması bakımından yeknesaklaştırmayı temin etmek maksadıyla karar almış ve bir açıklama notu yayınlamıştır¹⁴. Nitekim bir başka yeknesaklaştırma gayreti olarak Uncitral tarafından 19 Aralık 1983 tarihinde Sözleşmenin İhlal Edilmesi Durumunda Sözleşme ile Kararlaştırılan Ödemeler Hakkında Yeknesak Kurallar yayınlanmıştır¹⁵. Sonrasında milletlerarası antlaşmalara alternatif ve ulusal hukuklarda bağlayıcı etkiye sahip olmayan hukuki düzenlemeler olan Unidroit Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri de konuya temas eden düzenlemeler getirmiştir¹⁶. CISG Danışma Kurulu'nun 10 numaralı görüşü de CISG'ye

yayımlanmasıyla katılmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr>). Erişim Tarihi: 10.03.2022, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf.

¹² Uncitral Sınır Aşan İflas Model Kanunu, Erişim Tarihi: 10.03.2022, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>; Erişim Tarihi: 10.03.2022, Uncitral Teminat İşlemleri Hakkında Model Kanun https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf; Erişim Tarihi: 10.03.2022, Uncitral Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

¹³ Bu konvansiyonu sadece Belçika, Hollanda ve Lüksemburg imza altına almıştır.

¹⁴ Erişim Tarihi 10.03.2022, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505599>.

¹⁵ Erişim Tarihi: 10.03.2022, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/vol14-p272-273-e.pdf>.

¹⁶ Unidroit Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler (Unidroit Principles of International Commercial Contracts) madde 7.4.13, Anglo Sakson hukukunda sadece götürü tazminat düzenlemelerinin kabul edilmesi ve ceza koşulu düzenlemelerinin geçersiz kabul edilmesi gerekçesiyle üst kavram olarak "*kararlaştırılan ödeme*" (agreed payment) ifadesini tercih etmiştir. Söz konusu

tabi sözleşmelerde borca aykırılık halinde ödenmek üzere kararlaştırılan ödeme hususunda aydınlatıcı nitelikte görüşlere yer vermiştir¹⁷. Teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından kapsayıcı bir yeknesaklaştırma çalışması bulunmamakla birlikte, Milletlerarası Ticaret Odası'nın bir model teknoloji transferi sözleşmesi taslağı bulunmakta olup ve ayrıca Avrupa Komisyonu'nun çıkardığı Teknoloji Transfer Sözleşmelerine İlişkin 316/2014 sayılı Tüzük bulunmaktadır¹⁸. Diğer taraftan Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı'nın Başarılı Teknoloji Lisanslama Kılavuzu olarak ifade edilecek bir yol gösterici metin de bulunmaktadır¹⁹.

Çok uluslu teknoloji şirketleri, genellikle, kullandıkları ticari sözleşmelerini faaliyet gösterdikleri ülkelerin ulusal hukuklarıyla uyumlu hale getirmekle (bir başka anlatımla, o devletlerin özellikle emredici hukuk kurallarını gözetmekle) birlikte, ceza koşulu hükümleri gibi düzenlemeler söz konusu olduğunda, bu şirketler uygulamada bu hususta farklı eğilimler sergilemektedirler. Örneğin; bu şirketler, ceza koşulunun -Anglo Sakson hukukundan farklı olarak- Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kararlaştırılabiliyor olduğunu göz önünde tutmakla birlikte ve buna rağmen, bu konudaki tercihlerini genellikle ilgili sözleşmelerde

bu düzenlemeye göre sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi durumunda belli bir miktarın alacaklının zararından bağımsız olarak ödenmesini taraflar kararlaştırabileceklerdir. Bununla birlikte, kararlaştırılan ödeme, oluşan zarar karşısında aşırı derecede yüksek ise veya diğer mevcut koşullar itibariyle bir indirim tabi tutulması gerekiyor ise, bu indirimin yapılması mümkün olacaktır. Erişim Tarihi: 10.03.2022, <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. Nitekim Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (Principles of European Contract Law) madde 9:509'da benzer düzenlemeyi ifade etmiştir. Erişim Tarihi: 10.03.2022, https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_153 Taslak Müşterek Çerçeve Referansları (Draft Common Frame Reference) madde 3:712'de benzer bir ilkeyi dile getirmiştir. Erişim Tarihi: 10.03.2022 https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

¹⁷ CISG Danışma Kurulu 10 Numaralı Görüşü, Erişim Tarihi: 10.03.2022, http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_10_SON.pdf.

¹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN> Erişim Tarihi: 23.09.2022

¹⁹ Successful Technology Licensing, Erişim Tarihi: 23.09.2022, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/licensing/903/wipo_pub_903.pdf

götürü tazminat hükümlerine yer verilmesinden yana kullanmaktadırlar. Bu tercih de, olası uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın çözümleneceği ülkeye ve uygulanacak hukuka bağlı olarak, bu tür sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması konusunda tereddütlere ve tartışmalara yol açmaktadır.

Kompleks ve önemli teknoloji transferi sözleşmeleri bakımından bu farklılıklar, forum shopping²⁰ faaliyeti ile bir başka deyişle, sözleşmeye uygulanacak hukukun bir başka devlet hukuku; örneğin, Amerika Birleşik Devletleri New York Eyalet hukuku ve yabancı kurumsal tahkimin (örneğin, ICC Tahkim) uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benimsenmesi ile aşılmaya gayret edilmektedir. Bizler de, Anglo Sakson ve Türk hukuku perspektifinden ceza koşulu ve götürü tazminat kurumlarına bakışı makalemizde kısaca ele almaktayız.

II. KARA AVRUPASI VE ANGLO SAKSON SÖZLEŞMELER HUKUKU ARASINDAKİ TEMEL YAKLAŞIM FARKLILIKLARI

A. Genel Olarak

Yukarıda bahsi geçen yeknesaklaştırma gayretlerine rağmen, Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Sakson hukuk sistemi arasında, sözleşmeler hukuku cephesindeki temel farklılıkların varlığını günümüzde de devam ettirdiğini belirtmekte yarar bulunmaktadır. Söz konusu bu farklılıkların ortaya çıkmasında tarihsel olaylar, toplumlar arasında var olan sosyal ve ekonomik farklılıklar gibi unsurlar önemli bir rol oynamaktadır²¹. Sözleşmeler hukuku bakımından Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Sakson hukuk sistemi arasındaki dikkat çekici farklılıklar şu konularda yoğunlaşmaktadır: i) dürüstlük kuralı uygulamasının Kara Avrupası hukuk sisteminde daha güçlü olması²², ii) emredici hukuk

²⁰ Milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların, menfaatlerine en uygun ülke mahkemesini seçmeleri, Anglo-Amerikan hukukunda *forum shopping* olarak adlandırılmaktadır.(Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman-Figenmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Basım, İstanbul, 2020, 8. Baskı, s. 407.)

²¹ Pargendler, s. 145

²² Her ne kadar Anglo Sakson hukuk sisteminde dürüstlük kuralının

kurallarının Kara Avrupası hukuk sisteminde yoğun bir şekilde var olması, iii) sözleşme hükümlerinin uyarlanmasının ve yorumlanmasının, Kara Av-rupası hukuk sisteminde Anglo Sakson hukuk sistemine nazaran daha liberal şekilde ele alınıyor olması, iv) Kara Avrupası hukuk sisteminde aynen ifa asli bir hukuki imkan olarak nitelendirilirken, Anglo Sakson hukuk sisteminde tazminat sorumluluğunun asli bir hukuki

kodifikasyonu Kara Avrupası hukuk sistemi kadar yaygın olmasa da söz konusu bu ilkeye atıfta bulunan önemli hukuk metinleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri'nde eyaletler düzeyinde satım ve diğer hukuki ilişkiler bakımından geçerli kuralları yeknesaklaştıran Yeknesak Ticaret Yasası (Uniform Commercial Code) önemli bir düzenlemeyi oluşturmaktadır. Yeknesak Ticaret Yasası madde 1-304 taraflara sözleşmelerden doğan borçların ifasında dürüstlük kuralına uygun davranmak yükümlülüğünü yüklemektedir. Erişim Tarihi: 14.03.2022, <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304>. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri'nde Yeknesak Ticaret Yasasının uygulanması çerçevesinde verilmiş çeşitli yargı kararlarında da dürüstlük kuralına açıkça atıfta bulunulmuştur. Bu bağlamda, sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminat talebini konu alan bir uyuşmazlıkta, mahkeme, dürüstlük kuralının ilgili tarafça dürüstlük ve adil bir ticari işlemin makul ticari standartlarının gözetilmesi anlamına geldiğini ifade etmiştir. (KLT Industries, Inc. v. Eaton Corp., 505 F. Supp. 1072 (E.D. Mich. 1981), Erişim Tarihi: 14.03.2022, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/505/1072/1950596/>). Bununla birlikte, dürüstlük kuralı bakımından çok daha dışlayıcı bir tavır sergileyen ve milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde bu katı tutumu bir farklılık olarak takdim eden İngiliz Hukuku da bu katı tutumunu yumuşatmaya başlatmıştır. Nitekim Yam Seng Pte Ltd. v. Int'l Trade Corp. kararında yüksek mahkeme, belirli ve uzun süreli distribütörlük sözleşmeleri bakımından tarafların birbirleriyle olan ilişkilerinde dürüstlük kuralına uygun davranmaları gerektiğine temas ederek, İngiliz hukuku bakımından dürüstlük kuralını dışlayan katı yaklaşımını yumuşatmıştır. İngiliz hukuku perspektifinden mahkemelerin genel yaklaşımı, taraflar arasında var olan sözleşmesel ilişkiye mümkün olduğunca az müdahale etme yönündedir. Bu kararda mahkeme, dürüstlük kuralının objektif olarak tespit edilmesi gerektiğini ve bu bağlamda, dürüst ve makul bir kişi tarafından neyin ticari olarak kabul edilemez olduğunun, dürüstlük kuralının içeriğinin tespitinde ve yorumlanmasında önemli bir rol oynadığını belirtmiştir. Erişim Tarihi: 14.03.2022, https://www.translex.org/382600/_/yam-seng-pte-limited-v-international-trade-corporation-limited-01st-february-2013-%5B2013%5D-ewhc-111-/.

imkan olarak nitelendirilmesi²³, v) Kara Avrupası hukuk sisteminde, Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak, sözleşmenin ihlali halinde ceza koşulu ödenmesinin kararlaştırılabiliyor olması²⁴⁻²⁵, vi) Anglo Sakson hukuk sisteminde, konkordato veya iflas gibi icra ve iflas hukuku kurumlarının sözleşmelere etkisi bakımından daha esnek hükümler öngörülüyor olması, bu iki hukuk sistemi arasında var olan başlıca farklılıkları oluşturmaktadır²⁶²⁷.

²³ Öte taraftan, aynen ifanın, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde sıklıkla başvuru olan bir hukuki imkân olmadığını ifade eden görüşler de mevcuttur (Henrik Lando / Caspar Rose, “On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries”, *International Review of Law and Economics*, December 2004, Volume 24, Issue 4, 473-487, s. 473, 474.).

²⁴ Aristides N. Hatzis, “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, *International Review of Law and Economics*, 2003, Volume 22, Issue 4, 381-406, s. 384; Jack Graves, “Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability”, *Touro Law Review*, 2013, Volume 29, No: 3, 681-694, s. 681-684; Ignacio Marín García, “Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties”, *European Journal of Legal Studies*, 2012 Volume 5, Issue 1, 98-123, s. 82; Odetola Oluwadamilola, “Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position”, *AFE Babalola The Journal of Sustainable Development Law and Policy*, 2015, Volume:6, Issue: 1, 248-271, s.248; Lucinda Miller, “Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2004, Vol. 53, No. 1, 79-106, s.79.

²⁵ Her ne kadar Anglo Sakson hukukunda ceza koşulu geçersiz kabul edilmekte ise de, sözleşmeye uygulanacak hukuk tahtında ceza koşuluna hükmeden yabancı tahkim mahkemesi kararları Anglo Sakson hukukunda icra edilebilmektedir. (García, s. 100 dpn 113)

²⁶ Pargendler, s. 146.

²⁷ Nitekim iflasta külli tasfiyeye ilişkin olarak, Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo Sakson hukuk sistemi arasındaki farklılıkların giderilerek iflas hukukunun yeknesaklaştırılması gayretleri son zamanlarda yoğunluk kazanmaktadır. Bu şekilde, farklı devletlerde bulunan mal varlığı unsurlarının yeknesak bir hukuki rejimi ile tasfiyeye tabi tutulması amaçlanmaktadır (Gerard McCormack, “Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, Volume 32, No. 2, 325-347, s. 325, 326;)

Yukarıda kısaca temas edilen bu farklılıklar dışında sistematik olarak Kara Avrupası hukuk sisteminde borçlar hukuku genel hükümler ve özel hükümler ayrımı yer alırken, Anglo Sakson hukuk sisteminde borçlar hukuku bir bütün olarak ele alınmaktadır²⁸.

Bu farklılıkların ilk bakışta oluşturduğu izlenim, Kara Avrupası hukuk sistemine nazaran Anglo Sakson hukuk sisteminde, sözleşme özgürlüğünün daha geniş ele alınmakta olduğu ve hâkimin sözleşmeye müdahalesinin daha sınırlı olarak gerçekleştiği yönünde olsa da; bu tespitin, bazı yönlerden yanıltıcı tarafları olduğu akla gelebilir.

Böyle bir düşünceyi akla getiren bazı düzenlemelere şu örnekler verilebilir: Anglo Sakson hukuk sisteminde, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda bir miktar paranın ceza koşulu olarak ödenmesinin kararlaştırılması mümkün değildir²⁹. Aynı şekilde; benzer bir durumda, aynen ifayı talep hakkı da, ancak tazminatın yeterli ve adil olmadığı hallerde devreye giren -istisnai- bir hukuki imkânı oluşturmaktadır. Oysa Kara Avrupası hukuk sisteminde, aynen ifayı talep hakkı temel prensiptir. Anglo Sakson hukuk sisteminde ise zararın tazmini kural olarak öncelikli

Erişim Tarihi: 16.02.2022, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>

²⁸ Pargendler, s. 153

²⁹ Yukarıda bahsi geçen bu farklılıklara rağmen, Anglo Sakson hukuku ile hukuk sistemimizde yer alan birtakım hukuki kavramlar bakımından, ortak bir amacın güdüldüğü istisnai düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu bağlamda, hukuk sistemimizde yer alan medeni ceza kurumu ile Anglo Sakson hukuk sisteminde yer alan cezalandırıcı tazminatın (punitive damages) benzer bir amaç güttüğü söylenebilir. Örneğin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 68'de ele alınan, esere ilişkin olarak mali haklara tecavüz halinde eser sahibinin "...sözleşme yapılmış halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir." hükmü hukukumuzda yer alan ve özel hukuk sahasına müdahaleci bir yapısı olan hükümlerin önemli bir örneğini oluşturmaktadır. Zira bu düzenleme, zararı aşan bir miktarın, ihlalde bulunan tarafından hakkı ihlal edilen kişiye ödenmesine imkân tanıyan istisnai bir hükümdür. Bu bağlamda, bu hüküm, tazminatın zarar görenin zararını karşılaması prensibinden ayrılmakta ve zarar görene, zararını aşan bir miktarı talep etme imkânı tanımaktadır.

ilkedir³⁰. Kara Avrupası hukuk sisteminde ifayı talep hakkı, alacaklının sahip olduğu temel haktır ve “*pacta sunt servanda*” prensibinin de bir yan-sımasını oluşturmaktadır³¹. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere Anglo

³⁰ Ingeborg Schwenzer / Pascal Hachem/ Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 1st Edition, 2012, s. 563-566; Stefan Kröll / Loukas Mistelis / Pilar Viscasillas Perales, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Verlag C. H. Beck, München, 1st Edition, 2011, s. 372, 687; Peter Schlechtriem, / Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford: 3rd Edition, 2010, s. 483; Martin Davies / David V. Snyder, *International Transactions in Goods, Global Sales in Comparative Context*, (Oxford University Press, New York: 1st Edition, 2014, s. 404; Ulrich Magnus, “The Vienna Sales Convention (CISG) Between Civil and Common Law – Best of All Worlds?”, *Journal of Civil Law Studies*, 2010, Volume 3, Issue 1, 67-97, s.76; Ece Baş, “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Armağan Volume 8, 623-655, s. 623,624; Lachmi Singh / Benjamin Leisinger, “A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge”, *Pace International Law Review*, 2008, Volume 20, 161-189, s. 172; Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn: 3rd Edition, 2008, s. 109; Peter Huber / Alastair Mullis, *The CISG A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, Resenbourg: 1st Edition, 2007, s.186; Süleyman Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlalinde Alıcının Hakları*, Yetkin Yayınları , Ankara, 1. Baskı, 2013, s. 110; Pargendler, s. 146.

³¹ Pacta Sunt Servanda ilkesine göre taahhütler bağlayıcıdır. Söz konusu bu ilke kişilerin taahhütlerini yerine getirmesini ahlaki bir yükümlülüğün gereği olarak algılamaktadır. Bu nedenle, pacta sunt servanda ilkesi sadece temel bir hukuksal norm değildir, aynı derecede etik bir ilkedir, yani bir ahlaki yükümlülüğü de temsil etmektedir. Öte taraftan Anglo Sakson hukukunda ve özellikle Amerikan hukukunda, sözleşmenin kurulmasına imkân veren tarafın taahhütlerine ahlaki bir açıdan yaklaşılmasından ziyade, taraf taahhütleri tamamen hukuki açıdan ele alınmakta ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın, tazminat ödeme yükümlülüğünü göze almak suretiyle, taahhüdünü yerine getirip getirmemekte özgür olduğu ifade edilmektedir (Richard Hyland, “Pacta Sunt Servanda: A Mediation”, *Virginia Journal of International Law Association*, 1994, Volume 34, 405-433, s.406, 429, 430). Nitekim, Anglo Sakson hukukunda sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesinin, yani sözleşmenin ihlal

Sakson hukuk sisteminde ifayı talep hakkı, tazminatın yeterli ve adil olmadığı hallerde devreye giren istisnai bir hukuki imkândır³²³³.

Yukarıda örnek olarak sunulan bazı karşılaştırmalar, Anglo Sakson hukuk sisteminin sözleşme özgürlüğü bağlamındaki liberal yaklaşımı hakkında soru işaretleri yaratsa da, Kara Avrupası hukuk sisteminde genel işlem koşulları ile sözleşmenin içerik denetiminin yapılabiliyor olması gibi, temel bazı konulardaki kısıtlayıcı ve emredici hükümler, Kara Avrupası hukuk sisteminin Anglo Sakson hukuk sistemine göre özünde daha müdahaleci bir yapısı olduğunu ortaya koymaktadır³⁴.

Öte taraftan, örneğin Türk Borçlar Kanunu (bundan böyle “TBK” olarak anılacaktır) madde 115’te yer alan, borçlunun ağır kusurundan

edilmesinin tazminat sorumluluğuna sebep olduğu ve bunun ötesinde bir analiz yapılmasına ihtiyaç olmadığı ifade edilmektedir (Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 1987, Volume 10, No:8, 457-478, s. 5.) Bu durum itibariyle, pacta sunt servanda ilkesinin Anglo Sakson hukuku perspektifi itibariyle salt hukuki bakış açısı ile ele alınıp analiz edildiğini beyan etmek yanıltıcı bir ifade olmayacaktır.

³² Theodore Eisenberg / Geoffrey P. Miller, “Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 2015 Volume 12, Issue 1, 29-69, s. 29; Magnus, s. 76; Schwenzer/Hachem/Kee, s. 566; Schlechtriem/Schwenzer, s. 483; Davies/Snyder, s. 399,400,404; Pargendler, s. 167.

³³ Tazminatın yeterli olmaması, özellikle koşullar itibariyle tazminat miktarının ortaya konulmasının oldukça güç olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır (Eisenberg / Miller, s. 33). Örneğin, teknoloji sektöründe yatırım yapan bir girişim sermayesi kurumunun, ürün ve iş geliştirmemiş bir kişinin girişimine nakdi sermaye taahhüdünde bulunarak yatırım yapmak borcu üstlendiği bir ihtimalde, girişim sermayesinin üstlenmiş olduğu bu edimi yerine getirmediği takdirde, bu ihlalin ortaya çıkaracağı zararı tespit etmek kolay olmayacaktır.

³⁴ Örneğin, İsviçre Haksız Rekabet Federal Kanunu (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) madde 8 ve Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) madde 305-310 hükümleri genel işlem koşullarına ilişkin detaylı düzenlemeler öngörmektedir. Bu düzenlemelerin odak noktasını, genel işlem koşulları tahtında, tüketici sözleşmelerinin içerik denetimi oluşturmaktadır. Bu iki hukuk düzenlemesiyle karşılaştırıldığında; Türk Borçlar Kanunu madde 20-27 hükümleri, genel işlem koşulları bakımından, içerik denetimini tüketici sözleşmeleri ile sınırlandırmamaktadır.

sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmelerin kesin hükümsüz olması, TBK madde 145 uyarınca takas hakkından önceden feragat edilmesinin mümkün olmaması veya TBK madde 160 uyarınca zamaşımı savunmasından önceden feragat edilmesinin mümkün olmaması gibi hükümler, Kara Avrupası hukuk sisteminin taraflar arasında var olan sözleşmesel ilişkinin sınırlarını belirlemek konusundaki müdahaleci yaklaşımının bazı örneklerini oluşturmaktadır.

Özetle, Anglo Sakson hukuk sisteminde sözleşmeler hukukuna yaklaşım çok daha liberal iken, Kara Avrupası hukuk sisteminin eğilimi, emredici hukuk kuralları ile sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması yönündedir³⁵. Bununla birlikte, her ne kadar bahsi geçen iki hukuk sisteminde farklılıklar bulunsa da, her iki hukuk sisteminin de sözleşmeler hukuku çerçevesinde pacta sunt servanda ve sözleşme özgürlüğü prensiplerine dayanmakta olduğunu ifade etmekte yarar bulunmaktadır³⁶.

Yukarıda bahsi geçen bu farklılıklar, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler düzleminde de kendini göstermekte, ceza koşulu ve götürü tazminat konularına iki farklı hukuk sisteminin bakış açısı özellikle sözleşme müzakerelerinde önemli bir odak noktasını oluşturmaktadır.

³⁵ Pargendler, s. 147

³⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 4 Şubat 2021 tarihli 2020/6904 esas 2021/921 karar nolu kararında ceza koşulu miktarının indirimi meselesinde pacta sunt servanda ilkesine temas etmiş ve “*Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık ilkesi (Ahde Vefa- Pacta Sunt Servanda) yanında sözleşme serbestisi ilkeleri kabul edilmiştir. Bu kurala göre sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet edilmelidir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartlarının sözleşmenin tümü, birlikte yorumlanarak değerlendirilmelidir. Borçlar Kanunundaki genel kural; tarafların bu sözleşme ile gerçek ve ortak amacın varlığını ortaya koyabilecek şekilde bir düzenleme ve yorum, tüm sözleşmede belirlenen amaç da gözönüne alınarak yapılmalıdır.*” görüşü ile pacta sunt servanda ilkesine açıkça temas etmiştir. (Erişim Tarihi: 11 Mart 2022, <https://legalbank.net/belge/y-3-hd-e-2020-6904-k-2021-921-t-04-02-2021/4048677/>). Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 3 Nisan 2019 tarihli esas 2017/5855 karar 2019/2884 nolu ceza koşuluna ilişkin bir başka kararında da pacta sunt servanda ilkesine ilişkin olarak aynı açıklamaya yer vermiştir. (Erişim Tarihi: 11 Mart 2022, <https://legalbank.net/belge/y-3-hd-e-2017-5855-k-2019-2884-t-03-04-2019/3581844/>)

B. Ceza Koşulu ve Götürü Tazminatına İlişkin Olarak Anglo Sakson Hukuku ve Hukuk Sistemimiz Arasındaki Yaklaşım Farklılığının Teknoloji Transferini Konu Alan Sözleşmeler Bakımından Taşıdığı Önem

Anglo Sakson hukuk sistemi ile bizim hukuk sistemimiz arasında, teknoloji transferini konu alan sözleşmelerin müzakereleri çerçevesinde, özümsemesi zor konulardan bir tanesini, Anglo Sakson hukuk sisteminin ceza koşuluna müsaade etmemesi prensibi oluşturmaktadır. Bizim hukuk sistemimiz, Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak, ceza koşuluna müsaade etmektedir. Sözleşme müzakereleri aşamasında, sözleşmenin taraflarının bu bakış açısı farklılığını anlamlandırması ve sözleşmeye yansıtması kimi zaman zorluklar yaratmaktadır.

Taraflar bir sözleşme ilişkisi kurarken sözleşmenin ihlali durumunda ihlal neticesinde oluşacak zararların ispatına ilişkin olarak, olası bir yargılamada güçlükler oluşabileceğine dair tedirginlikler taşımaktadırlar. İşte bu noktada, taraflar cephesinde var olan bu tür hassasiyetleri gidermek noktasında başvurulmuş ve sözleşmede yer verilen başlıca iki kurum, ceza koşulu ve götürü tazminat düzenlemeleridir.

Teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından, lisansa konu hakkın sahipleri ilgili sözleşmelere aykırılığın tabi olduğu sözleşmesel rejim bakımından öngörülebilirlik ve caydırıcılığı esas almakta ve aşına oldukları hukuk sisteminin bakış açısını sözleşme müzakerelerine yansıtmakta ve hatta kimi zaman karşı tarafa bu anlayışı ve yaklaşımı dayatmaya gayret etmektedirler. Bu durum da, ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki farkların ortaya konulması ihtiyacını gündeme getirmektedir. Nitekim teknoloji transferini konu alan sözleşmeler tahtında sözleşme konusu hakkı kullandırma ve teknik bilgi verme yükümlülüğü, söz konusu hakkın varlığını ve devamlılığının taahhüdü, transfer bedelinin ödenmesi, sır saklama yükümlülüğü ve teknik gelişmeler ve iyileştirilmelerin bildirilmesi, üçüncü kişilerin tecavüzlerinin bildirilmesi ve söz konusu tecavüzlere karşı hukuki himaye tedbirlerine başvurulması gibi yükümlülükler riayet bilhassa ceza koşulu veya götürü tazminat düzenlemelerine konu edinmektedir.

III. ANGLO SAKSON HUKUKU VE HUKUK SİSTEMİMİZDE CEZA KOŞULU VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

A. Hukuk Sistemimizde Ceza Koşulu

Ceza koşulu (stipulatio poenae) düzenlemeleri Kara Avrupası hukukunda Roma hukuku döneminden itibaren varlığını sürdürmekte ve muhafaza edilmektedir³⁷. Ceza koşulu Roma hukukunda bir borç kaynağı olan stipulatio ile kararlaştırılmakta ve böylece bir miktar cezanın para olarak ödenmesi Roma hukukunda da var olan bir hukuki düzenlemeyi oluşturmaktadır³⁸. Öte taraftan, Roma hukukunda, belli miktar paranın ödemesi yerine, kararlaştırılan edimin birkaç katının ceza olarak ifa edilmesinin sıklıkla kararlaştırıldığı ifade edilmektedir³⁹. Roma hukukunda ceza koşulunun iki işlevi bulunmakta idi. Ceza koşulunun en önemli işlevi, alacaklıyı meydana gelen zararın ispatından kurtarma işlevi idi⁴⁰. İlerleyen dönemlerde Roma hukukunda ceza koşulunun borçlu üzerinde bir baskı aracı olma özelliğini barındırdığı ve tazmin işlevi üstlendiği de kaydedilmektedir⁴¹.

Günümüzde de ceza koşulunun bu iki işleve hizmet ettiğini ifade etmek yanlış bir tespiti oluşturmayacaktır. Ceza koşulu, özellikle borçlu üzerinde borcunu ifa etmesi yönünde bir baskı oluşturmakta ve borçlunun borcunu ifa etmemesini güçleştirmektedir⁴². Öte taraftan, götürü

³⁷ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press Oxford: 1st Edition, 1996, s. 95; Sevgi Kayak, "Roma Hukukunda Ceza Şart, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası", 2006, Cilt LXIV, Sayı 1, 237-258, s. 238-240; Raluca Antoanetta Tomescu, "Tort Liability. Damages and Penalty Clause", *Perspectives of Law and Public Administration*, 2018, Vol. 7 No. 2, 254-259, s. 254-256; García, s. 85; Hatzis, s. 399.

³⁸ Roger Halson, *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford University Press, Oxford, 1st Edition, 2018, s. 1.06; Kayak, s. 239, 240.

³⁹ Halson, s. 1.06.

⁴⁰ Nilgün Dinçer Araz, *Roma Hukukunda Ceza Koşulu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2018, s. 103; Hatzis, s. 399.

⁴¹ Araz, s. 107-110; Hatzis, s. 399.

⁴² Erol Cansel / Çağlar Özel, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu" *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Armağan, 2013, Volume 8, 713-733, s. 715; Seda Öktem Çevik, "Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası", *Prof. Dr. İsmet Sunğurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III*, 26-27 Mayıs

tazminatta öncelikli amaç zararın tazminidir. Bir başka anlatımla, götürü tazminat alacaklının zararının giderilmesi yönünde bir temel amaca hizmet ederken; ceza koşulunun birincil amacı borçlunun borca aykırı davranmasını önlemektir⁴³. Nitekim geçmişten günümüze kadar geçen bu süre zarfında, bu bakış açısı bakımından herhangi bir değişim yaşanmadığı söylenebilir.

Ceza koşulu sözleşmenin bir tarafının menfaatine hizmet ederken, götürü tazminat düzenlemeleri sözleşmenin her iki tarafının da menfaatine hizmet etmektedir. TBK madde 179/f.3'te "*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*" düzenlemesi ile ifade bulan dönme cezası bakımından ise, menfaati korunan taraf borçludur. Zira borçlu dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Bu bağlamda, ceza koşulunun her hâlükârda borcun ifası konusunda mutlak bir baskı unsuru oluşturduğunu ifade etmek, dönme cezasının kararlaştırıldığı durumları kapsamaması nedeniyle, isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

Ceza koşulu, götürü tazminat hükümlerinden farklı olarak, TBK madde 177-182 arasında ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Bu hükümler kural olarak emredici niteliğe sahip hükümler niteliğini taşımamaktadır. Bununla birlikte, kararlaştırılan ceza miktarının indirilmesi hususunda hâkime takdir yetkisi tanıyan TBK madde 182/f.3 düzenlemesi emredici nitelikte bir hükümdür.

2012, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, 97,112, s. 97; Ayça Akkayan Yıldırım, "Cezai Şartın İşlevi Türk Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2003, C. LXI, S. 1-2, 357-414, s. 383; Numan Tekelioğlu, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat" *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 2, 159-186, s.167; Zeynep Damla Taşkın, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerine Etkisi" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2020, Cilt 26, Sayı 2, 1305-1348, s.1307; Bahar Öcal Apaydın / Nurten İnce Akman, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2019, C.25, S. 1, 220-260, s.234.

⁴³ Apaydın / Akman, s. 234; Cansel / Özel, s. 715; Çevik, s. 98; Taşkın, s. 1307; Yıldırım, s. 37.

Ceza koşulu, asıl borç olarak nitelendirilen bir borcun, hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı ifa etmekle yükümlü olduğu, alacaklının doğacak muhtemel zararlarını güvence altına alan ve bu konuda alacaklıya ispat kolaylığı sağlaya, muaccel olana kadar asıl borca bağlı olan ekonomik bir değer taşıyan edim borcudur⁴⁴. Hukuk sistemimiz itibariyle ceza koşulu, borcun yerine getirilmemesi, eksik yerine getirilmesi veya kararlaştırılan belli bir zaman ya da belli bir yerde yerine getirilmemesi durumlarında, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik değeri olan asıl borca bağımlı nitelikte bir edim niteliğini taşımaktadır⁴⁵. Taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu, her ne kadar uygulamada genellikle bir miktar paranın ödenmesi olarak kararlaştırılıyor olsa da bu zorunlu değildir. Ekonomik değeri olmak koşuluyla, bir verme borcu, yapma borcu veya kaçınma ya da katlanma borcu da ceza koşulu olarak belirlenebilir⁴⁶. Ceza koşulu borçlunun borcunu ifa etmemesi olasılığına ilişkin olarak caydırıcı bir etki taşımakta ve alacaklının alacağına ifa edileceğine ilişkin beklentisini güçlendirmektedir. Bu bağlamda, ceza koşulu ile borçluya bir baskı uygulanmakta ve borçlu, borca aykırı davranması halinde tazminat yükümlülüğünü aşan ve kendi üzerinde cezai etki oluşturan bir edimle yüzleşme ihtimaliyle karşılaşmaktadır.

Bu vesile ile ifade etmek isteriz ki, TBK madde179/f.3'te yer alan dönme cezası borçlunun borcunu ifa etmesi yönünde bir baskı oluşturmamakta, bilakis ilgisine söz konusu borç ilişkisini sona erdirmesi imkânı tanımaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere; kanaatimizce dönme cezasının borçluyu da koruyucu bir yapı olduğu dikkate alındığında, teknik olarak ceza koşulu olarak nitelendirilmesi isabetli bir yaklaşımı oluşturmayabilir. Zira dönme cezasının, borçlunun borcunu ifa etmesi hususunda bir baskı oluşturma özelliği bulunmamaktadır.

Ceza koşulunun en önemli fonksiyonu, alacaklıyı, borcun yerine getirilmemesi, eksik yerine getirilmesi veya kararlaştırılan belli bir zaman ya da belli bir yerde yerine getirilmemesi durumunda oluşan zararı ispat

⁴⁴ Burcu Yağcıoğlu, *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2022, s. 23; Hüseyin Can Aksoy, "Ceza Koşulunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, S.2, 999-1018, s. 1000; Cansel / Çağlar, s. 714.

⁴⁵ Cansel / Özel, s. 715; Tekelioğlu, s. 165.

⁴⁶ Aksoy, s. 1; Tekelioğlu, s. 167.

etme yükümlülüğünden kurtarmasıdır⁴⁷. Türk hukukunda kimi yazarlar⁴⁸, cezanın, borçlunun kusuru ile sözleşmeye aykırı hareket ettiği durumlarda talep edilebileceğini kabul ederken, kimi yazarlar ise ceza koşulunun ifasının borçlunun kusurunu gerektirmediğini savunmaktadır⁴⁹. Ceza koşulu olarak kararlaştırılan miktarı aşan bir zararın tazmininin talep edilebilmesi için, TBK madde 180/f.2 uyarınca ceza koşulu alacaklısının, borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, bu düzenleme bir yönü ile ispat yükü kuralını ortaya koymaktadır⁵⁰.

Ceza koşulu, hukuki niteliği itibariyle, borca aykırı davranışın ortaya çıkması geciktirici koşuluna bağlı bir edim borcudur. Yukarıda ifade

⁴⁷ İspat yükü kendi üzerinde olan taraf iddiasını ispat edecek delilleri ileri sürmez veya ileri sürdüğü delillerle hâkimi inandırma faaliyetinde başarılı olmazsa, artık bir ispatsızlık halinden bahsetmek gerekecektir. Bu durumda hâkim, ispat yükü üzerinde olan taraf aleyhine karar verecektir (Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, İstanbul, 4. Baskı, 2021, s.480; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2021, s. 3562; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2021, s. 859; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2020, s. 615.

⁴⁸ Kemalettin Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 16. Baskı, 2021 s. 550; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara: 25. Baskı, 2021, s. 1003 Selahattin Sulhi Tekinay / Haluk Burcuoğlu / Sermet Akman / Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 6. Baskı, 1988, s. 348; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 18. Baskı, 2021, s. 532; Cevdet İlhan Günay, *Cezai Şart* Turhan Kitapevi, Ankara, 1. Baskı, 2001, s. 29; Necip Bilge, *Cezai Şart*, Güzel Matbaası, Ankara, 1. Baskı, 1957, s.108; Kenan Tunçomağ, *Cezai Şart*, Baha Matbaası, İstanbul, 1. Baskı, 1963, s.101; Hüseyin Ekinci, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2015, s. 22; Köksal Kocaağa, *Ceza Koşulu*, (Sözleşme Cezası), Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2018, s. 233; Zafer Kahraman, *Saf Garanti Taahhütleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1. Baskı, 2017, s. 83; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, *Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 58; Hüseyin Ekinci, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2015, s. 278.

⁴⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 26. Baskı, 2021, s. 1211; Tuba Birinci Uzun, *Götürü Tazminat*, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2015, s. 150; Cansel / Özel, s. 726.

⁵⁰ Tunçomağ, s. 124; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 359; Kılıçoğlu, s. 813-814; Günay, s. 163; Arslanyürek, s. 59; Kocaağa, s. 318; Ekinci, s. 346-347.

edildiği üzere, ceza koşulu fer'i nitelik taşımaktadır⁵¹. Nitekim TBK madde 182/f.2 uyarınca, asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz hale gelir ise, ceza koşulu da geçersiz kabul edilecektir. Bununla birlikte, sözleşmede öngörülen koşul gerçekleştiği anda ceza koşulu olarak öngörülen edim muaccel olmakta ve asıl borçtan bağımsız bir borca dönüşmektedir.

Öte taraftan, ceza koşulunun geçersiz olması, bizleri, bu geçersizlik sebebinin asıl borca sirayeti söz konusu olmadığı müddetçe, asıl borcun geçersizliği sonucuna götürmemektedir. Ceza koşulu, taraflarca asıl sözleşme ile birlikte kararlaştırılabileceği gibi, asıl sözleşmenin kurulmasından sonra da kararlaştırılabilir. Bu bağlamda, asıl sözleşme kanunen şekle tabi ise ceza koşulu anlaşmasının da bu şekle uygun olarak yapılması gerekmektedir⁵². Bununla birlikte, TBK'da konu itibarıyla ceza koşulu kararlaştırılmasına imkân tanınmayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, TBK madde 346 uyarınca konut ve çatılı işyerlerinin kiralanmasına ilişkin hukuki ilişkiler bakımından ceza koşulu kararlaştırılması mümkün olmadığı gibi, TBK madde 420 uyarınca hizmet sözleşmeleri bakımından da işçi aleyhine ceza koşulu kararlaştırılmasına müsaade edilmemiştir⁵³. Bu

⁵¹ Apaydın / Akman, s. 233; Tekelioğlu, s. 166.

⁵² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 24 Mayıs 2016 tarihli esas 2015/17632 karar 2016/9261 nolu kararında “Asıl borç yoksa cezai şart da söz konusu olamaz. Bu niteliği itibarıyla cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur. Asıl borç, mevcut ve geçerli ise, cezai şart da borç doğurur. Asıl borç sona ermiş ya da geçersiz doğmuşsa, cezai şart bağımsız bir borç oluşturamaz. **Cezai şart, asıl borcun bağlı olduğu şekle tabidir.** Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır. Ancak, geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekle uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması nedeniyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer'i nitelikte olan cezai şart da geçerli sayılacaktır. Cezai şartın fer'ilik niteliği asıl borca bağlı olduğu sürece devam eder.” ifadesiyle asıl sözleşme kanunen şekle tabi ise ceza koşulu anlaşmasının da bu şekle uygun olarak yapılması gerektiğini teyit etmiştir. (Erişim Tarihi: 14 Mart 2022, <https://legalbank.net/belge/y-19-hd-e-2015-17632-k-2016-9261-t-24-05-2016/2502725/>.)

⁵³ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 1 Haziran 2015 tarihli esas 2014/8596 karar 2015/19057 nolu kararında “Somut olayda davacı davalıya ait tıp merkezinde 20.06.2012-02.11.2012 arasında kadın doğum doktoru olarak çalışmıştır. 4857 sayılı Kanun'un 11. maddesindeki düzenleme karşısında, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut 18.06.2012 tarihli bir yıllık doktor sözleşmesinin 4. maddesinde “ücret çalışılan ayı takip eden ayın ilk haftası ödenir, hekime çalıştığı her ay için 16.000 TL ödenir, gecikmelerden dolayı sözleşme akdinin feshi halinde sözleşmenin toplam bedeli 192.000 TL hekime ödenir.”

tarz emredici kurallar bir kenara bırakılacak olursa, her türlü sözleşmede herhangi bir edimle ilgili olarak ceza koşulu kararlaştırılması hukuk sistemimiz tahtında -Anglo Sakson hukuk sisteminden farklı olarak- mümkün bulunmaktadır. Bu bağlamda, Türk hukuk sisteminde, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından da, cezai koşul kararlaştırılması noktasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

Teknoloji transferi sözleşmeleri, konusunu oluşturan teknolojinin kullanımı, bu hakkın üçüncü kişilere devri ve gizlilik konularında oldukça katı düzenlemeler öngörmekte ve söz konusu bu düzenlemelere aykırılıklar caydırıcı olması maksadıyla oldukça yüksek tutarlar içeren ceza koşulları ile katı düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Ayrıca, teknoloji transferi sözleşmelerinde projelerin belli aşamalarının, belli zaman dilimleri içerisinde tamamlanmasını temin etmek maksadıyla, katı ceza koşullarına tabi kılınması da sıklıkla karşılaşılan bir durumu oluşturmaktadır. Bu şekilde, teknoloji transferini konu alan sözleşmelerin ihlalinde ortaya çıkabilecek zararın miktarının ispatlanması bakımından gündeme gelebilecek olası güçlükler de ceza koşulu düzenlemeleri ile aşılmaya gayret edilmektedir. Bununla birlikte, bu yaklaşım, Anglo Sakson hukukunun ceza koşuluna müsaade etmemesi gerçeği karşısında sözleşme müzakereleri aşamasında üzerinde hassasiyetle durulması gereken bir konuyu oluşturmaktadır.

B. Hukuk Sistemimizde Götürü Tazminat

Taraflar, bir sözleşme kurarken, bu sözleşmeden doğan borçların ifa edileceği beklentisi ve niyeti ile bir hukuki ilişkiyi tesis etmektedirler. Bununla birlikte, tarafların sözleşmeye aykırılığının söz konusu olduğu; bu bağlamda, sözleşmenin hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa edilmediği durumlar ile de karşılaşılmaktadır.

düzenlemesi bulunmaktadır. Bu durumda söz konusu sözleşme ile ücretin geç ödemesi ya da ödenmemesi halinde iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda işçi lehine cezai şart kararlaştırılmıştır. Dosya kapsamından belirsiz süreli iş sözleşmesi işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğinden davacının sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartı talep etme hakkı bulunmaktadır. Mahkemece cezai şart talebi kabul edilmelidir, ancak bu alacaktan Borçlar Kanunu 182/son maddesi gereği davacının cezai şart alacağı hesaplanırken sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken süreler de dikkate alınmak suretiyle uygun bir indirim yapılmalıdır.” ifadesiyle işçi aleyhine ceza şart kararlaştırılmayacağını ortaya koymuştur. (Erişim Tarihi: 14 Mart 2022, <https://legalbank.net/belge/y-22-hd-e-2014-8596-k-2015-19057-t-01-06-2015/2415465/>.)

Türk Borçlar Kanunu madde 26 “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” düzenlemesini öngörmektedir. Söz konusu bu düzenleme, özel hukuk sistemimizin önemli bir esasını oluşturmakta ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 24’te yer alan tasarruf ilkesi de özü itibariyle bu prensibinin medeni usul hukuku sahasında yer alan önemli bir yansımasını oluşturmaktadır⁵⁴. Sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilmektedirler⁵⁵. Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğü çerçevesinde, taraflar, sözleşmenin ihlali durumunda borçlunun ödemesi gerekecek ve alacaklının muhtemel zararlarını karşılayacak tazminatı da aralarındaki sözleşmede önceden kararlaştırabilmektedirler⁵⁶. Bir başka anlatımla, taraflar, sözleşmelerinde sözleşmenin ihlali durumunda yerine getirilecek edim olarak götürü tazminatı önceden belirleyebilmekte ve tazminat miktarı üzerinde mutabık kalabilmektedirler. Böylelikle taraflar, sözleşmenin ihlalinde oluşabilecek zararın miktarının belirlenmesi ve ispat edilmesi bakımından ortaya çıkabilecek olası güçlükleri, sözleşmenin kuruluşu aşamasında asgariye indirmekte ve bu hususta oluşabilecek olası bir uyuşmazlığın doğumuna engel olmaktadır.

Götürü tazminat anlaşması, sözleşmeden doğan asıl borç ilişkisinin içerdiği tüm yükümlülüklerle ilişkin olabileceği gibi, bu borç ilişkisinde yer alan belirli yükümlülüklerle veya sadece tek bir yükümlülüğe ilişkin de olabilir. Sözleşmeden doğan bu borç ilişkisinde yer alan yükümlülüğün ihlali durumunda, alacaklı, kural olarak sadece götürü tazminat

⁵⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 24:

“(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.

(2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.

(3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.”

⁵⁵ Hatice Kübra Erçoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. LXXIV, S. 2, 709-737, s.709; Şafak Parlak Börü, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 195-228, s.196.

⁵⁶ Börü, s. 197; Tekelioğlu, s. 175.

ediminin ifa edilmesini talep edebilirken, borçlu da kural olarak yalnızca götürü tazminat edimini alacaklıya ifa etmekle yükümlü olmaktadır. Doktrinde baskın görüş, götürü tazminat düzenlemelerinin kendine özgü (sui generis) nitelikte bir anlaşma olduğunu ifade etmektedir⁵⁷. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda, ceza koşulunun aksine götürü tazminatı düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır^{58,59}.

Tıpkı ceza koşulunda olduğu gibi, götürü tazminat ile asıl borç ilişkisi arasında bir fer'ilik ilişkisi bulunmakta olup götürü tazminatın doğumu, devamı ve sona ermesi asıl borcun doğumuna, devamına ve sona ermesine bağlıdır⁶⁰. Götürü tazminatın ortaya çıkabilmesi, asıl

⁵⁷ Berk Kapanıcı, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, 655-684, s.656; Börü, s. 203; Apaydın / Akman, s. 224; Uzun, s.68.

⁵⁸ Bununla birlikte karşılaştırmalı hukukta bağlayıcı etkiye sahip olmayan hukuki düzenlemeler olan Unidroit Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri konuyla ilgili düzenlemeler getirilmiştir.

Unidroit Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Prensipler madde 7.4.13/1 "Sözleşmede borcunu ifa etmeyen tarafın ihlale uğrayan tarafa söz konusu ifa etmeme için belirli bir miktar ödemeyi kararlaştırmış olması durumunda, ihlale uğrayan taraf güncel bir zararının oluşup oluşmamasından bağımsız olarak kararlaştırılan miktarı talep edebilir." (Erişim Tarihi: 15 Mart 2022, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.)

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri madde 9:509/1 "Sözleşmede borcunu ifa etmeyen tarafın ihlale uğrayan tarafa söz konusu ifa etmeme için belirli bir miktar ödemeyi kararlaştırmış olması durumunda, ihlale uğrayan tarafa güncel bir kaybının oluşup oluşmamasından bağımsız olarak kararlaştırılan miktar ödenir." (Erişim Tarihi: 15 Mart 2022 <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/9.509.html>.)

⁵⁹ Doktrinde bir görüş götürü tazminat ile ifade edilen müessesenin, ceza koşuluna ilişkin özel düzenleme şekillerinden birini oluşturduğunu savuna gelmektedir. Suat Sarı, "Götürü Tazminat" Kavramı Üzerine", *Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu: Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2011, 299-304, s. 303.

⁶⁰ Mehmet Erdem, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, 97-124, s. 100; Erişim Tarihi: 15 Mart 2022, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf. Börü, s. 204; Tekelioğlu, s. 176.

sözleşmenin ihlal edilmesi geciktirici şartına bağlıdır⁶¹. Alacaklı asıl sözleşme ihlal edilene kadar götürü tazminatın ödenmesi hususunda herhangi bir hak ileri süremez; sadece bu konuda bir beklenen hakkı oluşmaktadır. Asıl borç ilişkisinin ihlal edilmesi neticesinde, götürü tazminat ödeme borcu doğarak muaccel olmakta ve asıl borçtan bağımsız bir nitelik kazanmaktadır⁶².

Götürü tazminatın asli amacı, borcunu yerine getirmesi hususunda borçlu üzerinde bir baskı oluşturmak değil, olası bir sözleşme ihlalinde tazminat sorumluluğunun miktarının ortaya konulması ve ispat edilmesindeki güçlükleri bertaraf etmektir. Örneğin, bir teknoloji girişim sermayesi kurumunun, henüz bir ürün ve iş geliştirmemiş bir kişinin girişimine yönelik nakdi sermaye taahhüdünde bulunarak yatırım yapma borcu üstlendiği bir ihtimalde, girişim sermayesinin üstlenmiş olduğu bu edimi yerine getirmemesi halinde, bu ihlalin ortaya çıkaracağı zararın varlığını ve miktarını ortaya koymak kolay bir mesele oluşturmayacaktır. Bir başka anlatımla, bu nakdi sermaye taahhüdü yerine getirilmiş olsaydı, bu girişim sermayesinin başarılı olup olmayacağı belirsiz bir husus olup böyle bir ihtimalde zararın miktarını ortaya koymak da kolay bir mesele değildir. İşte götürü tazminat hükümleri, bu sorunun olası olumsuz etkilerini en aza indirmekte, borçlu götürü tazminat edimini ifa ederek tazminat borcundan kurtulmakta ve müstakbel bir yargılamada tahkikat hızlı ve seri bir şekilde ilerleyebilmektedir.

Bu bağlamda, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından, Anglo Sakson hukukunun sözleşmelerde ceza koşuluna müsaade etmediği gerçeği ve teknoloji ihraç eden şirketlerin önemli bir kısmının silikon vadisinde yerleşik olduğu (bu nedenle gerek sözleşme müzakeresi gerekse uyuşmazlık aşamasında Amerika Birleşik Devletleri'nin konuyla irtibat içerisinde olan bir eyalet hukuku düzenlemelerinin gündeme gelebileceği) göz önünde tutulduğunda, teknoloji transferi sözleşmelerinde götürü tazminat hükümleri ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu nedenle de, Anglo Sakson hukuk ekolü perspektifinden ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki ayrıma hâkim olunması ihtiyacı doğmaktadır.

⁶¹ Börü, s. 207; Erdem, s. 101; Kapancı, s. 665.

⁶² Apaydın / Akman, s. 225.

Teknoloji transferi sözleşmeleri düzleminde götürü tazminatın tercih edilmesinin en önemli nedeni, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasına ve hızla gelişen teknoloji sektöründe öngörülebilirliğe olan ihtiyaçtır. Bu çerçevede, tarafların, götürü tazminat sorumluluğunu sözleşmenin kuruluş aşaması itibariyle öngördükleri zararlarla sınırlandırması isabetli bir yaklaşım oluşturmaktadır⁶³. Nitekim milletlerarası satım hukukunu yeknesaklaştırma gayretleri bakımından önemli bir düzenlemeyi oluşturan CISG kapsamında da, tazmin edilebilir olması için, zarar miktarının, sözleşmenin kurulması anında sözleşme ihlalinin muhtemel bir sonucu olarak öngörülebilir olması ilkesi tazmin edilecek zararları sınırlandıran bir mekanizma olarak öngörülmüştür^{64,65}.

⁶³ Apaydın / Akman, s.226.

⁶⁴ Sözleşmenin ihlalinde tazminat sorumluluğunun, bir başka anlatımla tazmini talep edilebilecek zararın sınırlandırılması bakımından iç hukuk sistemlerinde farklı mekanizmalar öngörülmüştür. Bu bağlamda, öngörülebilirlik ("foreseeability"), nedensellik ("causation"), kusur ("fault"), ispat ölçüsü bakımından zararın kesinliği ("certainty of damages") talep edilecek zararın sınırlandırılması ile ilgili olarak, ulusal hukuk sistemlerinde yaygın olarak kullanılan mekanizmalardır (Alexander Komarov, "The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon, 1th Edition, 2008, s. 250-254; Ayşe Elif Ulusu, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçları Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması: Öngörülebilirlik İlkesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2011, s.35). Bunların dışında, zarar gören tarafın zararı azaltma külfetinin bulunması da önemli bir zararı sınırlandırma mekanizmasıdır (Komarov, s. 256.). Ulusal hukukta, zararın ispat edilmiş kabul edilebilmesi için geçerli olan ispat ölçüsünün de, zararın sınırlandırılmasına hizmet eder nitelikte bir fonksiyon görmesi oldukça mümkündür (Djahongir Saidov, "Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon, 1th Edition, 2008, s. 402.).

⁶⁵Tazminatın sınırlandırılmasına ilişkin bir ölçüt olan öngörülebilirlik ilkesi, sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkindir. Sözleşmenin uyarlanması şartlarından olan, önceden öngörülemezlik ise sorumluluğa ilişkin değil, risk paylaşımına ilişkindir. Tazminatın belirlenmesinde öngörü zarara ilişkindir.

CISG madde 74, CISG'nin temelinde yatan genel bir ilke olan tam tazmin ilkesini, zararın satım sözleşmesinin kurulduğu anda öngörülebilir olması prensibi ile sınırlandırmaktadır⁶⁶. Zararın tazmini bakımından öngörülebilirlik ilkesinin amacı, sözleşmeyi ihlal eden tarafı, sözleşmenin ihlalinin çok uzak sonuçlarından korumaktır⁶⁷. Bir diğer deyişle, öngörülebilirlik kriterinin temelinde yatan mantık, tarafların sözleşme kurarken belirli rizikoları göze aldıkları ve bunları hesaba katarak sözleşmedeki edim - karşı edim dengesini oluşturduklarıdır⁶⁸. Götürü tazminat bakımından da, CISG'nin tazminat sorumluluğuna yaklaşımı ile benzer bir bakış açısıyla hareket edilebileceğini ifade etmekte bir sakınca bulunmamaktadır. Nitekim taraflar sözleşmenin kuruluşu aşamasında öngörebildikleri durumları, koşulları ve olası gelişmeleri dikkate alarak muhtemel zararları tahmin etmektedirler. Bu bağlamda, götürü tazminat miktarının beklenen zarara ilişkin makul bir tahmin ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir⁶⁹. Bir başka anlatımla, sözleşmeye aykırılıkta uğranılabilecek muhtemel zarara ilişkin olarak tahmin yapılmak suretiyle tazminat miktarı daha sözleşme kurulurken ve götürü olarak kararlaştırılmaktadır. Bu bağlamda, götürü tazminat hükmünün var olduğu bir teknoloji transferini konu alan sözleşmede, zararın miktarının ortaya konulmasında, TBK madde 51 uyarınca tazminat miktarının belirlenmesi ve TBK madde 52 uyarınca tazminat miktarının indirilmesi hükümlerinin uygulama ihtimalinin sınırlandırılmış olduğunu ifade etmekte de yarar bulunmaktadır.

İşlem temelini çökmesi şartlarından olan öngörülemezlikte ise öngörü durum değişikliklerine, olaya ilişkindir (Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2009, s. 176.).

⁶⁶ Franco Ferrari, "Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, (Oregon, 1th Edition, Hart Publishing, 2008), s. 311; Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2015, s. 300; Yılmaz, s. 181.

⁶⁷ Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2005, s. 440; Magnus, s. 84.

⁶⁸ Atamer, s. 441; Ulusu, s. 109.

⁶⁹ Börü, s. 200.

Ceza koşulundan farklı olarak taraflar götürü tazminat düzenlemesi ile sözleşmenin kuruluşu sırasında olası zararlara ilişkin olarak bir değerlendirme yapmaktadırlar. Bu noktada, şayet götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktar olası zararları oldukça aşan bir miktar ise, tarafların ceza koşulu kararlaştırmayı amaçlayıp amaçlamadığı bir değerlendirme konusu yapılabilir⁷⁰. Götürü tazminat anlaşması sözleşmenin kuruluşu sırasında yapılabileceği gibi, sözleşme kurulduktan sonra da yapılabilir. Bununla birlikte, sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği ve zararın oluştuğu bir durumda, tarafların tazminat tutarı hakkında anlaşması artık bir götürü tazminat anlaşması değil, olsa olsa bir sulh anlaşması olarak nitelendirilebilir.

Anglo Sakson hukuk sistemi, yukarıda ifade edildiği üzere, sözleşme ilişkilerinde ceza koşulunu geçersiz kabul etmekte dolayısıyla sözleşmelerde yaygın olarak götürü tazminat hükümlerine yer verilmektedir. Teknoloji transferini konu alan sözleşmelerde, sözleşme tarafı eğer Anglo Sakson hukuk kültüründen gelmekte ise, söz konusu taraf ilgili sözleşmelerde ceza koşulu kararlaştırılmasına sıcak bakmamakta, sorun götürü tazminat hükümleri ile çözümlenmektedir. Günümüzde, globalleşme ve teknoloji kullanımının artması gerçeği karşısında, bu yaklaşımın gittikçe yaygınlaşan bir eğilim olacağını ifade etmekte yarar bulunmaktadır.

IV. ANGLO SAKSON HUKUK SİSTEMİNİN CEZALANDIRICI TAZMİNAT, CEZA KOŞULU VE GÖTÜRÜ TAZMİNATA BAKIŞI

A. Anglo Sakson Hukuku Perspektifinden Cezalandırıcı Tazminat

Anglo Sakson hukuk sisteminde cezalandırıcı (punitive/ exemplary) tazminat, tazminat hukukunun egemen ilkelerinden bir tanesini oluşturan zarara uğrayanın zararının tamamen giderilerek eski hale iade edilmesi (restitutio in integrum) prensibine istisna oluşturmakta ve zararı aşan bir tazminat sorumluluğunu mümkün kılmaktadır. Her ne kadar bizler makalemizde “*cezalandırıcı tazminat*” ifadesini kullanılıyor olsak da, özel hukuk müessesesi olan tazminat sorumluluğunun temel işlevi zararların giderilmesi olup tazminat sorumluluğunun cezalandırıcı herhangi bir

⁷⁰ Apaydın ve Akman, s. 226.

işlevi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, bizim hukuk sistemimiz bakış açısıyla “cezalandırıcı tazminat” terminolojisinin yalın bir tercüme olduğunu kabul ederek konuyu ele almakta yarar bulunmaktadır.

Anglo Sakson hukuk sisteminde, zararı aşan bir tazminat sorumluluğunu mümkün kılan cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna üç ana amaç için hükmedilmektedir: i) hukuk kuralını ihlalde bulunan tarafı cezalandırmak, ii) hukuk kuralını ihlal eden tarafı ve diğer kişileri bir daha bu tarz bir ihlalde bulunmamaya sevk etmek, iii) hukuk sisteminin ilgili hukuk kuralının ihlalini açıkça kınadığını ortaya koymak⁷¹. Sıralanan bu amaçlar göz önünde tutulduğunda, her ne kadar cezalandırıcı tazminat özel hukuk alanında ele alınıyor olsa da, cezalandırıcı tazminatın niteliği itibarıyla tazmin edici değil, cezalandırıcı yönü ağır basmakta ve adeta bir ceza hukuku yaptırımını andırmaktadır.

Medeni ceza kurumu bir yana, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat düzenlemelerine yer verilmemekle birlikte, Anglo Sakson hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat hükümleri yer almaktadır⁷²⁻⁷³. Bununla birlikte, Anglo Sakson hukukunun geleneksel

⁷¹ Jason Taliadoros, “The Roots of Punitive Damages at Common Law”, *Cleveland State Law Review*, 2016, Volume 64, 251-302, s. 253; Fred W. Morgan / Karl A. Boedecker, “Punitive Damages after BMW v. Gore”, *Journal of Public Policy & Marketing*, Spring 1997, Vol.16, No.1, 163-172, s. 164; Joan T. Schmit / S. Travis Pritchett / Paige Fields “Punitive Damages: Punishment or Further Compensation”, *The Journal of Risk and Insurance*, 1988, Vol. 55, No. 3, 453-466, s. 454; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 87.

⁷² David G. Owen, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, *Villanova Law Review*, 1994, Volume 39, Issue 2, 363-463, s. 364; Anthony J. Sebok, “Punitive Damages in the United States”, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives by Helmut Koziol Vanessa Wilcox*, Springer Verlag, Vienna, 1th Edition, 2009, 155-189, s. 155; İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 170; Odetola, s. 248; Merhacı, s. 78, 171.

⁷³ Türk hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminatı andıran en önemli tazminat, itirazın iptal davasında İcra İflas Kanunu madde 67/f.2 uyarınca hükmedilen icra inkâr tazminatıdır (Tarık M. Güleriyüz / Ayça Yılmaz Zorluoğlu, “Bir Anglo-Amerikan Hukuk Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın Bazı Türk

olarak cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna mesafeli yaklaştığını ifade etmekte de yarar bulunmaktadır⁷⁴. Örneğin, Amerikan hukuk sisteminde birçok eyalette cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için sözleşme ihlalinin aynı zamanda cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek nitelikte bir haksız fiil teşkil etmesi gerekmektedir⁷⁵. Bu bağlamda, sözleşmenin ihlali aynı zamanda bir haksız fiil oluşturmuyorsa, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün olamamaktadır⁷⁶. Nitekim bu yaklaşım Amerikan sözleşmeler hukukunun ceza koşuluna müsaade etmemesi yaklaşımı ile de uyum göstermektedir⁷⁷. Diğer yandan, Amerikan hukuk

Hukuku Müessesleri ile Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 141, 325-362, s. 347,348; Gül, s. 336). İcra inkâr tazminatı ile güdülen temel amaçlardan bir tanesi, borçlunun borcu olduğunu bilerek itiraz etmek suretiyle yargı sistemini meşgul etmesi ve alacaklının alacağına zamanında kavuşmaması nedeniyle oluşan mağduriyeti gidermektir (Cenk Akil, “İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, 317-337, s. 321). Öte taraftan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 58/f.2’de yer alan “Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.” düzenlemesi ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 68’de ele alınan esere ilişkin olarak mali haklara tecavüz halinde eser sahibinin “...sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.” düzenlemesi de adeta bir cezalandırıcı tazminatı andıran medeni ceza düzenlemeleridir. (Gül, s. 341)

⁷⁴ William S. Dodge, “The Case for Punitive Damages in Contracts”, *Duke Law Journal*, 1999, Volume 48, Number 4, 629-699, s. 630.

⁷⁵ Amerikan Sözleşmeler Hukuku İkinci Yeniden Beyanı (American Restatement 2nd of Law of Contracts) madde 355 “Sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda cezalandırıcı tazminat hükmedilebilir değildir meğer ki ihlali oluşturan eylem cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak tanıyan bir haksız fiil olsun” düzenlemesini öngörmektedir. (Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022, https://www.translex.org/450300/_american-restatement-2nd-of-the-law-of-contracts/)

⁷⁶ Emily Nordin, “The Penalty Clause Bias”, *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 2014, Vol.21 No.1, 162-187, s. 179; Dodge, s. 646.

⁷⁷ Charles Calleros, “Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses

sisteminde kimi eyaletler (Nebraska, Louisiana, Michigan ve Washington), kural olarak cezalandırıcı tazminata hükmedilmesine olanak tanımamaktadır⁷⁸. Bununla birlikte, Amerikan hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminat sorumluluğu tanınmakta; fakat cezalandırıcı tazminat uygulaması eyaletten eyalete farklılık göstermekte, kimi eyaletlerde cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak açık yasal düzenlemeler bulunurken, kimi eyaletler bakımından konu içtihat hukuku çerçevesinde ele alınmaktadır⁷⁹.

Amerikan hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminata ilişkin olarak, Amerikan Anayasa Mahkemesi (U.S Supreme Court) hukukilik (due process) denetimi yapabilmektedir⁸⁰. Amerikan Anayasa Mahkemesi, cezalandırıcı tazminata ilişkin önemli bir karar olan *BMW of North America, Inc. v. Gore* kararında hiç kullanılmamış yeni BMW markalı bir aracın sonradan bir kaza sebebiyle boyandığının ortaya çıkması ve satıcının satım sözleşmesi kurulurken bu durumu alıcıya bildirmemesi ve satma konu aracı yeni bir araç olarak tanıtıp satması üzerine açılan tazminat davasında, cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak hukukilik denetimi yapmıştır⁸¹. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesi bu uyuşmazlıkta 4.000 Amerikan Doları tazminata ve 4 milyon Amerikan Doları cezalandırıcı tazminata hükmetmiş; Alabama Yüksek Mahkemesi söz konusu cezalandırıcı tazminatı 2 milyon Amerikan Dolarına indirmesine rağmen Amerikan Anayasa Mahkemesi hükmedilen 2 milyon Amerikan Doları tutarındaki cezalandırıcı tazminatın miktarını aşırı derecede ölçsüz ve hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir⁸².

Penales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2006, Volume 32 Issue 1, 67-119, s. 69.

⁷⁸ William A. Lovett, “Exxon Valdez, Punitive Damages, and Tort Reform”, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, 2003, Vol.38 No.4, 1071-1085, 1106; Dodge, s. 646; Sebok, s. 155; Merhacı, s. 85.

⁷⁹ Taliadoros, s. 256; Morgan / Boedecker, s. 169.

⁸⁰ Morgan / Boedecker, s. 169.

⁸¹ Morgan / Boedecker, s. 168.

⁸² Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>.

Amerikan Anayasa Mahkemesi, yukarıda yer verilen kararında, özellikle davalının ihlalinin ne ölçekte kınanabilir olduğunu ve oluşan zarar ile cezalandırıcı tazminatın miktarı arasındaki ilişki ve oranı, ayrıca benzer bir ihlale ceza hukukunda ne tarz bir yaptırım öngörülebileceğini değerlendirmiş ve bu çerçevede detaylı bir analiz yapmıştır. Nitekim Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin cezalandırıcı tazminat talepleri ile ilgili olarak vermiş olduğu başkaca kararlarında da bu ilkeler çerçevesinde değerlendirmeler yapılmıştır⁸³.

⁸³ Sigortacının sorumluluğuna ilişkin bir davada Amerikan Anayasa Mahkemesi 145 milyon Amerikan Doları miktarındaki cezalandırıcı tazminatın makul ve ihlal ile orantılı olmadığı, keyfi ve orantısız olduğunu ifade ederek hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir (State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003), Erişim Tarihi: 15 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>); Çok işlevli bir aletin pazarlanmasına ilişkin olarak haksız rekabet ve fikri mülkiyet hukuku ihlallerine ilişkin olarak verilen 4,5 milyon Amerikan Doları miktarında cezalandırıcı tazminatı Amerikan Anayasa Mahkemesi hukuka uygun bulmuştur. (Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001), Erişim Tarihi 16 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/424/>); Satılan bir arazi vasıtasına ilişkin olarak açılan ürün sorumluluğu davasında hükmedilen 5 milyon Amerikan Doları miktarındaki cezalandırıcı tazminata dair olarak cezalandırıcı tazminatın hukuki denetiminin esas olduğunu Amerikan Anayasa Mahkemesi ifade etmiştir. Bu bağlamda, Oregon Anayasa Mahkemesi'nin hükmedilen cezalandırıcı tazminatın miktarının makul olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkin talebin reddedilmesini mülkiyet hakkının keyfi ihlaline yol açabileceği gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur. (Honda Motor Co. v. Oberg, 512 U.S. 415 (1994) Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/415/>); Sigorta hukukuna ilişkin uyuşmazlıkta Amerikan Anayasa Mahkemesi gerçekleşen zararın dört katı tutarına isabet eden 1 milyon Amerikan Doları tutarındaki cezalandırıcı tazminatı hukuka uygun bulmuştur. (Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991) Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/1/>); (Rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta Amerikan Anayasa Mahkemesi hükmedilen 6 milyon Amerikan Doları tutarına isabet eden cezalandırıcı tazminatın orantısız olmadığına hükmetmiştir. (BFI, Inc. v. Kelco Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989) Erişim Tarihi: 19 Nisan 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/257/>)

Bu vesile ile belirtmek isteriz ki, İngiliz hukukunda da tek başına sözleşmenin ihlali nedeni ile cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, güncel yargı kararları ışığı altında, tıpkı Amerikan hukuk sisteminde olduğu gibi mümkün bulunmamaktadır⁸⁴. İngiliz hukuk sisteminde *Rookes v. Barnard* davasında verilen karar, cezalandırıcı tazminatın temel esaslarını ortaya koymaktadır⁸⁵. Bu davada verilen karar ile, haksız fiil temelli bir talebe ilişkin cezalandırıcı tazminata hükmedilmiş olup İngiliz Hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminata aşağıda sıralanan üç halden herhangi birinin oluşması durumunda hükmedilebileceği ifade edilmiştir: i) hükümet görevlilerinin baskıcı, keyfi ve anayasaya aykırı eylemleri, ii) davalının eyleminin kendisine kâr elde etmek maksadıyla icra edilen planlanmış ve hesap edilmiş bir eylem olması ve bu kârın bu eylem nedeniyle oluşabilecek zararların oldukça üstünde olması, iii) yastada cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin öngörölmüş olması halleridir⁸⁶. Yukarıda belirtildiğı üzere, tek başına sözleşmenin ihlali nedeniyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi İngiliz hukuk sisteminde mümkün bulunmamaktadır. Nitekim bu yaklaşım, *Addis v Gramophone Co. Ltd.* kararında iş sözleşmesinin haksız sona erdirilmesi dava sebebine dayanan bir tazminat davasında cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin mümkün bulunmadığı ifade edilerek teyit edilmiştir⁸⁷.

Gerek Amerikan hukuku ve gerekse İngiliz hukuku tahtında salt sözleşmenin ihlalinin başlı başına cezalandırıcı tazminat sorumluluğuna hükmedilmesi için hukuki bir gerekçe oluşturmaması yaklaşımı dikkate alındığında, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından da salt sözleşmeye aykırılık nedeniyle cezalandırıcı tazminat sorumluluğundan bahsetmek pek de mümkün gözükmemektedir.

⁸⁴ Vanessa Wilcox, *Punitive Damages in England, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer Verlag, Wien, 1th Edition, 2009, s. 21.

⁸⁵ Erişim Tarihi: 20 Nisan 2022, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>.

⁸⁶ Ray W. Hodgkin / Edward Veitch, "Punitive Damages: Reassessed", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1972, Vol.21, No.1, 119-132, s.119; Wilcox, s. 8-9; Merhacı, s. 99.

⁸⁷ Erişim Tarihi: 20 Nisan2022, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1909/1.html>

B. Anglo Sakson Hukuku Perspektifinden Ceza Koşulu ve Götürü Tazminat

1. Anglo Sakson Hukukunda Ceza Koşuluna Müsaade Edilmesi Prensipleri

Yukarıda yer verilen bilgiler ışığı altında, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler tahtında cezalandırıcı tazminat meselesi bir sorun oluşturmamaktadır. Bu bağlamda, asıl meseleyi, Anglo Sakson hukukunun götürü tazminat ve ceza koşuluna yaklaşımının tahlil edilmesi oluşturmaktadır. Anglo Sakson hukuku, sözleşmenin ihlal edildiği durumda, karşı tarafın olumlu zararının tazminini esas almaktadır⁸⁸. Bu bağlamda, Anglo Sakson hukuku, sözleşmelerde kararlaştırılan götürü tazminat hükümlerini cezai karakter taşımadıkları ve zararın makul bir tahminini oluşturdukları müddetçe geçerli kabul etmektedir⁸⁹. Sözleşmelerde yer alan götürü tazminat düzenlemelerinin olası zararın miktarını matematiksel bir kesinlikle belirlemesi aranmamakta; sadece götürü tazminat miktarının zarara kıyasla aşırı ve rahatsız edici bir miktarda olmaması aranmaktadır⁹⁰. Öte taraftan, herhangi bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına, taraflarca kararlaştırılan götürü tazminat hükümlerinin cezai karakterinin ağır basması, Anglo Sakson hukuku perspektifinden tazminat alacaklısının hiçbir tazminat talep etmesine engel olmamakta, ilgili sözleşme hükmü geçersiz kabul edilmekle birlikte, alacaklı, ispat edebildiği zararlarının tazminini talep edebilmektedir⁹¹.

⁸⁸ Michael Pressman, "The Two-Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework for Exploring the Penalty Clause Debate", *Virginia Law Business Review*, 2013, Vol.7, Number 4, 651-708, s. 657,666; Lisa A. Fortin, "Why there Should be a Duty to Mitigate Liquidated Damages Clauses", *Hofstra Law Review*, 2009, Vol. 38, No. 1, 285-318, s. 297; Nordin, s. 172.

⁸⁹ Wong Wen Jian, "Penalty Clauses Lessons From Australia and England and Possible Legislative Reforms", *Singapore Journal of Legal Studies*, March/September 2018, 104-127, s. 104-105; Conor McEneaney, "Penalty Clauses and Liquidated Damages: The Divergence in English and Irish Jurisprudence", *King's Inns Law Review*, 2019, Vol: 8, s. 1; Nordin, s. 163; Pressmann, s. 664.

⁹⁰ Benjamin B. Reed, "Liquidated Damages Provisions: Strategic Drafting and Enforcement Issues", *Franchise Law Journal*, 2018, Vol. 37, No. 4, 523-552, s. 537-539; Jian, s. 104-105; Fortin, s. 305.

