

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



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

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

Cilt XXVII, Temmuz 2023, Sayı 3

Vol. XXVII, July 2023, No. 3

Ankara 2023

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

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

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI

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

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

Editörler* : Editors ** :

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

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

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

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

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇİTİR Res. Assist. Nihan ÇİTİR

Arş. Gör. İrem Tuğçe SEVİNÇ Res. Assist. İrem Tuğçe SEVİNÇ

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

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

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

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

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇİTİR Res. Assist. Nihan ÇİTİR

Arş. Gör. İrem Tuğçe SEVİNÇ Res. Assist. İrem Tuğçe SEVİNÇ

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

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN

ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri:

Basım Tarihi: Temmuz 2023

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

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

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 07 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr> e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

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

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

ASOS
indeks

CiteFactor
Academic Scientific Journals

TÜBİTAK
ULAKBİM

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhittin ASTARLI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın Etiği

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi uluslararası yayın etiği standartlarına uygun bir şekilde faaliyet gösterir.

AHBVÜ-HFD yayın süreçlerinde Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics, COPE), Açık Erişim Dergiler Rehberi (Directory of Open Access Journals, DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA) ve Dünya Tıp Editörleri Birliği (World Association of Medical Editors, WAME) tarafından yayınlanan yayın etiği standartlarını takip eder. COPE Yayın Etiği Kılavuzları, "Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları Ve En İyi Uygulama İlkeleri - Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors" ile "Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri-Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing" dergi editörler kurulu tarafından benimsenmiştir.-

Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaflık ve önceden belirlenen usullere tabidir.

Dergi AHBVÜ Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılmakta olup Derginin ismi AHBVÜ-HFD olup kısaltması AHBVÜ-HFD'dir. 2018 yılındaki Kanun değişikliğinden önce dergi, hukuk fakültesinin eskiden bağlı bulunduğu Gazi Üniversitesi bünyesinde Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adını taşımaktaydı. Bu bakımdan 1998-2018 yılları arasında bu isim adı altında yayınlanan makaleler de Dergiye ait olup internet sitesindeki arşivden erişilebilir.

Dergi yılda 4 kez Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarının sonunda veya en geç sonraki ayın ilk haftası içinde yayınlanır. Sistem makale kabulü için her zaman açık tutulur. Makale kabul süreci Dergipark sistemi üzerinden, ilgili birim ve kişilerin her an bilgi alabileceği ve her aşamayı takip edebileceği şekilde yürütülür.

Yazarlar makalelerini Dergipark sistemi üzerinden dergiye yollarlar. Dergipark TÜBİTAK ULAKBİM çatısı altında, Türkiye'de yayınlanan akademik hakemli dergiler için elektronik ortamda barındırma ve editöryal süreç yönetimi hizmeti sunarak teknik destek sağlayan bir kuruluştur. DergiPark'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about>

Yazışmalar dahil olmak üzere Derginin bütün süreçleri Dergipark'ın yüksek güvenli ve sürekli güncellenen sistemi üzerinden gerçekleştirilir. Makale süreçleri, dosyalar ve yazışmalar Dergipark üzerinden arşivlendirilir.

Kural olarak yayın süreci tamamlanmış dergiler sonraki ilk sayıda yayınlanır. Ancak Editörler Kurulu, makale sayısı veya makale konularını dikkate alarak bazı makalelerin sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir. Bu halde yazarlar bilgilendirilir.

Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

AHBVÜ-HFD **açık erişimli bir dergidir**. Yazarlar AHBVÜ-HFD dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına,

çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Bkz. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.tr>

Araştırma Etiği

Dergi, uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser.

Yazarların Sorumluluğu

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkâr edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır.

Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirilmediğini ıslak imzalı matbu etik beyan formunu sisteme yükler.

Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılır ve referanslarda belirtilir.

Çalışmanın oluşturulmasında içeriğe akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkı sağlamayan kişiler, yazar olarak belirtilmez. Yazarların isim sıralaması yazarların ortak kararını yansıtır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Devir Formunda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar. Çeviri eserlerde yazardan ya da yayın hakkına sahip kişi ve kurumdan yazılı yayın izni alınır ve bu izin belgesi, başvuru evrakına eklenir.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler (teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler) "teşekkür / bilgiler" kısmında sıralanır.

Yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkileri, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan eder.

Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını veya deney yapılan deneklerin rızasının alındığını gösteren belgeye sahip olmalıdır.

Yazarlar yayınlanmış, erken görünüm veya değerlendirme aşamasındaki çalışmasıyla ilgili bir yanlış ya da hatayı fark etmesi durumunda, dergi editörünü veya yayıncıyı bilgilendirme, düzeltme veya geri çekme işlemlerinde editörle işbirliği yapar.

Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir.

Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (Yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilemez.

Yazar ismini ve ORCID numarası ile kurum bilgilerini açık, doğru ve eksiksiz olarak makaleyle beraber yolladığı dergi kapak sayfasına yazar. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer alır.

Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları

Editör, makalenin dergiye ulaşmasından yayımlanmasına kadar bütün yayın ve hakemlik sürecini yöneten ve derginin kalitesinden ve performansından sorumlu olan kişidir. Editör, Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından, en az doktor unvanına sahip Üniversite öğretim elemanları arasından üç yıl süre için görevlendirilir. Editörlerden biri baş editördür.

Baş editör; editörler ve editör yardımcıları arasındaki uyum ve koordinasyon ile yayının toplam kalitesinden sorumludur. Kural olarak editörler uzmanlık alanlarıyla ilişkili makalelerle ilgilenirler.

Editörler, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir.

Her makalenin Dergipark sistemi üzerinden yazarlarca da görünen bir editörü ve editör yardımcısı bulunur. Konuya ilişkin görev dağılımı editörlerin ve editör yardımcılarının uzmanlık alanına göre yapılır ve bu dağılım önceden belirlidir. İş yükü ve izinli olma gibi sebeplerle bu kuralın dışında bir dağılım yapılması mümkündür.

Editörler dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından genel olarak değerlendirir ve makalenin yayın sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerde makale dosyalarının tam ve eksiksiz olup olmadığını ve makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar.

Editör yardımcıları, her makaleyi bizzat Turnitin intihal programına sokarak intihal raporu alırlar. İçerik ve şekil açısından sorunlu hususları alan editörüne bildirirler.

Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirilirler.

Editör yardımcıları yazarlarla iletişim kurar ve editörlere gerekli bilgilendirme ve hatırlatmaları yaparak sürecin hızlı ilerlemesini sağlarlar.

Makaleler editörler tarafından adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesine yollanır. Editörler; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermezler. Editörler hakem incelemesinin makul sürede tamamlanmaması halinde hakemle iletişim kurarak sürecin hızlandırılmasını talep edebilir veya yeni bir hakem ataması gerçekleştirebilirler.

Editörler atadıkları hakemlerin içerik, hız ve üslup açısından performanslarını takip ederler.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya

reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Bu süreçte gönderilen makalelere ilişkin tüm bilgiler, makale yayınlanana kadar gizli tutulur.

Baş editör, yazarın bilgisi dahilinde gereğinde hata sayfası yayınlatabilir ya da düzeltme yapabilir.

Hakemlerin Sorumlulukları

Bilimsel araştırma makaleleri için iki, çeviri makaleleri ise bir hakem alan editörleri tarafından atanır. Hakemler, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya fon sağlayanlarla çıkar çatışması bulunmaması esastır.

Hakemler çalışmanın konusuna uygun olarak belirlenir. Hakemlerin makale konusu alanda çalışmalarının bulunması veya ilgili alanda yetkin olması esastır. Genel kural, hakemle ile yazarın farklı kurumlara mensup olmasıdır.

Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. (Örneğin. Doktor öğretim üyesinin makalesi doçent ya da profesör ünvanlı akademisyenlere gönderilir.)

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha 5 gün olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Daveti kabul eden hakem Dergipark hesabı üzerinden makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.

Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.

Hakemler, hakem değerlendirme formunu gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.

Makalelerin en az iki hakem tarafından yayına uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayına uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayına uygun görmedikleri makaleler yayımlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayına uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Üçüncü hakemin görüşleri doğrultusunda makalenin yayına uygun olup olmadığına alan editörü karar verir.

Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar. Yazar tarafından

herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durum editöre raporlanmalıdır.

Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirilir. Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeler engellenir.

Yazarlar ile İlişkiler

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

Editörler, gelen makaleleri öncelikle çalışmaların önemi, özgün değeri, geçerliliği, anlatımın açıklığı ve derginin amaç ve hedeflerini dikkate alarak makalelerin yayın sürecine girmesine veya reddedilmesine karar verirler. Makalenin reddi halinde gerekçesi yazara bildirilir.

Makalenin olumsuz hakem raporları nedeniyle reddedilmesi halinde ilgili hakem raporları ve gerekçe Dergipark sistemi üzerinden yazarla paylaşılır.

Yazarlar editörler ve editör yardımcılarıyla Dergipark sistemi üzerinden her zaman iletişim kurabilir. Yazarların sorularını cevaplar; görüş veya şikayetlerini dikkate alır. Dergipark sistemi üzerindeki yazışmalar arşivde saklanır.

Editörler Kurulu

Editörler ve editör yardımcılarından oluşan editörler kurulu, yayın süreçlerinin işleyişinin yayın ilke ve kurallarına uygun ilerlemesini sağlamak için sürekli iletişim ve işbirliği içindedir. Düzenli olarak toplanır ve dergi yayın politikasına ilişkin kararları kolektif bir şekilde alırlar.

Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

Yayın Kurulu

Fakültenin deneyimli hocalarından oluşan yayın kurulu derginin işleyişini takip eder; yayın politikasına ilişkin olarak editörler kuruluna görüş ve önerilerde bulunur. Yayın kurulu üyelerinin icrai bir fonksiyonu yoktur.

Danışma Kurulu

Türk ve yabancı hocalardan oluşan ve farklı kurumlarda görev yapmakta olan danışma kurulu, derginin işleyişini takip ederek görüş ve önerilerde bulunur; uzmanlık alanlarına göre makalelerin akademik yeterliliğine ilişkin olarak editörler kurulu tarafından kendilerine danışılır.

İntihal Kontrolü

Ön inceleme aşamasında makaleler Turnitin intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranına (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) sahip olan makaleler hakkında sürece devam edilebilir. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir.

Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

Genişletilmiş Özet

Türkçe yazılan makalelerin uluslararası çevrelerde görünürlüğünü ve atıf oranını arttırmak amacıyla, 2022 yılı 27(1) sayısından itibaren geçerli olmak üzere, hakem incelemesi olumlu sonuçlanan araştırma makaleleri için 800-1000 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet (extended abstract) hazırlanmalıdır. Burada makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir. Genişletilmiş özete diğer özetlerden sonra yer verilmelidir.

• Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:

- Akademik çalışma, “Microsoft Word” programında hazırlanmalıdır.
- Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.
- Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
- Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
- Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 10 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

• Bölüm Başlıkları:

- Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
 - İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
 - Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.
- Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);

- İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve (varsa) “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Bütün harfler büyük,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve ayni ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve ayni ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında ayni ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

• Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

• Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve Anahtar Kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özeti ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özeti ve Anahtar Kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,

- 12 punto harf boyutunda,
- İtalik,
- Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
- Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümesi bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- Almanca dilinde ve Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümesi bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümesinin yazımında

aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

- Times New Roman yazı karakterinde,
- 12 punto harf boyutunda,
- Kalın,
- Tümü büyük harflerle,
- 1,5 satır aralığı ile,
- Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
- Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- **Atf Kuralları:**
 - Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
 - **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. **Kitaplar:**
Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.
Kitap bölümleri:
Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün (Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.
Makaleler:
Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Cumhuriyet Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.
İnternet ortamında bulunan kaynaklar:
Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının

Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238.

- **Eğer aynı kaynağa tekrar atıf yapılıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

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

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**

• Kaynakça

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
- Her bir kaynak;
 - Times New Roman karakteri kullanılarak,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Tek satır aralığıyla,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) olarak,
 - İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
- Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
- Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir. Örnek: Ayhan R, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007. Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.

• **Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.**

• **Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası”nı inceleyiniz.**

• **Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.**

• **Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu”nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXVII

Temmuz 2023

Sayı 3

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Kişisel Verilerin Kişiliğinin Başlangıcı ve Sonu Ötesinde Korunması Emel BADUR	3-32
Spor Kulübü Alacaklarının Devri Beşir Fatih DOĞAN/ Süleyman TOPCUOĞLU	33-60
Hakem Kararlarının AİHS 1 no’lu Ek Protokol 1’nci Madde Kapsamında Değerlendirilmesi ve AİHM’nin BTS Holding, A.S. V. Slovakya Kararına Genel Bakış Belkıs VURAL ÇELENK	61-88
Yörünge Altı(Sub-Orbital) Uçuşlarda Yolcunun Ölümü Veya Yaralanmasından Doğan Zararlar Nedeniyle Taşıyıcının Tabi Olduğu Sorumluluk Rejiminin Tespiti Sorunu Umud ACUN	89-114
Hakem Kararlarının Hukukî Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmediği Gerekçesiyle İptali Zeynep ALBAYRAK AÇI	115-140
Ayrılma Akçesinin Hesaplanması Bakımından Gerçek Değer Kavramı Emine ÖZDAMAR	141-168
KAMU HUKUKU	
Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İsnadın İspatı İzzet ÖZGENÇ	171-192

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Eşdeğer Sınava Çağırma Yetkisi Üzerine Mülâhazalar Ramazan ÇAĞLAYAN	193-228
Genel Tehlike Yaratmak Veya Tehlikeli Vasıtalar Kullanmak Suretiyle Kasten Öldürme Suçu Erdal YERDELEN / Mehmet Beyhan SEÇKİN	229-260
İngiliz Ceza Hukukunda Koşullu Salıverilme Ali Emrah BOZBAYINDIR	261-294
Zilyetlik Suçları Gözde Kazaker BOZKURT	295-344
Yapay Zekâ Sistemlerinin Siber Suçlarla Mücadeledeki Rolü: Uluslararası Hukuk İncelemesi Erhan CAN	345-382
Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı Melike ŞENTÜRK TUR	383-414
Habermas'ın Siyasal Katılım Hiyerarşisi ve Dijital İletişimin Eşitlikçi Kamusal Alan Vaadi Selen TUNÇ	415-462
Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar Ceren ŞAKAR	463-498

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXVII April 2023 Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Protection Of Personal Data Beyond The Beginning And End Of Personality Emel BADUR	3-32
Assignment Of Sports Club Receivables Beşir Fatih DOĞAN/ Süleyman TOPCUOĞLU	33-60
The Overview Of The Arbitral Awards Under Article 1 Of The Additional Protocol No. 1 .To Echr And BTS Holding, A.S. V. Slovakia Judgment Of Ecthr Belkıs VURAL ÇELENK	61-88
The Problem Of Determining The Liability Regime Of The Carrier For Damages Arising Out Of Death Or Injury Of The Passenger In Sub-Orbital Flights Umut ACUN	89-114
Annulment Of Arbitral Awards On The Grounds Of Violation Of The Right To Be Heard Zeynep ALBAYRAK AÇI	115-140
The Concept Of Real Value In Calculation Of The Money Of Leaving Emine ÖZDAMAR	141-168

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

PUBLIC LAW

Rigt To Proof As A Justification

İzzet ÖZGENÇ.....171-192

Considerations On The Equivalent Authority Of
The Measurement, Selection And Placement Center

Ramazan ÇAĞLAYAN..... 193-228

Intended Killing By Creating General
Hazard Or Using Dangerous Vehicles

Erdal YERDELEN / Mehmet Beyhan SEÇKİN.....229-260

Early Release In English Criminal Law

Ali Emrah BOZBAYINDIR.....261-294

Possession Offences

Gözde Kazaker BOZKURT 295-344

The Role Of Artificial Intelligence Systems In The Fight
Against Cybercrimes: A Review Of International Law

Erhan CAN..... 345-382

Beginning Of Legal Limits For Termination Of Pregnancy
Within The Framework Of Women's Reproductive
Freedom And Right To Self-Determination

Melike ŞENTÜRK TUR.....383-414

The Hierarchy In Habermas Political Participation
Understanding And The Egalitarian Public Sphere
Promise Of Digital Communication

Selen TUNÇ415-462

Affiliated, Relevant And Related Institutions
In The Presidential Government System

Ceren ŞAKAR.....463-498

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**KİŞİSEL VERİLERİN KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI VE SONU
ÖTESİNDE KORUNMASI**

PROTECTION OF PERSONAL DATA BEYOND THE BEGINNING AND
END OF PERSONALITY

Emel BADUR*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1280713](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1280713) 

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (KVKK) kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsayacak genişlikte tanımlanmış ve koruma altına alınmıştır. Aynı Kanun çerçevesinde, "İlgili kişi" terimi de kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 28/1. maddesi gereğince gerçek kişilerin kişiliği, sağ ve tam olarak doğmakla başlar ve kişinin ölümüyle sona erer. Açıklanan düzenlemeler ışığında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin zamansal sınırın da -kural olarak- doğumla ölüm arasını kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte bu çıkarımın istisnasız uygulanması, gerçek kişilerin doğum öncesinde kazandıkları bazı özelliklerin (genetik veriler gibi) sağ ve tam doğum öncesinde kişisel verilere ilişkin korumadan yararlanmasını engelleyecektir. İlgili kişinin ölümünden sonra, kişisel verilerinin korumasız kalmayacağı ortaya çıkacak hukuki sorunların önüne geçilmesi ihtiyacı Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te dikkate alınmıştır. Yönetmeliğin 11. maddesinde "Ölenin sağlık verilerine erişim" kenar başlığı altında ölen bir kişinin kişisel sağlık verilerine erişilebilmesi ve bu verilerin saklanması hakkında özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu makalenin amacı, kişisel verilerin

* **Doç. Dr.**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ANKARA, e-posta: badur@cankaya.edu.tr, **ORCID**: 0000-0002-5133-8541,

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1280713

* **İntihal / Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



doğum öncesinde (prenatal) ve ölüm sonrasında (post mortal) korunmasına yönelik gereksinime ilişkin çözüm yollarının araştırılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, Kişilik, Doğum öncesi, Ölüm sonrası, Gerçek kişi.

ABSTRACT

In the Personal Data Protection Law (Numbered 6698), personal data is defined and protected in a wide way to cover all kinds of information regarding an identified or identifiable natural person. Within the framework of the same Law, the term “Data Subject” also refers to the natural person whose personal data is processed. Pursuant to Article 28/1 of the Turkish Civil Code (TCC) the personality of natural persons starts from the moment the child is born alive and in fully and ends with her/his death. In the light of the aforementioned regulations, it would not be wrong to say that the time limit for the protection of personal data covers the period between birth and death as a rule. However, the application of this inference without exception will prevent natural persons from benefiting from the protection of personal data before birth with certain characteristics (such as genetic data) acquired before birth. After the death of the data subject, the need to prevent legal problems that may arise due to the unprotected personal data has been taken into account in the Regulation on Personal Health Data. In the 11th article of the Regulation, a special provision has been introduced under the heading “Access to the health data of the deceased” regarding the access to the personal health data of a deceased person and the storage of these data. The purpose of this article is to search for solutions regarding the need for prenatal and post mortal protection of personal data.

Keywords: Personal data, Personality, Prenatal, Post mortal, Natural person.

EXTENDED ABSTRACT

Law No. 6698 on the Protection of Personal Data (LPPD) defines and protects personal data broadly to cover all kinds of information relating to an identified or identifiable natural person. Within the framework of the same Law, the term “data subject” is also used to refer to the natural person whose personal data is processed. In other words, the right to request the protection of personal data is a right recognized -as a rule- to living natural persons in the Turkish and European Union Legal Systems. In fact, under the assumption that personality begins with full birth and ends with death, it is the result of a very logical idea that a person who has not gained personality because he has not yet been born or whose personality has ended because he has died is not the subject of any right.

However, requiring the data subject to be “alive” for the protection of personal data will cause the data on fetuses or deceased persons to remain unprotected. Considering the increasing awareness and importance of the protection of personal data, a very large group of data remains unprotected in the data pool of the data controller before birth and after death.

Since there is no protection provision in the LPPD regarding pre-birth and post-death -until a legal amendment is made- it would be appropriate to protect personal data beyond the beginning and end of personality by applying the legislation, doctrine and judicial acceptances regarding the protection of personality by analogy.

In light of the current legal regulations, it is possible to protect the personal data of the fetus with retroactive effect, provided that the fetus is born alive and full term. In fact, compensation for the damages arising from the unlawful processing of the personal data of the fetus during this period can be requested after the birth of the fetus alive and full term. In addition, not only fetuses in the womb, but also embryos in vitro (in vitro) should benefit from this protection, provided that they are born alive and full-term after being implanted in the womb.

Especially in cases where the protection of human dignity is required, it is accepted that the right to personality must be protected even after death. However, Turkish, Swiss and German Laws - both in practice and in doctrine - have not adopted a common view on how to ensure this protection. In Turkish and Swiss practice, based on the termination of personality with death, not the personality of the deceased directly, but the respect and common memories of the relatives of the deceased are protected. The generally accepted point of view in German law is to protect the personality of the deceased directly by accepting that the right to personality of the deceased continues after death, albeit for a limited period of time.

Although the Regulation on Personal Health Data in Turkish Law allows for the protection of personal health data of deceased persons, it is not possible to accept that the personal data of deceased persons worthy of protection is limited to those related to health. While most of the personal health data is included in the confidential area of the private life of the deceased, another type of sensitive personal data, namely data relating to sexual life, is also included in the confidential area. It would be an appropriate legislative preference to accept the exceptional protection created in our legal system for the health data of deceased persons in terms of other types of personal data and to turn the exception into a rule.

In particular, with a legal amendment to be made to the LPPD, the persons concerned should be given the opportunity to authorize the persons to whom they will authorize access to their personal data after their death through the testamentary dispositions they will make during their lifetime. These persons authorized by the deceased should be authorized to manage the storage, destruction or other processing activities of the personal data of the deceased. It should also be recognized that the person authorized by the data subject to dispose of his or her personal data after his or her death is authorized to instruct the data controller on the processing of the deceased’s data.

Another legal measure that can be taken to protect the personal data of the deceased is to ensure that in the event of the death of the data subject, data controllers destroy or anonymize the personal data of the deceased, except for those that are legally

required to be kept for a certain period of time. It may be made possible for the data controller to be notified of the death of the data subject by the person authorized by a testamentary disposition or by the heirs of the deceased.

GİRİŞ

Gelişen teknoloji sayesinde bilginin saklanması, aktarılması ve paylaşılması yeniden şekillenmiş ve dijital ortam neredeyse her türlü faaliyette hayatın merkezine konumlanmıştır. İnsanlar sadece ticari faaliyetlerini sürdürmek veya tüketici gereksinimlerini karşılamak için değil; sosyalleşmek, duygusal veya fikri paylaşımında bulunmak ve arkadaşlık etmek için de dijital ortamı tercih etmeye başlamışlardır. Özellikle yaşanan küresel pandemide edinilen ve kişilerin yaşamını kolaylaştıran bazı uygulamalar (uzaktan eğitim vb.), günlük yaşam rutinin de alışkanlıkları haline getirilme eğilimindedirler.

Yaşanan bu gelişmeler kişisel verilerin korunması gereksinimini arttırırken, bu korumanın zamansal sınırlarının da yeniden düşünülmesi ve/veya belirlenmesi kısa vadede kaçınılmaz olacaktır. Zira günümüzde bazı verilerin işlenmesinin kişinin doğumundan, yani hukuken kişi olarak tanınmasından öncesine kadar uzandığının söylenmesi mümkündür. Kişiliğın sınırlarını zorlayan benzer bir durum, kişinin ölümü sonrasında da kişisel verilerinin işlenmesinin son bulmadığı hallerde ortaya çıkmaktadır.

Kişiliğın başlangıcı öncesinde ceninle ilgili (ona ait) bazı verilerin elde edilmesi mümkündür. Bunlar, ana rahmindeki ceninin ultrason görüntülemesi olabileceği gibi; henüz ana rahminde bile olmayan in vitro (tüpteki) embriyolara uygulanan testler sonucu elde edilen genetik veriler de olabilir. Ayrıca bazı ebeveynlerin doğumu bile beklemeden, çocuklarına dijital üyelik ve hesaplar oluşturduğu da gözlemlenebilir. Bu kapsamda doğmamış çocuklar adına açılan sosyal medya hesapları, alınan alan adları veya e-posta hesapları örnek olarak gösterime uygundur. Anılan örneklerin kapsamı ve niteliği, kişisel verilerin korunmasının doğum öncesinde başlatılıp başlatılamayacağına ilişkin tartışmada ulaşılan sonucun, sadece ceninin ultrason fotoğrafları veya genetik verileriyle sınırlı olmadığı da göstermektedir.

Cenin henüz kişilik kazanmamış olmakla birlikte, muhtemel (veya beklenen) bir hak süjesi oluşturma potansiyeli, hukuk sistemlerince çeşitli koruma normlarının öznesi kılınmasına sebep olmuştur. Örneğın cenine, mal varlığı haklarının korunması amacıyla -sağ ve tam doğmak kaydıyla- mirasçılık hakkı tanınmıştır. Ceninin doğumu öncesinde babalık davası açma imkanının bulunması, yasa koyucu tarafından onun kişilik değerlerinin de korunmasının

amaçlanması olarak yorumlanabilir. TMK'nın 28/2. maddesinde “Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” ifadesiyle yer verilen kural da, Türk Hukuk Sistemi'nin cenine sağladığı korumanın kapsamını ve konuya ilişkin yaklaşımını özetler niteliktedir.

Kişiliğın son bulmasına ilişkin zamansal sınırın ölümle (ek olarak ölüm karinesi ve gaiplikle) çizilmesine ilişkin bir tereddüt bulunmamakla birlikte, ölüm sonrasında kişinin verilerinin yok olmadığı da bir gerçektir. Ancak kişinin ölümünden sonra kişisel verilerinin üzerindeki hukuki korumanın tamamen ortadan kalkması, istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Benzer bir hukuki gereklilik ölümden sonra, ölenin kişilik değerlerine yapılan saldırıların durdurulması, önlenmesi veya bu saldırılar sonucunda ortaya çıkan zararların tazmini açısından da bulunmaktadır. Hatta ölenin kişilik değerlerinin korunması için Alman Hukukunda uzatılmış kişilik teorisi; İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde ise ölenin hatırasının korunması teorisi geliştirilmiş ve benimsenmiştir.

Kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında başta Anayasal hüküm, sonrasında da KVKK'nın genel sistematığı (5, 6, 8 ve 9. maddelerinde) çerçevesinde kabul edilen temel kural, kişinin rızasına dayalı olarak kişisel verilerin işlenmesi ve aktarılmasıdır. Rızaya dayalı işlemenin (ve aktarmanın) kabul edilmesindeki başlıca sebep, kişilere kendi verilerinin geleceğini belirleme hakkını tanımaktır. Bir diğer ifadeyle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü de verilerinin geleceğini belirlemesinde gizlidir. Zira kişisel verilere ilişkin düzenlemelerle sağlanan hukuki yarar, sadece kişisel veri niteliğindeki bilgilerin korunmasında değil; bu bilgilerin ilişkili olduğu kişilerin korunmasındadır. Bu korumanın insan onuru ve özel hayatın gizliliği başta olmak üzere pek çok temel hakkın ve özel hukuk açısından da kişilik hakkının bir gereği olduğunun kabulü; kişisel verilerin korunmasının, haklar sistematığı içerisindeki yerini gösterir. Buradan hareketle hem insan haklarına hem de kişilik hakkına ilişkin korumanın zamansal sınırının insan ömrünün sınırlarının dışına taşındığı hallerde, kişisel verilerin de korunması gündeme gelmelidir.

I. KİŞİSEL VERİ, İŞLEME VE İLGİLİ KİŞİ KAVRAMLARI

Kişisel verilerin korunmasının zamansal sınırlarının tartışılmasına geçilmezden önce KVKK'nın uygulanma alanının ve kişi bakımından kapsamının belirlenmesi; bu belirlemelerin yeterince açıklığa kavuşturulabilmesi için de kişisel veri, işleme ve ilgili kişi kavramlarının

açıklığa kavuşturulması gereklidir.

Türk Hukuku açısından kişisel veri kavramını doğrudan ilgilendiren ilk düzenleme faaliyeti, 108 sayılı ve “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunması*” isimli sözleşmenin imzalanması ile gerçekleştirilmiştir. Avrupa Konseyince hazırlanan 108 sayılı Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 28.01.1981 tarihinde imzalanmış ve onay süreci 6669 sayılı Kanun’un 30.01.2016 tarihinde kabul edilmesi ile tamamlanmıştır.¹

Türkiye Cumhuriyeti, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile “*Özel hayatın gizliliği*” kenar başlıklı 20. maddeye eklenen üçüncü fıkra sayesinde kişisel verilerin korunmasını talep hakkını anayasal güvenceye kavuşturmuştur. Kişisel verilere ilişkin bir diğer önemli gelişme, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) 07.04.2016 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesidir.

A. Kişisel Veri ve İşleme Kavramları

Kişisel veri terimi, KVKK’nın “*Tanımlar*” kenar başlıklı 3/1/d maddesinde, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır. Kanun’un Gereğesinde² kişisel veri hakkında, “*Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir.*” şeklinde bir açıklama yapıldıktan sonra; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik ve pasaport numaraları, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler, kişisel veri örnekleri olarak verilmiştir.

Türk Hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde, ne kişisel verilerin sınırlı sayıda olacak şekilde belirlenmesi ne de örnek olarak sayılması yolları tercih edilmiştir. Ancak özel nitelikli kişisel verilerin KVKK’nın 6/1. maddesinde sınırlı şekilde sayılmasında kullanılan “*... kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri*

¹ 17.03.2016 tarih ve 29656 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

² <<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

ile biyometrik ve genetik verileri...” ifadesi sayesinde, maddede belirtilen verilerin -özel nitelikli olmalarının yanında- kişisel veri oldukları da açıklığa kavuşturulmuştur. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında yasa koyucunun Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) kişilik değerlerini sayarak belirlememek; ancak adın korunmasına ilişkin kurallarda olduğu gibi, bazı kişilik değerlerini özel olarak düzenlemek konusundaki yaklaşımının, KVKK’da da benimsendiğinin söylenmesi mümkündür. Kişisel verilerin kapsamının ve değişkenliğinin saymaya elverişli olmaması, yasa koyucunun bu tercihinin yerinde olduğunu göstermektedir. Yapılan kişisel veri tanımı çerçevesinde, bugünden öngörülemez ancak gelişen teknoloji sayesinde kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan tüm verilerin KVKK’nın kapsamına dahil olması sağlanmıştır.

Avrupa Birliği mevzuatında kişisel verilere dair temel koruma normların belirlendiği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün³ (GVKT) 4/1. maddesinde kullanılan “*gerçek kişiye ait olan isim, kimlik numarası, konum, çevrim içi tanımlayıcı, fiziksel, psikolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğini gösteren bir veya birden fazla faktöre ilişkin veriler*” ifadesiyle nelerin kişisel veri olabileceğine dair örnekler verilmiştir.⁴

Yasa koyucu, KVKK kapsamında, kişisel verilerle ilgili her türlü fiili değil; sadece işleme faaliyeti kapsamında kalan fiilleri koruma kapsamına dahil etmiştir. Bu durum KVKK’nın kapsama dair 2. maddesinde “*...tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen ...*” ifadesiyle de açıklığa kavuşturulmuştur. Demek ki herhangi bir şekilde otomatiklik barındırmayan bir işleme, bir veri kayıt sisteminin de parçası değilse, KVKK kapsamında korunmayacaktır.

KVKK’nın 3/e maddesinde kişisel verilerin işlenmesi, “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi,*

³ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e3722-1-1>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mac Macmillan, “*Data Protection Concepts*”, Eduardo Ustaran (Ed.), European Data Protection Law and Practice, 3. Bası, IAPP Publication, 2023, s. 82; Damien Welfare / Peter Carey, “Territorial Scope and Terminology”, Peter Carey (Ed.), *Data Protection A practical Guide to UK and EU Law*, 5. Bası, Oxford, 2018, s. 8-11.

sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” kapsayacak genişlikte kullanılmıştır.

B. İlgili Kişi

Kanunun “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesinde “*Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır.*” ifadesine yer verilmiştir. Aynı maddenin (ç) bendi uyarınca, verisi işlenen gerçek kişi de “*ilgili kişi*” olarak anılmaktadır.

Kişisel veriler, verisi işlenen gerçek kişiyi (ilgili kişi, data subject) tanımladığı veya tanımlanabilir kıldığı oranda hukuki koruma altına alınmıştır.⁵ Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder.⁶ İlgili kişinin kimliğinin belirli olmasından anlaşılın, kişisel verinin ait olduğu gerçek kişinin doğrudan, ek bir bilgiyle birleştirilmesine gerek olmadan anlaşılmasıdır.

AB’nin Madde 29 Çalışma Grubu’nun⁷ raporunda kişinin kimliğinin belirli olduğunun kabulü için, kişinin bir toplulukta, topluluğun diğer üyelerinden ayırt edilebilmesini; buna karşılık kişinin kimliğinin belirlenebilir olması için, kişinin kimliğinin -henüz belirlenmiş olmasa da- belirlenmesinin

⁵ Peter Blume, “The Data Subject”, *European Data Protection Law Review*, 1(4), 2015, s. 258; Kemal Şenocak, “Kişisel Veri Kavramının Kapsamı ve Unsurları”, Kemal Şenocak (Ed.), *Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 19.

⁶ KVKK’nın gerekçesinde, kişinin belirli veya belirlenebilir olması kavramı hakkında “*Verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlı ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar.*” açıklaması yapılmıştır.

⁷ Anılan grup GVKT ile yürürlükten kaldırılan Direktifin 29. maddesi ile kurulmuştur. Bu sebeple tam adı “*Kişisel Verilerin İşlenmesine Dair Bireylerin Korunması Hakkında Çalışma Grubu*” olmakla birlikte; kısaca “*29. Madde Çalışma Grubu (Article 29 Working Party)*” şeklinde isimlendirilmiştir. Bahsi geçen grubun danışma statüsüne sahip olduğu ve bağımsız şekilde görev yapacağı belirtilmiştir. Bu grup, Direktifin ve akabinde yürürlüğe giren GVKT’nin uygulamasına ışık tutan raporlar hazırlamıştır. Direktifin 25.05.2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, 29. Madde Çalışma Grubu, yerini GVKT’nin 94/2. maddesi gereğince Avrupa Veri Koruma Otoritesine bırakmıştır. Ancak 29. Madde Çalışma Grubu tarafından hazırlanmış olan raporlar, halen bazı temel kavramların yorumlanmasında önem taşımaktadır.

mümkün olduğunun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.⁸

Gerçek kişinin belirlenebilir olmasından ne anlaşılması gerektiğine dair açıklamaya, Kanunun metninde yer verilmemiştir. Buna karşılık gerekçede⁹ kullanılan “*Mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Bu durum, kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlı ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar.*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, kişinin belirlenebilir olması için verilerin veri sorumlusunu ilgili kişiye ulaştırması yeterlidir.

GVKT’nin “*Tanımlar*” kenar başlıklı 4/1. maddesinde belirlenebilirlik, “*Özellikle ad, kimlik numarası, konum verileri, dijital bir tanımlayıcıyla veya fiziksel, fizyolojik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğiyle tanımlanabilir olması*” ifadesiyle açıklanmıştır. Yapılan tanım ışığında, kişisel veri ile gerçek kişi arasında doğrudan veya dolaylı olarak ilişkinin kurulabilmesi, gerçek kişinin belirlenebilir kabul edilmesi için yeterlidir.

C. Kişiliğın Başlangıcı ve Sona Ermesi

Yasa koyucu, Türk Medeni Kanunu’nun ilk kitabının, birinci kısmının ilk bölümüne “*Kişilik*” adını vermiş olmakla birlikte; kanun metninde bu terimin tanımlanmasını tercih etmemiştir. Kişilik, insanı insan kılan, onu diğerlerinden ayıran; bu nedenle de insana ayrılmaz ve vazgeçilmez bir şekilde bağlanan değerler bütünüdür. Bu nedenle kişiliğın, kişiye dair hukuken korunan tüm değerleri barındıran bir kavram olarak tanımlanması mümkündür.

Kişilik kavramı, kişiye bağlı ve hukuk düzeninin korumaya değer bulunduğu maddi bedensel değerler ile manevi değerlerin tümünü ifade eder.¹⁰

⁸ Bu kapsamda dinamik IP adreslerinin kişileri belirlenebilir kıldığı örnek olarak gösterilmiştir. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, s. 14, 16. <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

⁹ Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, s. 9. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

¹⁰ Jale Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş, , 16. Bası, C. I, Beta, 2020, s. 235; Mustafa Dural / Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku*, 23. Bası, Filiz Kitabevi, 2022, s. 9; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 9. Bası, 2021, s. 26; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*,

Kişinin başta hak sahibi olma ehliyeti ve hukuk düzenince korunan kişi olmaya ilişkin diğer özellik ve yetkileri, o kişinin kişiliğini oluştururlar.¹¹ Kişinin hayatı, ruhsal, bedensel ve cinsel bütünlüğü, sağlığı, ismi, resmi, sesi, şeref ve haysiyeti, hareket serbestisi, ekonomik özgürlüğü ve özel hayatı gibi değerler kişilik kapsamındadır.

Kişinin bu değerler üzerindeki hakkı da kişilik hakkı olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifadeyle kişinin maddi ve manevi bütünlüğü kapsamında değerlendirilen tüm kişisel değerlerini konu alan mutlak hak, kişilik hakkı olarak isimlendirilmektedir. Kişilik hakkı esasen savunma amacına hizmet eden; kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden bir haktır.¹² Bu nedenle kişinin doğumundan önce (ceninlik evresinde), bedensel bütünlüğüne veya şeref ve haysiyetine yönelmiş saldırıların, onun yaşamını etkileyecek ağırlıkta olması halinde, kişilik hakkının ihlali nedeniyle uğradığı zararların tazmin edilmesi gerekir. Bir diğer mesele ise kişinin bütün ömrü boyunca geliştirmiş olduğu kişilik değerlerine yönelik saldırıların, ölümle kişiliğın son bulması sonrasında; artık ölenin kişiliğinden söz etmek mümkün olmadığından, hukuka uygun addedilip addedilemeyeceği hakkındadır.¹³

II. DOĞUM ÖNCESİ (PRENATAL) DÖNEME İLİŞKİN KORUMA

Hukuk sistemlerince -sağ ve tam olarak doğması koşuluyla- cenine sağlanan, hukuki korumaların, cenine ilişkin verilerin de “*kişisel veri*” olarak kabul edilmesi suretiyle, kişisel verilere ilişkin koruma normları kapsamında

Turhan Kitabevi, 4. Bası, 2021, s. 294; M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 20. Bası, Filiz Kitabevi, 2021, s. 2; 173; Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku*, 11. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 41.

¹¹ “... kişinin hayatı, sağlığı, beden ve ruh tamlığı, düşün uğraşısı, onur ve ünü, saygınlığı gibi varlıklar kişiliği oluşturur.” Y. 4. HD, E. 1971/14724, K. 1972/5389, T. 06.06.1972.

¹² Cem Baygın / Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2022, s. 456. Kişilik hakkı, kişilik değerlerini koruma kapsamında alan, temel kişi varlığı hakkıdır. Hüseyin Hatemi / Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 57. Serozan’a göre, kişilik hakkı insanı insan yapan, bireyi birey kılan, kişinin kişiliğini oluşturan korunması tüm soylu değerlere ilişkin haktır. Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 446.

¹³ Öğretide ölenin kişilik değerlerinin korunması amacıyla sağlığında açılmış davalara, ölümünden sonra mirasçılar tarafından devam edilebileceği belirtilmektedir. Ancak ölenin sağlığında açtığı davayı, avukat marifetiyle takip ediyor olması halinde, ölümle birlikte avukatın temsil yetkisi son bulacağından, davayı takip etmek isteyen mirasçılarının miras ortaklığı kurallarına uygun bir şekilde hareket ederek davayı takip etmeleri gerekecektir. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 24.

değerlendirilmesine imkân sağlayıp sağlamayacağı açıklığa kavuşturulması gereken bir husustur.

Hukukun cenini kişi olarak kabul etmemekle birlikte, onu koruyucu nitelikte hükümler barındırması, bilinen bir tercihtir. TMK’nın yukarıda yer anılan 28/2. maddesi dışında, 582/1, 427/3 ve 643/1. maddeleriyle; TCK’nın çocuk düşürme ve düşürtmeye ilişkin 99. ve 100. maddelerinden başka; 82/1/f, 87/1/e vb. gibi maddeleri bu koruma normlarına örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da (ve TCK’da) gebeliğın isteğe bağlı sonlandırılması için öngörülen hukuka uygunluk süreleri de ceninin korunması amacına yöneliktir.

Ancak cenine hukuk düzenince koruma sağlanması, onun kişi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz.¹⁴ Başka bir ifade ile ceninin kendisine tanınan hukuki korumadan yararlanabilmesi için sağ ve tam olarak doğarak kişi sıfatını kazanması zorunludur.¹⁵ AB’nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerinde de cenine dair bir koruma hükmü benimsenmemiştir. Cenine ait kişisel verilerin korunması konusunun, Üye Devletlerin cenine bakışlarına dair iç hukuk sistemleri içinde ele alınacağı belirtilmiştir. Ancak Madde 29 Çalışma Grubu Raporunda¹⁶, üye devletlerin sistemlerinde ceninin genellikle ana rahmine düşmüş kabul edildiği ve bu kabulün de doğuma kadar

¹⁴ AİHM’e göre, Avrupa’da üye ülkeler nezdinde yaşamın başlangıcının tanımı, embriyo veya ceninin hukuki niteliği ve statüsü konusunda bilimsel ve hukuki bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme üye devletlere konuyla ilgili geniş bir takdir hakkı tanıırken, şu saptamayı yapmaktan geri durmamıştır: “En azından embriyonun insana dair olduğu haline gelme potansiyeli, onu AİHS’nin 2. maddesi kapsamında yaşama hakkına sahip bir kişi saymaksızın, sadece insanlık onuru adına korumayı gerektirir.” Bu ifadeyle AİHM, gebeliğın sona erdirilmesi nedeniyle Sözleşme’nin yaşam hakkını koruyan 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar verirken; cenine insanlık onuru adına koruma sağlanmasının da gerekli olduğunu belirtmiştir. Vo v. Fransa, K. 53924/00, T. 08.07.2004. <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1047783-1084371&filena me=003-1047783-1084371.pdf>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

¹⁵ Öğretide ceninin sağ ve tam doğmasına ilişkin şartın geciktirici mi yoksa bozucu nitelikte mi olduğuna yönelik görüş birliği bulunmamakla birlikte, kesin olan; sağ ve tam doğumun gerçekleşmemesi halinde ceninin hak süjesi sıfatını kazanamayacağıdır. Konu hakkında bkz. Öztan, s. 52, Dilşad Keskin, “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, *GÜHFD*, 17(1-2), 2013, s. 748.

¹⁶ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 On The Concept Of Personal Data, s. 23, <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023; Kärt Pormeister / Łukasz Drożdżowski, “Protecting the Genetic Data of Unborn Children: A Critical Analysis”, *European Data Protection Law Review*, 4(1), 2018, s. 53 vd.

olan süreyi kısalttığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte, tüpteki embriyolar ve onların genetik verileri açısından söz konusu korumasız sürenin çok daha uzun olabileceğine dikkat çekilmiştir.¹⁷

Konuya ceninin kişisel verilerinden söz edilmesinin mümkün olup olmadığı açısından yaklaşıldığında, KVKK’da benimsenen kişisel veri tanımı uyarınca, Kanun kapsamındaki bilgiler ancak gerçek kişiye ilişkin olmaları halinde kişisel veri olarak kabul edildiklerinden, ceninin ilgili kişi olarak değerlendirilmesi ve cenine dair bilgilerin de kişisel veri olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemektedir.¹⁸ Başka bir ifadeyle cenine dair bilgiler (örneğin ceninin genetik verileri vb.), kişisel verilere dair korumadan -sağ ve tam doğum öncesi dönemde- yararlanamayacaktır.¹⁹ Bunun istisnası ceninin sağ ve tam olarak doğmak suretiyle kişilik kazanmasıdır.²⁰ Sağ ve tam doğmak suretiyle hukuken gerçek kişi haline gelen ve KVKK’nın koruma kapsamına giren kişinin, ceninken elde edilen ve hukuka aykırı olarak işlenen kişisel verilerine dair haklarını kullanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, sağ ve tam doğumun gerçekleşmesiyle ceninken elde edilen ve işlenen veriler, kişisel veri niteliği kazanmak suretiyle, koruma kurallarının kapsamına dahil hale gelecektir.

Örneğin üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılmak suretiyle tüpte

¹⁷ Bu noktada TMK’da esas alınan ana rahminde bulunan ceninler olmakla birlikte; ana rahmine yerleştirilmek suretiyle sağ ve tam doğumun gerçekleşmesine bağlı olarak, korumanın döllemenin yapıldığı ana kadar uzatılması ve tüpteki (in vitro) dönemi de kapsamı gereklidir. Öztan, s. 61.

¹⁸ Örneğin ana rahmindeki ceninin ultrason görüntüsü, annenin vücudundan ayrılmamış ve kişilik kazanmamış olması nedeniyle cenin bakımından kişisel veri değilken; gebe kadın açısından kişisel sağlık verisi niteliğindedir. Ezgi Sivrikaya, *Gözetim Toplumu Çağında Çocukların Kişisel Verilerine Mahremiyet Hakkı Kapsamında Karşılaştırmalı Bir Bakış*, Yetkin Yayınları, 2023, s. 11.

¹⁹ “Hamile kadınların klinik araştırmalara katıldığı hemen hemen her durumda, fetüse ilişkin genetik ve tıbbi veriler de işlenmektedir.” Mehmet Ali İnceefe / Abdülkerim Oğuzhan Alkan / Alper Tanrısever, “Doğmamış Bebeklerin ve Ölmüş Kişilerin Kişisel Verilerinin Korunmasında Düzenleyici Yaklaşımlar”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 15(3), 2022, s. 331.

²⁰ Taştan, cenine ilişkin verilerin, aynı zamanda annenin kimliğini belirlebilir kılan veriler olduğunu ileri sürerek, ceninin kişisel verilerinin kendi muhtemel kişilik hakkına dayanarak korunmasa da cenini taşıyan anne açısından korunabileceğini belirtmektedir. Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 37; İlknur Deniz, *Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 77; İnceefe/ Alkan / Tanrısever, s. 331. Buna karşılık öğretide ceninin verilerinin sadece kişilik hakkı kapsamında korunabileceği görüşü de ileri sürülmüştür. Görüş için bkz. Onur Baskın, *Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 27.

oluşturulan bir embriyo üzerinde, ebeveynlerin rızası dışında, bu embriyonun genetik yapısına dair bazı incelemelerin yapıldığı varsayımında ve kişinin genetik özelliklerinin değişmeyeceği bilgisi ışığında; bu genetik verinin çocuğun sağ ve tam doğumuyla kişisel veri niteliği kazanacağı söylenebilir.

Embriyodan alınan genetik materyal üzerinde yapılan inceleme sonucunda ulaşılan veri, embriyodan doğan kişiyi belirlenebilir kıldığı ölçüde kişisel veri olarak nitelendirilecektir. Başka bir ifadeyle doğum (yani kişiliğın başlangıcı) öncesinde edinilen bir bilginin, kişiliğın başlangıcından sonraki dönemde kişiyi belirli veya belirlenebilir kılması koşuluyla, kişisel verilere ilişkin koruma kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilir. Kişinin ceninken uğradığı zararların tazmininin, kişinin doğumundan sonra talep edilebilmesi kabulüne uygun olarak²¹, ceninden elde edilen bilgilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi nedeniyle uğranılan zararların da doğumla birlikte kişilik kazanıldıktan sonra istenmesi olanak dahilindedir. Bu yaklaşım gereği cenine ait bir ultrason görüntüsü, ceninin kişisel verisi olarak nitelenmeye uygun değildir. Hatta söz konusu görüntü, asıl itibariyle anne adayının bedensel bütünlüğünün bir parçası olduğuna göre, anneyi belirli veya belirlenebilir kıldığı ölçüde, ceninin ultrason fotoğrafının annenin kişisel verisi olduğu söylenebilir. Örneğin belirli bir kişi olan anne, ceninin ultrason görüntüsünü sosyal medya hesabından paylaştığı takdirde; aslında kendi kişisel verisi üzerinde bir tasarrufta bulunmaktadır.²²

Avrupa Konseyi’nin, Rec 97/5 sayılı Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararında²³, doğmamış kişilere ilişkin sağlık

²¹ “Ceninin anne karnındayken uğradığı zararların tazmini, sağ doğması koşuluna bağlıdır. Sağ doğan cenin anne karnındayken uğradığı zararlarının giderilmesini, sanki yaşarken meydana gelmiş gibi talep edebilecektir.” Burcu G. Özcan Büyüktanır, “Cenin Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Maddi Zararının Tazmini”, *İNÜHFD*, 9(1), 2018, s. 278; Keskin, s. 755; Müjde Leyla Kurt, “Cenin Malvarlığı Hakları”, *İNÜHFD*, 2(1), S. 1, 2011, s. 192.

²² Konuyla ilgili yargıya taşınan bir uyuşmazlıkta, çocuğun babası, kızının doğum öncesine kadar uzanan yaşam dönemine ait verileri bir albüm haline getirirken; ana karnında olduğu zamana ilişkin olarak annesinin karın bölgesi fotoğrafına -kadının rızası dışında- yer vermiştir. Yargıtay kararında “Sanığın, 06.12.2006 tarihinde doğan ve katılanla müşterek çocukları olan ...’in anne karnından üç buçuk yaşına kadarki gelişimine dair fotoğraflarını bir albüm haline getirip, katılanın sadece karın bölgesini gösteren fotoğrafını, kızı adına hazırladığı albüm içerisinde ve onu temsilen, katılanın kimliğini ortaya çıkarmayacak ve başkaları tarafından tanınması sonucunu doğurmayacak şekilde yer vermesi karşısında, sanığa isnat edilen TCK’nın 134/2. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakla ...” ifadesi kullanılmıştır. Y. 12. CD, E. 2014/19835, K. 2015/2614, T. 16.02.2015.

²³ Recommendation No. R (97) 5 Of The Committee Of Ministers To Member States On The

verilerinin, kişisel veri olarak değerlendirilmesi ve küçüklerin sağlık verilerinin korunmasına benzer bir korumadan yararlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Avrupa Konseyi üye devletlere, kişisel sağlık verilerinin korunması söz konusu olduğunda, ceninin ilgili kişi olarak kabul edilmesinin tavsiye etmektedir. Özellikle cenine ilişkin sağlık verileri hakkında -üye devletlerin iç hukukunda aksi öngörülmedikçe- velayet sahibinin, doğmamış çocuk için yasal olarak hareket etme yetkisine sahip kişi olarak belirlenmesinin uygun olacağı açıklanmıştır.

III. ÖLÜM SONRASI (POST MORTAL) DÖNEME İLİŞKİN KORUMA

Kişiliğın ölümle son bulması nedeniyle, ölenin kişisel verilerinin, kişisel verilerin korunmasına dair normlarla (başta KVKK ve diğer mevzuat) korunma imkanı bulunmamaktadır. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde de kapsam, yaşayan gerçek kişilerin kişisel verilerinin korunmasıyla çizilmiştir. GVKT'nin Başlangıç Bölümünün 27. paragrafında bu durum, ölenin kişisel verilerinin korunmasının talep edilemeyeceğinin genel bir kabulle ortaya konmasıyla ele alınmıştır.²⁴ Buna karşılık Üye Devletlere, konuya ilişkin düzenleme yapma yetkisi de tanınmıştır.²⁵

İngiltere'nin Veri Koruma Kanunu'nun²⁶ 3/2. maddesinde kişisel verinin tanımı yapılırken, "yaşayan (*living*)" kelimesi kullanılmak suretiyle, ölen kişilerin kişisel verilerinin korunması konusu tartışmaya kapalı hale getirilmiştir. Bununla birlikte AB üyesi tüm devletlerde ölüm sonrası kişisel verilerin korunmasına yönelik, yeknesak bir bakış açısı bulunmamaktadır.²⁷

Protection Of Medical Data, <<https://rm.coe.int/16806af967>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

²⁴ GVKT'nin Başlangıç Kısımının 158 ve 160. paragraflarında da Tüzüğün, ölen kişilerin verileri hakkında uygulanmasının mümkün olmadığı tekrarlanmıştır.

²⁵ Bu kapsamda veri sorumlusunun; veri sahibinin yaşıyor veya ölmüş olabileceği hakkında bilgisinin olmaması, ölmüş kimseye ait ve özellikle sağlık durumuna ilişkin verinin yaşayan yakınlarını da ilgilendirmesi ve özellikle sağlık durumuna ilişkin veriler bakımından sağlık çalışanlarının gizlilik yükümlülüğünün veri sahibinin ölümüyle son ermemesi durumlarını ele alan açıklamalar için bkz. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 On The Concept Of Personal Data, s. 22. <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf>, Erişim Tarihi 28.02.2023.

²⁶ Data Protection Act 2018, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/enacted>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

²⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ondrej Hamul'ak / Hovsep Kocharyan / Tanel Kerikmae, "The Contemporary Issues of Post-Mortem Personal Data Protection in the EU After GDPR Entering into Force", 2020, s. 227. <<https://www.researchgate.net/publication/348393852>>.

Öğretide²⁸ ilgili kişinin ölümü sonrasında kişisel verilerin üzerindeki korumanın tamamıyla son bulması, veri sorumlularının ölenin verileri üzerinde sınırları çizilmemiş (ve kontrolsüz) bir işleme hakkına sahip olmaları anlamına geleceği ve bunun da pek çok sakıncayı beraberinde getireceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Özellikle pek çok veri sorumlusunun kişisel verileri ekonomik amaçlar da gözeterek işlediği ve kişisel verilerin (teker teker olmasa da) bir araya geldiklerinde maddi değere sahip oldukları kabulü ışığında, bu kontrolsüz tasarruf yetkisinin, veri sorumlularının insafına bırakılmaması gerektiği belirtilmiştir.