⁹¹ Albert H. Choi, "Deal Protection Devices", *The University of Chicago Law Review*, 2021, Volume 88, No 4, 757-827, 784-786 dipnot 109; Rebecca Stone, "Economic

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Anglo Sakson hukuk sisteminde, ceza koşulu düzenlemeleri geçersiz kabul edilmekle birlikte, götürü tazminat düzenlemeleri geçerli kabul edilmektedir⁹². Bununla birlikte, taraflar arasında sözleşmede kararlaştırılan bir götürü tazminat hükmünün geçerli kabul edilebilmesi için, götürü tazimat miktarının gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararlar karşısında ve ayrıca söz konusu zararın miktarının ispatlanması bakımından makul olması gerekmektedir⁹³. Bu vesile ile belirtmekte yarar bulunmaktadır ki, Anglo Sakson hukuk sisteminde, sözleşmenin ihlali durumunda ihlal eden tarafı cezalandırma amacı güden düzenlemeler ceza miktarından bağımsız olarak geçersiz kabul edilmektedir⁹⁴. Ayrıca, Anglo Sakson hukuk sisteminde sözleşmelerde yer alan sorumluluğun sınırlandırılması bakımından, Kara Avrupası hukuk sistemlerinin aksine, herhangi bir müdahaleci düzenleme bulunmamaktadır⁹⁵. Dolayısıyla Anglo Sakson hukuk sisteminde

Anaylsis of Contract Law from the Internal Point of View", *Columbia Law Review*, December 2016, Vol. 116, No.8, 2005-2057, s. 2039.

⁹² Ugo Mattei, "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts", *The American Journal of Comparative Law*, 1995, Vol. 43, No.3, 427-444, 433; Charles J. Goetz / Robert E. Scott, "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach", *Columbia Law Review*, May 1977, Vol. 77, No. 4, 554-594, s. 560; David Thomas, "Penalties and Liquidated Damages in English Law: A Centenary Review by the Supreme Court", *Construction Law International*, March 2016, Volume 11, Issue 1, s. 37; Jonathan S. Solorzano, "An Uncertain Penalty: A Look at the International Community's Inability to Harmonize the Law of Liquidated Damages and Penalty Clauses", *Law & Business Review of the Americas*, 2009, Volume 15, Number 4, 779-818, s. 780; Bruno Zeller, "When Is a Fixed Sum Not a Fixed Sum but a Penalty Clause", *Journal of Law and Commerce*, 2012, Vol.30, 173-184, s. 174; Maria-Elena Armandola, "Liquidated Damages in Clauses in International Arbitration", *International Business Law Journal*, 2013, No. 2, s. 99; Eric L. Talley, "Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule", *Stanford Law Review*, 1994, Vol, 46, No. 5, 1195-1243, s. 1196; Jian, s. 104-105; Choi, s. 784-785; McEneaney, s. 3; Pressman, s. 659.

⁹³ Choi, s. 784-785; McEneaney, s. 3-4.

⁹⁴ Choi, s. 785-786; McEneaney, s. 3-4.

⁹⁵ Jan Hellner, "Consequential Loss and Exemption Clauses", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981, Vol 1, No 1, 13-49, s. 13-18.

sorumluluğun sınırlandırılması mümkün olup, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğu vermiş olduğu zarardan daha az bir miktar ile sınırlandırılmakta; bununla birlikte, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda ceza koşulu kararlaştırılması mümkün olamamaktadır⁹⁶.

2. İngiliz Hukuk Sistemi Perspektifinden Ceza Koşuluna ve Götürü Tazminata Kısa Bir Bakış

İngiliz hukuk sisteminde götürü tazminat düzenlemeleri kabul edilmekle birlikte, ceza koşulu düzenlemeleri -tıpkı Amerikan hukukunda olduğu gibi- kabul edilmemektedir⁹⁷. Bu bağlamda, önemli mesele tarafların sözleşmede yer alan iradelerinden sözleşmede yer verdikleri düzenlemenin ceza koşulu mu götürü tazminat düzenlemesi mi olduğu hususunun ortaya konulmasıdır⁹⁸. Bir başka anlatımla, böyle bir durumda tespit edilmesi gereken; sözleşmede tarafların kararlaştırdıkları düzenlemenin, sözleşmenin ihlali ile uğranılan zararın miktarını tahmini olarak ortaya koymayı mı amaçladığı, yoksa bu düzenlemenin, olası bir ihlali önlemek ve(ya) cezalandırmak maksadıyla mı kararlaştırılmış olduğu hususudur. Söz konusu bu irade tespit edilirken ihlalin olduğu andaki değil; sözleşmenin kurulduğu andaki vakıalar ve gelişmeler dikkate alınarak bir sonuca varılmaktadır.

İngiliz hukuku çerçevesinde, Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd kararı ceza koşulu - götürü tazminat ayrımı bakımından temel ilkeleri tespit eden bir karardır⁹⁹. Bu karar, İngiliz hukukunun ceza koşuluna yaklaşımına dair temel bir içtihat olup bu kararın, İngiliz içtihat hukukunun bu konudaki en temel kararı (locus classicus) olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰. Karara konu olan olayda, davalı alıcı davacı sa-

⁹⁶ Choi, s. 785-786.

⁹⁷ Patricia Wade "United Kingdom - Outside the Penalty Box - The Latest on Liquidated Damages", *Construction Law International*, 2009, Vol. 4, No. 2, s. 11-13; Miller, s. 80.

⁹⁷ Pargendler, s. 146.

⁹⁸ Miller, s. 80.

⁹⁹ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd Erişim Tarihi: 17 Nisan 2022, <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1915/1.html>

¹⁰⁰ Halson, s. 1.26; Jian, 104-105; McEaney, s. 6,11; Thomas, s. 38; Armandola, s. 99.

tıcıdan almış olduğu lastikleri kararlaştırılan fiyattan daha düşüğe satmamayı ve şayet daha düşük bir fiyata satar veya satmaya teşebbüs eder ise, her bir satış veya satma teklifi için 5£ ödemeyi kabul etmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda davalı alıcı lastikleri 5£'den daha düşük bir fiyata piyasaya satmıştır. Yerel mahkeme davalının lastikleri 5£'den daha düşük fiyata piyasaya sattığını ve sözleşmede öngörülen 5£ ödenmesi sorumluluğunun bir götürü tazminat düzenlemesi oluşturduğunu tespit etmiş, bu kararın temyizi üzerine yüksek mahkeme, sözleşmede kararlaştırılan miktarın bir ceza koşulu oluşturduğuna ve geçersiz olduğuna hükmetmiştir.

Bu karara karşı kanun yolu başvurusu üzerine Lordlar Kamarası kanun yolu incelemesinde; i) sözleşmede götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktarın, sözleşmenin ihlali neticesinde oluşabilecek zarar karşısında ölçüsüz ve aşırı bir miktar oluşturup oluşturmadığı, ii) sözleşmenin ihlali sonucunda sadece bir miktar paranın ödenmesi kararlaştırılıp, ödenmesi kararlaştırılan bu miktarın normalde ödenmesi gereken miktardan daha fazla bir miktar oluşturup oluşturmadığı, iii) sözleşmenin tek veya birden fazla esaslı veya esaslı olmayan her türlü ihlali için götürü bir miktarın ödenmesinin kararlaştırılmış olup olmadığı ve iv) sözleşmenin ihlali neticesinde oluşabilecek zararın miktarının kesin bir şekilde ortaya konulmasının mümkün olup olmadığı kriterleri çerçevesinde sözleşmede kararlaştırılan miktarın götürü tazminat mı yoksa ceza koşulu mu olduğu hususunu değerlendirmiştir. Ayrıca, bu kararda, sözleşmede kararlaştırılan bu tarz düzenlemelerin götürü tazminat mı ceza koşulu mu olduğu hususunda tarafların ilgili düzenlemeye ne ad verdiklerinin tek başına belirleyici olmadığı, sözleşmenin diğer hükümleriyle birlikte, sözleşmenin ihlalinin gerçekleştiği zamandaki değil; sözleşme kurulurken var olan çevresel vakıaların değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰¹.

a. İngiliz Hukuk Sisteminde Ceza Koşuluna İlişkin Yakın Tarihli Gelişmeler

Diğer yandan, İngiliz hukukunda ceza koşulu ve götürü tazminat ayrımına ilişkin güncel bir karar olarak, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi kararına temas etmekte yarar bulunmaktadır. Bu kararda, Cavendish Square Hol-

¹⁰¹ Halson, s. 1.28; Jian, 104-105; McEneaney, s. 8-9.

ding BV, Talal El Makdessi'nin hissedarı olduğu medya ve iletişim sektöründe faaliyet gösteren bir grubun %47'ye varan paylarını satın almayı taahhüt etmiş, bunun karşılığında da satıcının bu sektörde belli süre faaliyet göstermemeyi ve rekabet etmemeyi üstlendiği bir hisse devir sözleşmesi imzalamıştır. Taraflar, hisse devir sözleşmesi kapsamında, bu taahhüdün ihlali durumunda, bakiye hisse devir bedelinin ödenmemesi ve satıcının diğer paylarının indirimli bir fiyat üzerinden alıcıya satılması hususunda mutabık kalmışlardır. Satıcı rekabet etmeme taahhüdünü ihlal etmiş ve çıkan uyuşmazlıkta davalı satıcı bu hükmün bir ceza koşulu oluşturduğunu ve dolayısıyla geçersiz olduğunu ileri sürmüştür.

İlgili kararda yüksek mahkeme, asıl incelenmesi gereken hususun, ceza koşulu oluşturan hükmün caydırıcı veya oluşabilecek zararın samimi bir tahmini olup olmadığı hususunun değil, ilgili sözleşme hükmünün ihlali sonucunda talep edilen ikincil yükümlülüğün, sözleşmenin diğer tarafının meşru menfaatlerine kıyasla sözleşmeyi ihlal eden tarafın orantısız bir şekilde zararına neden olup olmadığına irdelenmesi olduğunu ifade etmiştir¹⁰². Öte taraftan, söz konusu bu kararda, ilgili sözleşme hükmü ile herhangi bir ticari menfaatin korunup korunmadığı ve bu menfaat karşısında ilgili sözleşme hükmünün abartılı, fahiş ve mantıksız olup olmadığına irdelenmesi temel alınmaktadır. Özetle, bu kararda, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda, sözleşmede kararlaştırılan miktarın ifasını talep eden kişinin bu talebinde meşru ve korunmaya değer bir menfaati olması ve bu menfaat ile kararlaştırılan miktar arasında makul bir orantının bulunması gerektiğinin altı çizilmiştir¹⁰³. Bu bağlamda, örneğin sözleşme tarafının kendi sunduğu mal ve(ya) hizmetlere ilişkin fiyat istikrarının korunması, müşteri portföyünün korunması, sözleşme tarafının borçlarını vadesinde yerine getirebiliyor olması gibi hususlar, meşru ve korunmaya değer menfaat olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁴.

¹⁰² Erişim Tarihi: 18 Nisan 2022, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0280-judgment.pdf>

¹⁰³ Janet O'Sullivan, "Lost on Penalties", *The Cambridge Law Journal*, November 2014, Vol.73, No.3, 480-483, s. 482; Halson, p. 2.43; Jian, 108; McEneaney, s. 14; Thomas, s. 39,40.

¹⁰⁴ Jian, s. 120.

İngiliz hukukunda bu karar, Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd kararını ortadan kaldıran değil, onu destekleyen ve onu yeniden yorumlayan bir karar olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁵.

Bununla birlikte, İngiliz hukukunda yakın tarihli içtihatlar ile ceza koşuluna ilişkin katı yaklaşımda bir esneme olduğu fark edilmektedir. Cavendis kararı ile Dunlop kararında karşılaştırılan götürü tazminat miktarının olası zararın gerçekçi bir tahmini olması hususu değil, tarafların menfaati değerlendirilmekte ve benzer pazarlık gücüne sahip yeteri derecede konu hakkında görüş sahibi taraflar arasında ilgili düzenlemelerin icrasına cevaz verilmesine yönelik bir eğilimin olduğu gözlenmektedir¹⁰⁶. Nitekim Cavendish kararında ve doktrinde ceza koşulunun geçersiz olmasının sözleşme özgürlüğü prensibine bir müdahale oluşturduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁷⁻¹⁰⁸. Bu yaklaşımın, gelecekte, özellikle teknoloji transferini konu alan sözleşmelerde yer alan götürü tazminat hükümlerinin değerlendirilmesi tahtında daha liberal yeni bir bakış açısını gündeme getirebileceği söylenebilir.

Diğer yandan, eser sözleşmesine konu işlerin, karşılaştırılan tarihlere tamamlanmaması durumunda, müteahhit tarafından belli bir miktar paranın iş sahibine ödenmesini öngören sözleşme hükmünün ihlaline ilişkin Philips Hong Kong Ltd v AG of Hong Kong davasında verdiği kararda yüksek mahkeme, ceza koşulunun geçersiz kabul edilmesinin sözleşme öz-

¹⁰⁵ Jian, s. 108; McEneaney, s. 13; Thomas, s. 39.

¹⁰⁶ O'Sullivan, s. 482; Halson, s. 1.29; Jian, s. 109,110.

¹⁰⁷ Robert E. Scott / George G. Triantis, "Embedded Options in the Case Against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, 2004, Vol.104, 1428-1491, s. 1470,1476; Kenneth W. Clarkson / Roger Leroy Miller / Timothy J. Muris, "Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?", *Wisconsin Law Review*, 1978, Issue 2, 351-390, s. 351, 356; Halson, s. 1.24; Jian, s. 109,114; Pressman, s. 661.

¹⁰⁸ Bazı yazarlar tarafından, hukukun ekonomik analizi çerçevesinde, Anglo Sakson hukuku perspektifinden ceza koşuluna müsaade edilmemesi eleştirilmekte ve sözleşme serbestisinin olduğu liberal ekonomiler bakımından ceza koşulunun karşılaştırılmasına müsaade edilmemesi ekonomik olarak isabetli bulunmamaktadır (Paul H. Rubin, "Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance", *The Journal of Legal Studies*, 1981, Vol.10, No.2, 237-247, s. 241)

gürlüğü prensibine açık ve rahatsız edici bir müdahale oluşturduğunu ifade etmiştir¹⁰⁹. Kanaatimizce de ceza koşulu ve götürü tazminat arasındaki ayrım, ceza koşuluna ilişkin katı yaklaşımdan beklenen yararları azaltmakta, yeknesak ve tutarlı uygulamaya ilişkin haklı endişeleri gündeme getirmektedir. Her ne kadar bu karar ceza koşulu yasağına eleştirel bir bakış açısı getirirse de, İngiliz hukukunun ceza koşuluna yaklaşımı bakımından ciddi bir değişikliği ortaya koyan radikal bir karar da değildir. Bu yaklaşımın, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından da muhafaza edildiğini söylemek isabetsiz bir yaklaşım oluşturmayacaktır.

C. Amerikan Hukuk Sistemi Perspektifinden Ceza Koşulu ve Götürü Tazminata Kısa Bir Bakış

Amerikan hukukunun ceza koşuluna yaklaşımı bakımından, Banta v. Stamford Motor Co. kararı, ayırt edici kriterleri ortaya koyması bakımından önemli bir emsal teşkil etmektedir. Bu karara göre; geçerli bir götürü tazminat sorumluluğunun doğması için; i) ihlal sonucunda oluşması muhtemel zararların miktarının belirsiz veya ispatlanmasının çok zor olmaması, ii) tarafların önceden sözleşmenin ihlali ile ortaya çıkabilecek zararları belirleme niyetini taşıması ve iii) kararlaştırılan miktarın olası zararlara göre makul ve aşırı derecede ölçüsüz olmaması koşullarının karşılanıyor olması gerekmektedir¹¹⁰. Bununla birlikte, Amerikan hukukunda günümüzde, bu karar ile ortaya konan ikinci koşula artık esaslı bir önem atfedilmemekte; üçüncü koşul ise mahkeme kararlarında daha esnek yorumlanmaktadır¹¹¹.

Amerikan Sözleşmeler Hukuku İkinci Yeniden Beyanı madde 356'da, götürü tazminat miktarının beklenen veya oluşan zararlar karşı-

¹⁰⁹ Erişim Tarihi: 20 Nisan 2022, [https://www.trans-lex.org/302900/_/philips-hong-kong-ltd-v-att-gen-of-hong-kong-61-build-l-r-\(1993\)-at-49/](https://www.trans-lex.org/302900/_/philips-hong-kong-ltd-v-att-gen-of-hong-kong-61-build-l-r-(1993)-at-49/)

¹¹⁰ Erişim Tarihi:23 Nisan 2022, <https://casetext.com/case/banta-v-stamford-motor-co>

¹¹¹ Amerikan Sözleşmeler Hukuku İkinci Yeniden Beyanı madde 356: *“Taraflardan herhangi birinin ihlali durumunda tazminat, ihlalin neden olduğu gerçekleşen veya gerçekleşmiş zarar karşısında makul miktarda olması, zararın ispatlanmasının arz etmiş olduğu güçlükler olması durumunda sözleşmede götürü olarak belirlenebilir. Makul olmayan surette aşırı götürü tazminat kamu düzenine aykırılık nedeniyle ceza koşulu olarak icra edilemez”*.

sında ve ispat güçlükleri bakımından makul olması prensibi vurgulanmıştır¹¹². Nitekim Amerikan Yeknesak Ticaret Yasası madde § 2-718 de aynı prensibi ortaya koymaktadır¹¹³. Bu bağlamda, makul olmayan miktarlar, ceza koşulu oluşturmaları ve kamu düzenine aykırı olmaları nedeni ile geçersiz kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda, İngiliz hukuktan farklı olarak, kararlaştırılan tazminatın bir ceza koşulu oluşturup oluşturmadığı değerlendirmesinde, zaman dilimi olarak salt sözleşmenin kurulduğu an değil, aynı zamanda ihlalin olduğu zaman dilimini de dikkate alınabilmektedir¹¹⁴. Amerikan hukukunda, özellikle sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilmesi durumunda ödenmesi kararlaştırılan sözleşmeden dönme bedelleri götürü tazminat olarak değerlendirilmekte; bununla birlikte, söz konusu düzenlemelerin cezai karakter taşımasına müsaade edilmemektedir¹¹⁵.

Özetle; Amerikan hukuku perspektifi bakımından, ceza koşulu götürü tazminat ayrımı bakımından, kararlaştırılan götürü tazminat oluşabilecek zararların makul bir tahmini olup olmadığı önemli bir unsur olmaktadır. Makul sınırları aşacak şekilde kararlaştırılan götürü tazminat miktarı, ceza koşulu olarak nitelendirilmekte ve böyle bir tazminatın icrası mümkün olmamaktadır¹¹⁶.

Amerikan hukukundaki bu temel yaklaşım, teknoloji transferini konu alan sözleşmeler bakımından da herhangi bir farklılık arz etmemektedir.

¹¹² Pressman, s. 657; Solorzano, s. 781.

¹¹³ Yeknesak Ticaret Yasası (Uniform Commercial Code) madde 2-718'de *"Taraflardan herhangi birinin ihlali durumunda tazminat, ihlalin neden olduğu gerçekleşen veya gerçekleşmiş zarar karşısında makul miktarda olması, zararın ispatlanmasının arz etmiş olduğu güçlükler ve başka bir şekilde yeterli bir hukuki korunmanın mümkün olmaması veya uygun olmaması durumunda sözleşmede götürü olarak belirlenebilir. Makul olmayan surette aşırı götürü tazminat ceza koşulu olarak geçersizdir"*.

¹¹⁴ Talley, s. 1201, 1202; Fortin, s. 289, 305; Reed, s. 524.

¹¹⁵ Choi, s. 784-785, 823.

¹¹⁶ Reed, s. 524.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Begriff Technologietransfer deckt ein breites Spektrum von Sachverhalten ab, von der Gewährung von Patenten und/oder Know-how Lizenzen bis hin zu komplexeren Transaktionen, die technische Unterstützung und die Bereitstellung einiger technischer Ausrüstungen beinhalten.

Gegenstand einer Technologietransfervereinbarung ist die Vergabe von Technologierechten in Form einer Lizenz, wie beispielsweise die Nutzung einer entwickelten Technologie oder die Nutzung der gewissen Technologien im Zusammenhang mit einem anderen Produkt sowie die Entwicklung und Herstellung eines Produktes unter Verwendung dieser Technologie.

Die Erfüllung und Nichtverletzung solcher Vereinbarungen sind für die Vertragsparteien von großer Bedeutung. Die Einhaltung der Technologietransfer Vereinbarungen ist jedoch mit gewissen Schwierigkeiten verbunden, da viele dieser Technologien den Gegenstand der Technologietransfervereinbarungen darstellen und relativ neu auf dem Markt sind.

Insbesondere können die Vertragsparteien auf technische, technologische, zeitliche, geografische, wirtschaftliche und ähnliche Schwierigkeiten stoßen, die sich aus der Natur der oben genannten Technologien ergeben, um die erforderlichen Beweise zu erlangen, um ihre Interessen zu schützen und Schadensersatz zu verlangen.

Die Vertragsparteien einer Technologietransfervereinbarung haben Erwartungen hinsichtlich der Vorhersehbarkeit des Vertragsbruchs. In diesem Zusammenhang erwarten die Vertragsparteien klare Schadensersatzregelungen in den Technologietransfer Vereinbarungen. Genauer gesagt liegen die Erwartungen in den genauen Vorstellungen darüber, was genau passieren wird, wenn die andere Vertragspartei die Vereinbarung bricht. Darüber hinaus ist es wichtig, dass die eindeutigen Regelungen für den Fall der Nichterfüllung der Technologietransfer Vereinbarung als Schutzmechanismus vorgesehen werden.

Obwohl multinationale Technologieunternehmen ihre Handelsverträge in der Regel an den nationalen Gesetzen der Länder, in denen sie tätig sind, ausrichten (d.h. die zwingenden Rechtsvorschriften dieser Staaten einhalten) ziehen sie es dennoch vor, in Technologietransfer Vertragsklauseln über einen

pauschalen Schadensersatz aufzunehmen, obwohl sie durchaus verstehen, dass die Vereinbarung einer solchen Klausel dem angelsächsischen Recht widerspricht.

Dies führt auch zu Unklarheiten und Diskussionen über die Auslegung und Anwendung solcher Vertragsbestimmungen, je nachdem, in welchem Land die Streitigkeit beigelegt wird und welches Recht im Falle einer möglichen Streitigkeit gültig wird.

Das Vertragsrecht im angelsächsischen Rechtsraum ist deutlich liberaler, während im kontinentaleuropäischen Rechtskreis die Tendenz besteht, die Vertragsfreiheit durch zwingende gesetzliche Vorschriften einzuschränken. Trotz der Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsordnungen liegen den beiden Rechtssystemen die Grundsätze von pacta sunt servanda und der Vertragsfreiheit im Rahmen des Vertragsrechts zugrunde. Diese Unterschiede sind auch im Rahmen der Technologietransfer Verträge bemerkenswert, was insbesondere bei den Vertragsverhandlungen zu beachten ist.

Aus verschiedenen Gründen, die sich aus der Natur von Technologietransfer Vereinbarungen ergeben, erwarten die Vertragsparteien die rechtlichen Schutzmechanismen, die durch das Gesetz über geistiges Eigentum gewährt sind. Da diese Schutzmechanismen oft nicht ausreichen, werden die Schadensersatzklauseln sowie Vertragsstrafen vereinbart, um mehr Rechtssicherheit der Vertragsparteien zu garantieren. Aus dieser Situation ergibt sich die Notwendigkeit, die Unterschiede zwischen der Vertragsstrafe und Schadenersatz aufzuzeigen.

Die möglichen Schwierigkeiten beim Nachweis der Schadenshöhe, die bei einer Verletzung der Technologietransferverträge entstehen können, werden zudem durch Vertragsstrafe zu überwinden versucht. Da das angelsächsische Recht die Vertragsstrafe nicht zulässt, ist dies im Stadium der Vertragsverhandlungen sorgfältig abzuwägen.

KAYNAKÇA

Akil Cenk, "İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, 317-337

Aksoy Hüseyin Can, "Ceza Koşulunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, S.2, 999-1018.

Apaydın Bahar Öcal / Akman Nurten İnce, "Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2019, C.25, S. 1, s. 220-260.

Araz Nilgün Dinçer, *Roma Hukukunda Ceza Koşulu*, Yetkin Yayınları, Ankara: 1. Baskı, 2018.

Arslanyürek Yasemin Kabaklıoğlu, *Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Atalı Murat / Ermenek İbrahim / Erdoğan Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, İstanbul, 4. Baskı, 2021.

Atamer Yeşim M., *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2005.

Baş Ece, "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Armağan Volume 8, s. 623-655.

Baysal Başak, *Sözleşmenin Uyarlanması*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2009.

Bilge Necip, *Cezai Şart*, Güzel Matbaası, Ankara, 1. Baskı, 1957.

Börü Şafak Parlak, "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 129, 195-228.

Calleros Charles, "Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses Penales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code", *Brooklyn Journal of International Law*, 2006, Volume 32, Issue 1, 67-119

Cansel Erol / Özel Çağlar, "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu" *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Armağan, 2013, Volume 8, s. 713-733.

Choi Albert H., "Deal Protection Devices", *The University of Chicago Law Review*, 2021, Volume 88, No 4, 757-827.

Clarkson Kenneth W. / Miller Leroy Roger / Muris Timothy J., "Liquidated Damages v. Penalties: Sense or Nonsense?", *Wisconsin Law Review*, 1978, Issue 2, 351-390

Çevik Seda Öktem, "Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III*, 26-27 Mayıs 2012, *İstanbul Barosu Yayınları*, 2014, s. 97-112.

Davies Martin / Snyder David V., *International Transactions in Goods, Global Sales in Comparative Context*, Oxford University Press, New York: 1st Edition, 2014.

Dodge William S., "The Case for Punitive Damages in Contracts", *Duke Law Journal*, 1999, Volume 48, Number 4, 629-699, s. 630.

Doğan Gülmelahat, *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Turhan Kitapevi, Ankara 2020.

Eisenberg Theodore / Miller Geoffrey P., "Damages Versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts", *Journal of Empirical Legal Studies*, 2015 Volume 12, Issue 1, s. 29-69.

Ekinci Hüseyin, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2015.

Erdem Mehmet, "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", *Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s. 97-124.

Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 26. Baskı, 2021.

Ferrari Franco, "Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, Oregon, 1th Edition, Hart Publishing, 2008.

Fortin Lisa A., "Why there Should be a Duty to Mitigate Liquidated Damages Clauses", *Hofstra Law Review*, 2009, Vol. 38, No. 1, 285-318.

Gaitán Manuel Guerrero, "Licensing as a Central Structure of Technology Transfer Agreements – Joint Venture and Franchising Agreements", *GRUR International Journal of European and International IP Law*, 2021, Volume 70, Issue 5, 427-439.

García Ignacio Marín, "Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties", *European Journal of Legal Studies*, 2012 Volume 5, Issue 1, s. 98-123.

Goetz Charles J. / Scott Robert E., "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a

Theory of Efficient Breach”, *Columbia Law Review*, May 1977, Vol. 77, No. 4, 554-594.

Graves Jack, “Penalty Clauses as Remedies: Exploring Comparative Approaches to Enforceability”, *Touro Law Review*, 2013, Volume 29, No: 3, s. 681-694.

Gül İbrahim, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Güleryüz Tark M. / Zorluoğlu Ayça Yılmaz, “Bir Anglo-Amerikan Hukuk Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, Sayı 141, 325-362.

Günay Cevdet İlhan, *Cezai Şart*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1. Baskı, 2001.

Halson Roger, *Liquidated Damages and Penalty Clauses*, Oxford University Press, Oxford: 1st Edition, 2018.

Hatzis N. Aristides, “Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law”, *International Review of Law and Economics*, 2003, Volume 22 Issue 4, s. 381-406.

Huber Peter / Mullis Alastair, *The CISG A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, Resenbourg: 1st Edition, 2007.

Hüseyin Ekinci, *Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, 2015.

Hodgin Ray W. / Veitch Edward, “Punitive Damages: Reassessed”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1972, Vol.21, No.1, 119-132.

Holmes Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 1987, Volume 10, No:8, 457-478.

Hyland Richard, “Pacta Sunt Servanda: A Mediation”, *Virginia Journal of International Law Association*, 1994, Volume 34, s. 405-433.

International Chamber of Commerce, *ICC Model Technology Transfer Contract*, ICC Publication, Paris 2009.

Jan Hellner, “Consequential Loss and Exemption Clauses”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981, Vol 1, No 1, s. 13-49.

Jian Wong Wen, “Penalty Clauses Lessons From Australia and England and Possible Legislative Reforms”, *Singapore Journal of Legal Studies*, March/September 2018, 104-127, s. 104-105.

Kahraman Zafer, *Saf Garanti Taahhütleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1. Baskı, 2017.

Kapancı Berk, "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s. 655-684.

Kayak Sevgi, "Roma Hukukunda Cezai Şart", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, Cilt LXIV, Sayı 1, s. 237-258.

Kocaağa Köksal, *Ceza Koşulu, (Sözleşme Cezası)*, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2018, s. 233.

Komarov Alexander, "The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and Internaitonal Instruments", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon, 1th Edition, 2008.

Kröll Stefan / Mistelis Loukas / Viscasillas Perales Pilar, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Verlag C. H. Beck, München, 1st Edition, 2011.

Kuru Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2020, s. 615.

Lando Henrik / Rose Caspar, "On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries", *International Review of Law and Economics*, December 2004, Volume 24, Issue 4, s. 473-487.

Lookofsky Joseph, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn: 3rd Edition, 2008.

Magnus Ulrich, "The Vienna Sales Convention (CISG) Between Civil and Common Law – Best of All Worlds?", *Journal of Civil Law Studies*, 2010, Volume 3, Issue 1, s. 67-97.

Mattei Ugo, "The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts", *The American Journal of Comparative Law*, 1995, Vol. 43, No.3, 427-444.

McCormack Gerard, "Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, Volume 32, No. 2, s. 325-347.

McEaney Conor, "Penalty Clauses and Liquidated Damages: The Divergence in English and Irish Jurisprudence", *King's Inns Law Review*, 2019, Vol: 8

Merhacı Selin Özden, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.87

Miller Lucind, "Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2004, Vol. 53, No. 1, s. 79-106.

Morgan Fred W. / Boedecker Karl A., "Punitive Damages after BMW v. Gore", *Journal of Public Policy & Marketing*, Spring, 1997, Vol.16, No.1, 163-172.

Nomer Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 18. Baskı, 2021.

Nordin Emily, "The Penalty Clause Bias", *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 2014, Vol.21 No.1, 162-187.

Oğuzman Kemalettin / Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 16. Baskı, 2021.

Oluwadamilola Odetola, "Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position", *AFE Babalola The Journal of Sustainable Development Law and Policy*, 2015, Volume:6, Issue: 1, s. 248-271.

O'Sullivan Janet, "Lost on Penalties", *The Cambridge Law Journal*, November 2014, Vol.73, No.3, 480-483.

Owen David G., "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform", *Villanova Law Review*, 1994, Volume 39, Issue 2, 363-463.

Pargendler Mariana "The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide", *The Yale Journal of International Law*, 2018, Volume 43, s. 144-189.

Pressman Michael, "The Two-Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework for Exploring the Penalty Clause Debate", *Virginia Law Business Review*, 2013, Vol.7, Number 4, 651-708.

Reed Benjamin B., "Liquidated Damages Provisions: Strategic Drafting and Enforcement Issues", *Franchise Law Journal*, 2018, Vol. 37, No. 4, 523-552.

Rubin Paul H., "Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance", *The Journal of Legal Studies*, 1981, Vol.10, No.2, 237-247.

Sarı Suat, ""Götürü Tazminat" Kavramı Üzerine", *Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu: Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2011, 299-304.

Saidov Djakhongir, "Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention", *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Ed. by. Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon, 1th Edition, 2008.

Schlechtriem Peter / Schwenger Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford: 3rd Edition, 2010.

Schmit Joan T. / Pritchett S. Travis / Fields Paige, "Punitive Damages: Punishment or Further Compensation", *The Journal of Risk and Insurance*, 1988, Vol. 55, No. 3, 453-466.

Schwenger Ingeborg/ Hachem Pascal / Kee Christopher, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 1St Edition, 2012.

Scott Robert E. / Triantis George G., "Embedded Options in the Case Against Compensation in Contract Law", *Columbia Law Review*, 2004, Vol.104, 1428-1491.

Sebok Anthony J., "Punitive Damages in the United States", *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* by Helmut Koziol Vanessa Wilcox, Springer Verlag, Vienna, 1th Edition, 2009, 155-189.

Solorzano Jonathan S., "An Uncertain Penalty: A Look at the International Community's Inability to Harmonize the Law of Liquidated Damages and Penalty Clauses", *Law & Business Review of the Americas*, 2009, Volume 15, Number 4, 779-818.

Stone Rebecca, "Economic Anaylsis of Contract Law from the Internal Point of View", *Columbia Law Review*, December 2016, Vol. 116, No.8, 2005-2057.

Şanlı Cemal /Esen Emre / Figenmeşe Ataman İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Basım, İstanbul, 2020, 8. Baskı, s. 407.

Şenol Hatice Kübra Erçoşkun, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. LXXIV, S. 2, 709-737, s.709.

Taliadoros Jason, "The Roots of Punitive Damages at Common Law", *Cleveland State Law Review*, 2016, Volume 64, 251-302.

Talley Eric L., "Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule", *Stanford Law Review*, 1994, Vol, 46, No. 5, 1195-1243, s. 1196

Tanrıver Süha, *Medeni Usul Hukuku Cilt I, Yetkin Hukuk Yayınları*, Ankara, 4. Baskı, 2021.

Taşkın Zeynep Damla, "Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerine Etkisi" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2020, Cilt 26, Sayı 2, 1305-1348.

Tekelioğlu Numan, "İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat" *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 2, 159-186.

Tekinay Selahattin Sulhi / Burcuoğlu Haluk / Akman Sermet / Altop Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitapevi, İstanbul: 6. Baskı, 1988.

Tiwari, Avni, "Transfer of Technology Agreements and Competition Law", *Supremo Amicus*, 2019, Volume 13 45-50.

Tomescu Raluca Antoanetta, "Tort Liability. Damages and Penalty Clause", *Perspectives of Law and Public Administration*, 2018, Vol. 7 No. 2, s. 254-259.

Topçu Deniz, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2021.

Tunçomağ Kenan, *Cezai Şart*, Baha Matbaası, İstanbul, 1. Baskı, 1963.

Ulus Ayşe Elif, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçları Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması: Öngörülebilirlik İlkesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2011.

Uzun Tuba Birinci, *Götürü Tazminat*, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1. Baskı, 2015.

Wade Patricia, "United Kingdom - Outside the Penalty Box - The Latest on Liquidated Damages", *Construction Law International*, 2009, Vol. 4, No. 2, s. 11-13.

Wilcox Vanessa, *Punitive Damages in England, Punitive Damages Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer Verlag, Wien, 1th Edition, 2009.

Yağcıoğlu Burcu, *Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2022.

Yıldırım Ayça Akkayan, "Cezai Şartın İşlevi Türk Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2003,C. LXI, S. 1-2, 357-414.

Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 3*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara: 4. Baskı, 2021.

Yılmaz Süleyman, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlalinde Alıcının Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2013.

Zeller Bruno, "When Is a Fixed Sum Not a Fixed Sum but a Penalty Clause", *Journal of Law and Commerce*, 2012, Vol.30, 173-184.

Zeytin Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2015.

Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press Oxford: 1st Edition, 1996.

İnternet Kaynakları

<https://casetext.com/case/banta-v-stamford-motor-co>

<https://digitallibrary.un.org/record/453299?ln=en>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/505/1072/1950596/>.

<https://legalbank.net/belge/y-3-hd-e-2020-6904-k-2021-921-t-04-02-2021/4048677/>

<https://legalbank.net/belge/y-3-hd-e-2017-5855-k-2019-2884-t-03-04-2019/3581844/>

<https://legalbank.net/belge/y-19-hd-e-2015-17632-k-2016-9261-t-24-05-2016/2502725/>.

<https://legalbank.net/belge/y-22-hd-e-2014-8596-k-2015-19057-t-01-06-2015/2415465/>

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?docId=0900001680505599>.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf.

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/vol14-p272-273-e.pdf>.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf>

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>

- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/424/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/415/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/1/>
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/257/>
http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf
<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>
<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1909/1.html>
<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1915/1.html>
http://www.cisgac.com/file/repository/Turkish_No_10_SON.pdf
<https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/9.509.html>
<https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304>
https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf
<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>
<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>
https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_153
https://www.trans-lex.org/450300/_/american-restatement-2nd-of-the-law-of-contracts/
https://www.trans-lex.org/382600/_/yam-seng-pte-limited-v-international-trade-corporation-limited-01st-february-2013-%5B2013%5D-ewhc-111-/
[https://www.trans-lex.org/302900/_/philips-hong-kong-ltd-v-att-gen-of-hong-kong-61-build-l-r-\(1993\)-at-49/](https://www.trans-lex.org/302900/_/philips-hong-kong-ltd-v-att-gen-of-hong-kong-61-build-l-r-(1993)-at-49/)
<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0280-judgment.pdf>
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/licensing/903/wipo_pub_903.pdf
<https://www.wipo.int/technology-transfer/en/agreements.html>

Das türkische Datenschutzrecht im Überblick - Gemeinsamkeiten und wesentliche Unterschiede zur RI 95/46 Und zur DSGVO in Theorie und Praxis

Bir Bakışta Türk Veri Koruma Hukuku - Teoride ve Uygulamada 95/46 Numaralı AB Direktifi Ve Genel Veri Koruma Tüzüğü İle Benzerlikleri Ve Önemli Farklılıklar

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN*

ÖZ

Avrupa Birliği'nde uzun bir geçmişe sahip olan kişisel verilerin korunması konusu, 7 Mart 2016 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Türk hukukunda da genel bir kanun şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun, yine bir AB düzenlemesi olan 95/46 no.lu Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bi-reylerin Korunması Direktiften esinlenerek kaleme alınmıştır. Bununla birlikte Kanun'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra, 4 Mayıs 2016 tarihinde, 1995 yılında çıkartılan 95/46 no.lu Direktifin revize eden ve teknolojik gelişmelerin mahremiyet ve kişisel verilerin korunması alanlarındaki ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan Genel Veri Koruma Tüzüğü Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmıştır. Her ne kadar 6698 sayılı Kanun, 95/46 no.lu Direktiften esinlenerek kaleme alınmış olsa da, özellikle sağlık verilerinin işlenmesi ve yurtdışına veri aktarımı bağlamında farklı bir sistematik benimsemiş, ayrıca Genel Veri Koruma Tüzüğü ile getirilen değişiklikler de söz konusu Kanun'a yansıtılmamıştır. Bu çalışmanın amacı da 6698 sayılı Kanun'un Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelerden ayrıştığı noktaları tespit etmek, bu vesileyle özellikle yabancı okuyuculara Türk hukuku uygulamasına dair fikir sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: *Kişisel verilerin korunması hukuku, 95/46 no.lu Direktif, Genel Veri Koruma Tüzüğü, Türkiye, Kişisel Verileri Koruma Kurumu*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (cekin@tau.edu.tr). ORCID ID: 0000-0002-3808-5332.

An Overview of Turkish Data Protection Law - Similarities and Essential Differences to EU-Directive 95/46 and the GDPR in Theory and Practice

ABSTRACT

The protection of personal data, which has a long history in the European Union, has been regulated as a general law in Türkiye with the Law No. 6698 on the Protection of Personal Data published in the Official Gazette on 7 March 2016. The said Law was inspired by the Directive No. 95/46 on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and the Free Movement of Such Data, which is also an EU regulation. However, immediately after the entry into force of the Law, on 4 May 2016, the General Data Protection Regulation, which revises Directive 95/46 of 1995 and aims to meet the needs of technological developments in the fields of privacy and protection of personal data, was published in the Official Journal of the European Union. Although Law No. 6698 was inspired by Directive 95/46, it adopted a different systematic, especially in the context of the processing of health data and data transfer abroad, and the amendments introduced by the General Data Protection Regulation were not reflected in the said Law. The purpose of this study is to identify the points where the Law No. 6698 differs from the regulations in the European Union law, and thus to provide foreign readers with an insight into the application of Turkish law.

Keywords: *Data Protection, Türkiye, Data Protection Directive, General Data Protection Regulation, Data Protection Authority*

Einführung

Der Schutz personenbezogener Daten hat in der Türkei keine so lange Tradition im Vergleich zur Europäischen Union mit ihren allgemeinen¹ und sektorspezifischen² oder der USA mit ihren

¹ So etwa die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

² Vgl. beispielhaft etwa die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments

hauptsächlich sektorspezifischen und in letzter Zeit allgemeinen Regelungen³. Datenschutz war zunächst Gegenstand einer gesetzlichen Regelung im reformierten türkischen Strafgesetzbuch⁴ aus dem Jahr 2004, fand sodann im Jahr 2010 als Grundrecht Eingang in die türkische Verfassung in Art. 20 Abs. 3⁵. Für die Einführung eines allgemeinen Gesetzes bedurfte es weitere sechs Jahre, als schließlich im März 2016, also kurz vor der Publikation der Datenschutz-Grundverordnung („DSGVO“) im Europäischen Amtsblatt, das türkische Datenschutzgesetz⁶ („tDSG“), welches im Wesentlichen noch auf die Datenschutzrichtlinie 95/46 („RL“) basiert, schließlich veröffentlicht wurde. Sodann wurde eine Umsetzungsfrist von zwei Jahren vorgesehen.

Der folgende Beitrag verfolgt das Ziel, die Entwicklung des Datenschutzrechts in der türkischen Praxis seit der Einführung des Gesetzes überblicksartig aufzuzeigen. Dabei liegt der Schwerpunkt insbesondere darin, unter Berücksichtigung der Entscheidungen der türkischen Datenschutzbehörde Unterschiede zum europäischen Datenschutzrecht aufzuzeigen.

und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation bzw. e-privacy Richtlinie).

³ Vgl. etwa Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 (HIPAA) oder California Consumer Privacy Act.

⁴ Gesetz Nr. 5237 vom 26.9.2004, veröffentlicht im Gesetzesblatt vom 12.10.2004 Nr. 25611.

⁵ Jede Person hat das Recht, den Schutz ihrer personenbezogenen Daten zu verlangen. Dieses Recht umfasst die Information über die die Person betreffenden Daten, den Zugang zu diesen Daten, die Korrektur bzw. Löschung sowie die Information darüber, ob sie zweckentsprechend verwendet werden. Persönliche Daten können lediglich in den im Gesetz vorgesehenen Fällen oder mit der ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person verarbeitet werden. Das Verfahren und die Grundsätze bezüglich des Schutzes persönlicher Daten wird durch Gesetz geregelt.

⁶ Gesetz Nr. 6698 vom 24.3.2016, veröffentlicht im Gesetzesblatt vom 7.4.2016 Nr. 29677. Eine englische nicht offizielle Übersetzung des Gesetzes findet sich im Übrigen auf der Internetseite der türkischen Datenschutzbehörde, abrufbar unter <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6649/Personal-Data-Protection-Law>.

I. Anwendungsbereich, Definitionen

Während das tDSG den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich ähnlich wie die RL definiert und somit insbesondere den Schutz personenbezogener Daten auf natürliche Personen beschränkt, erhält sie keine ausdrücklichen Regelungen zum örtlichen Anwendungsbereich des Gesetzes, so dass es an einer Argumentationsgrundlage wie etwa in der sog. Google-Spain Entscheidung des EuGH⁷ fehlt. Damit sollten an sich die allgemeinen Regelungen zur territorialen Anwendbarkeit nationaler Vorschriften Anwendung finden. Die türkische Datenschutzbehörde weitet die Anwendbarkeit des tDSG dennoch auf Sachverhalte aus, in denen personenbezogene Daten von Menschen, die sich in der Türkei aufhalten, gegen die Bestimmungen des tDSG verarbeitet wurden, ohne dies klar zu begründen⁸. So wurden gegen (damals noch) Facebook aufgrund von Datenschutzverstößen, die zwar in den USA stattfanden, dennoch unter anderem auch personenbezogene Daten türkischer Bürger bzw. Menschen aus der Türkei zum Gegenstand hatten, mehrmals Geldbußen verhängt⁹. Auch gibt es Beispiele aus der Praxis, in denen ausländische Datenverantwortliche, die personenbezogene Daten von Menschen in der Türkei im Ausland verarbeiten, angewiesen wurden, sich beim sog. Register für Datenverantwortliche („Register“) (dazu später) einzutragen.

⁷ Vgl. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache C-131/12 vom 13.05.2014, in der das Gericht die Anwendbarkeit der Datenschutzrichtlinie auf Art. 4 Abs. 1 Buchst. A) und c) stützte, vgl. insbs. Rn. 45 ff.

⁸ Ohne dies ausdrücklich auszusprechen, geht die Behörde insbesondere bei Datenschutzverstößen davon aus, dass es sich bei diesen um Ordnungswidrigkeiten handelt. Sobald aber der Erfolg, welche als eine Ordnungswidrigkeit qualifiziert werden kann, in der Türkei eintritt, ist das türkische Ordnungswidrigkeitenrecht nach Art. 6 i.V.m. Art. 8 des türkischen Strafgesetzbuchs anwendbar. Die Anwendbarkeit des türkischen Datenschutzgesetzes über das Ordnungswidrigkeitengesetz zu begründen ist nach der Ansicht des Verfassers jedoch sehr problematisch.

⁹ Vgl. die Entscheidungen der türkischen Datenschutzbehörde vom 11.4.2019 Nr. 2019/104 sowie vom 18.09.2019 Nr. 2019/269.

Was die Ausnahmebestimmungen gemäß Art. 28 anbetrifft, gibt es absolute und relative Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes. Bei den absoluten Ausnahmebestimmungen sind die Tätigkeiten gänzlich vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen, wohingegen bei den relativen Ausnahmebestimmungen die verantwortliche Stelle lediglich von der Informations- sowie der Eintragungspflicht beim Register für Datenverantwortliche befreit wird und betreffende Personen ihre Rechte gegenüber diesen nicht geltend machen können mit Ausnahme etwaiger Schadensersatzansprüche. So gibt es eine der RL und der DSGVO sehr ähnliche „Haushaltsausnahme“. Problematisch hingegen sind die weiteren Ausnahmebestimmungen, wonach Präventiv-, Schutz- und Geheimdienstmaßnahmen von öffentlichen Anstalten und Behörden zwecks Landesschutz, nationale Sicherheit, öffentliche Sicherheit sowie wirtschaftliche Sicherheit vom Anwendungsbereich des Gesetzes gänzlich ausgeschlossen sind (Art. 28 Abs. 1 Buchst. ç). Bei den relativen Ausnahmebestimmungen, bei denen die Datenverantwortliche von der Informations- sowie der Eintragungspflicht beim Register befreit sind und betroffene Personen keine Ansprüche außer Schadensersatz geltend machen können, handelt es sich um Strafpräventions- und Strafermittlungsmaßnahmen der zuständigen Behörden. Es muss zwar darauf hingewiesen werden, dass die oben genannten Tätigkeiten in den jeweiligen Spezialgesetzen explizit geregelt sind, so dass die entsprechenden Behörden nicht nach freiem Ermessen personenbezogene Daten verarbeiten können. Dennoch beziehen sich diese Regelungen meistens nicht auf den Schutz personenbezogener Daten. Dieser Punkt sollte daher bei einem etwaigen „Transfer Impact Assessment“ bezüglich einer Datenübermittlung in die Türkei beachtet werden.

Hinsichtlich der Definitionen ist das tDSG viel kürzer als die RL sowie die DSGVO. Insbesondere finden sich keine Definitionen bezüglich „Empfänger“ und „Dritter“. Desweiteren beschränkt sich die Definition des Verantwortlichen auf eine natürliche oder juristische Person, so dass mehrere Datenverarbeiter bzw. die gemeinsame Verantwortlichkeit keine gesetzliche Grundlage gefunden hat. Die türkische Datenschutzbehörde hat dennoch in einer Entscheidung¹⁰ die Möglichkeit einer gemeinsamen

¹⁰ Entscheidung der türkischen Datenschutzbehörde vom 23.12.2021 Nr. 2021/1304 mit explizitem Verweis auf Art. 26 DSGVO.

Verantwortlichkeit ausdrücklich anerkannt, ohne jedoch auf die Konsequenzen einzugehen, die mit dieser Anerkennung einhergehen, wie etwa die Erfüllung der Informationspflicht, die Rechte und Pflichten der gemeinsam Verantwortlichen untereinander usw. Ein weiteres Problem, das aus der Definition resultiert, ist die Tatsache, dass Personenverbände wie etwa die einfache Gesellschaft („GBR“), welches nach türkischem Recht auch im Außenverhältnis immer noch keine Rechtspersönlichkeit besitzt, der Definition nicht entspricht, so dass alle Mitglieder als Verantwortliche behandelt werden müssen, was in der Praxis jedoch auf Probleme stößt. Eine Entscheidung¹¹ der Datenschutzbehörde, wonach eine Wohnungseigentümergeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit dennoch als Verantwortlicher eingestuft wurde, wurde vom Verwaltungsgericht Ankara mit der Begründung einer gesetzeswidrigen Auslegung aufgehoben und für nichtig erklärt.

II. Allgemeine Grundsätze der Datenverarbeitung

Das Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt, deren Geltung in der DSGVO von einigen Literaturstimmen angezweifelt wird¹², gilt auch im tDSG, wonach personenbezogene Daten nur aufgrund einer ausdrücklichen Einwilligung (dazu sogleich) oder einer gesetzlichen Grundlage verarbeitet werden können. Weitere, in der RL bereits enthaltene Grundsätze wie die Rechtmäßigkeit, Treu und Glauben, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit und Speicherbegrenzung finden sich ebenso im tDSG unter Art. 4. Integrität und Vertraulichkeit hingegen ist nicht als Grundsatz, sondern in den Bestimmungen über die Sicherheit der Datenverarbeitung geregelt. Auch der Grundsatz der Transparenz ist zwar nicht ausdrücklich geregelt. Dennoch gibt es eine sehr strenge Auslegung von Informationspflichten seitens der türkischen Datenschutzbehörde, so dass dieser Grundsatz ebenfalls als anerkannt gilt. Der wesentliche Unterschied zur DSGVO liegt jedoch darin, dass die Rechenschaftspflicht nicht als ein allgemeiner Grundsatz im Gesetz

¹¹ Entscheidung der türkischen Datenschutzbehörde vom 22.07.2020 Nr. 2020/560.

¹² Vgl. etwa Alexander Roßnagel, „Kein „Verbotsprinzip“ und kein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ im Datenschutzrecht“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, 72, 1-2, ss.1-5 s. 1 ff.

geregelt wurde. Das überrascht zwar wenig, da das Gesetz ja noch auf die RL beruht. Desweiteren ist noch darauf hinzuweisen werden, dass Instrumente wie etwa die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten oder die Durchführung einer Datenschutzfolgenabschätzung im Gesetz fehlen, so dass der risikobasierte Ansatz keinesfalls zur vollen Geltung im türkischen Recht erlangt.

In Bezug auf die Praxis der türkischen Datenschutzbehörde ist außerdem auf den Punkt hinzuweisen, dass sie als ein Mitglied der Administrativgewalt außergewöhnlich oft vom Grundsatz des Treu und Glaubens Gebrauch macht. Insbesondere sei es ein Verstoß gegen diesen Grundsatz, wenn der Verantwortliche die Verarbeitungstätigkeit auf eine Einwilligung stützt, obwohl eine gesetzliche Grundlage für die Datenverarbeitung bereits existiere. Dies sei nämlich ein Verstoß gegen Treu und Glauben, weil bei der betreffenden Person der Eindruck erweckt werde, sie könne ihre Einwilligung jederzeit widerrufen, was eben nicht stimme¹³. Dass ein solches Verhalten tatsächlich einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen kann, ist zwar richtig. Entscheidend ist jedoch der Zeitpunkt, in dem dieser Verstoß festgestellt wird. Nach richtiger Auffassung liegt ein solcher nämlich erst dann vor, wenn der Verantwortliche nach dem Widerruf der Einwilligung unter Berufung auf die gesetzliche Regelung mit der Verarbeitung fortfährt. Unterlässt sie jedoch ab diesem Zeitpunkt die Verarbeitung, so dürfte ein Verstoß nicht mehr angenommen werden. Die türkische Datenschutzbehörde nimmt einen Verstoß gegen Treu und Glauben jedoch bereits dann an, wenn der Verantwortliche die Verarbeitungstätigkeit aufnimmt und nicht erst dann, wenn die Einwilligung widerrufen und gestützt auf die gesetzliche Regelung die Verarbeitungstätigkeit fortgesetzt wird. Daher muss im türkischen Recht die richtige Verarbeitungsgrundlage präzise ausgearbeitet werden, bevor mit der Verarbeitungstätigkeit begonnen wird, um nicht dem Vorwand ausgesetzt zu sein, es läge ein Verstoß gegen Treu und Glauben vor. Allgemein ist zu erwähnen, dass Treu und

¹³ So ausdrücklich die Behörde in ihren Informationsbroschüren in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, abrufbar unter <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2050/Kisisel-Veriler>. Dieselben Ausführungen finden sich allerdings nicht in der englischsprachigen Fassung des Dokuments.

Glauben eigentlich als „letztes Mittel“ zur Anwendung kommt und die türkische Datenschutzbehörde in diesem Punkt zurückhaltender agieren sollte.

III. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung

1. Einwilligung

Anders als die DSGVO, bei der die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung auf „mindestens eine der nachstehenden Bedingungen“ gestützt werden kann, erkennt das türkische Recht, entsprechend der Bestimmung aus der türkischen Verfassung, zunächst die Möglichkeit einer ausdrücklichen Einwilligung in einem besonderen Absatz an. Diese Systematik soll allerdings nicht so verstanden werden, dass die Einwilligung eine „bessere“ Grundlage für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung darstellen soll. Vielmehr sollen alle Tatbestände im Gesetz gleichwertig sein, so die Auffassung der türkischen Datenschutzbehörde sowie die Literatur¹⁴.

Anders als die RL sowie die DSGVO unterscheidet das tDSG nicht zwischen einer ausdrücklichen und einer „einfachen“ Einwilligung. Der Grund hierfür liegt insbesondere darin, dass der Wortlaut der türkischen Verfassung für die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten eine „ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person oder eine gesetzliche Bestimmung“ verlangt. Die Einwilligung muss auf ein bestimmtes Thema bezogen, auf einer vorherigen Information der betreffenden Person basierend und mit freiem Willen abgegeben worden sein. Die türkische Datenschutzbehörde hat in mehreren Entscheidungen zu den genannten Punkten Stellung genommen. Was den Bezug zu einem bestimmten Thema anbetrifft, so wurden sehr umfangreiche und abstrakte Zweckerklärungen für nichtig erklärt¹⁵. Auch die Freiwilligkeit der Einwilligung war Gegenstand mehrerer Entscheidungen, da sog. Royalty-Programme in der Türkei sehr verbreitet sind. Die Ansicht der Datenschutzbehörde kann dahingehend zusammengefasst werden, dass

¹⁴ Vgl. etwa Mesut Serdar Çekin/Ahmed Esad Berktas/M. Furkan Akinci, *Veri Hukuku*, 1. Aufl. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 177.

¹⁵ Vgl. etwa die Entscheidung der türkischen Datenschutzbehörde vom 20.05.2020 Nr. 2020/404.

eine Freiwilligkeit nicht vorliegt, sobald die Einwilligung zur Bedingung gemacht wird für das Anbieten eines Produkts oder einer Dienstleistung. Wird den Interessenten aber auch ohne die Abgabe einer Einwilligung die Möglichkeit, das Produkt bzw. die Dienstleistung in Anspruch zu nehmen, wenn auch zu erschwerten Voraussetzungen wie insbesondere in Form höherer Preise, gewährt, so liegt eine wirksame Einwilligung vor¹⁶.

Die Beachtung der allgemeinen Grundsätze im Zusammenhang mit der Einwilligung war ebenfalls Gegenstand zweier Entscheidungen der türkischen Datenschutzbehörde. In beiden Entscheidungen wurden von den Mitgliedern eines Fitness-Studios der Fingerabdruck verlangt, um die Ein- und Ausgänge zu kontrollieren und insbesondere unberechtigte Personen auszuschließen. Die Verarbeitung biometrischer Daten stützte das Studio in der ersten Entscheidung auf eine Einwilligung. Abgesehen davon, dass es hier an der Freiwilligkeit fehlt, rügte die Behörde auch einen Verstoß gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Denn der Zweck, die Ein- und Ausgänge ins Studio zu kontrollieren, rechtfertigt nicht die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten¹⁷. In der zweiten Entscheidung¹⁸ hat das Fitness-Studio den Mitgliedern die Wahl überlassen, eine Karte auszustellen oder aber den Fingerabdruck scannen zu lassen. Obwohl diesfalls die Freiwilligkeit nicht gerügt wurde, fehlte es nach Auffassung der Datenschutzbehörde immer noch an der Verhältnismäßigkeit mit den oben bereits angegebenen Gründen.

Die Form der Einwilligung ist mündlich, schriftlich oder in elektronischer Form möglich, wobei aber die Beweislast beim Verantwortlichen liegt.

2. Gesetzliche Gründe

Die weiteren gesetzlichen Gründe entsprechen im Wesentlichen denen aus der RL.

¹⁶ Entscheidung der türkischen Datenschutzbehörde hinsichtlich des Royalty-Programms einer Supermarktkette vom 25.03.2019 Nr. 2019/82.

¹⁷ Entscheidung vom 25.03.2019 Nr. 2019/81 und vom 31.05.2019 Nr. 2019/165.

¹⁸ Entscheidung vom 27.02.2020 Nr. 2020/167.

Zu betonen ist diesem Zusammenhang lediglich, dass die „Wahrung berechtigter Interessen“ in der türkischen Praxis immer noch einen sehr engen Anwendungsbereich hat. Der Grund hierfür ist wohl die skeptische Haltung der türkischen Datenschutzbehörde in Bezug auf berechnete Interessen. Desweiteren können nach dem tDSG die Interessen Dritter bei der Abwägung nicht berücksichtigt werden.

3. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Sowohl die Definitionen als auch die Regelungssystematik bei der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten entspricht im Wesentlichen der RL. Ein wichtiger Unterschied ist die „Bekleidung“ der betroffenen Person, die ebenfalls als ein sensibles Datum eingestuft wird.

Besondere Kategorien personenbezogener Daten können nach Art. 6 Abs. 2 und 3 s. 1 aufgrund einer ausdrücklichen Einwilligung sowie in den im Gesetz vorgesehenen Fällen verarbeitet werden. Es gibt jedoch einen wesentlichen Unterschied zur RL sowie der DSGVO. Nach Art. 6 Abs. 3 s. 2 können Gesundheitsdaten sowie Daten zum Sexualleben nämlich nur mit einer ausdrücklichen Einwilligung verarbeitet werden. Liegt eine solche nicht vor, so können ausschließlich der Schweigepflicht unterliegende Personen sowie Behörden zu Zwecken der Gesundheitsvorsorge, für die medizinische Diagnostik, die Versorgung oder Behandlung im Gesundheits- oder Sozialbereich oder für die Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheits- oder Sozialbereich verarbeitet werden. Diese Einschränkung hat zur Folge, dass Gesundheitsdaten und Daten zum Sexualleben insbesondere von Arbeitgebern ohne Einwilligung nicht verarbeitet werden dürfen, da sie keine der Schweigepflicht unterliegende Personen sowie Behörden sind, die medizinische Tätigkeiten ausüben. Vielmehr sind sie gezwungen, die Verarbeitungstätigkeit durch den Betriebsarzt vornehmen zu lassen, wenn ein solcher überhaupt vorhanden ist. Andererseits sind aber Arbeitgeber nach anderen Gesetzen verpflichtet, für einen sicheren Arbeitsumfeld zu sorgen¹⁹. Dieser krasse Widerspruch führt in der Praxis

¹⁹ Zu diesem Problem vgl. Mesut Serdar Çekin, „Covid-19 Pandemisi Karşısında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine Dair KVKK Hükümlerinin İş İlişkileri

zu dem äußerst unangenehmen Ergebnis, dass Arbeitgeber auf Basis von Einwilligungen Gesundheitsdaten ihrer Mitarbeiter verarbeiten müssen. Die Freiwilligkeit dieser Einwilligungen ist jedoch stark zu bezweifeln. Vor den Arbeitsgerichten wird das Fehlen der Einwilligung in letzter Zeit insbesondere bei Kündigungsklagen verstärkt vorgetragen. Um das Problem zu lösen, wurde bereits eine Gesetzeskommission einberufen, welche eine der DSGVO ähnliche Regelung vorgeschlagen hat. Wann eine Gesetzesänderung zumindest in diesem Punkt eintreten wird, ist jedoch momentan nicht abzusehen.

4. Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland

Was die Rechtmäßigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland anbetrifft, so verfolgt das tDSG eine völlig andere Systematik als die RL sowie die DSGVO.

Die Übermittlung personenbezogener Daten kann nach der Systematik des tDSG zunächst auf die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person gestützt werden. Sodann kann ein Angemessenheitsbeschluss der türkischen Datenschutzbehörde eine Übermittlung rechtfertigen. Eine weitere Möglichkeit ist die Unterzeichnung von Standardverträgen, die von der türkischen Datenschutzbehörde in 2018 veröffentlicht wurden²⁰. Sie betreffen die Übermittlung personenbezogener Daten von einem Verantwortlichen in der Türkei zu einem Verantwortlichen im Ausland sowie die von einem Verantwortlichen in der Türkei zu einem Auftragsverarbeiter im Ausland. Es fehlen jedoch, wie ersichtlich, weitere Optionen wie etwa die Übertragung durch einen Auftragsverarbeiter in der Türkei zu einem Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter im Ausland. Die Standardverträge müssen außerdem nach Ausfüllung und Unterzeichnung durch die Parteien von der Behörde genehmigt werden. Schließlich wurde die Möglichkeit der sog. Binding Corporate Rules

Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu*, Muhammet Özkes (Ed.), 2. Aufl. On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 1155 ff.

²⁰ Abrufbar unter <https://www.kvkk.gov.tr/en/> unter dem Menü „Legislations“ und „The Commitment on Transfer of Personal Data Abroad“.

durch eine „Bekanntmachung“ der türkischen Datenschutzbehörde eingeführt²¹.

Obwohl das Gesetz mehrere Möglichkeiten vorsieht, die Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland zu legitimieren, ist die Einholung von Einwilligungen leider die absolute Regel in der Praxis. Der Grund hierfür liegt zunächst darin, dass ein Angemessenheitsbeschluss aufgrund politischer Bedenken bis heute nicht vorliegt. Damit verbleibt den Verantwortlichen die Möglichkeit, die Standardverträge der Datenschutzbehörde in Anspruch zu nehmen. Diese wurden jedoch erst im Jahr 2018, zu einem Zeitpunkt also, in dem die Umsetzungsfrist bereits abgelaufen war, von der Datenschutzbehörde publiziert. Hinsichtlich der Genehmigungspraxis gibt es ebenfalls sehr wenige positive Beispiele. Abgesehen davon, dass das Verfahren durchschnittlich zwei Jahre dauert, gibt es bis heute, also sieben Jahre nach in Krafttreten des Gesetzes, lediglich sechs Standardverträge, die von der Behörde genehmigt wurden²². Damit verbleibt den meisten Verantwortlichen die Möglichkeit, sich trotz aller damit verbundenen Gefahren, auf die Einwilligung der betreffenden Person zu berufen. Sollte diese jedoch unwirksam sein aufgrund der fehlenden Informiertheit oder der Freiwilligkeit oder aber die betroffene Person widerruft ohne Angabe von Gründen ihre Einwilligung, was eben möglich ist, so liegt eine unrechtmäßige Datenverarbeitungstätigkeit vor. Erschwerend kommt der Hinweis der türkischen Datenschutzbehörde²³, wonach die Übermittlung ins Ausland nicht auf eine Einwilligung gestützt werden darf, wenn die Übermittlung auf sonstige im Gesetz vorgesehene Gründe

²¹ Abrufbar unter <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6730/PUBLIC-ANNOUNCEMENT-ON-BINDING-CORPORATE-RULES>.

²² Die Antragsteller sind in verschiedenen Sektoren wie etwa Textil, IT, Automobil tätig.

²³ Bekanntmachung bezüglich der zu beachtenden Aspekte bei der Ausfüllung eines Standardvertrags zwecks Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland, abrufbar unter <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6741/YURT-DISINAKISISEL-VERI-AKTARIMINDA-HAZIRLANACAK-TAAHHUTNAMELER-DE-DIKKAT-EDILMESI-GEREKEN-HUSUSLARA-ILISKIN-DUYURU>.

wie etwa die Unterzeichnung von Standardverträgen (samt Genehmigungsbedürfnis) gestützt werden kann.

Angesichts der oben angesprochenen Probleme wurde ein Gesetzesvorschlag zur Änderung des tDSG ausgearbeitet, welches neben der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten auch die Datenübermittlung ins Ausland „liberalisieren“ sollte. Wie bereits erwähnt, ist im Moment nicht abzusehen, wann der Vorschlag ins Parlament eingebracht wird.

IV. Informationspflicht des Verantwortlichen

Die Informationspflicht des Verantwortlichen entspricht im Wesentlichen der RL. Auch hat die türkische Datenschutzbehörde eine Verordnung zur Konkretisierung der Informationspflicht erlassen²⁴. Es muss allerdings betont werden, dass die türkische Datenschutzbehörde einen sehr strengen Maßstab anlegt bei der Bewertung, ob die Datenschutzhinweise tatsächlich den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.

Das tDSG enthält zwar keine Bestimmungen bezüglich der Informationspflicht bei der mittelbaren Erlangung von personenbezogenen Daten. Dieser Punkt wurde in der von der Datenschutzbehörde erlassenen Verordnung nachgeholt²⁵.

²⁴ Verordnung bezüglich des Verfahrens und der Grundsätze bei der Erfüllung der Informationspflicht, veröffentlicht im Gesetzesblatt vom 10.03.2018 Nr. 30356, abrufbar unter <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6637/Communique-On-Principles-And-Procedures-To-Be-Followed-In-Fullfillment-Of-The-Obligation-To-Inform>.

²⁵ Vgl. Art. 6 der Verordnung.

ÖZET

Avrupa Birliği'nde uzun bir geçmişe sahip olan kişisel verilerin korunması konusu, 7 Mart 2016 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Türk hukukunda da genel bir kanun şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun, yine bir AB düzenlemesi olan 95/46 no.lu Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktiften esinlenerek kaleme alınmıştır. Bununla birlikte Kanun'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra, 4 Mayıs 2016 tarihinde, 1995 yılında çıkartılan 95/46 no.lu Direktifin revize eden ve teknolojik gelişmelerin mahremiyet ve kişisel verilerin korunması alanlarındaki ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan Genel Veri Koruma Tüzüğü Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmıştır. Her ne kadar 6698 sayılı Kanun, 95/46 no.lu Direktiften esinlenerek kaleme alınmış olsa da, özellikle sağlık verilerinin işlenmesi ve yurtdışına veri aktarımı bağlamında farklı bir sistematik benimsemiş, ayrıca Genel Veri Koruma Tüzüğü ile getirilen değişiklikler de söz konusu Kanun'a yansıtılmamıştır. Bu çalışmanın amacı da 6698 sayılı Kanun'un Avrupa Birliği hukukundaki düzenlemelerden ayrıştığı noktaları tespit etmek, bu vesileyle özellikle yabancı okuyuculara Türk hukuku uygulamasına dair fikir sunmaktır.

Bu çerçevede Kanunun uygulama alanına dair tespitler kısmında Kanunun yer bakımından uygulama alanına ilişkin bir hüküm içermemesine rağmen Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun Türkiye Cumhuriyetindeki gerçek kişilerin kişisel verilerinin Kanuna aykırı şekilde yurtdışında işlendiği hallerde yaptırımlar öngördüğüne dikkat çekilmiştir. Yine Kanunun tanımlar kısmında üçüncü kişi ya da alıcı gibi birçok tanıma yer verilmediği tespit edilmiştir. Kanunun genel ilkeler kısmında Genel Veri Koruma Tüzüğüne nazaran hesap verilebilirlik ilkesinin yokluğu, özellikle veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler bakımından farklı bir yaklaşıma sebebiyet vermektedir. İşleme şartları bağlamında ise özellikle Kurul'un açık rıza bağlamında hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık, açık rızanın hizmet şartı yapılması gibi önemli kararları incelenmiştir. Bir diğer işleme şartı olan meşru menfaat kıstası, her ne kadar Birlik hukukunda önemli bir yere sahip olsa da, Türk hukukunda geniş bir uygulama alanına sahip değildir. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi noktasında ise kişisel sağlık verilerinin münhasıran belirli amaçlar ve belirli kişiler tarafından işlenebilmesinin uygulamada sebebiyet verdiği olumsuz sonuçlara dikkat çekilmiştir. Benzer şekilde yurtdışına aktarım mekanizmasında yaşanan zorluklar, taahhütname

süreçlerinin yeteri kadar işlevsel olmaması, açık rızanın gerek özel nitelikli kişisel veriler gerekse yurtdışı veri aktarımı bağlamında istisnadan çok kural haline gelmesi sorunlarına işaret edilmiştir. Veri sorumlusu ile veri işleyen ilişkisinin nasıl şekillendirilmesi gerektiğine dair Kanun, Direktife kıyasla herhangi bir hüküm içermemektedir. Keza alıcı ve üçüncü kişi tanımlarına da yer verilmemektedir. Buna rağmen Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından çıkartılan rehberler ve uygulama dikkate alındığında bu eksikliğin yine Direktif ve Genel Veri Koruma Tüzüğüne benzer şekilde çözüme kavuşturulduğu belirtilmiştir. Hesap verilebilirlik ilkesinin eksikliği ile Genel Veri Koruma Tüzüğü ile birlikte öngörülen Privacy by Design, Privacy by Default, Veri Koruma Etki Analizi, Davranış Kuralları, Sertifikasyon mekanizmalarının eksikliği de belirtilmiştir. Yine her ne kadar Direktif döneminde mevcut olsa da Veri Koruma Görevlisi müessesesinin Kanunda yer bulmadığı, bunun yerine Kurul duyurusuyla böyle bir sertifikasyon mekanizmasının öngörüldüğü de aktarılmıştır. Çalışmanın son kısmında ise yaptırımlara ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

LITERATURVERZEICHNIS

Çekin Mesut Serdar / Berktaş Ahmed Esad / Akıncı M. Furkan, Veri Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Çekin Mesut Serdar, “Covid-19 Pandemisi Karşısında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine Dair KVKK Hükümlerinin İş İlişkileri Kapsamında Değerlendirilmesi”, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ÖZEKES, Muhammet (Ed.), 2. Aufl. On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

Roßnagel Alexander, „Kein „Verbotsprinzip“ und kein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ im Datenschutzrecht“, Neue Juristische Wochenschrift, 2019, 72, 1-2, ss.1-5.

ENTSCHEIDUNGEN DER DATENSCHUTZBEHÖRDE

Entscheidung vom 15.05.2018 Nr. 2018/32.

Entscheidung vom 18.08.2018 Nr. 2018/68.

Entscheidung vom 18.08.2018 Nr. 2018/75.

Entscheidung vom 18.08.2018 Nr. 2018/87.

Entscheidung vom 25.03.2019 Nr. 2019/82.

Entscheidung vom 25.03.2019 Nr. 2019/81.

Entscheidung vom 11.04.2019 Nr. 2019/104

Entscheidung vom 31.05.2019 Nr. 2019/165.

Entscheidung vom 18.09.2019 Nr. 2019/269.

Entscheidung vom 27.02.2020 Nr. 2020/167.

Entscheidung vom 20.05.2020 Nr. 2020/404.

Entscheidung vom 22.07.2020 Nr. 2020/560.

Entscheidung vom 08.12.2020 Nr. 2020/927.

Entscheidung vom 23.12.2021 Nr. 2021/1304.

Entscheidung vom 06.01.2022 Nr. 2022/13.

INTERNET-QUELLEN

Öffentliche Bekanntmachung über den Datenschutzbeauftragten der türkischen Datenschutzbehörde: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7100/Veri-Koruma-Gorevlisi-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu>.

Öffentliche Bekanntmachung Über Bindende Unternehmensregeln der türkischen Datenschutzbehörde: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6730/PUBLIC-ANNOUNCEMENT-ON-BINDING-CORPORATE-RULES>.

Bekanntmachung bezüglich der zu beachtenden Aspekte bei der Ausfüllung eines Standardvertrags zwecks Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland der türkischen Datenschutzbehörde: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6741/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-HAZIRLANACAK-TAAHHUTNAMELERDE-DIKKAT-EDILMESI-GEREKEN-HUSUSLARA-ILISKIN-DUYURU>.

Mitteilung der türkischen Datenschutzbehörde über Grundsätze und Verfahren, die bei der Erfüllung der Informationspflicht zu beachten sind: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6637/Communique-On-Principles-And-Procedures-To-Be-Followed-In-Fulfillment-Of-The-Obligation-To-Inform>.

Mitteilungen der türkischen Datenschutzbehörde über persönlichen Daten: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2050/Kisisel-Veriler>.

İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1)

Vorteilsannahme durch Nötigung (Art. 250/1 tStGB)

Dr. Öğr. Üyesi İsmail ÇINAR^{1*}

ÖZ

İcbar suretiyle irtikâp suçu (TCK m. 250/1) bağımsız bir irtikâp suçudur. Suç tanımına göre suçun oluşabilmesi için kamu görevlisi fail, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına ya da bu yönde vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar etmelidir. Kamu görevlileri tarafından işlenebilen bu suçun en belirgin özelliği, kamu görevlisinin çıkar elde etmeye yönelik olarak mağdura icbarda bulunmasıdır. Bu özellik suçu özellikle rüşvet ve yağma suçları ile karıştırılma ihtimali olan bir suça dönüştürmektedir. İcbar suretiyle irtikâp suçunun benzer suçlardan ayırt edilebilmesi için unsurlarının net olarak belirlenmesi gerekir. Bu vesileyle suç tipi özelinde gündeme gelen ve diğer suçlarla karıştırılmasına yol açan sorunlara çözüm aranmalıdır. Bu bağlamda makalede icbar kavramından neyin anlaşılması gerektiği, icbar kavramının cebir ve tehdit kavramlarından nasıl ayırt edileceği, icbarın elverişliliği meselesinin sorumluluğa etkisi, kendisine icbar uygulanan kişinin meşru ya da gayrimeşru zeminde olmasının suçun oluşumuna ne tür bir etkisinin olduğu, nüfuzu kötüye kullanmadan neyin anlaşılması gerektiği sorunları başta olmak üzere icbar suretiyle irtikâp suçunun diğer suçlarla karıştırılmasına yol açan tüm sorun ve ihtimallerin belirlenmesi ve çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *İrtikâp, İcbar Kavramı, Rüşvet, Yağma, Gayrimeşru Zemin*

^{1*} Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ismail.cinar@tau.edu.tr, cinarsmail@gmail.com (Orcid ID: 0000-0002-5086-5219).

Coercive Extortion Offence (Art. 250/1 TPC)

ABSTRACT

The coercive extortion offence (Art. 250/1 TPC) is an independent offence of extortion. According to the definition of the offence, in order for the offence to occur, the offender, who is a public official, must, by abusing the influence provided by his/her position, induce a person to benefit himself/herself or someone else or to make a promise in this direction. The most striking feature of this offence, which can be committed by public officials, is that the official forces the victim to gain an advantage. This feature makes the offence a crime that can be confused with the offences of bribery and robbery. In order to distinguish the coercive extortion offence from similar offences, the characteristics of the offence must be clearly determined. This opportunity should be used to seek solutions to the problems arising from the nature of the offence and leading to confusion with other offences. In this context, the Article aims to identify and resolve all the problems and possibilities that lead to confusion of the coercive extortion offence with other offences, in particular the problems of what is meant by the concept of coercion, how to distinguish the concept of coercion from the concepts of force and threat, how the question of the expediency of coercion affects criminal liability, what effect the lawful or unlawful reason of the person on whom the coercion is exercised has on the realization of the offence, and what is meant by the abuse of influence.

Keywords: *Extortion, Concept of Coercive, Bribery, Robbery, Illegitimate Grounds*

GİRİŞ

Toplumda yaşayan herkes, kamu idaresine güvenmek ve adil işleyişinden emin olmak hakkına sahiptir. Bu sebeple kamu idaresinin güvenilir olması ve işleyişinin hukuka uygun olması temin edilmelidir. Bu amaçla TCK'nin ikinci kitabının dördüncü kısmında, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlar bölümünde bazı suç tipleri düzenlenmiştir. Böylece kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı gerçekleştirilen davranışlar, ister kamu görevini yerine getirenler isterse kamu hizmetinden yararlananlar tarafından gerçekleştirilsin, cezai yaptırım altına alınmıştır. İcbar suretiyle işlenen irtikâp suçu, bu bağlamda kanunda düzenlenen suç tipleri arasında yer almaktadır.

İcbar suretiyle irtikâp suçu, bazı suç tiplerine benzerliği ile dikkat çekmektedir. Özellikle rüşvet ve yağma suçlarına olan benzerliği, bu

suçun unsurlarının net bir şekilde ortaya konmasını ve böylece unsurları itibarıyla benzer suçlardan ayırt edilmesini zaruri kılmaktadır. Söz gelimi rüşvet suçu, rüşvet veren ve rüşvet alan olarak iki failli bir suçken icbar suretiyle irtikâp suçu tek failli bir suçtur. Hâlbuki icbar suretiyle irtikâp suçunda da tıpkı rüşvet suçunda olduğu gibi menfaati temin eden ve menfaati alan olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Fakat icbar suretiyle irtikâp suçunda menfaati temin eden kişi, rüşvet suçundan farklı olarak fail sayılmamakta, suçun mağduru olmaktadır. Bu sebeple suç vasfında yanılığa düşmek, faili (rüşvet veren) mağdur (icbar edilen) saymak ya da tersi bir duruma yol açabilecektir. Öyleyse icbar suretiyle irtikâp suçu bağlamında ortaya çıkan sorunlar çözüme kavuşturulmalıdır.

İcbar suretiyle irtikâp suçunun tanımında yer verilen unsurlardan “icbar” kavramının anlamı konusunda yaşanan tartışmalar, suçun benzer diğer suçlardan ayrımını zorlaştırmakta, hatta savunulan görüşe göre aynı olaydaki kişi fail ya da mağdur olabilmektedir. Bu ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında sorgulanması gereken bir konu olmaktadır.

Tüm bu sebeplerle bu makalede icbar suretiyle irtikâp suçu ele alınarak suç bağlamında ortaya çıkan sorunlara cevap aramak ve suçun benzer suçlarla farkını ortaya koymak amaçlanmaktadır. Konunun önemini göstermesi ve izahı bağlamında yararlı olması sebepleriyle önce genel olarak irtikâp suçu üzerinde durulacak, eski ve yeni ceza kanunlarında yer alan düzenlemeler arasındaki farklılıklara değinilecek ve suçun karşılaştırmalı hukuktaki düzenleniş şekline temas edilecektir. Akabinde icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurları, bu unsurlar bağlamında ortaya çıkan sorunların tek tek tespiti ve çözümüne odaklanmak suretiyle ele alınacak ve nihayet suç, benzer suçlarla karşılaştırılarak hem örnekler üzerinden somutlaştırılacak hem de tespit edilen sorunların çözümüne katkı sunulacaktır.

I. GENEL OLARAK İRTİKÂP SUÇLARI

A. Kanuni Düzenleme ve Suça Dair Genel Bilgiler

İrtikâp suçları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 250’de düzenlenmiş olup Türk Ceza Kanunu’nun 2. kitap (*Özel Hükümler*), 4. kısım (Milletle ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler), 1. bölümünde (Kamu

İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar) yer alan suçlar arasındadır. “İrtikâp” başlıklı düzenleme şu şekildedir:

“Madde 250- (1) (Değişik: 2/7/2012-6352/86 md.) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, icbarın varlığı kabul edilir.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) (Ek: 2/7/2012-6352/86 md.) İrtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

İrtikâp kavramı Arapça kökenli olup sözlükte kötü iş yapma, kötülük etme, yiyicilik, yalan söyleme ve hile yapma gibi anlamlara gelmektedir¹. Sözlük anlamına uygun olarak irtikâp sözcüğü yerine literatürde²

¹ Bkz. <https://sozluk.gov.tr>; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 909; M. Reis Koca, “İrtikâp Suçu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 6, Aralık 2015, 247-279, s. 249, (çevrimiçi: <https://www.uyusmazlik.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-201710mreiskoca.pdf>).

² Örneğin bkz. Sedat Bakıcı, *Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar- Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları*, Ankara, 1988, s. 180 vd.; Zeki Hafızoğulları, Ezgi Aygün Eşitli, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 31; Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 21; krş. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. b., Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1060.

ve bazı Yargıtay kararlarında³ aynı anlamda “yiyicilik” kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Literatürde kavramsal olarak irtikâp, kamu görevlisinin kamu idaresi ile ilişkisi olanlardan haksız çıkar elde etmesi olarak tanımlanmaktadır⁴. Ancak bu tanımda icbar veya ikna unsurlarının yer almadığını, bu sebeple tanımın bu hâliyle kamu görevlisinin kamu idaresi ile ilişkisi olanlardan rüşvet gibi tüm haksız çıkar elde etme durumlarını kapsayabileceğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla irtikâp kavramını kanuni düzenlemeden hareketle tanımlamak gerekir. Kanunda irtikâp sözcüğü madde başlığında suçu nitelemek için kullanılmıştır. Ayrıca irtikâp sözcüğü ek dördüncü fıkrada “*İrtikâp edilen menfaatin değeri...*” şeklinde, suç tanımının tarif ettiği şekilde bir menfaatin sağlanması ya da temin edilmesi anlamında kullanılmıştır. Zira kanun düzenlemesinde **yararın sağlanmasından, menfaatin temin edilmesinden** bahsedilmekte, bunun ancak bir icbar, ikna ya da mağdurun hatasından yararlanmak suretiyle olabileceği belirtilmektedir. Nihayet kanun **menfaatin irtikâp edilmesinden** de bahsederek irtikâp kavramını, **kamu görevlisinin kamu idaresi ile ilişkisi olanlardan hukuken geçerli rızaları olmaksızın yarar elde etmesi** şeklinde tanımlama imkânı vermektedir. Suçun oluşması için kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak icbarda bulunulması veya görevinin sağladığı güven kötüye kullanılarak ikna edilmesi suretiyle kamu idaresi ile ilişkisi olanların rızalarının hukuken geçersiz kılınması ya da mağdurun mevcut hatasından yararlanılması gerekir⁵.

³ Örneğin Yarg. CGK., 25.04.1983, 113/197; Yarg. 5. CD., 19.12.1985, 4650/5388.

⁴ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1295; Recep Kahraman, “İrtikâp ve Rüşvet Suçları Bakımından İcbar Karinesinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 31, S. 141, 2019, 209-226, s. 214; Yokuş Sevük, s. 909.

⁵ Krş. Mehmet Nihat Kanbur, “6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu (TCK m.250)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, C. 19, S. 2, 2013, 1177-1208 s. 1184 ve 1185, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/814469>); Mehmet Emin Artuk/Halime Ebru Koçyiğit, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Rüşvet Suçunun Benzer Suçlardan Ayrımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 106, Haziran 2015, 14-26, s. 17.

İrtikâp sebebiyle cezai sorumluluğun doğması için kanundaki suç tanımında yer alan unsurların somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 250’de düzenlenen irtikâp suçları dört fıkra şeklinde; ilk fıkrasında icbar suretiyle irtikâp, ikinci fıkrasında ikna suretiyle irtikâp ve üçüncü fıkrasında hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp olarak nitelendirilebilecek durumlar, son fıkrada ise cezada indirim gerektirebilecek bir nitelikli hâl düzenlenmiştir. İrtikâp başlıklı düzenlemede suçun tanımına ilişkin unsurların üç fıkra şeklinde düzenlenmesi, bunların bağımsız birer suç olup olmadıkları noktasında bir soruna yol açmaktadır.

Literatürde bu düzenlemelerin irtikâp suçunun üç işleniş türünün olduğu⁶ veya düzenlemede iki bağımsız suçun yer aldığı⁷ şeklinde farklı kabuller bulunmaktadır. Düzenlemenin ilk fıkrasında, kamu görevlisinin görevinin sağladığı **nüfuzu** kötüye kullanarak bir kimseyi kendisine veya

⁶ Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 137; İlhan Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu (M.250)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2006, 273-298, s. 277, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262676>); Mustafa Özen, *İrtikâp ve Rüşvet Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 46 ve 47, yalnız yazar üç fıkradaki fiillerin seçimlik olmadığını belirtmek suretiyle, bağımsız suç olduklarını da ima etmektedir; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 697; Selami Turabi, *İrtikâp Suçları (TCK m. 250)*, 2. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 72; Tezcan/Erdem/Önok, “...irtikap suçu üç türlü işlenebilmektedir” demekte ve fakat bunların bağımsız suç olup olmadıklarını belirtmemektedirler. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1295.

⁷ Bu yönde açıkça Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1067; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. b., Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1082; İzzet Özgenc, *İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 2. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 15; Üzülmöz, s. 277; Zekeriya Alper İnanc, *Türk Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 90; Gülşah Bostancı Bozbayındır, “İrtikap Suçu”, *Özel Ceza Hukuku IX*, ed. Köksal Bayraktar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 77; Erkan Sarıtaş, “İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 2, 2022, 683-724, s. 688, 689, s. 686, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2183974>); üç tür irtikâp demek suretiyle dolaylı olarak Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 712.

başkasına yarar sağlanmasına veya bu yönde vaatte bulunulmasına **icbar** etmesi suretiyle işlenen bir suç tanımı yer alırken ikinci fıkrasında, kamu görevlisinin görevinin sağladığı **güveni** kötüye kullanarak hileli davranışlarla bir kimseyi kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yönde vaatte bulunulmasına **ikna** etmesi suretiyle işlenen bir suç tanımı yer almaktadır. Üçüncü fıkrada yer alan “*ikinci fıkrada tanımlanan suç*” ibaresi de esasen düzenlemede farklı suç tanımlarının yer aldığı bir göstergesidir. Üçüncü fıkrada ise ikna suretiyle irtikâp suçunun; üçüncü fıkra ifadesiyle “*ikinci fıkrada tanımlanan suçun*” ihmal suretiyle işlenmesi hâli düzenlenmektedir⁸.

Dolayısıyla **Kanaatimizce** TCK m. 250’de iki bağımsız suç tipi bulunmaktadır. Zira biri diğerinin nitelikli hâli olmadığı gibi her iki fıkrada farklı tanımlar yapılmıştır. Tanımlara bakıldığında iki suçun unsurları itibarıyla ciddi farklılıklar mevcuttur. TCK m. 21/1’de yer alan “*suçun kanuni tanımı*” ifadesinden hareketle iki farklı tanımın yer aldığı düzenlemenin iki bağımsız suçu ihtiva ettiğini kabul etmek yerinde olacaktır: İlk fıkrada icbar suretiyle irtikâp ve ikinci fıkrada ikna suretiyle irtikâp suçları. Üçüncü fıkradaki, hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp olarak nitelendirilebilecek düzenleme ise ayrı bir suç tanımı değildir. Düzenlemede ikinci fıkraya atıf yapılmakta, ikinci fıkradaki suçun bir işleniş türü olduğu vurgusu yer almaktadır. Bu sebeple üçüncü fıkra düzenlemesi aslında ikna suretiyle irtikâp suçunun ihmalî davranışla işleniş şeklidir. Dolayısıyla TCK m. 250’de sadece iki bağımsız suç tipi yer almaktadır.

Uygulamada ve öğretilerde “*icbar suretiyle irtikâp*” yerine suç tipini ifade etmek için “*cebri irtikâp*”⁹, “*icbari irtikâp*”¹⁰ ya da “*zorlama yoluyla*

⁸ Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 15; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1082.

⁹ Mert Asker Yüksektepe, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Dahilinde Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri İlamları ile Rüşvet ve İrtikap*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 73; “... manevi cebirin; belli bir şiddete ulaşmasının, ciddi olmasının ve mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, mağdur ve tanıkların beyanları ile olayın oluş şekline göre somut olayda yasanın öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışın bulunmadığı, bu itibarla cebri irtikap suçunun yasal unsurunun oluşmadığı...” (Yarg. 5. CD., 20.01.2014, 10339/613).

¹⁰ Turabi, *İrtikâp*, s. 85.

*irtikâp*¹¹ gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir. Hem kanun lafzına uygun olması hem de cebir kavramı ile karışıklığa mahal vermemesi için icbar suretiyle irtikâp kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır.

Düzenlemenin son fıkrasında ise her iki suç için cezada indirim yapılmasını gerektiren bir nitelikli hâl düzenlenmiştir. Buna göre irtikâp edilen malın değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak verilecek ceza yarısına kadar indirilebilecektir.

Düzenlemede yer alan iki bağımsız suçtan sadece icbar suretiyle işlenen irtikâp üzerinde durulacak ve çalışmanın devamındaki açıklamalar ve sorunların çözümü sadece bu suç tipi için yapılacaktır.

B. Eski ve Yeni Ceza Kanunlarında İcbar Suretiyle İrtikâp Suçunun Düzenlenişi

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da "İrtikâp" başlıklı bir suç yer almaktaydı (m. 209)¹². 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 250'nin dördüncü fıkrası hariç ilk üç fıkrasının esas itibarıyla 765 sayılı TCK'da da yer aldığı görülmektedir.

765 sayılı TCK'da icbar suretiyle irtikâp suçunun, yine düzenlemenin ilk fıkrasında düzenlendiği görülmektedir. Ne var ki iki düzenleme arasında özellikle 5237 sayılı TCK m. 250'de 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra *icbar karinesi* bağlamında ciddi farklılıklar oluşmuştur. Dolayısıyla 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da *icbar karinesi* olarak nitelendirilebilecek, aşağıda etraflıca değineceğimiz bir düzenleme yer almaktadır. 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle kanun metnine eklenen bu düzenleme sebebiyle icbar

¹¹ Artuk/Koçyiğit, s. 18.

¹² "Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına, bir kimseyi icbar eden memura altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada yazılı cürüm, ikna suretiyle işlenirse faile dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Memur Kanunen almaması gereken bir şeyi diğerinin hatasından yararlanarak almış bulunursa iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir."

suretiyle irtikâp suçunun kapsamının genişleyip genişlemediği sorunsalı ortaya çıkmıştır¹³.

Bunun dışında mülga kanunda “*memur*” ifadesi yer alırken yeni kanunda “*kamu görevlisi*” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca “*memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle*” ifadesi yerini, “*görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle*” ifadesine; “*para ve sair menfaat*” ifadesi ise yerini “*yarar*” kavramına bırakmıştır. Son olarak menfaat ve paranın “*haksız*” olarak verilmesi gerekirken, “*haksız*” oluş yönünde yeni kanunda bir ibare bulunmamaktadır¹⁴. Bu değişikliklerin suç tanımını daha somut ve belirgin kıldığını belirtmek isteriz¹⁵.

C. Karşılaştırmalı Hukukta İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu

İcbar suretiyle irtikâp suçunun karşılaştırmalı hukukta yer alıp almadığının, yer alıyorsa ne şekilde yer aldığı belirlenmesi, suçun tanımlamaya çalıştığı haksızlık alanının somut olarak bilinmesi açısından yardımcı olabilir. İlerde ele alınacağı üzere özellikle icbar suretiyle irtikâp suçunun mu yoksa rüşvet suçunun mu gerçekleştiği noktasında yaşanan duraksamaların ana sebebi bu iki suç arasındaki benzerlik oranının yüksek olmasıdır. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında kanunların çoğunun icbar suretiyle irtikâp şeklinde bir suça yer vermediği, bazılarının ise benzer haksızlıkları rüşvet ya da zimmet suçunun bir türü şeklinde tedvin ettiği görülmektedir¹⁶. Karşılaştırmalı hukuktaki bu gerçeğin iki suç arasındaki benzeşme boyutunu göstermesi kayda değerdir. Bu husus, suçun karşılaştırmalı hukukta nasıl yer aldığına bakmayı önemli kılmaktadır. Makalemizin sınırlarını aşacağından ve 765 ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarının hazırlanmasında etkileri olduğundan sadece İtalyan ve Alman Ceza Kanunlarında icbar suretiyle irtikâp suçunun tanımladığı haksız durumların ne şekilde çözüme kavuşturulduğuna bakılacaktır.

¹³ Bu yönde bir eleştiri için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1098.

¹⁴ Özen, *Ceza Özel*, s. 703.

¹⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1057; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1089.

¹⁶ Krş. Faruk Erem, *İrtikâp Cürmü*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964, s. 3; Faruk Erem/Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. b., Savaş Yayınları, Ankara, 1983, s. 151; Önder, s. 137; Turabi, *İrtikâp*, s. 63.

1. İtalya

İtalyan Ceza Kanunu icbar suretiyle irtikâp suçunu düzenlemiştir. TCK'da yer alan düzenlemeye paralellik gösteren İtalyan Ceza Kanunu m. 317'ye göre “Görevini veya yetkilerini kötüye kullanarak, kendisine veya üçüncü bir kişiye para veya başka bir menfaat sağlaması veya vaat etmesi için bir kimseyi hukuka aykırı olarak zorlayan veya baskı yapan kamu görevlisi veya kamu hizmeti ile görevlendirilmiş kişi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”¹⁷ Buna göre bir kamu görevlisinin kamu idaresi ile işi olanlar üzerinde oluşturacağı bir zorlama veya baskının etkisiyle bir menfaat elde etmesi durumunda ilgili hüküm gereği ceza tatbik olunacaktır. Dolayısıyla icbar suretiyle irtikâp suçu ile tanımlanan haksızlık, büyük ölçüde İtalyan Ceza Kanunu'nda da bir suç tipi olarak yer almıştır.

2. Almanya

Alma Ceza Kanunu'nda “irtikâp” şeklinde bir düzenleme yer almasa da kamu görevlisinin görevi nedeniyle menfaat temini bağlamındaki davranışlar Alman Ceza Kanunu'nun 331 ila 336. paragrafları arasında ve 352. paragrafında, özellikle rüşvet suçu bağlamında düzenlenmiş, irtikâp şeklinde bir isimlendirme yapılmamıştır¹⁸. Bu da irtikâp suçu ile rüşvet suçunun benzerliğini ve iki suç arasındaki sınırların neden kesin bir şekilde çizilmesi gerektiğini göstermektedir.

Literatürde irtikâp suçunun Alman Ceza Kanunu'nda 331. paragrafta düzenlendiği belirtilse de¹⁹ ilgili düzenleme, TCK m. 250'de tanımlanan irtikâp suçuna benzer bir düzenleme olmadığından irtikâp olarak nitelendirilemez²⁰. Zira ilgili düzenlemede kamu görevlisinin yarar temin etmesi cezai yaptırım altına alınmışsa da bu yararın

¹⁷ Tercüme İngilizce ve Almancası dikkate alınarak yapılmış, Türkçe tercümeleri ile teyit edilmiştir. Karşılaştırılan Türkçe tercüme için bkz. Nevzat Gürelli, *İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi Tezi), 1954, s. 44 ve 45; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 36.

¹⁸ Gürelli, s. 36.

¹⁹ Örneğin bkz. Vesile Sonay Evik, “İrtikap Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2007, 47-74, s. 49.

²⁰ İlgili düzenlemeler rüşvet suçları olarak değerlendirilmektedir. Krş. Nabi Özalp, *Türk Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 102.

temininde ne icbar, ne ikna ne de hizmet sunulan kişinin hatasından yararlanmak söz konusudur. Kaldı ki yararı sağlayan kişi irtikâp suçunda mağdur iken Alman Ceza Kanunu'nda mağdur sayılmamakta, yarar sağlama eylemleri 333. paragrafta ayrı bir suç olarak tanımlanmaktadır. İcbar suretiyle kamu görevlisinin bir menfaat temin etmesi şeklinde oluşan haksızlık Alman Ceza Kanunu'nda herhangi bir suç tipi içerisinde yer almamıştır. Alman literatüründe bu tarz olayların, rüşvet veya sadece cebir kullanma suçlarını oluşturacağı, ancak rüşvet suçunda rüşvet veren olarak kişinin fail olması, cebir kullanma suçunda ise aynı kişinin bu sefer mağdur kabul edilmesinin yol açacağı çelişik durum sebebiyle bu tarz olaylarda sadece cebir suçunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Zira Alman Ceza Kanunu'nda cebir suçu (*Nötigung-§240 AlmCK*), zorlama eylemlerini kapsayan bir suç olarak düzenlenmekte, TCK'daki düzenlemeden farklı olarak kişinin başına ağır bir kötülüğün geleceğinden bahisle tehdit edilmesini de kapsamaktadır. Bu sebeple kişinin, istenen menfaati temin etmezse işinin görülmeyeceği şeklinde korkutularak menfaat temin edilmesi hâlinde cebir (zorlama) suçunun oluşacağı ileri sürülmektedir²¹.

II. İCBAR SURETİYLE İŞLENEN İRTİKÂP SUÇU

A. Korunan Hukuki Değer

Kanun koyucu tarafından suç olarak tanımlanan her davranışın bir hukuki değeri ihlal ettiği varsayılır. İlgili davranışın suç olarak tanımlanmasının sebebi ise ihlal edilen hukuki değer korunmasıdır. Hangi suç tipi ile hangi hukuki değer korunmak istendiği her suç özelinde ortaya çıkan bir sorundur. İcbar suretiyle irtikâp suçu ile korunmak istenen hukuki değer ne olduğu da doktrinde bir sorun olarak tartışılmaktadır.

²¹ Konuya dair ayrıntılı bilgi ve ileri sürülen görüşler için bkz. Lothar Kuhlen, *Drohen mit einem Übel und Versprechen eines Vorteils- Zum Verhältnis von Nötigung und Bestechungsdelikten*, C. F. Müller, Heidelberg, 2018, s. 19 vd.; Lena Rösler, *Drohen und Versprechen - Die Nötigung durch Drohen mit einem Unterlassen in Abgrenzung zu den Bestechungsdelikten-*, Universität Mannheim, 2019, s. 15 vd., 44 vd., 105.

İleri sürülen görüşler incelendiğinde suçla öncelikli olarak korunmak istenen hukuki değerın kamu idaresine duyulan güven olduğunun yaygın olarak kabul edildiği görölmektedir²². Suçun kanunda kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi de esasen bu sebeptir. Bu yaygın düşüncenin yanında suçla bireyin karar verme özgürlüğünün korunduđu²³, kamu görevlilerinin, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kişilere zarar vermelerinin²⁴ ve böylelikle çıkar elde etmelerinin²⁵ önleniği de savunulmaktadır.

Bu sorunun çözümü esasen suçların ihdası ile bir hukuki değerın korunmak istendiği ön kabulüne dayanmaktadır. Buna göre suçun ihlal ettiği hak ya da menfaat, bu suçun ihdas edilmesi ile korunmuş olmaktadır²⁶. Öyleyse suçun ihlal ettiği bir hakkın veya menfaatin olması gerekir. Bu hak veya menfaat, hukuki değerdir. Hukuki değerler **kanaatimizce** devlete ya da organlarına değil, insana aittirler²⁷. Her bir suç tipi ile bir veya daha fazla hukuki değer korunmak istenmiş olabilir. İnsana ait olan hukuki değerler genelde anayasada yer alırlar. Söz gelimi yaşama hakkı

²² Güreli, s. 4, yazar devlet mekanizmasının normal surette işlemlerini zikrederek bunu bir kamu menfaati olarak niteler; Sulhi Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matas, İstanbul, 1984, s. 114; Sahir Erman/Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281)*, Işık Matbaacılık, İstanbul, 1992, s. 66; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1094; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1295; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 1064; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1083; Özgenc, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 13; Üzülmez, s. 275; Kanbur, s. 1180; Necati Meran, *Zimmet, Rüşveti, İrtikap, Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 2. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 224.

²³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1295; Yokuş Sevük, s. 909; Evik, s. 53.

²⁴ Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 1064; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1083; Yokuş Sevük, s. 909; Üzülmez, s. 275; Kanbur, s. 1180; Soyaslan, s. 713.

²⁵ Üzülmez, s. 275.

²⁶ Faruk Erem, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 1968, 11-33, s. 12, (çevrimiçi: <https://dergi-park.org.tr/download/article-file/632330>).

²⁷ Yener Ünver, "Ceza Hukukunda Korunan Hukuksal Yarar", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiivi 8. Kitap*, ed. Hayrettin Ökçesiz, çev. Ragıp Barış Erman, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003, 113-119, s. 115, (çevrimiçi: <https://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA8-Ünver-min.pdf>).

insana aittir ve anayasal bir hak olarak Anayasa'da düzenlenmiştir (AY m. 17). Bu hakkı ihlal eden davranışlar söz gelimi öldürme suçları ile cezai yaptırım altına alınarak hukuki değer olan yaşama hakkı korunmak istenmiştir²⁸. Bu temel ön kabule göre hareket ettiğimizde icbar suretiyle irtikâp suçu ile korunmak istenen değer ne olduğunun belirlenmesinde suçun sistematik olarak kanunda düzenlendiği yer ve konu ile ilgili anayasal düzenlemeler dikkate alınabilir.

Ele aldığımız icbar suretiyle irtikâp suçu TCK'nin 2. kitabının (Özel Hükümler), 4. kısmının (Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler), 1. bölümünde (Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar) yer alan suçlar arasındadır. Bu bölümde yer alan suçların esas itibarıyla anayasal bir güvence olan kanun önünde eşitliği ihlal ettiği söylenebilir. Zira toplumda kamu idaresine karşı bir güven bulunur. Bu güven kimseye eşitlik ilkesine aykırı muamelede bulunulmadığı, herkesin işinin hakkıyla ve gereği gibi görüldüğü, kamu idaresinin işleyişine hanel getirecek uygulamaların bulunmadığı noktalarında oluşmaktadır. Nitekim *"Kanun önünde eşitlik"* başlıklı Anayasa'nın 10. maddesine göre herkes kanun önünde eşittir. *"Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* Yine Anayasa m. 129/1'e göre *"memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve diğer kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler."* Dolayısıyla kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlarda, aktarılan anayasal düzenlemeler açısından ihlaller bulunduğu ve bu suçların vazedilmesiyle bu ihlallerin önüne geçilmek istendiği söylenebilir²⁹. İcbar suretiyle irtikâp suçu da kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında yer aldığından bu suçun ihdası ile aynı amacın taşındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

²⁸ Krş. İsmail Çınar, "Hak Arama Hürriyetinin Engellenmesinin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi", *Anayasa Hukukunun Gelişmeleri Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu 30-31 Temmuz 2021*, ed. İbrahim Şahbaz, Gonca Kuru, Melik Ezgi Yetimoğlu, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, 55-73, s. 65.

²⁹ Krş. Evik, s. 53

İcbar suretiyle irtikâp suçu ile korunmak istenen hukuki değeri bu anayasal düzenlemelerden hareketle belirlemek mümkündür. Anayasamızın 10 ve 129. maddeleri her vatandaşa aslında bazı haklar vermektedir. Bu haklar devlet organları ve makamları önünde eşit muamele görme (m. 10) ve kamu görevlilerinin hukuka uygun hareket etmelerini isteme (m. 129) haklarıdır³⁰. Herhangi bir iş veya işlemi için ilgili kamu idaresine başvuran vatandaşın kamu görevlisi tarafından bir yarar temin etmeye zorlanması bu haklarını ihlal eder. Bu sebeple icbar suretiyle irtikâp suçu ile korunmak istenen hukuki değerlerin bireyin devlet organları ve makamları önünde eşit muamele görme ve kamu görevlilerinin hukuka uygun hareket etmelerini isteme hakları olduğu **kanaatindeyiz**.

B. Tipiklik

İcbar suretiyle irtikâp suçu sebebiyle cezai sorumluluğun doğabilmesi için gerçekleştirilen somut olayın suç tipine uygun olması gerekir. Bunun için tipikliğin maddi ve manevi unsurları somut olayda gerçekleşmiş olmalıdır.

1. Maddi Unsurlar

a. Fail: İcbar da Bulunan Kamu Görevlisi

İcbar suretiyle irtikâp suçunun faili ancak bir kamu görevlisi olabilir. Dolayısıyla bu suç özgü bir suçtur. Bu sebeple TCK m. 40/2 gereği bu suçun işlenişine iştirak eden kişiler fail olarak değil, ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.

İcbar suretiyle irtikâp olarak nitelendirilebilecek bir olay söz konusu olduğunda bakılacak ilk husus failin bir kamu görevlisi olup olmadığıdır. Bu sebeple kamu görevlisi kavramının net bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Esasen sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilecek diğer özgü suçlarda da kamu görevlisi kavramından neyin anlaşılması gerektiği temel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple kavramın izahı önem arz etmektedir.

Kamu görevlisi kavramı, TCK m. 6/1-c'de tanımlanmaktadır. Buna göre *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da*

³⁰ Benzer şekilde bkz. Sarıtaş, s. 688, 689.

herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”, kamu görevlisi sayılacaktır. Bu tanıma bakıldığında bir kimsenin kamu görevlisi olup olmadığının tek ölçütünün kamusal faaliyet yürütmesi olduğu görülmektedir³¹. Dolayısıyla gerçekleştirdiği görev niteliği itibarıyla kamusal bir faaliyet olan herkes kamu görevlisi sayılacak ve suçun faili olabilecektir. Ne var ki *kamusal faaliyet* kavramının belirsizliği sebebiyle kanunda yapılan bu tanım da belirsiz olmaktadır. Zira kamusal faaliyet kavramı hukukumuzda kullanılan bir kavram değildir. İdare hukukunda kamusal faaliyet kavramı değil, *kamu hizmeti, kamu görevi veya kamu fonksiyonu* gibi kavramlar kullanılmaktadır. Kamusal faaliyet madde gerekçesinde “*Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Yine madde gerekçesinde özel hukuk hükümleri gereği veya özel kişiler tarafından yürütülen kamu hizmetine katılan kişilerin kamu görevlisi olmayacağı da belirtilmektedir. Buna göre idare hukuku anlamında kamu hizmeti sayılabilecek tüm faaliyetlerin kamusal faaliyet sayılması mümkündür. Bu faaliyete katılan kişi ise kamu görevlisi olacaktır. Ancak bu kamu hizmetinin yürütülmesine katılan özel kişiler kamu görevlisi sayılmayacaktır. Bir kamu hizmetinin görülmesine söz gelimi “*yap-işlet-devret*” usulü ile katılan özel kişiler kamu görevlisi sayılmayacaktır³².

Suçun işlendiği sırada failin kamu görevlisi olması yeterlidir. Fiil işlendikten sonra failin bu sıfatı yitirmesi suçun vasfına etki etmez. Ha keza suçun işlendiği esnada failin görevin başında olması gerekli değildir; bu sıfatı haizse ve suçun diğer unsurları da gerçekleşmişse cezai sorumluluk doğar³³.

Kamu görevlisi sıfatının hukuka uygun elde edilip edilmediğinin suçun oluşumuna etkisi tartışılabilir. TCK m. 6/1-c’deki tanıma göre failin kamu görevlisi olabilmesi için kamusal faaliyete “*atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak*” katılması

³¹ Bkz. Madde gerekçesi; Üzülmöz, s. 276; Selami Turabi, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 20, 2012, 87-110, s. 89; Meran, s. 24; Bostancı Bozbayındır, s. 83.

³² Turabi, “Kamu Görevlisi Kavramı”, s. 89.

³³ Krş. Artuk/Gökçen/Alışahin/Çakır, s. 1075; Koca/Üzülmöz, *Ceza Özel*, s. 1083; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1096; Bostancı Bozbayındır, s. 84.

gerekir. Fail söz gelimi kamu görevini gasp eden bir kimse ise gerçekleştirdiği fiil icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturmaz³⁴. Zira bu durumda fail aslında bir kamu görevlisi değildir. Bu sebeple gerçekleştirilen eylem hem TCK m. 262’de tanımlanan kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunu hem de icbarın boyutuna göre TCK m. 148’de tanımlanan yağma suçunu oluşturabilir³⁵. Yargıtay da aynı doğrultuda karar vermektedir³⁶.

b. Mağdur: İcbarda Bulunulan Kişi

Bir suçun mağduru, o suçun konusunun ait olduğu kişidir³⁷. Yine suçun mağduru kanaatimizce sadece gerçek kişiler olabilir³⁸. Dolayısıyla icbar suretiyle irtikâp suçunun mağduru, suçun konusu yararın kendisine ait olduğu icbarda bulunulan gerçek kişidir. Dolayısıyla tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazlar. Zira tüzel kişilerin icbar edilmesi olası değildir³⁹. Hakeza suç devlete karşı işlenmiş olsa bile devletin mağdur

³⁴ Soyaslan, s. 713; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1083; Yokuş Sevük, s. 910; Koca, s. 251.

³⁵ Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1083; Soyaslan, s. 713; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1075.

³⁶ “... İlköğretim Okulu müdür yardımcısı olan sanık ... hakkında öğrenci velilerinin, İlköğretim Okulu ve Öğrencileri Koruma Derneği muhasebecisi olup temyize gelmeyen sanık ... Konya’ya zorla bağış yapmasını sağlamak suretiyle cebren irtikap ve öğrenci velilerinden aldığı bağışların, makbuzlarının velilerde kalan birinci nüshasına gerçek miktarı dernekte kalan ikinci nüshasına da farklı miktar yazarak aradaki farkı uhdesinde tutmak suretiyle zimmet suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında sanığın müdür yardımcısı olarak görev yaptığı, dernek ile ilgili herhangi bir görevinin bulunmadığı, derneğe yapılan bağışları tahsil etme ve makbuz düzenleme görev ve yetkisinin muhasip ... Konya’da olduğu sanık savunması, tanık beyanları, bilirkişi raporu ve dosya kapsamından anlaşılacakla delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle sanık hakkında verilen beraet hükmü usul ve kanuna uygun olduğundan yerinde görülmeyen Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMA-SINA...”, (Yarg. 5. CD., 16.01.2012, 14555/97)

³⁷ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 223.

³⁸ Dönmezer, s. 116; Özgenç, *Ceza Genel*, s. 224; Kanbur, s. 1183; Evik, s. 61.

³⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1296; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1097; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 82.

olmayacağını belirtmek gerekir⁴⁰. Ancak hemen belirtelim ki literatürde kamu idaresini de mağdur olarak kabul edenler bulunmaktadır⁴¹. Hâlbuki korunan hukuki değer konusunda da ifade ettiğimiz üzere hukuki değer sahibi, bir başka anlatımla hakkın sahibi devlet değil, insandır⁴². Bu sebeple devletin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerekir⁴³.

İcbarda bulunulan kişi ile yarar sağlayan kişi, genellikle aynı kişidir. Yarar sağlayan kişinin icbarda bulunulan kişiden farklı bir kimse olması hâlinde mağdur, icbarda bulunulan kişidir. Yarar sağlayan kişi ise suçtan zarar gören kişi olur⁴⁴.

Ayrıca toplumu oluşturan herkesin de suçun mağduru olduğunu kabul etmek gerekir. Zira suçun işlenmesiyle toplumdaki herkesin kamu idaresine olan güveni sarsılmış olur⁴⁵. Ancak ifade edelim ki toplumu oluşturan herkes içerisinde icbarda bulunulan gerçek kişi de vardır ve toplumun diğer fertlerinden farklı olarak suç olayından doğrudan etkilenmektedir. Zira kamu idaresinin güvenilir olduğuna inanan ve işleyişine doğrudan muhatap olan kişinin güven olgusunu hissetmesi ve icbarda bulunulmakla bu kişinin güveninin sarsılması, toplumu oluşturan diğer bireylere nazaran daha ön plandadır. Bu sebeple öncelikle icbarda bulunulan kişinin mağdur olduğu, suçla kamu idaresinin güvenilirliği noktasındaki inancı sarsılan ve dolayısıyla huzur ve barış içinde yaşama hakkı ihlal edilen toplumu oluşturan diğer herkesin de mağdur kabul edilmesi gerektiği **kanaatindeyiz**⁴⁶.

⁴⁰ Güreli suçun pasif süjesi (mağduru) olarak sadece devlet ve diğer âmme hükmi şahısları görmekte, icbar edilenin mağdur olmayacağını söylemektedir. Bkz. Güreli, s. 75.

⁴¹ Örneğin Erem, *İrtikâp Cürmü*, s. 7; Önder, s. 139; Soyaslan, s. 713; Hafızoğulları/Aygün Eşitli, s. 33, Hafızoğulları/Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, s.

⁴² Özgenç, *Ceza Genel*, s. 225.

⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1097; Yarg. 5. CD., 29.04.2013, 6576/3992.

⁴⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1076; Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 42; Yokuş Sevük, s. 911; Üzülmöz, s. 277; Kanbur, s. 1184; Koca, s. 252; Sarıtaş, s. 691.

⁴⁵ Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 42.

⁴⁶ Benzer bir değerlendirme için bkz. Özen, *Ceza Özel*, s. 703

c. Konu: Yarar

Suçun konusunu “para, sair menfaat ve şey” olarak belirten 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak mevcut ceza kanununda “yarar” ifadesi yer almıştır: “...kendisine veya başkasına **yarar** sağlanmasına...”. Buradan hareketle suçun konusunun “yarar” olduğunu söylemek mümkündür⁴⁷.

Yarar kelimesi sözlükte “bir işten elde edilen iyi sonuç, fayda, avantaj; çıkar; yarayan, elverişli, uygun” anlamlarına gelmektedir⁴⁸. Bir hukuki kavram olarak ise yarar kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliğinin olmadığı görülmektedir. Bir görüşe göre yarar kavramının kapsamına sadece maddi yararlar girer. Bu görüşe göre bir şeyin yarar olabilmesi için ekonomik değer taşıması gerekir. Para ve failin ekonomik durumunda iyileşme meydana getiren her türlü edim bu kapsamda birer yararlıdır⁴⁹. Diğer görüşe göre ise maddi yararların yanında ayrıca failin manevi ihtiyaçlarına cevap veren her türlü şey de yarar kavramının kapsamındadır⁵⁰. Bu bağlamda söz gelimi restoran sahibi kişinin kamu görevlisi tarafından arkadaşları ile beraber bir akşam yemeği verilmesine icbar edilmesi veya mağdurenin cinsel yakınlaşmaya icbar edilmesi olaylarında suçun konusu oluşacaktır⁵¹. Literatürde yer alan bir diğer görüş ise manevi yararları kendi içinde ikiye ayırarak cinsel ilişki gibi davranışları yarar kavramının kapsamında görmekte, gülümsemek ve övmek gibi davranışları ise görmemektedir⁵².

⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1296; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1076.

⁴⁸ <https://sozluk.gov.tr>.

⁴⁹ Erman/Özek, s. 118; Erem, *İrtikâp Cürmü*, s. 10; Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 37; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1090; İnanç, s. 85; Hafizoğulları/Aygün Eşitli, s. 35 ve 36; Sarıtaş, s. 705; Evik, s. 60.

⁵⁰ Gürelli, s. 87 ve 88; Önder, s. 142; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1296; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1095; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1076; Yokuş Sevük, s. 934; Soyaslan, s. 716; Üzülmez, s. 178; Kanbur, s. 1181; Erdal Baytemir, *Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar İle Banka Zimmeti, Zimmet-Rüşvet-İrtikâp*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 742; Bostancı Bozbayındır, s. 86; Koca, s. 265 ve 266.

⁵¹ Krş. Koca, s. 254.

⁵² Faruk Erem, “İrtikâp”, *Adalet Dergisi*, Yıl: 49, S. 9-10, 1949, 519-527, s. 523; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 71.

Hukuki kavram olarak anlamı üzerinde görüş birliği olmayan ve kanunda da tanımı yer almayan bu tarz ifadelerin anlamlarının belirlenmesinde sözcük anlamın baz alınabilir⁵³. Zira dil “*kavramların anası*”⁵⁴ olup hukuk kavramları, “*içerik açısından hukuk alanına, ifade ediliş açısından da dil alanına aittirler*”⁵⁵. Bu açıdan bakıldığında *yarar* sözcüğünün bir hukuk kavramı olarak anlamı son derece geniş olabilecektir. Aksi kabul, kanuni ifadeyi dar yorumlamak anlamına gelir. Nitekim Türk Ceza Kanunu *yarar* ifadesine birçok suç tanımında yer vermiş (örneğin TCK m. 157), bu kavramdan sadece maddi yararların anlaşılmasını istediğinde, temel milli yararlarla karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama (TCK m. 305/1) suçunda olduğu gibi “*maddi yarar*” veya göçmen kaçakçılığı suçunda (TCK m. 79/1) olduğu gibi “*maddi menfaat*” terkiplerini kullanmıştır. Dolayısıyla böyle bir kayıtlama yoksa *yarar* ifadesinin manevi yararları da kapsayan bir kavram olarak kabulü gerekmektedir. TCK m. 325’te “*akademik derece veya unvan*”, “*şeref*” ve “*nişan*” gibi manevi menfaatlerin “*yarar*” olarak nitelendirilmesi de bu çıkarımı doğrulamaktadır. Bu sebeplerle icbar suretiyle irtikâp suçunun konusunun sadece maddi yararlar olduğunu kabul etmenin bir dayanağının bulunmadığı, sözcük anlamına da uygun olarak manevi yararların da suçun konusunu oluşturacağı **kanaatindeyiz**. Bu bağlamda maddi yararların yanında cinsel arzuların tatmini ve hatta açıklanması failin aleyhine olan, durumunu sıkıntıya sokacak bir bilginin açıklanmaması için alınan sözün⁵⁶ de yarar sayılması gerekir. İrtikâp düzenlemesine 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile sonradan eklenen dördüncü fıkradaki nitelikli hâl düzenlemesinde irtikâp edilen menfaatin değerinden ve mağdurun ekonomik durumundan bahsedilmesi, sadece ekonomik değeri olan yararların suçun konusu olabileceği

⁵³ Konuya dair ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Çınar, “Altılama Hatası’nın (Der Subsumtionsirrtum) Kavramsal ve Hukuki Anlamı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2021, C. 6, S. 2, 79-128, s. 92 vd., (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1705038>).

⁵⁴ Helmut Hatz, *Rechtssprache und juristischer Begriff: vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes*, Kohlhammer, Stuttgart, 1963, s. 71.

⁵⁵ Hatz, s. 69; Daniela Demko, *Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, s. 42.

⁵⁶ Krefeld Marcelli, “Ausstellen falscher Führerscheine”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1985, s. 500.

yönünde yorumlamaya müsait bir durum ortaya çıkarmıştır. Gerçekten literatürde bu düzenleme dayanak gösterilerek suçun konusunun sadece ekonomik değer ifade eden yararlar olabileceği savunulmaktadır⁵⁷. İfade edelim ki bu nitelikli hâl 2012 yılında düzenlemeye eklenmiştir. Böyle bir yorum bu tarihten önce işlenmiş suçlar açısından başka, sonrasında işlenmiş olan suçlar açısından ise başka bir konunun kabulü anlamına gelir. Hâlbuki düzenleme suçun konusunu değiştirme amacı taşımamaktadır. Sadece sağlanan yararın ekonomik bir yarar olması hâlinde değerinin azlığı durumunda nasıl hareket edileceği konusunda yaşanan belirsizliği gidermek amacı taşımaktadır. Bu sebeple düzenleme, suçun konusunu belirleyen bir düzenleme olarak anlaşılmalıdır. Değerin azlığı konusu başka düzenlemelerde de daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hâl olarak düzenlenmiş (Hırsızlık-TCK m. 145; Yağma-TCK m. 150/2; Zimmet-TCK m. 249), ancak bu düzenlemelerde “*malın değerinin azlığı*” ifadesine yer verilmiştir. Zira bu suçların konusu *mal*dır. Suçun konusu olarak sadece ekonomik değer ifade eden şeyler belirlenmek istenseydi düzenleme, bu suçlara benzer şekilde kaleme alınırdı. Dolayısıyla yarar kelimesinin, salt maddi, ekonomik değer ifade eden yararlar şeklinde anlaşılmasının isabetli olmayacağı **kanaatindeyiz**.

Yarar kavramı yerine 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “*para ve sair menfaat*” ifadesinin yer aldığını belirtmiştik. Paranın da bir menfaat olması hasebiyle yeni kanundaki suç tanımında sadece *yarar* kavramının kullanılmış olması isabetli olmuştur⁵⁸. Ne var ki irtikâp suçu bağlamında madde hükmünde *menfaat* kavramının da, hatta aynı fıkra içerisinde kullanılmaya devam ettiği görülmektedir. 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra *icbar karinesi* bağlamında ilk fıkraya getirilen düzenlemede “*yarar*” yerine “*menfaat*” kavramının kullanılmış olması, hakeza yine aynı kanunla getirilen ek dördüncü fıkrada da “*yarar*” yerine “*menfaat*” kavramının kullanılmış olması **kanaatimizce** isabetsiz olmuştur⁵⁹. İlk düzenleme ile uyumlu olarak ilk fıkradaki “*menfaat temin etmiş olması*” ifadeleri yerine “*yarar sağlamış olması*” ifadelerinin, son fıkradaki “*menfaatin*” ifadesi yerine de “*yarar*” ifadesinin kullanılması daha doğru olurdu.

⁵⁷ Sarıtaş, s. 705.

⁵⁸ Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 999.

⁵⁹ Özen, *Ceza Özel*, s. 708.

Düzenlemenin mevcut hâlinde her iki kavram da yer aldığından yarar ve menfaat kavramlarının aynı anlama mı sahip olduğu yoksa farklı anlamların mı kastedildiği tartışmalı hâle gelmiştir.

Literatürde yer alan bir görüşe menfaat, yarar kavramından daha geniş bir anlama sahip olup hem yarar hem de vaat kavramının anlamını taşır⁶⁰. Bu görüşün isabetli olduğunu düşünmüyoruz. Kanunda yer alan iki kavramın yol açtığı varsayılan sorunların çözümü için bir kavramın anlamını genişletmek doğru olmayacaktır. Kaldı ki düzenleme menfaatin temin edilmesinden bahsetmektedir. Vaatlerin birer menfaat olması kabul edildiğinde bu durum, temin edilen vaat gibi bir anlamı kabul etmek anlamına gelir. Hâlbuki vaadin kendisi temin etmeye yönelik olup, konusu menfaattir. Temin edildikten sonra vaatten bahsedilmez. Bu sebeple **kanaatimizce** kanun koyucu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "*menfaat*" kavramını kullanma alışkanlığını devam ettirmiş, ancak *yarar* demek istemiştir. Bu sebeple her iki kavramın aynı anlama geldiğini kabul etmek gerekir. 6352 sayılı Kanun ile sadece irtikâp suçunda değil, rüşvet suçunda da değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce rüşvet suçunda konu "*yarar*" iken değişiklikle birlikte "*menfaat*" olmuştur. Dolayısıyla yarar yerine menfaat kavramının kullanılması 6352 sayılı Kanun'un eserdir ve bu kullanım suçların konusunda bir değişiklik yapmaya yönelik olmadığından menfaat, yarar olarak anlaşılmalıdır. Zaten sözcük anlamı itibarıyla da aynı anlama gelmektedirler. Öyleyse suçun konusu düzenlemenin mevcut hâliyle "*yarar veya menfaat*" olarak kabul edilebilir.

Literatürde suçun konusunu "*yarar*" ve "*vaat*" olarak belirtenler de bulunmaktadır⁶¹. **Kanaatimizce** vaadin konusu yarar olduğundan ve tipik hareket nihai olarak esasen bu yarara yönelik olarak gerçekleştirildiğinden, suçun konusu olarak yararın yanında ayrıca vaadin de zikredilmesine gerek yoktur⁶². Ayrıca literatürde *Gürelli*, suçunu konusunun icbar edilen insan olduğunu kabul etmiş, mağdurun ise devlet olacağını belirtmiştir⁶³.

⁶⁰ Turabi, *İrtikâp*, s. 84.

⁶¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1094; Turabi, *İrtikâp*, s. 131; Yüksektepe, s. 65; Bostancı Bozbayındır, s. 86; Kanbur, s. 1180; Artuk/Koçyiğit, s. 17.

⁶² Benzer şekilde bkz. Meran, s. 224

⁶³ Gürelli, s. 75.

Suçun konusu yararın *haksız bir yarar* olması gerekip gerekmediği konusu da literatürde tartışılmaktadır. Bir görüşe göre yarar, *haksız* olmalıdır. Kamu görevlisi icbarda bulunarak *haklı* bir yarar sağlamışsa suç oluşmayacaktır⁶⁴. Bir görüşe göre ise kanunda yararın *haksız* olmasından bahsedilmemektedir. Bu sebeple *haklı* yararların sağlanması için icbarda bulunulması durumunda da suç oluşur⁶⁵. İfade edelim ki yararın *haksız* bir yarar olması gerektiği görüşü 765 sayılı mülga TCK zamanında ileri sürülmüş olup günümüzde güncelliğini korumaya devam etmektedir. Gerçekten 765 sayılı mülga TCK'da yer alan şu ifadeler, ancak *haksız* yararların suçun konusunu oluşturacağını göstermekteydi: "... kendisine veya başkasına **haksız olarak** para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına, bir kimseyi icbar eden..." Yeni TCK bu ifadelere yer vermemiş, sadece *yarar* ifadesini kullanarak yararın *haksızlığı* konusunda sessiz kalmıştır⁶⁶. Ancak bu durumu *haksız* ifadesine gerek duyulmaması şeklinde yorumlayıp yararın *haksız* olması gerektiği de savunulmaktadır⁶⁷. İfade edelim ki benzer durum rüşvet suçunda da kendisini göstermektedir. 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle rüşvet suçundaki şu ifadeler kanundan çıkarılmıştır: "*Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.*" Bunun yerine kanuna "*Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için ... menfaat sağlayan ...*" ifadeleri eklenmiş ve rüşvet anlayışı değişmiştir. Böylece ister *haklı* ister *haksız* bir işin gördürülmesi konusunda olsun, o işin kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili olması durumunda bir menfaat sağlanması söz konusu ise artık rüşvet suçu oluşacaktır. İcbar suretiyle irtikâp ve rüşvet düzenlemelerindeki bu değişiklikler birlikte değerlendirildiğinde suçun konusu yararın *haksız* bir yarar olması gerekmediği, *haklı* bir yararın sağlanması için de icbarda bulunulması durumunda suçun oluşacağına kabul edilmesi gerektiği

⁶⁴ Gürelli, s. 89; Önder, s. 142; Erem/Toroslu, s. 157; İnanç, s. 87; Meran, s. 225; Kanbur, s. 1181; Koca, s. 254, 266; Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 38, yazara göre bu durumda görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır (s. 39).

⁶⁵ Erman/Özek, s. 83; Özen, *Ceza Özel*, s. 701; Yokuş Sevük, s. 934; Evik, s. 70; Sarıtaş, s. 706.

⁶⁶ Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1091.

⁶⁷ İnanç, s. 87.

kanaatindeyiz. Aksi durumda ihkak-ı hak olarak nitelendirilen fiillerin kamu görevlisi tarafından icbarda bulunularak gerçekleştirilmesinin suçu oluşturmaması söz konusu olur. Ancak haklı bir yararın sağlanması için icbar suretiyle irtikâp suçunun işlenmesi durumunu, yağma (TCK m. 150/1) ve hırsızlık (TCK m. 144/1-b) suçlarında olduğu gibi, kanun koyucunun cezada indirim yapılmasını gerektiren bir nitelikli hâl olarak düzenlemesi düşünülebilir. Böyle bir nitelikli hâl mevcut olmadığından ceza alt sınırından verilebilir⁶⁸. Konu ile ilgili olarak icbar suretiyle irtikâp suçundaki tüm yararların zaten *haksız* olduğu ileri sürülebilir. İfade edelim ki yararın haksız oluşundan kasıt, sağlanmasının gerekmemesidir. Yoksa elbette haklı, yani sağlanması hukuken gerekli olan bir yararın temin edilmiş tarzı, kullanılan icbar sebebiyle hukuka aykırıdır. Ancak buradaki haksız oluşun sebebi yararın kendisi değil, sağlanma şeklidir. Bu sebeple literatürde icbar suretiyle irtikâp suçundaki tüm yararların zaten haksız olduğu görüşüne⁶⁹ **katılmıyoruz**.

Suçun konusu olarak yararın maddi bir yarar olması ihtimalinde yararın değerinin azlığı, 6352 sayılı Kanun ile getirilen ek dördüncü fıkra ile daha az ceza verilmesini gerektirebilecek bir nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir.

d. Fiil: İcbar Etmek

İcbar suretiyle irtikâp suçunun fiil unsurunu *icbar etmek* oluşturur. Bu sebeple suç icrai hareketle işlenebilen bir suçtur. Suçun ihmali suretle işlenmesi söz konusu değildir⁷⁰. Zira icbar etmek icrai harekette bulunmayı gerektirici özelliktedir. İcbar sonucu yararın sağlanması ya da bu yönde vaatte bulunulması gerekir. Dolayısıyla suç neticeli bir suçtur. İcbar etme hareketi bir aktif davranış ya da tutum şeklinde, sözlü, yazılı,

⁶⁸ Özen, *Ceza Özel*, s. 701; Yokuş Sevük, s. 934 ve 935.

⁶⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1095.

⁷⁰ Aksi görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, s. 25, yazarlara göre haksız tutum ve davranışların ihmal şeklinde de olabileceğini belirtmektedirler. Hâlbuki icbar karinesindeki haksız tutum ve davranış ifadeleri, aktif bir eylem gerektirmektedir. Haksız tutum ve davranışlar, kendilerine sağlanan bir yarara sessiz kalmak değildir; aksine sağlanmaması gereken bir yararın sağlanmasını temin etmeye elverişli ve muhatabı zorlayıcı etkisi hareketlerdir. Bu sebeple bu görüşe katılmıyoruz.

açık veya imalı olarak, doğrudan veya dolaylı şekilde gerçekleştirilebilir⁷¹. Önemli olan gerçekleştirilen icrai davranışın “icbar” olarak nitelendirilmesidir. İcbar ise en kaba tanımıyla mağdurun iradesini zorlayıcı davranışlarda bulunma⁷² demektir. Ancak bu zorlayıcı davranışlar tabii olarak mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldıran mutlak zorlamalar değildir⁷³. İcbarın var kabul edilebilmesi için ne tür bir zorlamanın olması gerektiği, aşağıda detaylıca ele alacağımız “icbar” kavramına yüklenen anlama göre belirlenebilir.

Fiil unsurunun oluşabilmesi için icbarın ya kamu görevlisinin şahsına ya başkasına bir yarar sağlanmasına veya bu yönde vaatte bulunulmasına yönelik olması gerekir. Ayrıca kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle icbarda bulunmuş olmalıdır. Dolayısıyla fiil unsurunun gerçekleşebilmesi için iki koşulun yerine gelmiş olması gerekir.

i. İcbarın Bulunması

a) Genel Olarak İcbar

Sözcük anlamı itibarıyla *zorlama* anlamına gelen *icbar* sözcüğü Arapça kökenli bir kelimedir⁷⁴. Aynı kökten gelen ve dilimize geçen birçok sözcük bulunmaktadır. Bunlardan *cebir* (TCK m. 108), *cebre* (TCK m. 209/2), *mecbur* (TCK m. 148/1) ve *mecburiyet* (TCK m. 303/4) gibi sözcüklere Türk Ceza Kanunu’ndaki kimi suç tanımlarında da yer verilmiştir. Aynı kökten gelen bu kelimelerin farklı suç tanımlarında kullanılması, kavramsal olarak aynı anlamın mı yoksa her bir sözcükle farklı bir anlamın mı kastedildiği noktasında kavram karmaşasına yol açmaktadır. Zira hepsinde sözcük anlamı itibarıyla bir *zor*, *zorlama* anlamı bulunmaktadır. Nitekim sözlükte *cebir zor*, *zorlayış*; *cebre zorla*; *mecbur yapmak zorunda*

⁷¹ Erman/Özek, s. 72; Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 23; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 65; Kanbur, s. 1188; Yokuş Sevük, s. 914; Kahraman, “İrtikâp ve Rüşvet”, s. 214; Koca, s. 258; Sarıtaş, s. 696.

⁷² Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 16; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1085; Sarıtaş, s. 692.

⁷³ Gürelli, s. 80; Evik, s. 63; Sarıtaş, s. 700.

⁷⁴ Bkz. <https://sozluk.gov.tr>; “... İcbar sözcüğünün anlamı Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde, “zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zora başvurmak” şeklinde açıklanmıştır...” (Yarg. CGK., 06.05.2021, 276/201).

olan-zorunda ve *mecburiyet zorunluluk* anlamlarına gelmektedir⁷⁵. Ne var ki Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bu sözcüklerden kavram olarak ne tür bir zorlamanın anlaşılacağı; bir başka anlatımla sözcüklerde bulunan zorlamanın keyfiyeti konusu tartışmalara yol açmaktadır. TCK'da bu kavramların Türkçe karşılığı olan "zor" kavramının da üstelik cebir kavramı gibi "zor kullanma" şeklinde kullanılması (TCK m. 256, Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu) söz konusudur. TCK'da benzer şekilde bir "zorlama" fonksiyonu icra eden "baskı" (TCK m. 80/1) ve genellikle cebir ile birlikte kullanılan "şiddet" (Örn. TCK m. 28, 29, 80, 102/4, 103/5, 220/8, 226/4) kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir. Tüm bu kullanımlar kavram karmaşasını artırmaktadır. Sözcük anlamı itibarıyla "zorlama, zorunda bırakma"⁷⁶ anlamına gelen icbar kavramında da bu tartışmaların yaşandığını belirtmek gerekir. Türk Ceza Kanunu'nda *icbar* kavramı ile aynı kökten gelmediği hâlde manevi bir *zorlama* fonksiyonuna sahip olan *tehdit* kavramı da kullanılmaktadır (TCK m. 148/1). İcbar kavramının tanımlanmasında bu sebeple *tehdit* kavramı da rol oynamaktadır.

İcbar kavramı TCK'da üç yerde geçmektedir. Bunlardan ikisi icbar suretiyle irtikâp suçunda, diğeri ise 219. maddede düzenlenen görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma suçunun üçüncü fıkrasında yer almaktadır. İcbar kavramının anlamı konusunda yaşanan tartışmaların her iki suç tipi açısından da geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir. Bir başka deyişle icbar kavramına icbar suretiyle irtikâp suçu özelinde belirli bir anlam yükleyen yazarlar, aynı anlamı görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma suçunda da yüklemektedir⁷⁷.

b) İcbarın Tanımı

İcbar suretiyle irtikâp suçunun oluşması için gerçekleştirilen hareketlerin *icbar* kavramı kapsamında olması gerekir. Bu durumda icbar kavramının izah edilmesi zaruri olmaktadır.

⁷⁵ Bkz. <https://sozluk.gov.tr>.

⁷⁶ Bkz. <https://sozluk.gov.tr>.

⁷⁷ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 58; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, "Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 219)", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2011/3, 249-268, s. 274, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397866>).

765 sayılı TCK'da da icbar suretiyle irtikâp suçu düzenlenmiş ve düzenlemede icbar kavramına yer verilmiştir. İcbar kavramından neyin anlaşılması gerektiği konusu 765 sayılı TCK zamanından beri tartışmalıdır. 5237 sayılı TCK m. 250'nin ilk hâlinde de aynen devam eden bu tartışmalar, 6352 sayılı Kanun ile maddeye *icbar karinesi* olarak nitelendirilebilecek bir düzenlemenin eklenmesiyle yeni bir boyut kazanmıştır. Düzenlemeye göre “*Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, icbarın varlığı kabul edilir.*” Düzenlemenin icbar kavramını tanımlayıp tanımlamadığı konusundaki farklı kabuller, düzenlemeyi icbar kavramının tanımı açısından önemi hâle getirmektedir. Aşağıda icbar kavramının tanımı üzerine yapılan klasik tartışmalar ve bunlara düzenleme ile eklenen görüş dâhil tüm görüşler ele alınacaktır⁷⁸.

İcbarın tanımı kanunda yapılmıştır görüşü: Gerçekten doktrinde kimi yazarlar icbarı, 6352 sayılı Kanun ile madde hükmüne eklenen düzenlemeyi baz alarak tanımlamakta, düzenlemeyi icbar kavramının yasal bir tanımı olarak görmektedir⁷⁹. Buna göre icbardan bahsedebilmek için kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışlarda bulunması, bu sebeple mağdurda haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesinin oluşması, bu endişenin sonucu olarak mağdurun kamu görevlisine ya da yönlendireceği kişiye yarar sağlaması⁸⁰ veya

⁷⁸ İcbar kavramı Yargıtay tarafından şöyle tanımlanmaktadır; “...*icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dahil olduğu, manevi cebirin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerektiği...*” (Yarg. 5. CD., 6.12.2018, 1093/9532).

⁷⁹ Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1085; Turabi, *İrtikâp*, s. 82 ve 83; Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet, Zimmet, İrtikâp, Görevi Kötüye Kullanma, Öteki Kamu Yönetimine Karşı Suçlar*, 3. b. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 56; Hafizoğulları/Aygün Eşitli, s. 34; Koca, s. 250, 253, 257.

⁸⁰ Yokuş Sevük, s. 915, yazar icbar karinesi düzenlemesini, icbar kavramının açıklaması olarak nitelendirmesine rağmen menfaat temin edilmesinin icbarın

bu yönde vaatte bulunması⁸¹ gerekir. Bu anlayışa göre kanun koyucu, her ne kadar bazı sorunlar barındırsa da icbar karinesi düzenlemesi ile icbar kavramının anlamı konusunda yaşanan tartışmaları bitirmek istemiştir⁸². Ne var ki özellikle düzenlemedeki sorunlar sebebiyle beklenenin aksine tartışmalar da bitmemiştir. Ancak buna rağmen bu görüşe göre icbar kavramı, düzenleme ile birlikte bir tanıma kavuşmuştur. Belirtelim ki baskın görüş icbarı, ilgili düzenlemeden farklı tanımlamakta ve dolayısıyla icbarın tanımının kanunda yapılmadığını kabul etmektedir. Baskın görüşe göre 6352 sayılı Kanun ile madde hükmüne eklenen düzenleme, icbar kavramının tanımı değildir; düzenlemedeki koşulların varlığı hâlinde icbarın olduğunu gösteren bir karinedir⁸³. Zira icbarın var olup olmadığı ve dolayısıyla suçun oluşup oluşmadığının tespiti somut olaylarda çok güçtür ve kanun koyucu bu sebeple bu karine ile bazı durumlarda icbarın var olduğunu kabul etme yolunu tercih etmiştir⁸⁴.

İcbarın tanımının kanunda yapıp yapılmadığı konusundaki kanaatimizi belirtmeden önce, doktrinde icbarın yasal tanımı olarak gösterilen düzenlemeye bakmak gerekir. Ayrıca oluşan suçun vasfına etkisi, özellikle suçun rüşvet mi yoksa irtikâp mı olduğu noktasındaki rolü sebebiyle düzenleme aşağıda detaylı olarak irdelenecektir. **Kanaatimizce** düzenlemenin irtikâp suçunda üstlendiği fonksiyon, mülga TCK m. 257/3 ile birlikte yapılacak bir değerlendirme ile ortaya konabilir. Bilindiği gibi 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, TCK m. 250/1'e eklenen düzenleme ile sınırlı değildir. Aynı kanunla görevi kötüye kullanma suçunda da bir değişiklik yapılmış, TCK m. 257/3 düzenlemesi ilga edilmiştir. İlga edilen düzenlemeye göre "*İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir*

varlığı için gerekli olmadığını kabul ederek aslında icbar karinesi düzenlemesini bir tanım olarak dikkate almamaktadır.

⁸¹ Turabi, *İrtikâp*, s. 83.

⁸² Koca, s. 250; Turabi, *İrtikâp*, s. 83.

⁸³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1098; Meran, s. 229; Özen, *Ceza Özel*, s. 706; Bostancı Bozbayındır, s. 92; Kanbur, s. 1185; Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 218; Artuk/Koçyiğit, s. 18; İnanç, s. 99 ve 100, yalnız yazar düzenleme için tanım ifadesini kullansa da bir karine olduğunu söylemektedir.

⁸⁴ Kanbur, s. 1185.

başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.” Bu düzenleme ile açıkça irtikâp suçuna benzeyen, ancak icbar kavramı kapsamında da görülmediğinden irtikâp olarak nitelendirilemeyen bazı olaylar görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edilmiş; böylece bu olayların irtikâp ya da rüşvet olarak nitelendirilmesinin önüne geçilmiştir. 6352 sayılı Kanun ile TCK m. 257/3 düzenlemesinin ilga edilmesi durumunda bu düzenleme kapsamına giren haksızlıkların rüşvet mi yoksa irtikâp mı olacağı konusunda uygulamada sorunlar oluşacaktı. Bu sebeple aynı kanun ile ayrıca icbar karinesi olarak isimlendirilen düzenlemenin TCK m. 250/1’e eklenmesi, kanun koyucunun icbar kavramının anlamı konusunda bir belirleme, daha doğru ifade ile kavramsal bir genişleme yapmak ve böylece ilgili olayları rüşvetin değil, irtikâp suçunun kapsamında cezalandırmak istediğini göstermektedir⁸⁵. Dolayısıyla düzenleme icbar kavramı kapsamında görülmeyen kimi durumların artık icbar kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu ise icbar kavramına getirilmiş bir tanım değil, sadece varsayılan tanıma bir unsurun daha eklenmesidir. *Dolayısıyla icbar karinesi olarak nitelendirilen düzenlemenin icbar kavramını tanımladığı yönündeki görüşün isabetli olmadığını düşünüyoruz.* Zira normalde icbar sayılmayan ya da en azından icbar sayılıp sayılmayacağı konusunda duraksama yaşanan kimi durumlar düzenleme sayesinde artık icbar olarak kabul edilecektir. Benzer durum yağma suçunda *cebir karinesi*⁸⁶ olarak da nitelendirilen TCK m. 148/3 düzenlemesi için de geçerlidir: *“Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hâle getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır.”* Bu düzenlemede normalde cebir sayılmaması gereken durumlar kanun koyucu tarafından hükmen cebir sayılmış, böylece sadece yağma suçu özelinde cebir kavramının anlamında bir genişleme yapılmıştır. Bir diğer benzer durum ise devlete karşı savaşa tahrik suçunun düzenlendiği TCK m. 304/2’de yer almaktadır. İlgili düzenlemede bazı hareketler *“hasmane hareket olarak kabul edilir”* demek suretiyle normalde hasmane hareket kavramının kapsamına girmeyen bazı hareketler, kanun koyucunun takdiri ile hasmane hareket olarak kabul edilmiştir. Benzer durumlar TCK m. 199/4 ve 298 için de geçerlidir. Bu tarz düzenlemeler ilgili kavramın tanımının

⁸⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1298.

⁸⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 631.

yapıldığı düzenlemeler değil, bilinen ya da bilindiği varsayılan tanıma yeni bir unsurun eklenmesi, tanımın genişletilmesi yönündeki düzenlemelerdir. Bu açıdan bakıldığında icbar karinesi olarak nitelendirilen düzenleme icbarı tanımlamamakta, ancak bazı durumlarda icbarın var kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş olmakta ve tanımı o suç özelinde genişletmektedir⁸⁷. Böylece normalde icbar kavramı kapsamında değerlendirilmemesi muhtemel bazı durumlar kanun koyucunun takdiri ile icbar kavramının tanımı kapsamına alınmış olmaktadır. Bu durumlar, bakıldığında herkes tarafından açıkça icbar denilemeyecek, haklarında objektif olarak *"bu olayda bir zorlama var"* yargısı kurulamayacak, dolaylı, gizli, zımni veya imalı icbar olarak da nitelendirilebilecek durumlardır⁸⁸: *"Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, icbarın varlığı kabul edilir."* Düzenlemenin ele alınış şekli, literatürde de dile getirildiği ve savunulduğu üzere, haklı olarak bir karinenin düzenlendiği intibamı uyandırmaktadır. Buna göre kanun koyucu düzenleme ile bazı koşullar belirlemiş, aşağıda detaylıca inceleyeceğimiz bu koşulların varlığı hâlinde başkaca bir ispat faaliyetine girilmeksizin icbarın varlığının kabul edilmesi gerektiğini öngörmüştür. Gerçekten de düzenleme **kanaatimizce**, hem icbar suretiyle irtikâp suçu özelinde icbar kavramının kapsamını genişletmekte hem de icbar kavramının tanımına sokulan bu unsurların tespitinin pratikte çok güç olması sebebiyle bir karine ortaya koymaktadır. Bu sebeple düzenlemenin icbar karinesi düzenlemesi olarak nitelendirilmesi de yerindedir.

İcbar karinesi düzenlemesi, icbar kavramının tanımı konusunda süregelen tartışmalara yeni bir boyut kazandırsa da bu tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Bu tartışmalar neticesinde icbar kavramı farklı

⁸⁷ Krş. Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 221.

⁸⁸ Kanbur, s. 1185; Bu tarz durumların mülga TCK zamanında rüşvet mi irtikâp mı oluşturacağı tartışılıyor, literatürde bunun sebebi olarak icbarın açık olarak kullanılmaması, zımni hareketlerle mağdurun korkutularak mecbur bırakılması gösteriliyor ve bu durumların irtikâp sayılması gerektiği ifade ediliyordu. Örn. bkz. Erem/Toroslu, s. 158; Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 210; Sarıtaş, s. 697.

şekillerde tanımlanmıştır. İfade edelim ki bu görüşler icbarın yasal bir tanımının olmadığı kabulüne dayanmaktadır.

İcbarı, “yağma suçuna vücut vermeyen tüm maddi ve manevi zorlamalar” şeklinde tanımlayan görüş: Sözcük anlamına uygun anlayan bu görüşe göre icbar, maddi ve manevi tüm zorlamaları kapsayan bir kavramdır⁸⁹. Dolayısıyla bu görüş icbar kavramını, hem cebir suçunun tanımlandığı TCK m. 108 ile birlikte TCK’da artık sadece maddi zorlamayı ifade etmek için kullanılan *cebir* hem de manevi zorlamayı ifade etmek için kullanılan *tehdit* kavramlarını içine alan bir üst kavram olarak anlamaktadır. Ancak bu görüşe göre maddi ve manevi nitelikteki bu zorlamaların icbar olarak kabul edilebilmesi için yağma suçuna vücut verebilecek boyutta olmaması gerekir. Türk Ceza Kanunu’nda suç tipini düzenleyen madde gerekçesinde de bu görüş savunulmaktadır: “*Ancak, bu icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerekir. Aksi takdirde, gerçekleşen suç, icbar nedeniyle irtikâp değil, gasp suçu olur.*”⁹⁰ Dolayısıyla bu görüş icbarı tanımlarken aslında sözcük anlamının cebir ve tehdidi kapsayan bir zorlama olduğunu kabul etmekte, ancak yağma suçu ile karışmasını diye bu icbar niteliğindeki zorlamaların kavramsal olarak yağma suçuna vücut veren cebir veya tehdit niteliğindeki zorlamaların boyutuna varmaması gerektiğini belirtmiş olmaktadır. Bu durumda bir kamu görevlisinin maddi güç kullanımı (cebir) ile kendisi için bir yarar sağlaması hâlinde, diğer koşullar da gerçekleşmişse bakılır; maddi güç kullanımı yağma suçuna vücut verecek boyutta ise

⁸⁹ Yüksektepe, s. 73.