Bazı durumlarda ölen kişilere ait verilerin, hayatta olan kişileri de etkilemesi veya ilgilendirmesi söz konusu olabileceğinden, bu tür verilerin de yaşayan kişileri belirli veya belirlenebilir kıldıkları sürece kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmeleri söz konusu olacaktır. Ancak böyle bir durumda anılan veri, ölen kişiye ait bir veri olması nedeniyle değil; hayattaki kişiye ait bir kişisel veri olması nedeniyle korumaya dahil edilmektedir. Örneğin kalıtsal bir hastalık nedeniyle ölen kişinin, kişisel sağlık verilerine ilişkin bir koruma -en azından yasal düzeyde- bulunmamakla birlikte; bu kişinin oğlunda da genetik aktarımla söz konusu hastalığı bulunmasına dair bilgi, hayattaki kişinin (oğulun) kişisel verisi olması sebebiyle korunmaktadır.²⁹

Ayrıca sağlık hukukuna dair mevzuattan kaynaklanan ve hastanın ölümünden sonrasında da sağlık verilerinin korunmasını gerektiren hükümler yine bu kapsamdaki istisnalar arasında değerlendirilebilir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin³⁰ "Mahremiyete Saygı Gösterilmesi" kenar başlıklı 23/3. maddesinde "Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez." ifadesiyle kaleme alınan kural gereğince, hekimin sır saklama yükümlülüğü hastanın ölümünden sonra da devam etmekte; böylece ölenin kişisel sağlık verileri de bu kapsamda ölümünden sonra da korunabilmektedir.³¹

Erişim Tarihi 28 Şubat 2023; Murat Uçak, "Kişisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(10), 2021, s. 116.

²⁸ Hamul'ak/ Kocharyan/ Kerikmae, s. 230 vd.; Uçak, s. 112.

²⁹ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 On The Concept Of Personal Data, s. 22. <<https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136en.pdf>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023; Edina Harbinja, "Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could Be the Potential Alternatives", *SCRIPTed*, 10(1), 2013, s. 23; Denis Kelleher, / Karen Murray, *EU Data Protection Law*, Bloomsbury, 2019, s. 89.

³⁰ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³¹ Böylece ölenin özel alanına yönelik bir korumanın sağlanması gerektiği sonucuna da varmak

AİHM'nin Editions Plon/ Fransa kararında³² hastanın ölümünden sonra mahremiyetinin ve bu kapsamda kişisel sağlık verilerinin korunmasının, ifade özgürlüğü karşısındaki durumu tartışılmıştır. Karara konu uyuşmazlıkta Fransa Cumhurbaşkanı Mitterrand'ın özel doktoru (bir gazeteciyle birlikte), Mitterrand'ın ölümüne sebep olan hastalığa ve tedavi sürecine ilişkin anılarını, “*Büyük Sır*” adı altında yazarak, Plon yayınevi tarafından adı geçen ölümünden oldukça kısa bir süre sonra (10 gün) basılmasını sağlamıştır. Ölenin yakınlarının yargıya başvurması sonucunda Fransız iç hukukunda kitabın dağıtımını engellenmiş ve yayınevının tazminat ödemesi gerektiğine hükmedilmiştir. Plon yayınevi de hem hakkında getirilen yayın yasağının hem de ödenmesine hükmedilen fahiş tazminatın, ifade özgürlüğünün ihlali olduğunu iddiasını AİHM'e taşımıştır. Mahkeme Mitterrand'ın ölümünden çok kısa süre sonra yapılan basımın, ölenin mahremiyetini ihlal ettiğini; kitabın dağıtımının engellenmesinin hem Mitterrand'ın hem de mirasçılarının haklarının korunması için “*demokratik bir toplumda gerekli*” olan sınırlamalara uygun olduğunu belirtmiştir. Buna karşılık dokuz ay sonra yapılan basımın, korunması gereken diğer menfaatlerle karşılaştırıldığında -aradan geçen süre sonrasında- ifade özgürlüğü kapsamında ele alınabileceğini ifade etmiştir.

AİHM'in ölüm sonrasında kişiliğın (özel hayatın) korunması talebiyle karşılaştığı pek çok davada, AİHS'nin 8. maddesinin sadece yaşayan kişilere yönelik bir koruma sağladığının altı çizilmiştir. Buna karşılık Mahkeme, ölümden sonrası için koruma sağlanmasının tek yolunun, bu korumanın hayattaki kişilerin korunmasıyla ilgili olması halinde mümkün olacağını da belirtmektedir.³³ AİHM, The Estate of Kresten Filtenborg Mortensen/ Danimarka kararında³⁴ özel yaşamın ölümden sonra korunmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle başvurucunun, ölmüş babasının adına yaptığı başvuruyu

reddetmiştir.³⁵

Tam da bu noktada Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğın³⁶ 11. maddesinde, ölenin sağlık verileriyle ilgili olarak yapılan düzenlemeden söz edilmesi gereklidir. Yönetmeliğın 11/1. maddesinde “*Ölünün sağlık verilerine erişim*” kenar başlığı altında, ölmüş bir kişinin kişisel sağlık verilerine ulaşılabilmesi hakkında da özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Öncelikle Yönetmeliğın 11/1. maddesinde ölenin kişisel verilerine erişimin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin düzenleme “*Ölmüş bir kimsenin sağlık verilerini almaya, veraset ilamını ibraz etmek suretiyle murisin yasal mirasçuları münferit olarak yetkilidir.*” ifadesiyle ortaya konmuştur.³⁷ Maddede yer verilen “*münferit*” terimi nedeniyle her bir yasal mirasçının bu talepte bulunmaya yetkili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Anılan maddenin ikinci fıkrası gereğince, ölmüş bir kişinin sağlık verilerinin en az yirmi yıl süre ile saklanması gerekir. Maddede açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, söz konusu sürenin, ilgili kişinin ölümüyle başlayacağı kabul edilmelidir. Yani veri sorumlusu, ölen kişinin kişisel verisinin ne zaman edinilmiş olduğundan bağımsız bir şekilde, bu kişinin ölümünden itibaren yirmi yıl boyunca kişisel sağlık verisini saklamakla yükümlü kılınmıştır.

Görüleceği üzere, ölenin kişisel sağlık verileri Yönetmelik düzeyinde hem saklanma süresi hem de verilere erişim konusunda yetkilendirilmiş kişiler açısından bazı korunma normlarına tabi kılınmıştır. Ölen kişinin kişisel verilerinin korunmasına dair bu düzenlemelerle amaçlanan, ölenin yakınlarının (hatta daha da sınırlı bir şekilde mirasçılarının) haklarının korunması olsa da; bu düzenlemeden çıkarılabilecek sonuç, ölen bir kişinin kişisel verilerinin de

mümkün olmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Badur, “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı”, Emel Badur (Ed.), *Erzurumluoğlu Armağanı*, Ankara Barosu, 2012, s. 99-121.

³² Editions Plon v. Fransa, K. 58148/00, T. 18.08.2004. <<https://www.stradalex.com/en/slsrpubljurint/document/echr58148-00>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

³³ Harbinja, s. 25.

³⁴ The Estate of Kresten Filtenborg Mortensen v. Danimarka, K. 1338/03, T. 15.05.2006. <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:INUhOQEyImMJ:https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-75655%26file%3DESTATE%2520OF%2520KRESTEN%2520FILTENBORG%2520MORTENSEN%2520v.%2520DENMARK.docx%26logEvent%3DFalse&cd=2&hl=tr&ct=clnk&gl=tr>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

³⁵ Kararda Danimarka iç hukukunda görülen bir babalık davası nedeniyle başvurucu, babasının cesedinden DNA örneği alınması yönündeki mahkeme kararının, babasının özel yaşama saygı hakkının ihlali anlamına geldiği iddiasını ileri sürmüştür. Somut olayda başvurucunun babasının olay tarihinde ve dolayısıyla da Mahkemeye başvuru tarihinde hayatta olmadığı gerekçesiyle, başvurucunun babasının özel yaşamına bir müdahale olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

³⁶ 21.06.2019 tarih ve 30808 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁷ Yönetmeliğın 11. maddesinde ölenin kişisel sağlık verilerine erişim hakkı olan kişiler “*murisin yasal mirasçuları*” olarak belirlenmiştir. Bu noktada mirasçılık belgesinin işlevi, sadece kişinin mirasçı olup olmadığına ispatına ilişkindir. Asıl üzerinde durulması gereken, mirasbırakanın atanmış mirasçılarının da ölenin kişisel sağlık verilerine erişim hakkına sahip olup olmadıkları meselesidir. Yönetmelikte açıkça yasal mirasçılardan söz edilmiş olmakla birlikte, mirasbırakanın atanmış mirasçılarının da bu hakka sahip olmaları gerektiğinin kabulü miras hukuku gereğidir.

korunmasında hukuken gereklilik bulunduğudur.

Buna karşılık Kurulun konuya ilişkin bir kararında³⁸ ölen kişiye ait kişisel sağlık verilerine ilişkin talebin, KVKK'nın 11. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.³⁹ Buna karşılık Kurulun başka bir kararında⁴⁰ ölenin sigorta poliçesine yasal mirasçısının (eşinin) erişim talebinin sigorta şirketi tarafından reddedilmesi hakkında yapılan şikayet incelenmiş ve sigorta poliçesinin lehdarı olması bakımından mirasçı eşin ilgili kişi olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle Kurul, ölünün kişisel verisine erişimi değil; mirasçılık sıfatıyla kazanılan lehdarlık sonucunda sağ olan eşin kişisel verisini koruma yönünde bir karar vermiştir.

Yukarıda yer verilen iki karardan ve yapılan açıklamalardan da görülebileceği üzere Kurul, ölenin kişisel verilerini, ancak bu veriler yaşayan bir kişinin de kişisel verileri niteliğini haizse veya Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğın 11. maddesi kapsamında kişisel sağlık verisiyse KVKK kapsamında değerlendirmektedir. Ölen bir kişinin kişisel sağlık verisinin korunmaya değer olduğu tartışmasız olmakla birlikte, örneğın

³⁸ “Ölü bir kişinin eşinin Kurumumuza yaptığı başvurusunda özetle; 2018 yılında vefat eden eşinin yasal mirasçısı olarak eşinin İstanbul’da tedavi görmüş olduğu Klinikten tüm medikal ve diğer bilgilerini talep ettiğini, bu talebini içeren bir mektubu taahhütlü posta ile bahse konu Kliniğe ilettiğini, postanın karşı tarafça alındığını, ancak kendisine bir yanıt verilmediğini, Bunun üzerine bahse konu taleplerini içeren bir epostayı Kliniğın elektronik ortamdaki adresine ilettiğini ve yanıt olarak resmi olmayan yollarla kendisi ile veri paylaşılacağına iletilmediğini ifade ederek, eşinin başvurusunda yer alan verilerine erişim talebinde bulunmuştur. Konuya ilişkin yapılan değerlendirme neticesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 18/09/2019 tarih ve 2019/273 sayılı Kararı ile; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun (Kanun) 3 üncü maddesinde ilgili kişinin “kişisel verileri işlenen gerçek kişi” olarak tanımlandığı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 28 inci maddesinde ise kişiliğın, çocuğın sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başladığı ve ölümle sona erdiği hükmünün yer aldığı, Kanunun 11. maddesine göre ilgili kişinin kendisi ile ilgili kişisel veriler hakkında bilgi talep edebileceği, hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; talep edilen kişisel verilerin talep eden gerçek kişiye ilişkin olmaması ve ölmüş kişiye ait olması sebebiyle talebin, Kanunun 11. maddesi kapsamında bir talep olarak değerlendirilmeyeceği, kanısına varıldığından bu hususta 6698 sayılı Kanunun kapsamında yapılacak bir işlemin olmadığına karar verilmiştir.” KVKK, K. 2019/273, T. 18.09.2019. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6710/2019-273>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

³⁹ Kurul’un bu kararda sergilediği bakış açısı, öğretide ölenin kişisel bilgilerinin korunmasının, üçüncü kişilerin ve özellikle ölenin yakınlarının menfaatine üstün tutulması anlamında ya hep ya hiç yaklaşımını yansıtmakla eleştirilmiştir. Erdem Büyüksağış / Sinem Özyiğit / Selin Mirkelam Falay / İlay Ezgi Buldağ / Mustafa Okur, “Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali”, *Yargutay Dergisi*, 47(2), 2021, s. 349.

⁴⁰ KVKK, K. 2021/241, T. 18.03.2021. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7120/2021-241>>, Erişim Tarihi 28 Şubat 2023.

finansal/mali durum verilerinin de korunmaya değer olduğu düşünülmektedir. Ölen kişinin yaşayan bir gerçek kişi mirasçısının olmaması (örneğin mirasın tamamının bir yardım kuruluşu tüzel kişiye bırakıldığı haller vb.) durumunda, bu veri yaşayan bir kişi üzerinden de korunamayacaktır. Bu sebeple KVKK’da ölen kişilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılarak, veri sorumlularının ölen kişilerin verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelerinin sınırlandırılması gereği değerlendirilmelidir.⁴¹

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak Türk ve AB Hukuk Sistemlerince benimsenen kurala rağmen, bazı hallerde ölenin kişiliğının ve kişisel verilerinin korunması gerekebilir. Bu noktada kişisel verilerin korunması mevzuatında özel bir hüküm bulunmadığında, kişiliğın korunmasına ilişkin genel hükümlere başvurulması doğru bir yaklaşım olur. Aslında kişiliğın ölümden sonra da korunması gerekliliği öğretide⁴² de sıklıkla dile getirilmiştir. Ancak TMK’nın 28/1. maddesinin açık düzenlemesi karşısında, bu korumanın nasıl sağlanacağı konusunda iki temel görüş bulunmaktadır.

Alman Hukukunda kabul edilen post mortal kişilik koruması -diğer adıyla uzatılmış kişilik hakkı görüşünde- ölümden sonra devam eden kişilik hakkı teorisi kabul edilmiştir. Bu görüş uyarınca kişinin hayattayken elde ettiği değerlerin, ölümden sonra yansımaları devam ettiği için bu yansımaların ölen kişiye bağlı olarak korunması gerekir. Bu görüş uyarınca kişilik ölümden sonra da sınırlı olarak devam etmekte, insan onuru ve kişinin şeref ve haysiyeti gibi bazı kişisel değerlerin ölümden sonra da doğrudan korunması bu şekilde sağlanmaktadır. Ölenin kişilik değerlerine (bu kapsamda kişisel verilerine) yönelik saldırılardan kaynaklanan koruma talebinin, yakınları veya bu konuda yetkili olan kişiler tarafından ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Ölen kişi, bu amaçla henüz yaşıyorken ölümden sonra kişiliğının korunmasına ilişkin tasarruflarda bulunabilir; ölüm sonrasında kişiliğına karşı yapılacak saldırıları defetmesi amacıyla bir kişiyi yetkilendirebilir ve bu kişiye talimatlarda

⁴¹ Uçak, s. 113.

⁴² Götz Bottner, “Protection of the Honour of Deceased Persons - A Comparison Between the German and the Australian Legal Situation”, *Bond Law Review*, 13(1), 2001, s. 112; Ümit Gezder, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğın Korunması Teorisi”, *İÜHFİM*, 65(1), 2007, s. 209 vd.; Hasan Petek, *Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması*, Yetkin Yayınları, 2015, s. 88 vd.; Rona Serozan, “Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğın Korunması”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Turhan Kitabevi, 2006, s. 314; Gamze Turan Başara, “Kişiliğın Korunması Kapsamında Ölümden Sonra Hatıranın Korunması Teorisi”, *ÇÜHFİM*, 5(1), 2020, s. 343; Çiğdem Mine Yılmaz, “‘Mephisto’ Kararı Çerçevesinde Postmortal Dönemde Kişilik Hakkının Korunması”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), S. 41, s. 877-897.

bulunabilir.⁴³

Buna karşılık Türk ve İsviçre öğretisinde hatıranın korunması yaklaşımı kabul edilmiş ve ölenin yakınlarına, sırf bu yakın ilişkileri sebebiyle ölenin hatırasına duydukları saygının ihlal edilmemesini isteme ve saldırıda bulunan kişilere karşı savunma yollarını işletebilme imkanı tanınmıştır. Bu görüş uyarınca ölenin hatırasının korunmasını talep eden yakınları, ölenin uzatılmış kişilik hakkına değil; kendi kişilik haklarına dayanarak bu talepte bulunmaktadırlar.⁴⁴ Böylece ölen kişinin hayattayken sahip olduğu kişilik hakkına dair koruma⁴⁵, ölüm sonrasında uzatılmasa (ve doğrudan korunmasa) da; ölenin yakınlarının ona besledikleri saygıya ve ortak hatıralarına ilişkin kişilik değerleri, o kişilerin kişilik hakkı çerçevesinde korunmaktadır.⁴⁶ Başka bir ifadeyle bu noktada korunan aslında ölenin değil, yakınlarının kişilik hakkıdır. Hatıranın korunması teorisinin temelinde ölenin yakınlarının, ölene karşı sahip oldukları duygularının korunması düşüncesi yatmaktadır.⁴⁷ Ölen kişinin yakınlarının kişilik alanı, ölüm olayıyla birlikte genişlemekte; ölene karşı saygı duyguları da artık onların kişilik değerleri arasına katılmaktadır. Hatırasına saldırılan ölen kişinin yakınlarının, kendi kişilik hakkını korumak için açtıkları dava sayesinde; ölenin kişisel değerlerinin de dolaylı olarak korunması mümkün olmaktadır.⁴⁸

⁴³ Öztan, s. 70; Petek, s. 89; Taştan, s. 34.

⁴⁴ Ayrıca TCK'nın "Kişinin hatırasına hakaret" kenar başlıklı 130/1. maddesinde "Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır." ifadesiyle düzenlenen hüküm de, ölümden sonra kişiliğın korunması amacını taşıyan bir koruma normu olarak değerlendirilebilir.

⁴⁵ Öztan, TMK'nın 315/2. maddesinde yer verilen "Evlât edinme başvurusundan sonra evlât edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, diğer koşullar bundan etkilenmediği takdirde evlât edinmeye engel olmaz." şeklindeki kuralın, kişiliğın ölümden sonra devam ettiğine dair bir hüküm olarak nitelenebileceğini belirtmektedir. Öztan, s. 73. Benzer şekilde ölü vericiden organ alınmasına yönelik sınırlayıcı kurallar da bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁴⁶ Ayrıca öğretilerde TMK'da ölenin kişilik hakkının akıbetine ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen, bazı kişilik değerlerinin ölümden sonra -mirasçılara da intikal etmeden- devam ettiğine yönelik görüş "kişilik hakkının ölüm sonrasındaki art etkisi" adı altında kabul edilmektedir. Öztan, s. 71.

⁴⁷ Baygın/ Nar, s. 514; Öztan, s. 69.

⁴⁸ Bu görüşün eleştiriyeye en açık yönleri ölenin hiç yakınının bulunması veya yakınlarının hatırayı korumak için harekete geçmemesi ya da saldırının bizzat yakınardan gelmesi halinde, herhangi bir korumanın sağlanamamasıdır. Ayrıca ölenin saldırının konusu olan kişilik değerinin, her durumda yakınlarının da kişilik değerini (hatırasını) ihlal edeceğinin söylenmesi mümkün değildir. Gezder, s. 214; Serozan, Prenatal, s. 322. Buna karşılık Alman Hukukunda benimsenmiş görüşte, ölenin yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla, ölümü

Yargıtay konuya ilişkin yaklaşımını "Ölünün hatırasına saldırı durumunda, onun yakınları yönünden ayrı bir kişilik hakkına saldırı durumu söz konusu olmaktadır. Diğer bir anlatımla ölü hakkındaki nitelendirmeler aynı zamanda yakınlarının kişisel varlığına da yönelmiş bir saldırı niteliğindedir. Somut olayda, ölünün çocuğu dava açarak kendi kişilik hakkına saldırı bulunduğunu ileri sürdüğüne göre dava açmakta hukuki yararı bulunmaktadır." ifadesiyle açıklamıştır.⁴⁹

Her iki teorik yaklaşımla da ölenin kişisel verilerinin (en azından bu verilerden bazılarının) ölümünden sonra korunması mümkündür.⁵⁰ Esas alınan teorik temeller farklı olsa da ulaşılan sonuç bakımından, yukarıda ele alınan kararlar ve öğretilerde kabul edilen görüşler, kişiliğın ölüm sonrasında ancak ölenin yakınları (veya bu konuda yetkilendirdiği kişiler) vasıtasıyla korunmasının mümkün olduğunu göstermektedir.⁵¹

Yargıtay balkondan düşerek ölen kişinin ölüm haberinin yapılması sırasında, kişinin ölüm tarihinden yaklaşık iki yıl önce çekilmiş denize çıplak girme görüntülerinin kullanılmasını, ölenin yakınlarının (anne, babası ve kardeşi) kişilik hakkına saldırı olarak nitelendirerek manevi tazminata hükmetmiştir.⁵²

sonrasında kişilik değerlerinin korunması için seçtiği kişileri yetkilendirmesi mümkün kabul edilmektedir. Öztan, s. 70. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında (BGE 129 I 302) ölümden sonra kişinin, kişilik değerlerine yönelik saldırıları kendisinin koruma imkanı olmadığı için, sağlığında kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin verdiği temsil yetkisinin, ölümünden sonra da devam edebileceği sonucuna varılmıştır. Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 23.

⁴⁹ YİBK, E 1978/4 K 1978/5, T. 04.05.1978; Y. 3. HD, E. 2010/4314, K. 2010/5297, T. 29.03.2010. (Aynı yönde bkz. YHGK, E. 2017/1392, K. 2020/542, T. 08.07.2020.) Ayrıca kararın devamında, davacının mirası reddetmiş olmasının, davanın ölenin kişilik hakkına değil; davacının kişilik hakkına saldırı iddiasıyla açılmış olması nedeniyle davanın reddini gerektirmeyeceği de belirtilmiştir.

⁵⁰ Başta ABD ve Birleşik Krallık olmak üzere Common Law Hukuk Sistemini benimsemiş ülkelerde de ölümlerle birlikte kişiliğın ve kişilik değerleri üzerinde kişilik hakkı marifetiyle sağlanan korumanın -kural olarak- son bulduğu kabul edilmektedir. Ancak insan onurunun korunması amacıyla yaratılan istisnalar haricinde özellikle ekonomik değer taşıyan kişilik değerlerinin ölümden sonra da korunması gerektiğinin altı çizilmektedir. Örneğin ölen kişinin resmi veya sesi üzerindeki ekonomik değerlerin; mirasçılara geçtiği ve bu gibi değerlere yöneltilen saldırıların mirasçılar vasıtasıyla defedilebileceği belirtilmektedir. Lilian Edwards / Edina Harbinja, "Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 32(1), 2013, s. 104, 120. Aynı yönde bkz. Bottner, s. 116.

⁵¹ Büyüksağış/ Özyiğit/ Mirkelam Falay/ Buldağ/ Okur, s. 346.

⁵² Y. 3. HD, E. 2011/19952, K. 2012/3379, T. 14.02.2012.

Bu noktada kişinin ölümünden sonra dijital ortamdaki kişisel verilerine mirasçılarının erişimi de ele alınması gereken bir diğer meseledir.⁵³ Alman Federal Mahkemesi'nin Facebook Kararına⁵⁴ sebep olan uyuşmazlıkta, 15 yaşında bir çocuğun (ölüm sebebinin kaza mı yoksa intihar mı olduğu konusunda) şüpheli ölümü üzerine annesi, ölen çocuklarının Facebook hesabına (ve bu kapsamdaki mesajlaşmalarına) erişmek istemiştir. Facebook ölen kişiyle arasında var olan üyelik sözleşmesi ve bu sözleşmede bulunan gizlilik şartları nedeniyle, annesine (ailesine) kızının Facebook hesabına erişim yetkisi sağlamamıştır.⁵⁵ Bunun üzerine ölenin annesi, mirasçılık sıfatına dayalı olarak Facebook'u dava etmiş ve kızının kişisel verilerine (ve mesajlaşma geçmişine) mirasçı sıfatıyla erişim talebinde bulunmuştur. Alman miras hukukunda kabul edilen külli halefiyet ilkesinden hareket eden Federal Mahkeme de Facebook ile miras bırakan arasındaki kullanıcı sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan (sosyal medya) kullanıcı hesabına erişim hakkının miras yoluyla mirasçılara intikal ettiğini karara bağlamıştır. Başka bir ifadeyle miras yoluyla intikal eden, ölen kişinin sosyal medya hesabının etkin (aktif) bir şekilde kullanılmasına dair hak değil; sosyal medya hesabına ilişkin sözleşme ilişkisidir.⁵⁶

Mahkemeye göre, mirasbırakanla sosyal medya sağlayıcısı arasındaki sözleşmenin, miras hukukuna ilişkin temel kurallar gereğince değerlendirilmesi sonucunda; mirasçılar, mirasbırakanın ölümüyle -ve külli halefiyet çerçevesinde- bu sözleşmesinin tarafı haline gelirler. Sözleşmenin tarafı haline gelen bu kişilerin (mirasçıların), taraf oldukları sözleşmenin konusunu oluşturan hesaba ve hesap içeriğine erişimleri de mümkün kılınmalıdır.

⁵³ Öğretilen ölenin -özellikle dijital ortamda saklanan- kişisel verilerine erişilmesinin bazı durumlarda sadece mirasçılarının veya yakınlarının yararına değil; kamunun üstün yararına da olabileceği belirtilmiştir. Örneğin gazetecilerin veya yazarların mektupları, e-postaları, kişisel notları ya da blogları tarihçiler, akademisyenler ve eleştirmenler için olduğu kadar koleksiyonerler için de değer taşır. Bu tür kişisel verilerin ekonomik boyutu mirasçıların yararına; tarihi, bilimsel veya sanatsal boyutu ise kamu yararına dayalı olarak erişime açılabılır. Edwards/ Harinja, s. 118.

⁵⁴ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178 vd. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çiğdem İleri, "Dijital Miras" - Alman Federal Mahkemesi'nin 'Facebook' Kararı Üzerine Bir İnceleme", *TBBD*, 146, 2020, s. 129 vd.

⁵⁵ Aslında ölen çocuğun annesi, kızının Facebook hesabının kullanıcı adına ve şifresine sahiptir. Ancak hesap "anıtlaştırılmış" olduğundan, hesaba erişim sağlayamamaktadır.

⁵⁶ Ayrıca bir diğer görüşe göre mirasçılar, Alman Fikri Mülkiyet Kanunu'nun 28, 30 ve 64. maddeleri uyarınca, hesap sahiplerinin ölümü halinde, sosyal medya hesaplarının sahibi konumuna gelip ve mirasbırakanın fikri mülkiyet haklarını kullanmaya yetkili de kabul edilebilirler. İleri, s. 139.

Aslında dijital miras⁵⁷ kavramının ortaya çıkmasına da sebep olan bu karar, sadece ölen kişinin kişisel verilerinin korunması ve bu kapsamda kimlerin ölenin kişisel verilerine erişiminin mümkün olduğu tartışmalarına değil; kişilerin sosyal medya başta olmak üzere dijital ortamdaki edinimlerinin miras hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalarına da kaynak teşkil etmiştir.

Alman Federal Mahkemesi değerlendirmelerinin arasında ölenin kişisel verilerinin korunmasının GVKT kapsamında gerçekleştirilemeyeceğini de belirtmiştir. Buna karşılık mirasbırakanın mesajlaştığı kişilerin kişisel verilerinin, ölenin mirasçılarının erişimlerine karşı korunması açısından, GVKT'nin 6/1/b maddesinde düzenlenen ve "ilgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması" nedenine dayalı olan hukuka uygunluk sebebinin uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

Türk Hukuku açısından da hem ölen kişinin sosyal medya hesaplarının hem de diğer dijital malvarlığı değerlerinin inceleme konusu yapıldığı bir karar Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi⁵⁸ tarafından verilmiştir. Söz konusu kararda mirasbırakanın eşi olan davacı, ölen eşinin bulut bilişim sisteminde terekeye dahil malvarlığı değerleri olduğunu; eşinin e-ticaret

⁵⁷ Dijital miras fikri mülkiyet hakları, web sitelerindeki haklar ve alanlar (domains) ile sağlayıcı ve mirasbırakan arasında internetin kendisinin ve aynı zamanda çeşitli internet hizmetlerinin kullanılması bakımından kurulmuş tüm sözleşme ilişkileri dahil olmak üzere dijital malvarlığının tamamını ifade edecek genişlikte tanımlanmaktadır. Başka bir ifadeyle donanım ve yazılıma ek olarak kaydedilmiş veriler, telekomünikasyon şirketleri ve internet servis sağlayıcıları ile kurulmuş sözleşme ilişkileri, erişim yetkileri, e-posta hesapları, sosyal medya ağlarındaki üyelikler ve internetteki kullanıcı hesapları dijital mirasın kapsamındadır. İleri, s. 126; Büyüksağış/ Özyiğit/ Mirkelam Falay/ Buldağ/ Okur, s. 339-408; Sinan Sami Akkurt, *Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 22 vd.; Hasan Altındal / Yusuf Enes Arslan, "Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri", *AHBVÜHFD*, 25(1), 2021, s. 313-354; Rana Zeynep Demir, "Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla Geçiş Mümkün Müdür?", *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioglu'nun Anısına Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 161-187; Doğa Ekrem Doğancı, "Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi", *MÜHF-HAD*, 28(1), 2022, s. 330; Nurten İnce Akman, "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)", *İNÜHFD*, 9(2), 2018, s. 534 vd.; Yasemin Maraşlı Dinç, "Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras", *TBBD*, 142, 2019, s. 275; Süleyman Yılmaz / Umut Vehbi Erkan, "Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi", *İNÜHFD*, 11(2), 2020, s. 567-580. Ayrıca konuyla ilgili olarak blokzincir teknolojisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Gazi Güllütürk, "Blokzincir Üzerinde Depolanan Verilerin Kişisel Veri Niteliği ve Silinemezlik, Yok Edilemezlik Sorunu", *KVKD*, 1(2), 2019, s. 31-33.

⁵⁸ Antalya BAM 6. HD, E. 2020/1149, K. 2020/905, T. 13.11.2020.

sitesi hesabının ve hediye çeklerinin bulunduğunu; ayrıca tüm bu malvarlığı değerlerine ek olarak aile fotoğraflarının da bulutta saklandığını ileri sürerek eşinin iCloud kimliğinin terekede bulunduğunun kabul edilmesini ve bu hesaba mirasçı sıfatıyla erişiminin sağlanmasını mahkemeden talep etmiştir. Zira kendisine erişim izni için başvurduğu şirket (Apple), ancak mahkeme kararıyla ölen kişinin iCloud hesabındaki kişisel verilere erişimi mümkün kılacağını davacıya bildirmiştir.

İlk derece mahkemesi söz konusu talebi, TMK'nın 589. maddesi uyarınca tereke tespitinde, mirasbırakanın terekesine dahil olan mal ve haklarının tespit edilmesinin amaçlandığı, buna karşılık ölenin cep telefonunda bulunan iCloud hesabına erişilmesi ile özel hayatının gizliliğinin ihlal edileceği ve davacının talebinin tereke tespitine konu edilemeyeceği gerekçeleriyle reddetmiştir. Buna karşılık BAM, terekenin kapsamının genişlemesini, “*mülkiyet kavramının başkalaşmasına*” dayandırmış ve terekeye dahil edilecek değerleri reklam gelirleri, dijital cüzdan hesapları, kripto paralar benzeri maddi değer ifade eden malvarlığı haklarını da kapsayacak genişlikte kabul etmiştir.

Mahkeme, “*Günümüzde bu hesapların reklam gelirleri elde edilen maddi bir karşılığı olan hesaplar halini alabildiği gibi, yine sosyal medya hesaplarının ve dijital para cüzdanlarının bağlı olduğu e-posta hesaplarının da artık kişisel kullanımı aşırp ticari değeri olan dijital mal varlığı kapsamına girmeye başladığı anlaşılmaktadır. Günümüzde dijital mal varlığının yadsınamaz ve göz ardı edilemez bir gerçeklik olduğu, kripto para adı verilen ve uluslararası ödemelerde dahi kullanılmaya başlanmış dijital sistemlerin var olduğu, yine astronomik reklam gelirleri sağlayan sosyal medya hesaplarının gün geçtikçe arttığı, aynı şekilde Youtube ve benzeri dijital platformlarda salt reklam geliri ve hatta ücretli üyelik sistemi ile hizmet veren kanallar oluşturulduğu bir ortamda dijital mal varlığı ve dijital miras ile ilgili olarak yasal bir düzenleme bulunmadığı, bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu*” ifadeleriyle gerekçelendirdiği kararında “*Sonuç olarak, mahkemece tespit talebi gereğince murisin ölüm tarihi itibarıyla tüm aktif ve pasif mal varlığının tespiti ve bu minvalde dijital mal varlığının terekesine dahil olması gerektiği nazara alınarak dijital terekasının de tespiti yapılarak araştırma ve inceleme sonucunda bir karar verilmesi gerekirken, ölü kişinin e-posta hesabının özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilerek talebin reddine karar verilmiş olması hatalı olmuştur.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Ancak dikkat çekici bir şekilde kararda, para ile ölçülemeyen dijital varlıkların (örneğin aile fotoğrafları vb.) akıbeti hususuna değinilmemiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, ilgili kişinin (sağlık verileri dışında kalan) kişisel verilerinin ölümünden sonra korunması ancak yakınlarının kişilik hakkının korunmasının sağlanması çerçevesinde mümkün olabilecektir. Buna karşılık ölenin yakınlarının (veya diğer kişilerin), ölenin kişisel verilerine erişim konusunda üstün bir yarara sahip olduklarını ispat etmeleri halinde, bu verilerin üstün yarara sahip kişilerle paylaşılması talebine olumlu yaklaşılmalıdır.⁵⁹

SONUÇ

Kişisel verilerin korunmasını talep hakkı, Türk ve Avrupa Birliği Hukuk Sistemlerinde -kural olarak- yaşayan gerçek kişilere tanınmış bir haktır. Aslında kişiliğın sağ ve tam doğumla başlayıp, ölümle son bulduğu kabulü altında; henüz doğmadığı için kişilik kazanmamış veya öldüğü için kişiliği son bulmuş bir kimsenin herhangi bir hakkın öznesi olmaması son derece mantıklı bir düşüncenin sonucudur.

Bununla birlikte kişisel verilerin korunması için ilgili kişinin “*yaşıyor olmasının*” aranması, ceninlerin veya ölen kişilerin hakkındaki verilerin -bunlar terminolojik olarak kişisel veri olmasa da- korunmasız kalmasına neden olacaktır. Kişisel verilerin korunmasına yönelik farkındalığın ve korumanın öneminin gün geçtikçe arttığı göz önünde bulundurulduğunda, doğum öncesi ve ölüm sonrasında çok büyük bir veri grubu korunmasız bir şekilde veri sorumlusunun veri havuzunda kalmaktadır.

KVKK'da doğum öncesine ve ölüm sonrasına ilişkin bir koruma hükmü bulunmadığından -yapılacak bir yasal değişikliğe kadar- kişiliğın başlangıcı ve sonu ötesinde kişisel verilerin korunmasının, kişiliğın korunmasına ilişkin mevzuat, öğretisi ve yargı kabullerinin kıyasen uygulaması suretiyle gerçekleştirilmesi uygun olacaktır.

Mevcut yasal düzenlemeler ışığında ceninin kişisel verilerinin, sağ ve tam olarak doğması koşuluyla, geçmişe etkili olarak korunması mümkün görülmektedir. Hatta bu dönemde ceninin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi nedeniyle doğan zararların da tazmini, sağ ve tam doğum sonrasında talep olunabilir. Ayrıca bu korumadan sadece ana rahminde bulunan ceninlerin değil; ana rahmine yerleştirilmek suretiyle sağ ve tam doğmaları şartıyla tüpteki (in vitro) embriyoların da yararlandırılması gerekir.

Kişisel verilerin korunmasının pek çok ülke hukukunda sadece yaşayan kişilerin verilerinin korunmasıyla sınırlandırılmış olduğu bilinmekle birlikte,

⁵⁹ “Üçüncü kişiler ölene ne kadar yakınsa, ölenin verilerine ulaşmalarında o kadar çok yararlarının bulunduğu gözetilmelidir.” Büyüksağış/ Özyiğit/ Mirkelam Falay/ Buldağ/ Okur, s. 353.

ölenlerin verilerinin de tamamen korunmasız bırakılması yerinde bir tercih değildir. Bu nedendir ki Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğın kapsamında ölenlerin kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin hükme yer verilmiştir.

Özellikle insan onurunun korunmasının gerektirdiğı hallerde, kişilik hakkının ölüm sonrasında da korunmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Ancak Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında -gerek uygulama gerekse öğretiler- bu korumanın nasıl sağlanacağına yönelik ortak bir görüş benimsenmemiştir. Türk ve İsviçre uygulamasında ölümle kişiliğın son bulmasından hareketle, doğrudan ölenin kişiliğı değil; ölenin yakınlarının, ona duyduğu saygı ve ortak hatıraları korunmaktadır. Alman Hukukunda genel kabul gören bakış açısı, ölenin kişilik hakkının, ölümden sonra sınırlı bir süre için olsa da devam ettiğinin kabul edilmesi suretiyle doğrudan ölenin kişiliğının korunması yönündedir.

Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik ile ölen kişilerin kişisel sağlık verilerinin korunmasına imkan tanınmış olsa da; ölen kişilerin korunmaya değer kişisel verilerinin, sadece sağlığa ilişkin olanlarla sınırlı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Kişisel sağlık verilerinin büyük bir kısmı, kişinin özel yaşamının sır alanına dahil olmakla birlikte; bir diğer hassas kişisel veri türü olan, cinsel hayata ilişkin veriler de sır alanına dahildir. Hukuk sistemimizde ölen kişilerin sağlık verilerine dair yaratılan istisnai korumanın, diğer kişisel veri türleri açısından da kabul edilmesi ve istisnanın kurala dönüştürülmesi yerinde bir yasama tercihi olacaktır.

Özellikle KVKK'da yapılacak bir yasal değışiklikle, ilgili kişilere hayattayken yapacakları ölüme bağı tasarruflarla, ölümlerinden sonra kişisel verilerine erişim yetkisi tanyacakları kişileri yetkilendirme imkanı tanınmalıdır. Ölen tarafından yetkilendirilen bu kişilere, ölenin kişisel verilerinin saklanması, imha edilmesi veya diğer işleme faaliyetlerinin yönetimi hususunda yetki verilebilmelidir. İlgili kişi tarafından, ölümü sonrasında kişisel verilerinin üzerinde tasarruf yetkisiyle donatılan kişinin, veri sorumlusuna, ölenin verilerinin işlenmesi konusunda talimat vermeye yetkili olduğu da kabul edilmelidir.

Ölenin kişisel verilerinin korunması için alınabilecek bir diğer hukuki önlem de ilgili kişinin ölümü halinde, veri sorumlularının -yasal olarak belirli süre saklanması gerekenler hariç olmak üzere- ölenin kişisel verilerini imha etmeleri veya anonim hale getirmelerinin sağlanmasıdır. İlgili kişinin öldüğünün veri sorumlusuna bildirilmesinin, ölüme bağı tasarrufla yetkilendirilen kişi veya ölenin mirasçuları tarafından gerçekleştirilmesi mümkün kılınabilir.

KAYNAKÇA

- Akipek J/ Akıntürk T/ Ateş D, *Kişiler Hukuku*, 16. Bası, C. I, Beta 2020.
- Akkurt S S, *Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması*, Seçkin Yayıncılık 2022.
- Altındal H/ Arslan Y E, “Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri”, *AHBVÜHFD*, 25(1), 2021, s. 313-354.
- Badur E, “Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı”, Badur E (Ed.), *Erzurumluoğlu Armağanı*, Ankara Barosu 2012, s. 99-121.
- Baskın O, *Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, Seçkin Yayıncılık 2021.
- Baygın C/ Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, 2. Bası, Yetkin Yayınları 2022.
- Blume P, “The Data Subject”, *European Data Protection Law Review*, 1(4), 2015, s. 258-264.
- Bottner G, “Protection of the Honour of Deceased Persons - A Comparison Between the German and the Australian Legal Situation”, *Bond Law Review*, 13(1), 2001, s. 109-135.
- Büyüksağış E/ Özyiğit S/ Mirkelam Falay S/ Buldağ İ E/ Okur M S, “Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali”, *Yargıtay Dergisi*, 47(2), 2021, s. 339-408.
- Demir R Z, “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla Geçişi Mümkün Müdür?”, *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan*, On İki Levha Yayıncılık 2020, s. 161-187.
- Deniz İ, *Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayıncılık 2021.
- Doğancı D E, “Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi”, *MÜHFHAD*, 28(1), 2022, s. 330-370.
- Dural M/ Ögüz T, *Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku*, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

- Edwards L/ Harbinja E, “Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 32(1), 2013, s. 101-147.
- Gezder Ü, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğın Korunması Teorisi”, *İÜHFM*, 65(1), 2007, s. 207-222.
- Güçlütürk O G, “Blokzincir Üzerinde Depolanan Verilerin Kişisel Veri Niteliğı ve Silinemezlik, Yok Edilemezlik Sorunu”, *KVKD*, 1(2), 2019, s. 30-40.
- Hamul’ak O/ Kocharyan H/ Kerikmae T, “The Contemporary Issues of Post-Mortem Personal Data Protection in the EU After GDPR Entering into Force”, 2020, <<https://www.researchgate.net/publication/348393852>>, Erişim Tarihi 04 Nisan 2023, s. 225-238.
- Harbinja E, “Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could Be the Potential Alternatives”, *SCRIPTed*, 10(1), 2013, s. 19-38.
- Hatemi H/ Kalkan Oğuztürk B, *Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık 2014.
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler*, 9. Bası, Legal Yayıncılık 2021.
- İleri Ç, “‘Dijital Miras’ - Alman Federal Mahkemesi’nin ‘Facebook’ Kararı Üzerine Bir İnceleme”, *TBBD*, 146, 2020, s. 123-152.
- İnce Akman N, “Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)”, *İNÜHFD*, 9(2), 2018, s. 527-560.
- İnceefe M A/ Alkan A O/ Tanrısever A, “Doğmamış Bebeklerin ve Ölmüş Kişilerin Kişisel Verilerinin Korunmasında Düzenleyici Yaklaşımlar”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 15(3), 2022, s. 331-338.
- Keskin D, “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, *GÜHFD*, 17(1-2), 2013, s. 743-775.
- Kılıçoğlu A M, *Medeni Hukuk*, 4. Bası, Turhan Kitabevi 2021.
- Kurt M L, “Ceninın Malvarlığı Hakları”, *İNÜHFD*, 2(1), 2011, s. 177-208.
- Macmillan M, “Data Protection Concepts”, Ustaran, E (Ed.), *European Data Protection Law and Practice*, 3. Bası, IAPP Publication 2023, s. 81-105.
- Maraşlı Dinç Y, “Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti:

Dijital Miras”, *TBBD*, S.142, 2019, s. 273-287.

- Kelleher D/ Murray K, *EU Data Protection Law*, Bloomsbury 2019.
- Oğuzman M K/ Seliçi Ö/ Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku*, 20. Bası, Filiz Kitabevi 2021.
- Özcan Büyüktanır B G, “Ceninın Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Maddi Zararının Tazmini”, *İNÜHFD*, 9(1), 2018, s. 275-302.
- Öztan B, *Kişiler Hukuku*, 11. Bası, Yetkin Yayınları 2021.
- Petek H, *Kişilik Değeriinin Ölümden Sonra Korunması*, Yetkin Yayınları 2015.
- Pormeister K/ Drożdowski Ł, “Protecting the Genetic Data of Unborn Children: A Critical Analysis”, *European Data Protection Law Review*, 4(1), 2018, s. 53-64.
- Serozan R, “Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğın Korunması”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan*, Turhan Kitabevi 2006, s. 313-324. (Prenatal)
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık 2014. (Kişiler)
- Sivrikaya E, *Gözetim Toplumu Çağında Çocukların Kişisel Verilerine Mahremiyet Hakkı Kapsamında Karşılaştırmalı Bir Bakış*, Yetkin Yayınları 2023.
- Şenocak K, “Kişisel Veri Kavramının Kapsamı ve Unsurları”, Şenocak K (Ed.), *Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Yetkin Yayıncılık 2022, s. 1-48.
- Taştan F G, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları 2017.
- Turan Başara G, *Kişiliğın İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi*, Turhan Kitabevi 2018. (Kişilik)
- Turan Başara G, “Kişiliğın Korunması Kapsamında Ölümden Sonra Hatırının Korunması Teorisi”, *ÇÜHFD*, 5(1), 2020, s. 341-390. (Hatırının Korunması)
- Uçak M, “Kişisel Verilerin Ölümden Sonra Korunması”, *İMİHFD*, 6(10),

2021, s. 97-123.

Welfare D/ Carey P, “Territorial Scope and Terminology”, Carey P (Ed.), *Data Protection A practical Guide to UK and EU Law*, 5. Bası, Oxford 2018, s. 1-31.

Yılmaz Ç M, “‘Mephisto’ Kararı Çerçevesinde Postmortal Dönemde Kişilik Hakkının Korunması”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20(41), 2021, s. 877-897.

Yılmaz S/ Erkan U V, “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceğı Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi”, *İNÜHFD*, 11(2), 2020, s. 567-586.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

SPOR KULÜBÜ ALACAKLARININ DEVRİ

ASSIGNMENT OF SPORTS CLUB RECEIVABLES

Beşir Fatih DOĞAN*  **Süleyman TOPCUOĞLU**** 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1301832](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1301832) 

Günümüzde toplumsal hayatın ayrılmaz parçasını oluşturan spor kulüpleri, spor faaliyetlerinin yanı sıra büyük ekonomiye sahip olsalar da yine aynı büyüklükte borçlanma sebebiyle mali sorunlar ile karşı karşıya kalabilmektedir. 26.04.2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nda, kulüplerin mali açıdan bu tarz sorun ve suistimallere karşı korunması amacıyla bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan bir tanesi de spor kulübü alacaklarının devrine ilişkin düzenlenen yeni hükümdür. Söz konusu hükmün, emredici hüküm niteliğinde olması ve spor kulüplerinin korunması amacıyla hizmet etmesi sebebiyle incelenmesi önem arz etmektedir. Çalışmanın kapsamını da oluşturan bu konu üç başlık altında incelenmiş olup; birinci bölümde spor kulübü kavramı ve spor kulüplerinin gelirleri, ikinci bölümde alacağın devri kavramı, niteliği, şartları ve spor kulübü alacaklarının devri, üçüncü bölümde ise spor kulübü alacaklarının devrine ilişkin özel hüküm niteliğinde olan kanunun 20/4 maddesi incelenecek olup söz konusu hükme aykırı devirler bakımından devrin akıbeti ve borçlunun hak ve yükümlülükleri açıklanacaktır.

* **Doç. Dr.**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** bfdogan@hacettepe.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-3683-7171

** **Arş. Gör.**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı /ANKARA, **e-posta:** suleymantopcuoglu@hacettepe.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-6371-2919, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1301832

*** **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler: Spor Kulübü, Alacağın Devri, Alacağın Devri Sözleşmesi, Hükümsüzlük, Kısmi Hükümsüzlük

ABSTRACT

Although sports clubs, which are an integral part of social life today, have a large economy in addition to sports activities, they may face financial problems due to the same amount of borrowing. In the Law No. 7405 on Sports Clubs and Sports Federations published in the Official (Legal) Gazette on 26.04.2022, some arrangements were made in order to protect the clubs against such problems and abuses financially. One of them is the new provision regarding the assignment of sports club receivables. It is important to examine the said provision as it is a mandatory provision and serves the purpose of protecting sports clubs. This subject, which also constitutes the scope of the study, has been examined under three headings; In the first part, the concept of sports club and the incomes of sports clubs, in the second part the concept of the assignment of receivables, its nature, conditions and the assignment of the receivables of the sports club, in the third part, article 20/4 of the law, which is a special provision regarding the assignment of the receivables of the sports club, will be examined. The outcome of the assignment and the debtor's rights and obligations will be explained.

Keywords: Sports Club, Assignment of Claim, Contract of Assignment of Receivable, Nullity, Partial Invalidity

EXTENDED ABSTRACT

The subject of the study is the assignment of the receivables of the sports club. According to Law No. 7405, a sports club is defined as a private legal entity that registers with the Ministry of Youth and Sports in order to participate in the activities of the Ministry of Youth and Sports and sports federations. These legal entities sometimes need to assign their receivables as a necessity of commercial life. This is a necessary issue in terms of the financial affairs of the sports club.

With the assignment of the receivable, the creditor side of the debt relationship changes. The assignment of receivables may occur pursuant to contract law or court order. It is regulated in the law that the assignment agreement will be made in writing. According to Article 183 of the TCO; Unless the law, contract or the nature of the business prevents it, the creditor may assign his receivables to a third party without seeking the consent of the debtor. For a valid assignment of claim agreement, the assignment of claim must not be prohibited by law. If the assignment of the receivable is prohibited, the contract is TCO art. 27 will be invalid.

In order for the receivables of the sports club to be assigned, the law has regulated some special conditions together with the above-mentioned ones. These conditions are arranged separately according to the possibility that the legal person is a sports club or a joint stock company. According to Article 20/4 of Law No. 7405, in sports clubs that exceed twenty-five percent of the gross income realized in the previous accounting

period, will be born or due after the end of the ordinary duty period of the current board of directors, and whose income and receivables are less than ten thousand members, at least a full member It can be transferred with the affirmative vote of the absolute majority of the number. In the general assembly, where the members of sports clubs with more than ten thousand members, and the owners or representatives of the shares constituting at least one-third of the capital in sports joint-stock companies, attend the meeting, at least three-quarters of the participants in sports clubs, and in sports joint-stock companies the shareholders or their representatives participating in the meeting, with the affirmative vote of the owners or their representatives of the shares constituting at least three quarters. This This assignment rate cannot exceed fifty percent of the gross income realized in the previous accounting period in terms of income and receivables that will arise or become due in the ordinary period after the end of the ordinary duty period of the current board of directors. In addition, According to the 20/8 of the law; sports clubs and sports joint-stock companies; It cannot assign its receivables to the members of the board of directors, their spouses and relatives up to third degree, their employees, shareholders of five percent or more, and companies in which the members of the board of directors have a share of five percent or more.

In the event that sports clubs assign their receivables in violation of this rule, the contract will be null and void. The obligor's consent to the contract will not make the contract valid. However, it can be accepted that the contract is accepted as valid by drawing it below the upper limit. Because, in the doctrine, it is argued that in case a part of the contract is contrary to the mandatory provisions, the contract should be kept alive on the basis of the upper limit in terms of acts exceeding the legal amount. It is also possible to apply this situation in terms of the assignment of the receivables of the sports club. For example, when a transfer agreement exceeding twenty-five percent is made, the excess will be null and void. The part below the rate will be considered valid.

In the event that the sports club assigns the receivables in violation of these rules, the debtor may refrain from performing the debt by claiming invalidity. In this case, if the debtor performs his debt to the sports club, which has the title of creditor, he will be relieved of his debt. In cases where the debtor belongs to the disputed debtor, he can avoid performing his debt and gets rid of the debt by submitting the subject of the debt to the place determined by the judge. If the debtor performs even though there is a dispute about who the debt belongs to, he will be responsible for the consequences that will arise because of this.

GİRİŞ

Tüzel kişi olan spor kulüplerinin alacaklarını devredebilmeleri özel bazı şartlara tabi tutulmuştur. Söz konusu düzenleme emredici hüküm niteliğinde

olduğu için bu şartlara uyulmadan yapılan devir işlemleri geçersiz olacaktır. Kanun ile getirilen şartlar nispeten yeni düzenleme olarak kabul edilebileceği için, konunun incelenmesi önem arz etmektedir.

Hak ehliyetine sahip olan bu tüzel kişiler kural olarak alacaklarını devredebilirler. Ancak kanun koyucu, kulüpleri yaşanabilecek bir takım mali sorun ve suistimallere karşı korumak için bazı özel düzenlemeler ile alacağın devrine sınır ve yasaklar getirmiştir. Kulüplerin alacaklarını geçerlilik şartlarına aykırı olarak devretmesi durumunda meydana gelebilecek uyuşmazlıklar hem devir sözleşmesinin tarafları hem de borçlu açısından sorunlara sebep olabilecektir. Çalışma kapsamında alacağın devri sözleşmesi bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenen ve genel hüküm niteliğinde olan kurallar ile birlikte spor alacaklarının devrine ilişkin özel düzenleme ele alınacak, kanuna aykırı olarak yapılan devir işlemlerinde borçlunun hak ve yükümlülükleri incelenecektir. Bu sebeple öncelikle spor kulübü kavramı ve gelirleri daha sonra TBK'da düzenlenen ve kural olarak tüm devir sözleşmelerine uygulanabilecek olan hükümlerle beraber özel kanunla spor kulüplerinin alacaklarının devri için getirilen yenilikler ele alınarak geçersiz olarak devredilen alacağın devri sözleşmesinin yaptırımı, bunun sonucu olarak da borçlunun hak ve yükümlülükleri ele alınacaktır.

I. SPOR KULÜBÜ KAVRAMI VE GELİRLERİ

A. Kavram

26/4/2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan, 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na (SKSFK) göre spor kulübü, Gençlik ve Spor Bakanlığı ve spor federasyonlarının faaliyetlerine katılmak amacıyla, Gençlik ve Spor Bakanlığı'na tescil yaptırılan özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanmıştır.

Bu kapsamda spor kulüpleri genel olarak, bakanlığın ve ilgili federasyonun branşlarına katılmak amacı ile kurulmakta ve futbol, basketbol, voleybol, atletizm gibi branşlarda mücadele etmektedirler. Bu sebeple 7405 sayılı kanunda düzenlenen hükümler genel olarak tüm kulüpleri kapsayıcı nitelikte olup bir kulübün spor kulübü olarak tanımlanması ve tescilinde branş ayrımı yapılmamaktadır. Ancak kulübün ilgili spor dalında faaliyet göstermesi söz konusu spor dalına ilişkin üst kuruluşun tesciline tabi tutulabilir. Örneğin futbol alanındaki müsabakalara katılmak isteyen kulüplerin Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) tarafından tescil edilmiş olması zorunludur (TFF Futbol Müsabaka Talimatı m. 4/1).