⁹⁰ “... Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarihli ve 167-70 sayılı kararı ile yerleşmiş önceki kararlarında da vurgulandığı üzere, icbar kelimesi manevi cebir anlamında olup cebir unsuru manevi taziyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi hâlinde icbar gerçekleşmiş sayılacak, maddi cebir kullanılması hâlinde ise, eylem yağma suçunu oluşturacaktır. Nitekim TCK’nın 250. maddesinin gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir....” (Yarg. CGK., 06.05.2021, 276/201); TCK m. 108’de cebir suçunun düzenlenmesi ve TCK sistematüğinde cebirin sadece maddi zorlamaları ifade etmek için kullanılması gerçeği karşısında gerekçede maddi cebiri kastetmek üzere icbarın cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerektiği yönünde ifadelerin bulunması, isabetsiz olmuştur. Bu husus literatürde de eleştirilmektedir. Bkz. Üzülmöz, s. 282; Tezcan/Er-dem/Önök, s. 1299.

yağma, değilse icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. **Kanaatimizce bu görüş**, (maddi) cebir olarak nitelendirildiği ve diğer tüm koşullar gerçekleştiği hâlde yağma suçuna vücut vermeyen fiziki güç kullanımlarının olabileceğini benimseyerek savunulması ve uygulanması güç bir kabule dayandığından isabetli değildir. Bir eleştiriye göre bu görüş, mülga TCK'daki yağma suçunu oluşturan manevi cebir ile tehdit suçunu oluşturan manevi cebrin aynı boyutta olmaması, hâlbuki yeni TCK'daki yağma suçunu oluşturan tehdit ile tehdit suçunu oluşturan tehdidin aynı boyutta olması gerçeğini karıştırmakta, mülga TCK'daki anlayışla hareket etmektedir⁹¹. Hâlbuki **kanaatimizce** yeni TCK'daki yağma suçunu oluşturan tehdit ile tehdit suçunu oluşturan tehdit de aynı boyutta değildir. Zira yağma suçunun oluşabilmesi tehdidin konusu sadece yağma suçunun tanımında sayılan değerler (TCK m. 148/1) olmalıyken tehdit suçunun oluşabilmesi için bu değerlerin yanında tehdidin konusu ayrıca "*sair bir kötülük*" (TCK m. 106/1) de olabilir. Bu sebeple eleştiri yerinde değildir.

İcbarı, "yağma suçuna vücut vermeyen salt manevi zorlamalar" şeklinde tanımlayan görüş: Doktrinde baskın olan diğer görüşe göre ise *icbar* sadece manevi bir zorlamadır. Bu görüş (maddi) cebir olarak nitelendirilebilecek zorlamaları icbar kavramının kapsamında görmemekte, sadece manevi zorlamaları icbar olarak nitelendirmektedir. Tehdidin de manevi bir zorlama olması hasebiyle bu görüşü savunanlar icbar kavramını, yağma suçunu oluşturan tehdit boyutuna varmayan manevi zorlamalar olarak tanımlamaktadır. Zira aksi takdirde yağma suçu oluşur⁹². Ancak yağma suçunu oluşturmayan diğer tehditler icbar sayılmaktadır. Yağma suçunu oluşturabilmesi için tehdidin konusu, kişinin kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırının gerçekleştirilmesi ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılması olmalıdır. Dolayısıyla kamu görevlisinin, kendisine yarar

⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1299.

⁹² Önder, s. 143; Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 16 vd.; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1086; Üzülmez, s. 283; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 58; Erdal Yerdelen, "İrtikâp Suçu (TCK m. 250)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, Aralık 2013, 445-480, s. 450; İnanç, s. 92, 98; Turabi, *İrtikâp*, s. 82; Baytemir, s. 736; Bostancı Bozbayındır, s. 89; Kanbur, s. 1188; Koca, s. 258; Evik, s. 63; Sarıtaş, s. 694.

sağlanmaması hâlinde yağmadaki tehdidin konusu dışında bir zarara uğratacağından bahisle kişiyi tehdit etmesi, icbar teşkil edecektir.

İcbarı, “yağma suçuna vücut veren dâhil tüm manevi zorlamalar” şeklinde tanımlayan görüş: Bu görüşe göre ise manevi zorlamanın (icbarın) yöneldiği konu ne olursa olsun oluşan suç icbar suretiyle irtikâp suçudur⁹³. Hatta bu görüşe göre icbar suretiyle irtikâp suçu, yağma suçunun özel bir şeklidir⁹⁴. Bu görüş dikkate alındığına bir kamu görevlisi söz gelimi kişiyi, yarar sağlamaması durumunda öldürmekle tehdit ederse yağma değil, icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur.

İcbarın tanımı konusundaki kanaatimiz: İcbar kavramının neden kanunda tanımlanmadığı konusundaki kanaatimizi belirtmiştik. İcbar kavramının tanımı konusunda ileri sürülen diğer görüşler incelendiğinde ise tartışmanın, icbarın maddi ya da manevi zorlamaları kapsayıp kapsamayacağı ve ilgili zorlamaların yağma suçuna vücut verecek boyuta ulaşması sorunları noktasında cereyan ettiği görülmektedir. Bu sorunların temelinde de esasen icbar ve cebir kavramlarının sözcük anlamı itibarıyla aynı anlama gelmeleri yatmaktadır.

TCK'nın muhtelif suç tanımlarında kullanılan *icbar* (zorlamak), *cebir* (zor-zorlayış), *mecebur* (zorlanmış) ve *cebre* (zorla) kavramları aynı kökten geldiklerinden sözcük anlamı itibarıyla de aynı anlamı ifade ederler. Nitekim TCK m. 148/1' de yağma suçu tanımlanırken *malın cebir kullanılarak alınmasından*, resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması suçunda (TCK m. 290/2) ise yağma suçunda *malın alınmasının cebren olmasından* bahsedilerek cebir ve cebren sözcüklerinin anlamlarının aynı olduğu TCK'da da kabul edilmiş olmaktadır: “...taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması hâlinde hırsızlık, **cebre alınması hâlinde yağma** ... suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” Yine kullanılan zorun kişi

⁹³ Dönmezer, s. 116, yazara göre icbar, cebir kullanmaktır. Bundan maddi cebir değil, manevi cebir anlaşılmalıdır. Maddi cebir olursa suç yağma olur. Dolayısıyla manevi cebren olmasıyla da icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Yazar manevi cebren konusu hakkında bir sınırlama yapmamaktadır; Meran, s. 226 ve 227, yazar açıkça yağma suçundaki tehdidin görevin nüfuz ve etkinliği kötüye kullanılarak gerçekleştirilmesi hâlinde icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşacağını kabul etmektedir.

⁹⁴ Erem, *İrtikâp Cürmü*, s. 21; Erem/Toroslu, s. 157 ve 158.

üzerinde oluşturduğu *meccur kalma* neticesinin hem icbar hem de cebir sonucu olabileceği de kanunda kabul edilerek icbar ve cebir kavramlarının aynı fonksiyona (zorlayıcı fonksiyon) sahip oldukları kabul edilmiş olmaktadır. Nitekim söz gelimi yağma suçunun (m. 148) tanımında cebir kullanma sonucu malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya kişinin *meccur kılındığı* ifade edilmektedir. İrtikâp suçunda ise kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında kişinin yarar sağlama konusunda kendisini *meccur hissetmesinden* bahsedilmekte, açık icbar niteliği bile taşımayan haksız tutum ve davranışların kişide mecburiyet olgusuna yol açabileceği kabul edilmiş olmaktadır. Ancak tüm bu ifade edilenler, sözcük anlamı itibarıyla aynı anlama gelseler de icbar ve cebir sözcüklerinin kavramsal olarak aynı anlama sahip olduğunu göstermez. Zira birinin maddi, diğerinin manevi zor kullanma olarak anlaşılması hâlinde de zor kullanılan kişi bir şeye meccur edilmiş, zorlanmış olabilir. Hakeza ifade edilenler cebir ve icbar kavramlarının farklı anlama sahip olduklarını da göstermez, zira sözcük anlamları itibarıyla her iki kavram da aynı anlamda kullanılabilir. Nitekim uygulama⁹⁵ ve doktrinde⁹⁶ “*icbar suretiyle irtikâp*” ifadesi yerine “*cebrî irtikâp*” ve hatta “*cebir kullanmak suretiyle irtikâp*”⁹⁷ ifadelerinin kullanılması da bunu göstermektedir.

İcbar sözcüğünün sözcük anlamından uzaklaşarak sadece manevi zorlamaları, cebir sözcüğünün de aynı şekilde sözcük anlamından uzaklaşarak sadece maddi zorlamaları ifade etmek üzere bir ceza hukuku terimi hâline getirilebilmesi için ya kanunda bu yönde bir tanımlamanın bulunması ya da ceza hukukçuları arasında bu yönde bir görüş birliğinin bulunması gerekir⁹⁸. Zira kanunlar bazen, TCK m. 6’da olduğu gibi, kavramlarını tanımlama yolunu seçebilmektedir. Ancak kanunlar

⁹⁵ Örn. Yarg. 5. CD., 20.01.2014, 10339/613

⁹⁶ Yüksektepe, s. 73.

⁹⁷ Mahir Ünal, *İrtikâp Suçu Bağlamında Yargıtay ve İstinaf (BAM) Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 60.

⁹⁸ Bir hukuki kavramın anlamını belirleme kriterleri için bkz. İsmail Çınar, *Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre. Ein Beitrag zur Irrtumslehre durch eine dogmatisch-begriffliche Untersuchung des Subsumtionsirrtums und seine rechtliche Qualifikation innerhalb der strafrechtlichen Irrtumslehre*, Logos Verlag Berlin, Berlin, 2019, s. 32, 42 vd.

her zaman suç tanımlarında yer verdikleri kavramların tümünü tanımlamazlar. Aksi durumda kanunlar bir sözlük hâlini alır. Kanunlar kavramlarını öncelikle hukukçular arasında kullanılan ve hukuk dili olarak da nitelendirilebilecek dilin kavramları arasından, yoksa genel dilin kavramları arasından seçerler⁹⁹.

Cebir kavramı kanunda tanımlanmış olmasa da ne tür zorlamaların cebir kabul edileceği kanundan hareketle belirlenebilmektedir. TCK m. 108'e göre “Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı **cebir kullanılması hâlinde, kasten yaralama** suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.” Düzenleme açıkça cebir teşkil eden hareketlerin kasten yaralama suçuna vücut verebilecek nitelikte hareketler olduğunu kabul etmiş olmakla¹⁰⁰ sadece maddi zorlamaları cebir kavramının kapsamında gördüğünü belirtmiş olmaktadır¹⁰¹. Dolayısıyla kanundan hareketle cebir kavramının TCK sistematüğinde maddi zorlamalar için kullanıldığını kabul etmek yerinde olacaktır. Ayrıca doktrinde de cebir, fiziki güç kullanımı şeklinde gerçekleşen zor kullanmalar anlamında kullanılmaktadır¹⁰². Dolayısıyla cebir kavramı bir terim hâline dönüşmüş, genel dildeki anlamından daha dar bir anlam ile kanunda ve literatürde kullanılmış olmaktadır. **Kanaatimizce** de cebir, sadece maddi zorlamalar için kullanılmalıdır.

Cebir kavramı gibi icbar kavramı da kanunda tanımlanmamıştır. İcbar karinesi düzenlemesini doktrinde icbarın kanuni tanımı olarak kabul edenler bulunsa da **kanaatimizce** icbar kavramı için kanunda herhangi bir tanımın yer almadığını yukarıda gerekçeleri ile izah etmiştik. Peki icbar kavramının anlamı da tıpkı cebirde olduğu gibi kanundan hareketle belirlenebilir mi? **Kanaatimizce** kanun koyucunun icbar derken maddi zorlamaları mı, manevi zorlamaları mı yoksa tüm zorlamaları mı kastettiği, kanundaki düzenlemelerden hareketle belirlenebilir. Dikkate

⁹⁹ Rolf Wank, *Die juristische Begriffsbildung*, Beck, München, 1985, s. 5.

¹⁰⁰ Soyaslan, s. 293; kanunun bu düzenlemesine yönelik eleştiri için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 553.

¹⁰¹ Üzülmöz, s. 282; Tezcan/Erdem/Önok, s. 553.

¹⁰² Yokuş Sevük, s. 498; Soyaslan, s. 267.

alınacak düzenlemeler, icbar sözcüğünün yer aldığı düzenlemeler ve cebir ile ilgili düzenlemelerdir.

İcbar sözcüğü TCK m. 250/1 fıkrasının hem ilk cümlesinde hem de icbar karinesi olarak nitelendirilen ikinci cümlesinde geçmektedir. İlk cümlede icbar teşkil eden davranışlar, ikinci cümlede ise açıkça icbar niteliği taşımadığı için kanun hükmünce icbar sayılan tutum ve davranışlar söz konusudur. İlk cümledeki icbar niteliğindeki hareketler ile ikinci cümledeki icbar addedilen tutum ve davranışların hukuken aynı şekilde değerlendirilmesinin sebebi, yol açtıkları neticenin aynı olmasıdır: icbarda bulunulan ya da kendisine yönelik haksız tutum ve davranış gerçekleştirilen kişinin *“icbar edilmiş-zorlanmış-mecbur bırakılmış”* olması. İlk cümleye göre kişi icbar edilmekte ve bunun sonucu olarak yarar sağlamak ya da bu yönde vaatte bulunmak zorunda kalmaktadır. İcbar karinesi düzenlemesine göre ise kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında kişi endişeye kapılmakta ve kendisini menfaat temin etmeye mecbur hissetmektedir. Bu sebeple *“haksız tutum ve davranışlar”* ifadesinden, fail tarafından gerçekleştirilen, açık bir zorlama içermeyen nitelikteki davranışlar anlaşılmalıdır. Aksi hâlde haksız tutum ve davranışların açık bir zorlama içerdiğinin kabulü hâlinde karine düzenlemesi gereksiz olmaktadır. Zira bu durumda TCK m. 250/1’in ilk cümlesine göre zaten icbarın varlığı kabul edilmiş olur.

Öyleyse icbar karinesi düzenlemesine göre kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları, normal şartlarda ilk bakışta icbar olarak nitelendirilemeyecek, ancak icbar niteliğindeki eylemlerle *aynı sonucu doğurmaya elverişli davranışlar olarak kabul edilmiş olmaktadır*. İcbar niteliğindeki davranışlarla aynı sonucu doğurduklarından, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışlarının doğurduğu sonucun keyfiyeti üzerinden icbar niteliğindeki davranışların niteliği de belirlenebilir. İcbar karinesindeki haksız tutum ve davranışlar, kişide icbar edilmiş (mecbur) hissi uyandıran cinsten tutum ve davranışlardır. Bu ise ancak manevi bir zorlamanın sonucu olabilir. Zira maddi zorlamalarda zorlanmış olma hissinden bahsedilemez. Kişide icbar edilmiş (mecbur) hissini uyandırılması gerektiğinden ve bu his salt psikolojik bir his olduğundan, icbar niteliğindeki eylemlerin de maddi değil, salt manevi zorlamalar şeklinde olması gerekir. Dolayısıyla icbar karinesindeki *“mecbur hissetme”* ifadesi esasen

zorlamanın psikolojik, manevi yönünü işaret etmekte, karine düzenlemesinde “*icbarın*”, “*manevi zorlama*” olarak göz önünde bulundurulduğunu göstermektedir¹⁰³. Bu sebeple icbar kavramını *geçici olarak*, bir kimseyi iradesine aykırı hareket etmeye manevi olarak zorlamak şeklinde tanımlamak mümkündür. Öyleyse icbar suretiyle irtikâp suçundaki fiilin değersizliğinin, kullanılan icbar ya da icbar hükmünde görülen haksız tutum ve davranışlarda yattığını, neticenin değersizliğinin ise fiilin etkisiyle mağdurun duyduğu mecburiyette ve bu mecburiyet sonucu haksız bir yararın temin veya vaat edilmesinde yattığını belirtmek gerekir.

İcbar kavramının kanun koyucu tarafından *manevi zorlama* anlamında kullanılmak istendiğinin bir diğer destekleyici tarafı ise cebir kavramının kanun sistematüğinde sadece maddi zorlamalar için, manevi zorlamalar için ise tehdit kavramının kullanılmış olmasıdır. Kanun koyucu suç tanımına hem maddi hem de manevi zorlamaları dâhil etmek isteseydi icbar kavramı yerine yağma suçunda olduğu cebir ve tehdit kavramlarına birlikte yer verirdi. Doktrinde de icbar kavramının manevi zorlamalar için kullanılması gerektiği baskın görüştür¹⁰⁴. Aynı şekilde Yargıtay da icbar kavramından sadece manevi zorlamaların anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁵. Bu da icbar kavramının aslında sadece

¹⁰³ İcbar karinesi düzenlemesinin olmadığı mülga 765 sayılı TCK döneminde verilen bir Yargıtay kararında yer alan şu benzer çıkarımlar da aslında kanun koyucunun icbar derken manevi zorlamaları göz önüne aldığı bir göstergesidir: “*Cebri irtikap suçu, memurun memuriyet sıfatını ve görevini kötüye kullanan kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp, bu sıkıştırma karşısında ferdin de memurun haksız işlemlerini yerine getirilmezse mamurun işin hiç veya usulün uygun şekilde yapılmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin memur tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği ya da haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan memur, belli bir şiddete ulaşmış bu tür bir manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiğin bildiği parayı veya sair menfaatleri memura vermekte veya vaat etmektedir. Fert mağdur vaziyette olup, gayrimeşru zeminde değildir.*” (Yarg. 5. CD. 14.11.1991, 4222/4930, aktaran İnanç, s. 47).

¹⁰⁴ Dönmezer, s. 116; Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 16 vd.; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 58.

¹⁰⁵ “*Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.2004 gün ve 37-75 sayılı kararı ile yerleşmiş önceki kararlarında da vurgulandığı üzere, icbar kelimesi manevi cebir anlamındadır.*”

manevi zorlamalar için kullanılan bir ceza hukuku terimine dönüştüğünün işaretidir. Bu sebeple **kanaatimizce** de icbar, manevi zorlamalar anlamında kullanılmalıdır.

Tam da bu noktada, kanunda her ikisi de *manevi zorlama* anlamında kullanılan *tehdit* ve *icbar* kavramları arasındaki anlamsal farklılığın ne olacağı konusu gündeme gelmektedir. Konunun bu yönü, icbar suretiyle irtikâp suçunu yağmaya yaklaştırmaktadır. Nitekim literatürde icbarı, hem yağma suçunu oluşturan tehdit boyutuna varsa da her türlü manevi zorlamayı anlayan bir görüşün, hem de yağma suçuna vücut veren tehdidin boyutuna varmayan diğer manevi zorlamaları kapsayan bir kavram olarak anlayan baskın görüşün bulunduğunu yukarıda belirtmiştik. Burada esasen TCK içerisinde kavramsal olarak manevi zorlamalar arasında *yağma suçuna vücut veren manevi zorlamalar* ve *yağma suçuna vücut vermeyen manevi zorlamalar* şeklinde bir ayırım yapmanın mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Bu şekilde bir ayırım elbette yapılabilir. Ancak bu, icbar kavramının anlamını herhangi bir dayanaktan yoksun olarak daraltmak anlamına gelecektir. Bu yönde kavramsal bir daraltmanın mesnetten yoksun olmaması için mümkünse kanuni gerekçelerin bulunması, yoksa literatürde bu kavramın bu anlamla terim hâlini almış olması gerekir. İfade edelim ki icbar kavramı için yapılan bu anlam daraltması, hiç kuşkusuz kamu görevlisi tarafından yağma suçuna vücut veren bir tehdit ile muhataptan haksız yere bir menfaat temin edilmesi ya da bu yönde vaatle bulunulmasına neden olunması şeklinde gerçekleşen olayların icbar suretiyle irtikâp olarak mı yoksa yağma olarak mı nitelendirilmesi gerektiği sorununu çözme amacına hizmet etmektedir. Öyle ise yağma suçu ile icbar suretiyle irtikâp suçu arasındaki farklılıklar kanunun sistematik yorumu yolu ile ortaya konarak icbar kavramının nihai anlamı belirlenmeye çalışılmalıdır¹⁰⁶.

Yağma suçu, koruduğu hukuki değerler ve gerçekleştirilen tehdidin konusu dikkate alındığında, icbar suretiyle irtikâp suçundan daha ağır bir suçtur. Zira yağma suçunda gerçekleştirilen haksızlık, failin kimliğinden ve ifa ettiği görevinden bağımsız olarak ağır bir haksızlıktır.

Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi hâlinde icbar gerçekleşmiş sayılacaktır.” (Yarg. CGK., 30.03.2010, 5-167/70).

¹⁰⁶ Benzer şekilde bkz. Sarıtaş, s. 693.

Hâlbuki icbar suretiyle irtikâp suçunda gerçekleştirilen haksızlık failin kimliğine ve özellikle de failin gerçekleştirdiği kamu görevine bağlı olarak suç addedilen bir haksızlıktır¹⁰⁷. Bu sebeple icbar kavramının mağdur üzerinde oluşturduğu *mecbur kalma durumu*, yağma suçuna vücut veren tehdit kavramının mağdur üzerinde oluşturduğu *mecbur kalma durumu* ile mukayese edildiğinde, bu tehdidin mağdur üzerinde icbardan daha ağır etki edeceği mantiken görülecektir. İki kavram da aynı etkiyi doğuracak olsaydı icbar suretiyle irtikâp yerine tehdit suretiyle irtikâp şeklinde bir suç ihdas edilirdi. Dolayısıyla yine kanundaki düzenlemeler ve düzenlemeler arasındaki ilişkiden hareketle icbar kavramı, sözcük anlamında ikinci bir daralma yaşayarak bir ceza hukuku terimi hâlini alacaktır. Buna göre **icbar**, *yağma suçunu oluşturan tehdit boyutlarına varmayacak şekilde bir kimseyi, iradesinin aksine hareket etmeye manevi olarak zorlamak* şeklinde tanımlanabilir. Gerçekten de doktrinde de icbar kavramı yaygın olarak bu anlamı ile kullanılmaktadır¹⁰⁸.

c) İcbarın Elverişliliği

İfade edelim ki icbarın elverişliliği, icbarın mevcudiyetinin değil, icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için icbarın ulaşması gereken ağırlıkla ilgilidir¹⁰⁹. Suçun oluşması için icbarın mağduru etkilemeye elverişli olması şart koşulmaktadır. İcbarın elverişliliğinin şart koşulmasının hukuki bir dayanağının olması gerekir. Bu hukuki dayanak, düzenlemenin mantığında yatan ve suçun tanımına da yansıyan temel düşüncedir. Bu düşünce madde gerekçesinde de dile getirilmektedir. Buna göre suçun mağduru, sağlamak zorunda olmadığı bir yarar sağladığını bilmesine rağmen maruz kaldığı zorlayıcı hareketlerin baskısından kurtulmak veya karşılaşma ihtimali bulunan daha ağır zararları engellemek için bu yararı sağlamaktadır¹¹⁰. Mağduru mağdur yapan bu durum gerçekleşme-

¹⁰⁷ Benzer şekilde bkz. Sarıtaş, s. 693.

¹⁰⁸ Örn. bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1299.

¹⁰⁹ İcbarın elverişliliği Yargıtay tarafından da uygulanmakta ve şu şekilde ifade izah edilmektedir; "...icbar suretiyle irtikap suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, ..., manevi cebirin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gerektiği..." (Yarg. 5. CD., 6.12.2018, 1093/9532).

¹¹⁰ Erman/Özek, s. 72; Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 24; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s.

den icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşacağını kabul etmek, rüşvet veren olarak sorumlu olması gereken bir kimseyi mağdur olarak kabul etmek anlamına gelir. Bu sebeple mağdurda bu zorunluluk durumunun gerçekleşmesi için kamu görevlisi fail tarafından başvurulmuş icbarın buna elverişli olması gerekir.

Dolayısıyla kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen zorlayıcı hareketlerin icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturabilmesi için mağdur üzerinde, kolaylıkla kurtulması mümkün olmayan bir zorlama etkisi oluşturmaya elverişli; mağduru etkileyecek boyuta ulaşmış olması gerekir¹¹¹.

İcbarın mağduru sadece objektif olarak mı yoksa aynı zamanda subjektif olarak da mı etkilemesi gerektiği konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre elverişlilik objektif olarak belirlenmelidir. Buna göre, ortalama bir insan üzerinde kolaylıkla kurtulması mümkün olmayan bir etkiyi oluşturmaya objektif olarak elverişli olduğu hâlde kişi bu icbardan etkilenmemişse, icbar objektif olarak elverişli olduğundan, menfaat temin edilmişse icbar suretiyle irtikâp suçu, edilmemişse bu suça teşebbüs gerçekleşmiş olur¹¹².

1086 ve 1087; Bostancı Bozbayındır, s.93; İnanç, s. 99; Koca, s. 253; Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 217; Yerdelen, s. 452.

¹¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1297, 1301; Bostancı Bozbayındır, s. 92; Koca, s. 258; Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 216; Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s. 312; "...Yine Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma imkânının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dahildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaat edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi icbar için yeterlidir. ..." (Yarg. CGK., 06.05.2021, 276/201).

¹¹² Erman/Özek, s. 73; Koca/Üzülmez, Ceza Özel, s. 1087; Özen, İrtikâp ve Rüşvet, s. 60; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1301; Özen, Ceza Özel, s. 706; Kanbur, s. 1191; Sarıtaş, s. 700.

Diğer görüşe göre ise icbarın kişiyi objektif olarak etkilemeye elverişli olması yeterli değildir; aynı zaman somut olayın özelliklerine göre kişi gerçekten subjektif olarak da icbardan etkilenmiş olmalıdır. Buna göre objektif olarak bir kimseyi etkilemeye elverişli bir icbara rağmen kişi cesaretinden dolayı etkilenmemişse icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs söz konusu olur¹¹³. Ancak bu görüş objektif olarak etkilemeye elverişli icbara rağmen cesaretinden dolayı etkilenmeyen kişinin yine de yarar sağlaması durumunda nasıl hareket edileceği konusunda sessiz kalmaktadır. İfade edelim ki bu görüşün savunulması hâlinde mantıken bu durumda rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Zira zorlanmamış kişinin menfaat sağlaması rüşvet verme eylemine uyar. Ancak bu durumda görüş kendi içerisinde çelişkiye düşmüş olur. Zira bu ihtimalde kamu görevlisi rüşvet alan konumunda olacağından, kamu görevlisinin objektif olarak bir insanı etkilemeye elverişli icbar niteliğindeki hareketlerinin *rüşvet teklifi* olarak anlaşılması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durumda madem bir rüşvet teklifi vardır, o hâlde bu teklifin kabul edilmemesi; yani cesaretinden dolayı icbardan etkilenmediği için kişinin yarar sağlamaması durumunda rüşvet suçuna teşebbüsün olacağının kabul edilmesi gerekir. Hâlbuki görüş mensupları bu ihtimali icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs olarak nitelendirerek çelişkili bir duruma yol açmaktadırlar. Bu sebeple bu görüşün isabetli olmadığı, icbarın elverişliliğinin objektif kriterlere göre belirlenmesi gerektiği **kanaatindeyiz**.

İcbarın mağduru mecbur bırakma ağırlığına ulaşıp ulaşmadığını; bir başka deyişle elverişliliğini her somut olayda, olayın özelliklerine göre objektif olarak hâkim takdir etmelidir¹¹⁴. İcbarın elverişliliği konusu iki sebeple önemlidir. Bu sebeplerden birincisi oluşan suçun icbar suretiyle irtikâp mı yoksa rüşvet mi olduğunun, elverişlilik üzerinden belirlenebilmesidir. İkincisi ise suçun teşebbüs aşamasında kalması durumudur¹¹⁵.

¹¹³ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 60; Üzülmez, s. 285.

¹¹⁴ Erman/Özek, s. 75; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1087; Yokuş Sevük, s. 920 ve 921; Üzülmez, s. 284; Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 217; Evik, s. 65; Yerdelen, s. 452; " ... icbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı, somut olayın özellikleri ve nesnel şartlar nazara alınarak, hâkim tarafından takdir edilmelidir...." (Yarg. CGK., 06.05.2021, 276/201).

¹¹⁵ Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 24.

Bu durumda farklı ihtimaller üzerinde durularak muhtemel sorunların çözümleri ortaya konmalıdır.

Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen zorlayıcı davranışlar, objektif olarak kişiyi etkilemeye elverişli **olabilir**. Bu durumda bakılır; elverişli icbar sebebiyle etkilenen kişi yarar sağlamış ya da bu yönde vaatte bulunmuşsa icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Bunda zaten bir tartışma yoktur. Ancak elverişli icbara rağmen etkilenmeyen kişi yarar sağlamış ya da bu yönde vaatte bulunmuşsa yine icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur¹¹⁶. Zira önemli olan icbarın elverişliliğidir. Ancak eğer elverişli icbara rağmen etkilenmeyen kişi yarar sağlamamış ya da bu yönde vaatte bulunmamışsa icbar suretiyle irtikâp suçu teşebbüs aşamasında kalmış olur¹¹⁷. Bu son ihtimalde Yargıtay'ın bazen görevi kötüye kullanma suçundan hüküm verdiği görülmektedir. Hâlbuki kamu görevlisi açısından icbar niteliğindeki hareketlerin icrasına başlanmış, ancak failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamıştır.

İcbar elverişli olduğu hâlde cesareti sebebiyle etkilenmeyen kişi sırf faili yakalatmak için yarar sağlarsa suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmaktadır. Bir görüşe göre bu durumda suç teşebbüs aşamasında kalmıştır¹¹⁸. Diğer görüşe göre ise mağdurun manevi dünyasına bakılmamalı, suçun tamamlandığı kabul edilmelidir¹¹⁹. Yargıtay ise kimi kararlarında¹²⁰ teşebbüs aşamasında kalmış irtikâp suçunun, kimi kararlarında¹²¹ ise görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmiştir. **Kanaatimizce** burada suça teşebbüsün oluştuğunu kabul etmek yerinde olur. Zira her ne kadar failin gerçekleştirdiği icbar niteliğindeki hareketler mağduru etkilemeye elverişli olsa da neticenin meydana gelmesinde

¹¹⁶ Erman/Özek, s. 73; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 60; Yıldız, s. 313; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1301; aksi görüş için bkz. Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 223, yazara göre bu durumda elverişli icbara rağmen etkilenmeyen kişi menfaati sarih iradesi ile sağlamış olduğundan zımnî rüşvet anlaşması sebebiyle rüşvet suçu oluşur.

¹¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1301.

¹¹⁸ Özgenc, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 53; Sarıtaş, s. 709.

¹¹⁹ Erman/Özek, rs. 75; Malkoç/Güler, s. 118.

¹²⁰ Yarg. 5. CD., 26.02.2008, 9974/1186 (aktaran Tezcan/Erdem/Önok, s. 1302).

¹²¹ Yarg. 5. CD., 24.12.2009, 3903/14973 (aktaran Tezcan/Erdem/Önok, s. 1302).

sadece onun hareketleri etkili olmamıştır. Bu durumda fiilin değersizliğinden ve dolayısıyla bu sebeple failin cezalandırılmasından bahsetmek mümkündür. Ancak neticenin değersizliğinden bahsedebilmek için neticenin gerçekten failin eseri olarak gerçekleşmesi gerekir. Sırf netice bir şekilde gerçekleşmiş diye fiili gerçekleştiren kişiye bu neticenin isnat edilmesi objektif isnadiyet kriterlerine aykırılık teşkil eder. Aksini kabul, tüm neticeli suçlarda benzer şekilde hareket etmeyi zorunlu kılar. Bu da kabul edilemez sonuçlara yol açar. Söz gelimi kasten yaralama suçunda fail icrai hareket olarak mağdura bir yumruk sallasa bu yumruk neticeyi doğurmaya elverişli bir hareket addedilir. Bu sebeple yumruk hızlıca eğilen mağdura isabet etmezse suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Ancak mağdurun, kendisine sallanan yumruğun kendisini yaralaması ve böylece suçtan dolayı failin ceza alması için yumruğun önüne atılması durumunda oluşan netice ile failin fiili arasında nedensellik ilişkisi kurulabilirse de objektif olarak neticenin faile isnat edilmesi mümkün olmaz. Öyleyse icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun, kendisine karşı gerçekleştirilen icbardan etkilenmiş gibi yaparak yakalatmak için yarar sağlama hâlinde de yarar sağlama neticesi faile isnat edilmemeli, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen zorlayıcı davranışlar, objektif olarak kişiyi etkilemeye elverişli **olmayabilir**. Bu durumda kamu görevlisinin menfaat talepleri söz konusudur, ancak bu davranışlar objektif olarak ortalama bir insanı etkileyip yarar sağlama veya bu yönde vaatte bulunmaya yol açacak boyutta bir icbar olarak nitelendirilemez. Bu durumda bakılır; elverişli olmayan icbara rağmen aşırı korkaklık gibi nedenlerle kişi bir yarar sağlamış ya da bu yönde vaatte bulunmuşsa, sırf bu sebeple kişi mağdur addedilmez; icbar suretiyle irtikâp değil, rüşvet suçu oluşur¹²². Aynı şekilde elverişli olmayan icbar sonucu etkilenmediği hâlde kişi yarar sağlamış ya da bu yönde vaatte bulunmuşsa yine rüşvet suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Ancak elverişli olmayan icbar

¹²² Erem/Toroslu, s. 158; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 60; Bostancı Bozbayındır, s. 92; Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 223; Yerdelen, s. 452; Artuk/Koçyiğit, s. 18; İsmail Malkoç/Mahmut Güler, *Zimmet-İrtikap-Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları*, Gen Matbaacılık, Ankara, 1993, s. 118, yazarlar bu durumda ikna suretiyle irtikâp suçunun oluşacağını söylemektedir.

sonucu etkilenmediği için kişi herhangi bir yarar sağlamamış ya da bu yönde vaatle bulunmamışsa kamu görevlisi açısından rüşvet suçuna teşebbüs oluşur. Zira kamu görevlisinin kişiyi objektif olarak etkilemeye elverişli olmayan hareketleri, kendisine yarar sağlanması yönünde ısrarlı bir icap hükmündedir. Bunun kabul edilmemesi hâlinde teşebbüs aşamasında kalmış rüşvet suçu oluşur. İcbar objektif olarak elverişli boyuta ulaşıyorsa teşebbüs aşamasında kalmış icbar suretiyle irtikâp suçu oluşurdu.

İcbarın elverişliliği konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus, icbarda bulunulan kişinin icbarın etkisinden kolayca kurtulma imkânının olup olmadığı konusunda yaşanan şüphe durumunda nasıl hareket edileceğidir. Bu ihtimalde icbarın objektif olarak elverişli olup olmadığı belirlenmemektedir. Böyle durumlarda rüşvet suçunun mu yoksa icbar suretiyle irtikâp suçunun mu oluşacağı konusunda şüphe duyulmaktadır. Eğer kişi icbarın etkisinden kurtulamayacağını düşünerek, yani icbarı objektif olarak elverişli addederek kamu görevlisine menfaat sağlamışsa, **kanaatimizce** “*rüşvet verip vermediği konusunda oluşan şüpheden*” yararlanmalı ve rüşvet veren olarak kabul edilmemelidir. Sağlanan yararı kabul eden kamu görevlisi ise aynı şekilde şüpheden yararlanmalı ve rüşvet ile icbar suretiyle irtikâp suçlarından hangisine göre sorumlu olduğunda daha az ceza alacaksa o suçu işlediği kabul edilmelidir. Ancak literatürde bu durumda icbar suretiyle irtikâp suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²³. Eğer kişi icbarın etkisinden kurtulabileceğini düşündüğü hâlde yarar sağlamış ve icbarın elverişli olup olmadığı konusunda şüphe duyuluyorsa, yararı sağlayan bu kişi aynı şekilde “*rüşvet verip vermediği konusunda oluşan şüpheden*” yararlanmalı ve sırf icbarın etkisinden kurtulabileceğini düşünüyor diye rüşvet veren olarak cezalandırılmamalıdır. Zira bu ihtimalde birtakım zorlayıcı hareketlerin olduğu kabul edilmekte, ancak bunların elverişliliği konusunda şüphe duyulmaktadır. Bu durumda kişi, şüphe giderilip icbarın elverişli olduğu kabul edildiğinde nasıl ki icbarın etkisinden kurtulabileceğini düşündüğü hâlde yarar sağladığında rüşvet vermek sebebiyle ceza almayacaksa, aynı şekilde bu ihtimalde de şüpheden yararlanıp ceza almamalıdır. Ancak literatürde bu durumda rüşvet suçunun oluşacağı ileri

¹²³ Bu görüşlere dair bilgi için bkz. Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 59.

sürülmektedir¹²⁴. Sağlanan yararı kabul eden kamu görevlisi için de bir önceki ihtimalde yapılan değerlendirmenin aynısı yapılabilir.

Son olarak kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen davranışlar, **zorlayıcı nitelikte değildir**. Bu ihtimalde zaten icbarın elverişli olduğundan bahsedilemez. Bu durumda bir işin yapılması ya da yapılmaması için sağlanan yararlar rüşvet suçunun oluşumuna sebebiyet verir. Ancak eğer kişi icbar niteliği taşımadığı hâlde hataya düşerek kendisine icbar uygulandığını zannedip ilgili işinin görülmesi için kamu görevlisine bir yarar sağlamaya çalışırsa bakılır; kamu görevlisi bunu bir işin yapılması karşılığında kabul etmiş ya da etmemiş olabilir. Sağlanan yararı kabul etmişse fail açısından yapılacak değerlendirmede kamu görevlisinin *rüşvet alan* olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurları kendisi için oluşmamıştır. Burada esasen pasif rüşvet olarak nitelendirilen bir durum söz konusudur¹²⁵. Zira kamu görevlisi kendisine bir rüşvet teklifi olduğunu düşünüp sağlanan yararı kabul ederek aslında kabul eylemi ile rüşvet alma yönündeki iradesini ortaya koymuş olmaktadır. Kamu görevlisinin bu ihtimalde rüşvet alan olarak sorumlu olabilmesi, yarar sağlayanın hatasını bilmiyor olmasına bağlıdır. Literatürde kamu görevlisinin bu ihtimal kapsamında görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulması gerektiği de savunulmaktadır¹²⁶. Ancak bu durumda kamu görevlisi karşı tarafın hatasından yararlandırılmış olur. Hâlbuki çok failli suçlarda birinin düştüğü hatadan diğeri yararlanmamalıdır¹²⁷. Dolayısıyla fail, yararı sağlayanın bunu hatası sonucu yaptığını bilmeden yararı kabul etmişse rüşvet alan olarak sorumlu olur. Yararı sağlayan kişinin ise cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kişi kendisini, kamu görevlisine yarar sağlayanın mağdur addedildiği icbar suretiyle irtikâp suçunun mağduru sanmaktadır. Hâlbuki kendisine icbar uygulanmadığından mağdur değildir. Bu durumda yarar sağlaması, rüşvet verme olarak nitelendirilebilir. Ancak bu durumda kişi rüşvet verme fiilini bilinçli olarak gerçekleştirmediğinden kastı ortadan kalkar ve TCK m. 30/1 gereği kendisine ceza verilmez. Buna karşılık kamu görevlisi belirli

¹²⁴ Bu görüşlere dair bilgi için bkz. Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 59.

¹²⁵ Recep Kahraman, *Rüşvet Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 271.

¹²⁶ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 60.

¹²⁷ Kahraman, *Rüşvet*, s. 270.

bir işin yapılması ya da yapılmaması için sağlanmak istenen yararı kabul etmemişse fail açısından herhangi bir cezai sorumluluk söz konusu olmaz. Bu durumda kendisine icbar uygulandığını sanarak kamu görevlisine yarar sağlamaya çalışan kişinin fiili de teşebbüs olarak değerlendirilmeyecektir. Zira TCK m. 35/1 gereği kişinin işlemeyi kastettiği bir suç söz konusu değildir ve manevi unsur eksikliği sebebiyle rüşvet suçuna teşebbüsten cezai sorumluluk doğmayacaktır.

d) İcbar Edenin Durumunun İcbarın Varlığına Etkisi

Yukarıda icbar kavramının tanımını ortaya koyduk. Bu tanımda icbar edenin kim olduğuna dair herhangi bir unsur mevcut değildir. Bundan, kamu görevlisi olsun ya da olmasın, tanıma uygun bir hareket gerçekleştiren kişinin icbarda bulunduğu sonucu çıkar. Burada önemle vurgulamak gerekir ki icbar edenin kamu görevliliği kimliği, icbarın varlığına etki eden bir unsur olmasa da icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşumuna etki eden bir unsurdur. Kamu görevlisi olmayan kişi, icbar suretiyle irtikâp suçunun faili olamaz.

Kamu görevlisi olmayan kişi yağma suçuna vücut veren bir zorlamada bulunmuşsa zaten oluşan suç yağmadır¹²⁸. Ancak bu kişi yağma suçuna vücut vermeyen bir zorlamada bulunarak kendisi ya da başkası için yarar sağlanmasına veya bu yönde vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar etmişse somut olayın özelliğine göre oluşan suç hırsızlık, tehdit ve hırsızlık, şantaj veya başka bir suç olabilir; ancak icbar suretiyle irtikâp suçu oluşmaz.

e) İcbar Edilenin Durumunun İcbarın Varlığına Etkisi

İcbar edilenin durumunun icbarın varlığına etkisi, iki konuda gündeme gelmektedir. Her iki konunun da bu sebeple izah edilmesi gerekir.

İlk konu, icbarın yöneldiği kişinin yararı sağlayan kişiden farklı bir kimse olmasıdır. İfade edelim ki bu durum, icbarın varlığına etki etmez. Dolayısıyla icbarın mutlaka yararı sağlayan veya bu yönde vaatte bulunan kişiye yönelmesi gerekmez. İcbar edilen kişi ile yarar sağlayan

¹²⁸ Erem, "İrtikâp", s. 520.

kişiler farklı kimseler olabilir¹²⁹. Bu durumda icbar edilen kişinin mağdur, yararı sağlayan kişinin ise suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerektiğini, suçun unsurlarından mağdur üzerinde dururken ifade etmiştik.

İkinci ve önemli konu ise icbar edilen kişinin mutlaka meşru zeminde olması gerekip gerekmediğidir. Bu konu işlenen suçun icbar suretiyle irtikâp mı yoksa rüşvet mi olacağı noktasında önem arz etmektedir. Savunulan görüşe göre icbar edilen kişi mağdur (icbar suretiyle irtikâp) ya da fail (rüşvet veren) sıfatını taşıyacağından konunun net bir şekilde ve kanuna uygun olarak ortaya konması önem arz etmektedir.

Bir görüşe göre icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisine yarar sağlayan veya bu yönde vaatte bulunan kişinin meşru zeminde olması gerekir. Yargıtay'ın ortaya koyduğu¹³⁰, rüşvet suçu ile irtikâp suçunu ayırt etmek için uzun süredir uyguladığı ve

¹²⁹ Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 23; Bostancı Bozbayındır, s. 85.

¹³⁰ Örneğin bkz. Yarg. 5. CD., 10.12.2012, 11539/12636; Yarg. 5. CD., 10.10.2013, 6794/9482; Yarg. 5. CD., 31.03.2014, 9475/3500; Yarg. 5. CD., 25.04.2016, 3247/4206; Yarg. 5. CD., 09.05.2016, 2027/4793; Yarg. 5. CD. 15.09.2021, 1590/3706; "**Cebri irtikap suçu**, kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp, bu sıkıştırma karşısında ferdin de memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vaat etmesi ile oluşur. Kamu görevlisi açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini yapmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği ya da haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur belli bir şiddete ulaşmış olan bu manevi cebirin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istendiğini bildiği parayı ve sair menfaatleri kamu görevlisine vermekte ya da vaat etmektedir. **Burada fert meşru zeminde bulunmaktadırlar. Rüşvet suçu ise;** (6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonraki hukuki düzenlemelere göre) bir kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracıl vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlamasıyla oluşacak ve ayrıca **nitelikli rüşvet suçunda her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerekecek**, taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçu meydana gelecektir." (Yarg. 5. CD. 30.11.2021, 3550/6023).

doktrinde de kısmen savunulan¹³¹ bu görüşe göre kamu görevlisine menfaat sağlayan kişi gayrimeşru zeminde ise rüşvet suçu oluşacaktır. Bu görüşün “*meşru zemin-gayrimeşru zemin*” kriteri ile ne kastettiği; icbar kavramının anlamında bir daraltma yaparak sadece meşru zeminde olana karşı yapılan hareketleri mi icbar kapsamında gördüğü, yoksa icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdurun sadece meşru zeminde olan kimseler olabileceğini mi ileri sürdüğü, tam olarak anlaşılammaktadır. Bazı Yargıtay kararlarında meşru zeminde olmamak, gerçekleştirilen hareketlerin *zorlama boyutuna varmamasının* sebebi olarak görülmüş, dolayısıyla meşru zeminde olmak, icbar kavramının bir unsuru olarak kabul edilmiştir¹³². Ancak bazı Yargıtay kararlarında ise meşru zeminde olmak icbar suretiyle irtikâp suçunun oluşumu için gerekli bir koşul olarak görülmüş, gayrimeşru zeminde olmak ise rüşvet suçunun bir unsuru şeklinde telakki edilmiştir¹³³. Her iki anlayışın da ele alınması gerekir.

Kanaatimizce mağdurun meşru zeminde olmasının icbar kavramının bir unsuru olarak görülmesi isabetli değildir. Yukarıda yaptığımız icbar kavramının tanımında icbar edilenin kim olduğuna dair herhangi bir unsur söz konusu değildir. Dolayısıyla kim olursa olsun kendisine karşı tanıma uygun bir hareket gerçekleştirilen kişi, icbarda bulunulan kişi sayılır. Burada özellikle icbar karinesi düzenlemesinde yer alan

¹³¹ Koca, s. 259 vd.; Turabi, *İrtikâp*, s. 32; Bostancı Bozbayındır, s. 78.

¹³² Örn. Bkz. Yarg. 5. CD. 10.10.2013, 6794/9482.

¹³³ “...icbar suretiyle irtikap suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dahil olduğu, manevi cebrin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, aşamalarda beyanlar ve olayın oluş şekline göre sanığın öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere yasanın öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışının bulunmadığı gibi, olaydan sonra görevlendirilen ... tarafından yapılan soruşturma sonucunda düzenlenen 18/05/2011 tarihli rapor ile katılanın sahibi olduğu eczanede usulsüzlükler tespit edilerek katılanın idari, mali ve adli yönden cezalandırılması gerektiğinin bildirildiğinin anlaşılması karşısında, katılanın da meşru zeminde bulunmadığı bu itibarla irtikap suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, ancak sanığın eyleminin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmaması için menfaat sağlamak niteliğinde olup rüşvet alma suçunu oluşturacağı, ...” (Yarg. 5. CD. 10.06.2015, 9539/12356).

“kişinin **haklı bir işinin** gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle...” şeklindeki ifadeler, sadece haklı bir işi görülmesi gereken kişilere karşı icbarda bulunulabileceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir¹³⁴. Ancak hemen ifade edelim ki icbar karinesinin icbar kavramının bir tanımı olmadığını izah etmiştik. İcbar karinesi düzenlemesinde yer alan *haklı bir işin görülmesi* gibi hususlar, icbarın bir karine olarak var kabul edilebilmesinin koşullarıdır. Bu sebeple icbar kavramının tanımına *icbara maruz kalanın meşru zeminde olması* şeklinde bir unsurun eklenemeyeceği **kanaatindeyiz**. Dolayısıyla ister meşru zeminde olsun ister gayrimeşru zeminde olsun, bir kimseye karşı icbar tanımına uygun hareketler gerçekleştirilmişse bu hareketler, *icbar* olarak kabul edilmelidir.

Meşru zemin kriterinin icbar suretiyle irtikâp suçunun bir unsuru olarak görülmesi de aynı şekilde **kanaatimizce** isabetli değildir. Bu yönde bir kabul, ancak kanunda mağdura ilişkin bu yönde bir ifadenin bulunması hâlinde geçerli olabilir. Nasıl ki failin kamu görevlisi olması gerektiği icbar kavramının tanımının değil, icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurlarından birini oluşturuyorsa aynı değerlendirmenin, mağdur açısından da yapılması düşünülebilir. Ancak burada önemle vurgulamak gerekir ki failin kamu görevlisi olması gerektiği hususu kanunda açıkça düzenlenmiştir. Kanunda açık ifade olmadığı hâlde bir suçun sadece kamu görevlisi tarafından işlenebileceğini söylemek, suç tanımına bir unsur eklemek anlamına gelir ki bu, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Aynı şekilde icbar suretiyle irtikâp suçu özelinde mağdurun meşru zeminde olması gerektiği konusunda suç tanımında açık bir ifade olmadığı hâlde sadece meşru zeminde olan kişilerin mağdur olabileceğini

¹³⁴ Doktrinde bu düzenlemeden hareketle sadece haksız yarar sağlanması durumunda suçun oluşacağı ifade edilmektedir. Hâlbuki icbar karinesi düzenlemesi bir tanım değildir. Yararın haklı-haksız oluşundan değil, işin haklılığından bahsetmektedir. Suç tanımı sadece “yarar” demektir. İlgili görüş için bkz. Koca, s. 254, yazar ayrıca aynı düzenlemeden icbar suretiyle irtikâp suçunda sadece haklı bir işin gördürülmesi gerektiğini, yani mağdurun meşru zeminde olması gerektiğini de anlamaktadır. Bu çıkarım ise kısmen doğrudur. Zira düzenlemede gerçekten böyle bir koşul vardır. Ancak bu koşul sadece karine düzenlemesi kapsamında gerçekleşen icbar suretiyle irtikâp suçları için geçerlidir. Çıkarım için bkz. Koca, s. 259.

kabul etmek de yine suç tanımına bir unsur eklemek anlamına gelir ve bu kabul de suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder.

Her iki ihtimal için görüşümüzü ortaya koyduktan sonra bu kriterdeki *meşruiyet* vurgusunun ve bununla neyin kastedildiğinin de belirlenmesi gerekir. Bilindiği gibi kriter, kişinin kamu görevlisine menfaat temin ederken üzerinde bulunduğu zeminin meşru olup olmamasına dayanmaktadır. Bu kritere göre hem icbar suretiyle irtikâp hem de rüşvet suçunda kamu görevlisi olan fail, zaten gayrimeşru zemin üzerindedir. Öyleyse ayırım, kamu görevlisine menfaat sağlayan kişinin hangi zemin üzerinde bulunduğuna göre yapılmaktadır. Bu kişi gayrimeşru zeminde ise oluşan suç rüşvet, meşru zeminde ise oluşan suç (icbar suretiyle) irtikâp suçudur. İlgili Yargıtay kararlarına bakıldığında bu görüşün, meşru zemin-gayrimeşru zemin ayırımındaki meşru oluş ya da olmayışın sebebini, görülen işin haklı ya da haksız bir iş olmasında gördükleri anlaşılmaktadır. Buna göre söz gelimi rüşvet suçunda kamu görevlisine yarar sağlayan kişinin gayrimeşru zeminde olmasının sebebi sağlanan *yararın haksız olması* değil, yarar karşılığı *görülen işin haksız* olmasıdır¹³⁵. Meşru zemin-gayrimeşru zemin kriterinin bu şekilde anlaşılması -ki kriteri ortaya koyanlar bu anlamı kastettiklerinden başka türlü anlaşılmamalıdır-, rüşvet suçunun sadece haksız bir işin gördürülmesi durumunda oluşacağına kabulü anlamına gelir. Hâlbuki 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle rüşvet suçu artık sadece *görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için değil, görevinin ifasıyla ilgili herhangi bir işi yapması veya yapmaması için menfaat sağlanması hâlinde* oluşmaktadır. Dolayısıyla kamu görevlisine görevinin ifası ile ilgili, *ister haklı isterse haksız bir işinin yapılması ya da yapılmaması için olsun*, herhangi bir icbar olmaksızın menfaat sağlanması rüşvet suçunu oluşturacaktır. Bu sebeple sırf gördürülen işin haksız olması sebebiyle gayrimeşru zeminde olduğu söylenen rüşvet veren kişi, haklı bir işinin gördürülmesi durumunda artık meşru zeminde olacaktır. Bu ise rüşvet suçu açısından kabul edilebilir değildir. Meşru zemin-gayrimeşru zemin kriteri, 6352 sayılı Kanun ile rüşvet ve irtikâp suçunda yapılan değişikliğe kadar bir anlam ifade edebilirdi. Ancak artık haklı işlerin gördürülmesi ile ilgili yarar sağlamalar da rüşvet suçunu oluşturduğundan, kriterin de savunulmaması ve

¹³⁵ Krş. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1307; Kahraman, *Rüşvet*, s. 340.

uygulanmaması gerekir¹³⁶. Zira ilgili kriterde bir kimsenin gayrimeşru zeminde olması ile kastedilen gördürülen işin *haksız* olmasıdır. Yargıtay 6352 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonraki kimi kararlarında¹³⁷ rüşvet ile irtikâp suçunu mukayese ederken meşru zemin-gayrimeşru zemin kriterine yine dayanmaktaydı. Ancak bunun 6352 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten öncesi için söz konusu olduğunu belirtmek suretiyle kriterin ileride terk edileceği intibahı uyandırıyor. Ne var ki bu kararlarında Yargıtay bu gerçeği dile getirmesine rağmen kriteri uygulamaya devam etmiştir. Hatta Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 2021 yılında verilen iki kararda da kriterin uygulanmaya devam ettiği

¹³⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1064.

¹³⁷ "... Rüşvet suçu ise; (6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki hukuki düzenlemelere göre) bir kamu görevlisinin görevlerinin gereklerine aykırı olarak, bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşacak ve ayrıca bu suçta her iki tarafın da gayri meşru zemin içinde bulunmaları gerekecek, taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulduğu anda rüşvet suçu meydana gelecektir... sübut bulan olayda; sanık ve katılanın gayri meşru zeminde olduğu ve katılanın sağladığı yararın yasal olmadığını bildiği, bu itibarla ikna suretiyle irtikap suçunun yasal unsurunun oluşmadığı,..." (Yarg. 5. CD., 25.04.2016, 3247/4206); "... 6352 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesinde TCK'nın 252. maddesinde yazılı rüşvet suçunda ise ... her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerektiği; somut olayda ise, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Müdürlüğü Yankesicilik ve Dolandırıcılık Büro Amirliğinde görevli polis memurları olan sanıklar ... ve ... ile aynı Şube Hırsızlık Büro Amirliğinde görevli ...'in hırsızlık konusu bir otomobil ile yaptıkları araştırma kapsamında katılanlara ait oto kaporta ve boya işi yapılan işyerine geldikleri, çekmecede buldukları ruhsatsız tabanca ile ilgili yasal işlem yapmama karşılığında 50.000 TL istedikleri, katılanların bu miktarı veremeyeceklerini beyan edip temin ettikleri 1.500 Doları sanıklara verdikleri, sanıkların 26/10/2010 tarihinde yenisinden işyerine gelerek bir miktar daha para istedikleri, katılanların daha sonra para tadarik edebileceklerini söylemeleri üzerine işyerinden ayrıldıkları, katılan ...'ın 28/10/2010 tarihinde Emniyet Müdürlüğüne başvurup ruhsatsız tabancayı teslim ederek sanıklardan şikayetçi olduğu, bu şekilde gerçekleşen eylemlerinde kanunun öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışlarının bulunmadığı gibi katılanların da meşru zeminde bulunmadığı, bu itibarla irtikap suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, ancak eylemlerin hukuki niteliği itibarıyla rüşvet alma suçu kapsamında kaldığı gözetilmeksizin,..." (Yarg. 5. CD., 09.05.2016, 2027/4793).

görülmetedir¹³⁸. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2021¹³⁹ yılında verdiği bir kararında rüşvet ve irtikâp suçlarını son derece detaylı bir şekilde

¹³⁸ “**Cebri irtikap suçu**, kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi taziyik etmesi ile başlayıp, bu sıkıştırma karşısında ferdin de memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vaat etmesi ile oluşur. ... **Burada fert meşru zeminde bulunmaktadır. ... rüşvet suçunda her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerekecek**, taraflar arasında serbest irade ile yapılan anlaşmanın vuku bulunduğu anda rüşvet suçu meydana gelecektir.”(Yarg. 5. CD. 30.11.2021, 3550/6023); benzer şekilde ayrıca bkz. Yarg. 5. CD. 15.09.2021, 1590/3706.

¹³⁹ “... Somut olayın isabetli bir şekilde çözümlenebilmesi için öncelikle **irtikap ve rüşvet suçları üzerinde durulmalıdır**. ... İcbar sözcüğünün anlamı Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde, “zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zora başvurmak” şeklinde açıklanmıştır. Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 tarihli ve 167-70 sayılı kararı ile yerleşmiş önceki kararlarında da vurgulandığı üzere, icbar kelimesi manevi cebir anlamında olup cebir unsuru manevi taziyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi hâlinde icbar gerçekleşmiş sayılacak, maddi cebir kullanılması hâlinde ise, eylem yağma suçunu oluşturacaktır. Nitekim TCK’nın 250. maddesinin gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Yine Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, manevi cebirin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma imkânının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dahildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaat edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi icbar için yeterlidir. Bu nedenle de icbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı, somut olayın özellikleri ve nesnel şartlar nazara alınarak, hâkim tarafından takdir edilmelidir. Öte yandan, icbar suretiyle irtikap suçunun gerçekleşmesi kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmasını gerektirmektedir. Nüfuz, kamu görevlisinin görevinin vermiş olduğu yetki ve imkânlar nedeniyle sahip olduğu güç ve etkinlik; bunun kötüye kullanılması ise yetki ve imkânların sağladığı ayrıcalıklı üstün konumdan yararlanarak görevinin kendisi ya da başkasına yarar sağlaması olup, bu suçta kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır. ...TCK’nın 252. maddesinin birinci fıkrasında; ...“rüşvet veren” bakımından, İkinci fıkrasında ise; ... “rüşvet alan kamu görevlisi” açısından “rüşvet suçu” tanımlanmıştır. Bu suretle de, sağlanan menfaatin “kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı” bir işin yapılması amacına yönelik olması şartı kaldırılarak, görevinin

karşılaştırmış, karşılaştırmanın 6352 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonrası için olduğunu vurgulamış, ancak bu detaylı karşılaştırmada meşru zemin-gayrimeşru zemin kriterinden bahsetmeyerek kriteri terk etmiş, bunun yerine icbar kavramını izah etmiştir.

Burada meşru zemin-gayrimeşru zemin kriterindeki *meşruiyet* vurgusu ile kastedilenin *işin haksız gördürülmesi* değil, haklı da olsa gördürülen iş sebebiyle *sağlanan menfaatin haksız olması* olduğu varsayımında kriterin uygulanabilirlik durumu sorgulanabilir. Bu anlamıyla rüşvet veren kişi, ister haksız ister haklı bir işinin gördürülmesiyle ilgili olsun, kamu görevlisine görevinin ifasıyla ilgili bir menfaat sağlarsa bu menfaat, hukuki dayanaktan yoksun ve hukuken sağlanmaması gereken bir menfaat anlamında *haksız* olacak ve kişi bu sebeple gayrimeşru zeminde olacaktır. Her ne kadar kriterle bu anlam kastedilmese de kriterin bu anlamda kullanılması düşünülürse rüşvet veren, her zaman gayrimeşru zeminde olacaktır. Ancak rüşvet suçu düzenlemesine göre zaten haklı yarar

gereklerine uygun davranması için kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili TCK'nın 257/3. maddesindeki görevi kötüye kullanmak suçu kapsamından çıkartılarak rüşvet suçuna dönüştürülmüştür...05.07.2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile TCK'nın 252. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde; "Rüşvet suçunun oluşabilmesi için sağlanan menfaatin kamu görevlisinin 'görevinin gereklerine aykırı' bir işin yapılması amacıyla özgü olması şartı aranmamaktadır. Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılması bağlamında kişiyle anlaşarak bir menfaat temin etmesi gerekmektedir. Ancak, önemle vurgulamak gerekir ki, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, bu kişi bakımından fiil suç oluşturmaz. Çünkü bu durumdaki kişiyi mağdur olarak kabul etmek gerekmektedir. Buna karşılık menfaat sağlanan kamu görevlisini ise, artık rüşvet veya görevi kötüye kullanma suçundan dolayı değil, icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı cezalandırmak gerekmektedir. Bu suretle rüşvet suçu ile icbar suretiyle irtikâp suçu arasındaki ayrırma açıklık getirilmiştir." şeklinde açıklanarak bu suretle de, görevinin gereklerine uygun davranması için kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili TCK'nın 257/3. maddesindeki görevi kötüye kullanmak suçu kapsamından çıkartılmış olup irtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde rüşvet suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir." (Yarg. CGK., 06.05.2021, 276/201).

temininde de rüşvet suçu oluşabilmektedir¹⁴⁰. Kriterin bu anlamda kullanılması hâlinde rüşvet veren bazen de meşru zeminde olabilecektir ki bu, kabul edilemez. İcbar suretiyle irtikâp suçunda ise yararı sağlayan kişi mağdur, yani meşru zeminde addedilmektedir. Ancak buradaki meşru zeminde oluş ile kastedilenin, mağdurun haklı bir işinin gördürülmesi olmalıdır. Bir an gördürülen işin değil, sağlanan yararın *haklı* oluşunun kastedildiği düşünüldüğünde icbar suretiyle sağlanan tüm yararların haklı olması gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkar. Hâlbuki mülga 765 sayılı TCK'dan farklı olarak mevcut kanuni düzenleme her ne kadar artık *haklı* yararları da suçun konusu olarak kabul etmiş olsa da pratikte icbar suretiyle irtikâp suçu sebebiyle sağlanan yararların büyük kısmı *haksız* yararlıdır. Bu durumda yararın haklı ya haksız oluşu anlamındaki meşru-gayrimeşru zemin kriterinde icbar edilen kişi, çoğunlukla gayrimeşru zeminde addedilmek icap eder. Bu ise kabul edilebilir değildir.

Dolayısıyla haklı ya da haksız bir işin gördürülmesi anlamında kullanılan, yararı sağlayan kişinin meşru zemin-gayrimeşru zeminde olması kriteri, rüşvet ve icbar suretiyle irtikâp suçlarını ayırt etmede elverişli bir kriter değildir. Hatta bu kriteri uygulamak demek, hem rüşvet suçuna hem de icbar suretiyle irtikâp suçuna içtihatla bir unsur eklemek anlamına gelir¹⁴¹. Alman Ceza Kanunu'nda gördürülen işin haksız olup olmamasına göre rüşvet suçları ikiye ayrılmış, her iki durumda da hem menfaati sağlayan kişi hem de kendisine menfaat sağlanan kamu görevlisi fail olarak kabul edilmiştir. Hâlbuki bu kriterin uygulanması sebebiyle kanuni düzenlemelere aykırı olarak *haklı bir işinin görülmesi* için kamu görevlisine özgür iradesi ile *haksız* bir menfaat temin eden kişinin rüşvet veren olarak nitelendirilmesi gerekirken *meşru zeminde* görülmesi ve rüşvet veren olarak nitelendirilmemesi söz konusu olacaktır. Suç tanımlarına unsur eklemek suretiyle suçlar arasında bu şekilde bir ayırım yapmak, kanunilik ilkesine aykırıdır.

Literatürde de meşru zemin-gayrimeşru zemin kriteri görüşünü eleştiren ve kriteri, oluşan suçun icbar suretiyle irtikâp mı, yoksa rüşvet mi olduğunun belirlenmesinde isabetli bir kriter olarak görmeyenlerin

¹⁴⁰ Artuk/Koçyiğit, s. 17.

¹⁴¹ Krş. Özalp, s. 426.

olduğunu da belirtmek gerekir¹⁴². Dolayısıyla kullanılan anlamıyla gay-rimeşru zeminde olduğu hâlde, yani haksız bir işini gördürmek istediği hâlde bir kimsenin icbar edilmesi ve dolayısıyla icbar suretiyle irtikâp suçunun mağduru olması mümkündür¹⁴³. Aynı şekilde meşru bir zeminde olduğu hâlde, yani haklı bir işini gördürmek istediği hâlde bir kişinin rüşvet veren olarak fail olması mümkündür. Zira rüşvet suçunda bu kişinin eyleminin haksızlık teşkil etmesinin sebebi, yaptırılan işin haksız olması değil, işin ifası için sağlanmaması gereken bir yarar olduğunu bilmesine rağmen yararı sağlamasıdır¹⁴⁴. Bu sebeple rüşvet veren kişi, bir haksızlık gerçekleştirmektedir. İcbar suretiyle irtikâp suçunda da sağlanan yarar haklı ya da haksız olabilir. Ancak bu yararın elde edilmiş biçimi (icbar) haksızdır. İcbar edilen kişi bunu bilerek hareket etmektedir. Ancak icbar sebebiyle bu kişinin yararın sağlanması konusundaki iradesi sakatlanmıştır. Bu sebeple bu kişi mağdur sayılır ve gördürülen işin haklı ya da haksız bir iş olmasının, bu değerlendirmede bir önemi yoktur.

f) İcbar Karinesi

İcbar karinesi düzenlemesinin icbarın bir tanımı olmadığı, bir karene olduğu, aynı zamanda icbar kavramının anlamını icbar suretiyle irtikâp suçu özelinde genişleten bir düzenleme olduğu yönündeki fikirlerimizi izah etmiştik. Burada icbar karinesinin bulunması durumunda cezai sorumluluğun nasıl belirleneceği konusu ele alınacaktır¹⁴⁵. Düzenlemeye göre icbarın var kabul edilebilmesi için gerçekleşmesi gereken bazı koşullar bulunmaktadır.

1- *Kamu görevlisi tarafından haksız tutum ve davranışlar sergilenmiş olmalıdır.*

¹⁴² Tezcan/Erdem/Önok, s. 1302; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1064; İnanç, s. 47; Özalp, s. 426; Evik, s. 66; Alptekin Küçükince, *Rüşvet Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 160.

¹⁴³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1302.

¹⁴⁴ Kahraman, *Rüşvet*, s. 256 ve 257.

¹⁴⁵ İcbar karinesi düzenlemesine literatürde getirilen birçok eleştiri bulunmaktadır. İlgili eleştirilerin bir özeti için bkz. Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 219 vd.

Doktrinde bu ifadenin çok belirsiz olduğu, ne anlama geldiğinin belli olmadığı¹⁴⁶, hukuki sorumluluğun belirlenmesinde yanlış sonuçlara götürebileceği¹⁴⁷ ifade edilmektedir. Kanaatimizce haksız tutum ve davranışlar ifadesinden, fail tarafından gerçekleştirilen, açıkça zorlama içermeyen nitelikteki haksız tutum ve davranışlar anlaşılmalıdır. Açıkça zorlama içeren nitelikteki haksız tutum ve davranışlar ise zaten fıkranın ilk cümlesine göre icbar kavramı kapsamındadır. Elbette kamu görevlisi tarafından açıkça kendisi ya da başkası için yarar talebinde bulunulması da haksız bir davranıştır. Ancak karine düzenlemesinde, kamu görevlisi tarafından sergilenen haksız tutum ve davranışların kişide endişe uyandırması ve kişinin kendisini mecbur hissetmesinden bahsedilmesi, kişinin ilgili haksız ve tutum ve davranışları yorumlayarak ve psikolojik olarak etkilenerek duyduğu endişe sebebiyle istemediği bir şeyi yapmaya zorlandığını göstermektedir. Bu durumda haksız tutum ve davranışlar ifadesinin, açıkça zorlama içermeyen haksız tutum ve davranışlar olarak anlaşılması gerekmektedir. Kamu görevlisinin sergilediği tutum ve davranışların haksız olup olmadıkları, ilgili kamu görevlisinin görev alanı üzerinden belirlenmelidir. Kamu görevlisinin görev alanının sınırlarını belirleyen mevzuata bakarak kamu görevlisinin haklı ya da haksız bir tutum veya davranış sergilediği belirlenmelidir¹⁴⁸. Tekraren vurgulamak gerekirse her haksız tutum ve davranış değil, icbar niteliğinde olan haksız tutum ve davranışlar karine özelinde suçun oluşmasını sağlar.

Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları, kendisine veya başkasına menfaat talep etmeye yönelik olmalıdır. Kamu görevlisi bir iş görürken haksız tutum ve davranışlarda bulunduğu bu, mutlak anlamda işin görülmesi için bir yarar talebinde bulunması şeklinde anlaşılmalıdır. Söz gelimi kamu görevlisi özel hayatından, iş hayatından veya işi görülecek vatandaşın şahsından kaynaklanan bir durum sebebiyle haksız takım tutum ve davranışlarda bulunmuş olabilir. Bu sebeple

¹⁴⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1298; İnanç, s. 100; Bostancı Bozbayındır, s. 95.

¹⁴⁷ Meran, s. 229.

¹⁴⁸ Yurtcan, s. 56; Hafızoğulları/Aygün Eşitli, s.34; Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 218 ve 219, yalnız yazar haksızlığı mevzuat değil, yasa dışına çıkmak olarak anlamaktadır.

somut olayda gerçekleştirilen haksız tutum ve davranışların sebebinin kesin olarak belirlenmesi gerekir.

Başka sebepten kaynaklandığı hâlde kişi, gerçekleştirilen haksız tutum ve davranışlar sebebiyle endişe duyup kamu görevlisine yarar sağlamaya çalıştığında bakılır; kamu görevlisi bu yararı kabul etmişse gerçekleştirdiği haksız tutum ve davranışların *karine olarak* kendisine veya başkasına menfaat talep etmeye yönelik olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda yarar sağlayan kişi mağdur olur. Ancak eğer bu yararı kamu görevlisi kabul etmemişse gerçekleştirdiği haksız tutum ve davranışların kendisine veya başkasına menfaat talep etmeye yönelik olmadığı kabul edilmeli ve teşebbüsten ceza verilmemelidir. Zira düzenleme bir karine düzenlemesidir. Nitekim haksız tutum ve davranışları menfaat talebi anlamı içerseydi kamu görevlisinin sağlanan bu yararı kabul etmesi kuvvetle muhtemel olurdu. Bu durumda menfaat temin etmeye çalışan kişinin rüşvet teklif etmeye çalışan kişi olarak telakki edilmesi tehlikesi bulunmaktadır. İfade edelim ki bu durumda menfaat teminine çalışan kişi, rüşvet vermeye teşebbüs eden kişi değildir. Zira bu kişi kendisini, icbar suretiyle irtikâp suçunun mağduru sanmış, dolayısıyla hataya düşmüştür. Nitekim tasavvuru (benden para isteniyor, vermeye mecburum, yoksa işim görülmez, mağdurum) ile gerçeklik (kendisinden bir şey istenmiyor, vermeye mecbur değil, zira işi görülecek, mağdur değil) uyuşmamaktadır. Bu durumda yarar sağlamaya çalışması, rüşvet verme fiili bağlamına nitelendirilebilir. Ancak bu durumda TCK m. 35/1 gereği kişinin işlemeyi kastettiği bir suç söz konusu olmadığından, manevi unsur eksikliği sebebiyle rüşvet suçuna teşebbüsten cezai sorumluluk doğmayacaktır.

İcbarda olduğu gibi icbar karinesinde de elverişlilik gereklidir. Bunun için kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışlarının bulunması, bunun ortalama bir insanı haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesine sevk etmeye ve menfaat temini konusunda mecbur bırakmaya objektif olarak elverişli olması gerekir¹⁴⁹. Elverişlilik değerlendirmesi somut olaya göre hâkim tarafından yapılmalıdır¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Sarıtaş, s. 698.

¹⁵⁰ Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1087.

Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen haksız tutum ve davranışlar objektif olarak elverişli **olmayabilir**. Bu durumda bakılır; endişeye sevk etmeye ve kişide mecburiyet hissinin oluşmasına elverişli olmayan haksız tutum ve davranışlara rağmen aşırı endişe duymaya meyyal olduğu için menfaat temin eden kişi, sırf bu sebeple mağdur addedilmez; rüşvet suçunun olduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde elverişli olmayan haksız tutum ve davranışlar sonucu endişeye kapılmadığı hâlde kişi menfaat sağlamışsa yine rüşvet suçu oluşur¹⁵¹. Zira bu iki ihtimalde kişi, objektif olarak elverişli olmayan haksız tutum ve davranışlar karşısında ya gereksiz bir endişenin sonucu ya da endişe duymadığı hâlde kamu görevlisinin imalı rüşvet talebine olumlu karşılık vermiş olmaktadır. Ancak elverişli olmayan ve bir yarar talebine dönük gerçekleştirilen haksız tutum ve davranışlar karşısında kişi herhangi bir yarar sağlamamış ya da bu yönde vaatte bulunmamışsa kamu görevlisi açısından rüşvet suçuna teşebbüs oluşur. Zira kamu görevlisinin bu tutum ve davranışları, kendisine yarar sağlanması yönünde örtülü bir irade açıklaması hükmündedir.

Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen haksız tutum ve davranışlar objektif olarak elverişli **olabilir**. Bu durumda bakılır; elverişli olan haksız tutum ve davranışlar sebebiyle endişelenen kişi menfaat sağlamışsa icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Zira karine olarak icbarın varlığı kabul edilecektir. Ancak elverişli haksız tutum ve davranışlara rağmen endişelenmeyen kişi menfaat sağlamışsa yine icbar suretiyle irtikâp suçunun olduğu kabul edilmelidir. Zira bu bir karine düzenlemesidir. Menfaatin sağlanmış olması, endişenin ve mecburiyet hissinin oluştuğunu gösterir. Ayrıca önemli olan haksız tutum ve davranışların elverişliliğidir. Ancak eğer elverişli haksız tutum ve davranışlara rağmen endişelenmeyen, kendisini menfaat sağlamaya da mecbur hissetmeyen kişi, herhangi bir menfaat de sağlamamışsa icbar suretiyle irtikâp suçu teşebbüs aşamasında kalmış olur. Zira kamu görevlisi açısından icbar karinesi gereği icbar niteliğinde görülen hareketlerin icrasına başlanmış, ancak failin elinde olmayan sebeplerle suç tamamlanamamıştır.

¹⁵¹ Literatürde ayrıca görevi kötüye kullanma suçunun da oluşabileceği söylenmektedir. Hâlbuki bu durumda menfaati sağlayan kişinin eylemi değerlendirilmemiş olur. Bkz. Sarıtaş, s. 712.

İlk koşula bir örnek vermek gerekirse: Tüm evrakını tamamlayıp belediyede inşaat ruhsatı için gerekli işlemleri yapmak üzere ilgili kamu görevlisine başvuran müteahhide kamu görevlisinin doğru düzgün bir cevap vermemesi, işini görmesi gerekirken sebepsizce ilgisiz kalması, işi yapmak istemediğini belli edecek şekilde davranması, haksız bir tutum ya da davranış olarak nitelendirilebilir. Kamu görevlisinin bu yolla bir menfaat isteyip istemediği, müteahhidin buna nasıl tepki verdiği göre tespit edilebilir. Eğer müteahhit endişe duyup kendisini mecbur hissederek menfaat sağlamış ve kamu görevlisi de bunu kabul etmişse bu, kamu görevlisinin bu yolla menfaat istediğini gösterir.

2- *Kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesine kapılması gerekir.*

Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen haksız tutum ve davranışlar açık bir icbar niteliği taşımadığından mağdur, bir endişeye kapılmaktadır¹⁵². Açıkça yapılan icbarlarda kişi söz gelimi bir işinin görülmeyeceğinden endişe duymaz, buna emin olur; haksız bir menfaat sağlamaya kendisini mecbur hissetmez, buna mecbur olur.

İcbar karinesindeki endişe kişinin *haklı* bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmemesi üzerine duyulan bir endişedir. Dolayısıyla kişinin *haksız* bir işinin görülmeyeceği endişesi duyması durumunda icbar karinesinden yararlanılmayacaktır. Bu düzenleme, kişinin haksız bir işinin görülmesi esnasında kamu görevlisi tarafından uğrayacağı icbar niteliğindeki zorlamaların icbar kabul edilmemesi gerektiği sonucunu doğurmaz. Zira düzenleme bir icbar tanımı değil, bazı özel durumların hükmen icbar sayıldığı ve koşulların oluşması hâlinde de icbarı var addeden bir düzenlemedir. Konuyu yukarıda izah etmiştik.

Kişide oluşan endişe, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışlarının sonucu oluşmalıdır. Başka bir sebeple, söz gelimi mesai saatinin sonuna yakın bir zamanda geldiği için, haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceğinden endişe duyarak menfaat temininde bulunan kişi, icbar edilmiş sayılmayacaktır. Bu durumda rüşvet suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

¹⁵² Yurtcan, s. 57; düzenlemeye getirilen bir eleştiri için bkz. Turabi, *İrtikâp*, s. 83.

İlk koşulda verdiğimiz örneğe devam edecek olursak müteahhit, kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında haklı işinin görülmeyeceği endişesine kapılabilir. Bu durumda haksız tutum ve davranışların ilk neticesi gerçekleşmiş olur. Ancak eğer kişi endişeye kapılmamış ve dolayısıyla menfaat temin etmemişse, suç teşebbüs aşamasında kalır.

3- *Kişinin kendisini kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etme konusunda mecbur hissetmesi gerekir.*

Kişinin mecburiyet hissi, duyduğu endişenin sonucu olmalıdır¹⁵³. Kişinin kendisini *kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etme konusunda* başka sebeple mecbur hissetmesi durumunda icbar karinesinin koşulları gerçekleşmez. Bu durumda söz konusu olan o *başka sebebe* bakılmalıdır. O başka sebep bir icbar, bir tehdit, bir cebir ya da tamamen farklı bir şey olabilir. Bu durumda duruma göre karineye dayanmayan icbar suretiyle irtikâp, yağma ya da başka bir suç oluşabilir.

Kişi endişe duymuş, ancak kendisini menfaat temin etmeye mecbur hissettirecek boyutta bir endişeye kapılmamışsa mecburiyet hissinden de bahsedilemez. Buna rağmen menfaat temin etmişse icbar var kabul edilmeyecektir. Bu durumda icbar suretiyle irtikâp suçu da oluşmayacak, rüşvet suçu oluşacaktır. Kişinin kendisini mecbur hissedip hissetmediğinin tespiti ise güçtür. Elbette rüşvet veren faillerin, kendilerini mecbur hissederek menfaat temin ettiklerini ileri sürmeleri kuvvetle muhtemeldir. Bunun için somut olayda objektif olarak, kamu görevlisinin tutum ve davranışlarına, bunların haksız olup olmadığına, kişinin işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmemesine yol açabilecek tutum ve davranışlar olup olmadıklarına bakılmalıdır. Zira normalde kimse haklı bir işinin zamanında görülmesi için durduk yere kamu görevlisine menfaat temin etmeye yanaşmaz. Eğer kişinin bu duruma kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları sonucu sokulduğu ve gerçekten menfaatin de temin edildiği tespit edilmişse bu, o kişinin kendisini menfaat temin etme konusunda mecbur hissettiğine karine olarak kabul edilebilir.

¹⁵³ Yurtcan, s. 57; Sarıtaş, s. 698, 712.

4- *Kişinin kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temini vaadinde bulunması yetmez, menfaati temin etmiş olması gerekir.*

Karine, normalde tespit edilmesi ve icbar sayılması çok güç olan asgari koşulları ihtiva ettiğinden, bir kimsenin bu karineden yararlanabilmesi için suç konusu yararı gerçekten temin etmiş olması gerekir. Kişi sadece bu yönde vaatte bulunmuşsa karinenin diğer koşulları gerçekleşse bile icbarın var olduğu söylenemeyecektir¹⁵⁴.

Ancak literatürde menfaat kavramını yarar ve vaat kavramlarını birlikte kastetmek için kullanan bir görüşe göre vaadin sağlanması durumunda da karine gereği icbar var sayılacaktır¹⁵⁵. Düzenlemede vaat hususuna değinilmemesi eleştirilebilir ve eksiklik olarak görülebilir. Ancak **kanaatimizce** sırf bu sebeple yarar anlamına gelen menfaat kavramının anlamında değişiklik yapılması doğru değildir. Bir diğer görüş ise kanundaki lafza aykırı olarak amaçsal bir yorumla vaatte bulunmuş olmayı da karine için yeterli bir netice saymaktadır¹⁵⁶.

İlk koşulda verdiğimiz örneğe devam edecek olursak müteahhit, endişe sonucu kendisini bir menfaat temin etme zorunda hissedebilir. Bu hissiyat içerisinde faile menfaat temin etmek üzere harekete geçtiğinde, söz gelimi gizleyerek bir miktar para uzatıp işinin görülmesini istediğinde failin bunu kabul etmesi hâlinde, vatandaşın kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışlarını doğru okuduğu, endişesinde haklı olduğu anlaşılmış olur. Bu sebeple karine olarak icbar var kabul edilir.

5- *Menfaati başkasının değil, bizzat kendisinin temin etmiş olması gerekir.*

Dolayısıyla icbar karinesi düzenlemesine göre karineden yararlanılabilmesi için menfaati temin edenle haksız tutum ve davranışlar sebebiyle endişe uyup kendisini menfaat temin etme zorunda hisseden kişi aynı kişi olmalıdır. Madde metni bunu gerektirmektedir. Hâlbuki suçun

¹⁵⁴ Aynı yönde bkz. Sarıtaş, s. 709; aksi yönde bkz. Koca, s. 257, yazar karine düzenlemesinde vaatten bahsedilmediği hâlde düzenlemenin vaadi de kapsadığını belirtmektedir.

¹⁵⁵ Turabi, *İrtikâp*, s. 84.

¹⁵⁶ Yokuş Sevük, s. 915.

tanımlandığı TCK m. 250'in ilk fıkrasının ilk cümlesine göre icbar edilen ile yararı sağlayan ya da bu yönde vaatte bulunan kişinin aynı kişi olması gerekmiyordu.

Sonuç olarak tüm bu koşullar, icbar karinesi düzenlemesinin icbar kavramının bir tanımı olmadığı görüşünü desteklemektedir. Bu konuda iki farklı görüşün sorumluluğa etkisinin farklı olduğunu belirtmek gerekir. Düzenlemeyi tanım olarak kabul eden görüşe göre bir olayda yukarıdaki koşullar gerçekleşmişse icbar var, gerçekleşmemişse icbar yoktur. Dolayısıyla suç oluşmuş ya da oluşmamıştır. Düzenlemeyi karine olarak kabul eden savunduğumuz görüşe göre ise bir olayda düzenlemedeki koşullar gerçekleşmişse icbar var kabul edilir. Eğer tanımdaki koşullar gerçekleşmemişse bu, kesin olarak icbarın olmadığı anlamına gelmez. Bunun için icbarın tanımına bakmak, tanımındaki koşulların mevcut olup olmasına göre hareket etmek gerekecektir. Zira TCK m. 250'in ilk fıkrasının ilk cümlesine göre sorumluluk doğabilir.

Ayrıca bu koşullar, karine üzerinden yapılan yargılamalarla karine dışında yapılan yargılamaların aynı hükümlere tabi olmadığını da göstermektedir. Karine üzerinden yapılan yargılamalarda bu koşulların mutlaka dikkate alınması gerekir.

ii. İcbarın Kamu Görevlisinin Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle Gerçekleştirilmesi

İcbar niteliğindeki hareketlerin suça vücut verebilmesi için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Kanunda öngörülen bu husus suçu bağlı hareketli bir suç yapmaktadır¹⁵⁷. Bir başka ifade ile icbar niteliğindeki her hareket değil, sadece kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen icbar niteliğindeki hareketler suçun fiil unsurunu oluştururlar.

Nüfuz, bir kimse üzerinde sahip olunan otorite, güç, üstünlük, avantaj ve bir kimseye söz geçirme gibi anlamlara gelmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Sarıtaş, s. 694.

¹⁵⁸ <https://sozluk.gov.tr>; Yokuş Sevük, s. 912; Özen, *Ceza Özel*, s. 704; Baytemir, s. 733. Hafizoğulları/Aygün Eşitli, s. 34; Koca, s. 252.

Nüfuzun farklı kaynakları olabilir. Üstsoy veya altsoy ilişkisi (örneğin TCK m. 38/2), kamu görevi (örneğin TCK m. 86/3-d, m. 102/3-b, 103/3-e, 109/3-d), vesayet ilişkisi (örneğin TCK m. 102/3-b), hizmet ilişkisi (örneğin TCK m. 102/3-b, 103/3-e) veya sair sebepler (örneğin TCK m. 80/1) buna örnek gösterilebilir.

Nüfuzun kullanılması demek, bir kimse üzerinde sahip olunan gücün hissettirilmesi yönünde somut adımların atılması demektir. Nüfuz sahibi, sahip olduğu nüfuzu nüfuzun kaynağına uygun kullanırsa nüfuzun iyiye kullanımı, aykırı kullanırsa nüfuzun kötüye kullanımı söz konusu olur¹⁵⁹. Söz gelimi hâkimin görevi yargı görevidir. Yargı görevi yaparken yargıladığı insanlar üzerinde o görevle bağlantılı olarak bir güç ve otorite sahibidir. Hâkim bu görevinin kendisine sağladığı bu nüfuzu görevin gereklerine uygun hareket etmekle iyiye ya da aykırı hareket etmekle kötüye kullanabilir. Aynı şekilde bir öğretmen eğitim-öğretim görevini ifa eder. Öğretmen, öğrenciler ya da veliler üzerinde göreviyle bağlantılı bir nüfuz sahibidir ve bu nüfuzunu aynı şekilde iyiye ya da kötüye kullanabilir.

İcbar suretiyle irtikâp suçundaki nüfuzun kaynağı kamu görevidir (TCK m. 250/1). Fail hukuka uygun olarak elde ettiği kamu görevliliği sıfatının kendisine sağladığı bir güce, nüfuza sahiptir¹⁶⁰. Yalnız bu kamu görevi herhangi bir kamu görevi değil, icbarda bulunan kamu görevlisi failin ifa ettiği görevdir. Bu sebeple icbar suretiyle irtikâp suçu görevle bağlantılı olarak işlenebilen bir suçtur¹⁶¹. Suçun oluşabilmesi için bu görevin kamu görevlisine sağladığı nüfuz, kamu görevlisince kötüye kullanılmış olmalıdır. Burada kötüye kullanılan, kamu görevi ya da kamu görevlisi sıfatı değil, bizzat failin ifa ettiği kamu görevinin kendisine sağladığı nüfuzdur. Zira bu kavramlar anlam itibarıyla farklıdır. Söz gelimi bir kimse görevini kötüye kullandığı hâlde görevinden kaynaklanan nüfuzu kötüye kullanmamış olabilir¹⁶².

¹⁵⁹ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 48; Kahraman, "İrtikâp ve Rüşvet", s. 212.

¹⁶⁰ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 51; Özen, *Ceza Özel*, s. 705; Sarıtaş, s. 694.

¹⁶¹ Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 21.

¹⁶² Erem/Toroslu, s. 152; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 52.

Nüfuzun salt kullanılması yetmez, kötüye kullanımı gereklidir¹⁶³. Failin kendi görev alanına giren işle bağlantılı olarak nüfuzunu kullanırken görevinin sınırlarını aşması, işin yapılmasını geciktirmesi veya yapmaması, varsa o işle ilgili takdir hakkını kötüye kullanması, o işi görevinin gereklerine aykırı yapması gibi davranışlar, nüfuzun kötüye kullanılmasına örnektir¹⁶⁴. Bir davranışın bu tarz bir davranış olup olmadığı, ilgili görevin tanımlandığı mevzuata bakarak belirlenebilir¹⁶⁵. Dolayısıyla failin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmış olması, kendi görev alanına giren bir işle bağlantılı olarak gündeme gelebilmektedir.

Kamu görevlisi kendi görev alanına girmeyen bir işle bağlantılı olarak menfaat temin etmek istemiş olabilir. Eğer fail çıkar elde etmeye yönelik icbar niteliğinde hareketler gerçekleştirmiş ve çıkar sağlamışsa oluşan suç icbar suretiyle irtikâp suçu olmaz. Somut olayın özelliklerine göre nüfuz ticareti¹⁶⁶, yağma¹⁶⁷, görevi kötüye kullanma¹⁶⁸ ya da başka bir suç olabilir.

Görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının icbar kavramı ile olan ilişkisi üzerinde de durulmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanımı, icbar demek değildir. İkisi farklı kavramlardır. Ancak icbar suretiyle irtikâp suçunda iki kavram birlikte var olmalıdır. Bu sebeple iki kavram arasında ciddi bir ilişki vardır. Nitekim başka herhangi bir harekette bulunmaksızın salt kamu görevinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanımı, muhatap üzerinde manevi

¹⁶³ “...Öte yandan, icbar suretiyle irtikap suçunun gerçekleşmesi kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmasını gerektirmektedir. Nüfuz, kamu görevlisinin görevinin vermiş olduğu yetki ve imkânlar nedeniyle sahip olduğu güç ve etkinlik; bunun kötüye kullanılması ise yetki ve imkânların sağladığı ayrıcalıklı üstün konumdan yararlanarak görevlinin kendisi ya da başkasına yarar sağlaması olup, bu suçta kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır. ...” (Yarg. CGK., 06.05.2021, 276/201).

¹⁶⁴ Yokuş Sevük, s. 913; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 48.

¹⁶⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1100; Kahraman, “İrtikâp ve Rüşvet”, s. 213; öğretilerde bu mevzuatın sadece kanunlar olması gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bkz. Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 52.

¹⁶⁶ Yokuş Sevük, s. 913.

¹⁶⁷ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 67.

¹⁶⁸ Erem/Toroslu, s. 152.

anlamda zorlayıcı etki meydana getirebilir¹⁶⁹. Bu durumda nüfuzun kötüye kullanımı icbar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Esasen icbar suretiyle irtikâp suçundaki icbarda içkin bulunan zorlayıcı özelliğın oluşmasında, kamu görevlisinin görevinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanımı büyük rol oynamaktadır. Zira nüfuzun kötüye kullanımı olmaksızın gerçekleştirilen icbar niteliğindeki davranışların kişi üzerinde oluşturacağı manevi baskı, icbar niteliğindeki davranışlara nüfuzun kötüye kullanımının da eşlik ettiği durumda kişi üzerinde oluşacak manevi baskının boyutunda olmayabilir. Suçun oluşması için mutlaka icbar niteliğindeki davranışlar bulunmalı ve bu davranışlar kamu görevlisinin görevinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmiş olmalıdır. İcbar niteliğindeki davranışlar gerçekleştirilmeden salt görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmış olması ya da görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmadan salt icbar niteliğindeki davranışların gerçekleştirilmesi durumunda icbar suretiyle irtikâp suçu oluşmaz; koşulları oluşmuşsa başka suçlar oluşabilir.

Son olarak görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ile görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması arasındaki ilişkiye değinilmesi gerekir. Zira gerçekleşen suçun icbar suretiyle irtikâp mı yoksa ikna suretiyle irtikâp mı olduğu, menfaatin sağlanmasında nüfuzun kötüye kullanımının mı yoksa güvenin kötüye kullanımının mı etkili olduğu kriterine göre belirlenebilecektir. Güven, kamu görevlisinin doğru söyleyeceği, yanlış iş yapmayacağı, görevinin gereklerine uygun hareket edeceği konusunda toplumda oluşan bir itimattır. Görevinin gereklerine aykırı hareket etmekle kişi güveni kötüye kullanmış olur¹⁷⁰. Dolayısıyla kamu görevinin sağladığı hem nüfuz hem de güven kötüye kullanılabilir. İfade edelim ki kamu görevlisinin ifa ettiği görev kendisine hem bir nüfuz hem de bir güven özelliği verir. İkisinin de aynı kişide aynı anda var olduğu addedilir. Dolayısıyla nüfuz sahibine aynı zamanda güven de duyulur. Kişi kimi olaylarda sadece görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanırken kimi olaylarda sadece görevinin sağladığı güveni kötüye kullanır. Eğer kamu görevlisi sadece nüfuzu kötüye kullanmışsa bu, çoğunlukla kendisine duyulan güveni de sarsar. Kamu görevlisi sadece güveni

¹⁶⁹ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 50.

¹⁷⁰ Turabi, *İrtikâp*, s. 81.

kötüye kullanmışsa bu, nüfuzunu da kötüye kullandığı anlamına gelmez. Ancak bazen hem nüfuzun hem de güvenin kötüye kullanılmış olması mümkündür. Bu durumda oluşan suçun icbar suretiyle irtikâp mı yoksa ikna suretiyle irtikâp mı olduğu konusundan duraksama yaşanabilir. Bir örnek vermek gerekirse bir kamu görevlisi görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak kendisine işi düşen vatandaşı kandırıp daha rahat icbar edeceği bir duruma getirir ve akabinde nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle icbar uygulayıp menfaat temin eder. Menfaatin sağlanmasında hem nüfuzun hem de güvenin kötüye kullanımının etkisi vardır. Ancak güvenin kötüye kullanımı buna dolaylı olarak yol açmıştır. Güvenin kötüye kullanımı kişinin kandırılmasına yol açsa da menfaatin temin edilmesine doğrudan yol açmamış, araya nüfuzun kötüye kullanımı sebebiyle icbar hareketleri girmiştir. Bu sebeple bu tarz olaylarda icbar suretiyle irtikâp suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

e. Netice: Yararın Sağlanması veya Bu Yönde Vaatte Bulunmuş Olması

i. Genel Olarak

İcbarın manevi bir zorlama olduğunu ifade ettik. Manevi zorlamaların bulunması suçun oluşumu için yeterli değildir. Suç tanımında neticeye de yer verildiğinden suçun oluşması için neticenin de gerçekleşmesi gerekir.

İcbar suretiyle irtikâp suçunda fiil unsuru açık icbar (m. 250/1-birinci cümle) şeklinde gerçekleşmişse netice unsurunu “*yararın sağlanmış olması*” veya “*yararın sağlanması yönünde vaatte bulunmuş olması*” oluşturur.

Ancak somut olayda fiil unsuru icbar karinesindeki (m. 250/1-ikinci cümle) haksız tutum ve davranışlar (zımni icbar) şeklinde gerçekleşmişse netice unsurunu “*mağdurun endişe duyması*”, “*mağdurun mecbur kalması*” ve “*mağdurun yarar sağlamış olması*” oluşturur. Dolayısıyla icbar karinesi açısından “*yararın sağlanması yönünde vaatte bulunmuş olması*” bir netice değildir¹⁷¹.

¹⁷¹ Krş. Sarıtaş, s. 708.

Aslında açık icbarda da mağdurun endişe duyması ve mecbur kalması söz konusudur. Bu sebeple doktrinde kimi yazarlarca mağdurun icbar edilmiş olması suçun tamamlanması için yeterli görülmüş, netice olarak ayrıca bir yararın sağlanmasının veya bu yönde vaatte bulunulmasının gerekmediği ileri sürülmüştür¹⁷². Ancak düzenlemede bunlar açıkça ifade edilmemiştir. Zira icbar sonucu kamu görevlisine bir yarar sağlamış ya da bu yönde vaatte bulunmuş olan kişi, tabii olarak duyduğu endişe sonucu buna mecbur kalmış demektir. Bu hususların karine düzenlemesinde açıkça yazılması da bu hususu desteklemektedir. Ancak icbar edilmiş olmanın da bir netice olması, diğer neticelerin olmadığı anlamına gelmez. İcbar karinesinin koşulları ele alınırken endişe duyma ve mecbur kalma hususlarına değinildiğinden burada tekrar edilmeyecektir.

ii. Yararın Sağlanmış Olması

Yarar suçun konusudur. Yararın sağlanması ise suçun neticelerinden biridir. Yarar kavramı suçun konusu izah edilirken açıklandığından oradaki açıklamalar tekrar edilmeyecektir. Suçun oluşması için icbar edilen mağdur suç konusu yararı sağlamış olmalıdır. Sağlamak temin etmek demektir¹⁷³. İcbar karinesi düzenlemesinde menfaatin temin edilmesinden, suç tanımında ise yararın sağlanmasından bahsedilmesi de sağlamanın temin anlamında olduğunun bir göstergesidir¹⁷⁴.

Yarar maddi ise bunun kamu görevlisinin tasarruf alanına sokulması ile yarar sağlanmış olur. Yararın tasarruf alanına sokulmasının bir teslim suretiyle gerçekleşmesi ihtimalinde teslim, belirli zaman aralıklarına bölünerek yapılacaksa ilk teslimle birlikte suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Diğer teslimlerin yapılacağı yönündeki söz ise vaat hükmündedir.

Yarar manevi ise kamu görevlisi için “yararlandı” yargısı kurulabilecek anda netice unsuru gerçekleşmiş olur. Zira manevi yararlar da yararın sağlanması, failin yararlanma süreci boyunca devam edebilir. Bu

¹⁷² İlgili görüş için bkz. Hafizoğulları/Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, s. 25; Hafizoğulları/Aygün Eşitli, s. 36.

¹⁷³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1068; İnanç, s. 89; Koca, s. 253.

¹⁷⁴ Farklı anlayan bir görüş için bkz. Turabi, *İrtikâp*, s. 97.

durumda yararlanmanın gerçekleştiği anda suç tamamlanır, yararlanma süreci bitince de sona erer.

Yararın sağlanması genellikle icbar niteliğindeki hareketlerin gerçekleştiği yer ve zamandan uzak olmayan bir yer ve zamanda gerçekleşir. Netice bu şekilde gerçekleşmişse suçun oluştuğunda kuşku yoktur. Ancak yararın sağlanması icbar niteliğindeki hareketlerin gerçekleştiği yer veya zamandan uzak bir yer veya zamanda gerçekleşmişse suç oluşmayabilir. Burada ölçüt mağdurun icbarın etkisinden kurtulup kurtulmadığıdır. Eğer mağdur icbarın etkisinden kurtulmuş, endişe ve korkusu kalmamış olduğu hâlde bir yarar sağlıyorsa, burada icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüsten bahsedilmelidir. Sağlanan yararın kabul edilmesi ise ayrı bir haksızlık teşkil eder ve olayın özelliklerine göre görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir. Ancak mağdur üzerinde icbarın etkisi devam ederken söz gelimi beş gün sonra bir yarar sağlanmışsa bakılır; mağdur icbar niteliğindeki hareketlere maruz kaldığı gün yarar sağlanması yönünde vaatte bulunarak beş gün sonra bu vadin gereğini yerine getirmek için yarar sağlamışsa gerçekleşen netice yararın sağlanması değil, bu yönde vaatte bulunulmasıdır. Ancak eğer herhangi bir vaatte bulunmadığı hâlde mağdur işinin bir türlü görülmemesi üzerine beş gün sonra yarar sağlamışsa bu davranış, mağdurun icbara beş gün direnmesi olarak anlaşılmalıdır ve gerçekleşen netice yararın sağlanması neticesidir.

Yarar kamu görevlisinin şahsına ya da başkasına sağlanabilir. Yararın başkasına sağlanması ihtimalinde *başkası* ifadesinin kapsamına sadece gerçek kişilerin mi girdiği yoksa failin çalıştığı kamu kurumu dâhil tüzel kişilerin de girip girmediği konusu doktrinde tartışılmaktadır¹⁷⁵. Bir görüşe göre başkası, sadece gerçek kişiler olabilir¹⁷⁶. Bir görüşe göre ise kamu kurumları dışındaki tüzel kişiler de kavram kapsamına girebilir¹⁷⁷. Kanaatimizce “başkası” ifadesi dar yorumlanarak sadece fail dışındaki gerçek kişiler olarak anlaşılmalı, kamu kurumları dâhil tüzel kişiler de bu kapsamda anlaşılmalıdır¹⁷⁸. Zira TCK’da “başkası” kavramı, kamu

¹⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1309; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 73 vd.

¹⁷⁶ Üzülmöz, s. 279; Koca, s. 256.

¹⁷⁷ Sarıtaş, s. 711.

¹⁷⁸ Güreli, s. 90; Erman/Özek, s. 81; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1069; İnanç, s. 89; Özen, *Ceza Özel*, s. 702; Hafızoğulları/Aygün Eşitli, s. 35; Yokuş Sevük, s. 936.

kurumlarına (başkasına) ait taşınır eşyanın alınmasının hırsızlık sayılmasında da görüldüğü üzere (TCK m. 141 ve 142/1-a), tüzel kişileri de kapsayan bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bu sebeple failin söz gelimi çalıştığı kuruma bir yarar sağlamaya dönük icbarda bulunması suçun oluşmasına sebebiyet verir. Bir örnek vermek gerekirse adrese dayalı olarak ilkokula çocuğunun kaydını yapmak üzere giden veliye okul yöneticisinin ilgi göstermeyip kaydını yapmaktan imtina etmesi, velinin ısrarları üzerine okullarının çok rağbet gördüğünü, insanların çocuklarını sırf o okula kayıt edebilmek için adres değişikliğine gittiğini, eğer okula ciddi bir bağış yaparsa kaydını yapacağını, aksi hâlde çocuğunu en kötü sınıfa vereceğini söyleyerek veliyi okula bir miktar para bağışlamaya zorlaması olayında icbar suretiyle irtikâp suçu oluşacaktır.

İcbar hareketleri, yararın kime sağlanması için gerçekleştirilmişse yararın ona sağlanması gerekir. Zira kanun maddesi “*kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına icbar*” etmekten bahsetmektedir. Yararın belirli bir kişiye sağlanması için icbar kullanılması durumunda yarar bu kişiden başkasına sağlanmışsa ihtimallere göre farklı hareket etmek gerekir.

İlk ihtimal kamu görevlisinin başkasına değil, kendisine yarar sağlanmasına bir kimseyi icbar etmesidir. Söz gelimi tapu dairesinde çalışan kamu görevlisi A sözleşme odasında kendisine bir yarar sağlanması için mağduru icbar eder, mağdur da icbarın etkisiyle bekleme salonuna gidip gerekli parayı hazırlar ve sözleşme odasına döndüğünde orada kamu görevlisi B’ye tesadüf edip ilgili yararı ona sağlarsa, B’nin müşterek fail olmaması ihtimalinde A açısından icbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs oluşur. Zira kendisine yarar sağlanmasına icbar ettiği hâlde yarar kendisine sağlanmamış, A açısından netice oluşmamıştır. B ise yararı görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için olduğunu bilerek kabul etmişse rüşvet, bu bilinç olmadan kabul etmişse duruma göre görevi kötüye kullanma suçu oluşur. Bu durumda yararı sağlayan kişi icbarın etkisiyle yarar sağladığından rüşvet veren olarak sorumlu tutulamaz. Zira B’ye yarar sağlama fiili açısından bu kişinin tasavvuru ile gerçeklik uyuşmadığından herhangi bir suç için kastı yoktur.

İkinci ihtimal ise kamu görevlisinin kendisine değil, başkasına yarar sağlanmasına bir kimseyi icbar etmesidir. İlk ihtimalden farklı olarak bu ihtimalde kişinin yararı başkasına değil de bizzat kamu görevlisine

sağlaması hâlinde oluşan suç icbar suretiyle irtikâp suçudur. Zira icbar niteliğindeki hareketler kendisine yarar sağlanan fail tarafından gerçekleştirilmiştir. Yararın sağlandığı esnada icbarın etkisi devam ettiğinden kendisinin bu yararı kabul etmesi suç oluşturur. Zira kanun “*kendisine veya başkasına*” diyerek aslında sağlanan yararın icbarda bulunan kişiye ya da göstereceği kişiye sağlanması arasında bir fark olmadığını vurgulamak istemiştir. Verdiğimiz örnekte A yararı B’ye sağlanması için icbarda bulunsaydı ve mağdur buna rağmen yararı A’ya sağlasaydı A, tamamlanmış icbar suretiyle irtikâp suçundan ceza alırdı.

Üçüncü ihtimal icbarın belirli bir kişiye değil, failin kendisi ile beraber başkalarına da yararın sağlanması için uygulamasıdır. Bu ihtimalde yararın gösterilen kişilerden birine sağlanmış olması ile suç tamamlanır. Verdiğimiz örnekte A yararı kendisine ya da B’ye sağlanması için icbarda bulunsaydı tamamlanmış icbar suretiyle irtikâp suçundan ceza alırdı.

iii. Yararın Sağlanması Yönünde Vaatte Bulunmuş Olması

İcbar suretiyle irtikâp suçu sadece yararın sağlanmış olması durumunda oluşmaz, aynı zamanda bu yönde vaatte bulunmuş olması durumunda da oluşur. Yarar sağlama yönünde vaatte bulunmanın aslında bir netice olmadığı, neticenin sadece yararın sağlanması durumunda oluşacağı, mağdur yararı sağlamamış ve sadece bu yönde vaatte bulunmuşsa suçun teşebbüs aşamasında kalacağı, zira failin icbar niteliğindeki hareketleri gerçekleştirmesine rağmen neticenin oluşmadığı yönünde, madde gerekçesinde de dile getirilen ve doktrinde savunulan bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre nasıl ki rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmolunuyorsa (TCK m. 252/3) benzer durum, icbar suretiyle irtikâp suçunda da söz konusudur. Vaatte bulunması suçu tamamlamaz, ancak kanun koyucu tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağını belirtmiş olmaktadır¹⁷⁹.

Rüşvet suçu ile mukayese edildiğinde bu tarz bir yorum elbette yapılabilir. Ancak kanuni düzenleme rüşvet suçunda olduğu gibi “*bu yönde vaatte bulunması hâlinde suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur*” şeklinde değildir. Bilakis düzenlemede yararın sağlanması yönünde vaatte bulunması, suçun tanımında bir unsur olarak yer almakta;

¹⁷⁹ Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 38; Koca, s. 256.

mağdurun vaatte bulunmaya icbar edilmesinden söz edilmektedir¹⁸⁰. İcbar suretiyle irtikâp suçunun fiil unsuru icbar niteliğindeki davranışlar olduğundan bu davranışlar, bir yararın elde edilmesine değil, salt bir yarar vaadine yönelmiş olsa bile suç oluşacaktır. Hatta kamu görevlisi fail icbar niteliğindeki hareketleri gerçekleştirdikten sonra çok az bir parayı bile veremeyecek kadar fakir olduğunu öğrendiği kişiye karşı icbar niteliğindeki davranışlarını sürdürüp bu yönde bir vaat almakla yetinse suç oluşur. Bu durum, yarar vaadinde bulunmanın bir netice olarak ele alınması gerektiğini gösterir. Bu sebeple **kanaatimizce** vaatte bulunulması bir neticedir.

Bu durumda mağdur yarar sağlayacağı yönünde vaatte bulunduğu anda suç tamamlanır. Daha sonra yararın sağlanmaması durumunda ise suç teşebbüs aşamasında kalmaz¹⁸¹. Vaat, bir işin görülmesi için verilen hukuka uygun ya da aykırı sözdür. Vaat sözlü, yazılı ya da imalı şekilde verilebilir¹⁸². Vaadin konusu herhangi bir işin görülmesi değil, kamu görevlisine ya da göstereceği kişiye bir yararın sağlanmasıdır. Konusu kamu görevlisine ya da göstereceği kişiye bir yararın sağlanması olan vaat, başkasına değil, icbar edene yapılmalıdır. Kişi icbarın etkisiyle gidip başkasına bir yarar vaadinde bulunursa, fail açısından herhangi bir netice gerçekleşmeyeceğinden suç teşebbüs aşamasında kalır.

Sağlanması yönünde vaatte bulunulan yararın daha sonra sağlanması ya da sağlanmaması olasıdır. Yarar sağlanmamışsa, yararı bir netice olarak kabul ettiğimizden suç, tamamlanmıştır. Ancak sorun, yararın sağlanması; bir başka deyişle vaade uygun hareket edilmesidir. Bu ihtimalde suçun neticesinin “*yararın sağlanması*” mı yoksa “*vaatte bulunulması*” mı olacağı sorunu oluşmaktadır. Sorunun önemi kendisini iştirak ve zamaşımı gibi konularda göstermektedir. Söz gelimi tamamlanmış suçta iştirak edilemeyeceğinden suçun tamamlandığı veya kesintisiz bir suçta sona erdiği anın belirlenmesi gerekir.

¹⁸⁰ Erem/Toroslu, s. 155; Yokuş Sevük, s. 937.

¹⁸¹ Gürelli, s. 108; Erem, *İrtikâp Cürmü*, s. 8; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1309; Yokuş Sevük, s. 935; Üzülmez, s.279; Kanbur, s. 1196; Sarıtaş, s. 708.

¹⁸² Kanbur, s. 1196.

Literatürde bir görüş bu ihtimalde vaatte bulunulduğu anı suçun tamamlanması anı olarak görmekte¹⁸³, görüşü savunanların bir kısmı yararın daha sonra getirilip sağlanmasını ise suçun sona erme anı olarak görmekte ve vaat edilen yararı başka birinin almasını iştirak açısından mümkün görmektedir¹⁸⁴. Vaatte bulunmuş olmayı netice saymayan karşı görüş ise suçta “tamamlanma anı” ve “sona erme anı” şeklinde bir ayırım yapılamayacağını, bir netice olmadığından vaatte bulunulması ile suçun tamamlanmayacağını, eğer vaat edilen yarar sağlanırsa suçun ancak o zaman tamamlanmış olacağını, ancak yarar sağlanmamışsa vaatte bulunma anında suç politikası gereği suçun kanunen tamamlanmış gibi değerlendirileceğini ve dolayısıyla suça yararın sağlandığı ana kadar iştirakin mümkün olduğunu ileri sürmektedir¹⁸⁵.

Biz yarar vaadinde bulunulmasının netice olduğu görüşüne katıldığımız belirtmiştik. Ancak bu görüş bağlamında vaat edilen yararın sonradan sağlanması durumunda vaatte bulunulmasının suçun tamamlanma, yararın sağlanmasının da suçun sona erme anı olarak nitelendirilip izah edilmesini isabetli bulmuyoruz. Zira bu görüşü savunanlar bu izah ile aslında, icbar suretiyle irtikâp suçunun kesintisiz bir suç olduğunu ima etmiş olmaktadır. Hâlbuki kesintisiz suçlar hareketin devamı hâlinde söz konusu olabildiği hâlde¹⁸⁶ bu görüş, icbar suretiyle irtikâp suçunda neden suçun sona ermediğini izah etmemektedir. Literatürde ise suçun kesintisiz bir suç olmadığı kabul edilmektedir¹⁸⁷.

Yarar vaadinde bulunulmasının netice olduğu yönündeki görüşümüz, tabii olarak suçun zarar suçu olmadığı yönünde bir çıkarımda bulunmayı mümkün kılmaktadır¹⁸⁸. Zira yarar kanaatimizce manevi yararları da ihtiva etmekte ve manevi yararların sağlanması kişide maddi bir

¹⁸³ Erman/Özek, s. 82; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1310; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 90 ve 91; Bostancı Bozbayındır, s.100.

¹⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1310 ve 1311, dp. 512.

¹⁸⁵ Özgenc, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 43 ve 44; İnanç, s. 122; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1081; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1097.

¹⁸⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 125.

¹⁸⁷ Güreli, s. 111.

¹⁸⁸ Aynı şekilde bkz. Koca, s. 252.

zarar olarak nitelendirilemez¹⁸⁹. Ancak yararın sadece ekonomik değerleri ifade eden bir kavram olarak kullanılması durumunda bunun sonucu olarak suçun zarar suçu olarak kabul edilmesi gerekir. Bu noktada ifade edelim ki suçun bir zarar suçu olarak kabul edilmesi, zorunlu olarak suçun ancak yararın sağlanması hâlinde tamamlanan bir suç olduğu sonucunu doğurmaz¹⁹⁰. Zira ekonomik değeri olan bir yararın vaat edilmesi, onu sağlamak yönünde bir taahhüttür ve kişiyi borç altına sokar. Bu borç, malvarlığındaki pasifin artmasına yol açmaktadır ve bu, zararın oluşumu anlamına gelir¹⁹¹.

Dolayısıyla **kanaatimizce** suçun iki neticesi vardır: yararın sağlanması veya bu yönde vaatte bulunması. Bu iki neticeden birinin gerçekleşmesi yeterlidir ve suç tamamlanır. Ancak bir suçta tanımlanan birden fazla netice varsa bu neticelerden birkaçının aynı olayda gerçekleşmesi de mümkündür. Eğer somut olayda icbarda bulunulan kişi önce yarar sağlayacağını vaat etmişse suçun ilk neticesi tamamlanmış olur. Bu durumda **iki ihtimal** vardır, bu kişi *ya vaadinin gereğini yerine getirip yararı sağlar ya da vaadinden döner ve yararı sağlamaz*. **İlk ihtimalde** yarar sağlanmıştır. Bu durumda kişi vaadinin gereğini yerine getirirken bunu icbarın etkisi sebebiyle yapıyorsa, hareketin devam ettiği kabul edilmelidir. Bu durumda yararın sağlanması ile ikinci netice de gerçekleşir. Bu süreç boyunca hareketin icbar edici özelliği fail üzerinde tesirini devam ettirdiğinden ve yarar bunun etkisi sebebiyle sağlandığından suç, kesintisiz suç şeklinde gerçekleşmiş demektir. Bu durumda vaatte bulunmakla suç tamamlanır, yararın sağlanması ile de sona erer. **İkinci ihtimalde** yarar sağlanmamıştır. Eğer vaatte bulunduktan sonra icbar niteliğindeki hareketlerin etkisinden kurtulmuşsa kişinin zaten herhangi bir yarar sağlamaması gerekir. Zira hukuka aykırı bir işin yapılacağı yönünde verilen taahhüdün gereğini yapmak zorunluluğu olmadığı gibi hukuka aykırı olması sebebiyle o

¹⁸⁹ Ceza hukukunda zarar, manevi zararlar anlamında kullanılmamaktadır. Yoksa elbette manevi zarara yol açılması durumunda bu, tazminata konu olabilir.

¹⁹⁰ Nitekim literatürde zarar suçu olduğu için suçun ancak yararın sağlanması durumunda tamamlanacağı ileri sürülmektedir. Örn. bkz. Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1096; Üzülmez, s. 292.

¹⁹¹ Krş. Sarıtaş, s. 710.

taahhüdün gereğinin yerine getirilmemesi icap eder. Ancak kişi zorunda olmadığı ve haksız olduğu hâlde sözünden dönmek, ilgili kamu görevlisine başka bir işinin düşme ihtimalini düşünmek gibi nedenlerle gidip yarar sağlamışsa bu yarar sağlama, bir netice değildir. Bu ihtimalde suç vaatte bulunulduğu anda tamamlanmış ve sona ermiştir. Daha sonra bu suça iştirak etmek de mümkün olmaz. İşlenmiş olan suçun bir neticesi olmadığından burada sağlanan yarar sebebiyle herhangi bir cezai sorumluluğun doğup doğmayacağı akla gelebilir. İfade edelim ki bu yararın sağlanması eylemi, tamamlanmış olan icbar suretiyle irtikâp suçundan farklı bir hukuki değeri ihlal etmediğinden, hırsızlık yapanın çaldığı malı daha sonra satması örneğinde olduğu gibi, cezalandırılmayan sonraki hareket olarak kabul edilmelidir. Bu hareketlere iştirak edenler ise bağlılık kuralı (TCK m. 40/1) gereği kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılırlar.

f. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Nedensellik bağı normalde suç tanımlarında açıkça yazılmayan, mantiken çıkarılan bir maddi unsurdur. Ancak TCK m. 250/1’de nedensellik bağına yönelik ifadeler bulunmaktadır. Buna göre suçun oluşabilmesi için kullanılan icbarın kamu görevlisinin “kendisine veya başkasına bir yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına” yönelik olması gerekir. Buna göre neticeye yönelmeyen icbar davranışının bulunması suçun oluşması için yeterli olmadığı gibi, kendisine yönelen bir icbar davranışı olmadan gerçekleşen neticenin bulunması da suçun oluşması için yeterli değildir. Dolayısıyla sağlanan yarar veya bulunulan vaat ile icbar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır¹⁹².

Neticeli suçlarda fiil ile netice arasındaki nedensellik bağı, doğal bir nedensellik ilişkisi şeklinde bulunmalıdır. Şart teorisi bağlamında *conditio-sine-qua-non* formülü gereği hakkında “var olmasaydı netice de gerçekleşmeyecekti” yargısı kurulabilecek her koşul, neticenin gerçekleşmesine neden olmuş demektir.

Nedensellik bağının yanında failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için neticenin kendisine objektif olarak isnat edilebilir olması gerekir. Bunun için neticenin faile onun eseri olarak isnat edilebilir olması

¹⁹² Erman/Özek, s. 80; Yokuş Sevük, s. 933; Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 58; Baytemir, s. 737; Bostancı Bozbayındır, s. 87; Evik, s. 69.

gerekir. Bir başka deyişle netice başka bir fiile bağı olarak değil, bizzat failin neticeye yönelmiş icbar niteliğindeki davranışlarının yarattığı tehlikenin olağan sonucu olarak gerçekleşmiş olmalıdır. Söz gelimi icra daire-sinde çalışan kamu görevlisi fail bir özel şirketin icra işi için gelen şirket çalışanına karşı, herhangi bir kişiyi etkilemeye elverişli icbar niteliğinde davranışlar gerçekleştirdiği ve kendisine yarar sağlamazsa işini yapma-yacağını söylediği hâlde ilgili şirket çalışanı bundan etkilenmeyip yarar sağlamadan ya da bu yönde vaatte bulunmadan daireden çıkarsa icbar suretiyle irtikâp suçu teşebbüs aşamasında kalır. Çalışan dışarı çıktıktan sonra şirket sahibinin kendisini araması, o işi halletmeden dönmemesini tembihlemesi, işi halletmeden dönerse işine son vermekle tehdit etmesi durumunda çalışanın daireye geri dönüp kamu görevlisine istediği pa-rayı vererek işini halletmesi hâlinde failin icbar teşkil eden davranışları ile yarar sağlanması neticesi arasında nedensellik bağı olsa da netice failin fiiline değil, başka bir fiile bağı olarak gerçekleştiğinden faile objektif ola-rak isnat edilemez. Bu durumda sağlanan yararın kamu görevlisince ka-bul edilmesi hâlinde olayın özelliklerine (kamu görevlisinin görevinin ifa-sıyla ilgili bir işin yapılması ya da yapılmaması için hareket edilip edil-memesi durumuna) göre rüşvet ya da görevi kötüye kullanma suçu olu-şabilir¹⁹³.

2. Manevi Unsurlar

İcbar suretiyle irtikâp suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bu se-beple suçun faili olan kamu görevlisi suçun kanuni tanımında yer alan unsurlara tekabül eden suç olayındaki maddi olguları bilerek ve isteyerek hareket etmelidir. Bu bağlamda failin icbarda bulunduğunu, bunu gö-revinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle yaptığını, kendisine sağlanan veya sağlanacağı yönünde vaat edilen yararın bu koşullar ol-masa sağlanması gerekmeyen bir yarar olduğunu bilmeli ve bunu isteme-lidir¹⁹⁴. Fail suçu işlerken suçun oluşumu için gerekli olan maddi olgular-dan birini bilmeden hareket etmişse TCK m. 30/1 hükmü gereği kastı or-tadan kalkar.

¹⁹³ Krş. Evik, s. 69.

¹⁹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1310; Yokuş Sevük, s. 936.

Suçun tanımında özel kasta yer verilmemiştir. Bu sebeple özel kast aranmaksızın genel kast ile suç işlenebilir¹⁹⁵.

İcbar suretiyle irtikâp suçunun konusunun hem haksız ham de haklı yararlar olabileceği görüşünü benimsemiştik. Dolayısıyla failin sağlanan yararın haksız olduğunu bilmesi gerekmemektedir¹⁹⁶. Ancak eğer yararın haksız bir yarar olması gerektiği görüşü savunuluyorsa failin bunu da bilmesi gerekir. Bu durumda failin sağlanan yararın haksız bir yarar olduğunu bilmemesi kastını ortadan kaldırır.

Fail icbar suretiyle irtikâp suçunu işleme kastına sahip olmadığı hâlde muhatap kişinin davranışları neticesinde bu suçu işlemeye sonradan karar verip icbarda bulunur ve yarar sağlarsa hangi suçun oluşacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre kamu görevlisini bu suçu işlemeye iten kişi, yani icbarda bulunulan kişi ajan provokatördür¹⁹⁷. Bir görüşe göre ise icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur, ancak fail haksız tahrik indiriminden yararlanır¹⁹⁸.

Kanaatimizce burada kamu görevlisini icbarda bulunmaya ittiği iddia edilen, muhatap kişi tarafından gerçekleştirilen bu davranışın ne tür bir davranış olduğuna bakmak gerekir. Muhatap kişi haksız bir davranış gerçekleştirmemiş ve buna rağmen kamu görevlisi söz gelimi kişinin saflığı, kolaylıkla icbarın etkisine girebileceğini gösteren davranışları gibi sebeplerle icbarda bulunmaya karar vermişse fail icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemiş addedilmelidir. Ancak eğer muhatap kişi haksız bir davranış gerçekleştirilmişse gerçekleştirilen haksız davranışın ne olduğuna ve olayın özelliklerine göre hareket edilmelidir. Söz gelimi görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için kamu görevlisine menfaat sağlamak isteyen, ancak rüşvet veren konumunda olmamak için kamu görevlisini kendisine karşı icbarda bulunması için kışkırtıcı davranışlarda bulunan kişi, gerçekten icbarda bulunulması ve menfaat sağlanması hâlinde kanaatimizce rüşvet veren olarak sorumlu tutulmalıdır. Zira rüşvet suçu açısından kastının olmadığı bir duruma kendisi bilerek, yani kasten yol

¹⁹⁵ Erman/Özek, s. 83; İnanç, s. 116; Evik, s. 70.

¹⁹⁶ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 88; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1109; Kanbur, s. 1198.

¹⁹⁷ Erman/Özek, s. 73.

¹⁹⁸ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 64.

açmaktadır. Bu durumda cezai sorumluluğun temellendirilmesi problemi bulunmaktadır. Bu konuda makalemizin sınırlarını aşacağından ele almayaacağımız ajan provokatör ve *actio libera in causa* gibi birçok görüş ileri sürülmüştür¹⁹⁹. Muhatabın bu tür haksız davranışları üzerine icbarda bulunan ve kasten hareket ederek kendisine ya da başkasına menfaat sağlayan kamu görevlisi açısından ise icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Ancak icbarda bulunmaya kışkırtılan kişinin, şartları gerçekleşmiş olsa bile haksız tahrik indiriminden yararlanması konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre fail bu durumda haksız tahrik indiriminden yararlanmalıdır²⁰⁰. Ancak Yargıtay yağma ve irtikâp gibi bazı suçlarda, suçun niteliğinin haksız tahrike elverişli olmaması sebebiyle haksız tahrikin uygulanamayacağını kabul etmektedir²⁰¹. Kanaatimizce failin haksız tahrik indiriminden yararlanmaması gerekir. Zira her ne kadar haksız tahrik düzenlemesi (TCK m. 29), her suç için uygulanabileceği şeklinde bir intiba uyandırsa da bu, her olayda ve suçta haksız tahrik koşullarının oluşabileceğini göstermez. Kamu görevlisine karşı işini gördüğü kişi tarafından haksız bir fiil gerçekleştirilmiş olabilir. Bu fiil kamu görevlisinde hiddet veya şiddetli elem de meydana getirmiş olabilir. Ancak bu hiddet veya şiddetli elem durumunun kamu görevlisini söz gelimi ilgili işi yapmamak, işi kötü yapmak, ilgili kişiyi kovmak ya da kişiye vurmak gibi bazı davranışlar gerçekleştirmeye itebileceği düşünülebilirse de icbar suretiyle kendisine bir yarar sağlanmasına kişiyi mecbur bırakmaya itebileceği **kanaatimizce** düşünülemez. Zira icbar kullanıp yarar sağlanmasını istemek, kanaatimizce doğası gereği hiddet veya şiddetli elem etkisi altında gerçekleştirilebilecek türden bir davranış değil, kararlılık gerektiren bir davranıştır.

Rüşvet suçundan farklı olarak tek failli bir suç olduğundan menfaat sağlayan kişinin kastına bakılmaz. Ancak mağdurun durumu oluşan suçun vasfına etki edebilmektedir. Bu sebeple hangi suçun oluştuğu konusunda, mağdurun sağladığı yararın ne tür bir yarar olduğunu bilmesine de

¹⁹⁹ Alman hukukunda bu tarz olaylar “Vorverschulden-Önkusurluluk” kavramı altına değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulfrid Neumann, *Zurechnung und „Vorverschulden“*. *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, s. 24 vd.

²⁰⁰ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 64.

²⁰¹ Görüş ve bazı Yargıtay kararları için bkz. Koca/Üzülmez, *Ceza Genel*, s. 361.

bakılmaktadır. Mağdur sağlamak zorunda olmadığı bir yarar sağladığını biliyor ve diğer koşullar da gerçekleşmişse icbar suretiyle irtikâp ya da rüşvet; bilmiyorsa ikna suretiyle irtikâp suçu işlenmiş olabilir²⁰².

C. Hukuka Aykırılık

Tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesi, gerçekleştirilen fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğuna da karine teşkil eder. Ancak suçun oluştuğunun söylenebilmesi için herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığının tespiti, tipiklik aşamasından sonra hukuka aykırılık aşamasında yapılır.

İcbar suretiyle irtikâp suçu açısından hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması pek mümkün görünmese de²⁰³ ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerine kısaca bakmakta fayda vardır.

İlgilinin rızası (TCK m. 26/2) açısından belirtmek gerekir ki icbar etkisi altında iken rızadan bahsedilemez. Ancak kamu görevlisine yarar sağlayan kişinin en baştan rızası varsa bu, zaten herhangi bir icbar hareketinin bulunmadığını gösterir. Ayrıca bu suçta üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecek bir hak da yoktur. Ancak menfaati sağlayan kişinin rıza göstermesi durumunda koşulları varsa rüşvet suçu oluşabilir²⁰⁴.

Hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) hukuka uygunluk nedeni ise kamu görevlisinin, kamunun alacağı için sahip olduğu zor kullanma yetkisini kullanarak bir yararın sağlanmasına kişiyi icbar etmesi durumunda gündeme gelebilir. İfade edelim ki bu ihtimalde kamu görevlisi yetkisi dâhilinde hareket ettiğinden “görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasından” ve dolayısıyla icbar suretiyle irtikâp suçunun fiil unsurundan bahsedilemeyecektir. Bu durumda kamu görevlisinin yetkisi kapsamında kullandığı zor, zorun niteliğine göre yağma suçu için bir hukuka uygunluk nedeni olabilir²⁰⁵.

²⁰² Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 60.

²⁰³ Yokuş Sevük, s. 936; Kanbur, s. 1197.

²⁰⁴ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 88.

²⁰⁵ Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 768.

D. Kusurluluk

Kusur ilkesi gereği bir kimsenin işlediği suçtan dolayı cezalandırılabilmesi şahsi olarak kınanabilir olmasına bağlıdır. Kişi ancak kusur yeteneğine sahipse kınanabilir. Gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve hareketlerini buna göre yönlendirebilme yeteneği olan kişilerin kusur yeteneği var demektir²⁰⁶.

Failin kusurunu etkileyen birçok hâl bulunmaktadır. Kusurluluk aşamasında failin kusurunu tamamen kaldıran ya da azaltan bu hâllerin bulunup bulunmadığı incelenir. İcbar suretiyle irtikâp suçu özelinde bazı kusurluluğu etkileyen hâller söz konusu olabilir.

Kamu görevlisi, amirinin emri sebebiyle icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurlarını gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda emrin konusu suç teşkil ettiğinden kamu görevlisinin bu emri Anayasa m. 137 ve TCK m. 24/2 uyarınca yerine getirmemesi gerekir. Aksi hâlde amirin emrini yerine getirenin sorumlu olmaması hükmünden yararlanamaz²⁰⁷.

Kamu görevlisi başkası tarafından kendisine karşı gerçekleştirilen, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurlarını gerçekleştirmek zorunda kalırsa TCK m. 28 uyarınca kendisine ceza verilmez. Bu durumda cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi, TCK m. 28 gereği icbar suretiyle irtikâp suçunun dolaylı faili olarak cezalandırılır²⁰⁸.

Son olarak failin kusurluluğunu etkileyen bir hâl olarak TCK m. 34/1'de düzenlenen, failin icbar suretiyle irtikâp suçunu geçici nedenler, irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde iken işlemesi gösterilebilir. Bu durumda da kendisine kusuru olmadığından ceza verilmez. Ancak eğer iradi olarak alkol ya da uyuşturucu madde almışsa gerçekleştirdiği fiilden TCK m. 34/2 uyarınca sorumlu olur.

²⁰⁶ Koca/Üzülmez, *Ceza Genel*, s. 315 vd.

²⁰⁷ Turabi, *İrtikâp*, s. 142.

²⁰⁸ Turabi, *İrtikâp*, s. 142.

E. Cezanın Belirlenmesi

Suç tipinin maddi ve manevi unsurları itibarıyla tamamlanması ve hukuka uygunluk nedenlerinin de bulunmaması üzerine fail, icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemiş olur. Failin kusurlu olması hâlinde kendisi cezaya layık görülür.

Bu durumda kendisine verilecek cezanın belirlenmesi gerekir. Ceza belirlenirken kanunda suç için cezanın artırılmasını ya da indirilmesini gerektiren herhangi bir nitelikli hâlin düzenlenip düzenlenmediğine bakılır. İrtikâp suçu düzenlemesine bakıldığında 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile getirilen ek TCK m. 250/4'te bir nitelikli hâlin düzenlendiği görülmektedir. Düzenlemede “*yukarıdaki fıkralar*” ibaresi yer aldığından nitelikli hâl hem icbar hem de ikna suretiyle irtikâp suçları için geçerlidir. Buna göre icbar suretiyle irtikâp edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak ceza yarısına kadar indirilebilecektir.

Failin bu nitelikli hâlden yararlanabilmesi için hem irtikâp edilen menfaatin değeri hem de mağdurun ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulacaktır. Söz gelimi elde edilen menfaat değer olarak az ve mağdurun ekonomik durumu da iyi ise hâkim failin cezasında bir indirim yapabilecektir. Ancak indirimin ne kadar yapılacağı konusu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Takdirin sınırı suçun temel şekliinden verilen cezanın yarısı olarak belirlenmiştir. Cezanın hangi oranda indirileceğinin takdirinde hâkim hem irtikâp edilen değer az olup olmadığını hem de mağdurun ekonomik durumunun iyi olup olmadığını birlikte göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmalı ve oluşan mağduriyetin ağırlığına göre hareket etmelidir. Bu değerlendirme sonucu hâkim indirim yapılmasını gerektirecek bir durum olmadığı kanısına vardığında faile verilen cezada herhangi bir indirim yapılmaz.

Bu nitelikli hâl doğası gereği sadece maddi yararların irtikâp edilmesi hâlinde uygulanabilir²⁰⁹. Ayrıca sadece sağlanmış olan yararlar da uygulanabilir; yarar vaadinde indirimin uygulanması söz konusu olmaz. Zira madde metni *vaatten* değil, irtikâp edilmiş *menfaatten* bahsetmektedir. Düzenleme bu yönüyle eleştirilmelidir. Zira haksızlık içeriği

²⁰⁹ Koca, s. 255.

itibarıyla söz gelimi “*bir miktar paranın sağlanması*” ile “*aynı miktar paranın sağlanacağı yönünde vaatte bulunması*” aynı değildir; vaatte bulunması durumunda haksızlık içeriği daha azdır. Her iki neticenin aynı şekilde cezalandırılmasının sebebi kullanılan icbardır. Bu sebeple nitelikli hâlin haksızlık içeriği daha az olan netice açısından öngörülmemesi isabetli değildir. Konuyu bir örnekle açıklamak yerinde olacaktır. Kamu görevlisi A icbarda bulunarak ekonomik durumu çok iyi olan B’den az miktarda para ister. B istenen parayı verirse A’nın cezası, üstelik yarısına kadar indirilebilir. Ancak B, üzerinde para olmadığı için bu az miktardaki parayı sonraki gün getireceğine söz verirse yine suç oluşur. B’nin vaat ettiği parayı getirmediği düşünüldüğünde A’nın cezasında herhangi bir indirim yapılamaz. Bu ise hakkaniyete uygun değildir.

Nitelikli hâlden dolayı indirim yapılmasını gerektirecek bir durum söz konusu değilse ceza, suçun temel şeklinden verilir. Kanunda öngörülen ceza beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır.

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

İcbar suretiyle irtikâp suçu neticeli bir suçtur. Yararın sağlanması ya da bu yönde vaatte bulunması ile suç tamamlanır. Ancak literatürde suçun ani bir suç olduğu, mağdurun icbar edilmiş olması ile suçun tamamlanmış olacağı, yararın sağlanmasının ya da bu yönde vaatte bulunmasının gerekmediği, dolayısıyla da suça teşebbüsün mümkün olmadığı da ileri sürülmüştür²¹⁰. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira netice unsurunu izah ederken de vurguladığımız üzere suçun birden fazla neticesi vardır. Aksi anlayış her suçun sadece tek bir neticesinin olduğunu kabul etmek anlamına gelir. Bunun ise bir gerekçesi yoktur.

Yarar sağlanması yönünde vaatte bulunması ihtimalinde yarar sağlanmadığından suçun aslında teşebbüs aşamasında kaldığı, ancak tamamlanmış gibi hükümlü olduğu ileri sürülse de²¹¹ vaatte bulunmasını, gerçekleşmesi gereken neticelerden biri olarak kabul ettiğimizden bu

²¹⁰ Hafizoğulları/Özen, *Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, s. 25; Hafizoğulları/Aygün Eşitli, s. 37.

²¹¹ Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 43.

görüşe katılmıyoruz²¹². Suça teşebbüs konusu açık icbar ve zımni icbar (icbar karinesi) açısından ayrı ayı değerlendirilmelidir.

Açık icbar durumunda suç iki türlü teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Kamu görevlisi fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar niteliğindeki hareketleri doğrudan doğruya icraya başladığı hâlde neticeler, elinde olmayan sebeplerle gerçekleşmemişse suç, teşebbüs aşamasında kalır. Söz gelimi icbar niteliğindeki hareketler gerçekleştirilmiş ve fakat vaat dahi alınamamışsa suç, teşebbüs aşamasında kalır²¹³. Ayrıca icra hareketleri kısımlara bölünebildiğinden fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar niteliğindeki hareketleri doğrudan doğruya icra etmeye başlamış ancak hareketi elinde olmayan sebeplerle tamamlayamamışsa suç, yine teşebbüs aşamasında kalır. Teşebbüs genel hatlarıyla bu iki şekilde söz konusu olur. İhtimaller üzerinden somut olayda teşebbüsün nasıl gerçekleştiği ve bu konuda ortaya ne tür sorunların çıktığı ve çözümleri yukarıda suçun unsurları izah edilirken ilgili yerlerde ele alındığından tekrara düşmemek için o yerlere atıfla yetiniyoruz.

İcbar karinesi düzenlemesi bağlamında ise teşebbüs benzer şekilde, haksız tutum ve davranışların gerçekleştirilmesi ve fakat menfaatin sağlanamamış olması ya da haksız tutum ve davranışların gerçekleştirilmesine başlanması ve fakat tamamlanamaması hâlinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Tam da bu noktada düzenlemede sayılan ilgili şartların somut olayda gerçekleşmemiş olmasına; bir başka anlatımla kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen haksız tutum ve davranışların icbar niteliği taşıdığı için karine olarak ortaya konulamamasına rağmen, sırf bu haksız tutum ve davranışların gerçekleştirilmiş olmasının teşebbüs olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira bir yandan karine düzenlemesi açısından haksız tutum ve davranışların *teşebbüsü oluşturabilmesi için menfaatin temin edilmemiş olması gerekir*, diğer yandan bu haksız tutum ve davranışların karine olarak icbar niteliğinde sayılıp *teşebbüsü oluşturabilmesi için menfaatin temin edilmiş olması gerekir*.

²¹² Aynı şekilde bkz. Erman/Özek, s. 82; Yokuş Sevük, s. 937; Kanbur, s. 1199.

²¹³ Güreli, s. 110; Koca, s. 268.

İfade edelim ki karine düzenlemesinde haksız tutum ve davranışların icbar olarak kabul edilebilmesinin şartları belirlenmemiş, sadece sayılan şartların varlığı hâlinde karine olarak icbar kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda menfaatin sağlanması koşulu gerçekleşmediğinden somut olayda gerçekleştirilen haksız tutum ve davranışlara *karine olarak* icbar denilemez; ancak bu haksız tutum ve davranışların icbar niteliği taşıdığı karine dışındaki araçlarla ispat edilmesi mümkündür. Eğer bu yolla haksız tutum ve davranışların icbar niteliği taşıdığı ortaya konabilirse menfaatin temin edilmemiş olması ihtimalinde teşebbüs söz konusu olur.

Teşebbüs konusu ile yakından ilgili olduğundan **gönüllü vazgeçme** konusuna da burada değinmek gerekir. TCK m. 36'ya göre kamu görevlisi fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar niteliğindeki hareketleri icraya başladığı hâlde tamamlamayıp gönüllü olarak vazgeçerse ya da gerçekleştirdiği fiile rağmen mağdur henüz yarar sağlamamış veya bu yönde vaatte bulunmamışken kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Ancak tamam olan kısım bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu olur.

2. İştirak

İcbar suretiyle irtikâp suçu özgü bir suçtur. TCK . 40/2 uyarınca bu suça iştirak edenler sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.

Eğer iki kamu görevlisi görevlerinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanılarak suçu birlikte işlerlerse müşterek fail olarak sorumlu tutulurlar. Kamu görevlisi olmayan kişiler ise suça yaptıkları katkıya göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler. Ancak bu durumda iştirak edenler failin kamu görevlisi olduğunu bilerek hareket etmelidir. Aksi hâlde kamu görevlisi olmasaydı hangi suç gerçekleşecek idiyse suça yapılan katkıya göre bu kişilerin o suçun faili olarak sorumlu tutulmaları mümkündür²¹⁴.

²¹⁴ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 95; İnanç, s. 126.

TCK m. 251’de tanımlanan denetim görevinin ihmalî suçunda, icbar suretiyle irtikâp suçu açısından özellik arz eden bir iştirak durumu söz konusudur. Buna göre icbar suretiyle irtikâp suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olur.

3. İçtima

İcbar suretiyle irtikâp suçunda genel hükümler uygulanır. Bu bağlamda bileşik suç (TCK m. 42), zincirleme suç (TCK m. 43/1), aynı neviden (TCK m. 43/2) ve farklı neviden (TCK m. 44) fikri içtima hâlleri söz konusu olabilir.

İcbar suretiyle irtikâp suçu ile görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257) arasındaki ilişki, literatürde kimi yazarlarca bileşik suç olarak kabul edilmektedir. Buna göre görevi kötüye kullanma suçu bağımsız bir suç olarak icbar suretiyle irtikâp suçunda bir unsur olarak yer almaktadır²¹⁵. Diğer görüşe göre ise burada bileşik suç değil görünüşte içtima vardır ve özel normun (icbar suretiyle irtikâp) önceliği ilkesi uygulanır²¹⁶. Hâlbuki bileşik suç da bir görünüşte içtima türüdür²¹⁷. Kanaatimizce burada TCK m. 257 düzenlemesine bakmak gerekir. TCK m. 257’de görevin kötüye kullanılması suçunun oluşabilmesi için “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında...*” şeklinde bir kayıt konulmuştur. Bu kayıt görevi kötüye kullanma suçunu tamamlayıcı, tali bir suç yapmaktadır²¹⁸. Ayrıca bu kayıt görevi kötüye kullanma suçunun bir unsuru olduğundan görevi kötüye kullanma suçunun tüm unsurları ile başka bir suçun unsuruna dönüşmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla bileşik suçtan bahsedilemez. Aynı şekilde aralarında kanaatimizce özel norm-genel norm ilişkisi de yoktur. Zira ilgili kayıt sebebiyle suç, unsurları itibarıyla herhangi bir suç açısından genel norm olarak nitelendirilemez. Görevi kötüye kullanma suçu tali bir suç olduğundan; bir başka ifade ile kanunda bulunabilecek boşlukları tamamlama görevi gören bir norm olduğundan icbar

²¹⁵ Güreli, s. 112; İnanç, s. 128.

²¹⁶ Özen, *İrtikâp ve Rüşvet*, s. 99.

²¹⁷ Kayıhan İçel, *Suçların İçtiması*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 203; Koca/Üzülmez, *Ceza Genel*, s. 563.

²¹⁸ Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1106.

suretiyle irtikâp suçu ile aralarında asli norm-tali norm ilişkisi vardır. Bu durumda “yardımcı normun sonralığı ilkesi” uyarınca bir olayda iki norm da ihlal edilmişse sadece icbar suretiyle irtikâp suçundan ceza verilecektir²¹⁹.

Ayrıca suçtan elde edilen yararın manevi bir yarar da olabileceğini kabul etmiştik. Bu yararın cinsel bir yarar olması ve cinsel yararın cinsel saldırı suçunu oluşturacak şekilde gerçekleşmesi ihtimalinde, cinsel saldırı açısından bileşik suç söz konusu olur. Zira TCK m. 102/3'te “*kamu görevinin...sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle...*” cinsel saldırı suçunun işlenmesi bir nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple bu durumlarda TCK m. 42 uyarınca sadece cinsel saldırı suçundan ceza verilecektir²²⁰. İcbar suretiyle irtikâp suçundaki fiil manevi zorlama olduğundan, TCK m. 106'nın kapsamına da girebilir. Bu durumda da bileşik suç hükümleri uygulanır²²¹.

Failin aynı suç işleme kararıyla değişik zamanlarda bir kişiye karşı icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemesi durumunda ise zincirleme suç hükümleri uygulanır. Bu durumda tek bir suçtan ceza verilmeli ve TCK m. 43/1'de belirtilen oranlarda artırılmalıdır. İkna suretiyle irtikâp suçu icbar suretiyle irtikâp suçundan bağımsız bir suç teşkil ettiğinden bir kişiye karşı farklı zamanlarda bu iki suçun işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.

Ayrıca tek fiille birden fazla suçun işlenmesi hâlinde TCK m. 44 gereği farklı neviden, yine tek fiille birden fazla kişiye karşı suçun işlenmesi hâlinde TCK m. 43/2 gereği aynı neviden farklı içtima hükümleri uygulanır.

F. Yaptırım ve Muhakeme

İcbar suretiyle irtikâp suçu için kanunda beş yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Eğer indirim yapılmasını gerektiren nitelikli hâlin koşulları gerçekleşmişse hâkimin cezayı yarısına kadar indirebilme yetkisi vardır.

²¹⁹ Koca/Üzülmez, *Ceza Genel*, s. 567; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1119.

²²⁰ Özen, *Ceza Özel*, s. 699.

²²¹ Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1097.

İcbar suretiyle irtikâp suçunun takibi re'sen yapılır; şikâyete tabi değildir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun Soruşturma başlıklı 17. maddesine göre "... irtikâp, ... suçlarından dolayı veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun hükümleri uygulanmaz." Bu sebeple 4483 sayılı Kanun'un öngördüğü kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için yetkili mercilerden izin alınması gerektiği yönündeki hükümler uygulanmayacak, kovuşturma 3628 sayılı Kanun'a göre yapılacaktır. 3628 sayılı Kanun m. 19'a göre ise "*Cumhuriyet Savcısı 17 nci maddede yazılı suçların işlendiğini öğrendiğinde sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber durumu atamaya yetkili amirine veya 8 inci maddede sayılan mercilere bildirir.*"

Ayrıca belli haklardan yoksun bırakılma başlıklı TCK m. 53/1 ve 53/5 hükümlerinin de fail hakkında uygulanarak düzenlemede sayılan belli haklardan cezanın infazı aşamasında ve sonrasında yoksun bırakılmasına da karar verilecektir²²².

III. SUÇUN BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

İcbar suretiyle irtikâp suçunun yağma, rüşvet, nüfuz ticareti, tehdit, cebir, görevi kötüye kullanma gibi birçok suça benzerliği söz konusudur²²³. İcbar suretiyle irtikâp suçunun unsurları yukarıda detaylı bir şekilde ele alınırken, bu unsurlar sebebiyle oluşacak muhtemel sorunlar ve bunların çözümlerine de değinilmek suretiyle icbar suretiyle irtikâp suçunun hangi suça hangi açıdan yaklaştığı ve o suçtan nasıl ayırt edileceği de belirtilmiştir. Bu sebeple bu başlık altında detaya girmeden, sadece icbar suretiyle irtikâp suçunun en çok karıştırıldığı yağma ve rüşvet suçları ile bir mukayesesi yapılacak, aynı düzenlemede yer aldıklarından aralarındaki ilişkinin net olarak ortaya konabilmesi için ayrıca ikna suretiyle irtikâp suçu ile de bir karşılaştırma yapılacaktır.

²²² Detaylı bilgi için bkz. Özgenç, *İrtikâp, Rüşvet*, s. 57 vd.; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 1099.

²²³ Erem/Toroslu, s. 152; İnanç, s. 32 vd; Meran, s. 236 ve 237; Ünal, s. 127 vd..

1. İcbar Suretiyle İrtikâp ve Yağma

İcbar suretiyle irtikâp suçu ile yağma suçu arasında bir benzerlik vardır. Ancak her iki suça ait düzenlemelerin somutlaştırdığı haksızlıklar aynı değildir. Somut olayda hangi suçun gerçekleştiği, sırasıyla aşağıdaki özetlediğimiz kriterlere bakarak belirlenebilir.

İki suç fail açısından farklılık gösterir. Yağma suçunun faili kamu görevlisi dâhil herkes olabilirken icbar suretiyle irtikâp suçunun faili sadece kamu görevlileri olabilir. Yağma suçunun failinin de bir kamu görevlisi olabilmesi durumu, sadece faile bakarak iki suçu ayırt etme imkânını ortadan kaldırmaktadır.

İki suç ayrıca suçun konusu bakımından da farklılık gösterir. Yağma suçunun konusunu sadece taşınır mallar oluştururken icbar suretiyle irtikâp suçunun konusunu taşınır mal dâhil maddi ve manevi tüm menfaatler oluşturur. Bu durumda kamu görevlisi failin yarar olarak taşınır bir malı sağlamak üzere hareket etmesi, fail ve konuya bakarak iki suçu ayırt etme imkânını ortadan kaldırmaktadır.