Spor alanında faaliyet gösteren diğer bir kuruluş ise spor anonim şirketleridir. Spor anonim şirketleri, bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) göre kurulan ve spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Gençlik ve Spor Bakanlığı'na tescilini yaptıran tüzel kişiliği ifade etmektedir (SKSFK m. 2/1-i). Bu sebeple spor anonim şirketinin varlığından söz edebilmek için öncelikle TTK hükümlerine göre kurulmuş bir anonim şirketin var olması ve Bakanlık tarafından ilgili sicile tescil edilmesi gerekmektedir.¹

B. Spor Kulübü Gelirleri

Spor kulüpleri, varlıklarını sürdürebilmeleri, faaliyet gösterdiği branşta diğer kulüpler ile mücadele/rekabet edebilmeleri için gelire ihtiyaç duymaktadır. Sporun dinamikliği ve spor endüstrisi dikkate alındığında, spor kulüplerinin günümüzde sürekli olarak büyüyen hem sosyal hem ekonomik bir varlık olduğu açıktır. Kanun koyucu bu hususu dikkate alarak spor kulübünün gelir ve giderlerini düzenleme konusu yapmıştır. SKSFK'nın 19/1 hükmüne göre spor kulübü ve anonim şirketleri tüzüklerinde veya esas sözleşmelerinde belirtilen amaçlarını ve bu kanunda yer alan görevlerini gerçekleştirmek için şu kaynaklardan yararlanırlar:

“a) Üye aidatları

b) Sponsorluk gelirleri

c) Sporcu transferlerinden alınan ücretler

ç) Sporcu yetiştirme tazminatları

d) Sporcu eğitimi, kurs ve benzeri ücretler

e) Faaliyetlere katılım bedelleri

f) Müsabaka hâsılatları

g) Yayın gelirleri

ğ) Sahibi veya ortağı olduğu şirketler ile işletmelerden elde edilen gelirler

h) Toplantı ve benzeri faaliyetlere ilişkin gelirler

¹ Mehmet Aslan, *Spor Anonim Şirketleri*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 28; Cahit Özkan, *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 47; Önder Ege, *Türk Medeni Hukuku'na Göre Spor Kulüpleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 130.

ı) Reklam gelirleri

i) Kira gelirleri

j) Spor müsabakalarına dayalı bahis ve şans oyunlarından elde edilen isim hakkı gelirleri

k) Bağış ve yardımlar

l) Spor dışı faaliyetlere ait gelirler

m) Finansman gelirleri

n) Öz sermaye katkıları

o) Diğer benzeri gelirler”

Sporun ve sporda rekabetin evrensel olduğu dikkate alındığında özellikle müsabaka gelirleri bakımından kulüplere uluslararası kuruluşlar tarafından başarı kıstas alınarak gelir (ödül) sağlanmaktadır. Söz konusu gelirler ilgili müsabakayı organize eden kuruluşun düzenlemelerine konu olmaktadır. Örneğin futbol müsabakalarına ilişkin uluslararası turnuvalar olan “Union of European Football Associations (UEFA) Şampiyonlar Ligi”, “UEFA Avrupa Ligi”, “UEFA Avrupa Konferans Ligi” içerisinde yer alan takımlara katılım ve başarı ödülü olarak belirlenmiş olan ücretler ödenmektedir.²

Spor kulüplerinin söz konusu gelirlerini devredebilmesi için kanunda bazı sınırlandırmalar bulunmaktadır. Ancak spor kulüplerinin alacaklarının devrine ilişkin hususlara geçmeden önce alacağın devri kavramını genel hatlarıyla incelemekte fayda vardır.

II. ALACAĞIN DEVRİ

A. Alacağın Devri Kavramı

Alacağın devri, mevcut bir alacağın alacaklısını, kanunun aradığı şartların yerine getirilmesi suretiyle değiştiren hukuki işlemidir.³ Söz konusu

² Örneğin, 2022/2023 sezonu için UEFA'nın turnuvalara katılacak kulüplere müsabaka geliri olarak belirlemiş olduğu tahmini miktar 2.732 milyar Euro'dur. Bkz. Distribution to clubs from the 2022/23 UEFA Champions League, UEFA Europa League and UEFA Europa Conference League and the 2022 UEFA Super Cup Payments for the qualifying phases Solidarity payments for non-participating clubs. www.uefa.com, Erişim Tarihi 18 Nisan 2023.

³ Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2006, N. 90.02; Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht*, Stämpfli Verlag AG, 2008, N. 2085; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yet-

kin Yayinevi, 2019, s. 1370; Hüseyin Hatemi / K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 375; M. Kemal Oğuzman, /Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 557; Mustafa Arıkan, *Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki*, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(1), 2005, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26635/281108>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 129; Andreas Furrer /Markus Muller-Chen/Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 741; Mustafa Alper Gümüş, “Alacağın Temliki Sözleşmesinin Şekli”, *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2011, <<https://jurix.com.tr/article/3986>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 9; Mehmet Üçer, “Roma Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(3), 2005, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42638/514025>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 409; Fahrettin Aral, “Topyekün Temlik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 42(1), 1992, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/73791/1217842>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 93; Nisim Franko, “Alacağın Temliki”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49(1), 1994, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3114/43194>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 176; Selim Kaya Kaşdaş, “Alacağın Temliki ve Temlikte Borçlunun Durumu Hakkında Bir İnceleme”, *Adalet Dergisi*, 45(11), 1954, s. 1312; Seda Baş, “Alacağın Devrinde İptal Hakkının Devralana Geçip Geçmeyeceği Meselesi”, *Adalet Dergisi*, (69), 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/73791/1217842>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 470; Ramazan Turan, “Teminat Alınmış Alacakların Devri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 12(45), Ocak 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/59541/856452>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 54.

⁴ Andreas von Tuhr/ Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984, s. 9; s. 32-33; Franko, s. 180; Arıkan, s. 154.

⁵ Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi /Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku-Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 2017, s. 15; Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022, s. 103; M. Kemal Oğuzman./Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 27; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 27. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 149; Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Cilt I*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 170-171; Serap Helvacı/Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, 8. Bası, Legal Yayıncılık, 2022, s. 28; Cem Baygın/Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri – I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 139.

⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s. 1001.

1. Çeşitleri

Alacağın devri üçe ayrılmaktadır. Bunlar, iradi devir (sözleşmesel devir), kanuni devir ve yargısal (kazai) devirdir⁷ (TBK m. 185). Kanuni devir, alacağın tarafların iradesine veya yargı kararına dayanmaksızın kanundan kaynaklanan bir sebeple devrini ifade etmektedir⁸. Örneğin, halefiyetin söz konusu olduğu durumda (TBK m. 168) veya miras bırakanın ölümü ile terekedeki alacakların külli halefiyet ilkesi uyarınca mirasçılara geçmesi durumunda (Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 599) kanuni devrin çeşitli görünüşleri söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda alacaklının veya alacağı devralacak kişinin rızasına gerek yoktur. Alacağın devri bizzat kanun hükmü gereği gerçekleşmektedir.

Alacağın devrinin bir diğer çeşidi olan yargısal devirde ise alacak, yeni alacaklıya mahkeme kararı ile geçmektedir.⁹ Bu sebeple yargısal devirde de tarafların alacağın devri hususunda iradeleri söz konusu değildir (TBK m. 185).

İradi devir ise, alacaklı ve devralanın gerekli şekil koşullarına uyarak yaptıkları sözleşme ile alacağı devretmelerini ifade etmektedir.¹⁰ Çalışma kapsamında incelenecek olan alacağın devri çeşidini iradi devir oluşturmaktadır. Bu sebeple alacağın iradi devri bakımından, devrin hukuki niteliğinin, şartlarının ve şeklinin açıklanmasında fayda vardır.

2. Hukuki Niteliği

Alacağın devri iki taraflı hukuki işlemi, bir sözleşmeyi ifadeyi

⁷ Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti, 2000, s. 105; Haluk Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, 2020, s. 520; Kübra Ercoşkun Şenol, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 39 vd.; Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Alacağın Temliki ve Borcun Nakli*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 32; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 558-559; Eren, s. 1372; Kılıçoğlu, s. 1033; Arıkan, s. 132; Üçer, s. 406; Aral, s. 93, dn. 2; Franko, s. 180; Baş, s. 472; Turan, s. 56 vd. Söz konusu ayırım aynı zamanda alacağın devrinin kaynağını da oluşturmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, s. 1003; Turan, s. 56; Ercoşkun Şenol, s. 39 vd.

⁸ Eren, s. 1372; Kılıçoğlu, s. 1033.

⁹ Ercoşkun Şenol, s. 44; Berberoğlu Yenipınar, s. 32; Yargısal devir için alacağın tespitine ilişkin bir kararın değil alacağın bir başkasına geçmesine ilişkin karar verilmesi gerektiği hususunda bkz. Eren, s. 1373.

¹⁰ Ali Şafak, *Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri*, Ali Şafak/Duygu Eraslan/Evren Baklacı Çakıroğlu/Mustafa Ünlütepe/Tuğçe Öztürk Almaç/Ünal Nurdoğan, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 35; Eren, s. 1374; Kılıçoğlu, s. 1003; Franko, s. 178 vd; Ercoşkun Şenol, s. 39.

etmektedir.¹¹ Bu sözleşme ile temel borç ilişkisinin alacaklısı alacağını, temel borç ilişkisinin dışındaki bir kişiyi devreder. Bu sebeple alacağın devri, alacağın özüne dokunduğu, alacağı alacaklının malvarlığından çıkararak yeni alacaklıya geçirmesi sebebiyle tasarruf işlemi niteliğindedir.¹² Bunun bir gereği olarak da devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekmektedir.¹³

Doktrinde hakim görüşe göre alacağın devri sebebe bağlı bir işlemdir.¹⁴ Bu görüşe göre alacağın devrinin sebebini oluşturan işlemin geçersizliği, alacağın devrini de etkileyerek onu geçersiz kılacak, bu sebeple devre ilişkin tasarruf işleminin yapılmış olması alacaklının değişmesine sebep olmayacaktır.¹⁵ Devir işleminin borçlandırıcı işlemde bağımsız olduğu yani soyutluk görüşünün kabulü halinde ise, devrin sebebini oluşturan taahhüt işleminin mevcut olmaması veya geçersizliği devrin geçerliliğini etkilemeyecek ancak devralan, devreden aleyhine sebepsiz olarak zenginleşecektir.¹⁶

Alacağın devri sözleşmesi alacağı devralan ve devreden arasında yapılır (TBK m. 183/1). Dolayısıyla alacağın devri sözleşmesinde borçlu, sözleşmenin tarafı olmadığı gibi onun rızasına da gerek yoktur (TBK m. 183/1). Devir ile birlikte alacağı devralan üçüncü kişi, alacaklı sıfatını kazanır.¹⁷

¹¹ Dayınlarlı, s. 71; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 561; Eren, s. 1376; Şafak, s. 35; Ercoşkun Şenol, s. 48.

¹² Dayınlarlı, s. 74; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 561; Eren, s. 1374; Kılıçoğlu, s. 1004; Aral, s. 94; Arıkan, s. 131; Turan, s. 58; Ercoşkun Şenol, s. 50.

¹³ Saibe Oktay Özdemir, "Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 57(1-2), 1999, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9066/113057>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 278; Kılıçoğlu, s. 1004; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 744; Turan, s. 58.

¹⁴ Peter Gauch/Walter R. Schlupe, verbessert und nachgeführt von, Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 9. Auflage, Schulthess Verlag, 2008, N. 3518, N. 3528; H. Tolunay Ozanemre Yayla, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği)*, Turhan Kitabevi, 2019, s. 63; Eren, s. 1376; Aral, s. 94; Arıkan, s. 137-138; Baş, s. 472; Yargıtay alacağın devri sözleşmesinin soyut bir işlem olduğunu kabul etmektedir. Y. 4. HD., E. 2021/13042 K. 2022/8294 T. 6.6.2022; Y. 15. HD., E. 2012/7462 K. 2013/5790 T. 25.10.2013. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 21 Nisan 2023.

¹⁵ Eren, s. 1377; Ercoşkun Şenol, s. 71; Arıkan, s. 136.

¹⁶ Özcan Günergök, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu*, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 72; Dayınlarlı, s. 93; Eren, s. 1377; Ozanemre Yayla, s. 358.

¹⁷ Kılıçoğlu, s. 1004; Baş, s. 471-472.

3. Şartları

Bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin temel husus olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcut olması alacağın devri için de temel şartı oluşturmaktadır (TBK m. 1/1). Bu sebeple tarafların alacağın devri hususundaki iradeleri karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır. Taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olmadığı durumda sözleşme yokluk yaptırımına tabi olacaktır.¹⁸

Sözleşmelere ilişkin bir diğer gerekli unsur ise emredici hüküm olarak düzenlenen TBK m. 27 hükmüdür. Bu kapsamda her sözleşme gibi alacağın devri sözleşmesi de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olamaz (TBK m. 27/1). Aksi halde sözleşme kesin hükümsüz olacaktır. Taraf iradelerinin muvazaalı olması durumunda da sözleşme geçersiz olacaktır.¹⁹ Ancak temel borç ilişkisinin muvazaalı olması durumunda, şayet alacağı devralan yazılı bir borç tanımına güvenerek söz konusu alacağı devralmışsa ona karşı temel borç ilişkisinin muvazaalı olduğu ileri sürülemeyecektir (TBK m. 19/2).

Alacağın devri için öncelikle mevcut bir borç ilişkisinden doğmuş alacağın varlığı gerekmektedir. Ancak doktrinde gelecekte doğacak alacaklar için de devrin yapılabileceği kabul edilmektedir.²⁰ Zamanaşımına uğramış borçların da alacağın devrine konu olması mümkündür.²¹ Zira zamanaşımına uğramakla eksik borç niteliğinde olan borcun söz konusu olduğu durumlarda da borç sona ermemekte ve alacak varlığını sürdürmekte ancak hukuk düzeni, bu alacağın borçludan dava ve takip yoluyla talep edilmesi imkanını vermemektedir.²²

¹⁸ Kocayusufoğlu, 580-581; Eren, s. 126; Kılıçoğlu, s. 81.

¹⁹ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: V/1,1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 196; Kılıçoğlu, s. 237. Muvazaanın yaptırımının yokluk olması gerektiği hakkında bkz. Eren, s. 401.

²⁰ Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2009, §84, N. 194; Günergök, s. 26; Schwenger, N. 90.27; Berger, N. 2184; Kılıçoğlu, s. 1005; Eren, s. 1382; Furrer/Muller-Chen/Çetiner, s. 745; Ercoşkun Şenol, s. 93-94. Gelecekteki alacakların ilk önce kimin hukuk alanında doğacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Eren, s. 1382.

²¹ Gökhan Şahan, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 8(15), Haziran 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/article/757610>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 408; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 572; Ercoşkun Şenol, s. 108.

²² Ayşe Arat, “Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(3-4), 2004, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26634/281101>>.

Alacağın devrine ilişkin ikinci şart ise söz konusu alacağın devrine engel olan bir hususun bulunmamasıdır. Bu durum kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi işin niteliği gereği mümkün olmamasından da kaynaklanabilir (TBK m. 183/1). Örneğin; TBK m. 619 düzenlenen bakım alacaklısının alacağı, işin niteliği gereği devredilemeyecek alacaklardandır.

4. Şekli

Kanuni ve yargısal devir bakımından alacağın devri herhangi bir şekil şartına tabi değildir²³ (TBK m. 185). Alacağın iradi devri bakımından ise TBK’da yazılı şekil öngörülmüştür (TBK m. 184). Yazılı şekil ile kastedilen adi yazılı şekildir.²⁴ Ancak taraflar sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında sözleşmeyi nitelikli yazılı şekil veya resmi şekle tabi tutabilirler.²⁵ Kanunda bir sözleşme için öngörülen şekil kural olarak geçerlilik şeklidir (TBK m. 12/1). Bu sebeple alacağın devri için öngörülen yazılı şekil geçerlilik şeklidir.²⁶ Geçerlilik şekline aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçersizlik yaptırımına tabidirler (TBK m. 12/2).

Alacağın devrinin hukuki sebebinin oluşturduğu devir taahhüdü ise herhangi bir şekil şartına tabi değildir (TBK m. 184/2). Kanunda alacağın devri sözü verme olarak adlandırılan ve tasarruf işlemi olan alacağın devrinden önce yapılan bu sözleşme tasarruf işleminin hukuki sebebinin oluşturduğu için bir ön sözleşme değildir.²⁷ Bir alacağın satış sözleşmesinin konusunu oluşturması da mümkündür.²⁸ Böyle bir durumda tasarruf işlemi olan alacağın devri sözleşmesinin hukuki sebebinin, satış sözleşmesi oluşturacak ve alacağın satışına ilişkin kanunda şekil şartı öngörülmediği için taraflar bu sözleşmeyi şekil serbestisi kapsamında diledikleri şekilde yapabileceklerdir. Ancak alacağın devrinin hukuki sebebinin bağışlama sözü verme oluşturmaktaysa bu durumda kanunda bağışlama sözü vermenin geçerlilik şeklinin yazılı şekil olmasından dolayı söz konusu borç doğuran işlemin TBK m. 288/1 hükmü

Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 194; Şahan, s. 403.

²³ Turan, s. 56-57; Arıkan, s. 133-134; Üçer, s. 438.

²⁴ Gümüş, s. 9 vd; Aral, s. 103; Arıkan, s. 139.

²⁵ Ozanemre Yayla, s. 226; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 567; Günergök, s. 59; Arıkan, s. 139; Üçer, s. 42.

²⁶ Gauch/Schluep, N. 3418; Şafak, s. 42; Eren, s. 1380.

²⁷ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 563; Eren, s. 1381; Franko, s. 182; Gümüş, s. 30; Günergök, s. 83.

²⁸ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 591; Ozanemre Yayla, s. 65; Ercoşkun Şenol, s. 254.

gereği yazılı şekilde yapılması gerekeceği kabul edilmektedir.²⁹

B. Spor Kulübü Alacaklarının Devri

1. Tarafları

Spor kulübü alacaklarının devri bakımından sözleşmenin taraflarından birini spor kulübü oluşturur. Zira alacağın devri işlemi daha önce ifade edildiği üzere bir tasarruf işlemidir ve devrin yapıldığı esnada devreden sıfatı alacağın üzerinde tasarruf yetkisi bulunan spor kulübüne ait olacaktır. Alacağı devralacak kişi bakımından ise kanunda bir sınırlama söz konusudur. SKSFK m. 20/8'e göre, spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri, yönetim kurulu üyelerine, bunların eşleri ve üçüncü dereceye kadar hısımlarına, çalışanlarına, yüzde beş ve üzeri pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerinin yüzde beş ve daha fazla pay sahibi olduğu şirketlere hak ve alacaklarını devredemez. Söz konusu hüküm emredici nitelikte olup bu kişilere alacağın devredilmesi yasaklanmıştır. Kanunda ifade edilen kişilerin kapsam dışına alınması ile çeşitli suiistimallerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır (SKSFK Gereğesi m. 20/6).

2. Şartları

Spor kulüplerinin alacaklarının devrine ilişkin yukarıda açıklanan hususların yanında SKSFK m. 20/4'te özel bazı şartlar düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm spor kulübü alacaklarının devri bakımından emredici hüküm niteliğindedir. Hüküm şu şekilde düzenlenmiştir:

“Spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri;

a) Bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde yirmi beşini aşan,

b) Mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonra doğacak ya da vadesi gelecek,

gelir ve alacaklarını üye sayısı on binden az olan spor kulüplerinde en az üye tam sayısının salt çoğunluğunun, üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinde üyelerin, spor anonim şirketlerinde ise sermayenin en az üçte birini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılacağı genel kurulda, spor kulüplerinde toplantıya katılanların en az dörtte üçünün,

²⁹ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 565; Eren, s. 1381. Devir sözü verme ile amaçlananın ne olduğuna bakılmaksızın yazılı şeklin kabul edilmemesi gerektiği hakkında bkz. Günergök, s. 85.

spor anonim şirketlerinde ise toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile devredebilir. Anılan devir oranı, mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonraki olağan dönemde doğacak veya vadesi gelecek olan gelir ve alacaklar yönünden hiçbir şekilde bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde ellisi oranını geçemez.”

Bu hükme göre spor kulübü ve anonim şirketleri bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde yirmi beşinin altında kalan gelir ve alacaklar için genel kurul kararı gerekmeksizin devir işlemi yapabilirler. Buna karşılık brüt gelirin yüzde yirmi beşini aşan bir gelir veya alacağın devri söz konusu ise genel kurul kararı gerekmektedir. Aynı sınırlama mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonra doğacak gelir ve alacakların devri için de söz konusudur. Maddede düzenlenen nitelikli genel kurul kararıyla yönetim kurulunun görev süresi ile sınırlı olmak kaydıyla herhangi bir temlik sınırlaması bulunmamaktadır.

Bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde yirmi beşini aşan veya mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonra doğacak ya da vadesi gelecek bir alacak veya gelir spor kulüpleri bakımından, üye sayısı on binden az olanlarda en az üye tam sayısının salt çoğunluğunun, üye sayısı on binden fazla olan kulüplerde ise toplantıya katılanların en az dörtte üçünün alacağı genel kurul kararı ile devredilebilir. Spor anonim şirketlerinde ise, sermayenin en az üçte birini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılacağı genel kurulda, toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile alacak ve gelirler temlik edilebilir.

Yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonraki dönemde doğacak veya vadesi gelecek olan gelir ve alacakların temlikleri bakımından, bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde ellisini aşması durumunda devir yasağı söz konusu olmaktadır. Bu oranı aşan alacaklar nitelikli genel kurul kararı alınsa da devredilemeyecektir.

Alacağın devrine ilişkin bir diğer tartışmayı içerisinde barındıran sebebe bağlılık ve soyutluk görüşünün de geçerlilik şartına yansımaya bakıldığında, sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiği durumlarda spor kulübü alacağının devrinin sebebini oluşturan taahhüt işleminin geçersizliği devir işlemini

de geçersiz yapacaktır. Soyutluk görüşünün kabul edilmesi durumunda ise spor kulübü alacağının devrinin sebebini oluşturan taahhüt işleminin geçersizliği devir sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Spor kulüplerinin alacağını devretme amacı genellikle üçüncü kişiye olan borcun ifası amacı gütmektedir. Bu kapsamda örneğin spor kulübü geçersiz bir satış sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek amacıyla üçüncü kişiden olan alacağını satıcıya devrederse, sebebe ilişkin hukuki işlemin geçersizliği alacağın devrinin geçersizliğine sebep olmayacaktır. Dolayısıyla satıcı spor kulübü aleyhine sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Sebebe bağlılık görüşüne göre ise hukuki sebepteki sakatlık, spor kulübünün alacağını devretmesine de sirayet ederek onun da geçersiz olmasına sebep olacaktır. Daha önce ifade ettiğimiz üzere alacağın devri sebebe bağlı bir işlem olduğu için spor kulübü alacaklarının devri bakımından da sebebe bağlılık ilkesi kapsamında hukuki sebepteki geçersizlik devrin de geçersizliği sonucunu doğuracaktır.³⁰

3. Şekli

Spor kulübü alacaklarının devri bakımından kanunda özel bir şekil şartı düzenlenmemiştir. Bu sebeple alacağın devrinin şeklini düzenleyen TBK'nın 184. maddesi kapsamında devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Söz konusu şekil daha önce ifade edildiği üzere geçerlilik şekli olduğu için yazılı şekilde yapılmayan alacağın devri sözleşmesi geçersiz olacak ve kural olarak hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Ancak doktrinde ileri sürülen görüşler kapsamında şekle aykırılık halinde devrin geçerliliği tartışılabilir. Devrin SKSFK'da düzenlenen emredici hukuk kurallarına uygun (örneğin belirtilen oranı aşmadan veya nitelikli çoğunluk sağlanarak yapılan devirlerde) ancak şekle aykırı olarak yapıldığı durumlarda sözleşmenin akıbeti şekle aykırılığın yaptırımına ilişkin doktrindeki görüşler çerçevesinde farklı olabilir. Doktrinde şekle uymamanın yaptırımına ilişkin "kesin hükümsüzlük (klasik görüş)", "kendine özgü geçersizlik", "yokluk", "eksik borç" ve "fiili sözleşme" görüşleri ileri sürülmektedir.³¹ Bu görüşlerden özellikle kesin hükümsüzlük ve kendine özgü geçersizlik görüşleri çalışma bakımından önem arz etmektedir.

³⁰ Ancak her iki görüş içinde doktrinde borçlu bakımından bir koruma söz konusudur. Buna göre ister sebebe bağlılık ister soyutluk görüşü kabul edilsin, alacağın devri devreden tarafından borçluya bildirilmiş ve borçlu da alacağı devralan üçüncü kişiye (sebebe bağlılık kapsamında alacağı devralamayan üçüncü kişiye) ifade bulunursa borcundan kurtulacaktır. Bkz. Heinrich Honsell, "Tradition und Zession - kausal oder abstrakt?", <http://honsell.at/pdf/FS_Wiegand.pdf>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 19-20; Ozanemre Yayla, s. 363.

³¹ Eren, s. 327 vd. Şekle aykırılığın yaptırımı bakımından yokluk, iptal edilebilirlik, kesin hükümsüzlük ve kendine özgü geçersizlik ayrımı için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 309-310.

Klasik görüş olarak adlandırılan kesin hükümsüzlük görüşüne göre geçerlilik şekline aykırı olarak yapılan sözleşmeler TBK m. 12/2 gereği kesin hükümsüzdür.³² Bu durum hakim tarafından resen dikkate alınır.³³ Kesin hükümsüzlük görüşünden sonra ortaya çıkan kendine özgü geçersizlik görüşüne göre, şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük değildir.³⁴ Bu görüşe göre şekle aykırılığın hakim resen dikkate almaz bunu sadece taraflar ileri sürebilir; bu sebeple de yaptırım olarak kesin hükümsüzlük değil kendine özgü geçersizlik (esnek butlan, nisbi butlan benzeri) yaptırımı söz konusu olur.³⁵ Yargıtay tarafından kabul edilen görüş ise şekle aykırılık bakımından kesin hükümsüzlük görüşüdür. Dolayısıyla Yargıtay, geçerlilik şekline aykırı sözleşmelerin hakim tarafından resen dikkate alınacağı ve kesin hükümsüzlük yaptırımı kapsamında geçersiz olduğunu kabul etmektedir.³⁶

III. SKSFK M. 20/4'E AYKIRI YAPILAN ALACAĞIN DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI

A. Yaptırımı

7405 sayılı Kanunun "Yürürlük" başlıklı 59. maddesi ile kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Bu durumda Kanun, yürürlük tarihi olan 26.04.2022 tarihinden sonraki alacağın devri işlemlerine uygulanacak olup, daha önceki devirlere uygulanmayacaktır. Devir tarihi alacağın devri sözleşmesinin yapıldığı tarihtir. Devir tarihi sözleşmede bulunması zorunlu olan bir unsur değildir. Fakat taraflar sözleşmede devir tarihine ilişkin kayıt koymuşlarsa tarafların sözleşmeye yazmış oldukları tarih devir tarihi olarak kabul edilmelidir. Devrin farklı bir tarihte yapıldığını iddia eden taraf ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190 kapsamında bunu ispatlamakla yükümlüdür.

Yürürlük tarihinden sonra yapılan sözleşmelerin SKSFK m. 20'de düzenlenen hükümlere aykırı olarak yapılması durumunda alacağın devri

³² Eren, s. 327; Kılıçoğlu, s. 200; Nomer, s. 67.

³³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 310; Eren, s. 327; Kılıçoğlu, s. 200.

³⁴ Eren, s. 329; Kılıçoğlu, s. 201.

³⁵ Eren, s. 329; Kılıçoğlu, s. 201; Kendine özgü geçersizliğin TMK m. 2/2 kapsamında kesin hükümsüzlük görüşü ile pratik bir farkının bulunmadığı hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 312-313.

³⁶ YHGK., E. 2017/963 K. 2019/955 T. 26.9.2019; Y. 3. HD., E. 2016/10019 K. 2018/1276 T. 19.2.2018; Y. 8. HD., E. 2014/6935 K. 2014/18281 T. 14.10.2014. <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 28 Nisan 2023.

sözleşmesinin geçersizliğine sebep olan unsur, işin niteliği veya sözleşme değil bizzat kanun hükmüdür. Zira SKSFK’da belirtilen alacak niteliği itibariyle kural olarak devrilebilecek bir alacaktır. Dolayısıyla ilgili hükümde aslında kural olarak devredilebilir olan bir alacağa getirilen devir yasağı söz konusu olmaktadır. Hükmün gerekçesine bakıldığında kulüplerin mali durumunun daha sağlıklı hale getirilmesi suretiyle doğrudan kulübün korunması amaçlanmaktadır (SKSFK Gerekçesi m. 20/2). Hükmün amacı ve niteliği dikkate alındığında borçlunun rızası olsa bile spor kulübünün kanunda belirtilen limitleri aşan miktarda alacağını devretmesi mümkün değildir. Dolayısıyla spor kulübünün alacağını SKSFK m. 20’de düzenlenen hükümlere aykırı olarak devretmesi, kanunun emredici hükümlerine aykırı olur.

Kanunun devrini yasaklamış olduğu alacakların devredilmesi durumunda bu devir geçersiz olacaktır.³⁷ SKSFK’da aykırı devirlerin yaptırımını düzenlenmemiş olsa da TBK m. 27 kapsamında emredici hükümlere aykırı olarak yapılan sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple SKSFK m. 20’de düzenlenen hükümlere aykırı olarak yapılan devir işlemleri taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmaz. Alacağın devrinin kanunda öngörülen yasağa rağmen yapılması durumunda hakim bu durumu resen dikkate alır.³⁸ Dolayısıyla kanunda belirtilen oranı aşan ve genel kurul kararı gereken hallerde buna aykırı olarak yapılan devir işlemlerinde yine kanunda öngörülen yüzde elli azami sınırını aşan devrin söz konusu olduğu durumlarda, uyuşmazlık başka bir sebebe dayansa bile hakim sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu resen dikkate almak durumundadır. Emredici hükümlere aykırılık kapsamında ifade edilen bu hususlarda tereddüt yaşanmasa da azami miktarı aşan devirler bakımından miktarın üst limite çekilip çekilemeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Genel olarak sözleşmenin bir kısmının emredici hükümlere aykırı olması durumunda kısmi hükümsüzlük kapsamında incelenen ve kanuni miktarı aşan edimler bakımından azami oran

³⁷ Claire Huguenin, *Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2014, N. 1359; Duygu Eraslan, *Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri*, Ali Şafak/Duygu Eraslan/Evren Baklacı Çakıroğlu/Mustafa Ünlütepe/Tuğçe Öztürk Almaç/Ünal Nurdoğan, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 42; Berger, N. 2100; Schwenger, s. N. 90.26; Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 574; Eren, s. 1385; Fuller/Muller-Chen/Çetiner, s. 748; Ozanemre Yayla, s. 191. Sözleşmeye dayanan devir yasağına aykırı devirler için bkz. Burcu Erbayraktar, *Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum de non cedendo)*, On İki Levha Yayıncılık 2021, s. 373 vd.; Eren, s. 1385; Kılıçoğlu, s. 1010.

³⁸ Berger, N. 2100; Gauch/Schluemp, N. 3434; Eren, s. 1385; Ozanemre Yayla, s. 190; Günergök, s. 28.

esas alınarak sözleşmenin ayakta tutulması ve *değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük* olarak adlandırılan yaptırımın uygulanabileceği savunulmaktadır.³⁹ Söz konusu yaptırım türüne göre sözleşmenin hükümsüz olmayan kısımları ile sözleşme geçerli kabul edilmekte ve geçersiz hüküm yerine ikame edilecek emredici veya tamamlayıcı bir hüküm mevcutsa o hüküm ile, mevcut olmaması durumunda ise tarafların farazi iradelerine uygun olarak tamamlama veya sözleşmede kanunun öngördüğü sınırı aşan hususların kanunda öngörülen sınıra çekilmesi yoluyla sözleşme geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır.⁴⁰ Emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralının sözleşme içeriğine alınmasında sözleşmenin hükümsüz olan kısmının yerini alacak bu hükümlerin sözleşmenin kalanı ile uyum içinde olması gerekmektedir.⁴¹

Doktrinde de alacağın devrinin üst limit ile kanun tarafından sınırlandırıldığı durumlarda üst limiti aşan miktarın geçersiz olduğu, üst limitin altında kalan miktarın ise geçerli olacağı kabul edilmiştir.⁴² Kanaatimizce de sözleşmenin ayakta tutulması amacıyla özellikle kanunda belirtilen oranı

³⁹ Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık 2011, s. 209; Eren, s. 382-383; Türk hukukunda bu duruma sebep olan etkenlerden bir tanesi de özellikle TTK m. 1530/1’de düzenlenen yaptırımının genel olarak adi işler bakımından da kıyasen uygulanabileceğinin kabulünden kaynaklanmaktadır. Bkz. Kırkbeşoğlu, s. 38-39; TTK m. 1530/1 hükmünün adi işler bakımından uygulanamayacağı yönünde bkz. Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 2018, s. 97; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, “TTK m. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl: 6(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk/issue/64383/929545>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 574. Söz konusu yaptırım türü durum özel bazı düzenlemelere de konu olmuştur. Örneğin 11.06.2022 Resmî Gazete tarihli 7409 sayılı kanun ile TBK’ya eklenen geçici madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Konut kiraları bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.”

⁴⁰ Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1988, s. 154; Ahlaka aykırı aşırılığın söz konusu olduğu durumlar bakımından değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilirliği hakkında bkz. Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle B.K. 65 Kuralı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 218 vd.; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, 2007, s. 293 vd.

⁴¹ Ateş, s. 288-289.

⁴² Ercoşkun Şenol, s. 120; Ozanemre Yayla, s. 193-194.

aşan miktarlar bakımından azami oran esas alınabilir. Dolayısıyla söz konusu yaptırım türünün spor kulübü alacakları bakımından da dikkate alınması suretiyle kanunda ifade edilen yüzde yirmi beş ve yüzde elli olarak kabul edilen miktarları aşan devir sözleşmelerinde sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olarak kabul edilmesi yerine miktarın azami limitlere çekilmesi ve aşan kısmın hükümsüz kabul edilmesi daha doğru olacaktır.

Bazen devir yasağı sebebiyle geçersizlik, kulüplerin faaliyet gösterdiği ve üyesi olması sebebiyle uymakla yükümlü olduğu uluslararası kuruluşların düzenlemelerinden de kaynaklanabilir. Özellikle spor kulüplerinin uluslararası turnuvalardan elde ettiği gelirler bakımından özel düzenlemeler söz konusu olabilmektedir. Örneğin UEFA'nın "*Regulations of the UEFA Champions League*", "*Regulations of the UEFA Europa League*" ve "*Regulations of the UEFA Europa Conference League*" isimli düzenlemelerinin her birinde mevcut olan mali hükümler kapsamındaki 60.03 maddesine⁴³ göre, UEFA tarafından yazılı olarak yetkilendirilmedikçe, bir kulüp turnuva katılımından herhangi bir üçüncü tarafa fayda sağlayamayacaktır. Dolayısıyla TFF'nin üyesi olan ve futbol alanında faaliyet gösteren kulüplerin bu kurala uyması zorunludur (TFF Statüsü m. 13/1-a). Bu sebeplerle, kulüplerin UEFA turnuva gelirlerini UEFA'dan yazılı onay almaksızın üçüncü taraflara devretmesi hukuken mümkün değildir.

B. Borçlunun Hak ve Yükümlülükleri

Spor kulübü alacaklarının devrinin geçersiz olduğu durumlarda özellikle borçlunun ifası önem arz eder. Zira geçersiz bir alacağın devrine dayanarak alacağı devralan alacaklı, borçludan alacağı talep ettiğinde borçlu bakımından ifanın kime yapılacağı hususunda tereddüt yaşanabilir. Yine borçlunun geçersiz olarak alacağı devralan kişiye borcunu ifa etmesi durumunda karşılaşılabileceği hukuki sorun uyuşmazlık konusu olabilecektir.

Kanunen yasaklanan alacağın devri sebebiyle borçlunun birtakım hakları söz konusu olmaktadır. Öncelikle alacağın geçersiz bir devir işlemi ile üçüncü kişiye devredilmesi durumunda borçlunun geçersiz olan bu işlemde haberi olmadığı durumlarda uyuşmazlık söz konusu olmaz ve temel ilişkideki alacaklıya borcunu ifa etmesiyle borcu sona erer. Zira geçerli bir alacağın devrinin söz konusu olduğu durumlarda dahi borçluya bildirim yapılmamışsa borçlu iyiniyetli olarak önceki alacaklıya yapmış olduğu ifa ile borcundan

⁴³ "Unless so authorised by UEFA in writing, a club may not assign benefits from its participation in the competition to any third party." <www.uefa.com>, Erişim Tarihi: 22 Nisan 2023.

kurtulur (TBK m. 186/1). Geçersiz olarak yapılan alacağın devri sözleşmesi, alacaklı sıfatını değiştirmeyeceği için borçlu zaten ifayı alacaklıya yapmış olur.

Borçlu, kendisine geçersiz olarak devredilen alacağın yeni alacaklısı olduğunu iddia eden kişinin ifayı talep etmesi durumunda da borcu ona ifa etmekle yükümlü değildir. Zira daha önce ifade edildiği üzere SKSFK m. 20'deki kurallara aykırılık halinde devir işlemi geçersiz olur ve bu durum hakim tarafından resen dikkate alınacağı gibi herkes tarafından da ileri sürebilir. Dolayısıyla borçlunun ifayı reddetmesi onun borçlu temerrüdüne düşmesine sebep olmaz.

Borçlu, alacağın alacaklısına ilişkin çekişmenin söz konusu olduğu durumlarda ise ifadan kaçınabilir ve alacağın konusunu hakim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan kurtulabilir (TBK m. 187/1). Bu sebeple spor kulübü ve yeni alacaklı arasında alacağın kime ait olduğuna ilişkin çekişmenin söz konusu olduğu durumlarda borçlu, tevdi yoluyla borcundan kurtulabilir. Eğer borçlu, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği halde ifade bulunursa, bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur (TBK m. 187/2). Yani borçlu gerçek hak sahibine ifade bulunmadığı için borç sona ermeyecek ve borçlu bu sebeple gerçek hak sahibi olan spor kulübüne ifade bulunmak zorunda kalacaktır. Geçerli olmayan devir sözleşmesi sonucunda alacağın devrinin borçluya alacaklı tarafından bildirilmesi üzerine borçlunun iyi niyetli olarak borcunu sözde alacaklıya ifa etmesi durumunda borcundan kurtulacağı zira bu durumda alacaklı tarafından borçlunun sözde alacaklı üçüncü kişiye ödeme yapılması hususunda yetkilendirildiği kabul edilmektedir.⁴⁴ Spor kulübünün gelirlerini daha önce ifade edildiği üzere müsabaka gelirleri gibi bağlı olduğu üst kuruluştan olan alacakları da oluşturmaktadır. Bu durumda üst kuruluş olan borçlu federasyon, devir işleminin geçerli olarak yapıp yapılmadığını ve spor kulübünden bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirlerini, nitelikli genel kurul kararını, görevdeki yönetim kurulunun görev süresi ile devredilecek alacakların miktarının kanunda belirtilen sınırlamalara uygun olup olmadığını kontrol etmelidir. Zira üst kuruluş olan federasyonun devir evraklarını talep edemeyeceği gibi sebeplerle iyi niyet savunmasında bulunması mümkün olmamalı alacaklı sıfatı olmayan kişiye yapacağı ifa sebebiyle sorumluluğunun doğacağını kabul edilmesi gerekir.

⁴⁴ Peter Gauch/ Walter Schlupe/ Jörh Schmid/ Heinz Rey, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II*, 8. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2008, N. 3703; Günergök, s. 146

Borçluya spor kulübü alacaklılarının İcra İflas Kanunu (İİK) m. 89/1 kapsamında haciz ihbarnamesi göndermesi de söz konusu olabilir. Bu durumda devir ve ihbarname tarihi önem arz etmektedir. Örneğin TFF'nin borçlu, spor kulübünün alacaklı olduğu bir durumda; kulüp tarafından sunulan devir sözleşmesi ile kanun uyarınca devrin geçerliliğinin tespit edilmesi için gerekli belgeler TFF tarafından incelenip devir işleminin geçerli olduğunun tespit edilmesinin sonrasında, TFF'ye ilgili kulüp aleyhine devir sözleşmesinden sonraki tarihli İİK m. 89/1 haciz ihbarnamesi gelmesi durumunda, TFF'nin devrin gereğini yerine getirmesi gerekir. Bu durumda alacağın devrinin geçerliliği ile ilgili bir şüphe bulunmamaktadır ve alacaklı sıfatı devralandır. Zira alacağın devri ile spor kulübünün alacak üzerindeki hakkı sona ermektedir. Borçlu TFF, böyle bir durumda söz konusu ihbarnameye kulübün alacaklı olmaması sebebiyle itiraz edebilir. TFF geçerli alacağın devri sözleşmesinin gereğini yerine getirdikten sonra, spor kulübünün alacağının kalması durumunda ise, üçüncü kişinin alacağını icra dairesine ödemelidir.

TFF'nin belge eksikliği gibi sebeplerle geçerlilik incelemesini gerçekleştiremediği esnada, TFF'ye ilgili kulüp aleyhine alacağın devri sözleşmesinden sonraki tarihli İİK m. 89/1 haciz ihbarnamesi gelmesi durumunda, ihbarnamenin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde devir işleminin geçerliliğini ispatlamaya yarayacak belgeler TFF tarafından kulüpten talep edilmeli ve bu belgeler kulüp tarafından TFF'ye iletilmelidir. TFF, bu belgeleri inceleyip devir işleminin geçerli olduğunu tespit ederse, devrin gereğini yerine getirmelidir. Daha sonra kulübün alacağı kalması halinde TFF, üçüncü kişinin alacağını icra dairesine ödemelidir. Ancak kulüp tarafından alacağın devri işleminin geçerliliğini ispatlayan belgelerin belirtilen yedi günlük sürede sunulmaması gibi sebeplerle TFF'nin geçerlilik incelemesi yapmadığı durumda, alacağın devri sözleşmesinin dolayısıyla devir işleminin geçerliliği ile ilgili bir şüphe ortaya çıkmaktadır. Borçlu TFF, alacaklıyı tespit edemediğinden İİK m. 89/1 ihbarnamesine itiraz hususunda tereddüt yaşayacaktır. Dolayısıyla alacaklının takip alacaklısı mı yoksa temlik alacaklısı mı olduğunun tespit edilememesi sebebiyle TFF, alacağın çekişmeli olduğu durumlara ilişkin TBK m. 187/1 hükmü gereği ifadan kaçınarak borcu hakim tarafından belirlenen yere tevdi ederek borcundan kurtulur.

TFF'ye İİK m. 89/1 haciz ihbarnamesi geldikten sonra takip tarihinden daha eski tarihli bir alacağın devri sözleşmesinin ulaştırılması da olasıdır. Böyle bir durumda TFF tarafından takip alacaklısının hakkını zedelemeye yönelik bir işlem olup olmadığı ve yedi günlük süre içerisinde devrin geçerli

olup olmadığına tespitinin çok güç olacağı dikkate alındığında, borçlu TFF'nin yine TBK m. 187/1 kapsamında tevdi mahalline ödeme yaparak borçtan kurtulabileceğinin kabulü yerinde olur.

SONUÇ

Bir borç ilişkisinde alacaklı sıfatının değişmesi sonucunu doğuran hukuki işleme alacağın devri denir. Alacağın devri tasarrufu bir işlem olup, yazılı şekil şartına tabidir. Alacağın devri sebebe bağlı bir işlem olup devrin hukuki sebebini oluşturan taahhüt işleminin geçersizliği devrin de geçersiz olmasına sebep olacaktır. Şekil şartı dışında alacağın devri için gerekli bir diğer şart ise alacağın devrine engel bir durumun söz konusu olmamasıdır. Bu durum kanundan, sözleşmeden veya işin niteliğinden kaynaklanabilir.

Devrin kanundan kaynaklanan bir engeli SKSFK m. 20/4'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre spor kulübü ve anonim şirketleri bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin yüzde yirmi beşini aşan gelir veya alacağını devredebilmesi için üye sayısı on binden az olan spor kulüplerinde en az üye tam sayısının salt çoğunluğunun, üye sayısı on binden fazla olan spor kulüplerinde üyelerin, spor anonim şirketlerinde ise sermayenin en az üçte birini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılacağı genel kurulda, spor kulüplerinde toplantıya katılanların en az dörtte üçünün, spor anonim şirketlerinde ise toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu gerekmektedir. Maddede düzenlenen nitelikli genel kurul kararıyla yönetim kurulunun görev süresi ile sınırlı olmak şartıyla herhangi bir devir sınırlaması bulunmamaktadır. Yönetim kurulunun görev süresinin dolmasından sonraki alacakların ancak yüzde elli oranına kadar olan kısmı maddede düzenlenen nitelikli genel kurul kararı ile temlik edilebilecek ve bu oranı aşan miktar bakımından ise devir yasağı söz konusu olduğu için nitelikli genel kurul kararı alınsa da devre konu edilemeyecektir.

SKSFK m. 20/8'de düzenlenen bir diğer sınırlama alacağı devralacak kişi bakımından düzenlenmiştir. Spor kulüplerinin ve spor anonim şirketlerinin hak ve alacaklarını, yönetim kurulu üyelerine, bunların eşleri ve üçüncü dereceye kadar hısımlarına, çalışanlarına, yüzde beş ve üzeri pay sahiplerine ve yönetim kurulu üyelerinin yüzde beş ve daha fazla pay sahibi olduğu şirketlere devretmesi yasaklanmıştır.

SKSFK m. 20/4 ve 20/8'deki düzenlemeler emredici nitelikte olduğundan, bu hükümlere aykırı olarak yapılan devirler hükümsüzdür. Ancak *değiştirilmiş*

kısmi hükümsüzlük görüşünün uygulanmasıyla diğer geçerlilik şartlarını taşıyan ancak SKSFK m. 20/4'te belirtilen oranı aşan devirler bakımından, aşan kısım geçersiz kabul edilerek sözleşme üst limit üzerinde geçerli kabul edilebilecektir. Böylece sözleşmenin üst limiti aşan kısmı kesin hükümsüz olacak, altında kalan kısmı ise geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır.

SKSFK m. 20/4'te getirilen emredici kurallara aykırı devir sözleşmesinin yapılması durumunda özellikle borçlunun hak ve yükümlülükleri de önem arz eder. Alacağın geçersiz bir devir işlemi ile üçüncü kişiye devredilmesi durumunda borçlunun geçersiz olan bu işlemden haberi olmadığı durumlarda zaten uyuşmazlık söz konusu olmaz ve temel ilişkideki alacaklıya borcunu ifa etmesiyle borç sona erer. Zira alacağın devri hükümsüz olduğu için mevcut alacaklının sıfatı değişmez, ona yapılan ifa da borcu sona erdirir.

Spor kulübü ve yeni alacaklı olduğu iddiasında bulunan kişi arasında alacağın kime ait olduğuna ilişkin çekişme varsa borçlu, tevdi mahalli tayin ettirerek oraya yapılan ödeme ile borçtan kurtulur. Ancak borçlu, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği halde ifade bulunursa, gerçek hak sahibi olan alacaklıya ayrıca ödeme yapmak zorunda kalır.

Borçluya spor kulübünün alacaklıları tarafından haciz ihbarnamesi gönderilebilir. Böyle bir durumda borçlunun geçerli alacağın devri sözleşmesinin ve dürüstlük kuralının gereğini yerine getirmesi gerekir. Örneğin TFF'nin borçlu, spor kulübünün alacaklı olması varsayımında, TFF'ye kulüp tarafından sunulan devir sözleşmesi ile kanun uyarınca devrin geçerliliğinin tespit edilmesi için gerekli belgeler TFF tarafından incelenip devir işleminin geçerli olduğunun tespit edilmesinin sonrasında, devir sözleşmesinden daha sonra tarihli İİK m. 89/1 haciz ihbarnamesi gelmesi durumunda, TFF'nin devrin gereğini yerine getirmesi gerekir. Bu olasılıkta alacağın devri işlemi geçerli olarak yapıldığı için spor kulübünün alacaklı sıfatı ihbarname tarihi itibarıyla mevcut olmamakta ve alacak hakkı da bulunmamaktadır. TFF, böyle bir durumda söz konusu ihbarnameye kulübün alacaklı olmaması sebebiyle itiraz edebilir. TFF geçerli alacağın devri sözleşmesinin gereğini yerine getirdikten sonra, spor kulübünün alacağının kalması durumunda ise, üçüncü kişinin alacağını icra dairesine ödemelidir.

TFF'nin belge eksikliği gibi sebeplerle geçerlilik incelemesini gerçekleştiremediği esnada, spor kulübü aleyhine alacağın devri sözleşmesinden sonraki tarihli İİK m. 89/1 haciz ihbarnamesi gelmesi durumunda, ihbarnamenin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde devir

işleminin geçerliliğini ispatlamaya yarayacak belgeler TFF tarafından kulüpten istenmeli ve bu belgeler kulüp tarafından TFF'ye iletilmelidir. TFF, bu belgeleri inceleyip devir işleminin geçerli olduğunu tespit ederse, devrin gereğini yerine getirmelidir. Daha sonra kulübün alacağı kalması halinde TFF, üçüncü kişinin alacağını icra dairesine ödemelidir. Ancak kulüp tarafından alacağın devri işleminin geçerliliğini ispatlayan belgelerin yedi günlük sürede sunulmaması gibi sebeplerle TFF'nin geçerlilik incelemesi yapamadığı durumda, alacağın devri sözleşmesinin dolayısıyla devir işleminin geçerliliği ile ilgili bir şüphe ortaya çıkmaktadır. Borçlu TFF, alacaklıyı tespit edemediğinden ihbarnameye itirazın haklı olup olmayacağı hususunda kesin kanaate ulaşamayacaktır. Bu durumda, alacağın çekişmeli olduğu durumlara ilişkin TBK m. 187/1 hükmü gereği ifadan kaçınarak borcu hakim tarafından belirlenen yere tevdi ederek borcundan kurtulacağının kabulü gerekir.

TFF'ye İİK m. 89/1 haciz ihbarnamesi geldikten sonra takip tarihinden daha eski tarihli bir alacağın devri sözleşmesinin ulaştırılması da olasıdır. Böyle bir durumda TFF tarafından takip alacaklısının hakkını zedelemeye yönelik bir işlem olup olmadığı ve yedi günlük süre içerisinde devrin geçerli olup olmadığının tespitinin çok güç olacağı dikkate alındığında, borçlu TFF'nin yine TBK m. 187/1 kapsamında tevdi imkanı sonucu borçtan kurtulabileceğinin kabulü yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya O G/Topuz M, *Medeni Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Cilt I*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aral F, “Topyekün Temlik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 42(1), 1992, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/73791/1217842>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 93-140.
- Aslan M, *Spor Anonim Şirketleri*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Arat A, “Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(3-4), 2004, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26634/281101>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 193-228.
- Arıkan M, “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(1), 2005, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26635/281108>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 129-155.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018.
- Ateş D, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, 2007.
- Baş S, “Alacağın Devrinde İptal Hakkının Devralana Geçip Geçmeyeceği Meselesi”, *Adalet Dergisi*, (69), 2022, <<https://dergipark.org.tr/pub/adaletdergisi/issue/73791/1217842>> Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 469-490.
- Başpınar V, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1988.
- Baygın C/ Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri – I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Berberoğlu Yenipınar F, *Alacağın Temliki ve Borcun Nakli*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Berger B, *Allgemeines Schuldrecht*, Stämpfli Verlag AG, 2008.

- Dayınlarlı K, *Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti, 2000.
- Dural M/ Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2022.
- Ege Ö, *Türk Medeni Hukuku'na Göre Spor Kulüpleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Eraslan D, *Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri*, Ali Şafak/Duygu Eraslan/Evren Baklacı Çakıroğlu/Mustafa Ünlütepe/Tuğçe Öztürk Almaç/Ünal Nurdoğan, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 49-88.
- Erbayraktar B, *Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum de non cedendo)*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ercoskun Şenol K, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2021.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınevi 2019.
- Franko N, “Alacağın Temliki”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49(1), 1994, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3114/43194>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 177-197.
- Furrer A/Muller-Chen M/Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Gauch P/Schluep W R/Schmid J/ Rey H, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II*, 8. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2008.
- Gauch P/Schluep W R, verbessert und nachgeführt von, Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 9. Auflage, Schulthess Verlag, 2008.
- Gümüş, M A, “Alacağın Temliki Sözleşmesinin Şekli”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2011, <<https://jurix.com.tr/article/3986>>, Erişim Tarihi 22 Nisan 2023, s. 9- 34.
- Günnergök Ö, *Alacağın Devrinde Borcunun Hukuki Durumu*, Vedat Kitapçılık, 2014.