İki suç fiil unsuru açısından da farklılık gösterir. Yağma suçunda fiil araç ve amaç hareketlerden oluşur. Araç hareketler cebir ve belirli değerlere yönelmiş tehdittir. Amaç hareket ise malın alınmasıdır²²⁴. İcbar suretiyle irtikâp suçunda ise fiil, failin görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak herhangi bir yarara yönelmiş icbardır. İcbarın manevi zorlama olması sebebiyle maddi zorlama anlamına gelen cebir araç hareketine başvurularak gerçekleştirilen yağma suçunun icbar suretiyle irtikâp suçu ile karıştırılması ihtimali yoktur. Ancak icbar gibi manevi zorlama anlamına gelen tehdit araç hareketiyle yağma suçunun kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde iki suç birbirine yaklaşır. Burada öncelikle kamu görevlisinin kullandığı manevi zorlamanın görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde icbar suretiyle irtikâp suçunun, bu nüfuz kötüye kullanılmadan manevi zorlamada bulunulması hâlinde ise icbarın yöneldiği değere göre yağma, tehdit veya görevi kötüye kullanma suçlarının oluşacağı söylenmelidir. Kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak bir kimşenin yaşamına yönelik tehditte bulunulması suretiyle kendisine taşınır

²²⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 623; Koca/Üzülmez, *Ceza Özel*, s. 748.

bir mal sağlaması hâlinde hangi suçun gerçekleştiği konusunda ise icbar kavramının tanımı devreye girecektir. Yukarıda icbar kavramı üzerinde detaylı şekilde durup tanımını ortaya koymuştuk. İfade edelim ki bu icbar tanımı, sırf icbar suretiyle irtikâp suçunu yağma suçundan ayırmak için keyfi olarak yapılmış bir tanım değil, gerekçelerini tek tek belirttiğimiz, bir ceza hukuku terimi olarak anlamı tespit edilen bir kavramın tarifidir. Buna göre **icbar, yağma suçunu oluşturan tehdit boyutlarına varmayacak şekilde bir kimseyi, iradesinin aksine hareket etmeye manevi olarak zorlamak demektir.** Bir manevi zorlamanın konusunu, bir kimse- nin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırının gerçekleştirilmesi ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılması oluşturuyorsa bu manevi zorlama, yağma suçunu oluşturan tehdit boyutlarına varmış demektir ve bu manevi zorlama ile icbar suretiyle irtikâp suçu işlenemez. Zira bu durumda esasen terim anlamıyla bir icbar söz konusu değildir. Öyleyse kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak bir kimseden taşınır malını, yağma suçunu oluşturan tehdit boyutlarına varmayacak şekilde tehdit ederek alırsa icbar suretiyle irtikâp suçunu işlemiş olur.

Bir örnek vermek gerekirse cerrah olan hekim hastasını ameliyat etmeden önce yakınlarına açık açık *“eğer şu kadar para vermezseniz hastanın hayatından emin olamam, neşter nereyi nasıl keser bilemem”* derse ve hasta yakınları da bunun üzerine istenen parayı verirse oluşan suç yağma suçudur. Burada hekim görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmaktadır. Hasta yakınlarına bunu rahatça söyleyebilmesi bu nüfuzun kendisine sağladığı etki sayesinde. Hekim para, yani taşınır bir malı yarar olarak sağlanmasına yönelik olarak bir manevi zor kullanmaktadır. Ancak bu manevi zorun konusu *hastanın hayatıdır*. Dolayısıyla olayda yağma suçuna vücut veren tipik bir tehdit söz konusudur. Bu durumda terim anlamıyla bir icbardan bahsedilemeyecektir. Öyleyse oluşan suç yağma suçudur. Ancak eğer hekim hastanın yaşamına yönelik bir saldırı gerçekleştirmekten bahsetmeyip, para vermemeleri hâlinde ameliyatı yapmayacağı ya da gereği gibi yapmayacağı konusunda hasta yakınlarında bir endişe uyandıracak sözler sarf etse ve bunun neticesinde kendisine para verilseydi oluşan suç, icbar suretiyle irtikâp suçu olurdu.

Dolayısıyla icbar suretiyle irtikâp ve yağma suçları unsurları itibarıyla birbirine benzese de aralarında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple literatürde icbar suretiyle irtikâp suçu için dile getirilmiş olan “*kamu görevlisi tarafından işlenen yağma suçu*” değerlendirmesini doğru bulmuyoruz²²⁵.

2. İcbar Suretiyle İrtikâp ve Rüşvet

İcbar suretiyle irtikâp suçu ile rüşvet suçları Türk Ceza Kanunu’nda aynı kısım ve bölümde düzenlenmiş iki suç tipidir. Bu iki suç tipi unsurları itibarıyla birbirine en çok benzeyen ve bazı olaylarda hangi suç tipinin gerçekleştiği konusunda duraksama yaşatan suç tipleridir. Birçok ülkede icbar suretiyle irtikâp suçunun düzenlenmemiş olması ya da irtikâp türü haksızlıkların rüşvet suçu olarak düzenlenmesi²²⁶, iki suçun çok benzer haksızlık alanlarını düzenlediklerini gösteren bir durumdur. Her iki suçta da menfaati sunan bir tarafın bulunması ve suçlardan birinde (rüşvet) bu kişinin fail, diğerinde (icbar suretiyle irtikâp) ise mağdur olması, somut olayda hangi suçun gerçekleştiğinin belirlenmesinin ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Zira sözgelimi suç vasfı rüşvet olarak belirlendiğinde rüşvet veren olarak cezalandırılacak olan kişi, suç vasfının irtikâp olması hâlinde mağdur olarak masum sayılacaktır. Bu sebeple her iki suç arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların net bir şekilde ortaya konması elzem olmaktadır.

İki suç benzeşse de aralarında ciddi bir farklılığın bulunduğunu, zira suçların farklı haksızlık durumlarını tanımladığını belirtmek gerekir. Yukarıda aslında iki suçun karıştırıldığı tüm noktalar tek tek tespit edilmiş ve icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurları açıklanarak bu noktalarda ortaya çıkan sorunlar giderilmiştir. Bu vesileyle Yargıtay’ın iki suçu birbirinden ayırmak için “*meşru zemin-gayrimeşru zemin*” şeklinde geliştirdiği kimi kriterlerin iki suçu ayırmada kullanılamayacağı da gösterilmiş ve bu tarz yaklaşımların ana sebebinin icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurlarının tam anlaşılammış olduğu tespit edilmiştir²²⁷. Zaten bu amaçla ele alınan bu makalede icbar suretiyle irtikâp suçunun unsurları tam

²²⁵ Erem, Toroslu, s. 157 ve 158.

²²⁶ Krş. Erem/Toroslu, s. 151; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1060.

²²⁷ Yargıtay’ın irtikâp ve rüşvet suçlarının ayırımına ilişkin verdiği birçok karar bulunmaktadır. Konu ile ilgili kararlar için bkz. Turabi, *İrtikâp*, s. 368 vd.

olarak izah edilmeye çalışılmış ve suçların karıştırılma ihtimalinin bertaraf edilmesi arzu edilmişse de aşağıda iki suç arasındaki benzerlik ve farklılıklara tekrar ve derli toplu şekilde kısaca değinilecektir.

Suçun konusu bakımından suçlar ciddi bir farklılık göstermez. Hem icbar suretiyle irtikâp hem de rüşvet suçunda konu “yarardır”. Suçun konusu rüşvet suçunda “menfaat” kavramı ile icbar suretiyle irtikâp suçunda ise hem “yarar” hem de “menfaat” kavramları ile belirtilmiş olsa da kastedilen şey aynıdır. Her iki suçun konusu da hukuka uygun ya da aykırı olabilir²²⁸. Bu durumda iki suç arasında konuya bakarak bir ayırım yapmak güçtür.

İki suç, fail açısından hem benzerlik hem farklılık göstermektedir. Hem icbar suretiyle irtikâp hem de rüşvet suçlarında kendisine yarar sağlanan tarafta fail olarak bir kamu görevlisi bulunmaktadır. Ancak rüşvet suçu iki faillidir ve menfaati saylayan kişi, rüşvet veren olarak fail sayılır. Hâlbuki menfaati saylayan kişi icbar suretiyle irtikâp suçunda mağdur sayılmaktadır. Dolayısıyla sadece fail unsuru üzerinden kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir.

İki suç mağdur açısından ciddi farklılık göstermektedir. Rüşvet suçunun mağduru toplumu oluşturan herkestir. İcbar suretiyle irtikâp suçunda ise toplumu oluşturan herkesin yanında ayrıca icbar edilen gerçek kişidir. İcbar edilen kişi bir yarar sağladığında mağdur olmaktadır, rüşvet suçunda yararı sağlayan kişi fail olmaktadır. Mağdur üzerinden Yargıtay iki suçu birbirinden ayırmak için bir kriter geliştirmiştir²²⁹. Meşru

²²⁸ Artuk/Koçyiğit, s. 17.

²²⁹ “...Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/03/2010 tarih ve 2009/5-167-2010/70 sayılı Kararında da açıklandığı üzere; icbar suretiyle irtikap suçunda mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak koşuluyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketin icbar kavramına dahil olduğu, manevi cebirin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmamasının gerektiği, 6352 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesinde TCK'nın 252. maddesinde yazılı rüşvet suçunda ise kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasının ve her iki tarafın da gayrimeşru zemin içinde bulunmaları gerektiği; somut olayda ise, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Müdürlüğü Yankesicilik ve Dolandırıcılık Büro Amirliğinde görevli polis

zemin-gayrimeşru zemin kriteri olarak adlandırılan bu kritere göre kamu görevlisine menfaati sağlayan tarafta bulunan kişi meşru zeminde ise oluşan suç icbar suretiyle irtikâp, gayrimeşru zeminde ise rüşvettir. Yukarıda “*icbar edilenin durumunun icbarın varlığına etkisi*” başlığı altında bu kriterin doğru bir kriter olmadığını ve uygulanamayacağını detaylı bir şekilde izah etmiştik. Tekrara düşmeden ifade edelim ki menfaat sağlayanın bulunduğu zemine değil, iradesinin icbar suretiyle sakatlanıp sakatlanmadığına bakmak gerekir. Zira her iki suçta da kamu görevlisine menfaat sağlayan kişi, bir menfaat sağladığını, bunun haklı ya da haksız bir menfaat olduğunu bilmekte, ancak icbar suretiyle irtikâp suçunda kişi bunu yapmak zorunda bırakılmışken rüşvet suçunda özgür iradesi ile hareket etmektedir. Ayrıca rüşvet suçunun oluşabilmesi için bu kişi kamu görevlisinin görevinin ifası ile ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla hareket etmek zorundadır. Hâlbuki icbar suretiyle irtikâp suçunda kişi bir işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla hareket etmek zorunda değildir. Kişi böyle bir amaçla hareket etse bile iradesi üzerinde oluşan baskı sebebiyle mağdur durumdadır. Mağdur üzerinden yapılacak olan değerlendirmelerle iki suç arasındaki ayırım ciddi anlamda yapılabilir.

İki suç fiil unsuru itibarıyla benzememektedir. İcbar suretiyle irtikâpta görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak icbarda

memurları olan sanıklar ... ve ... ile aynı Şube Hırsızlık Büro Amirliğinde görevli ...'in hırsızlık konusu bir otomobil ile yaptıkları araştırma kapsamında katılanlara ait oto kaporta ve boya işi yapılan işyerine geldikleri, çekmecede buldukları ruhsatsız tabanca ile ilgili yasal işlem yapmama karşılığında 50.000 TL istedikleri, katılanların bu miktarı veremeyeceklerini beyan edip temin ettikleri 1.500 Doları sanıklara verdikleri, sanıkların 26/10/2010 tarihinde yeniden işyerine gelerek bir miktar daha para istedikleri, katılanların daha sonra para tedarik edebileceklerini söylemeleri üzerine işyerinden ayrıldıkları, katılan ...'in 28/10/2010 tarihinde Emniyet Müdürlüğüne başvurup ruhsatsız tabancayı teslim ederek sanıklardan şikayetçi olduğu, bu şekilde gerçekleşen eylemlerinde kanunun öngördüğü anlamda icbar boyutuna varan bir davranışlarının bulunmadığı gibi katılanların da meşru zeminde bulunmadığı, bu itibarla irtikap suçunun yasal unsurunun oluşmadığı, ancak eylemlerin hukuki niteliği itibarıyla rüşvet alma suçu kapsamında kaldığı gözetilmeksizin, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde icbar suretiyle irtikap suçundan mahkumiyet kararları verilmesi...” (Yarg. 5. CD. 09.05.2016, 2027/4793).

bulunulması gerekmektedir. Bu fiil tek taraflı bir harekettir. Rüşvette ise her iki tarafın belirli bir konuda anlaşma yapması gerekir. Anlaşmada teklifi ilk kimin yaptığı önemli değildir²³⁰. Kamu görevlisi teklifi yaptığında bakılır; bu teklifte bir zorlama kullanılmışsa irtikâp oluşur. Bu durumda mağdurun işinin haklı olup olmadığına bakılmaz. Zira icbar varsa karşılıklı rıza olmadığından rüşvet için gerekli olan anlaşmadan söz edilemez²³¹. Dolayısıyla somut olayda icbar ya da icbar karinesi varsa oluşan suç icbar suretiyle irtikâptır. Eğer icbar yok ve iki tarafın iradesi de uyuyorsa rüşvet suçu oluşmuştur. İcbar suretiyle irtikâp suçu, aslında rüşvet suçunda “*rüşvet alan*” olarak rol oynayan failin eylemine kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak gerçekleştirilen icbar niteliğindeki hareketlerin eşlik etmesi ile oluşmaktadır. Bu icbar edici hareketler çıkarıldığında geriye kamu görevlisinin rüşvet alma teklifi kalır. Dolayısıyla fiil unsuru iki suçu birbirinden ayrılmasını net olarak sağlar²³². Ancak icbardan ve özellikle icbar karinesinden neyin anlaşılması gerektiği, olayda gerçekten bir icbarın olup olmadığının belirlenmesi gibi hususlar iki suçun pratikte birbirinden ayırt edilmesini güçleştirmektedir²³³. Bu güçlüğün üstesinden gelmek adına yukarıda icbarın bulunması ve icbar karinesi başlıkları altında, gerçekleşen suçun rüşvet zannedilebileceği noktaları da yer yer göstererek detaylı açıklamalarda bulunduk.

İki suç netice unsuru açısından hem benzerlik hem de farklılık gösterir. Rüşvet suçunda netice yararın sağlanmasıdır. Yararın sağlanması icbar suretiyle irtikâp suçunda da bir neticedir. Ancak rüşvet suçundan farklı olarak yararın sağlanacağı yönünde vaatte bulunulması icbar suretiyle irtikâp suçunda bir netice olarak kabul edilmiştir. Rüşvet

²³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1325.

²³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1308.

²³² Kahraman, “İrtikâp ve Rüşvet”, s. 214.

²³³ “Eğer kamu görevlisi, haksız tutum ve davranışlara başvurarak karşı tarafın kendisine ya da yönlendireceği kişilere yarar sağlaması konusunda kendini mecbur hissetmesine yol açmış ise, eylemi icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturabilecektir. İrtikap suçundan söz edebilmek için mağdurun iradesinin baskı altına alınması gerektiği göz önünde tutulacak, icbar boyutuna varan bir baskı söz konusu olmayıp görevlinin yalnızca telkin, öneri ve teşvik niteliğindeki davranışlarına dayanarak yarar sağlanması durumunda da rüşvet suçu gündeme gelecektir.” (Yarg. CGK., 29.1.2013, 5-1269/26).

suçunda ise salt rüşvet anlaşması netice olarak görülmemiş, bir teşebbüs olarak dikkate alınmış, ancak suç tamamlanmış gibi kabul edilmiştir.

3. İcbar Suretiyle İrtikâp ve İkna Suretiyle İrtikâp

İcbar suretiyle irtikâp suçu, ikna suretiyle irtikâp suçu ile de karıştırılabilir. Zira iki suç aynı düzenlemede yer almaktadır²³⁴. İki suç fail açısından farklılık göstermemektedir. Her iki suç konu ve netice unsurları açısından aynıdır.

Mağdur, icbar suretiyle irtikâp suçunda icbar edilen, ikna suretiyle irtikâp suçunda ikna edilen kişidir. İcbar suretiyle irtikâp suçunda mağdur sağladığı yararın, o suretle sağlanması gerekmeyen bir yarar olduğunu bilmektedir. İkna suretiyle irtikâp suçunda ise mağdur sağladığı yararın, o suretle sağlanması gerekmeyen bir yarar olduğunu bilmemektedir.

Suçlar fiil unsuru açısından ciddi farklılık gösterirler. İcbar suretiyle irtikâp suçunda görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılırken, ikna suretiyle irtikâp suçunda görevin sağladığı güven kötüye kullanılmaktadır. İcbar suretiyle irtikâp suçunda icbarda bulunurken, ikna suretiyle irtikâp suçunda hileli davranışlarda bulunmaktadır. Hileli davranış ikna etmek için olmalıdır. Eğer daha rahat icbarda bulunmak için hileye başvurulmuşsa veya icbar hareketlerine hile de eşlik etmişse burada icbarın varlığı kabul edilmelidir. İki suç içtima ilişkisine girebilir. Zira aynı suçun seçimlik hareketleri değildir. İcbar suretiyle irtikâp suçu sadece icrai hareketle işlenebilirken, ikna suretiyle irtikâp suçu ihmali suretle de işlenebilir²³⁵.

²³⁴ “... tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde, Adıyaman Devlet Hastanesinde beyin cerrahisi olarak görev yapmakta olan sanığım, ... sevkle gelen mağduru muayene ettikten sonra çocuğun binde 8 kurtulma şansı olduğunu, Malatya veya Adana’ya sevk edebileceğini söylediği, müştekinin de hastasının kanamalı olduğunu, bu kadar yol gittiğinde öleceğini ... ifade etmesi üzerine “ben ameliyata ederim ama hakkımı alırım, vermezsen seni sevk ederim” dediği, böylece çocuğunun hayatından endişe eden müştekinin zor durumundan istifade ederek kendisine para teklifine mecbur bıraktığı, eyleminde ... cebri irtikap suçunun tüm unsurları bulunduğu gözetilmeden ameliyattan sonraki gelişmeler nazara alınarak ikna suretiyle irtikap suçundan hüküm kurulması...” (Yarg. 5. CD, 13.05.2008, 13585/4295, aktaran Baytemir, s. 762)

²³⁵ İki suçun karıştırıldığı ve suç vasfında yanılğıya düşülen yargı kararları için bkz. Baytemir, s. 762 vd.

SONUÇ

TCK m. 250/1’de tanımlanan icbar suretiyle irtikâp suçu, irtikâp suçlarından biridir. 765 sayılı mülga TCK’da da düzenlenmiş olan suçtan bazı farklı yönleri bulunmaktadır. Suç unsurları itibarıyla özellikle rüşvet ve yağma suçlarına olan benzerliği ile dikkat çekmektedir. Birçok ülkede böyle bir suç tipine yer verilmemiş, irtikâp suçları rüşvet olarak değerlendirilmiştir. Bu sebeple bu suçun ele alınması ve unsurlarının net bir şekilde belirlenmesi gerekir. Zira ancak bu suretle suç, benzer suçlardan ayırt edilebilir.

İcbar suretiyle irtikâp suçu ile korunmak istenen hukuki değerler, bireyin devlet organları ve makamları önünde eşit muamele görme ve kamu görevlilerinin hukuka uygun hareket etmelerini isteme haklarıdır. İcbar suretiyle irtikâp suçu kamu görevlisi fail tarafından gerçek kişilere karşı işlenebilen özgü bir suçtur. Suçun konusu, tartışmalı olsa da kanaatimizce maddi ya da manevi herhangi bir yarar olabilir. Kanun düzenlemesinde yararın haksız olması gerektiğine yer verilmediği için bu yararın mutlaka haksız bir yarar olmasına gerek yoktur. Haklı bir yararın sağlanması için icbarda bulunulması da bu suçu oluşturabilir.

Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisi olan fail, icbar niteliğinde hareketler gerçekleştirmelidir. Zorlamak anlamına gelen icbar kavramından bir ceza hukuku terimi olarak neyin anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Tartışmanın esas sebebi icbarın sözlük anlamının, kanunda yer alan cebir ve tehdit kavramları ile aynı anlamda kullanılmasına imkân vermesidir. Bu bağlamda icbarı maddi ve manevi zorlamalar şeklinde anlayan görüşlerin yanında sadece manevi zorlamalar şeklinde anlayan görüşler bulunmaktadır. Ayrıca tüm manevi zorlamaların icbar kavramının kapsamına girip girmediği, yağma suçundaki tehdit kavramı bağlamında da tartışılmaktadır. Konu ile ilgili kanuni düzenlemelerden ve bir hukuki terimin anlamının belirlenebilmesine ilişkin genel semantik kriterlerden hareket ederek icbar kavramının tanımlanabildiği görülmüştür. Buna göre icbar, yağma suçunu oluşturan tehdit boyutlarına varmayacak şekilde bir kimseyi, iradesinin aksine hareket etmeye manevi olarak zorlamak anlamına gelmektedir. Bu anlamıyla icbarın, icbar suretiyle irtikâp suçuna vücut verebilmesi için mağdur üzerinde, kolaylıkla kurtulması mümkün olmayan bir zorlama etkisi oluşturmaya elverişli; mağduru

etkileyecek boyuta ulaşmış olması gerekir. Tartışmalı olsa da kanaatimizce elverişlilik, objektif esaslara göre belirlenmelidir. İcbarın tespitinde, kendisine icbar uygulanan kişinin meşru zeminde olması gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilen ve literatürde de kısmen savunulan bir kriter olmuştur. Her ne kadar Yargıtay CGK son verdiği kararlarda kriteri baz almasa da Yargıtay 5. CD kriteri uygulamaya devam etmektedir. Kanaatimizce kendisine icbar uygulanan mağdurun meşru ya da gayri-meşru zeminde olmasının bir önemli yoktur. 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra icbar suretiyle irtikâp suçunda “icbar karinesi” bağlamında ciddi farklılıklar oluşmuştur. İcbar karinesi düzenlemesi, icbarın tanımı konusunda dikkate alınsa da icbarın bir tanımı değildir; düzenlemedeki koşulların gerçekleşmesi hâlinde icbarın varlığından hareket edilmesini öngören bir karinedir. Bu bağlamda, zımni icbar olarak nitelendirilmesi mümkün olan icbar karinesinden bahsedebilmek için öncelikle kamu görevlisi tarafından haksız tutum ve davranışlar sergilenmiş olmalıdır. Bunun sonucundan kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesine kapılması gerekir. Bu endişeye bağlı olarak kişinin kendisini, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etme konusunda mecbur hissetmesi gerekir. Ayrıca icbar karinesi gereği icbardan bahsedebilmek için kişinin kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temini vaadinde bulunması yetmez, menfaati mutlaka temin etmiş olması gerekir. Menfaati başkasının değil, bizzat kendisinin temin etmiş olması gerekir. İcbar niteliğindeki hareketlerin suça vücut verebilmesi için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirmesi gerekir.

İcbar suretiyle irtikâp suçunda ayrıca netice unsuru da bulunmaktadır. Suçun oluşabilmesi için bu neticenin de gerçekleşmesi gerekir. Fiil unsuru açık icbar (m. 250/1-birinci cümle) şeklinde gerçekleşmişse netice unsurunu “yararın sağlanmış olması” veya “yararın sağlanması yönünde vaatte bulunulmuş olması” oluşturur. Yararın sağlanması yönünde vaatte bulunulmuş olması kanunda açıkça bir netice olarak düzenlendiğinden, kanaatimizce de bu hususun bir netice olarak kabul edilmesi gerekir. Somut olayda fiil unsuru icbar karinesindeki (m. 250/1-ikinci cümle) haksız tutum ve davranışlar (zımni icbar) şeklinde gerçekleşmişse netice unsurunu “mağdurun endişe duyması”, “mağdurun mecbur kalması” ve

“mağdurun yarar sağlamış olması” oluşturur. Fiil unsuru ile netice arasında nedensellik bağı bulunmalı ve netice faile onun eseri olarak objektif isnat edilebilmelidir.

İcbar suretiyle irtikâp suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Sağlanan yararın haksız ya haklı olması mümkün olduğundan, fail tarafından haksız bir yararın sağlandığının bilinmesine gerek yoktur. Suç tanımında özel kasta yer verilmemiştir. Mağdurun bilgisi kast bağlamında değerlendirilmese de bu suç açısından, icbar suretiyle irtikâp suçunun mu yoksa rüşvet suçunun mu gerçekleştiği konusunda önem arz edebilmektedir.

Suçun oluşabilmesi için herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Suçta esasen hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması pek olası gözükmemektedir. Ayrıca failin cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerekir. Bu bağlamda olayda failin kusurunu etkileyen herhangi bir hâlin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. TCK m. 28 ve 34’te yer alan hallerin bu suç açısından özellik arz edebileceğini belirtmek gerekir.

İcbar suretiyle irtikâp suçuna teşebbüs konusu çok tartışmalıdır. Özellikle mağdurun manevi durumu, fail açısından suçun nasıl nitelendirileceği konusunda belirleyici olabilmektedir. Teşebbüs konusundaki ilgili tüm ihtimaller tespit edilmeye çalışılsa da burada şunu vurgulamak gerekir ki suça, icbar karinesi açısından da teşebbüs edilebilir.

Suç sadece kamu görevlileri tarafından işlenebildiğinden özgü bir suçtur. Bu sebeple iştirak açısından özellik gösterir. İştirak edenler sadece azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler. İçtima açısından ise genel hükümler geçerlidir. Suçun takibi şikâyete tabi değildir.

İcbar suretiyle irtikâp suçu birçok suça benzemektedir. Özellikle rüşvet ve yağma suçu ile aralarında ciddi benzerlikler vardır. Suçun benzeri suçlardan ayrılması, unsurlarının, özellikle fiil unsurunun iyi bilinmesine bağlıdır. Bu sebeple makalede diğer konulara nazaran icbar kavramı, icbar karinesi ve netice unsurları üzerinde daha detaylı durulmuş, suçun unsurları net olarak belirlenmeye çalışılmıştır.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung, wie er in Artikel 250/1 StGB definiert ist, gehört zu den Vorteilsannahmedelikten. Dieser Straftatbestand weist einige Unterschiede zum Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung auf, der im aufgehobenen StGB Nr. 765 geregelt ist. Was die Tatbestandsmerkmale betrifft, so fällt vor allem die Ähnlichkeit mit den Straftatbeständen der Bestechung und des Raubes auf. Aufgrund dieser Ähnlichkeit ist ein solcher Straftatbestand in vielen Ländern nicht vorgesehen. Während das italienische Strafgesetzbuch den Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung enthält, gibt es im deutschen Strafgesetzbuch keinen solchen Straftatbestand. Im deutschen Strafgesetzbuch sind jedoch ähnliche Delikte unter der Bezeichnung Vorteilsannahmedelikten zusammen mit Bestechungsdelikten (§§ 331 ff.) geregelt. Insbesondere der Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung sollte behandelt und seine Tatbestandsmerkmale sollten aufgrund seiner Ähnlichkeit mit den Straftatbeständen der Bestechung und des Raubes eindeutig bestimmt werden.

Die Rechtsgüter, die durch den Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung geschützt werden sollen, sind die Rechte des Einzelnen, vor staatlichen Organen und Behörden gleich behandelt zu werden und zu verlangen, dass Beamte im Einklang mit dem Gesetz handeln. Der Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung ist ein spezifischer Straftatbestand, der vom Täter, der ein Amtsträger ist, gegen reale Personen begangen werden kann. Aus diesem Grund können Personen, die keine Amtsträger sind, nicht Täter dieser Straftat sein; sie können nur als Anstifter oder Gehilfen an der Straftat beteiligt sein. Das Tatobjekt der Straftat kann jeder materielle oder immaterielle Vorteil sein. Dieser Vorteil muss nicht unbedingt ein ungerechter Vorteil sein. Auch die Verleitung einer Person zur Erlangung eines rechtmäßigen Vorteils erfüllt den Straftatbestand.

Auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen und der allgemeinen semantischen Kriterien zur Bestimmung der Bedeutung eines Rechtsbegriffs wurde in unserem Artikel eine Definition des Begriffs der Nötigung vorgenommen. Demnach bedeutet Nötigung, dass eine Person gegen ihren Willen zu einer Handlung gezwungen wird, die nicht das Ausmaß einer Drohung erreicht, die den Straftatbestand des Raubes erfüllt. Damit die ausgeübte Nötigung den Straftatbestand erfüllt, muss er geeignet sein, eine

Zwangswirkung auf das Opfer auszuüben, der es sich nicht ohne weiteres entziehen kann. Mit anderen Worten, die Nötigung muss einen solchen Grad erreicht haben, dass sie auf das Opfer einwirkt. Ob die Nötigung geeignet ist, auf das Opfer einzuwirken, ist zwar umstritten, sollte aber unserer Meinung nach nach objektiven Grundsätzen bestimmt werden. Bei der Feststellung, ob im konkreten Fall eine Nötigungshandlung vorliegt, spielt es keine Rolle, ob die Person, die genötigt wird, sich auf rechtmäßigem oder unrechtmäßigem Boden befindet. Nach der Änderung durch das Gesetz Nr. 6352 vom 02.07.2012 haben sich im Zusammenhang mit der "Vermutung der Nötigung" gravierende Unterschiede beim Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung ergeben. Mit anderen Worten, dem Gesetzestext wurde eine Regelung in Form der "Vermutung der Nötigung" hinzugefügt. Obwohl die Regelung über die Vermutung der Nötigung in der Definition der Nötigung berücksichtigt wird, handelt es sich nicht um eine Definition der Nötigung, sondern um eine Vermutung, die das Vorliegen einer Nötigung beweist, wenn die Voraussetzungen der Regelung erfüllt sind. Damit die Nötigungshandlungen den Straftatbestand erfüllen, muss der Beamte diese Handlungen unter Missbrauch des ihm durch sein Amt verliehenen Einflusses begangen haben.

Beim Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung muss auch der Erfolg verwirklicht werden. In Fällen, in denen eine ausdrückliche Nötigung das Tatbestandsmerkmal darstellt, lautet das Tatbestandsmerkmal des Erfolgs "der Vorteil wurde gewährt" oder "es wurde versprochen, den Vorteil zu gewähren". Wird das Tatbestandsmerkmal im konkreten Fall jedoch in Form ungerechter Haftung und Verhaltensweisen unter der Vermutung der Nötigung verwirklicht, lauten die Tatbestandsmerkmale der Erfolge "die Angst des Opfers", "das Opfer fühlt sich genötigt" und "das Opfer hat den Vorteil gewährt". In der Regelung der Nötigungsvermutung wird "das Versprechen, den Vorteil zu gewähren", nicht als Erfolg aufgeführt. Es muss ein kausaler Zusammenhang zwischen der Handlung und des Erfolgs im Sinne der conditio-sine-qua-non Formel bestehen. Außerdem muss die Folge dem Täter objektiv als sein Werk zurechenbar sein.

Der Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung ist ein Verbrechen, das vorsätzlich begangen werden kann. Es muss außerdem keinen von Rechtsfertigungsgründen vorliegen. Der Täter muss zudem schuldhaft sein,

damit er bestraft werden kann. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob es Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe vorliegen.

Der Versuch ist bei der Vorteilsannahme durch Nötigung möglich. Diejenigen, die nicht Amtsträger sind, können sich an dieser Straftat nicht als Täter, sondern nur als Anstifter oder Gehilfen beteiligen. In Bezug auf die Konkurrenzen gelten die allgemeinen Bestimmungen.

Der Straftatbestand der Vorteilsannahme durch Nötigung ist vielen Straftaten ähnlich. Insbesondere gibt es gravierende Ähnlichkeiten mit Bestechungs- und Raubdelikten. Die Abgrenzung des Straftatbestands von ähnlichen Straftaten hängt von einer guten Kenntnis seiner Elemente, insbesondere der Tathandlung, ab.

KISALTMALAR

AlmCK	: Alman Ceza Kanunu
AY	: Anayasa
b.	: Bası
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
dp.	: Dipnot
ed.	: editör(ler)
ff.	: fortfolgend
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
Örn.	: Örneğin
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
StGB	: Strafgesetzbuch
TCK	: Türk Ceza Kanunu
tStGB	: Türkisches Strafgesetzbuch
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. b., Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

ARTUK Mehmet Emin/KOÇYİĞİT Halime Ebru, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Rüşvet Suçunun Benzer Suçlardan Ayrımı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 106, Haziran 2015, s. 14-26.

BAKICI Sedat, Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar- Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları, Ankara, 1988.

BAYTEMİR Erdal, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar İle Banka Zimmeti, Zimmet-Rüşvet-İrtikâp, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah, “İrtikâp Suçu”, Özel Ceza Hukuku IX, ed. Köksal Bayraktar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

ÇINAR İsmail, “Altılama Hatası’nın (Der Subsumtionsirrtum) Kavramsal ve Hukuki Anlamı”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 6, S. 2 (2021), s. 79-128, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1705038>).

ÇINAR, İsmail, Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre. Ein Beitrag zur Irrtumslehre durch eine dogmatisch-begriffliche Untersuchung des Subsumtionsirrtums und seine rechtliche Qualifikation innerhalb der strafrechtlichen Irrtumslehre, Logos Verlag Berlin, Berlin, 2019.

ÇINAR, İsmail, “Hak Arama Hürriyetinin Engellenmesinin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Anayasa Hukukunun Gelişmeleri Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu 30-31 Temmuz 2021, ed. İbrahim Şahbaz, Gonca Kuru, Melik Ezgi Yetimoğlu, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s. 55-73.

DEMKO Daniela, Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

DÖNMEZER Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984.

EREM Faruk, “İrtikâp”, Adalet Dergisi, C. Yıl: 49, S. 9-10, 1949, s. 519-527.

EREM Faruk, İrtikâp Cürmü, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1964.

EREM Faruk, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 1968, s. 11-33, (çevrimiçi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/632330>).

EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. b., Savaş Yayınları, Ankara, 1983.

ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), Işık Matbaacılık, İstanbul, 1992.

EVİK Vesile Sonay, "İrtikap Suçu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2 2007, s. 47-74.

GÜRELLİ Nevzat, İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri, (Yayımlanmamış Doktora Tezi Tezi), 1954.

HAFIZOĞULLARI Zeki/AYGÜN EŞİTLİ Ezgi, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, "Görev Sırasında Din Hizmetlerini Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 219)", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2011/3, s. 249-268, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397866>).

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.

HATZ Helmut, Rechtssprache und juristischer Begriff: vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes, Kohlhammer, Stuttgart, 1963.

İÇEL Kayıhan, Suçların İçtimai, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

İNANÇ Zekeriya Alper, Türk Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KAHRAMAN Recep, "İrtikâp ve Rüşvet Suçları Bakımından İcbar Kariyesinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 31, S. 141, 2019, s. 209-226.

KAHRAMAN Recep, Rüşvet Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

KANBUR Mehmet Nihat, "6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikâp Suçu (TCK m.250)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 1177-1208, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/814469>).

KOCA M. Reis, "İrtikâp Suçu", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 6, 2015, s. 247-279, (çevrimiçi: <https://www.uyuşmazlık.gov.tr/Resimler/Pdfler/Makaleler/30-11-201710mreiskoca.pdf>).

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. b., Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

KÜÇÜKİNCE Alptekin, Rüşvet Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

KUHLEN Lothar, Drohen mit einem Übel und Versprechen eines Vorteils- Zum Verhältnis von Nötigung und Bestechungsdelikten, C. F. Müller, Heidelberg, 2018.

MALKOÇ İsmail/GÜLER Mahmut, Zimmet-İrtikap-Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları, Gen Matbaacılık, Ankara, 1993.

MARCELLİ Krefeld, "Ausstellen falscher Führerscheine", Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1985, s. 498-501.

MERAN Necati, Zimmet, Rüşveti, İrtikap, Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 2. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

NEUMANN Ulfrid, Zurechnung und „Vorverschulden". Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZALP Nabi, Türk Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZEN Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

ÖZEN Mustafa, İrtikâp ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

ÖZGENÇ İzzet, İrtikâp, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, 2. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

RÖSLER Lena, Drohen und Versprechen - Die Nötigung durch Drohen mit einem Unterlassen in Abgrenzung zu den Bestechungsdelikten-, Universität Mannheim, 2019.

SARITAŞ Erkan, "İcbar Suretiyle İrtikâp Suçu (TCK m. 250/1)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 2, 2022, s. 683-724, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2183974>).

SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. b., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

TURABİ Selami, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 20 2012, s. 87-110.

TURABİ Selami, *İrtikâp Suçları (TCK m. 250)*, 2. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÜNAL Mahir, *İrtikâp Suçu Bağlamında Yargıtay ve İstinaf (BAM) Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ÜNVER Yener, "Ceza Hukukunda Korunan Hukuksal Yarar", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 8. Kitap, ed. Hayrettin Ökçesiz, çev. Ragıp Barış Erman, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003, s. 113-119, (çevrimiçi: <https://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/02/HFSA8-Ünver-min.pdf>).

ÜZÜLMEZ İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nda İrtikâp Suçu (M.250)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2006, s. 273-298, (çevrimiçi: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262676>).

WANK Rolf, *Die juristische Begriffsbildung*, Beck, München, 1985.

YERDELEN Erdal, "İrtikâp Suçu (TCK m. 250)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2013, s. 445-480.

YILDIZ Ali Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.

YOKUŞ SEVÜK Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. b., Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

YURTCAN Erdener, *Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet, Zimmet, İrtikâp, Görevi Kötüye Kullanma, Öteki Kamu Yönetimine Karşı Suçlar*, 3. b. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

YÜKSEKTEPE Mert Asker, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri Dahilinde Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri İlamları ile Rüşvet ve İrtikâp*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.

„Die Menschenwürde ist unantastbar“ – auch im Gefängnis

Cezaevinde Dahi “İnsan Onuru Dokunulmazdır”

Doc. Privatdozent Dr. Joachim KRETSCHMER*

ÖZ

İnsan onuru ve insan hakları cezaevinde olan kişiler için de geçerlidir. Cezaların infazı ve hükümlülerin iyileştirilmesine ilişkin düzenlemeler de buna dayanmalıdır. Temel olarak, koğuş ve hücre sistemi ile bu odaların genişliği ve eşyaları bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak, cinsiyetlerin ayrılması, sigara içmeyenlerin korunması ve duş konularının da insan hakları bağlantısı bulunmaktadır. Almanya’da mahkemeler - Federal Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere - ve öğreti cezaevlerinin insan hakları yönleriyle ilgilenmektedir. Bu çalışmada, insan onuruna saygı vurgusuyla belirli sorunlar tartışılmaktadır

Anahtar Kelimeler: *İnsan onuru, insan hakları, ceza ve tevki-fevleri, koğuş sistemi ve oda sistemi, cinsiyet ayrımı, banyo*

"Human Dignity is Inviolable" - Even in Prison

ABSTRACT

Human dignity and human rights also apply to people in prison. The laws on corrections and on execution of criminal sentences must be based on this. It is mainly about the accommodation in individual cells or dormitories, along with the size and furnishings of them. The separation of the sexes, the protection of non-smokers and the subject of showers also have a human rights reference. In Germany, the courts up to the Federal Constitutional Court and jurisprudence

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (kretschmer@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7255-813X.

deal with these human rights aspects of the penal system. In Germany, the courts up until the Constitutional Court and jurisprudence deal with these human rights aspects of the prison system. This essay discusses specific issues with an emphasis on respect for human dignity.

Keywords: *Human dignity, human rights, correctional facilities, prisons, accommodation in cells and dormitories, separation of genders, showers*

I. Menschenwürde und Menschenrechte im deutschen Strafvollzug

*„Alle Personen, denen die Freiheit entzogen ist, sind unter Achtung ihrer Menschenrechte zu behandeln“.*¹ So lautet Nr. 1 der Grundprinzipien der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze des Europarates von 2020.

Es ist eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit in einem liberalen Verfassungs- und Rechtsstaat, dass die Menschenwürde und die Menschenrechte auch in den Justizvollzugsanstalten = Gefängnissen eines Staates gelten und von den staatlichen Stellen geachtet werden. Auch Strafgefangene und sonstige Personen in anderen Formen des Freiheitsentzugs sind Bürger und Bürgerinnen. Es bedurfte aber 1972 eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts (=BVerfG) in Karlsruhe, damit sich diese rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit in Gesetzgebung und in der Rechtspraxis durchsetzt.

Das BVerfG:² *„Auch die Grundrechte von Strafgefangenen können nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden.“*

Die Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses bezog sich über viele Jahrzehnte auf spezifische Rechtsbeziehungen der Bürger zum Staat, die einem verwaltungsinternen und rechtsfreien Rechtsbereich zugerechnet wurden. Dazu zählten das Schulverhältnis, das Wehrverhältnis, das Beamtenverhältnis und eben der Strafvollzug. In diesen spezifischen Rechtsbeziehungen galten der Gesetzesvorbehalt und

¹ Die Empfehlung des Europarates Europäische Strafvollzugsgrundsätze 2020.

² BVerfG v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71, NJW 1972, 811; BVerfG v. 19.2.2023 – 2 BvR 1719/21, BeckRS 2023, 2734.

die Grundrechte und der Rechtsschutz nicht.³ Mit dem Grundgesetz ist eine solche Sichtweise nicht vereinbar.⁴ Art. 1 Abs. 3 GG: *„Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“* Es brauchte dann einige Jahr, damit sich der rechtsstaatliche Gedanke, dass die Grundrechte auch in diesen spezifischen Rechtsbeziehungen gelten, in Rechtslehre und Rechtspraxis durchsetzte. Spätestens mit dem Urteil der BVerfG von 1972 ist diese Rechtsfigur erledigt.

Zahlen zu Strafgefangenen: Im Juni 2022 befanden sich 56.557 Menschen insgesamt in Deutschland im Justizvollzug. 40.199: Freiheitsstrafe; 11.663: Untersuchungshaft; 2.753: Jugendstrafvollzug; 1.942: sonstiger Freiheitsentzug. Der Anteil von Frauen ist gering: 3.150. Vergleichen Sie diese Zahlen mit den Zahlen in der Türkei.

II. Menschenwürde des Art. 1 GG

„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Macht.“ So lautet unser Art. 1 Abs. 1 GG. Was aber ist diese Menschenwürde?

Das BVerfG⁵ formuliert: *„Was diese Verpflichtung für das staatliche Handeln konkret bedeutet, lässt sich nicht ein für allemal abschließend bestimmen. Art. 1 Abs. 1 GG schützt den einzelnen Menschen nicht nur vor Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und ähnlichen Handlungen durch Dritte oder den Staat selbst. Ausgehend von der Vorstellung des Grundgesetzgebers, dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden, schließt es die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen. Schlechthin verboten ist damit jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen*

³ Dazu Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, CH Beck, München, 20. Aufl., 2020, § 8 Rn. 28 ff.

⁴ Dazu Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, CH Beck, München, 20. Aufl., 2020, § 8 Rn. 28 ff.

⁵ BVerfG v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, NJW 2006, 751 (757).

Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt, indem sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personenseins, zukommt.“

Das sind schöne Worte – Subjektqualität, Eigenwert, Personensein –, die sich erst im konkreten Einzelfall in der Rechtspraxis beweisen müssen. Im Justizvollzug, in Unfreiheit geht es um die Achtung der Subjektqualität der Strafgefangenen in deren Restfreiheit.

Das OLG Frankfurt aM⁶ stellt mit Bezug auf das BVerfG fest: *„Die Menschenwürdegarantie verbietet eine Herabwürdigung zum Objekt und gebietet die Wahrung menschlicher Identität und Integrität.“*

Das LG Regensburg:⁷ *„Gefordert ist hier vor allem die Achtung der Menschenwürde des Strafgefangenen (...). Das schließt die Pflicht ein, die Privat- und Intimsphäre des Gefangenen als Ausdruck seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1, 2 GG) tunlichst zu wahren. Dabei ist anzuerkennen, dass der gesonderte Haftraum für den Gefangenen regelmäßig die einzige verbleibende Möglichkeit bietet, sich eine gewisse Privatsphäre zu schaffen und ungestört zu sein.“*

Und das KG Berlin – das Kammergericht ist das Oberlandesgericht in Berlin:⁸ *„Davon abgesehen ist die Menschenwürde kein disponibles Rechtsgut, das einen Grundrechtsverzicht überhaupt zulassen würde. Die Grundrechtsbindung ... als Träger öffentlicher Gewalt nach Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG gilt objektiv und unabhängig von einem etwaigen Verzicht Einzelner auf die entsprechende Schutzwirkung. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Achtung und der Schutz des Wertes, der jedem Menschen um seiner selbst Willen zukommt.“* Und im Strafvollzug, der maßgeblich durch Einschränkungen der persönlichen Freiheiten des oder der Strafgefangenen geprägt ist, kann nach Ansicht des KG Berlin ein Verzicht auf die Menschenwürde nicht als Ausdruck der persönlichen Freiheitsentfaltung verstanden werden.

⁶ OLG Frankfurt aM v. 18.07. 2003 – 3 Ws 578/03 (StVollz), NJW 2003, 2843.

⁷ LG Regensburg v. 20.01.2022 – SR StVK 245/21, BeckRS 2022, 390.

⁸ KG Berlin v. 14.08.2012 – 9 U 122/11, BeckRS 2012, 22221.

Das OLG Karlsruhe:⁹ „Art. 1 GG und Art. 3 EMRK sind gerade auch bei einer Unterbringung mehrerer Gefangener in einem Haftraum zu beachten und begrenzen insoweit das Ermessen der Anstalt.“

Zusammengefasst: Ein Verstoß gegen die Menschenwürde liegt vor, wenn der Mensch zu einem Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt wird und seine Subjektstellung in Frage gestellt wird.¹⁰ Aus dem Absolutheitsanspruch der Menschenwürde folgt, dass der Einzelne über den Schutz nicht disponieren kann.¹¹ Oder: Der Einzelne kann und darf den Staat nicht aus seiner verfassungsrechtlichen Pflicht der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde entlassen. Die Achtung der Menschenwürde gehört zu dem absoluten Selbstverständnis eines liberalen Rechtsstaats. Die Achtung der Menschenwürde bildet die Identität des liberalen Rechtsstaats.

Eine besondere Ausprägung hat durch die Rechtsprechung des BVerfG¹² in den letzten Jahren das Rechtsinstitut „Kernbereich der privaten Lebensgestaltung“ erhalten. Der Kernbereichsschutz hat einen absoluten Achtungsanspruch. Dieser Kernbereich ist für die staatliche Gewalt unantastbar, da er ein Element des Art. 1 GG ist.¹³ Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung ist eine absolute Schranke für staatliches Handeln. Bei dem Kernbereich privater Lebensgestaltung handelt es sich

⁹ OLG Karlsruhe v. 25.10.2018 – 1 Ws 220/18, BeckRS 2018, 36160.

¹⁰ Dazu Gerrit Manssen, *Staatsrecht II*, 19. Aufl., 2022, CH Beck, München, § 9 Rn. 257 ff.; umfassend Friedrich Hufen, *Die Menschenwürde, Art. 1 I GG*, CH Beck, München, JuS 2001, 1 ff.

¹¹ Siehe Franziska Schneider, *Kernbereich privater Lebensgestaltung*, CH Beck, München, JuS 2021, 29; Gerrit Manssen, *Staatsrecht II*, 19. Aufl., 2022, CH Beck, München, § 9 Rn. 250; BeckOK Strafvollzugsrecht Bayern/Frank Arloth, CH Beck, München, 17. Edition, 01.10.2022, § 170 Rn. 2; Friedrich Hufen, *Die Menschenwürde, Art. 1 I GG*, CH Beck, München, JuS 2001, 1 ff.

¹² Zum Beispiel BVerfG v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17 zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes, BeckRS 2022, 8427; dazu auch Gerrit Manssen, *Staatsrecht II*, 19. Aufl., 2022, CH Beck, München, § 9 Rn. 262 ff.

¹³ Dazu Sven Großmann, *Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchung: Voraussetzungen und Beweisverbote*, CH Beck, München, JA 2019, 241.

um einen Bereich höchstpersönlicher Privatheit, in den der Staat unter keinen Umständen eingreifen darf.¹⁴ Das BVerfG:¹⁵ „Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist strikt und darf nicht durch Abwägung mit den Sicherheitsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden.“ Dieser freiheitliche Bereich ist abwägungsfest. Das zeigen heute die Strafprozessordnung (100d StPO) und die Polizeigesetze und die Gesetze zu den Sicherheitsbehörden und Nachrichtendiensten. Dieser absolute Schutz soll dazu führen, den Schutzbereich der Menschenwürde restriktiv zu interpretieren.¹⁶ Es fehlt jedoch eine gesetzliche Definition des absoluten Kernbereichs. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft, also unsere, Aufgabe, den Schutzbereich des absoluten Kernbereichs zu definieren. Dessen Schutzbereich in diesem absolut staatsfreien Raum des Kernbereichs zeigt vorbildlich den freiheitlichen Charakter des deutschen Grundgesetzes. Diese absolute Schranke staatlichen Handelns gilt auch für jede Form des Justizvollzugs. Wenn die Menschenwürde nach Art. 1 GG unantastbar ist, ist dagegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 iVm Art. 1 GG in den rechtsstaatlichen Grenzen beschränkbar. Oder: Die Menschenwürde setzt dem Staat in seinem staatlichen Eingriffshandeln gegenüber seinen Bürgern und Bürgerinnen eine absolute Schranke. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Bürger und Bürgerinnen dagegen ist durch staatliches Handeln beschränkbar. Entscheidend ist daher die normative Abgrenzung zwischen der absoluten Schranke der Menschenwürde und der relativen Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 2 iVm 1 GG?

¹⁴ Dazu Sven Großmann, *Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchung: Voraussetzungen und Beweisverbote*, CH Beck, München, JA 2019, 241; Gerrit Manssen, *Staatsrecht II*, 19. Aufl., 2022, CH Beck, München, § 9 Rn. 249.

Franziska Schneider, *Kernbereich privater Lebensgestaltung*, CH Beck, München, JuS 2021, 29.

¹⁵ Siehe BVerfG v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17, BeckRS 2022, 8427.

¹⁶ So Gerrit Manssen, *Staatsrecht II*, 19. Aufl., 2022, CH Beck, München, § 9 Rn. 249.

Der unantastbare Kernbereich der privaten Lebensgestaltung hat zuerst einen kommunikativen Inhalt. Unter dem Kernbereich privater Lebensgestaltung ist die Möglichkeit zu verstehen, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art ohne die Angst zum Ausdruck zu bringen, dass staatliche Stellen diese überwachen.¹⁷ Davon erfasst sind demnach Gespräche mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens, die in der berechtigten Annahme geführt werden, nicht überwacht zu werden, Gefühlsäußerungen und Ausdrucksformen der Sexualität. Der Kernbereich der persönlichen Lebensgestaltung hat aber auch einen handlungsbezogenen und situativen Aspekt. Wenn Gespräche sexuellen Inhalts zu diesem absolut geschützten Kernbereich gehören, trifft diese Einordnung natürlich auch auf sexuelle Handlungen und andere intime und höchstpersönliche Handlungen des Menschen zu, die die intime Identität und Integrität des Menschen berühren. Und dieser situative Bezug ist in den folgenden justizvollzugsrechtlichen Problemstellungen von besonderer Bedeutung.

III. Strafvollzug: Einzelunterbringung oder Gemeinschaftsunterbringung

Nr. 18.5 Europäische Strafvollzugsgrundsätze der Europarates 2020: *„In der Regel sind Gefangene bei Nacht in Einzelhaftsräumen unterzubringen, es sei denn, die gemeinschaftliche Unterbringung mit anderen Gefangenen wird für sinnvoller gehalten.“*

Eine besondere Bedeutung haben die Menschenrechte und die Menschenwürde bei der Unterbringung der Strafgefangenen in den Justizvollzugsanstalten. Werden die Strafgefangenen einzeln oder gemeinschaftlich mit anderen Strafgefangenen in ihrem Haftraum untergebracht? Das gilt vor allem für deren Ruhezeit. Arbeit und Freizeit werden regelmäßig gemeinsam verbracht. Die Unterbringung ist eine

¹⁷ So BVerfG v. 26.04.2022 – 1 BvR 1619/17 zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes, BeckRS 2022, 8427; Franziska Schneider, *Kernbereich privater Lebensgestaltung*, CH Beck, München, JuS 2021, 29.

Kernfrage des Justizvollzugs. Es gehört nach dem OLG Karlsruhe¹⁸ im Regelvollzug zu den schwierigsten und angesichts der durch die unüberwachbare nächtliche Gemeinschaft sowohl dem Vollzugsziel im Einzelfall als auch Sicherheit und Ordnung der Vollzugsanstalt drohenden Gefahren, wichtigsten vollzuglichen Entscheidungen, welche Gefangenen und in welcher Zusammensetzung nachts gemeinschaftlich untergebracht werden. Besondere Beachtung verdienen die Größe der Hafträume und die Einrichtung der sanitären Anlagen. Das gilt sowohl und besonders bei einer gemeinschaftlichen Unterbringung, aber auch bei der Einzelunterbringung im Haftraum = Haftzelle. Es gibt auch heute noch Hafträume, in denen die sanitären Anlagen ein nicht abgetrennter Teil des Haftraums sind. Das gilt vor allem für die Toilette, die oftmals offen direkt links oder rechts der Tür zum Haftraum steht. Das gilt vor allem für sog. Altanstalten. Renovierungen und Neubauten von Justizvollzugsanstalten führen dazu, dass die Hafträume zunehmend einen gesonderten Sanitärbereich mit Waschbecken und Toilette haben. Duschen sind in der Regel aber nicht vorgesehen. Insbesondere die Hafträume, in denen die Toilette auch heute noch offen im Haftraum steht, wecken die Frage nach einer menschenunwürdigen Unterbringung. Das gilt vor allem bei einer gemeinschaftlichen Unterbringung zweier oder gar mehrerer Strafgefangener, aber auch bei Einzelunterbringung in einem solchen Haftraum.

Viele Justizvollzugsanstalten – in Deutschland gibt es ungefähr 170 – stammen ursprünglich aus dem 19. Jahrhundert. Renovierungen, Um- und Neubauten folgten. Typisch ist die bauliche Entwicklung der JVA Werl¹⁹ in Nordrhein-Westfalen: Aktuell ist auf einer Fläche von ca. 14 Hektar im Norden der Stadt Werl die Unterbringung von insgesamt 1.034 Insassen im geschlossenen Vollzug in drei Hafthäusern (Strafgefangene) und einem Wohnheim (Sicherungsverwahrte) möglich. Das Hafthaus I, erbaut 1908, verfügt über 508 Plätze. Das Hafthaus II, erbaut 1965, verfügt über 57 Plätze. Das Hafthaus III, erbaut 1942, verfügt über 329 Plätze. Das Wohnheim IV, erbaut 2016, verfügt über 138 Plätze. Über die Jahrhunderte und Jahrzehnte haben die Menschenwürde und

¹⁸ OLG Karlsruhe v. 25.10.2018 – 1 Ws 220/18, BeckRS 2018, 36160.

¹⁹ Angaben von der Website der JVA Werl.

die Menschenrechte eine unterschiedliche Bedeutung im Recht und in der Gesellschaft. Insgesamt zeigt sich im Recht eine stete Humanisierung. Das gilt auch für den Strafvollzug, mögen diese Entwicklungen in Recht und Gesellschaft auch Jahrhunderte oder Jahrzehnte dauern.

1. Tatsachen

56.557 Menschen befinden sich im Juni 2022 insgesamt in Freiheitsentzug. Einzelunterbringung: 45.295; Gemeinschaftsunterbringung: 11.262. Einige Bundesländer: Bayern 6.549 zu 2.503; Berlin 3.208 zu 205; NRW 10.339 zu 3.368; Sachsen 2.174 zu 690.

2. Rechtsgrundlagen

§ 18 StrafvollzugsG des Bundes

1) Gefangene werden während der Ruhezeit allein in ihren Hafträumen untergebracht. Eine gemeinsame Unterbringung ist zulässig, sofern ein Gefangener hilfsbedürftig ist oder eine Gefahr für Leben oder Gesundheit eines Gefangenen besteht.

(2) Im offenen Vollzug dürfen Gefangene mit ihrer Zustimmung während der Ruhezeit gemeinsam untergebracht werden, wenn eine schädliche Beeinflussung nicht zu befürchten ist. Im geschlossenen Vollzug ist eine gemeinschaftliche Unterbringung zur Ruhezeit außer in den Fällen des Absatzes 1 nur vorübergehend und aus zwingenden Gründen zulässig.

Der Anspruch auf Einzelunterbringung während der Ruhezeit dient in der totalen Institution des Strafvollzugs dem Schutz der Privat- und Intimsphäre des Gefangenen.²⁰ Es geht um deren menschenrechtliche Achtung. Das mit § 18 StrafvollzugsG etablierte Prinzip der Einzelunterbringung dient dem Schutz der Persönlichkeits- und Intimsphäre des oder der Gefangenen, fördert das Vollzugsziel der Resozialisierung, trägt dem Angleichungsgrundsatz Rechnung und soll

²⁰ Siehe Arloth/Krä, *Strafvollzugsgesetz*, CH Beck, München, 5. Aufl., 2021, § 18 Rn. 2; BeckOK Strafvollzugsrecht Sachsen/Dirk Reuter, CH Beck, München, 20. Edition, 15.01.2023, § 11 Rn. 2; Joachim Kretschmer, *Die menschen(un)würdige Unterbringung von Strafgefangenen*, CH Beck, München, NJW 2009, 2406.

den mit einer Unterbringung in Gemeinschaft typischerweise verbundenen Gefahren – namentlich der Verstärkung subkultureller Einflüsse – vorbeugen.²¹ Es ist eine erhebliche Einschränkung der Freiheit, wenn man stundenlang zwangsweise zusammen mit einer anderen Person in einem Haftraum untergebracht ist.²² Der oder die Gefangene müssen in der streng fremdbestimmten Welt des Strafvollzugs einen Raum haben, in dem er oder sie einen persönlichen Lebensbereich haben, in dem sie ungestört ihren privaten und intimen und sozialen Bedürfnissen nachgehen können und für den sie auch Verantwortung tragen.

In Deutschland gelten inzwischen 16 Strafvollzugsgesetze. Eigentlich sogar 17. Nach der Föderalismusreform ist Strafvollzug Ländersache. Daher hat jedes Bundesland ein eigenes Strafvollzugsgesetz. Und in wenigen Einzelfragen gilt auch weiterhin das Strafvollzugsgesetz des Bundes.

§ 12 Berliner StrafvollzugsG: Unterbringung während der Einschlusszeiten

(1) Die Gefangenen werden im geschlossenen Vollzug während der Einschlusszeiten in ihren Hafträumen einzeln untergebracht. Wenn schädliche Einflüsse nicht zu befürchten sind, können Gefangene mit ihrer Zustimmung in dafür zugelassenen Hafträumen zu zweit untergebracht werden; dies gilt auch dann, wenn eine Gefahr für Leben oder eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit einer oder eines Gefangenen besteht. Die Anstalt setzt die Einschlusszeiten unter Berücksichtigung der in § 3 geregelten Grundsätze der Vollzugsgestaltung fest.

(2) Über die Fälle des Absatzes 1 Satz 2 hinaus ist eine gemeinsame Unterbringung nur im offenen Vollzug, während der stationären Behandlung im Justizvollzugskrankenhaus oder vorübergehend und aus

²¹ So BeckOK Strafvollzugsrecht Bund/Ralf Setton, CH Beck, München, 23. Edition, 01.02.2023, § 18 Rn. 1.

²² So BeckOK Strafvollzugsrecht Sachsen/Dirk Reuter, CH Beck, München, 20. Edition, 15.01.2023, § 11 Rn. 2.

zwingenden Gründen zulässig. Schädliche Einflüsse auf die Gefangenen dürfen hierdurch nicht zu befürchten sein.

Art. 20 Bayern StrafvollzugsG: Unterbringung während der Ruhezeit

1) ¹Gefangene sollen während der Ruhezeit allein in ihren Hafträumen untergebracht werden. ²Mit ihrer Zustimmung können Gefangene auch während der Ruhezeit gemeinsam untergebracht werden, wenn eine schädliche Beeinflussung nicht zu befürchten ist.

(2) Auch ohne ihre Zustimmung ist eine gemeinsame Unterbringung zulässig, sofern ein Gefangener oder eine Gefangene hilfsbedürftig ist oder eine Gefahr für Leben oder Gesundheit eines oder einer Gefangenen besteht oder die räumlichen Verhältnisse der Anstalt dies erfordern.

(3) Eine gemeinschaftliche Unterbringung von mehr als acht Gefangenen ist nicht zulässig.

Mit diesen beiden Beispielen aus Berlin und Bayern sind die beiden Pole in der Frage der Einzelunterbringung im Strafvollzug gegeben. Während nach dem Berliner Gesetz die Einzelunterbringung im geschlossenen Vollzug die Regel ist, bestimmt die bayerische Regel allgemein nur einen Sollanspruch auf Einzelunterbringung.

3. Art. 1 GG

Die Mehrfachbelegung von Hafträumen ist tatsächlich und rechtlich problematisch.²³ Sie beeinträchtigt den behandlungsorientierten Strafvollzug. Räumliche Enge führt zu Spannungen und Auseinandersetzungen zwischen den Gefangenen. Sicherheit und Ordnung in der Anstalt sind beeinträchtigt. Es ist anerkannt, dass auch die Überbelegung von Justizvollzugsanstalten und von Hafträumen eine Ursache von Gewalt unter Gefangenen ist. Insbesondere an den beschäftigungslosen Wochenenden – geprägt von Langeweile und

²³ Siehe dazu Joachim Kretschmer, *Die menschen(un)würdige Unterbringung von Strafgefangenen*, CH Beck, München, NJW 2009, 2406.

Fremdbestimmung – entladen sich die Spannungen. Daneben steht der totale Verlust an Intim- und Privatsphäre, wenn Gefangene gegen ihren Willen gemeinsam auf engsten Raum untergebracht sind.²⁴ Aber: Die bloße gemeinschaftliche Unterbringung von Strafgefangenen in einem Haftraum ohne das Hinzutreten erschwerender Umstände begründet als solche keinen Verstoß gegen Art. 1 GG.²⁵ Der Anspruch auf eine menschenwürdige Unterbringung nach Art. 1 GG und Art. 3 EMRK begrenzt die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Belegung von Hafträumen.

Ein - typischer - Sachverhalt:²⁶ „Der Beschwerdeführer befand sich in der Zeit vom 1. Januar 2012 bis zum 22. November 2012 in der Justizvollzugsanstalt A. in Untersuchungshaft. Mit Ausnahme der Zeiträume vom 6. bis 11. Januar 2012 und vom 11. bis 24. Juli 2012 war er in zwei identisch beschaffenen jeweils doppelt belegten Hafträumen der Station F untergebracht. Mit der Gemeinschaftsunterbringung hatte er sich bei Haftantritt schriftlich einverstanden erklärt. Beide Hafträume wiesen eine Gesamtgrundfläche von knapp 7,8 m² auf. In den Hafträumen befand sich eine baulich nicht abgetrennte Toilette ohne separate Abluftvorrichtung. Aufschluss wurde täglich für eine Stunde sowie jeden zweiten Tag für weitere drei Stunden gewährt.“

§ 170 StrafvollzugsG Bayern

Räume für den Aufenthalt während der Ruhe- und Freizeit sowie Gemeinschafts- und Besuchsräume sind wohnlich oder sonst ihrem Zweck entsprechend auszugestalten. Sie müssen hinreichend Luftinhalt

²⁴ Siehe dazu Joachim Kretschmer, *Die menschen(un)würdige Unterbringung von Strafgefangenen*, CH Beck, München, NJW 2009, 2406.

²⁵ Siehe BGH v. 28.09.2006 – III ZB 89/05, NStZ 2007, 172; BeckOK Strafvollzugsrecht Bund/Ralf Setton, CH Beck, München, 23. Edition, 01.02.2023, § 18 Rn. 2; BeckOK Strafvollzugsrecht Hamburg/Bernd Plake, CH Beck, München, 01.03.2023, 17. Edition, § 20 Rn. 6; auch Joachim Kretschmer, *Die Mehrfachbelegung von Hafträumen im Strafvollzug in ihrer tatsächlichen und rechtlichen Problematik*, CH Beck, München, NStZ 2005, 251.

²⁶ BVerfG v. 08.12.2020 – 1 BvR 149/16, BeckRS 2020, 39628.

haben und für eine gesunde Lebensführung ausreichend mit Heizung und Lüftung, Boden- und Fensterfläche ausgestattet sein.

Ein weiterer – typischer Sachverhalt:²⁷ „Der Bf. befand sich im Juni 2012 in der JVA in Strafhaft zeitweilig in einem doppelt belegten Haftraum mit einem weiteren Gefangenen. Die exakte Größe des Haftraums gibt der Freistaat Bayern mit 8,98 m² an, während der Bf. sie unter Zeugenbeweisangebot mit nur 7,41 m² beziffert. Eine lediglich mit einem Schamvorhang versehene Toilette ohne gesonderte Abluftvorrichtung war in den Haftraum baulich integriert. Dem Bf. wurden tägliche Aufschlusszeiten von mindestens zwei und höchstens viereinhalb Stunden gewährt.“

Wir schreiben das Jahr 2012 (!): Gemeinschaftsunterbringung – zwei Gefangene – offene Toilette im Haftraum – über mehrere Wochen, Monate. Wer sich diese räumlichen Verhältnisse in der Justizvollzugsanstalt bildlich vorstellt, kann nur entsetzt und empört sein. Das schreit geradezu nach einem Verstoß gegen den Menschenwürde. Eine solche Unterbringung führt zu jeglichem Verlust der Intim- und Privatsphäre der Betroffenen. Nichtsdestotrotz lehnen Strafvollzugsbehörden und Gerichte Klagen der Betroffenen immer wieder ab, vor allem wenn es um Prozesskostenhilfe und Amtshaftungsansprüche geht. Es bedarf oftmals einer Korrektur durch das BVerfG.²⁸ Das BVerfG:²⁹ „*In rechtlicher Hinsicht ist nicht ersichtlich, dass das Gericht das Vorbringen des Beschwerdeführers, sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und diverser Obergerichte ... sei seine Haftunterbringung*

²⁷ BVerfG v. 08.12.2020 – 1 BvR 117/16, BeckRS 2020, 39624.

²⁸ So BVerfG v. 08.12.2020 – 1 BvR 149/16, BeckRS 2020, 39628; ebenso BVerfG v. 08.12.2020 – 1 BvR 117/16, BeckRS 2020, 39624; dazu auch Barskanmaz, Cengiz; *Menschenwürde im Gefängnis: Haftbedingungen, Verfahrensgrundrechte und das Bundesverfassungsgericht*, Verfassungsblog 2021/2/03, <https://verfassungsblog.de/menschenwuerde-im-gefängnis/>

²⁹ BVerfG v. 08.12.2020 – 1 BvR 117/16, BeckRS 2020, 39624; dazu Stefan Muckel, *Menschenunwürdige Unterbringung von Gefangenen: Gerichte verstoßen gegen Grundrechte*, CH Beck, München, JA 2021, 345.

menschenunwürdig gewesen, in dem gebotenen Maße zur Kenntnis genommen und ernsthaft erwogen hat.“

Ein Grund für die ablehnenden Entscheidungen ist, *„dass die Frage nach der Menschenwürdigkeit der Unterbringung von Strafgefangenen von einer Gesamtschau der tatsächlichen, die Haftsituation bestimmenden Umstände abhängt. Als Faktoren sind dabei in räumlicher Hinsicht in erster Linie die Bodenfläche pro Gefangenen und die Situation der sanitären Anlagen, namentlich die Abtrennung und Belüftung der Toilette, zu beachten.“*³⁰ Wenn eine Rechtsfrage von einer Gesamtschau abhängig ist, lassen sich regelmäßig verschiedene Abwägungsergebnisse erreichen, abhängig davon, wie die Rechtsanwender argumentieren. Das Argument für eine solche Gesamtschau im Einzelfall ist die Einzelfallgerechtigkeit. Das Risiko einer solchen Gesamtschau ist eine Unbestimmtheit in der Rechtsprechung. Das BVerfG:³¹ *„Für die Unterbringung des Beschwerdeführers auf Station F in einer knapp 7,8 m² großen doppelt belegten Zelle ohne baulich abgetrennte Toilette liegt nach den Maßstäben aller dieser obergerichtlichen Entscheidungen die Annahme einer menschenunwürdigen Unterbringung jedenfalls nicht fern.“*

Beispielhaft sei die bereits oben erwähnte Entscheidung des OLG Frankfurt aM³² genannt: Der Betroffene verbüßte eine Freiheitsstrafe. Er war 2002 für etwa zwei Monate mit einem weiteren Gefangenen in einem Haftraum mit einer Grundfläche von ca. 7,5 m² und einer nur durch eine ca. 80cm hohe Vorstellwand abgetrennten Toilette ohne separate Lüftung untergebracht. Dazu das OLG Frankfurt aM: *„Die Unterbringung in einem mehrfach belegten Haftraum verstößt jedenfalls dann gegen Art. 1 I GG, Art. 3 EMRK, wenn entweder die Toilette nicht abgetrennt oder nicht gesondert entlüftet ist sowie gleichzeitig die Mindestgröße hinsichtlich des erforderlichen Luftraums von 16m² oder hinsichtlich der erforderlichen Bodenfläche von 7 m² pro Gefangener nicht eingehalten werden.“* Und weiter: *„Die Unterbringung in einer doppelbelegten Einzelzelle mit offener Toilette stellt demgegenüber eine*

³⁰ So BVerfG v. 08.12.2020 – 1 BvR 149/16, BeckRS 2020, 39628.

³¹ So BVerfG v. 08.12.2020 – 1 BvR 149/16, BeckRS 2020, 39628.

³² OLG Frankfurt aM v. 18.07. 2003 – 3 Ws 578/03 (StVollz), NJW 2003, 2843; zustimmend Arloth/Krä, *Strafvollzugsgesetz*, CH Beck, München, 5. Aufl., 2021, § 144 Rn. 2.

Brechung menschlicher Subjektivität unter Verletzung der körperlichen und psychischen Identität und Integrität dar. Die vorhandene Schamwand bietet weder hinreichenden Sicht- noch Geruchsschutz, so dass im Falle der Toilettenbenutzung durch einen Gefangenen in unzumutbarer Weise beiden Gefangenen jeder Rückzugsraum genommen, in ihre Intimsphäre eingegriffen und ihre Menschenwürde negiert wird. Dies gilt unabhängig von der Dauer der Mehrfachunterbringung allgemein und den genauen - unter anderem von etwaigen Arbeitszeiten abhängigen - Aufenthaltszeiten in der Zelle.“

Aus dem Urteil des KG Berlin:³³ „Der im Bereich des Justizvollzuges tätige Hoheitsträger verletzt Amtspflichten im Sinne von § 839 BGB, wenn er die rechtmäßig verhängte Strafhaft unter Bedingungen vollzieht, die einen Eingriff in das Recht des Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde nach Art. 1 GG darstellen (...). Ob der Vollzug der Strafhaft als menschenunwürdig anzusehen ist, ist jeweils nach einer Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (...). Die Frage nach den Standards, deren Unterschreitung eine Missachtung bedeuten und die Menschenwürde der Betroffenen verletzen würde, kann dabei, soweit es um die Sicherung eines Minimums an materiellen Voraussetzungen menschenwürdiger Existenz geht, hier wie sonst nicht ohne Berücksichtigung der allgemeinen - auch wirtschaftlichen - Verhältnisse beantwortet werden (...). Hierbei müssen die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen auch dann erhalten bleiben, wenn der Grundrechtsberechtigte seiner freiheitlichen Verantwortung nicht gerecht wird und die Gemeinschaft ihm wegen begangener Straftaten die Freiheit entzieht. Aus Art. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip folgt die Verpflichtung des Staates, den Strafvollzug menschenwürdig auszugestalten, mithin das Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht (...). Die Menschenwürde ist unantastbar und kann deshalb auch nicht aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung wie die - hier nicht einschlägigen, weil sie nicht zu Eingriffen in die Menschenwürde ermächtigen - § 18 StVollzG oder § 144 StVollzG eingeschränkt werden (...). Als erhebliche Umstände kommen insbesondere die Anzahl der in einem Haftraum untergebrachten Gefangenen, die Größe der jedem Gefangenen zur Verfügung stehenden Haftraumfläche, die Unterbringung in einem Einzel- oder Gruppenhaftraum, die Ausgestaltung der sanitären Anlagen im Haftraum, die

³³ KG Berlin v. 14.08.2012 – 9 U 122/11, BeckRS 2012, 22221.

Gesamtdauer der Unterbringung sowie die täglichen Einschlusszeiten in Betracht (...).“

Den sanitären Anlagen kommt erkennbar eine besondere Bedeutung zu, wenn es um einen menschenwürdigen oder menschenunwürdigen Justizvollzug geht. Eine gemeinschaftliche Unterbringung von Strafgefangenen in einem Haftraum, der über keine räumlich abgetrennte Toilette verfügt, verstößt gegen die Menschenwürde.³⁴ Dagegen liegt ein Verstoß gegen die Menschenwürde nicht vor, wenn zwei Strafgefangene gemeinsam in einem Haftraum von 9,82 m² mit einer räumlich abgetrennten Nasszelle (1,42 m²) untergebracht sind.³⁵ Darauf ist bei Neubauten und Umbauten aus Gründen der Humanität zwingend zu achten.

Nr. 18.1 Europäische Strafvollzugsgrundsätze des Europarats 2020: *„Alle für Gefangene, insbesondere für deren nächtliche Unterbringung vorgesehenen Räume haben den Grundsätzen der Menschenwürde zu entsprechen, die Privatsphäre so weit wie möglich zu schützen und den Erfordernissen der Gesundheit und der Hygiene zu entsprechen; dabei sind die klimatischen Verhältnisse und insbesondere die Bodenfläche, die Luftmenge sowie die Beleuchtung, Heizung und Belüftung zu berücksichtigen.“*

Nicht allein bei der gemeinschaftlichen Unterbringung, sondern auch bei einer Einzelunterbringung stellt sich die Frage nach einem menschenunwürdigen Justizvollzug, wenn die Toilette offen im Haftraum installiert ist und nur mit einem sog. Schamvorhang – Vorhang, Stellwand - abgetrennt ist. Die Gerichte erachten eine solche Unterbringung eher nicht als Eingriff in die Intimsphäre.³⁶ Das BVerfG:³⁷ *„Die von dem Beschwerdeführer geschilderte fehlende Abtrennung der Toilette vom übrigen Raum verletzt in Einzelhafträumen auch unter Einbeziehung*

³⁴ Siehe LG Gießen v. 14.03.2003 – 2 StVK – Vollz 189/03, NStZ 2003, 624; weitere Nachweise bei Arloth/Krä, *Strafvollzugsgesetz*, CH Beck, München, 5. Aufl., 2021, § 144 Rn. 2.

³⁵ Siehe OLG Celle v. 03.07.2003 – 1 Ws 171/03 Strafvollz, NStZ-RR 2003, 316; auch Arloth/Krä, *Strafvollzugsgesetz*, CH Beck, München, 5. Aufl., 2021, § 144 Rn. 2.

³⁶ Bei BVerfG v. 08.12.2020 – 1 BvR 149/16, BeckRS 2020, 39628; auch LG Darmstadt v. 21.06.2016 – 3c StVK 1687/15, BeckRS 2016, 20336.

³⁷ BVerfG v. 18.03.2020 – 2 BvR 1273/19, BeckRS 2020, 5353.

internationaler Standards nicht den Anspruch des Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde, weil grundsätzlich die Möglichkeit besteht, körperliche Bedürfnisse unter Wahrung der eigenen Intimsphäre zu verrichten.“ Anders das KG Berlin in seiner Gesamtschau:³⁸ „Mit dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin ist davon auszugehen, dass diese Grenzen bei einer Gesamtschau der Umstände überschritten sind und das Recht des Gefangenen auf menschenunwürdige Unterbringung verletzt wird, wenn er für einen Zeitraum von knapp drei Monaten in einem Einzelhaftraum von etwa 5,25 qm mit räumlich nicht abgetrennter Toilette, in dem er zeitweise zwischen 15 und fast 21 Stunden unter Verschluss war, untergebracht wird (...). Der Senat konnte sich bei einer Inaugenscheinnahme einer Vielzahl von Hafträumen in der inzwischen nicht mehr belegten Teilanstalt I der Justizvollzugsanstalt T. am 10. August 2012 von der unangemessenen Enge der dort vorhandenen Einzelhafträume mit einer Größe von jeweils etwa 5,3 m² selbst überzeugen. Vor allem die Inaugenscheinnahme eines möblierten Einzelhaftraumes von etwa 5,3 m² hat ergeben, dass den Gefangenen in diesen Räumen nur ein sehr geringer Bewegungsfreiraum zur Verfügung stand. Deswegen ist es für die Bewertung dieser Haftbedingungen als menschenunwürdig nicht von entscheidender Bedeutung, ob die Einschlusszeiten, ..., zeitweise unter der Woche überwiegend „nur rund 10 Stunden betragen, wenn sie an einzelnen Tagen und am Wochenende deutlich darüber hinaus gehen (...). Die Unterbringung eines Gefangenen unter den genannten Haftbedingungen kann dabei allenfalls für eine von vornherein begrenzte Übergangszeit zumutbar sein, wobei dann nach dem Beschluss des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin vom 3. November 2009 zwei Wochen hinnehmbar sein können, während bei einem Zeitraum von 89 Tagen die Schwelle der Zumutbarkeit dagegen eindeutig überschritten ist.“

Es geht um die JVA Tegel in Berlin. Bei einer Belegungsfähigkeit von derzeit 792 Plätzen im geschlossenen Vollzug sowie 8 Plätzen im offenen Vollzug der Sicherungsverwahrung leben hier ca. 670 erwachsene Männer mit mittleren und langen Freiheitsstrafen, lebenslanger Freiheitsstrafe oder im Vollzug der Sicherungsverwahrung.³⁹ Mit einem Gelände von mehr als 130.000 m² ist die JVA Tegel eines der größten Gefängnisse Deutschlands mit

³⁸ KG Berlin v. 14.08.2012 – 9 U 122/11, BeckRS 2012, 22221.

³⁹ Angaben und Zahlen stammen von der Website der JVA Tegel.

Gebäuden, die von 1898 bis in die Gegenwart entstanden sind. Es geht in der Entscheidung des KG Berlin erneut um eine Gesamtschau aller – nicht nur der sanitären - Umstände im Einzelfall zur Bewertung als menschenunwürdiger Strafvollzug. Entscheidend für das KG Berlin ist im Wesentlichen die Größe oder besser die nicht vorhandene Größe des Haftraums. Nach Ansicht des KG Berlin *„war der Bewegungsspielraum in den voll möblierten Einzelhafträumen derart beengt, dass den Gefangenen ein Verbleib in dieser nur schwer erträglichen Wohnsituation über einen gemeinhin als überschaubar empfundenen Zeitraum von einem Monat nicht mehr zumutbar war.“* Ein solcher Verwahrvollzug mache die Strafgefangenen zu einem Objekt staatlichen Handelns.

Die Strafvollzugsgesetze stellen sog. Grundsätze der Vollzugsgestaltung auf. Einer dieser Grundsätze ist der sog. Angleichungsgrundsatz. Dieser muss und soll auch die räumliche Unterbringung prägen.

§ 3 Berliner StrafvollzugsG

Grundsätze der Vollzugsgestaltung

(1) Der Vollzug ist auf die Auseinandersetzung der Gefangenen mit ihren Straftaten und deren Folgen auszurichten.

(2) Der Vollzug wirkt von Beginn an auf die Eingliederung der Gefangenen in das Leben in Freiheit hin.

(3) Das Leben im Vollzug ist den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit wie möglich anzugleichen.

(4) Schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs ist entgegenzuwirken.

Daher ist auch bei angemessener Größe eines Haftraums meines Erachtens eine Einzelunterbringung in einem Haftraum, in dem Waschbecken und Toilette unmittelbar im Haftraum installiert sind,

entgegen anderer Ansichten⁴⁰ keine menschenwürdige Unterbringung.⁴¹ Nach dem strafvollzugsrechtlichen Angleichungsgrundsatz ist die Justizvollzugsanstalt verpflichtet, den Unterschied zwischen den Lebensbedingungen im Vollzug und in der übrigen Gesellschaft gering zu halten. Als Beispiele⁴² gelten: die Ausgabe der Tageszeitung am Tag des Erscheinens, die Ausgabe normalen Geschirrs statt Plastikgeschirrs, die Ausgabe der Abendverpflegung nicht schon zur Mittagszeit und auch die Schaffung ausreichend sanitärer Anlagen einschließlich abschließbarer Toiletten im Haftraum. Das KG Berlin⁴³ bewertet das im Einzelfall anders: *„Die Lage stellt sich dort⁴⁴ anders dar. Dass andere Gefangene dem Antragsteller gezwungenermaßen bei seinen Verrichtungen zusehen müssen, ist dort nicht zu besorgen. Zwar muss der Gefangene Geruchsbelästigungen erdulden, doch besteht der wesentliche Unterschied, dass sie allein von ihm selbst herrühren und durch Reinigungsmaßnahmen und Lüften – im Rahmen des technischen Zustandes der Einrichtungen – weitgehend rasch behoben werden können. Der Umstand allein, dass in einem einzeln belegten Haftraum die Toilette nicht abgetrennt ist, verstößt mithin nicht gegen die Menschenwürde.“* Wenn nach dem vollzugsrechtlichen Angleichungsgrundsatz das Leben im Vollzug den allgemeinen Lebensbedingungen soweit als möglich anzupassen ist, stellt sich die Frage, wer außerhalb des Gefängnisses seine Toilette in demselben Raum hat und benutzen muss, in dem er lebt, schläft, isst, seine Freizeit verbringt? Eine solche Unterbringung negiert die körperliche und seelische Integrität des Menschen. Wir, die wir als Rechtsanwender oder Rechtsanwenderin über diese Rechtsfrage entscheiden, sollten uns stets

⁴⁰ So LG Darmstadt v. 21.06.2016 – 3c StVK 1687/15, BeckRS 2016, 20336; KG Berlin v. 25.09.2007 – 2/5 189/05 Vollz, NStZ-RR 2008, 222; zustimmend Arloth/Krä, *Strafvollzugsgesetz*, CH Beck, München, 5. Aufl., 2021, § 144 Rn. 2; BeckOK Strafvollzugsrecht Nordrhein-Westfalen/Christoph Hettenbach, CH Beck, München, 17. Edition, 01.09.2022, § 14 Rn. 3.

⁴¹ Joachim Kretschmer, *Die menschen(un)würdige Unterbringung von Strafgefangenen*, CH Beck, München, NJW 2009, 2406.

⁴² Siehe BeckOK Strafvollzugsrecht Sachsen/Annemarie Schmolz, CH Beck, München, 20. Edition, 15.01.2023, § 3 Rn. 31

⁴³ KG Berlin v. 25.09.2007 – 2/5 189/05 Vollz, NStZ-RR 2008, 222.

⁴⁴ Bei der Unterbringung eines Strafgefangenen in einem Einzelhaftraum.

fragen, wie wir uns als betroffene Person fühlen würden. Erniedrigt und in unserer Menschenwürde verletzt! Es gilt: Die Toiletten müssen vom übrigen Haftraum abgetrennt sein.

Der Rechtsstaat fordert stets Legitimation und Transparenz staatlichen Handelns. Das gilt erst recht im Justizvollzug. Die im Justizvollzug untergebrachte Person darf nicht zum Objekt staatlichen Handelns degradiert werden. Die Rechtssicherheit erfordert eine sachgerechte Begründung in Abgrenzung zu willkürlichem Handeln. Das OLG Karlsruhe:⁴⁵ *„In den Fällen, in denen - etwa bei chronischer Überbelegung der betreffenden Anstalt – entgegen § 13 JVollzGB III nicht jedem Gefangenen ein Einzelhaftraum für die Ruhezeit zugewiesen werden kann, hat die Vollzugsbehörde bei ihrer Entscheidung, welche Gefangenen aus Platzmangel gemeinsam untergebracht werden, das ihr aus der Organisationshoheit zustehendes Ermessen fehlerfrei auszuüben. Zunächst muss sie prüfen, ob der Gefangene aus besonderen Gründen einzeln untergebracht werden muss. Bei Verneinung dessen muss sie zudem (im Falle der Überbelegung) prüfen, mit welchen Mitgefangenen ein Gefangener untergebracht wird. Die Entscheidung ist auf Grund nachvollziehbarer und mit dem JVollzGB III zu vereinbarenden Kriterien zu treffen. Neben einzelfallbezogenen Gesichtspunkten, wie etwa der eingeholten Zustimmung zu einer Gemeinschaftsunterbringung ist insbesondere der Wiedereingliederung, der Gegensteuerung, der Sicherheit und Ordnung, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Dauer der Freiheitsentziehung Rechnung zu tragen. ... Sowohl bei der Frage der Zuweisung einer Einzelzelle als auch bei der Verteilung der Gefangenen auf Gemeinschaftszellen sind mithin neben gesetzlichen Vorgaben wie z.B. der Trennung von Untersuchungs- und Strafgefangenen gesundheitliche Aspekte (etwa das Infektionsrisiko oder der Gesichtspunkt, ob es sich bei den betreffenden Inhaftierten um Raucher oder Nichtraucher handelt), das innervollzugliche Verhalten von Strafgefangenen, ihre persönlichen Störungen bzw. psychischen Auffälligkeiten, ihre Tätigkeiten als Arbeiter, Schüler oder Nichtarbeiter und ihre Lebensgewohnheiten sowie kultur- bzw. sprachbedingte Besonderheiten zu berücksichtigen.“*

⁴⁵ OLG Karlsruhe v. 25.10.2018 – 1 Ws 220/18, BeckRS 2018, 36160.

Achtung: Auch der EGMR⁴⁶ in Straßburg beschäftigt sich mit der Rechtsfrage von Haftbedingungen.⁴⁷ Unter Bezug auf Art. 3 EMRK: *„Der Staat muss sich jedoch vergewissern, dass ein Gefangener unter Bedingungen festgehalten wird, die mit der Achtung seiner Menschenwürde vereinbar ist, dass Art und Methode des Vollzugs der Maßnahme ihn nicht Leid und Härten unterwerfen, die das mit einer Haft unvermeidbar verbundene Maß an Leiden übersteigen.“* Und weiter: *„Auch wenn Haftbedingungen nicht darauf abzielen, den Gefangenen zu demütigen oder zu erniedrigen, verstoßen diese Bedingungen gegen das Folterverbot des Art. 3 EMRK, wenn sie erhebliches psychisches oder physisches Leid verursacht haben, die Menschenwürde beeinträchtigt und Gefühle von Demütigung und Erniedrigung erweckt haben.“* Auch der EGMR folgt einer Gesamtbetrachtung anhand der konkreten Umstände. Zu diesen Umständen gehören neben der Größe der Hafträume die Belüftungsmöglichkeiten, der Zugang zu Tageslicht, die Angemessenheit der Heizungsmöglichkeiten, die Möglichkeit der Befriedigung elementarer sanitärer Bedürfnisse und die Möglichkeit, ungestört die Toilette zu benutzen. Der EGMR:⁴⁸ *„Die winzige Zelle, in der der Beschwerdeführer festgehalten wurde, enthielt drei Etagenbetten, zwei kleine Tische, ein Waschbecken, und eine Toilette. Diese Ausstattung reduzierte die den Häftlingen zur Verfügung stehende Bodenfläche weiter. Besonders bedenklich ist für das Gericht, dass es keine Abtrennung oder Trennung zwischen dem Wohnbereich und der Toilette gab, die nicht mit einer Spülung ausgestattet war. Eine solche Nähe war nicht nur aus hygienischer Sicht zu beanstanden, sondern entzog den Häftlingen, die die Toilette benutzten, auch jegliche Privatsphäre.“* In einem solchen Haftraum waren drei Personen untergebracht. Die Entscheidung des EGMR: Verstoß gegen Art. 3 EMRK. Im Übrigen

⁴⁶ EGMR v. 15.07.2002 – 47095/99 – Kalashnikov/Russland, BeckRS 2002, 168457.

⁴⁷ Dazu Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer/Jens Meyer-Ladewig/Matthias Lehnert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos, 4. Aufl., 2017, Art. 3 Rn. 20 ff.

⁴⁸ EGMR v. 09.10.2009 – 62936/00 – Moiseyev/Russland, BeckRS 2008, 146241, Rn. 124; Übersicht bei Erol Pohlreich, *Die Rechtsprechung des EGMR zum Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft*, CH Beck, München, NStZ 2011, 560.

erachtet der EGMR⁴⁹ eine Größe von 4 m² pro Gefangenen als Mindestgröße.

Im Gegensatz zu den anderen Gesetzen zum Freiheitsvollzug nennt das Gesetz von Baden-Württemberg konkrete Zahlen.

§ 7 JustizvollzugsGB I Baden-Württemberg

(3) Bei Justizvollzugsanstalten, mit deren Errichtung nach Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnen wurde, ist im geschlossenen Vollzug eine Einzelunterbringung der Gefangenen zur Ruhezeit zugrunde zu legen. Einzelhafträume haben eine Nettogrundfläche von mindestens neun Quadratmetern, Gemeinschaftshafträume von mindestens sieben Quadratmetern je Gefangener oder Gefangenen aufzuweisen.

(4) Gemeinschaftshafträume müssen über eine baulich abgetrennte und entlüftete Sanitäreinrichtung verfügen, falls nicht ein ständiger Zugang zu einer Toilette außerhalb des Haftraums besteht.

Zu erwähnen ist jedoch, dass alle Justizvollzugsanstalten des Landes Baden-Württemberg noch unter die Regelung für „Altanstalten“ nach Absatz 2 fallen und diese nennt für Gemeinschaftshafträume bei einer Doppelbelegung 4,5 m² pro Person. Bei der baulichen Gestaltung der sanitären Anlagen ist das Gesetz bezogen auf Gemeinschaftshafträume eindeutig.⁵⁰ Menschenrechtlich ist eine solche gesetzliche Regelung auch für die Einzelhafträume zu wünschen und zu fordern.

IV. Anklopfen bei Betreten des Haftraums mit offener Toilette

Auch im alltäglichen Umgang mit den im Justizvollzug untergebrachten Frauen und Männern sind die Menschenwürde und die Menschenrechte zu achten und zu schützen. Das staatliche Handeln im

⁴⁹ EGMR v. 13.09.2005 – 35207/03 – Ostrovar/Moldau, BeckRS 2005, 157483, Rn. 60, 82.

⁵⁰ Dazu BeckOK Strafvollzugsrecht Baden-Württemberg/Harald Egerer, CH Beck, München, 17. Edition, 01.12.2022, § 7 Rn. 11.

Justizvollzug ist an das Willkürverbot und an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, die ein schonendes Vorgehen gebieten.

Der Sachverhalt:⁵¹ *„Am 17.03.2021 gegen 10.00 Uhr wollten die Vollzugsbeamten ... und ... kontrollieren, ob der Antragssteller einer ihm zuvor erteilten Anweisung bestimmte Bilder an der Außenwand seines Haftraumes zu entfernen, nachgekommen war. Der Antragssteller befand sich zu diesem Zeitpunkt auf der neben der Haftraumtür stehenden Toilette. Da er aus diesem Grund verhindern wollte, dass sein Haftraum betreten wird, machte er die beiden Vollzugsbeamten über seine Situation durch Zurufen aufmerksam, als diese die Haftraumtür öffnen wollten. Außerdem hielt der Antragssteller, um ein Betreten des Haftraumes zu verhindern, die sich nach innen öffnende Tür zu. Trotzdem stieß der Vollzugsbeamte ... ohne Abzuwarten die Haftraumtür auf, betrat den Haftraum und konnte den Antragssteller dabei beobachten, wie sich dieser auf der Toilette befand. Der Antragssteller ist der Ansicht, es liege ein massiver, ungerechtfertigter und unverhältnismäßiger Eingriff in seine Privatsphäre vor. Er sei gezielt erniedrigt und in seiner Würde herabgesetzt worden.“*

Der Fall vor dem LG Regensburg zeigt, dass es auch im Jahr 2021 (!) noch immer Hafträume in deutschen Justizvollzugsanstalten gibt, die keine räumlich abgetrennte Toilette haben. Ein Skandal!

Aus der Entscheidung des LG Regensburg:⁵² *„Dabei ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Vollzugsbeamten besondere Sensibilität geboten, wenn Maßnahmen durchgeführt werden, während Gefangene die Toilette benutzen. Denn hier wird regelmäßig die durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG geschützten Intimsphäre beeinträchtigt. Der Gefangene, in dessen Haftraum die Toilette nicht mit ausreichendem Sichtschutz versehen ist, hat insoweit Anspruch auf besondere Rücksichtnahme durch das Personal. Ein Bediensteter, der den Haftraum betreten will, muss sein Kommen hierbei - etwa durch Anklopfen oder ausreichend vernehmbare Schließgeräusche beim Öffnen der Tür (...) - in einer Weise ankündigen, die dem Gefangenen im Falle der Benutzung der Toilette einen rechtzeitigen Hinweis ermöglicht, und hat in diesem Fall vom Betreten des Raumes, wenn dieses nicht ausnahmsweise dringend geboten erscheint, für eine*

⁵¹ Nach LG Regensburg v. 20.01.2022 – SR StVK 245/21, BeckRS 2022, 390.

⁵² LG Regensburg v. 20.01.2022 – SR StVK 245/21, BeckRS 2022, 390.

den Umständen angemessene Zeitspanne abzusehen.“ Das LG Regensburg stellt weiterhin klar: „Gibt der Gefangene deutlich zu erkennen, dass er sich gerade auf der Toilette befindet, genügen allgemeine Sicherheitsbedenken für das sofortige Betreten des Haftraumes nicht. Vielmehr ist für einen solchen Eingriff in die Intimsphäre zumindest eine vergleichbare Gefährdungslage wie sie Art. 91 Abs. 2 BayStVollzG („Gefahr im Verzug“) voraussetzt notwendig.“

In dieser Entscheidung erkennen wir deutlich, wie relevant die Unterscheidung zwischen Menschenwürde des Art. 1 GG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 iVm. Art. 1 GG ist. Das LG Regensburg subsumiert das Geschehen unter das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Daher ist unter restriktiven Voraussetzungen ein sofortiges Betreten eines Haftraums erlaubt, auch wenn der und die betroffene Strafgefängene in diesem Moment die Toilette benutzen. Wer dagegen dieses Geschehen unter die Achtung der Menschenwürde subsumiert, muss zu einem anderen Ergebnis gelangen. Der Schutzbereich der Menschenwürde ist für den Staat absolut tabu. Es gibt keine Legitimation für staatliche Organe, die Menschenwürde seiner Bürger zu beeinträchtigen. Ich tendiere hier zur Menschenwürde. Wenn staatliche Organe Strafgefängene dabei beobachten, wie diese die Toilette benutzen, degradiert solches staatliches Handeln die beobachteten Menschen zu Objekten und nimmt ihnen jede körperliche und psychische Integrität und Identität. Das gilt bei einer gemeinschaftlichen Unterbringung mehrerer Strafgefängener in einem gemeinschaftlichen Haftraum. Das gilt dann aber auch im Verhältnis eines oder einer Strafgefängenen im Verhältnis zu den staatlichen Organen.

In meiner normativen Wertung ist bereits die Unterbringung in einem Haftraum, in dem die Toilette räumlich nicht abgetrennt ist, eine menschenrechtswidrige Unterbringung eines oder einer Strafgefängenen. Die Achtung der Menschenwürde verlangt aber wenigstens, dass in einem Einzelhaftraum die offene Toilette mit einem Sichtschutz versehen ist. Es ist mir unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde – Intim- und Privatsphäre - unerklärlich, wie man das anders bewerten kann. So heißt es, dass der Gefangene keinen Anspruch auf die Installation eines

Sichtschutzvorhangs in einem Einzelhafttraum habe.⁵³ Dies gelte auch dann, wenn die Toilette nicht vom übrigen Hafttraum abgetrennt sei. So entscheidet auch das BVerfG noch im Jahr 2020:⁵⁴ *„Aus der Verfassung folgt kein Anspruch auf Installation eines Sichtschutzvorhanges in einem Einzelhafttraum. Die von dem Beschwerdeführer geschilderte fehlende Abtrennung der Toilette vom übrigen Raum verletzt in Einzelhaftträumen auch unter Einbeziehung internationaler Standards nicht den Anspruch des Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde, weil grundsätzlich die Möglichkeit besteht, körperliche Bedürfnisse unter Wahrung der eigenen Intimsphäre zu verrichten (...). Die Kammer weist aber darauf hin, dass Gefangene, in deren Hafttraum die Toilette nicht mit (ausreichendem) Sichtschutz versehen ist, einen aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG vermittelten Anspruch auf besondere Rücksichtnahme durch die Bediensteten der jeweiligen Justizvollzugsanstalt haben. Bedienstete, die einen solchen Hafttraum betreten wollen, müssen dies grundsätzlich durch Anklopfen oder in anderer Form ausreichend vernehmbar ankündigen, so dass Gefangenen im Falle der Benutzung der Toilette oder der Waschovorrichtung ein rechtzeitiger Hinweis ermöglicht wird. Im Falle eines solchen Hinweises haben die Bediensteten vom Betreten des Raumes, wenn dieses nicht ausnahmsweise dringend geboten erscheint, für eine den Umständen angemessene Zeitspanne abzusehen. Bei Verstößen gegen dieses Rücksichtnahmegebot können sich die betroffenen Gefangenen beim Anstaltsleiter beschweren (§ 108 StVollzG) oder Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen (§ 109 StVollzG).“*

Es ist rechtlich und tatsächlich interessant, dass das Berliner Gesetz zum Vollzug der Sicherungsverwahrung in seinem § 11 bestimmt: *„Ein baulich abgetrennter Sanitärbereich ist vorzusehen“*. Außerdem spricht das Gesetz für die in der Sicherungsverwahrung untergebrachten Menschen von Zimmer und nicht von einem Hafttraum. So ist das auch in den anderen Landesgesetzen geregelt. Beispielfhaft § 14 SicherungsverwahrungsvollzugsG NRW oder § 11 SicherungsverwahrungsvollzugsG Sachsen. Das erklärt sich aus dem

⁵³ So BeckOK Strafvollzugsrecht Berlin/Matthias Goers, CH Beck, München, 13. Edition, 01.12.2022, § 12 Rn. 6b; BeckOK Strafvollzugsrecht Sachsen/Dirk Reuter, CH Beck, München, 20. Edition, 15.01.2023, § 11 Rn. 2a.

⁵⁴ Siehe BVerfG v. 18.03.2020 – 2 BvR 1273/19, BeckRS 2020, 5353.

verfassungsrechtlich zwingenden Unterschied von Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung als einer Maßregel. Gesetzlich und in der Rechtsprechung und dieser folgend im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zeigt sich, dass die Unterbringungsverhältnisse und die Lebensverhältnisse und die sanitären Anlagen bei den Strafgefangenen „schlechter“ sein dürfen. Das erklärt auch, dass ein Haftraum eines oder einer Strafgefangenen in einer Justizvollzugsanstalt verfassungsrechtlich überwiegend nicht als Wohnung gemäß Art. 13 GG angesehen wird.⁵⁵ Der Haftraum bildet jedoch für die Zeit der Haft den räumlichen Kern der Intim- und Privatsphäre der Strafgefangenen. Trotz aller staatlichen Kontrolle und Überwachung ist der Haftraum der Mittelpunkt des menschlichen Daseins für den Strafgefangenen oder die Strafgefangene. Daher ist der Haftraum in der Justizvollzugsanstalt meiner Ansicht nach⁵⁶ eine Wohnung gemäß Art. 13 GG. Wegen der Nähe des Wohnungsgrundrechts zu Art. 1 GG – der Menschenwürde – ergeben sich zwingend andere Wertungen. Der freiheitliche Schutz der Intimität und Privatheit des oder der Strafgefangenen „schlägt“ Sicherheit und Kontrolle durch die staatlichen Strafvollzugsbehörden.

V. Nichtraucherchutz in der Justizvollzugsanstalt

Die Nichtraucherchutzgesetze des Bundes und der Bundesländer verbieten in vielen Einrichtungen und Räumlichkeiten das Rauchen. Von diesem Verbot gibt es wiederum Ausnahmen. Das ist typische Gesetzgebung. Regel = Verbot und Ausnahme. So gilt nach § 4 Abs. 1 Nr.

⁵⁵ Siehe BVerfG v. 30.05.1996 – 2 BvR 727/94, NJW 1996, 2643; BeckOK Grundgesetz, Volker Epping/Christian Hillgruber/Sebastian Kluckert, CH Beck, München, 54. Edition, 15.02.2023, Art. 13 Rn. 2; BeckOK Strafvollzugsrecht Berlin/Matthias Goers, CH Beck, München, 13. Edition, 01.12.2022, § 12 Rn. 9; BeckOK Strafvollzugsrecht Nordrhein-Westfalen/Christoph Hettenbach, CH Beck, München, 17. Edition, 01.09.2022, SVVollzG § 14 Rn. 5; Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz/Hans-Jürgen Papier, *Grundgesetz-Kommentar*, CH Beck, München, 99. EL-September 2022, Art. 13 Rn. 20.

⁵⁶ Anwaltkommentar StGB/Joachim Kretschmer, CF Müller, Heidelberg, 3. Aufl., 2020, § 244 Rn. 26; Lackner/Kühl/Heger/Martin Heger, StGB, CH Beck, München, 30. Aufl., 2023, § 244 Rn. 10/11.

4 des Berliner NichtraucherSchutzG das Rauchverbot nicht in den Hafträumen der Justizvollzugsanstalten. Das führt zu einem Rechtsproblem bei der gemeinschaftlichen Unterbringung. Dürfen Raucher und Nichtraucher gemeinschaftlich untergebracht werden? Unter dem Aspekt „Gesundheitsschutz und Hygiene“ bestimmt § 73 Abs. 3 des Berliner StrafvollzugsG, dass der NichtraucherSchutz angemessen zu gewährleisten ist.

Aus der Entscheidung des BayObLG:⁵⁷ *„Nach der Rspr. des BVerfG greift angesichts der nicht auszuschließenden gesundheitsgefährdenden Wirkungen des Passivrauchens (...) die gemeinschaftliche Unterbringung eines nichtrauchenden Gefangenen mit einem rauchenden Mitgefangenen – jedenfalls wenn der Betroffene ihr nicht in gesicherter vollkommener Freiwilligkeit zustimmt – in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 GG) ein. Der nichtrauchende Gefangene hat Anspruch auf Schutz vor Gefährdung und erheblicher Belästigung durch das Rauchen von Mitgefangenen und Aufsichtspersonal.“* Und das OLG Karlsruhe sagt zu diesem Thema:⁵⁸ *„Nichtrauchende Gefangene dürfen mit rauchenden Gefangenen wegen der Gefahren des Passivrauchens mit Blick auf das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) jedoch nur dann gemeinschaftlich untergebracht werden, wenn sie damit einverstanden sind. Art. 1 GG und Art. 3 EMRK sind gerade auch bei einer Unterbringung mehrerer Gefangener in einem Haftraum zu beachten und begrenzen insoweit das Ermessen der Anstalt.“*

Die Antwort ist demnach eindeutig: „Nein“, rauchende und nichtrauchende Strafgefangene dürfen zwangsweise nicht gemeinschaftlich untergebracht werden.

VI. Stichwort: Duschen

Die Intim- und Privatsphäre spielt auch bei der körperlichen Hygiene eine große Rolle. Gemeinschaftsduschen ohne Trennwände sind die Regel in Justizvollzugsanstalten. Konkret geht es um die Rechtsfrage, ob ein Strafgefangener oder eine Strafgefangene einen rechtlichen Anspruch haben, allein und unbeobachtet zu duschen. Dieser Anspruch kann sich aus der Achtung der Menschenwürde des Art. 1 GG oder aus

⁵⁷ BayObLG v. 18.11.2020 – 204 StObWs 385/20, NStZ 2021, 445.

⁵⁸ OLG Karlsruhe v. 25.10.2018 – 1 Ws 220/18, BeckRS 2018, 36160.

der Achtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 mit Art. 1 GG ergeben. Was denken Sie? Und wie ist die tatsächliche und rechtliche Situation im türkischen Strafvollzugsrecht und in der türkischen Strafvollzugspraxis?

Nr. 19.3 der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze des Europarates: „Gefangene müssen jederzeit Zugang zu sanitären Einrichtungen haben, die hygienisch sind und die Intimsphäre schützen.“

Aus der Entscheidung des OLG Frankfurt:⁵⁹ *„Die Rechtsauffassung des Landgerichts, jeder Strafgefangene habe ausnahmslos einen verfassungsrechtlichen Anspruch darauf, seine Körperhygiene unbekleidet vornehmen und duschen zu dürfen, ohne von anderen Gefangenen beobachtet zu werden, wird in dieser Allgemeinheit vom Senat nicht geteilt. Durch die Notwendigkeit der Benutzung von Gemeinschaftsduschen ohne Trennwände wird die Menschenwürde (Art. 1 GG) nicht zwangsläufig tangiert. Auch außerhalb von Haftanstalten gehören derartige Gemeinschaftseinrichtungen (z. B. in Schulen, Bädern, Kasernen etc.) häufig zur gängigen Einrichtung und werden - unter der Bedingung der Geschlechtertrennung - von weiten Teilen der Gesellschaft ohne weiteres akzeptiert. Die Situation in Haftanstalten mag durch das zwangsweise Zusammenleben gleichgeschlechtlicher Strafgefangenen gekennzeichnet sein, erfordert aber deshalb allein keine andere Beurteilung. Eine besondere Schamhaftigkeit dieser Gruppe kann nicht unterstellt werden. Auch der Antragssteller trägt keine nachvollziehbaren Gründe vor, warum in seinem Fall eine solche gerechtfertigt ist. Anders wäre dies gegebenenfalls zu beurteilen, wenn bei einem Strafgefangenen etwa besondere körperliche Konstitutionen (z. B. Behinderungen, Entstellungen, Erkrankungen) vorlägen, die das gemeinschaftliche Benutzen der Duschen aus medizinischen/hygienischen Gründen untragbar erscheinen lassen oder den Strafgefangenen der Gefahr der*

⁵⁹ OLG Frankfurt aM v. 12.02.2015 – 3 Ws 1068/14 (StVollz), BeckRS 2016, 1860; zustimmend Arloth/Krä, *Strafvollzugsgesetz*, CH Beck, München, 5. Aufl., 2021, § 56 Rn. 9; BeckOK Strafvollzugsrecht Berlin/Matthias Goers, CH Beck, München, 13. Edition, 01.12.2022, § 12 Rn. 11; BeckOK Strafvollzugsrecht Nordrhein-Westfalen/Matthias Goers, CH Beck, München, 18. Edition, 15.02.2023, § 35 Rn. 38.

sozialen Ausgrenzung durch Mitgefangene aussetzen würde. Solche Gründe hat der Antragssteller aber gerade nicht angeführt.“

Die Argumentation des OLG Frankfurt aM überzeugt mich nicht. Bereits die Vorinstanz bejaht einen verfassungsrechtlichen Anspruch des oder der Strafgefangenen, unbeobachtet duschen zu können. Privatheit und Intimität, also der Kern der Menschenwürde, begründen das. Wenn das OLG auf Gemeinschaftsduschen in Schulen, Bädern und Kasernen verweist, übersieht das Gericht, dass der dortige Aufenthalt vorübergehend und/oder freiwillig ist. Das gemeinschaftliche Duschen mit anderen Personen dort ist die Ausnahme im Leben derjenigen, die in Schule, Kaserne oder Bädern duschen. Sie duschen in der Regel zu Hause in ihrer privaten Umgebung. Diesen Ausweg haben Strafgefangene gerade nicht. Monatelang, sogar jahrelang sind sie gezwungen, gemeinschaftlich mit anderen zu duschen. Das berührt ihre Intimsphäre. Die Organisation des Strafvollzugs und die finanziellen Kosten mögen für Gemeinschaftsduschen in Justizvollzugsanstalten sprechen. Solche Effektivitätsgründe können und dürfen aber einen Eingriff in die Intimität und Privatheit der Strafgefangenen nicht rechtfertigen. Auch kulturelle und religiöse Aspekte dürfen nicht pauschal unberücksichtigt bleiben. Trennwände in den Gemeinschaftsduschen sind als Provisorium das Mindeste, um die menschenrechtliche Intimität der Strafgefangenen zu achten und zu schützen. Bei dem Einbau von Nasszellen in die Hafträume der Justizvollzugsanstalten müssen in Zukunft auch Duschen installiert werden, um den menschenrechtlichen Anforderungen eines humanen Strafvollzugs zu genügen. Das ist insbesondere bei Justizvollzugsanstalten notwendig, in denen Personen mit langjährigen Strafen untergebracht sind. Diese Forderung entspricht auch dem oben erwähnten Angleichungsgrundsatz.

VII. Stichwort: männlich-weiblich-divers

Stets ergeben sich aus neuen gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen neue praktische und rechtliche Fragen für den Justizvollzug, deren Lösung unter Beachtung der Menschenwürde und der Menschenrechte geschehen muss und soll.

Der Sachverhalt nach dem OLG Saarbrücken:⁶⁰ „Die antragstellende Person ist seit dem 17.5.2016 inhaftiert. Am 7.7.2016 wurde sie der JVA Saarbrücken als männlicher Gefangener zugeführt. Dort verbüßt sie Freiheitsstrafe. Aufgrund einer von der antragstellenden Person am 29.4.2019 vor dem Standesamt Saarbrücken nach § 45b PStG abgegebenen „Erklärung zur Geschlechtsangabe und Vornamensführung“, mit der sie die Änderung der bisherigen Angaben zu ihrem Geschlecht („männlich“) und zu ihrem Vornamen (T A) in „divers“ und „L-B A“ erklärte, wurde am 16.5.2019 vom Standesbeamten ihrer Geburtsstadt ... pp. als Vorname „L-B A“ und als Geschlecht „divers“ in die Geburtsurkunde eingetragen. Noch am selben Tag teilte die antragstellende Person der Leitung der JVA Saarbrücken die erfolgte Änderung des Eintrags zu ihrem Geschlecht in der Geburtsurkunde mit und händigte ihr eine Kopie der Geburtsurkunde aus. Mit an die Leitung der JVA Saarbrücken gerichtetem Schreiben vom 5.6.2019 beantragte die antragstellende Person ihre sofortige Verlegung in eine Haftanstalt für Personen des dritten Geschlechts. Eine vom Ministerium der Justiz des Saarlandes daraufhin durchgeführte Länderumfrage ergab, dass bundesweit keine Anstalt für die Unterbringung von Gefangenen mit diversem Geschlecht existiert, in die die antragstellende Person hätte verlegt werden können. Die JVA hat mehrere Maßnahmen ergriffen, um dem Trennungsgebot möglichst gerecht zu werden. Bereits mit Verfügung vom 23.5.2019 wurde der antragstellenden Person mit ihrem Einverständnis ein Einzelbad, eine Einzelreststunde sowie eine Einzelvorführung zu den Fachdiensten ermöglicht. Seit dem 20.8.2019 besteht für sie die Möglichkeit, einmal wöchentlich die eigens auf ihre Bedürfnisse abgestimmte Einzelsportstunde zu besuchen. Zudem ist die auf einen Rollstuhl angewiesene antragstellende Person einzeln in einem behindertengerechten Haftraum des geschlossenen Bereichs untergebracht und hat somit keinen regelmäßigen Kontakt zu männlichen Mitgefangenen. Die von der antragstellenden Person begehrte Unterbringung in einem eigenen Bereich für Strafgefangene diversen Geschlechts lehnte die JVA Saarbrücken hingegen ab.“

Der Trennungsgrundsatz im Justizvollzug ist wahrscheinlich weltweit ein Grundprinzip. Männer und Frauen werden getrennt untergebracht. Die Trennung männlicher und weiblicher Gefangener dient insbesondere dem Schutz weiblicher Gefangener vor Übergriffen

⁶⁰ OLG Saarbrücken v. 16.11.2020 – Vollz (Ws) 11/20, NStZ 2021, 443.

und soll die Berücksichtigung spezifisch weiblicher Bedürfnisse bei der Ausgestaltung des Strafvollzugs ermöglichen.

§ 10 Saarländisches StrafvollzugsG: Trennung von männlichen und weiblichen Gefangenen

1 Männliche und weibliche Gefangene werden getrennt untergebracht.

2 Gemeinsame Maßnahmen, insbesondere zur schulischen und beruflichen Qualifizierung, sind zulässig.

Die getrennte Unterbringung nach Geschlechtern dient dem Schutz der Intim- und Sexualsphäre, der sich Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG ergibt. Dieser menschenrechtliche Schutz ist auch bei dem dritten Geschlecht „divers“ zu achten.⁶¹ Der Wortlaut des § 10 Saarländisches StrafvollzugsG wie auch die anderen Strafvollzugsgesetze erwähnen das dritte Geschlecht „divers“ – noch - nicht. Das OLG Saarbrücken geht zu Recht den Weg der analogen Anwendung: *„Allerdings ist § 10 SLStVollzG in Übereinstimmung mit der Auffassung der StVK und der JVA Saarbrücken analog anzuwenden. Denn nachdem aufgrund des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18.12.2018 neben dem männlichen und dem weiblichen Geschlecht als drittes Geschlecht nunmehr auch das Geschlecht „divers“ anerkannt ist, liegt hinsichtlich der in § 10 SLStVollzG getroffenen Regelung bezüglich Strafgefangener mit dem Geschlecht „divers“ eine planwidrige Regelungslücke vor, so dass aufgrund der vergleichbaren Interessenlage angenommen werden kann, dass der Landesgesetzgeber bei einer Interessenabwägung nach den Grundsätzen, von denen er sich bei Erlass des § 10 SLStVollzG hat leiten lassen, zum gleichen Ergebnis gekommen wäre (...), er also nicht nur eine getrennte Unterbringung von männlichen und weiblichen Gefangenen, sondern auch eine solche von Gefangenen mit diversem Geschlecht vorgesehen hätte.“*

Daher ist das Trennungsprinzip analog auch auf Strafgefangene mit dem Geschlecht „divers“ anzuwenden. Das verlangt jedoch nicht die Unterbringung in besonderen Anstalten oder getrennten Abteilungen.

⁶¹ Siehe BeckOK Strafvollzugsrecht Saarland/Christoph Hettenbach, CH Beck, München, 17. Edition, 15.09.2022, § 10 Rn. 3a.

Das wäre angesichts der – noch – äußerst geringen Anzahl an betroffenen Menschen eine unverhältnismäßige Maßnahme. Das kann und wird sich in Zukunft ändern. Der Leitsatz des OLG Saarbrücken:⁶² *„Die gesetzlich vorgeschriebene getrennte Unterbringung von männlichen und weiblichen Strafgefangenen gilt zwar entsprechend auch für strafgefangene Personen, bei denen im Geburtenregister als Geschlecht „divers“ eingetragen ist. Deren Unterbringung muss aber nicht in besonderen Anstalten oder getrennten Abteilungen erfolgen.“* Das OLG Saarbrücken nimmt im vorliegenden Fall zu Recht an, dass dem menschenrechtlichen Schutzbedürfnis der Person durch die getroffenen Maßnahmen der JVA genügt wurde. Die gesellschaftliche und rechtliche Entwicklung in der Zukunft ist abzuwarten.

An dieser Stelle beweist sich der in einigen Landesgesetzen niedergelegte Grundsatz der Vollzugsgestaltung: Achtung der Persönlichkeit und Würde der Strafgefangenen.

§ 2 Abs. 2 StrafvollzugsG Nordrhein-Westfalen

(2) Die Persönlichkeit und die Würde der Gefangenen sind zu achten. Die unterschiedlichen Lebenslagen und Bedürfnisse der Gefangenen, insbesondere im Hinblick auf Geschlecht, Alter, Zuwanderungshintergrund, Religion, Behinderung, sexuelle Identität sowie die familiären und sozialen Beziehungen, werden bei der Gestaltung des Vollzuges in angemessenem Umfang berücksichtigt.

Unmittelbare Rechte können der oder die Strafgefangene aus diesen Gestaltungsgrundsätzen nicht herleiten.⁶³ Dennoch bilden sie einen Orientierungsrahmen für eine menschenrechtliche Behandlung und Unterbringung und bilden einen Leitfaden für die Rechtspraxis und Rechtsanwendung.

VIII. Fazit

Die Achtung vor den Rechten oder vor der Menschenwürde anderer Menschen lässt sich den Strafgefangenen nur vermitteln, wenn

⁶² OLG Saarbrücken v. 16.11.2020 – Vollz (Ws) 11/20, NStZ 2021, 443.

⁶³ Siehe BeckOK Strafvollzugsrecht Nordrhein-Westfalen/Schmitt, CH Beck, München, 18. Edition, 15.02.2023, § 2 Rn. 1.

die strafende Gesellschaft die Rechte und die Menschenwürde der Gefangenen selbst achtet. Es sind immer wieder Strafgefangene und anderen Menschen im Justizvollzug, die um die Achtung ihrer Menschenwürde und ihrer Menschenrechte mit den Behörden und den nationalen und europäischen Gerichten streiten müssen. Das zeigt sich in den Gefängnissen auf der ganzen Welt. Das zeigt sich bei den hier angesprochenen tatsächlichen und rechtlichen Problemen der Unterbringung im Justizvollzug. Das zeigt sich auch auf einem anderen Rechtsgebiet, wenn es um Kontrolle und Anhalten von Briefen der Strafgefangenen geht, die von den Justizbehörden aus Gründen der Sicherheit und Ordnung oder des Vollzugsziels angehalten werden. Hier muss in vielen Fällen das BVerfG in Karlsruhe⁶⁴ den Justizbehörden und den Gerichten die freiheitliche Bedeutung des Art. 5 GG und des Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG verdeutlichen. Es ist bezeichnend, dass die zu Beginn dieses Beitrags angeführte Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1972 genau einen solchen Sachverhalt der Briefkontrolle zum Gegenstand hatte. Der in einem liberalen Rechtsstaat selbstverständliche Gedanke, dass Menschenwürde und Menschenrechte auch im Gefängnis, ja erst recht im Gefängnis gelten, ist in der Rechtspraxis scheinbar so selbstverständlich nicht. Es ist Aufgabe der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte für diese menschenrechtliche Selbstverständlichkeit zu streiten. Es ist unsere Aufgabe als Dozentinnen und Dozenten an den Universitäten den jungen Studierenden diese menschenrechtliche Selbstverständlichkeit zu verdeutlichen. Weil: *„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“*

⁶⁴ Siehe BVerfG v. 17.03.2021 – 2 BvR 194/20, NStZ 2021, 439; Stefan Muckel, *Anhalten eines Briefes eines Strafgefangenen wegen abfälliger Äußerungen*, CH Beck, München, JA 2021, 523.

ÖZET

Federal Anayasa Mahkemesi “Hükümlülerin dahi temel haklarının yalnızca kanunla” sınırlanabileceğini belirtmektedir. İnfaz kurumlarında da insan onuru ve insan hakları gözetilmelidir. Ceza infaz hukuku ve özellikle uygulama buna yönelik olmalıdır. Hükümlülere yönelik insanca muamele temel alınmalıdır. Devlet, güvenlik mekanizmaları yoluyla insan onurunu zedelememelidir. Güvenliği sağlamak ve insan onuru mutlak niteliktedir. Başka bir deyişle, Alman Anayasası’nın 1. maddesinin ilk cümlesinde belirtildiği gibi “İnsan onuru dokunulmazdır. “İnsan onuruna saygı gösterilmesi ve onun korunması liberal hukuk devletinin mutlak unsurudur. Bu nedenle birey, devletin saygı ve korumasından vazgeçemez. İnsan onuru buna uygun değildir.

Bu kabul öncelikle, genel olarak hükümlülerin cezaevlerinde insanca konaklamasında ve özel olarak koğuş ve oda sistemlerinde dikkate alınmalıdır. Odanın genişliği dışında önemli bir koşul ise sıhhi tesisat, tuvalettir. Sıhhi tesisatın herhangi bir bölme gözetilmeksizin doğrudan odaya döşenmesi, özellikle odanın birden fazla mahkûm tarafından kullanılması durumunda, insanlık dışı muameledir. Frankfurt aM Bölge Yüksek Mahkemesi, birden fazla hükümlünün aynı odayı paylaştığı durumlarda, tuvaletin odadan ayrılması veya tuvaletin bağımsız havalandırmaya sahip olmamasının Alman Anayasası’nın 1. maddesinin ve AIHS’in 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir, tıpkı kanunen zorunlu asgari açık hava alanı olan 16 m²’ye veya mahkûm başına 7 m² zemin alanı yükümlülüğüne uyulmaması gibi. Ayrıca Mahkeme, “Açık tuvaletli bir odada iki mahkûmun konaklaması, bireyin fiziksel ve psikolojik kimliği ve bütünlüğünü ihlal etmek suretiyle, insan öznelliğine aykırıdır. Bir mahkûmun tuvaleti kullanması durumunda, her iki mahkûmunda çekilebilecekleri kendilerine ait herhangi bir alanı bulunmadığı için, mevcut mahremiyet duvarı görüntü ve koku bakımından gerekli korumayı sağlamamaktadır. Bu nedenle mahkûmların mahremiyetleri ihlal edilirken ve insan onuru göz ardı edilmiştir. Bu durum, birden fazla kişinin konaklama süresinden, kaç defa aynı odada kaldıklarından veya muhtemel çalışma saatlerinin farklılığından bağımsız olarak dikkate alınmalıdır.” tespitlemini eklemiştir. Kanaatimce, bu tespitler tek kişilik odalar için de geçerlidir. İnsan onuruna saygı duyulması, tuvaletlerin her durumda, yaşam alanından ayrılmasını gerektirir. Bireylerin, kişisel ve fiziksel kimliklerine ve kişisel bütünlüklerine cezaevlerinde de saygı duyulmalıdır. Sigara içmeyenlerin korunması, kişisel hijyen ve duş ile cinsiyet ayrımı da insan haklarıyla ilişkili diğer durumlardır.

Ortak duş alanları cezaevi sistemlerinde yaygındır. İnfaz hukukundan benzer kılma kuralı uyarınca "Cezaevlerindeki yaşam genel yaşam koşullarına mümkün olduğunca uyulanmalıdır." Ortak duşlar, Alman öğreti ve içtihatlarında, insan onurunun ihlali olarak görülmemektedir. Bununla birlikte, kanaatimce, insan onurunun temeli olarak mahremiyete saygı, mahkûmlara tek başlarına duş alma anayasal hakkını vermektedir.

Ulusal mahkemeler ve Avrupa mahkemeleri ile ceza hukuku akademisyenleri ve özellikle avukatlar mahkûmların insan hakları için bu konularla uğraşmaktadır. Mahkûmlar, bu konu hakkında yargı organları ve mahkemelerle hukuk çerçevesinde bugün dahi savaşılmaktadır: İnsan hakları cezaevlerinde geçerlidir. Bu ise liberal hukuk devletinde geçerlidir.

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN

İklim Aktivistleri – “Son Jenerasyon”¹

Yazar/Autor: Prof. Dr. Wolf-Dietrich WALKER^{2*}

Çev./Übersetzt von: Araş. Gör. Gökhan AYKUT^{**}

I. Giriş

Dünyanın her yerinde insanlar farklı sorunlarla mücadele ediyor. Örneğin, Türkiye’de bu sorun, birçok insanı öldüren ve neredeyse her yeri yerle bir eden şiddetli deprem olup tüm dünya da bundan etkileniyor. Ukrayna’da ise bu, Ukrayna halkı için bir felaket anlamına gelen savaştır. Bu savaş diğer birçok ülke için de büyük korkuları ve endişeleri beraberinde getirmektedir. Başka bir felaket olan koronavirüs ise dünya çapında birçok ölüme neden oldu ve insanların davranışlarını değiştirdi. Bunlar dışında, tüm gezegenin geleceği için küresel öneme sahip bir konu var: İklimin korunması.

Paris Anlaşması, 2015 yılının Aralık ayında kabul edilmiştir. Sözleşmeye taraf devletler, yeryüzü sıcaklığının mevcut seviyeye göre en çok 2, mümkünse 1,5 santigrat derece altında kalmasını sınırlamayı taahhüt etmektedirler. Bunun için her şeyden önce, karbondioksit emisyonları azaltılmalıdır; aksi hâlde deniz seviyesi

¹ Söz konusu çalışma 16.03.2023 tarihinde yazar tarafından İstanbul Kültür Üniversitesi’nde tebliğ olarak sunulmuştur. Metnin orijinal başlığı “Klimaaktivisten – Die „Letzte Generation“” şeklindedir.

* Justus Liebig Giessen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

** İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0001-7136-7377, (g.aykut@iku.edu.tr).

özellikle birçok adanın varlığını tehdit altına sokacak şekilde yükselecektir. Almanya ve Türkiye de anlaşmayı onaylamıştır.

II. *Son Jenerasyon'un Kuruluşu*

2021 yılının Ağustos ayında Alman Federal Meclisi (Bundestag) için yapılan son seçimlerden önce, Berlin'de altı kişi alenen süresiz açlık grevine başlamıştı. Eylemciler, Almanya'da iklimin korunması için çok az şey yapıldığını düşünmekteydiler. Şansölye olmak isteyen en önemli üç adayla bu konuda görüşmek istedi. Altı haftadan fazla bir süre sonra bugünün Şansölyesi Scholz onlarla bu hususta bir görüşme yaptı. Ancak görüşme, altı iklim aktivisti için tatmin edici değildi. Onlar Scholz'un iklimin korunması konusunda gerçek bir farkındalığı olmadığı hissine kapıldılar. Bu nedenle aktivistler eylemlerle dikkatleri üzerine çekmek ve iklimin korunması mücadelesini büyütme istediler. Grup giderek büyüdü ve o zamandan beri "*Son Jenerasyon*" adı altında hareket etmektedirler.

III. *Son Jenerasyon'un Amaçları*

Son Jenerasyon ne istiyor? Web sitesinde kendisini toplumun hayatta kalma arzusu olarak tanımlayan *Son Jenerasyon*, kendisini toplumun çöküşünü ve yerkürenin yok oluşunu hâlâ durdurabilecek son nesil olarak niteliyor. Bu nedenle de kendisini *Son Jenerasyon* olarak adlandırıyor. *Son Jenerasyon*, eylemleri tutuklamalara ve diğer cezalara yol açsa bile, iklimin korunması için sivil bir direniş göstermek istiyor.

Son Jenerasyon, Alman Federal Hükümeti'nden (Bundesregierung) kısa vadede, diğer şeylerin yanı sıra otobanlarda 100 km/saat'lik bir hız sınırı getirilmesini ve toplu taşıma için uygun fiyatlı biletlerin (aylık 9 Euro) kalıcı hâle getirilmesini talep etmektedir. Ayrıca "yurttaş konseylerinin" kurulması için çağrıda bulunmaktadır. Bu konseyler, toplumdaki tüm sosyal gruplardan

insanların, iklimin korunması için daha iyi şekilde mücadele edilebilmesini sağlayacak konseyler olmalıdır.

IV. Organizasyon, Üyeler, Liderlik

Son Jenerasyon bir dernek değildir, ayrıca başka bir hukuki statüleri de yoktur. İklim aktivistlerinin gayri resmi bir ittifakıdır. Bu nedenle *Son Jenerasyon* dava açamaz veya dava edilemez. Başkanı veya başkanları ve üyeleri de yoktur. Sadece *Son Jenerasyon*'a angaje olmuş aktivistlerden söz edilebilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, *Son Jenerasyon*'un kuruluşuna altı eylemcinin açlık grevi eylemi önderlik etti. Ardından aktivist sayısı 30'a ulaştı. 2022'de medya, yaklaşık 500 aktivistin poliste kaydının olduğunu bildirdi. Bu arada toplam 800 veya 1000'den fazla aktivistin organizasyona katıldığı söylenmektedir. Yaşları 19 ile 73 arasında değişen aktivistler arasında hemen her meslek grubundan insan bulunmaktadır. Aktivistler arasında eğitime ara veren veya işini bırakan çok sayıda kişinin de olduğu söylenmektedir.

Bir ekonomi psikoloğu olan Maria-Christina Nimmerfroh, çeşitli yerel grupların, tepedeki bir çekirdek gruba katı bir hiyerarşik organizasyon bağlılığı içinde entegre olduğunu tespit etmiştir. Bu psikolog, *Son Jenerasyon*'u değerlendirebilmek için sahte bir adla *Son Jenerasyon* tarafından gerçekleştirilen çalışma programlarına katılmıştır. Psikolog, bu deneyimleri çerçevesinde, *Son Jenerasyon* bünyesinde kapsamlı talimatlar verildiğini bildiriyor. Örneğin, aktivistlere haklarında söz konusu olan para cezalarını ödememeleri, bunun yerine halktan daha fazla ilgi gören alternatif hapis cezalarını çekmeleri tavsiye edilmektedir. Ayrıca *Son Jenerasyon* bünyesinde mütemadiyen aktivistler için konferanslar ve eğitimler, eğitimler için ise ileri eğitim kursları sunulmaktadır.

Son Jenerasyon'un bilinen bir lideri yok. Bu, onu "Gelecek için Cuma (Friday for Future)" hareketinden ayırıyor. Bu hareketten,

uluslararası alanda Greta Thunberg ve Almanya’da Luisa Neubauer önde gelen kişilikler olarak tanınmaktadır.

Son Jenerasyon’u organize edenler kimlerdir? Kuruculardan biri 22 yaşında. Bu kişi, siyaset eğitimini yarıda bırakmış ve şimdi tam zamanlı bir aktivist. Kendi ifadelerine göre çocuk parası (Kindergeld) ve bağışlarla geçiniyor. *Son Jenerasyon*’un web sitesinden sorumlu kişi, bir üniversitede matematikçi ve iddia edildiğine göre doçentlik tezi üzerinde çalışıyor. Geçmişinde uzun bir aktivist kariyeri var ve şimdiye kadar birkaç kez hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş. *Son Jenerasyon*’un sözcülerinden biri, liseden mezun olduktan sonra gönüllü olarak sosyal çalışmalarda bulunmuş, o zamanlar bir fırında satıcıymış ve daha sonradan bir dövme stüdyosunda çalışmış. Başka bir sözcü, hukuk fakültesini dördüncü semestreden sonra bırakmış ve şimdi tam zamanlı bir aktivist.

V. Finansman

Son Jenerasyon’un eylemleri için paraya ihtiyacı var. Peki, bu para nereden geliyor?

1. Gelirler

2022’de toplam gelir 901 bin Euro’nun üzerindedir. Gelirlerin bir kısmı Kaliforniyalı bir vakıftan geliyor. Bu para “Acil İklim Fonu” olarak adlandırılan bir fondan tedarik ediliyor. Vakfın bağışçıları arasında, politikacılar, sanayiciler ve film yapımcıları yer alıyor. Vakıf, dünya çapında, iklim politikalarına direnen kuruluşları desteklemektedir. Aileen Getty vakfın kurucularından biridir. Aileen Getty, bir zamanlar dünyanın en zengin insanı olan ünlü Amerikalı petrol milyarderi Paul Getty’nin torunudur. Bu ilginç: Zira *Son Jenerasyon*, iklimin korunması nedeniyle kendilerine karşı mücadeleye ettikleri petrol endüstrisinden insanlar tarafından da finanse edilmektedir.

Ayrıca, *Son Jenerasyon* çok sayıda özel bağış almaktadır. *Son Jenerasyon*, vergi ayrıcalığına sahip (kâr amacı gütmeyen) bir dernek değildir ve bağışlara ilişkin makbuz da verememektedir.

Son olarak, akla bir soru daha geliyor. *Son Jenerasyon*'un bazı aktivistleri nasıl ayda 1300 Euro'ya kadar maaş alabiliyor? Bu bakımdan ortada şüpheli bir hukuki yapı var. Berlin'de "Wandelbündnis e.V." adında kâr amacı gütmeyen bir dernek var. Derneğin amacı, diğer çalışmaların yanı sıra, sosyal-ekolojik değişim konusunda eğitim ve bilgilendirme çalışmaları yapmaktır. Bu dernek, aktivistlerle eğitim çalışmaları yürütmek için sözleşmeler yapmakta ve karşılığında onlara para ödemektedir. Bunun için gereken parayı bağış olarak Kaliforniyalı vakfın "İklim Acil Durum Fonundan" almaktadırlar. 2022'de bu tutar yaklaşık olarak 50 bin Euro imiş. Bu para ile yaklaşık olarak 30 aktiviste ödeme yapılmış. Ancak para alanların gerçekten kâr amacı gütmeyen bir eğitim işi yapıp yapmadıklarını veya parayı yalnızca iklim aktivistleri olarak geçirdikleri süre boyunca hayatlarını finanse etmek için kullanıp kullanmadıklarını kimse kontrol edememektedir.

2. Giderler

2022'de *Son Jenerasyon* toplam 535 bin Euro harcamış. Bu para öncelikle aktivistler için daire kiralamaya, ayrıca araba kiralamaya, materyallere, avukatlık ücretlerine, yargılama giderlerine ve eğitim programlarına harcanmış.

VI. 2022'nin Başından Beri Eylemler

Son Jenerasyon ne yapıyor? Kendi açıklamalarına göre, geçen yıl Ocak ayından Ekim ayına kadar 370 eylem düzenledi. Her ay, sürekli olarak medyada yer alan yeni eylemler gerçekleştirmektedir. Bugüne kadar yaklaşık olarak binden fazla eylemi oldu. Aşağıda sadece en önemli örneklerden söz edilecektir:

Başta Berlin olmak üzere diğer şehirlerde de caddeler defalarca bloke edildi. Aktivistlerden bir grup caddeye oturdu ve

buldukları yerden kolayca taşınamamaları için ellerini özel bir yapıştırıcıyla caddeye yapıştırdı. Önce birinin polisi araması gerekiyordu. Bu kişinin de öncelikle trafik güvenliğini sağlaması lazımdı. Bu nedenle sık sık trafik oluyordu. Ardından, tüm aktivistlerin yapıştırıcılarının bir fırça ve yağ ile dikkatlice çıkarılması gerekiyordu. Ancak o zaman polis memurları aktivistleri sokaktan uzaklaştırabilirdi ve trafik tekrar açılabilirdi. İklim aktivistleri bu yapıştırıcılı eylemleri ile iklime zarar veren araç trafiğini protesto etmek ve iklimin korunmasının önemine dikkat çekmek istiyor.

Berlin'deki trajik bir olayda özel problemler söz konusu oldu. Kadın bir bisiklet sürücüsü, barikatın yakınında bir beton mikseri tarafından ezildi. Kadın ağır yaralı olarak beton mikserinin altında yatıyordu. Bisiklet sürücüsünü kurtarmak için beton mikserinin özel bir araçla kaldırılması gerekiyordu. Ancak bu özel araç, iklim aktivistlerinin yapıştırıcılı eylemleri sebebiyle söz konusu olan trafikte sıkışıp kaldığı için kaza mahalline ulaşamadı. Bisiklet sürücüsü daha sonra beton mikseri kaldırılmadan kurtarıldı. Fakat bisiklet sürücüsü aldığı yaralar yüzünden daha sonra öldü. Ancak kaza mahallindeki acil durum doktoru, bisiklet sürücüsünün ölüm sebebinin özel aracın engellenmesi olmadığını belirtti.

Ayrıca havalimanları birkaç kez bloke edildi. Aktivistler havalimanına girdiler veya kendilerini piste yapıştırdılar ya da bir sürü balonla pistin üzerinde amaçsızca gezindiler. Bu durumun devam ettiği süre içerisinde işgal altındaki piste hiçbir uçak kalkış ve iniş yapamadı. Aktivistler bu yolla iklime zarar veren hava trafiğini protesto etmek istediler.

Ayrıca, birçok sanat müzesinde de ünlü ve çok değerli tablolara yönelik saldırılar oldu. Aktivistler resimlere patates püresi, çorba veya boya sıçrattı ve kendilerini tablolara yapıştırdı. Bu yolla eylemciler, iklimi korumanın sanat ve kültürü korumaktan daha önemli olduğunu ifade etmek istediler.

Son olarak, birkaç kez rafinerilerde bulunan petrol boru hatlarındaki acil durum vanaları eylemciler tarafından kapatıldı ve aktivistler kendilerini bu vanalara yapıştırdı veya zincirledi. Sonuç olarak, petrol akışı durdu, bu da üretimi ve dağıtımını engelledi.

Yol ablukaları nedeniyle iklim aktivistlerine karşı şu ana dek çok sayıda soruşturma başlatıldı. Bu nedenle bazı mahkûmiyetlere karşın beraat kararları da oldu. 2022 yılının Şubat ayında aktivist bir çift, yol ablukasına katıldıkları için mahkemeye çağrıldı. Ancak mahkemeye gelmeyen çift, bunun yerine tatil için Tayland'a uçtu. Büyük bir Alman gazetesi, ikisinin uçuşlarında, arabayla evden işe ortalama 739 yolculuğun neden olacağı kadar karbondioksit salımına neden olunduğunu hesapladı. Çift uçuşlarını iklim koruyucusu olarak değil, özel kişiler olarak gerçekleştirdiklerini söyleyerek kamuoyunda kendilerini haklı çıkarma yolunu tercih etti.

VII. Hukuki Sorular

Şimdi hukuk alanına geliyoruz. İklimin korunması eylemlerinin ceza hukukuna ve medeni hukuka dair sonuçlarından söz edeceğiz.

1. Cezai Sorumluluk

Bisiklet sürücüsünün Berlin'de yaşamını yitirmesinin ardından Almanya'daki tüm siyasi partilerin temsilcileri, sorumlu aktivistlerin ağır şekilde cezalandırılmasını istediler. Ancak aktivistler gerçekten de ağır şekilde cezalandırılabilir mi?

Genel olarak, konuyla ilgili aşağıdaki suç tipleri akla gelebilir:

- Bir suç örgütünün kurulması (§ 129 StGB (Alman Ceza Kanunu))
- Cebir (§ 240 StGB)
- Karayolu veya hava trafiğine tehlikeli müdahale (§§ 315, 315b StGB)

- Görevi yaptırmamak için direnme (§ 113 StGB)
- Mala zarar verme (§§ 303, 304 StGB)

Bu suç tipleri değerlendirildiğinde sadece cebir (§ 240 StGB) ve bazen de mala zarar verme (§§ 303, 304 StGB) bakımından bir değerlendirme yapılabilir. Ve bu suçların işlendiğinin kabulü de hiç kolay değildir.

a) Cebir (§ 240 StGB)

Şiddet veya tehdit yoluyla bir kişiyi hukuka aykırı bir şekilde bir davranışta bulunmaya, bir davranışa katlanmaya veya bir davranıştan kaçınmaya zorlayan kimse, § 240 StGB'ye göre cebir nedeniyle cezalandırılır. Davranış, yalnızca elde edilmek istenen amaç için tehdit veya şiddet uygulanması kınanabilir olarak değerlendirilebilirse hukuka aykırıdır.

Bu durumda, tümü içtihatlarla nihai olarak açıklığa kavuşturulmamış olan aşağıdaki sorular gündeme gelmektedir:

aa) Şiddet?

İlk olarak, birisi caddede öylece oturursa veya yapıştırıcı ile kendini caddeye yapıştırırsa ve başka hiçbir şey yapmazsa şiddetten söz edilebilir mi?

Bu soru büyük ölçüde cevaplandı. Almanya Yargıtay'ının (BGH) ve Almanya Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) içtihatlarına göre, cebir (§ 240 StGB) yalnızca fiziksel şiddet durumunda söz konusu olur. Psikolojik şiddet cebir suçundan mahkûm olunabilmesi için yeterli değildir. Aktivistler kendilerini caddeye yapıştırdıklarında veya bir nesneye zincirlediklerinde, ilk gelen otomobiller için fiziksel bir engel oluşturuyorlar. Ama ardından şiddet söz konusu oluyor. Yani bu durumda şiddet söz konusudur. Eylemciler caddede öylece duruyorlarsa ve kolayca götürülebiliyorlarsa, içtihatlarına göre bu ilk gelen arabalara göre sadece psikolojik bir engel olarak görülmelidir. Zira sürücüler teorik olarak yola devam

edebilirler; fakat onlar yalnızca aktivistlere zarar vermek istemedikleri için durmaktadırlar. Ama bu ihtimalde bile trafikte ikinci sıradaki sürücülere karşı fiziksel şiddet uygulanıyor; çünkü ikinci sıradaki sürücülerin önlerinde birinci sıranın ve arkalarında üçüncü sıranın fiziksel engeli vardır. Böylece araçlarıyla hareket etmeleri fiziksel olarak engellenmiş olur. Bu durumda da bu kişilere karşı yolun abluka altına alınması eylemlerinde şiddet uygulandığından söz edilebilir.

bb) Kınanabilirlik?

İkinci olarak yolların abluka altına alınması eylemlerinin eylemin amacına göre kınanabilir olup olmadığı tartışılmalıdır.

İklimin korunması hedefi, kınanabilirliğin değerlendirilmesinde bir rol oynamamalıdır. Aksi takdirde cezalandırılabilirlik, mahkemenin siyasi saikleri değerli görüp görmemesine bağlı kılınabilir.

Ancak bir temel hak olan toplanma özgürlüğü (§ 8 GG) kınanabilirlik açısından önemlidir. Toplanma özgürlüğü ile araç sürücülerinin yol kapatma eylemlerinden dolayı etkilenen hareket özgürlükleri arasında bir denge kurulmalıdır. Bu değerlendirme, toplantının nedeni ile sürücülerin engellenmesi arasında içeriksel bir bağlantının olup olmadığına da bağlıdır. İçtihatlarda ve ceza hukuku literatüründe baskın olan görüş, böyle bir bağlantıyı reddetmektedir. Yani somut olarak engellenen sürücülerin, toplantının nedeni olan iklim tehlikesi ile doğrudan ilgisi yoktur. Onlar bari-kattan yalnızca tesadüfen etkilenmektedir. Sürücülerin, elektrikli bir araç veya “temiz” veya “kirli” yanıcı motorlu bir araç kullanıyor olmaları ve yolculuklarının, kaçınılabilir veya örneğin hasta insanların veya ilaçları taşımak için gerekli olup olmadığı önemli değildir. Bu nedenle, toplantı özgürlüğüne dayanarak caddelerin bloke edilmesi ve otomobil sürücülerinin trafikte ilerlemelerinin engellenmesi kınanabilir. Hatta bunu, caddelerin bloke edilmesi sonucunda

oluşan trafik sıkışıklığının, trafik sıkışıklığı olmayan serbest akan trafiğe göre daha fazla emisyonu yol açması gerçeği de desteklemektedir. Bu da toplantı özgürlüğü kapsamında eylemin amacına aykırıdır.

cc) İztırar Hâli (§ 34 StGB) ?

Son olarak, cebrin ıztırar hâli nedeniyle cezasız olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Çünkü aktivistler savunma sebebi olarak buna dayanabilirler. § 34 StGB'ye göre, vücut veya yaşam yahut diğer yasal çıkarlara yönelik mevcut bir tehlike, işlenen fiil (yol kesme yoluyla cebir) dışında önlenemiyorsa ıztırar hâli söz konusudur. Bu koşullar gerçekten de Berlin ve Freiburg'daki bazı yerel mahkemeler tarafından kabul edilmiştir. Bu da beraat kararlarına yol açmıştır. Ne var ki, iklim tehlikesinin yolları kapatmaktan başka bir şekilde önlenemeyeceği pek söylenemez. Ayrıca § 34 StGB, kimseye, kişisel kanaatine göre kamunun meşru menfaatini tanımlama yetkisi ve bunları başkasına ait hakların ihlal edilmesi pahasına gerçekleştirme yetkisi vermemektedir.

Berlin'deki yerel mahkemenin beraat kararı bu nedenle temiz mahkemesinde haklı olarak bozulmuştur. Mahkûm edilen kişi bu karara karşı anayasal şikâyette bulunacağını açıklamış ve hatta başvuruda da bulunmuştur.

Sonuç olarak, BGH veya BVerfG tarafından henüz nihai bir karar verilmiş olmasa da, her halükarda iklim aktivistlerinin yol ablukalarının cebir kapsamında cezalandırılabilmesi ifade edilebilir. Cezanın sınırları, para cezasından maksimum üç yıla kadar hapis cezasına kadar değişmektedir. Şimdiye kadar mahkûmiyet kararları hep birkaç yüz Euro'luk para cezalarından ibaret olmuştur. Ancak burada ifade etmek gerekir ki, birkaç gün önce aktivistler ilk kez erteleme olmaksızın kısa süreli hapis cezasına çarptırıldılar.

b) Mala Zarar Verme (§ 303 StGB)

Binaları ve tabloları boyayarak kirletmede esas olarak mala verilen zarar için cezai sorumluluk kabul edilebilir. Bu nedenle para cezası veya 2 yıla kadar hapis cezası verilebilir. Tablolar ve diğer sanat eserleri zarar görürse, § 304 StGB uyarınca toplum için tehlike oluşturan mal hasarı söz konusu olur. Bu durumda hapis cezası 3 yıla kadar söz konusu olabilir.

Bununla birlikte, sanat müzelerindeki tablolara yönelik saldırıların çoğunda, tablolar cam bölmelerle korunduğu için eşyalara hiçbir şekilde zarar verilememektedir ve yapıştırıcı ve yiyecekler fazla çaba sarf edilmeden çıkarılabilmektedir. Bu ihtimalde cezai sorumluluktan söz edilemez.

c) Son Jenerasyon Yasası = Cezaların Artırılması?

Çoğu durumda, cebir ve belki de mala zarar verme dışında başka bir nedenle cezai sorumluluk söz konusu olmaz. Cebir nedeniyle verilen tüm önceki mahkûmiyetler yalnızca küçük para cezaları, sadece bir kez kısa hapis cezası şeklinde hükme bağlandı. Bu nedenle politikacılar, özellikle cebir eylemi nedeniyle suç teşkil etme hususlarının kapsamının genişletilmesini ve ceza sınırlarının artırılmasını talep ettiler. Almanya politikası uluslararası alanda bu talep bakımından yalnız değildir. Zira Büyük Britanya'da böyle bir kanun, iklimin korunması için yapılan yapıştırıcı eylemler vesilesiyle çıkarıldı. Ancak Bundestag'ın İdari Kurulu'ndaki bir toplantıda, neredeyse tüm uzmanlar bu konuda uyarıda bulundu. Dolayısıyla muhtemelen bu surette hiçbir şey elde edilmeyecekti. Buna göre, cebir durumunda para cezasından üç yıla kadar hapis cezasına uzanan ceza aralığı yeterlidir. Mahkemeler tarafından cezanın sınırlarının değerlendirilmesi, diğer cebir suçu teşkil eden hususlarla aynı kurallara tâbi olmalıdır. İklimin korunması amacıyla söz konusu olan cebri diğer cebir teşkil eden davranışlardan daha ağır şekilde cezalandırmak için objektif bir sebep yoktur.