- Hatemi H/Gökyayla, K. E, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle B.K. 65 Kuralı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.
- Helvacı S/Erlüle F, *Medeni Hukuk*, 8. Bası, Legal Yayıncılık, 2022.
- Honsell H, “Tradition und Zession - kausal oder abstrakt?”, <http://honsell.at/pdf/FS_Wiegand.pdf>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 1-24.
- Huguenin C, *Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- Karaahmetoğlu İ Ö, “TTK m. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Yıl: 6(2), 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ybuhukuk/issue/64383/929545>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 565-610.
- Kaşdaş S K, “Alacağın Temliki ve Temlikte Borçlunun Durumu Hakkında Bir İnceleme”, *Adalet Dergisi*, Yıl: 45(11), 1954, s. 1310-1320.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Turhan Kitabevi, 2020.
- Kırkbeşoğlu N, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku-Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 2017.
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2009.
- Nomer H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Beta Yayınevi, 2020.
- Oğuzman M K/ Barlas N, *Medeni Hukuk*, 27. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Oğuzman M K/Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, Vedat Kitapçılık 2017. (Cilt I)
- Oğuzman M K/Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, Vedat Kitapçılık

2017. (Cilt II)
- Oktaç Özdemiş S, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 57(1-2), 1999, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9066/113057>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 265-299.
- Ozanemre Yayla H. T, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği)*, Turhan Kitabevi, 2019.
- Özkan C, *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2006.
- Şafak A, *Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri*, Ali Şafak/Duygu Eraslan/Evren Baklacı Çakıroğlu/Mustafa Ünlütepe/Tuğçe Öztürk Almaç/Ünal Nurdoğan, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021, s. 31-48.
- Şahan G, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin Hukuki Niteliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 8(15), Haziran 2020, 8(15), Haziran 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/article/757610>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 401-421.
- Turan R, “Teminat Altına Alınmış Alacakların Devri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 12(45), Ocak 2021, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/59541/856452>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 53-76.
- Üçer M, “Roma Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(3), 2005, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42638/514025>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2023, s. 397-443.
- von Tuhr A/Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I*, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**HAKEM KARARLARININ AIHS 1 NO'LU EK PROTOKOL 1'NCİ
MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ VE AIHM'NİN
BTS HOLDING, A.S. V. SLOVAKYA KARARINA GENEL BAKIŞ**

THE OVERVIEW OF THE ARBITRAL AWARDS UNDER ARTICLE
1 OF THE ADDITIONAL PROTOCOL NO. 1 .TO ECHR AND *BTS
HOLDING, A.S. V. SLOVAKYA* JUDGMENT OF ECtHR

Belkis VURAL ÇELENK* 

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1218234](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1218234) 

*Nihai ve bağlayıcı hakem kararlarında yer alan bir alacağın, alacak sahibinin mülkiyet hakkının bir parçası olduğu hem doktrinde hem de yargı kararlarında kabul edilmektedir. AIHM de yakın zamanda yabancı hakem kararlarının AIHS'ye taraf bir devlette keyfi olarak tenfiz edilmemesini 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddesinin ihlali saymış ve hakem kararlarının mülkiyet hakkı bağlamındaki önemini tekrar teyit etmiştir. Özellikle taraf bir devlette keyfi şekilde hakem kararının tenfiz edilmemesinin kamu yararı ile mülkiyet hakkı sahibinin kişisel yararı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozduğuna vurgu yapmıştır. Bu çalışmada ilk olarak 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddede teminat altına alınan mülkiyet hakkı ele alınacak olup ikinci kısımda ağırlıklı olarak AIHM'nin 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddesi uyarınca hakem kararlarına yaklaşımı ve yakın tarihli *BTS Holding, A.S. v. Slovakya* kararı değerlendirme konusu yapılacaktır.*

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet hakkı, hakem kararı, tenfiz, AIHM, adil denge.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı /ANKARA, e-posta: vuralbelkis@gmail.com
ORCID: 0000-0003-0376-0147, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1218234

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ABSTRACT

Both in the scholar works and judicial decisions, a claim in a final and binding arbitral award is accepted under property rights of the claim owner. An arbitrary non-enforcement of foreign arbitral awards in a state party to ECHR was deemed violation of Article 1 of Additional Protocol No. 1 by ECtHR and the Court recently once again confirmed the importance of arbitral awards in the context of property rights. In particular, the Court emphasized that the arbitrary non-enforcement of an arbitral award in a state party upsets the fair balance which must be considered between the public interest and the personal interest of the owner of the property right. In this study, in the first part, the right to property guaranteed in the Article 1 of Additional Protocol No. 1 will be examined and in the second part, the approach of the ECtHR to arbitral awards as regards with Article 1 of Additional Protocol No. 1 and the recent *BTS Holding, A.S. v. The Slovakia* decision will be evaluated.

Keywords: The right to property, arbitral award, enforcement, ECtHR, fair balance.

EXTENDED ABSTRACT

An enforceable award is one of the primary reasons for the preference of international arbitration. An arbitral award that has not been voluntarily performed will inevitably intersect with national courts. The parties may apply to national courts to ask for the enforcement of the concerned arbitral award under the system of New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. However, the rejection of any enforcement request by the national courts may have negative effects on the property rights of concerned party/parties to the arbitral award.

The right to property is guaranteed as a fundamental right both in Turkish Constitution and in the European Convention on Human Rights (ECHR). Accordingly “everyone has the right to property”. The state will refrain from interfering with the right to property of a person but at the same time effective exercise of this right is to be ensured. The European Court of Human Rights (ECtHR) in its practice has rendered some decisions holding the state(s) responsible for the lack of measures facilitating the exercise of the right to property based on the positive obligations of a state arising from the ECtHR.

According to ECtHR, to consider whether there is an intervention in a person's property rights, there should be expected benefit in terms of property rights and the actions or measures taken by government authorities should have a negative impact on the person's enjoyment of that benefit. For instance a decrease in the value of a property caused by an administrative action and the issuance of legal measures that prevent the enforcement of an arbitration decision can be examples which might constitute an intervention to the right to property in this context.

A claim in a final and binding arbitral award is accepted under property rights of the claim owner. The ECtHR accepts that the protection of property rights comes into play

when there is a binding and enforceable judicial or arbitral award regarding a claim and the Court assesses whether there is a violation based on the interference.

According to the decisions of the ECtHR, the national courts cannot have an unlimited approach in rejecting the enforcement of arbitration awards. The issue of property rights has been addressed in the same direction in the ECtHR case law. It is important to assess the implications of the ECtHR attitude in this regard. ECtHR questions whether an interference with property is relied on law, whether the interference serves the public interest in cases where it is accepted lawful and whether a proportional balance is provided between the protection of the public interest and the personal interests of the property owner. In this sense ECtHR accepts the violation of the individual's property rights when a fair balance is not achieved, especially when the balance is disrupted against the property owner's interests in favor of protecting the public interest.

As mentioned above a claim in a final and binding arbitral award is recognized by the ECtHR under Art. 1 of Protocol No. 1. Particularly arbitrary refusal of enforcement of foreign arbitration awards by national courts leads to a violation of the ECHR. In the recent case of *BTS Holding, A.S. v. Slovakia*, the ECtHR considered the refusal of enforcement of an ICC arbitration award by a state court as an interference with the right to property and ruled a violation of Art. 1 of Protocol No. 1.

It is essential for contracting states to ECHR to establish adequate legal mechanisms and ensure their effective functioning for the enforcement of final and binding arbitration awards. Particularly, considering the facilitation of enforcement provided by the New York Convention, it is appropriate for state courts to apply prudently the grounds for rejection.

GİRİŞ

Mülkiyet hakkının temel hak ve hürriyetlerden olduğu Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında¹ teminat altına alınmış ve bu hak Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu farklı uluslararası metinlerde düzenlenmiştir. Bugünkü anlayış ile mülkiyet hakkının kapsamı oldukça geniştir. Somut ve soyut pek çok malvarlığı mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilir. Özellikle lehine alacak hakkı sağlayan taraf için, mahkeme ya da hakem kararlarının mülkiyet hakkına dâhil olması sıklıkla ele alınmaktadır.

Yapılan tahkim yargılaması sonucunda tarafların icra edilebilir bir

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Mülkiyet hakkı” başlıklı 35. maddesi şu şekildedir: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

karar elde edeceklerine olan güven, milletlerarası tahkimin tercih edilme nedenlerinin başında gelmektedir. Her ne kadar ideal olan durum, hakem kararı verildikten sonra tarafların bu kararı gönüllü şekilde yerine getirmeleri olsa da gönüllü olarak yerine getirilmeyen ya da getirilmek istenmeyen bir hakem kararının devlet mahkemeleri ile yolunun kesişmesi kaçınılmazdır. Devlet mahkemelerinin ise hakem kararlarının icrasını engellemekte sınırsız bir tutum içerisinde olamayacakları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)² kararlarında mülkiyet hakkı bağlamında aynı doğrultudaki içtihatlarla ele alınmıştır. AİHM'nin bu yaklaşımının değerlendirilmesi önem arz eder.

Aşağıda ilk bölümde çalışmanın kapsamı yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddesi ile sınırlı tutularak mülkiyet hakkı genel şekilde ele alınacak olup Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına ilişkin tutumu ve içtihatlarına çalışmada yer verilmeyecektir. Ayrıca mülkiyet hakkına ilişkin değerlendirmelerin tamamını vermek çalışma konusunun kapsamını aşacağından yalnızca ele aldığımız hususlarla yakından ilgili olduğunu düşündüğümüz kararlara atıfta bulunulacaktır. Bununla birlikte çalışmanın ikinci bölümünde hakem kararlarını mülkiyet hakkı kapsamında değerlendiren AİHM kararlarına değinilecek ve oldukça yakın zamanda yine AİHM'ce verilmiş bir karar olan *BTS v. Slovakya* kararı değerlendirilecektir.

I. AİHS VE 1 NOLU EK PROTOKOL

A. Genel Olarak AİHS

Avrupa Konseyi (*Conseil de l'Europe*) üyesi devletlerin temsilcilerince 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, bilinen adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)³ 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir.

AİHS özü itibariyle 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde⁴ düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin Konsey üyesi devletlerde etkin olarak uygulanmasını sağlamayı amaçlar. Avrupa Konseyi üye devletlerin AİHS'ye uyma taahhüdü, sözleşmenin

² Çalışma genelinde AİHM kullanılacaktır. AİHM hakkında detaylı bilgi için bkz. <<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/43-avrupa-insan-haklar-mahkemesi/>>Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

³ Avrupa Konseyi üyesi tüm ülkeler bu sözleşmeye taraftır. <<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

⁴ Beyanname hakkında bkz.<https://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

uygulanması olan AİHM mekanizması sayesinde denetim altındadır⁵. AİHM'nin içtihatlarında sözleşmede yer alan temel hak ve hürriyetlerin korunmasında her hak için ayrı olacak şekilde devletlerin üzerine düşen yükümlülükler açısından yaptığı değerlendirmeler sözleşmenin uygulaması açısından oldukça önemlidir⁶.

Uluslararası insan hakları hukukunda genel olarak insan haklarına karşı devletin yükümlülüğü üçe ayrılır. Bunlar “saygı duymak”, “korumak” ve “gerçekleştirmek” şeklindedir⁷. Devletin saygı duyma yükümlülüğü, devletin temel hak ve özgürlüklere haksız şekilde müdahalede bulunmaktan kaçınmasını gerektirir. Koruma yükümlülüğü bağlamında da devletler bireylerin temel hak ve özgürlüklerini üçüncü şahısların müdahalelerinden korumalıdır. Son olarak gerçekleştirme yükümlülüğünde ise devlet bu hak ve özgürlüklerden ilgililerin faydalanabilmesi için gerekli hukukî tedbirleri almalıdır⁸.

Uluslararası insan hakları hukukunda işaret edilen bu tipolojiyi AİHM içtihatlarında devletin negatif ve pozitif yükümlülüğü olarak ikili bir ayırım şeklinde ele almaktadır. Her ne kadar bu ayırım ilk anda kulağa farklı bir çağrışım yapsa da özünde yukarıda bahsettiğimiz uluslararası insan hakları hukukunda yapılan üçlü ayırımla benzerlikler taşımaktadır. Devletin “saygı duyma” yükümlülüğü AİHM içtihatlarında negatif yükümlülük olarak, korumak ve gerçekleştirmek ise pozitif yükümlülükler olarak kabul edilir. Devletlerin AİHS'de teminat altına alınan hakların kişilerce kullanılmasına engel olacak sınırlandırmalardan kaçınması ve bu haklara saygı yükümlülüğü negatif yükümlülük olarak nitelendirilmektedir⁹. Negatif yükümlülüklerle ilave olarak bir de pozitif yükümlülükler söz konusudur¹⁰. AİHM pozitif

⁵ AİHM'nin nasıl çalıştığına ilişkin bilgilendirme için bkz. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/howitworks&c=#newComponent_1346158325959_pointer> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

⁶ İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2. Baskı, Astana Yayınları, 2021, s. 38.

⁷ Tom Krumins, *Arbitration and Human Rights*, 1st Edition, Springer, 2020, s. 27-28. Semih Batur Kaya, “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1) 2022, s. 51.

⁸ Krumins, s. 28.

⁹ Doğan, s. 38.

¹⁰ Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No.7, 1st Edition, Avrupa Konseyi, 2007, s. 10.

olunmaması devletin negatif yükümlülüğü kapsamındaki sorumluluğudur¹⁹. Ancak yine de bu maddenin devletin yalnızca negatif yükümlülüğünü düzenler bir madde olduğu söylenemez. Devlet, kişinin mülkiyet hakkına müdahaleden imtina edecektir ancak bunun yanında bu hakkın etkili şekilde kullanılması da sağlanmalıdır. AİHM’nin mülkiyet hakkının kullanılabilmesine olanak sağlayan önlemlerin alınmadığı hallerde pozitif yükümlülüğünden dolayı devletin sorumlu tutulduğu kararları bulunmaktadır²⁰.

Aşağıda hakem kararlarına ilişkin bölümde tekrar değerlendireceğimiz bir hususa burada yer verilmesi önemlidir. *Sovtransavto v. Ukrayna*²¹ kararında AİHM, mülkiyet hakkının konu olduğu uyuşmazlıklara ilişkin yargısal süreçlerin usulî güvenceler altında olması ve yalnızca tarafı devlet olan uyuşmazlıklar için değil, ulusal yargı mercilerinin özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda da etkili ve adil şekilde uyuşmazlığı karara bağlamasının devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında olduğunu vurgulamıştır²².

Son olarak bahsedilmesi gerekli husus ise 1 No’lu Protokol 1’nci maddesinin kişilere bir mülk edinmeyi garanti etmediğidir²³. Bu durum AİHM kararlarında özellikle vurgulanmaktadır. Örneğin, 1 No’lu Protokol 1’nci maddesi belirli bir miktarda emeklilik aylığı hakkını garanti eder şekilde yorumlanamayacaktır²⁴. Ancak aşağıda mülk kavramında da bahsedeceğimiz üzere bu hak icra edilebilir bir yargı kararında vücut bulmuş bir alacak ise, AİHM’nin ifade şekliyle icrası için yeterli şekilde temellendirilmiş (*sufficiently established to be enforceable*) ise, 1 No’lu Protokol 1’nci maddesi kapsamında

mülk kabul edilip korumadan yararlanılabilecektir²⁵.

Negatif ve pozitif yükümlülüklerle ilişkin değerlendirmenin yanı sıra AİHM, 1 No’lu Ek Protokolün mülkiyet hakkının korunması için getirdiği teminatın üç kuralı kapsadığına işaret etmektedir. Hemen hemen her uyuşmazlıkta mahkeme, devletlerin mülkiyet hakkına yönelik uygulamalarını bu yöntem içerisinde sorgulamaktadır. Aşağıda mülk kavramı, müdahale halleri ve üç kural yöntemi ele alınacaktır.

1. “Mülk” Kavramı /Mülkiyet Hakkı Kavramı

AİHS 1 No’lu Ek Protokolün 1’nci maddesinde mülkiyet hakkından ne anlaşılacağı konusunda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bu kavram AİHS’ye taraf devletlerin iç hukuklarında yer alan mülkiyet hakkından farklılık gösterebilir²⁶. Doktrinde bir kısım çalışmalarda mülkiyet hakkı yerine malvarlığı hakları kavramının kullanıldığına rastlanmaktadır²⁷. Mülkiyet hakkı yerine malvarlığı hakları ifadesini kullanan yazarlarca “mülkiyet hakkı” ifadesi ile sınırlandırılmadan pek çok malvarlığı hakkının AİHS’nin koruması kapsamında etkin koruma için gerekli olduğuna işaret olunmaktadır²⁸.

Bununla birlikte “malvarlığı hakları” ifadesi yerine “mülkiyet hakkı” kavramını kabul eden yazarlar özellikle bu kavramın Avrupa Konseyi’nin her üye devletin hukuk sisteminden bağımsız ve özerk bir yoruma²⁹ tabi olarak AİHS kapsamında yer aldığından hareket eder³⁰. Buna göre “mülkiyet hakkı” yerine “malvarlığı hakları” kavramının kullanılması AİHS’de bu hakkın düzenleme amacı nedeniyle gerekli görülmemektedir.

Madde metninde geçen mülkiyet hakkının konusunu oluşturan “mülk”

¹⁹ Dinç, s. 220.

²⁰ Örneğin, *Öneryıldız v. Türkiye* davasında pozitif yükümlülük bakımından ihlal kararı verilmiştir. Bkz. *Öneryıldız v. Türkiye*, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, para. 134. Ayrıca negatif ve pozitif yükümlülüğün birlikte değerlendirilmesi hakkında bkz. Gülce Gümüşlü Tunçağal, “Mülkiyet Hakkına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizini Reddeden Kararların AİHS Ek.1. Protokol Madde 1 Kapsamında Değerlendirilmesi”, *ÇÜHFD*, 5(1), 2020, s. 3218.

²¹ *Sovtransavto v. Ukrayna* Başvuru No: 48553/99, 25.07.2002, para. 96.

²² Akandji-Kombe, s. 56.

²³ Aida Grgiæ/Zvonimir Mataga/Matija Longar/Ana Vilfan, *The Right to Property Under The European Convention on Human Rights, A Guide to The Implementation of The European Convention on Human Rights and Its Protocols*, Human Rights Handbooks No. 10, 1st Edition, Council of Europe, 2007, s.10.

²⁴ *Aunola v. Finlandiya*, Başvuru No: 30517/96, 15. .03. 2001 (Kabul Edilirlik Başvurusu) <https://hudoc.Echr.Coe.Int/Eng#%22itemid%22:%22001-5739%22]> Erişim Tarihi 20.10.2022

²⁵ *Androsov v. Rusya*, Başvuru No: 63973/00, 06.10.2005, Para. 67.

²⁶ H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 2. Baskı, Beta, 2017, s. 9.

²⁷ Bkz. Dinç, s. 12. Aynı şekilde bkz. Gürbüz Sarı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha, 2010, s. 9.

²⁸ Sarı, s. 9. AİHS Ek 1 No’lu Protokol madde 1’in kapsadığı çeşitliliği ve genişliği işaret ederek maddenin içeriğini malvarlığı hakları olarak ifade eden bir diğer yazar için bkz. Dinç, s. 12.

²⁹ AİHS normlarının uygulanmasında otonom (özerk) yorum hakkında bkz. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü/Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019, s. 153. Mülkiyet hakkı bağlamında özerk yorum için bkz. Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 7.

³⁰ Gemalmaz, s. 10. Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 407.

kavramı AİHM içtihatlarında somutlaşmaktadır. “Mülk” kavramı ilk bakışta şüphesiz her tür taşınır ya da taşınmaz fiziki mal varlığını kapsamaktadır. Ancak bu kavramın ekonomik değeri haiz maddi varlığı olmayan hak ve menfaatleri de kapsadığı kabul edilmektedir³¹. Örneğin ikramiye alacağı, patent hakkı, bir tahkim kararında yer alan alacak hakkı, miras payı³², emekli maaşı hakkı AİHM içtihatlarında mülk olarak nitelendirilmektedir.³³ AİHM hakkın korumadan yararlanabilmesi için hali hazırda var olmasının yanı sıra gelecekte o hakka sahip olunacağına dair meşru beklentiye dayanarak da koruma talep edilebileceğini kabul eder. Ancak söz konusu hak ve menfaatin ileride gerçekleşmesi açısından kuvvetli ve meşru bir beklentiden bahsedilemezse, bu sadece bir ihtimal ise korumadan faydalanması söz konusu değildir³⁴. Bunun yanında her meşru beklenti de mülkiyet hakkı kapsamında korunmamaktadır. Böyle bir halde talebin icra edilebilmesi için yeterli bir dayanağı, yeterli şekilde temellendirilmiş (*sufficiently established to be enforceable*) olması beklenir³⁵. Örneğin *Pressos Compania Naveira SA v. Belçika* davasında AİHM haksız bir eylemden doğan zararın tazmin edileceğine olan meşru beklentinin korunmasına karar vermiştir. Dava konusu olayda Belçika kara sularında gerçekleşen bir kaza sonucu başvuru sahibinin gemisinde oluşan zarar için devlete karşı ihmal nedeniyle sorumluluğa dayalı olarak tazminat talebinde bulunma hakkı vardır. Ancak Belçika devleti geçmiş olaylara etkili bir yasal düzenleme ile başvuru sahibinin bu tazminat hakkını hukukî olarak ortadan kaldırmıştır. Bunun üzerine başvuru 1 No'lu Ek Protokol 1'nci kapsamında mülkiyet hakkına müdahalede bulunduğu iddiasıyla AİHM'ye başvurmuş ve AİHM başvuru sahibinin Belçika devletinin yasal düzenlemelerinden önce haksız eylemin gerçekleştiği anda sahip olduğu tazminat talep hakkını meşru bir beklenti olarak mülkiyet hakkı kapsamında korunmaya değer kabul etmiştir³⁶.

³¹ Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 407.

³² Türkiye'de yabancı gerçek kişilerin miras haklarının AİHM tarafından 1 Nolu Ek Protokol madde 1 bağlamında değerlendirildiği kararlar hakkında bkz. Emre Esen, Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanuni Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler, *İKÜHFD*, 15(2) 2016, s. 669-698.

³³ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 7.

³⁴ Gözübüyük/Gölcüklü/Saygılı, s. 407.

³⁵ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 7.

³⁶ *Pressos Compania Naveira SA v. Belçika*, Başvuru No: 17849/91, 20.11.1995, Meşru beklenti kavramının mülk olarak değerlendirmesi ve ilgili karar hakkında bkz. Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 7-8.

Yargı kararları ile nihai ve bağlayıcı hakem kararlarında yer alan alacak hakları da AİHM nezdinde mülk kavramı içerisinde korunmaktadır. Aşağıda hakem kararları özelinde konu detaylı ele alınacağından burada kısaca yargı kararları için değinmeyi yeterli görüyoruz. AİHM bağlayıcı ve icrası mümkün bir yargı kararında hüküm altına alınmış alacak³⁷ için artık mülkiyet hakkının korunmasının gündeme geleceğini kabul etmekte ve müdahalenin varlığı halinde ihlalin söz konusu olup olmadığına dair değerlendirmede bulunmaktadır.

2. Mülkiyet Hakkına Müdahale

Kişinin mülkiyet hakkına bir müdahale olduğundan bahsedebilmek için mülkiyet hakkının kapsamında beklediği bir menfaatin varlığı yanında, devlet makamlarının eylem ya da işlemleri kişinin bu menfaatten yararlanmasına olumsuz etkisi olmalıdır³⁸.

Bir idari işlem ile bir taşınmazın değer kaybına uğraması bir müdahale örneği olabileceği gibi bir hakem kararının tenfiz edilmesine engel olacak hukukî tedbirlerin çıkarılması da bu bağlamda müdahale teşkil edebilir. Bu konu aşağıda tahkim kararları ve mülkiyete müdahale başlığı altında daha detaylı anlatılacaktır.

AİHS 1 No'lu Ek Protokolün 1'nci maddesi bağlamında müdahale, hakkı tamamen ortadan kaldırılabılır, hakkı kısıtlayabilir ya da hak sahibinin hakkından yararlanmasına dolaylı bir engelleme söz konusu olabilir³⁹. Müdahalenin bir kere varlığı tespit olunduktan sonra AİHM aşağıda değinilecek olan 3 kuraldan hareket edecektir.

a. Üç Kural Yöntemi

AİHM, 1 No'lu Ek Protokolün mülkiyet hakkının korunması için getirdiği teminatın üç kuralı kapsadığına işaret etmektedir. *Sporrong – Löhnroth v. İsveç* davası 1 No'lu Ek Protokolün uygulanmasında AİHM tarafından geliştirilen üç kural değerlendirmesinin ilk kez yapıldığı davadır⁴⁰.

Bu analize göre, 1'nci madde birinci fıkrada ilk cümlesi genel kural olarak

³⁷ Gemalmaz, s. 390.

³⁸ Sarı, s. 57.

³⁹ Sarı, s. 57.

⁴⁰ *Sporrong – Löhnroth v. İsveç*, Başvuru No:7151/75, 23.09.1982. Ayrıca kararın değerlendirilmesi için bkz. Yasemin Aydoğmuş, *AİHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi*, On İki Levha, 2016, s. 379 vd.

kabul edilmektedir. Bu kural mülkiyetin barışçıl kullanımını temin eder. Aynı fıkrada yer alan ikinci cümle ise, mülkiyetten mahrum bırakılma ile mahrum bırakılmaya ilişkin koşulları tespit etmektedir.

İkinci kuralda sözü edilen mülkiyetten mahrum bırakılma, mülkiyet sahibinin bir hukukî düzenlemenin tatbiki ile mülkiyet hakkından ötürü hak sahibinin yetkilerinden yoksun şekilde bırakılmış olması şeklinde ifade olunur. Mülkiyetten yoksun bırakma AİHM'ye göre sadece mülkiyetin el değiştirmesi ya da resmî bir kamulaştırma ile sınırlı değildir. Hak sahibinin mülk üzerindeki hakkını fiilen kullanamamasına sebep olan eylemler de mülkiyetten yoksun bırakma sonucunu doğurabilir⁴¹.

Üçüncü kural mülkiyet hakkının kontrol amacıyla sınırlandırılmasına ilişkindir. Buna göre, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde kontrol imkânı veren devlet tedbirleri bu kural kapsamındadır. Özellikle vergi ya da diğer benzer katkılar ile cezaların ödenmesinin sağlanması için genel menfaatler gereği alınan tedbirler üçüncü kuralın altında değerlendirilmektedir⁴².

İkinci ve üçüncü kural müdahalenin özel şekli olarak düzenlenmiştir. Üç kuralın sıkı şekilde birbiri ile bağlantılı olduğuna vurgu yapılmaktadır. AİHM ikinci ya da üçüncü kuralın kapsamında bir müdahale olup olmadığını öncelikli bakar. Buna göre mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıyacak eylem eğer ikinci ya da üçüncü fıkra kapsamında değerlendirilemeyecek ise barışçıl şekilde mülkiyetten yararlanma hakkına müdahale olarak değerlendirilmektedir⁴³. Aşağıda hakem kararları açısından AİHM'nin üç kural yöntemini nasıl uygulandığından bahsedilecektir.

b. Müdahaleye İzin Verilen Haller

Mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddesi kapsamında mülkiyet hakkına devletin olası müdahalesinin üç şartın varlığı halinde ihlale yol açmayacağı kabul edilmektedir. Üç şart kümülatif olarak aranacak olup, bu üç halden birinin olmaması 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddesinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu şartlar şu şekildedir: Müdahale;

1. Bir kanuni düzenlemeye dayanmalıdır.

⁴¹ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 10-11.

⁴² Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 11.

⁴³ Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to The European Convention on Human Rights Council of Europe/European Court of Human Rights 31 August 2022, para. 108.

2. Kamu yararını amaçlamalıdır.

3. Demokratik toplum için gerekli olmalıdır⁴⁴.

İlk sınırlama olan kanunilik açısından müdahale, kanun ile getirilmiş şartlara tabi olmalıdır. Yukarıda bahsettiğimiz üç kuraldan hangisinin AİHM tarafından değerlendirildiği fark etmeksizin, kanunilik şartının sağlanması gerekir.