2. Hukuki Sorumluluk

Hukuki sorumluluk açısından, iklim aktivistlerinin eylemleriyle neden oldukları zararları tazmin etmek zorunda olup olmadıkları sorusu gündeme gelmektedir. Şimdiye kadar, böyle bir tazminat davasının konu edildiği hiçbir dava olmadı. Ancak Berlin Havalimanı'nı işleten BER Şirketi ve Lufthansa Havayolu Şirketi, şu anda iklim aktivistlerinden bir havalimanı ablukası sırasında uğradıkları zarar için tazminat talep edip edemeyeceklerini araştırmaktadırlar. Hava trafiğinin iptalinden kaynaklanan bu zarar, 1 milyon Euro'ya kadar ulaşabilir. Yol ablukalarında da, örneğin abluka nedeniyle önemli bir randevuyu kaçıran engellenen araç sürücüsü zarar görebilmektedir.

Birkaç aktivist tarafından birlikte işlenen haksız fiilden kaynaklanan zararlar için eylemciler müteselsilen sorumludur (§§ 830/1, 840/1 BGB (Alman Medeni Kanunu)). Bu, her bir bireyden tazminatın tamamen talep edilebileceği anlamına gelmektedir. Bu tür bir sorumluluk aktivistlere 400 ilâ 1200 Euro'luk bir para cezasından çok daha fazla zarar verebilir. Bu onların hayatlarının geri kalanını da etkileyecek bir etkiye sebep olabilir. Yine ifade etmek gerekir ki, kasten işlenen haksız fiiller nedeniyle söz konusu olan tazminat ödeme yükümlülüğü, özel iflâs prosedürünün sona ermesinden sonra kalan borçtan kurtulma kapsamına da girmemektedir (§ 302 Nr. 1 InsO (Alman İflas Kanunu)).

İklim aktivistlerinin zararlardan sorumlu olup olmadığı sorusu için hukuka aykırı fiiller (§§ 823 vd. BGB) hakkında gündeme gelen çeşitli hukuki sebepler BGH tarafından henüz açıklığa kavuşturulmamıştır (Mülkiyet hakkının ihlalinden doğan sorumluluk, ticari işletme hakkının ihlalinden kaynaklanan sorumluluk, koruyucu bir kanun hükmünün ihlalinden dolayı sorumluluk, kasten ahlaka aykırı zarardan sorumluluk).

a) Binaların, Tabloların ve Diğer Sanat Eserlerinin Kirletilmesi ve Eylemcilerin Kendilerini Bunlara Yapıştırması

Aktivistler binalara, tablolara veya diğer sanat eserlerine yiyecek, boya veya yapıştırıcıyla zarar verir veya yok ederse, mülkiyet hakkının ihlal edilmesi nedeniyle tazminat ödemek zorundadırlar (§ 823/1 BGB). Başkasının mülkiyet hakkının ihlali, iklimin “sivil itaatsizlik” ile korunmasına atıfta bulunularak haklı gösterilemez. Medeni hukukta siyasi amaçlar haklılık sebebi olamaz.

Bununla birlikte, ceza hukuku kapsamındaki başkasının malına önemli bir zarar verilmesinde olduğu gibi burada da mülkiyet hakkının ihlali için önemli bir kalıcı zarar veya sadece büyük bir giderle ortadan kaldırılabilecek türde bir kirlenme olması gereklidir. Öte yandan, bir kirlilik kolayca giderilebiliyorsa mülkiyet hakkının ihlali söz konusu değildir. Çeşitli sanat müzelerindeki tablolara yönelik saldırılarda da aynısı söz konusu oldu. Yağlı boya tablolar cam bölmelerle korunuyordu ve tablonun üzerine dökülen patates püresi veya çorba kolaylıkla silinebildi. Dolayısıyla tablo kısa süre sonra müzedeki yerine yeniden asılabildi.

b) Kamusal Caddelere Yapışmak

Aktivistler caddeye yapıştığında ve trafiğin sıkışmasına neden olduğunda engellenen sürücüler trafik sıkışıklığı süresince artık araçlarıyla hareket edemezler. Bu nedenle önemli bir randevuyu kaçırsalarsa bunun sonucunda maddi bir zarara uğrayabilirler.

aa) Mülkiyet Hakkının İhlalinden Kaynaklanan Zararların Tazmini (§ 823/1 BGB)

Sürücülerin mülkiyet haklarının ihlal edildiğine yönelik iddiası (§ 823/1 BGB) kabul edilmez. Gerçi belirli bir süre boyunca kullanımın tamamen engellenmesi ilke olarak mülkiyet hakkının ihlal edilmesi anlamına gelebilir. Ancak bu, yalnızca kullanımın engellenmesinin nesnenin kendisi üzerinde doğrudan bir etkiye yol

açması durumunda söz konusu olabilir. Fakat iklim aktivistleri yola yapıştıklarında, sürücülerin araçlarını doğrudan etkilememektedirler. Trafikte sıkışan sürücüler için aslında bu genel bir yaşam riskidir. Bu, trafik sıkışıklığının kusurla yol açılan bir trafik kazasından mı yoksa iklim aktivistlerinin ablukasından mı kaynaklandığına bakılmaksızın geçerlidir.

bb) Ahlaka Aykırı Kasıtlı Davranışlardan Kaynaklanan Zararların Tazmini (§ 826 BGB)

Kasten gerçekleştirilen ahlaka aykırı davranışlardan kaynaklanan zararlardan sorumluluk (§ 826 BGB) hükümleri de bu durumda dikkate alınabilir. Ahlaka aykırılık, cebrin kınanabilirliği ile aynı ölçütlere göre incelenmelidir. Bu nedenle, iklimin korunması amacıyla toplantı özgürlüğünün kullanılması ile engellenen sürücülerin davranışları arasında içeriksel bir bağlantı olup olmadığı kontrol edilmelidir. Sürücüler, iklimin korunmasını gerçekten tehlikeye atıp atmadıklarına ve araba ile yolculuğa mecbur olup olmadıklarına bakılmaksızın etkilendikleri için zarara sebebiyet veren fiilin ahlaka aykırı olduğu, yukarıda değerlendirilen cebrin kınanabilirliği ile aynı nedenlerle kabul edilebilir. İklim aktivistlerinin zarar verme kastı, sürücülere verilebilecek olası zararları göze aldıkları için mevcuttur. Bu nedenle, kasıtlı olarak ahlaka aykırı davranışlar nedeniyle oluşan zararlar (§ 826 BGB) için bir sorumluluk söz konusu olabilir.

Ancak aktivistler, yapıştırma eylemi sırasında öngörülemeyen atipik zararlardan sorumlu değildir. Örneğin, bir kazazede çağrılan ambulandan iklim aktivistlerinin neden olduğu trafik sıkışıklığı nedeniyle zamanında tıbbi yardım alamıyorsa bunun sonucunda meydana gelen herhangi bir zarar aktivistlere mal edilemez.

c) Havalimanı Pistlerine Yapışmak

Medeni hukuka göre, bir havalimanı pistine yapışmanın aşağıdaki sonuçları söz konusudur:

aa) Havalimanı İşletmecilerinin Talebi

Bir havalimanı pistinin yapıştırıcılı bir eylem sebebiyle bloke olduğu süre boyunca, havalimanı işletmecisi (örneğin Berlin'deki BER) kalkış ve iniş için pisti kullanamaz. Önemli bir süre için bu kullanımın engellenmesi mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelir; çünkü bu husus o şeyin kendisi (havalimanı) üzerinde doğrudan bir etki yaratmaktadır. Dolayısıyla havalimanı işletmecisi, uçuş operasyonlarının aksaması nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Başkasının mülkiyet hakkına saldırı, temel hak niteliğindeki toplanma özgürlüğü bakımından da meşrulaştırılamaz. Pist, toplantıların yapılabileceği halka açık bir alan değildir.

Ayrıca, talep (yol kapatmalarda olduğu gibi) kasten ahlaka aykırı bir davranışla zarara sebebiyet verilmesi ile de gerekçelendirilebilir (§ 826 BGB).

bb) Havayolu Şirketlerinin Talebi

Pistin eylemciler tarafından işgal edilmesi nedeniyle uçakları geçici olarak kalkış veya iniş yapamayan havayollarının (örneğin Lufthansa) mülkiyet haklarının ihlal edilmesi sebebiyle tazminat talep etme hakları yoktur. Zira onlar eylemler sebebiyle kullanımı engellenen pistin sahibi değildir. Bu durumda uçaklar üzerindeki mülkiyet hakkı ihlal edilmemektedir. Onlar kullanımı engellenen pist dışında da uçaklarını kullanmaya devam edebilirler. Mülkiyet hakkı ihlali için mevcut durum yeterli değildir.

Ancak iklim aktivistleri havayolu şirketinin § 823/1 BGB uyarınca başka bir hak olan işletme hakkını ihlal ettikleri için yine de bir haksız fiil söz konusudur. Bunun için özellikle ticari işletmeye yöneltilmiş ve ticari işletmeyle ilgili bir saldırı gereklidir. Bu önkoşul sorunsuz bir şekilde sağlanmaktadır. Çünkü iklim aktivistleri pisti işgal ederek hava trafiğini aksatmak istemektedir. Ek olarak, havayolu şirketinin talebi, iklim aktivistleri tarafından kasıtlı

olarak ahlaka aykırı bir davranış ile zarar verildiği (§ 826 BGB) gerekçesine de dayandırılabilir.

d) Henüz Cevaplanmamış Sorular

İklim aktivistlerine yönelik tüm maddi tazminat taleplerinin mahkemeler tarafından kabul edilmesi gerekir. Bilhassa burada ifade edilen görüşün aksine, iklim aktivistlerinin haklı bir gerekçesi olup olmadığının veya iklimin korunması ile iyi bir amaç güdüldüğü için eylemlerin ahlaka aykırılığının inkâr edilebilip edilemeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekir.

Bu arada, havalimanı işletmecileri ve havayolu şirketleri, iklim aktivistlerine karşı yüksek tazminat alacaklarının, eylemcilerin haczedilebilir varlıkları olmadığı için muhtemelen tahsil edilemeyeceğini biliyorlar. Bununla birlikte, tazminat taleplerine dair davalar, gelecek için caydırıcı bir etkiye sahip olabileceği için mantıklıdır.

VIII. Değerlendirme

Son Jenerasyon'u ve eylemlerini değerlendirirken şunları ayırt etmek gerekir:

1. Hedefe Ulaşılmadı

Şimdiye kadar, *Son Jenerasyon* hedeflerine ulaşamadı. Almanya'da yapılan bir ankette, *Son Jenerasyon*'un eylemlerinin nüfusun büyük bir çoğunluğu tarafından kabul görmediği tespit edilmiştir. Ankete katılanların %86'sı, *Son Jenerasyon*'un eylemlerinin iklimin korunması amacına zarar verdiğini belirtmiştir. Berlin'de bir ambulansın engellendiği ablukadan bu yana, tüm partilerden politikacılar bu tür protesto eylemlerine mesafeli davranmaktadırlar. Önde gelen basın bile *Son Jenerasyon*'un iklim aktivistleri hakkında çok eleştirel yazılar yazmaktadır. Yani *Son Jenerasyon* ile umulan dayanışma hareketi gerçekleşmedi. Bu şaşırtıcı değil. Zira *Son Jenerasyon*'un tahmin ettiğinin aksine henüz dünyanın sonu

görünmüyor. Tayland'a tatil amacıyla uçuş yapılması, en az gereksiz araba yolculukları kadar yüksek oranda zararlı madde salımına neden olduğundan yolların abluka altına alınması rahatsız da edicidir. Ayrıca, herhangi bir grubun kendi "gerçek dünya" fikrini diğer kişilere zorla dayatmak istemesinden halk hoşlanmamaktadır.

*Son Jenerasyon'*un eylemlerinin hiçbiri iklimin korunmasına katkıda bulunmamıştır. Aksine, kapalı yollardaki trafik sıkışıklığı ve kapalı pistlere inilememesi nedeniyle daha uzun süre uçan uçaklar, yalnızca iklime daha fazla zarar veren emisyonlara yol açmıştır. Ve yine hiç kimse zarar görmüş veya tahrip olmuş bir tablonun iklimin korunması amacı için nasıl iyi bir eylem olabileceğini anlamamaktadır.

Son Jenerasyon, medyanın büyük ilgisini çekmeyi başarmıştır. Ancak medyada sadece cezalandırılabilir eylemlerinden bahsedilirken iklimin korunmasından daha az söz edilmektedir. Eylemlerinin aksine, *Son Jenerasyon'*un somut talepleri halk tarafından büyük ölçüde bilinmemektedir.

Büyük Britanya'da, *Son Jenerasyon'*un yapışkanlı eylemleri kendilerinden öğrendiği iklim aktivistleri, yapışkanlı eylemlerine son verdiklerini açıkça ilan ettiler. Bu eylemlerin iklimin korunmasına yarar sağlamadığını da açıkça kabul ettiler.

2. İklimin Korunması Sorunu Devam Ediyor

Şüphesiz *Son Jenerasyon* sadece eylemlerinde kullandıkları araçlardan dolayı başarısız oldu. Yoksa talep ettikleri ve esas hedefleri olan iklimin korunması hedefi nedeniyle başarısız olmadı. BM Genel Sekreteri Guterres, hiçbirimizin duymak istemediği ama muhtemelen durumun ciddiyetini doğru bir şekilde anlatan bir şey söyledi: "Ayağımız gaz pedalında, iklim cehennemine giden otoldayız." 2021'de BVerfG, genç nesillerin 2050 yılına kadar iklim nötrlüğüne ulaşmak için katı iklim koruma önlemleri talebini de

kabul etti. Bu nedenle siyaset (Almanya'da da) değişmelidir ve iklimin korunmasına daha fazla öncelik verilmelidir.

3. Radikalleşme Sorunu Devam Ediyor

Son olarak, insanların neden *Son Jenerasyon* aktivisti olduğunu herkes kendine sormalıdır. Neden eylemciler iklimin korunması amacıyla suç işlemeyi, üçüncü şahıslara zarar vermeyi ve bunun için ceza almayı göze alıyorlar? Belki de özellikle hiçbir malvarlığı olmayan ve mesleki başarısı çok az olan küçük sosyal gruplarla daha iyi bir şekilde ilgilenmeliyiz. Radikalleşme hareketlerinin (sadece iklim aktivistleri için değil) nedenleri ile uğraşmak, bir bütün olarak toplumun görevidir.

Uluslararası Suçların İzinli Desteği? Harp Silahları İhracatının (Uluslararası) Ceza Hukuku Açısından Önemi Üzerine Bir İnceleme*

Yazar/Autor: Profesör Dr. Dr. Milan KUHLİ**

Çev./Übersetzt von: Çağrı Tuğşat KEMALOĞLU, LL.M.**

Çalışma, Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından verilen ihracat izni kapsamında olduğu sürece harp silahları ihracatının esas itibarıyla cezalandırılabilir olup olamayacağı sorununa ilişkindir. Çalışmada somut olarak, ilgili harp silahlarının alıcısı tarafından uluslararası suçların işlenmesinde kullanıldığı olaylar ele alınmaktadır. İhracatçının bu olaylardaki ceza sorumluluğu hem ihracat denetim hukuku hem de uluslararası ceza hukuku ile ilişkilidir.

A. Giriş

Resmî bir iznin varlığının, muhatabının ceza sorumluluğunu engelleyip engellemeyeceği sorunu sadece ulusal bağlamda değil (örneğin çevre ceza hukuku bağlamında) uluslararası düzeyde de ortaya çıkmaktadır. Farklı insan hakları örgütleri¹ tarafından yakın zamanda Lahay'deki *Uluslararası Ceza Mahkemesine* sunulan ve Alman şirketlerini de konu alan bir ihbar buna ilişkin güncel bir örnek teşkil etmektedir.² Bu

* Bu çalışma, 2021 yılında "Goltdammer's Archiv für Strafrecht" (GA 2021, 498-511) dergisinde yayımlanan Almanca bir makalenin çevirisidir. Metnin orijinal başlığı, "Genehmigte Unterstützung von Völkerrechtsverbrechen? Zur (völker)strafrechtlichen Relevanz von Kriegswaffenexporten" şeklindedir.

** Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

*** Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, e-posta: ctkemaloglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9091-1726.

¹ Örneğin Avrupa Anayasal Haklar ve İnsan Hakları Merkezi (*European Center for Constitutional and Human Rights* [ECCHR]) (bkz. <https://www.ecchr.eu/fall/bombenangriffe-made-in-europe/> – son erişim tarihi: 22.6.2021).

² Bkz. <https://www.ecchr.eu/fall/bombenangriffe-made-in-europe/> (son erişim

ihbarın esasını, belirli aktörlerin daha sonra ilgili uluslararası suçların işlenmesi için kullanıldığı iddia edilen silahları geçmiş yıllarda ihraç ederek savaş suçlarına yardım edip etmedikleri sorunu oluşturmaktadır.³

Bu olayda bir ceza sorumluluğunun her hâlükârda, savaş suçlarının planlı bir şekilde işleneceğinin ihracat sırasında ihracatçı tarafından bilindiğine veya bilinebilecek durumda olup olmadığına da bağlı olacağı varsayılabilir. Ancak burada özetlenen olay, bu ispat sorunlarından bağımsız olarak ceza sorumluluğuyla ilgili esaslı problemlerin de ortaya çıkmasına yol açmaktadır: Zira ilgili şirketler Federal Almanya Cumhuriyeti'nden alınmış geçerli ihracat izinlerine sahip olduklarını beyan etmektedir.⁴ Bu nedenle burada değinilen olay birçok açıdan önem arz etmektedir: Buna göre *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, muhtemelen resmî bir iznin geçerliliğine güvenerek gerçekleştirilmiş olan bir davranışın uluslararası hukuk bağlamında cezalandırılabilirliği hakkında karar vermelidir. Bu problemin arkasında, devlet tasarruflarının uluslararası ceza hukuku sorumluluğunu etkileyip etkilemeyeceği konusundaki temel tartışma yatmaktadır.

Yukarıda özetlenen ihbar bu çalışmanın asıl konusunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte söz konusu ihbar, tedarik edilen malzemelerin uluslararası suçların işlenmesinde kullanıldığı bu türden olaylarda, izinli harp silahları ihracatının ceza hukuku açısından önemi hususunun teorik düzeyde ele alınmasına fırsat tanımaktadır. Bu bağlamda şahsi odak noktası ilgili silah şirketinde ihracattan sorumlu olan kişinin bu hareketiyle

tarihi: 22.6.2021) ek bilgilerle birlikte; esas olarak bu ihbarın hukuki sorunları hakkında hâlihazırda *Ambos StV* 2020, 788 vd.; Bu noktada, Dr. *Julia Geneuss*, LL.M.'a burada tartışılacak hukuki probleme dikkat çektiği için teşekkür ederim.

³ Suçlama için bkz. <https://www.ecchr.eu/fall/bombenangriffe-made-in-europe/> (son erişim tarihi: 22.6.2021); *Richter/Steinke* SZ.de, 11.12.2019 (erişim için: <https://www.sueddeutsche.de/politik/jemen-saudi-arabien-kriegsverbrechen-airbus-1.4718759> – son erişim tarihi: 22.6.2021).

⁴ Naklen: [anonim] *Haufe.de*, 16.12.2019 (erişim için: https://www.haufe.de/recht/kanzleimanagement/leistet-deutsche-ruestungsindustrie-beihilfe-zu-kriegsverbrechen_222_506380.html – son erişim tarihi: 22.6.2021).

suç işleyip işlemediğidir.⁵ Keza açıklık sağlamak amacıyla çalışmada aşağıdaki ön kabullerden hareket edilmiştir:

- Her bir ihraç ve ihracat izni verilmesi için yapılan başvuru, ilgili silah şirketindeki aynı kişi tarafından yapılmıştır.⁶
- İhracat başvuru sürecinde usulüne uygun belgeler sunulmuştur.⁷
- İlgili ihraç malzemeleri alıcısı tarafından uluslararası suçların işlenmesinde fiilen kullanılmıştır.
- Söz konusu ihracat anında ilgili alıcı ülkeye karşı uygulanan herhangi bir silah ambargosu bulunmamaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesinin sınırlı yargı yetkisi bir tarafa bırakılırsa ihracattan sorumlu kişinin ceza sorumluluğu esas itibarıyla iki hususa bağlıdır. Bunlardan ilki ihracatın kendisi ikincisi ise ihracatla bağlantılı olarak gerçekleşen uluslararası suçların desteklenmesidir.⁸ İhracatın ceza hukuku açısından önemi Alman ihracat denetim hukukunun konusuyken (bkz. Bölüm C.), uluslararası suçların desteklenmesi meselesi uluslararası ceza hukuku kriterlerine göre değerlendirilir (bkz. Bölüm D.). Ancak bu hususların irdelenmesinden önce aşağıda ilk olarak Almanya'daki ihracat denetiminin ana hatlarına değinilecektir.

B. İhracat Denetiminin Ana Hatları

Alman hukukuna göre tehlikeli objelerin ihracı için biri KrWaffG ("HSDK")⁹ diğeri ise AWG ("DTK")¹⁰ göre olmak üzere esas itibarıyla

⁵ İzni veren idarede çalışan ilgili kişilerin bu konuyla bağlantılı ceza sorumlulukları hususuna bu çalışmada değinilmemiştir.

⁶ Burada söz konusu olan, şirket içerisindeki isnat sorunları ve bizzat şirketin ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin hususlar değildir.

⁷ Bu ön kabul, burada tartışılacak olayları usulsüz biçimde yapılan bir ihracattan ayırır (Buna ilişkin olarak karşı. *Ambos StV* 2020, 788, 789 vd.).

⁸ Buna ilişkin olarak karşı. *Ambos StV* 2020, 788, 791.

⁹ Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasının Uygulama Şekli Hakkında Kanun (Harp Silahlarının Denetimi Hakkında Kanun) (*Ausführungsgesetz zu Artikel 26 Abs. 2 des Grundgesetzes [Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen]*); Kısaltması: Harp Silahları Denetim Kanunu (*Kriegswaffenkontrollgesetz*).

¹⁰ Dış Ticaret Kanunu (*Außenwirtschaftsgesetz*).

iki iznin alınması gerekebilir.¹¹ Bununla birlikte, en son zikredilen kanun, harp silahları ihracatının denetimi için öncelikli bir önemi haiz değildir. Fakat çeşitli tipteki silahın ihracı, DTK'ye göre yayımlanan Dış Ticaret Yönetmeliği ("DTY") (*Außenwirtschaftsverordnung* [AWV]) para. 8/1 b. 1'deki izin şartına tabidir.¹² Ancak esas itibarıyla daha katı hükümler içeren HSDK'ye göre bir izin mevcutsa, DTK ve DTY'ye göre yetkili olan idare¹³ kural olarak bu kanunu (HSDK) dikkate alır.¹⁴

İhraç edilen objenin savaşa özgülenmiş bir silah olması, yani kanun ekinde (Harp Silahları Listesi) sayılan bir obje, madde veya organizma (HSDK para. 1/1) olması hâlinde, esas itibarıyla Harp Silahları Denetim Kanunu'ndaki ilgili hükümler uygulanır.¹⁵ Bu türden silahların ticareti tamamen yasaklanmamışsa¹⁶ kural olarak izne tabidir. Örneğin el bombalarının ihracı başlı başına yasak değildir, ancak izne tabidir.¹⁷ İzin vermeye yetkili makam esasen Federal Hükûmet'tir (HSDK para. 11/1). Ancak Federal Hükûmet, izin verme yetkisini belirli şartlar altında federal bakanlıklara devredebilir (HSDK para. 11/2).

HSDK para. 6/3 b. 2'ye göre iznin verilmesi Federal Almanya Cumhuriyeti'nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal edecekse ihracat izni verilmez. Böyle bir yükümlülük söz gelimi, belirli

¹¹ Bkz. HSDK para. 6/4 ve DTK para. 1/2; Keza HSDK ve DTK arasındaki ilişki için karşı: *Heinrich*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2018, Vor para. 1 KrWaffG Kn 26.

¹² Buna ilişkin olarak karşı: *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL, Oktober 2020, Art. 26 Kn 63.

¹³ DTK para. 13/1 uyarınca bu makam Federal Ticaret ve İhracat Denetim Dairesidir (Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle [BAFA]).

¹⁴ *Ambos StV* 2020, 788, 789 (oradaki diğer atıflarla birlikte).

¹⁵ Ç.n.: Asıl metinde geçen "*Kriegswaffe*" ve "*Rüstung*" kavramları Almanca da kural olarak eş anlamlı olarak kullanıldıkları için "*Rüstung*" kelimesinin Türkçe çevirisi için genellikle "silah" kavramı tercih edilmiştir.

¹⁶ Örneğin HSDK para. 17/1 b. 1 uyarınca nükleer silahların üretimi tamamen yasaktır.

¹⁷ HSDK para. 1/1, 2 ve para. 3/3 ile bağlantılı olarak Harp Silahları Listesi B Kısmı b. 46; Bu çalışmada savunulan ancak tartışmalı olan HSDK para. 3/3 hükmünün bir ithalat ve ihracat unsuru teşkil ettiğine dair görüş için karşı: *Heinrich*, in: Steindorf, Wafferecht, 10. Aufl. 2015, para. 3 KrWaffG (orada: KWKG) Kn 4 (oradaki diğer atıflarla birlikte).

silahların kullanımını peşinen yasaklayan 1980 tarihli *Birleşmiş Milletler Silah Sözleşmesi'nden (Belirli Konvansiyonel Silahlara İlişkin Sözleşme – Convention on Certain Conventional Weapons)*¹⁸ kaynaklanabilir.¹⁹ Bunun dışında, belirli silah tiplerinin ihracatını mutlak surette olmasa da somut olay özelinde yasaklayan birçok uluslararası sözleşme de bulunmaktadır. Buna örnek olarak 2013 tarihli çok taraflı *Silah Ticareti Antlaşması (The Arms Trade Treaty)* zikredilebilir.²⁰ Bu antlaşmanın 6. maddesinin 3. fıkrasına göre bir taraf devlet belirli konvansiyonel silahların transferine, bu silahların örneğin soykırım yapılmasında kullanılacağından bilgisi olursa izin veremez.²¹ Keza Avrupa Birliği Konseyinin 2008 yılında yayımlanan *Askerî Teknoloji ve Askerî Malzemelerin İhracatının Denetimine İlişkin Ortak Dış ve Güvenlik Politikası* kapsamındaki *Ortak Tutumu* da zikredilmelidir.²² Bu belgenin 1. maddesi ile 2. maddesinin 2. fıkrası c bendine göre, “ihraca özgülenmiş askerî teknoloji veya askerî malzemelerin, açıkça, uluslararası insancıl hukukun ağır şekilde ihlali amacıyla kullanılacağına dair risk varsa” belirli askerî malzemeler ihraç edilemez. 2019 tarihli *Harp Silahları ve Diğer Askerî Teçhizatın İhraç Edilmesine İlişkin Federal Hükûmetin Siyasi İlkeleri*²³ ile Federal Almanya Cumhuriyeti'nin silah

¹⁸ Alman Uygun Bulma Kanunu: 10.10.1980 tarihli Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayrım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Belirli Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması veya Sınırlandırılması Sözleşmesi (BM Silah Sözleşmesi) Hakkında 17.9.1992 tarihli Kanun (BGBl. 1992 II. s. 958 vd.); Tashihi (“Yaralanmalar” [*Verletzungen*] yerine “İzdiraplar” [*Leiden*]): BGBl. 1993 II, S. 935); Ç.n.: Burada söz konusu olan tashihi, uygun bulmaya ilişkin kanun *Bundestag* tarafından kabul edildikten sonra sözleşme adının Almanca çevirisinde yapılan tashihtir. İlgili sözleşmenin Türkçe adı için ise TBMM tarafından kabul edilen 21.10.2004 tarih ve 5250 sayılı uygun bulma kanunu dikkate alınmıştır.

¹⁹ Karş.: *Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz, 2. Aufl. 1994, para. 6 Kn 77.*

²⁰ Alman Uygun Bulma Kanunu: 2.4.2013 tarihli Silah Ticareti Antlaşması Hakkında Kanun (BGBl. 2013 II. s. 1426 vd.).

²¹ Keza buna ilişkin olarak karş.: *Ambos StV 2020, 788 (Dn 10).*

²² Askerî Teknoloji ve Askerî Malzemelerin İhracatının Denetimi İçin Müşterek Kurallara İlişkin 8.12.2008 tarihli ve 2008/944/ODGP sayılı Konsey Ortak Tutum'u (13.12.2008 tarih ve L 335/99 sayılı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi).

²³ Erişim için: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/politische-grundsaeetze-fuer-den-export-von-kriegswaffen-und-sonstigen-ruestungsguetern.pdf?_blob=publicationFile&v=4 – son erişim tarihi: 30.6.2021);

ihracatına ilişkin kararlarının Ortak Tutum ile uyumlu şekilde alınacağı teyit edilmiştir.²⁴

Bu ölçütler göz önünde bulundurulduğunda uluslararası suçların işleneceğine dair risk öngörülebilir nitelikteyse HSDK'ye göre bir izin kural olarak verilemez. Öte yandan bu türden bir risk değerlendirmesinin, muhtemelen bir idari takdir yetkisine bağlı ve kural olarak yalnızca aşikâr olan bir yanlışlık hâlinde iznin yokluğuna yol açan tahmine dayalı bir karardan ibaret olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi hâlde ise iptali muhtemel ancak en azından geçerli olan bir izin bulunmaktadır. Böyle bir işlem esas itibarıyla kamu hukuku anlamındaki bir ihracat izninin ulusal düzeydeki temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte konunun ceza hukuku açısından önemine ilişkin asıl soru henüz cevaplanmamıştır.

C. İhracat Denetim Hukukuna Göre Ceza Sorumluluğu

Harp silahları ihracatının cezalandırılabilirliği hususuyla ilgili olarak Alman ihracat denetim hukukunda HSDK para. 22a/1 b. 4 ve DTK para. 18/2 b. 1 hükümleri göz önünde bulundurulur. Her iki hükümde de koşul olarak izne aykırı bir davranışın varlığı arandığından²⁵ söz konusu

burada esas itibarıyla, Anayasa m. 86 anlamında bir idari düzenleme söz konusudur (VG Berlin, Urt. vom 2.11.2020 – VG 4 K 385.19, BeckRS 2020, 37021, Kn 32); Ç.n.: Yazar tarafından paylaşılan internet sayfası, ilgili bakanlığın ismi değiştirildiği için artık erişime açık değildir. Söz konusu ilkelere ulaşmak için bkz. https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/politische-grundsaetze-fuer-den-export-von-kriegswaffen-und-sonstigen-ruestungsguetern.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (son erişim tarihi: 22.9.2022)

²⁴ Dolayısıyla, kendi içinde tartışmalı olan, Ortak Tutum'un (buna ilişkin olarak karşı. Deutscher Bundestag, PE 6-3000-002/19, 4.2.2019) ulusal düzeyde uygulanması hususunun burada ayrıntılı olarak ele alınması zorunlu değildir; ancak Siyasi İlkeler'in etkisi sorunu için karşı.: *Clafsen*, Das Kontrollverfahren beim Export von Kriegswaffen aus Deutschland, 2017, s. 116.

²⁵ HSDK para. 22a/1 b. 4'e göre ceza sorumluluğu, ilgili ihracat vb. eylemlerin, "bunun için gerekli olan nakliyyeye izin verilmeden" gerçekleştirilmesine bağlıdır. DTK para. 18/2 b. 1 hükmü, "izin olmaksızın" yapılan belirli ihracatları düzenlemektedir.

iki hükümle ilgili olarak ceza hukukunda idare hukuku bağlantısına ilişkin ilkeler uygulama alanı bulur.²⁶

I. Ceza Hukukunda İdare Hukuku Bağlantısına İlişkin İlkeler

Genel anlamıyla ceza hukukunda idare hukuku bağlantısı ifadeyiyle kastedilen, kanun koyucunun ceza sorumluluğunu belirli bir idari karar, işlem veya düzenlemenin varlığına bağladığı olaylardır.²⁷ Buna ilişkin örnekler söz gelimi çevre ceza hukukunda²⁸ (örneğin StGB [“AlCK”] para. 324 hükmüne göre suların kirletilmesi suçu) veya diğer özel ceza kanunlarında (örneğin İkamet Kanunu [Aufenthaltsgesetz] para. 95’teki ceza hükmü) bulunmaktadır. HSDK para. 22a/1 b. 4 ve DTK para. 18/2 b. 1’de olduğu gibi bir iznin varlığına atıfta bulunduğu sürece kamu gücüne dayalı böyle bir işlemin (*Hoheitsakt*) ceza hukukundaki etkisinin, bu işlemin hukuka uygunluğuna bağlı olup olmadığı veya bu bağlamda Alman İdari Usul Kanunu (“AlİUK”) (*Verwaltungsverfahrensgesetz* [VwVfG]) para. 44 hükmü uyarınca idare hukuku açısından geçerliliğin yeterli olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.²⁹ Ceza hukukunda hâkim olan görüşe göre, fiilin icra edildiği sırada iptal edilmemiş, geçerli ve yararlandırıcı³⁰ bir idari işlemin (AlİUK para. 48,

²⁶ HSDK para. 22a hükmüne ilişkin olarak karşı: *Heinrich*, in: Momsen/Grützner, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2020, para. 39 Kn 17.

²⁷ Bu bağlamda karşı. *Winkelbauer*, *Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, 1985, s. 9; *Kudlich*, *Die Unterstüttzung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004, s. 218 vd.; idare hukuku bağlantısı kavramının belirsizliğine ilişkin eleştirel görüş için: *Heghmanns*, *Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln*, 2000, s. 35 vd.

²⁸ Karşı. *Kudlich* (Dn 26), s. 218 vd.

²⁹ İdari işlemlerle ilgili sistematik açıklama için karşı. *Lenk*, *Die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen und Rechtsbehelfe im Strafrecht*, 2020, s. 80 vd.

³⁰ Yararlandırıcı izinler (*begünstigende Genehmigungen*) ve yükümlendirici tasarrufların (*belastende Verfügungen*) sadece farklı etkileri göz önünde bulundurulduğunda dahi bu durum, kamu gücüne dayalı her iki türdeki işlemin ayrı şekilde incelenmesi gerektiğine işaret eder (keza aynı yönde *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 22. Aufl. 2021, para. 47 Kn 16 vd.); ancak bununla henüz, kamu gücüne dayalı yararlandırıcı ve yükümlendirici işlemlerin ceza hukukundaki etkisine ilişkin gerekliliklerin, nihayetinde zorunlu olarak farklı

49/2-6),³¹ bu işlem hukuka aykırı olsa dahi esas itibarıyla tipikliği ortadan kaldıran ve fiili hukuka uygun hâle getiren³² bir etkisi vardır.³³ Buna göre, hukuka aykırı ancak idare hukukuna göre geçerli olan bir idari iznin varlığı, söz gelimi yetkisiz olma (AICK para. 324/1)³⁴ unsuru veya “gerekli ikamet izni olmaksızın” (İkamet Kanunu para. 95/1 b. 2) unsuru bakımından tipikliği ortadan kaldıracaktır.³⁵ Ancak bu görüşün mutlak surette doğru olduğu söylenemez.³⁶ Bu hususa tekrar değinilecektir.

II. HSDK para. 22a/1 b. 4 Uyarınca Ceza Sorumluluğu

HSDK para. 22a/1 b. 4’e göre ceza sorumluluğu, ilgili ihracın “bu ihraç için gerekli olan nakliyyeye izin verilmeden” gerçekleştirilmesine bağlıdır. Yürürlükteki bir iznin ceza hukuku açısından dogmatik olarak sınıflandırılması – daha açık ifadeyle, bu iznin tipikliği ortadan kaldıran türden mi yoksa fiili hukuka uygun hâle getiren türden mi etki doğurduğuna ilişkin sınıflandırma – genel olarak ilgili suçun kanuni tanımındaki unsurlar vasıtasıyla yapılır:³⁷ İdari izin, izin kaydıyla konulan önleyici bir yasak (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) söz konusu olduğunda tipikliği ortadan kaldırırken muafiyet kaydıyla konulan bastırıcı yasaklar (*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*) bakımından sadece hukuka

oldukları ifade edilmemiştir. Bu çalışmanın odak noktası, yararlandırıcı bir ihracat izni olduğu için burada kamu gücüne dayalı yükümlendirici işlemlerin (*belastende Hoheitsakte*) ceza hukuku anlamında ele alınması konusuna daha fazla değinilmeyecektir. (buna ilişkin açıklama için karşı., *Lenk* [Dn 28], s. 106 vd.; *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, para. 47 Kn 17).

³¹ Keza AICK para. 324’teki geçmişe etkili geri almanın önemsizliğine ilişkin olarak karşı.: *Rudolphi* NStZ 1984, 193, 197.

³² HSDK para. 22a/1 b. 4’teki dogmatik konum için aşağıda Bölüm C.II ile karşı.

³³ *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, para. 47 Kn 18 vd. (oradaki diğer atıflarla birlikte).

³⁴ *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. 2020, para. 324 Kn 12.

³⁵ Karşı. BGH NJW 2005, 2095.

³⁶ Buna ilişkin olarak *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, para. 47 Kn 19’daki açıklamayla karşı.

³⁷ *Heinrich*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl., para. 22a KrWaffG Kn 27.

uygun hâle getirici bir etkiye sahiptir.³⁸ Aslında böyle bir farklılık, ilgili davranışın sadece ilk zikredilen olayda esas itibarıyla sosyal anlamda uygun bir davranış olmasıyla gerekçelendirilebilir.³⁹

HSDK para. 22a/1 b. 4 hükmü göz önünde bulundurulduğunda Federal Yüksek Mahkeme (BGH), idari izinlerin hukuka uygun hâle getirici bir etkisinin olduğunu kabul etmekte ve bu kabulünü harp silahlarının bu kanun kapsamındaki kullanımının özellik arz eden tehlikelilikleriyle gerekçelendirmektedir.⁴⁰ Buna karşılık birçok yazar HSDK para. 22a/1 b. 4'te düzenlenen iznin suçun (olumsuz) bir unsuru olduğu görüşündedir.⁴¹ Bu görüş mesela *Holthausen* tarafından; burada söz konusu olan suçun haksızlık içeriğinin, "devletin denetim hakkını güvence altına alan izin yükümlülüğüne (izin kaydıyla konulan önleyici yasak) riayet edilmemesinde" mevcut olmasıyla gerekçelendirilir.⁴² Harp silahlarının meşru savunma amacıyla kullanılması imkânları göz önünde bulundurulduğunda en son zikredilen görüş özellikle konvansiyonel harp silahları⁴³ ile ilgili olarak oldukça makul görünmektedir.⁴⁴

³⁸ *Kühl*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, para. 9 Kn 120; keza karşı. *Heinrich*, in: Mommesen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, para. 39 Kn 24.

³⁹ Keza bu bağlamda karşı. *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, para. 7 Kn 13; keza bu bağlamda BGH NStZ 1993, 594, 595.

⁴⁰ BGH NStZ 1993, 594, 595 (öğretideki atıflarla birlikte); eleştirel yorum: *Puppe* NStZ 1993, 595, 596.

⁴¹ Örn. *Beckemper*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 4. Teil, 4. Kap., Kn 31; *Holthausen* NStZ 1993, 568, 569; *Holthausen/Hucko* NStZ-RR 1998, 193, 196; keza karşı. *Heinrich*, in: MüKo-StGB, para. 22a KrWaffG Kn 28; *Pottmeyer*, Kriegswaffenkontrollgesetz, para. 22a Kn 11.

⁴² *Holthausen* NStZ 1993, 568, 569; Keza silah ihracatının, izin kaydıyla konulan önleyici bir yasağa tabi olduğuna ilişkin kabulle ilgili olarak karşı., *Papp*, Extraterritoriale Schutzpflichten, 2013, s. 156.

⁴³ Bu somutlaştırmaya ilişkin olarak karşı.: *Heinrich*, in: MüKo-StGB, para. 22a KrWaffG Kn 28.

⁴⁴ Keza bu bağlamda, Anayasa m. 26/2 c. 1'deki izin koşulunda, "izin kaydıyla konulan önleyici bir yasağın mı (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) [...] veya muafiyet kaydıyla konulan bastırıcı bir yasağın (*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*) mı" söz konusu olduğu sorusunun cevaplanmadığı Federal

Ancak buraya kadar HSDK para. 22a/1 b. 4'te öngörülen ihtimalde, tipikliği ortadan kaldırması için iznin geçerli olması başlı başına yeterli midir yoksa hukuka uygunluk şartı aranır mı sorusu yanıtlanmamıştır. Bu bakımdan, hukuka uygunluk şartının aranacağı yönündeki kabul için aslında esaslı gerekçeler bulunmaktadır. Buna göre, Alman hukukunun uluslararası hukuka uygun olarak yorumlanması ilkesi⁴⁵, HSDK'ye göre yapılacak hukuki değerlendirmede uluslararası hukuktaki temel yaklaşımın her zaman katı biçimde göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Federal Hükûmet silah denetiminde insan haklarının korunmasının önemine defalarca işaret ettiği için de bu gerekliliğin aranması özellikle yerindedir.⁴⁶ Ancak izin verilmesinin şartları ile HSDK para. 22a'daki ceza sorumluluğuna ilişkin şartlar kendiliğinden aynı değerlendirilmeye tabi tutulamaz. Yukarıda bahsi geçen uluslararası ilkelerin gerekliliklerinin öncelikle cezalandırmayla değil de hâlihazırdaki izin uygulamasıyla yerine getirilmesiyle yetinilmesi gerektiği varsayılırsa, HSDK para. 22a'nın öncelikli koruma amacının aslında devletin harp silahları ihracatı üzerindeki kamusal denetim yetkisinin gözetilmesi olduğu söylenebilir⁴⁷ – geçerli bir iznin varlığıyla daima korunan bir denetim yetkisi. Öğretide HSDK'nin koruma amacının, diğer hususların yanında ulusların barış içinde bir arada yaşaması (Anayasa m. 26/1 c. 1), silahlı çatışmanın önlenmesi ve uluslararası güvenliğin sağlanması olduğu

Anayasa Mahkemesi kararını karşı. BVerfG NVwZ 2014, 1652, 1661 (Kn 183); keza buna ilişkin olarak karşı. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 26 Kn 73.

⁴⁵ Bu hususa ve dayanağına ilişkin olarak karşı. *Kuhli*, Das VStGB und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010, s. 154 vd., özellikle s. 157 vd.

⁴⁶ *Papp* (Dn 41), s. 158 vd.'deki atıfları karşı.

⁴⁷ Keza bu bağlamda HSDK para. 22a hükmünde öngörülen cezanın gerekçesinin öncelikli olarak "devletin denetim hakkını güvence altına alan izin şartına riayet edilmemesi" olduğuna dair görüş için karşı. *Heinrich*, in: MüKo-StGB, para. 22a KrWaffG Kn 28; keza bununla birlikte HSDK para. 22a hükmünün "en azından, suç teşkil eden bağlantılı hareketten kaçınılmasına da hizmet ettiği" ilişkin farklılaşan görüş için karşı. *Ambos StV* 2020, 788, 793.

ileri sürülmektedir.⁴⁸ Bu görüş, HSDK’de öngörülen izin gereklilikleri ve yasaklara atıf yaptığı ölçüde doğru kabul edilmelidir. İlgili iznin verilmesi somut olayda eleştirilebilse ve hukuka aykırı görülebilse dahi geçerli olması hâlinde HSDK para. 22a/1 b. 4’e göre doğabilecek bir ceza sorumluluğunu ortadan kaldırır.

“Ulusların barış içinde bir arada yaşamasına engel olmak, özellikle de bir saldırı savaşının yürütülmesine hazırlık yapmak için uygun olan ve bu amaçla gerçekleştirilen” (Anayasa m. 26/1 c. 1 ve c. 2) bu tür hareketlerin cezalandırılması gerektiğine yönelik anayasal yükümlülükten de farklı bir çıkarımda bulunulamaz. Nitekim Anayasa m. 26/2 c. 1’den anlaşılacağı üzere; Anayasa m. 26/1’e göre yapılacak bir uygunluk denetimi, harp silahları ihracatında bir izin sürecini gerekli kılmaktadır. Bundan dolayı Anayasa m. 26/1 c. 2’deki cezalandırma yükümlülüğünün, idare hukuku bağlantılı suçlar söz konusu olduğunda geçerli izinlerin cezasızlığa neden olacağı şeklindeki genel ilkeye bir istisna teşkil edip etmediği açık değildir. Geçerli bir resmî izin olduğu sürece, salt harp silahı ihracatı eylemi cezalandırılabilir değildir. Bu ilkeye; ceza hukukundaki kanunilik ilkesi (Anayasa m. 103/2) gereğince, ihracatçının davranışı hakkın kötüye kullanımı olarak sınıflandırılacak olsa dahi⁴⁹ yazılı olmayan bir istisna getirilmemelidir (örneğin [ihracatçının silahların gelecekte [veya muhtemelen] kötüye kullanılacağına ilişkin] özel bir bilgiye sahip olması hâlinde).

III. DTK para. 18/2 b. 1 Uyarınca Ceza Sorumluluğu

Yukarıda yapılan açıklamalar, esas itibarıyla DTK’ye göre bir ceza sorumluluğu için de geçerlidir. Geçerli bir izin olduğu sürece özellikle idare hukuku bağlantılı DTK para. 18/2 b. 1⁵⁰ hükmüne göre bir cezalandırma da söz konusu olmaz. Ancak kanun koyucunun bu kanunda – DTK

⁴⁸ Buna ilişkin olarak (farklılıklarla birlikte) karşı: *Beckemper*, in: Achenbach u. a., *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Teil 4. Kap., Kn 8; *Pottmeyer*, *Kriegswaffenkontrollgesetz*, para. 6 Kn 74; *Heinrich*, in: Momsen/Grützner, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, para. 39 Kn 5.

⁴⁹ Karş. BGH NJW 2005, 2095, 2098; *Lenk* (Dn 28), s. 106.

⁵⁰ Bu hükmün uygulama alanına ilişkin olarak karşı: *Meyer/Hüttemann*, in: Momen/Grützner, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, para. 37 Kn 56.

para. 18/9 hükmünde – hakkın kötüye kullanılması hâlini açıkça düzenlediğinden de bahsedilmesi gerekir.⁵¹ Buna göre “izin olmaksızın gerçekleştirilen bir hareket; tehdit, rüşvet veya gizli anlaşma yoluyla ya da yanlış veya eksik bilgi verilerek usulsüz biçimde elde edilen izne dayanarak gerçekleştirilen bir hareketle eş değerdedir”.

D. Uluslararası Ceza Hukukuna Göre Ceza Sorumluluğu

Buraya kadar, nihayetinde bir uluslararası suça destek mahiyetinde olduğunun anlaşılmasından dolayı harp silahları ihracatının ceza hukuku açısından önem arz edip etmediğine ilişkin – uluslararası ceza hukuku kurallarına göre değerlendirilecek – sorun incelenmemiştir. *Uluslararası Ceza Mahkemesi* (“UCM”) yargılama işlemlerini UCM Statüsü’ne (Roma Statüsü) göre yaparken Almanya’da VStGB (“AIUCK”) (Alman Uluslararası Ceza Kanunu) yürürlüktedir. Dolayısıyla AIUCK para. 27 ile bağlantılı olarak AIUCK⁵² para. 2 ile UCM Statüsü⁵³ m. 25/3 b. c’ye göre yardım etme veya desteklemeden dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelir. AIUCK para. 27 hükmü, başlığına göre “yardım etmeyi” düzenlerken UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükmü “yardım etme veya diğer desteklemeyi” (“*aids, abets or otherwise assists*”) kapsar.

I. Yardım Etme ile Desteklemeden Dolayı Ceza Sorumluluğunun İlkeleri

Genel ilkeler esas alındığında, harp silahları ihracatının AIUCK para. 27 ile bağlantılı olarak AIUCK para. 2’ye göre hem bir yardım etme hem de UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükmüne göre destekleme mahiyetinde olduğuna işaret eden birçok husus bulunmaktadır. Her iki hükme göre yardım etme ile destekleme hareketi, mevcut olayda, esas alınan ön kabbüllere göre var olan – en azından teşebbüs aşamasında kalmış⁵⁴ –

⁵¹ Keza buna ilişkin olarak karış. *Lenk* (Dn 28), s. 106; *Ambos StV* 2020, 788, 790.

⁵² Alman Uluslararası Ceza Kanunu (*Völkerstrafgesetzbuch*).

⁵³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (*Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*).

⁵⁴ AIUCK para. 27 uyarınca yardım etmenin, en azından cezalandırılabilir şekilde teşebbüs aşamasına kadar gelmiş bir asıl suçun varlığını şart koştuğu Alman Ceza Kanunu dogmatığı için karış.: *Joecks/Scheinfeld*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl. 2020, para. 27 Kn 4 (karşı görüşe atfla birlikte); *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des*

uluslararası bir (asıl) suçla ilişkili olmalıdır⁵⁵. Keza bu türden bir asıl suçun ceza hukuku açısından önemi üzerinde, Alman makamlarınca verilen ihracat izninin etkilerinin olup olmayacağı da açık değildir.

Suçta kullanılacak araçların temin edilmesi esas itibarıyla AİCK para. 27⁵⁶ anlamında maddi yardım etmenin şartlarını sağlamaktadır. Hatta bu, UCM Statüsü m. 25/3 b. c’de açıkça, cezalandırılabilir destekleme olarak adlandırılmaktadır (“[suçun] işlenmesi için araçların temin edilmesi dâhil olmak üzere” – “including providing the means for its commission”). Bununla birlikte, uluslararası ceza hukuku bağlamındaki desteklemenin objektif şartları hiçbir şekilde açık değildir.⁵⁷ Bu bilhassa hem sivil hem de askerî amaçlar için kullanılabilir çift kullanımlı malzemelerin (*dual-use-Güter*) satışı gibi meslekî davranış biçimleri için söz konusudur.⁵⁸ Ancak bariz biçimde harp silahı tedarik edildiği sürece bir yardım etme ile destekleme hareketinin genel objektif koşullarının var olduğu kural olarak söylenebilir.⁵⁹ AİCK para. 27⁶⁰ ve UCM Statüsü m. 25/3 b. c’nin⁶¹ subjektif koşullarının mevcut olup olmadığı ise somut olayın şartlarına bağlıdır.

Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, para. 64 III 3 (s. 695); UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükmünün lafzına göre, asıl suçun “teşebbüs aşamasında kalmış” (“attempted commission”) olması yeterlidir.

⁵⁵ Bilindiği üzere Alman Ceza Kanunu dogmatikinde *asıl suçtan* bahsedilir (karş. Joeks/Scheinfeld, in: MüKo-StGB, para. 27 Kn 4); Werle ve Jießberger bu kavramı, UCM Statüsü bağlamında da kullanmaktadır (Werle/Jießberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Kn 643).

⁵⁶ Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, para. 27 Kn 22.

⁵⁷ Buna ilişkin olarak karş. Ambos, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2018, s. 62 vd.

⁵⁸ Bu malzemelere ilişkin olarak karş.: Çift Kullanımlı Malzemelerin İhracatının, Nakliyesinin, Aracılığının ve Transit Geçişinin Denetimine Yönelik Topluluk Rejimi Kurulmasına İlişkin 5.5.2009 tarihli ve (AT) 428/2009 sayılı Konsey Tüzüğü m. 2 b. 1 (29.5.2009 tarih ve L 134/1 sayılı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi); Hakenberg, Art. “Dual-Use-Güter”, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Ed. 2021.

⁵⁹ Sonuçta aynı şekilde: Ambos (Dn 56), s. 64.

⁶⁰ Buna ilişkin olarak karş. Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, para. 27 Kn 37 vd.

⁶¹ Buna ilişkin olarak karş. Werle/Jießberger, Völkerstrafrecht, Kn 648; Ambos (Dn 56), s. 70 vd.

II. İznin Etkisi

Resmî iznin yardım etmeden doğan ceza sorumluluğu üzerinde ne gibi bir etki doğuracağı sorusu buraya kadar cevaplanmamıştır. AİCK para. 27 ve UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükümleri – yukarıda tartışılan HSDK ve DTK’de düzenlenen suçlardan farklı olarak – izne aykırı bir davranışın varlığını açıkça aramasa bile, bir iznin uluslararası ceza hukukundaki davranış normları üzerinde de etkilerinin olacağı göz ardı edilemez. Çalışmanın devamında bu hususu uygun biçimde ele alabilmek amacıyla ilk olarak bir Ara söz (*Exkurs*) yoluyla idari izinlerin ceza hukuku açısından anlamını farklı bağlamlarda tartışan Alman ceza hukuku dogmatikğine göz atılacaktır (Bölüm 1). Akabinde, uluslararası ceza hukukunda kullanılmak üzere hukuki prensiplerin bu bölümdeki açıklamalardan ne ölçüde türetilebileceği konusu incelenecektir (Bölüm 2).

1. Ara söz: Alman ceza hukukundaki dogmatik ilkeler

İdari izinlerin ceza hukukundaki isnat için doğuracağı etkilere ilişkin sorun Alman ceza hukuku dogmatikğinde farklı olaylarda kendisini göstermektedir:

a) Çevre Ceza Hukukunda İdare Hukuku Bağlantısı

İdare hukuku bağlantılı çevre ceza hukuku alanında, failin bizzat gerçekleştirdiği davranışın (örneğin suların kirletilmesi) bir idari izinle uyumlu olduğu ancak bu davranışın bir zarara (örneğin insanların sağlığının bozulması) yol açtığı davranış biçimleri düşünülebilir. Failin böyle bir durumda yaralama (AİCK para. 223, 229) suçunu işleyip işlemediği sorunu, mutad olduğu üzere, diğer hususların yanında objektif isnadiyete bağlıdır – bu da (objektif isnadiyet) diğer taraftan idari iznin kapsamına ve etkisine bağlıdır. AİCK para. 223, 229’da düzenlenen ilgili suçlar açıkça idare hukuku bağlantılı olmadıklarından bir izin kural olarak sadece hukuka uygun hâle getirici etki doğurabilir. Ancak böyle bir etki, diğer hususların yanında, karar verecek olan idarenin bu hususta bir tasarruf yetkisine sahip olup olmamasına da bağlıdır.⁶² Bundan dolayı *Kühl* tarafından; çevre hukukuna ilişkin bir iznin “muhtemel yaralanmaları değil”, “sadece tesisin işletilmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan çevre

⁶² Karş. *Kühl*, Strafrecht AT, para. 9 Kn 134.

zararlarını hukuka uygun hâle getirebileceği" savunulmaktadır.⁶³ Ancak sadece, bilhassa tüm yaşamın doğal temelini oluşturduğu için çevrenin korunmasının gerekli olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu ayırım ikna edici olmaktan uzak görünmektedir.

Yaralama ve mala zarar söz konusu olduğunda, meydana gelmesine izin verilen sadece soyut bir risk gerçekleşmişse, riskin gerçekleşmesinin de – söz gelimi yaralamanın (AICK para. 223, 229) veya mala zarar vermenin (AICK para. 303) – ilgili izin sayesinde hukuka uygun olduğunun kabulü isabetli görünmektedir.⁶⁴ Ancak böyle bir değerlendirme ilgili çevre idaresi açısından, iznin aynı zamanda bir riske girileceğini de kapsamı gerektirip şart koşar.⁶⁵ Diğer taraftan bu, idari iznin ancak kapsamlı bir risk analizinin sonucu olduğu durumda söz konusu olabilir. Bununla birlikte yukarıda belirtilen ilkelere, iznin muhatabının artık bu izne güvenemeyeceği durumlar için kısmen bir istisna getirilir (örneğin somut sağlık risklerinin tespit edilebildiği durumlarda).⁶⁶

b) AISK para. 34/1 c. 1 ve Yardım Etmeden Dolayı Ceza Sorumluluğu

Yukarıda belirtilen durumlar ile bireysel hukuki değerlerin (örneğin vücut dokunulmazlığı veya malvarlığı), doğrudan bir idari iznin geçerliliğine güvenen kimse tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından ihlal edildiği olaylar birbirinden ayrılır. Burada söz konusu olan, somut olayda kamu gücüne dayanılarak verilen izinlerin (*hoheitliche Gestattungen*) kapsamına da bağlı olabilecek, yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğudur. Silah bulundurma ruhsatı (WaffG ["AISK"] para. 10) sahibine mühimmat tedarik eden ve bu mühimmatın nihayetinde – kendisi tarafından öngörüldüğü üzere – ruhsat sahibi kişi tarafından öldürme suçunda kullanılması hâlinde kasten öldürme suçuna (AICK para. 212, 27)

⁶³ Kühl, Strafrecht AT, para. 9 Kn 134; keza karş. Rudolphi, in: FS Lackner, 1987, 863, 881 vd.

⁶⁴ Keza bu bağlamda, karş. Winkelbauer NStZ 1988, 201, 204 vd. – Ancak yazar, doğrudan bir riskten bahsetmektedir.

⁶⁵ Keza kararın konusuna ilişkin olarak karş. Heine NJW 1990, 2425, 2431 vd.

⁶⁶ Örneğin karş. Heine NJW 1990, 2425, 2431 vd.

yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu doğabilecek silah taciri burada örnek olarak düşünülebilir.⁶⁷

AlSK para. 34/1 c. 1'e göre, mühimmat sadece, silah bulundurma ruhsatı sahibi kişilerin de içinde bulunduğu yetkili kişilere tedarik edilebilir.⁶⁸ Örnek olayda silah hukukundaki hükümlerle (AlSK para. 34/1 c. 1) uyumlu olarak ve somut idari izne (silah bulundurma ruhsatı) göre hareket etmiş olmasına rağmen silah tacirinin genel ilkelere göre yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu (AlSK para. 212, 27) gündeme gelir. Bahsi geçen silah hukuku düzenlemesi ile idari iznin, yardım etmeye ilişkin genel ilkelere kıyasla öncelikli olarak uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, diğer hususların yanında yapılacak ilgili yoruma bağlıdır.⁶⁹ AlSK para. 27 buna ilişkin bir ifade içermediğinden silah hukukuna göz atmak gerekecektir.

Rackow'a göre bu tür olaylarda yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu yalnızca iki koşulun varlığı hâlinde ortadan kalkar: İlk olarak, alana özgü düzenlemenin – burada AlSK para. 34/1 c. 1 – getiriliş amacı “suç teşkil eden bağlantılı hareketin engellenmesi veya en azından zorlaştırılması olmalı”; ikinci olarak ise bu düzenleme, “yine bu düzenlemenin hukuki değerlendirmesi, bu düzenleme altında ele alınabilecek bütün olayları içerecek şekilde geçerli olmalı ve böylece gerekirse genel yardım etme yasağının öneminin de önüne geçecek şekilde” “kapsayıcı olmalıdır”.⁷⁰ Ancak bu çalışmada benimsenen görüşe göre en son bahsedilen şart kural olarak daima yalnızca ilk şartın da mevcut olması hâlinde dikkate alınır. Bu değerlendirmeden bağımsız olarak AlSK para. 34/1 c. 1 hükmünün, yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğunun esasları karşısında kapsayıcı olmadığına işaret eden birçok husus bulunmaktadır. Buna göre *Kudlich*, isabetli olarak

⁶⁷ *Rackow*'daki örnek olaydan yola çıkarak, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, s. 520 vd.; *Ambos StV* 2020, 788, 793.

⁶⁸ B. 34.1 Waff-VwV; keza karşı. *Gerlemann*, in: Steindorf, Wafferecht, para. 34 WaffG Kn 2.

⁶⁹ Keza bu bağlamda karşı. *Rackow* (Dn 66), s. 517.

⁷⁰ *Rackow* (Dn 66), s. 522 vd.; buraya atfen: *Ambos StV* 2020, 788, 793.

“alıcının çekiçle eşini öldürmesi nedeniyle bir çekiç satıcısını, bunu muhtemel addetmesi veya hatta kesin olarak öngörmesi hâlinde yardım etmeden dolayı sorumlu tutmanın, aynı kast derecesinin varlığına rağmen alıcının silah bulundurma ruhsatına sahip olduğuna inandığı için bir tabanca satıcısını ise cezasız bırakmanın (mevcut daha katı hükümlere uyulmasına rağmen) ilk bakışta daha az tutarlı”

göründüğüne işaret etmektedir.⁷¹

Bununla birlikte ilk izlenime dayanan bu türden bir değerlendirme silah hukukundaki bir yetkinin (örneğin AISK para. 10 uyarınca silah bulundurma ruhsatı nedeniyle), çekiç olayına kıyasla farklı bir muameleyi haklı çıkaran bir güven unsuru yarattığı görüşüne hâlâ imkân vermektedir. Diğer taraftan üçüncü bir kişinin öldürme niyetiyle ilgili olarak doğrudan bilgi sahibi olunması hâlinde karşıt bir güven unsuruna hâlâ yer olup olmadığı şüphelidir. Ancak bu çalışma AISK para. 34 hükmünü ayrıntılı şekilde incelemek için uygun değildir. Bunun yerine aşağıda, yukarıda söylenenlerden yola çıkarak izinli harp silahları ihracatının uluslararası ceza hukuku açısından önemi konusuna uygulanabilecek ilkelere ne ölçüde türetilebileceği incelenecektir.

2. Harp Silahları İhracatına Uygulanması

Yukarıda açıklanan olaylarda iki bakış açısının – farklı şekillerde – belirleyici olduğu ortaya çıkmıştır: Bir taraftan ilgili izin ve kamu hukukunun yorumu hususu, diğer taraftan ise idarenin tasarruf yetkisi hususu. Esasen bir kamu otoritesi, bir suç isnadını ancak ilgili davranışa izin vermek ister ve buna yetkisi varsa engelleyebilir. Bu düşünce harp silahları ihracatına aktarılırsa resmî izinler, yardım etme ile desteklemeden dolayı ceza sorumluluğunu istisnai olarak ancak iki şartın varlığı hâlinde engelleyebilir: İlk olarak iznin içeriği başlı başına sadece ihracat iznini değil, bununla birlikte uluslararası suçların işlenmesini mümkün kılmayı da kapsamalıdır. İkinci olarak böyle bir iznin içeriği meşru da olmalıdır – bu bakış açısı özellikle, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin izin kararını verirken uymakla yükümlü olduğu uluslararası hukuk kısıtlamalarına göre belirlenir. Ancak ilk önce ihracat izninin içeriğine göz atılmalıdır: İzin,

⁷¹ *Kudlich* (Dn 26), s. 223 vd.

soyut bir riskli davranışa (burada: ihracat) müsaade ediyorsa ilgili riskin gerçekleşmesi hâli de tamamen iznin kapsamında kalabilir. Bununla birlikte harp silahlarının, muhtemelen uluslararası suçlara karışmış bir devlete ihracı sadece soyut olarak değil daha ziyade somut olarak tehlikelidir. Buna göre, bu tür olaylarda resmî iznin müsaade ettiği hususların uluslararası suçları desteklemekle ilgisi olmadığına dair en azından birtakım belirtiler mevcut olacaktır.

Öte yandan farklı bir izin içeriğinin meşru olup olmayacağı da tartışmalıdır. Uluslararası ceza hukuku, kaynağını uluslararası hukuktan alan bir hukuk alanı olduğundan⁷² cezalandırma şartları uluslararası standartları taşımaktadır. Bu açıdan, yetkili Alman idaresinin harp silahları ihracatı hakkında karar verirken tabi olduğu uluslararası hukuk kısıtlamalarını incelemekte fayda bulunmaktadır. İncelemenin çerçevesini genişletmek gerekirse şunlar söylenebilir: İhracat izninin uluslararası ceza hukuku açısından önem arz ettiği kabul edilmezse, yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu yalnızca uluslararası hukuktaki temel yaklaşıma göre belirlenir. Ancak ihracat izninin uluslararası ceza hukuku açısından önem arz ettiği kabul edilirse, iznin uluslararası hukuk standartlarını muhtemelen ihlal edecek olması, yardım etmeden dolayı ceza sorumluluğu açısından önemsiz olacaktır. Böyle bir durumda ihracat hâlihazırda resmî bir ihracat izni kapsamında olduğu için uluslararası ceza hukuku bakımından yaptırımsız kalacaktır.

Aslında, en azından kovuşturma aşaması için, resmî kararların uluslararası ceza hukukunda önem arz edebileceği söylenebilir. Bu bağlamda örneğin UCM Statüsü m. 17/1 b. a-c' de düzenlenen tamamlayıcılık ilkesine (*Grundsatz der Komplementarität [principle of complementarity]*) değinilmelidir. Bu ilkeye göre bir devlet, bir konuda hâlihazırda ciddi bir şekilde kovuşturma yürütüyorsa aynı konuda *Uluslararası Ceza Mahkemesi* tarafından bir kovuşturma yürütülemez.⁷³ Ancak bununla, resmî izinlerin uluslararası ceza hukukundaki maddi hukuk anlamındaki etkisine ilişkin henüz bir şey söylenmemiştir. Bu bağlamda, ihracat izinlerinin eylemi suç olmaktan çıkaran etkisinin kabulünün, uluslararası ceza

⁷² Karş. *Ambos*, Internationales Strafrecht 5. Aufl. 2018, para. 5 Kn 5.

⁷³ *Werle/Jeffberger*, Völkerstrafrecht, Kn 344.

hukukunun temel ilkesiyle çelişeceğine dair işaretler dahi mevcuttur. Bu hukuk dalının yalnızca erken dönemleri incelendiğinde (yani Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra büyük ölçüde başarısız olan cezalandırma girişimleri ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki uluslararası davalar), özellikle söz konusu olan suçlar devlet tarafından teşvik edilen, meşru hâle getirilen veya en azından göz yumulan suçlardı. Devletçe gerçekleştirilen meşrulaştırmaların uluslararası ceza hukuku anlamındaki bir sorumluluğa esas itibarıyla etkisinin olmayacağı düşüncesi, günümüz uluslararası ceza hukukunun da temelini oluşturmaktadır. *Werle ve Jeßberger*'in de belirttiği üzere uluslararası suçların, mutlak surette olmasa da en azından genellikle devletin iştirakiyle işlendiği söylenebilir.⁷⁴ İştirak meselesinden bağımsız olarak, ilgili devletin görünen bir çıkarı yoksa bu suçların cezalandırılabilirliği gerekir. Uluslararası ceza hukuku anlamındaki sorumluluğun, devletlerce gerçekleştirilen meşrulaştırmalardan esas itibarıyla bağımsız olması gerektiği kabul edilirse, bu kabul en nihayetinde ihracat izinleri için de geçerli olmalıdır.

Burada, Üçüncü Reich gibi bir diktatörlükte denendiği gibi, devletler tarafından yapılan bu türden yasal hâle getirmelerle demokratik bir devlet tarafından verilen izinler arasında başından beri esaslı bir farkın mevcut olduğu şeklinde bir itirazda bulunulabilir. Ancak – temelde somut ve fiil odaklı olan – uluslararası ceza hukukuna, bu türden bir farklılaştırma esas itibarıyla yabancıdır.⁷⁵ Buna göre resmî izinlerin kural olarak, esasen mevcut olan bir uluslararası ceza hukuku sorumluluğunda hiçbir şey değiştirmeyeceğine işaret eden bazı hususlar vardır.

III. Güvenin Korunması

Silah ihraç edenlerin, muhtemel olarak resmî izinlerin geçerliliğine güvendikleri düşüncesinden de uluslararası hukuk bağlamında geniş kapsamlı bir cezasızlık sonucuna varılmamalıdır. Böyle bir güvenin korunmaya değer olup olmadığıyla ilgili olarak hâlihazırda belirli bir tereddüt mevcuttur. Ancak bu türden bir güvenin korunması, söz gelimi BM İnsan Hakları Konseyi tarafından 2011 yılında yayımlanan *İş Dünyası*

⁷⁴ *Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Kn 162.*

⁷⁵ Ancak buna karşılık, cezalandırılabilir yardım etme ve nötr fiiller (*neutrale Handlungen*) arasındaki sınır ile ilgili olarak karşı.: *Ambos (Dn 56), s. 69.*

ve *İnsan Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Rehber İlkeleri'nin (UN Guiding Principles on Business and Human Rights)*⁷⁶ ruhu ile çelişecektir.⁷⁷ Bu ilkeler uyarınca şirketler, insan hakları ihlallerinden kaçınmalıdır.⁷⁸ Ancak burada söz konusu olan, hukuki olarak uygulanabilir bir yükümlülük değil “etik-ahlaki bir davranış beklentisidir” (Dörr).⁷⁹ Ancak bu tür ilkeler özellikle, (bu ilkelerin karşısında yer alan) bir güvenin uluslararası ceza hukuku sorumluluğunun genel esaslarına getirilecek bir istisnayı haklı çıkarmayacağına işaret eder.⁸⁰ Bu tespit, uluslararası ceza hukukunda failin, hareketine izin verildiğine ilişkin muhtemel bir güvenini konu alan hâlihazırda bir hukuki kurum bulunduğu için özellikle doğrudur: Burada bahsedilen, ancak en sıkı şartlar altında bir cezasızlığa yol açabilecek AICK para. 17 ile UCM Statüsü m. 32/2'deki hukuki hataya ilişkin düzenlemelerdir.⁸¹

⁷⁶ UN Doc. A/HRC/17/31, 6 vd.

⁷⁷ Buna ilişkin olarak karşı. Dörr, in: Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters, Unternehmensverantwortung und Internationales Recht, 2020, 133, 152 vd.

⁷⁸ 11 numaralı ilke: “Ticari işletmeler insan haklarına saygı duymalıdır. Bu, başkalarının insan haklarını ihlal etmekten kaçınmaları ve insan hakları (bakımından) yol açtıkları olumsuz etkilerin üzerine gitmeleri anlamına gelir.” (“Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved”) (UN Doc. A/HRC/17/31, 6, 13).

⁷⁹ Dörr, in: Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters (Dn 76), 133, 153; keza karşı. *Ambos StV* 2020, 788, 791 (Dn 62).

⁸⁰ Keza *Ambos*; BM Rehber İlkeleri'nden ve diğer normlardan; “şirketleri – basitçe ifade etmek gerekirse – ağır insan hakları ihlallerine ve uluslararası suçlara iştirak etmemeleri konusunda özenli davranmakla sorumlu tutan” bir “insan haklarına özen yükümlülüğü (due diligence)” dahi çıkarmaktadır. Ancak *Ambos*'a göre aynı zamanda: “Sorun, kurumsal davranış yükümlülüklerinin (katı veya esnek) kaynağından ziyade – bağlayıcı olmayan [...] davranış beklentileri de sosyal olarak yönlendirici etki doğurabilir [...] –, bu tür yükümlülüklerin belirsiz konusu ve koruma alanında (genellikle insan hakları) yatmaktadır” (*Ambos StV* 2020, 788, 791 [asıl metinde vurgulamalarla birlikte]).

⁸¹ UCM Statüsü'ne ilişkin olarak karşı.: *Werle/Jeffberger*, *Völkerstrafrecht*, Kn 732.

E. Sonuç

Mevcut açıklamalar, izinli harp silahları ihracatı şüphesi nedeniyle yürütülen bir kovuşturmanın tamamen sorunsuz olduğu varsayımına götürmemelidir. Bilakis ceza sorumluluğu oldukça fazla koşula bağlıdır. Bu durum aynı zamanda, ceza hukukunun resmî bir izin sreindeki eksiklikleri dengelemek amacıyla, yalnızca kısıtlamalarla birlikte uygun bir araç olarak görülebileceğinin bir göstergesi de olabilir. Ancak, harp silahları ihracatının geçerli bir resmî ihracat izninin varlığı durumunda dahi ilgili ihracati için ceza sorumluluğu riski doğurabileceği unutulmamalıdır. Ancak bu, idari bir izin, kural olarak tipikliği ortadan kaldıran bir etki yarattığı için ihracat denetim hukukunun idare hukuku bağlantılı ceza hükümleri (HSDK para. 22a/1 b. 4 ve DTK para. 18/2 b. 1) bakımından aynı lde geçerli değildir. Bununla birlikte, resmî bir ihracat izni AICK para. 27 ile bağlantılı olarak AIUCK para. 2'ye ve UCM Statüsü m. 25/3 b. c hükmüne göre yardım etme ile desteklemeden doğan ceza sorumluluğunu esas itibarıyla engelleyemeyeceği için uluslararası ceza hukuku açısından bir ceza sorumluluğu riski devam etmektedir. Bundan dolayı, bir harp silahları ihracatçısı için yalnızca bir ihracat iznine güvenilmesi hiçbir şekilde uygun değildir.

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TA-ÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), "Hakemli Dergi" statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca'dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirimleri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar

doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. Yazar/Yazarlar: Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. Öz ve Özet: Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez

içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. Dipnot Gösterimi: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, Yolcu Hakları, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatkı (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechteinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige

bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung";

wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als " Nachname

von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, “Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?”, in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als “Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer“ zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, *Menschenwürde*, s. 270.)

ISSN 2687-3923



2687 3923