AİHM içtihatları açısından kanunilik şartında sağlanması gereken, sınırlamanın yasal bir düzenleme ile yapılmış olmasıdır. Bu açıdan “kanun” dar ve teknik anlamda yalnızca yasama organı tarafından hazırlanan yasama tasarrufu değildir. Ek olarak bağlayıcı diğer hukukî belgeler de bu kapsamdadır⁴⁵. İlgili yasal metnin makul düzeyde bir hukukî öngörülülük içermesi ve yeterince açık olması beklenir⁴⁶. AİHM müdahalenin kanunilik ilkesine uygun olmadığını tespit ederse, 1 Nolu Ek Protokol 1'nci maddenin ihlali sonucuna ulaşılabilecektir. Bir müdahale kamu yararı taşısa dahi bunun yasal dayanağı olmaması sözleşmenin ihlali sayılmaktadır⁴⁷.

Müdahalenin yasal bir düzenlemeye dayandığı tespit olunan hallerde, kamu yararı ve demokratik toplum düzeni için böyle bir müdahalenin gerekliliğinin araştırmasına geçilmektedir. Müdahalenin türü fark etmeksizin kamu yararı amacı taşınmalıdır. Kamu yararı kavramından ne anlaşılacağı hususunda ise AİHM, taraf devletlerin neyin kendilerinin kamu yararına olduğuna ilişkin değerlendirmelerine saygı göstermektedir⁴⁸.

Müdahalenin kanuni ve kamu yararına uygun olduğuna dair tereddüt olmayan hallerde aynı zamanda demokratik bir toplum düzeninde bu uygulamanın gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Buna göre müdahaleye yol açan uygulama toplumun genel yararı ile bireylerin mülkiyet hakları arasında bir denge gözetilerek alınmalıdır. Seçilen uygulama ve ulaşılmak istenen amaç orantılı olmalıdır. Böylece kamu yararı için gerekli bir uygulama ile ilgili bireyin menfaati arasında adil bir denge kurulmalıdır⁴⁹.

⁴⁴ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 12.

⁴⁵ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 12.

⁴⁶ Dinç, s. 52.

⁴⁷ Dinç, s. 49.

⁴⁸ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 14.

⁴⁹ Dinç, s. 61.

Adil dengenin özellikle bireyin aleyhine bozulduğu hallerde, sözleşmenin ihlal edildiği kabul edilmektedir⁵⁰. Bu husus aşağıda hakem kararları özelinde değerlendirilecektir.

3. 1 No'lu Ek Protokol 1'nci Maddenin AİHS'nin Diğer Maddeleri ile İlişkisi

Ek 1 No'lu Protokol 1'nci madde kapsamında mülkiyetin barışçıl kullanımı hususu AİHM önünde gündeme geldiğinde AİHS ve Ek Protokollerde güvence altına alınan başka haklar da mülkiyetin kullanımı bağlamında incelenmektedir. Hatta bazı hallerde mülkiyete müdahale doğrudan 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddesi kapsamında ihlal oluşturmasa da AİHM, AİHS'nin diğer maddeleri ile birlikte, özellikle AİHS madde 1, 6, 8 ve 14 ile değerlendirilmektedir⁵¹. Dolayısıyla AİHS'nin maddeleri ile Ek 1 No'lu Protokol 1'nci maddenin birlikte değerlendirilmeleri pek çok somut olayda muhtemeldir. Örneğin mülkiyete müdahalenin bir kişinin oturmakta olduğu binanın yıkılması şeklinde gerçekleşmesi halinde 1 No'lu Protokol madde 1 kapsamında bir mülkiyet hakkı ihlali olmanın yanında AİHS madde 8 kapsamında da özel ve aile hayatına müdahale teşkil edebilir⁵². Bunun yanında AİHS madde 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağının gözetilmesi önemlidir. Bu maddenin AİHM önünde bağımsız bir uygulaması yoktur. Bu nedenle bu hakkın ihlal edilip edilmediği mahkemece başka haklarla birlikte değerlendirilecektir⁵³. AİHS madde 14 ve 1 No'lu Ek Protokol madde 1 kapsamında yapılacak bir başvuruda başvuru hakkına müdahale edildiğinin ve bu müdahalenin kıyaslanabilir hallerde bir başkasına yapılandan haksız şekilde farklı olduğunun ispatı gerekir⁵⁴.

AİHS madde 6 ile 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddenin bağlantısı da dikkat çekicidir. Özellikle mülkiyet hakkının medeni hak olarak kabul edilmesi halinde bu hakkın kullanılması için usulî teminatlar özellikle mahkemeye

erişime dair yargısal güvenceler⁵⁵ ya da nihayetinde bir mahkeme kararının tenfizi de başvuru hakkının başvurucağı usulî yollardır⁵⁶.

AİHS madde 13 kapsamında ise mülkiyet hakkının korunması için ilgililerin iç hukukta etkin bir mekanizmaya erişim haklarının olup olmadığı değerlendirilmektedir⁵⁷. İlk bakışta hemen yukarıda değinilen AİHS madde 6 ile madde 13 benzer işlevde maddeler olarak düşünülebilir. Burada şu husus önem arz eder. AİHS madde 6, AİHS madde 13'e göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir⁵⁸. Özellikle AİHS madde 13 ulusal düzeyde herhangi bir makama başvuruyu, bu adli makamın yanında idari bir makam da olabilir, temin ederken madde 6 "mahkeme"ye erişimin teminatını düzenlemektedir⁵⁹.

AİHS'nin 3. ve 10. maddeleri de mülkiyet hakkı kapsamında ile değerlendirilebilecek maddelerdir ancak uygulamada şu ana kadar bu düzenlemelerle mülkiyet hakkına ilişkin kapsamlı değerlendirme yapılmamıştır. Bu nedenle, 1 No'lu Ek Protokol madde 1 ile AİHS madde 3 ve madde 10'na ilişkin olarak yalnızca bağlantılı başvurular olabileceğini hatırlatmak yeterlidir.

II. HAKEM KARARI VE 1 NOLU EK PROTOKOL 1'nci MADDE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Hakem Kararları ve AİHS İlişkisi

Tahkim yargılaması sonucunda elde edilen hakem kararlarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesinden hemen önce kısaca hakem kararının ne olduğu ve AİHS ile olan ilişkisi üzerinde durulması gerekir.

Bir tahkim yargılamasında uyuşmazlık, devlet mahkemelerine gidilmeden hakemler marifetiyle yargılama yapılarak bağlayıcı bir kararla çözülmektedir⁶⁰. Özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından devlet yargısı yerine

⁵⁰ *Sporrong ve Lönnroth*, para. 69.

⁵¹ Bkz Aydoğmuş, s. 371.

⁵² Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 16.

⁵³ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 24.

⁵⁴ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 24. AİHS madde 14 ve Ek 1 No'lu Protokol 1. Maddenin bir arada değerlendirildiği davalar için bkz. *Marckx v. Belçika*, Başvuru No: 6833/74, 13.07.1979; *Inze v. Avusturya*, Başvuru No: 8695/79, 28.10.1987; *Gaygusuz v. Avusturya*, Başvuru No: 17371/90, 16.09.1996.

⁵⁵ AİHS madde 6'nın kapsamlı incelemesi hakkında bkz. İpek Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılama Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, 1. Baskı, On İki Levha, 2018, s. 29 vd.

⁵⁶ Grgiæ/Mataga/Longar/Vilfan, s. 16.

⁵⁷ Örnek karar için bkz. *Saggio v. İtalya*, Başvuru No: 41879/98, 02.10.2001.

⁵⁸ Sarı, s. 182.

⁵⁹ Sarı, s. 182.

⁶⁰ Ersin Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, Yetkin, 2017, s. 27.

taraflar kendi iradeleri ile tahkime gidebilmektedir. Burada hakemler, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeye yetkilidir ve hakemler bu yetkiyi tahkime dair anlaşmadan alır⁶¹. Yapılan tahkim yargılaması sonucunda tarafların icra edilebilir bir karar elde edeceklerine olan güven, milletlerarası tahkimin tercih edilme nedenlerinin başında gelir. Milletlerarası ticari ilişkilerin oldukça gelişkin olduğu günümüzde taraflardan yargılama sonucunda verilen kararı gönüllü olarak yerine getirmeleri beklenir. Eğer ki ilgili taraf bir hakem kararını gönüllü olarak yerine getirmiyorsa artık kararın icrası için devlet makamlarının desteğine ihtiyaç duyulur.

Hakem kararından memnun olmayan taraf, bu kararın iptali için tahkim yerinin yapıldığı yer devlet mahkemelerine başvurabilir ya da hemen yukarıda kısaca bahsettiğimiz gibi gönüllü yerine getirilmemiş bir hakem kararının icrası için mahkemelerin zorlayıcı kuvvetine başvurmak gerekebilir. Esasında bir iptal davasında ya da tanıma tenfiz yargılamasında, hakem kararı devlet mahkemeleri önünde bir kontrol altına girer⁶². Söz konusu tahkim yargılamasında hakemlerce yürütülecek yargılama faaliyetinin kendisi de AİHS ile uyumlu olmalıdır⁶³. Ancak belirtmeli ki yargılama sürecinde hakemlerin davranışları/fiilleri ya da ihlallerinde AİHS bağlamında doğrudan devlet açısından bir sorumluluktan bahsedilemez. Tahkim sürecinin kendisinden ötürü devlet adına doğan sorumluluk daha dolaylı bir sorumluluktur. Ancak hakem kararı vücut bulduktan sonra devlet mahkemelerinin bu karara karşı tutumu önem arz eder⁶⁴. Örneğin bir devlet mahkemesi, tahkim yargılaması AİHS'deki yargılamaya ilişkin teminatlara aykırı şekilde yürütülmüş bir tahkim süreci sonucunda verilen hakem kararını iptal etmezse, tanır ya da

⁶¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 5. Baskı, Vedat, 2020, s. 5 vd.; Erdoğan, s. 27; Rıfat Erten, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu mudur?”, *MHB*, 25(1-2), 2005, s. 204.

⁶² Cemile Demir Gökyayla, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, 40(2), 2020, s. 729, 738; Hatice Özdemir Kocasakal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pecstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, *MHB*, 40(1), 2020, s. 79, 90; aynı yönde Krumins, s. 44.

⁶³ Bkz. Juan Carlos Landrove, “European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration”, in Samantha Besson, Michel Hottelier, Franz Werro (Eds.), *Human Rights at The Center*, Schulthess, 2006, s. 92; Ayrıca AİHS'nin tahkimde uygulanırılığı hakkında bkz. Belkis Vural Çelenk, “Tahkimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanırılığı Üzerine Bir Değerlendirme”, Nuray Koyuncu (Ed.), *Necmettin Erbakan Uluslararası Hukuk Kongresi Tebliğ Kitabı*, NEU Yayınları, 2021, s. 497 vd.

⁶⁴ Krumins, s. 45.

tenfiz ederse böyle bir kararda devletin sorumluluğu doğabilir⁶⁵.

Aşağıda yabancı hakem kararlarının 1 No'lu Ek Protokol 1'nci mülkiyet hakkı özelinde değerlendirilecek olup konuya ilişkin AİHM'nin yaklaşımına da yer verilecektir.

B. Hakem Kararlarının 1 No'lu Ek Protokol 1'nci Madde Kapsamında Değerlendirilmesi

Yukarıda kısaca bahsettiğimiz gibi nihai ve bağlayıcı hakem kararlarında yer alan alacak hakkı AİHM tarafından 1 No'lu Ek Protokol 1'nci madde kapsamında kabul edilmektedir. Özellikle yabancı hakem kararlarının tenfizinin devlet mahkemelerince keyfi reddedilmesi AİHS'nin ihlaline yol açmaktadır⁶⁶. Yakın zamanda *BTS Holding, A.S. v. Slovakia* kararında AİHM bir ICC hakem kararının tenfiz edilmesinin devlet yargısınca engellenmesini mülkiyet hakkına müdahale olarak kabul etmiş ve 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddenin ihlaline karar vermiştir. Aşağıda konu bugüne kadar hakem kararlarının mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirildiği AİHM kararlarıyla genel olarak incelenip *BTS Holding, A.S. v. Slovakia* kararı özelinde tekrar ele alınacaktır.

1. AİHM'nin 1 No'lu Ek Protokol 1'nci Madde Kapsamında Hakem Kararlarına İlişkin Yaklaşımı

Bugüne kadar AİHM'nin bir kısım kararlarında hakem kararları mülkiyet hakkı açısından dava konusu olmuştur. 1994 tarihli ilk örneği olarak işaret olunan *Stran Greek Refineries* kararı (karşı tarafın Yunanistan devleti olduğu) hakem kararında hükmedilen alacağın Ek 1 No'lu Protokol 1'nci madde bağlamında mülk olarak kabul edildiği bilinen ilk AİHM kararıdır. Bu kararda AİHM özellikle başvurucu lehine bir borcun icra edilebilecek yeterli dayanağı olan (*sufficiently established*), nihai ve bağlayıcı bir hakem kararında⁶⁷ doğmuş olmasını⁶⁸ değerlendirmiştir.

⁶⁵ Devlet mahkemelerinin tenfiz ve iptale ilişkin kararlarına karşı AİHM'ye başvurulması hususunda bkz. Ferda Nur Güvenalp, *Milletlerarası Ticari Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali*, On İki Levha, 2018, s. 171 vd.

⁶⁶ Krumins s. 46-47. Aynı yönde bkz. Vural Çelenk, s. 502.

⁶⁷ Kurumsal tahkim kurallarında hakem kararının nihai ve bağlayıcı kabul edildiğine dair örnek kurallar için bkz. Biset Sena Güneş, “Res Judicata in International Arbitration: To What Extent Does an Arbitral Award Prevent the Re-Litigation of Issues?”, *Transnational Dispute Management*, 12(6), 2015, s. 7.

⁶⁸ “whether a debt in favour that was sufficiently established” *Stran Greek Refineries* ve *Stradis*

Bu davada *Stran Greek Refineries* şirketi ile Yunanistan devleti, Yunanistan'da bir petrol rafinerisi inşaatı için bir sözleşme imzalamıştır. Sözleşmede yer alan tahkim şartı nedeniyle Yunanistan devleti, tahkim yoluna başvurmuştur. Tahkim yargılaması sonucunda *Stran Greek Refineries* şirketi lehine belirli oranda bir tazminata hükmedilmiş ve teminat olarak bırakılan çekin hukuka aykırı olarak Yunanistan devleti tarafınca tutulduğuna karar vermiştir. Bu yargılamanın sonucundan memnun olmayan Yunanistan devleti, tahkim anlaşmasından tahkim yargılamasının sonuçlanmasına kadar tüm sürecin geçersizliğine dair bir kanuni düzenleme çıkarmış ve devlet yargısı önünde hakem kararına karşı bu maddelere dayanılarak hakem kararının icrasına engel olunmuştur. Hakem kararı ile lehine hükmedilen alacağı ulaşamayan *Stran Greek Refineries* şirketi Yunanistan devletince 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur.

Stran Greek Refineries kararında AİHM, hakem kararının Ek 1 No'lu Protokol 1'nci maddesi bağlamında “mülk (*possession*)” olduğunu kabul etmiştir. AİHM, Yunanistan devletinin hakem kararını geçersiz kılmasını müdahale olarak değerlendirmiştir. Ayrıca 69. paragrafta adil denge ölçütü açısından yaptığı değerlendirmede kamu menfaati ile bireyin temel hakkının korunmasındaki sınırın aşıldığını ve bireyin mülkiyet hakkının bundan etkilendiğini kabul etmiştir. *Stran Greek Refineries* kararı, yukarıda bahsettiğimiz 3 kural yönteminin uygulanması açısından da önem taşır. Hakem kararının tenfizi Yunanistan devletinin sonradan yaptığı hukukî düzenlemeler ile imkânsızlaşmıştır. Somut olayda hiçbir malvarlığı hakkının devlete geçmesi söz konusu değil ise de davalıların hakem kararına konu alacaklarını fiilen elde edememiş olmaları, AİHM tarafından, ikinci kural kapsamında fiilî veya hukukî mahrumiyet olarak değil, kararın icrasının engellenmesi nedeniyle birinci kural kapsamında değerlendirilmiştir⁶⁹.

Stran Greek Refineries kararı dışında da AİHM'nin tahkime yönelik mülkiyet hakkı ve hakem kararlarını değerlendirdiği kararları mevcuttur. Örneğin, bir diğer karar olan 2008 yılında verilen *Regent Company v. Ukrayna* kararında⁷⁰ Ukrayna makamlarının, Ukrayna'da bulunan Uluslararası Ticari

⁶⁹ *Andreadis v. Yunanistan*, Başvuru No: 13427/87, 09.12.1994, para. 59.

⁷⁰ İlgili değerlendirme hakkında bkz. Aydoğmuş, s. 379.

⁷¹ Kararın detayları ve tüzel kişilerin de mülkiyet hakkının koruma kapsamında olduğuna dair bkz. Gümürlü Tunçağıl, s. 3217-3218.

Tahkim Mahkemesinin kararının icrasını uzun süre sürüncemede bırakması hem AİHS madde 6 hem de Ek 1 No'lu Protokol madde 1'in ihlali olarak kabul edilmiştir⁷¹. Esasen 1 No'lu Ek Protokol madde 1 mülkiyet hakkının korunmasını sağlayacak usulî yükümlülükler içermemektedir⁷². Ancak AİHS madde 6'daki yargısal korumadan mülkiyet hakkı açısından hak sahiplerinin yararlanması söz konusudur. Bu dava, bu iki düzenlemenin hakem kararları bağlamında değerlendirilmiş olması nedeniyle önemlidir.

AİHM 2010 yılında *Kin-Stib ve Majkić v. Sırbistan* davasında Sırbistan'ın tahkim yargılaması sonucunda verilmiş, tarafları için bağlayıcı bir hakem kararını icrası konusunu mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirmiştir. Tarafları için bağlayıcı bir hakem kararının icrası için gecikmeksizin ve tüm sistemin (hem mevzuat hem de uygulama açısından) etkili şekilde hazır bulundurulması devletin yükümlülüğü olarak işaretilenmiştir⁷³.

Oldukça güncel ve özellikle çalışmamızın geneli açısından önem arz eden bir diğer karar Haziran 2022'de AİHM tarafından karara bağlanan *BTS Holding, A.S. v. Slovakia* kararıdır⁷⁴. Karar diğer AİHM kararlarına nazaran daha detaylı ele alınacaktır.

2. *BTS Holding, A.S. v. Slovakia* Kararı'nda AİHM'nin Yaklaşımı

Karara konu olayda başvuru Bratislava havaalanının özelleştirilmesi sırasında çoğunluk hissesi için en yüksek teklif veren şirkettir. 2006 yılında imzalanan bu hisse alım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların ICC Tahkim Kurallarına göre çözüleceğine dair tahkim kızı vardır ve tahkim yeri de Paris olarak belirlenmiştir. Hisse alım sözleşmesi kapsamında, başvuru şirket Slovakia Milli Varlık Fonu'na⁷⁵ büyük bir meblağı satış bedelinin ilk kısmı olarak ödemiştir. Slovakia Varlık Fonu, başvuru şirketin Slovakia Rekabet Otoritesi'nden ilgili sözleşme için onay alması için gereken süreyi

⁷¹ *Regent Company v. Ukrayna*, Başvuru No: 773/03, 03.04.2008, para. 59 ve 62.

⁷² Sarı, s. 178.

⁷³ *Kin-Stib ve Majkić v. Sırbistan*, Başvuru No. 12312/05, 20.04.2010, para. 83.

⁷⁴ Gordon Nardell/Laura Rees-Evans, “The Role of The EctHr in The Protection of International Arbitral Awards: Insights from *BTS Holding v Slovakia*”, *Kluwer Arbitration Blog*, 12 October 2022, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/10/12/the-role-of-the-ecthr-in-the-protection-of-international-arbitral-awards-insights-from-bts-holding-v-slovakia/>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

⁷⁵ Slovakia Milli Varlık Fonu (*National Property Fund of Slovakia*) özel kanunla kurulmuş kamunun sahip olduğu malvarlığının, parlamento ve hükümetin gözetiminde özelleştirmelerin yürütülebilmesi için kurulmuştur. Bkz *BTS Holding, A.S. v. Slovakia*, para. 6.

aştığı gerekçesiyle, hisse alım sözleşmesini iptal etmiştir ve ilk kısım ödeme de başvuru şirkete iade edilmiştir. 2008 yılında yapılan anlaşmada Slovakya Milli Varlık Fonu, başvuru şirket, devlet ve diğer taraf Slovakya Milli Varlık Fonu'nun hisse alım sözleşmesini iptal etmesini geçerli kabul etmiştir. Taraflar karşılıklı taahhütlerin sona erdiğini özellikle, özelleştirilecek hisselerin transferinin karşılığında yapılacak ödemeyi de kapsar şekilde, ödenmemiş karşılıklı tazminat talepleri olmadığını beyan etmiştir. Şüpheleri engellemek adına satım fiyatı ve faizlere ilişkin meseleler bu anlaşmanın kapsamı dışında bırakılmış ve bu anlaşmaya uyumsuzluk çözüm şartı eklenmemiştir. 2009 yılında Slovakya Varlık Fonu, başvuru şirkete iptal edilen hisse devir sözleşmesinde iade edilen ilk kısımına ilişkin bedelin sözleşmenin iptal tarihi ile ilk kısmın geri ödendiği tarihler arasında işlemiş faizini de ödemiştir. Haziran 2010'da başvuru şirket ICC Tahkim Divanına başvurmuştur. Şubat 2011'de başvuru şirket ile ICC hakem mahkemesi arasında görev belgesi imzalanmış ve davanın kapsamı saptanmıştır. Buna göre, "Slovakya Milli Varlık Fonu tarafından, hisse alım sözleşmesinin iptali üzerine başvuru şirkete ödenen miktar, ilk kısım ödemenin geri ödemesini teşkil eder mi?", "Faiz ödemesi tahakkuk etmiş midir?", "Eğer öyleyse, hangi tarihten itibaren ve hangi oranda faiz işlemeye başlamıştır?", "Sonuç olarak Slovakya Milli Varlık Fonu tarafından ödenecek daha başka, fazla bir miktar ödeme söz konusu mudur?" soruları tahkim yargılamasının esasını oluşturmaktadır. Hakem mahkemesince uyumsuzluk Haziran 2012'de uyumsuzluk karara bağlanmıştır.

Başvuru şirket, lehine aldığı hakem kararını Slovakya'da tenfiz ettirememesi üzerine iptal edilmemiş bir hakem kararının tenfiz talebinin yerine getirilmemesinin 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddesi kapsamında mülkiyet hakkına haksız bir müdahale olduğu iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Kararın 49. paragrafında AİHM, Slovakya hükümetinin hakem kararının bir mülk olarak kabul edilemeyeceğine yönelik savunmasının aksine, bir hakem kararında yer alan alacağın icrası için yeterli dayanağı olması halinde (*if it is sufficiently established to be enforceable*) 1 No'lu Ek Protokolün 1'nci maddesi anlamında mülk (*possession*) olacağını kabul etmiştir⁷⁶. AİHM ise başvuru şirketin iddia ettiği gibi yeterli dayanağı olduğunu şu şekilde işaret etmiştir:

İlgili ICC hakem kararı başvuru şirket lehine belirli miktar paranın

⁷⁶ *BTS Holding, A.S. v. Slovakia*, para. 49.

ödenmesini içermektedir. İlgili ICC hakem kararının, tahkim yargılamasının diğer tarafı olan Slovakya Milli Varlık Fonu tarafından tahkim yeri olan Fransa'da iptali istenmemiştir. Ayrıca ICC hakem kararı, tarafları için nihai ve bağlayıcıdır⁷⁷. Kural olarak yabancı hakem kararları New York Sözleşmesi⁷⁸ ve Slovakya Tahkim Usul Kanunu kapsamında tenfiz edilmektedir⁷⁹.

AİHM, başvuru şirket lehine alacak hakkı ihtiva eden ICC hakem kararının tenfiz edilmemesinin mülkiyet hakkına müdahale olduğunu kabul etmiş ve bu müdahalenin 1 No'lu Ek Protokol 1'nci madde ikinci cümle anlamında bir mülkten mahrum bırakma olmadığı, üçüncü cümlede yer alan mülkiyetin kontrol amacıyla sınırlandırılması da olmadığı ancak genel kural olan birinci cümlenin kapsamında olduğunu işaret etmiş⁸⁰ ve 1 No'lu Ek Protokolün 1'nci maddesine meşru bir müdahale olup olmadığını, iç hukuktaki eylemlerin kanunilik prensibiyle uyumluluğunu araştırmıştır.

Slovakya mahkemeleri, ICC hakem heyetini yetkili kılan geçerli bir tahkim klotunun mevcut olmadığı (i), hakem kararının karara uyulması için bir zaman dilimi öngörmediği ve hakem kararı ile birlikte ne zaman icra edilebilir olduğunu gösteren zaman belgesi olmadığı (ii), kararın tenfizi halinde kamu

⁷⁷ Hakem kararlarının 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi kapsamında taraf ülkelerde tenfizi için Sözleşmenin V/1-e maddesi kararın taraflar açısından bağlayıcı/“*vacib ür riaye*” hale gelmesini yeterli görmektedir. Bu kavramın, verildikleri ülkede kesinleşme ve icra kabiliyeti kazanma ifadelerine kıyasla sahip olduğu hukukî nötrlük, kavramın kullanılması ardındaki sebep olarak işaret olunmaktadır. Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, 2. Baskı, Yetkin, 2010, s. 244; Senem Bahçekapılı Vincenzi, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu Uyarınca Tenfizi”, *MHB*, 36 (1), 2016, s. 79. Ayrıca New York Sözleşmesi kapsamında taraf devlet mahkemelerinin bağlayıcılık kavramı üzerine verdiği mahkeme kararlarının değerlendirmesi için bkz. Bihter Kaytaç Eker, *Harmonising Role of The New York Convention*, Yetkin, 2021, s. 140 vd.; Günseli Öztekin Gelgel, “New York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *MHB*, 22 (2), 2002, s. 1150 vd.

⁷⁸ Yabancı hakem kararlarının New York Sözleşmesi kapsamında tenfiz usulü kolaylaştırılmıştır. İlgili Sözleşmede öngörülen tanıma-tenfiz usulü hakkında bkz. Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994; Banu Şit, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005; Ahmet Cemal Ruhi, *1958 Tarihli New York Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, On İki Levha, 2019. ICC kararları özelinde Türkiye'de New York Sözleşmesi kapsamında tanıma tenfiz usulü hakkında bkz. Nuray Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, *Ankara Barosu Dergisi*, 1, 2009, s. 54-74.

⁷⁹ *BTS Holding, A.S. v. Slovakia*, para. 50.

⁸⁰ *BTS Holding, A.S. v. Slovakia*, para. 64. Aynı yönde *Stran Greek Refineries ve Stradis Andreadis v. Yunanistan* para. 67-68.

bütçesine getireceği yüksek maliyet nedeniyle oluşacak kaynak eksikliği (iii), hakem kararından daha önce tarafların kanun yollarına başvuru haklarından feragat ettikleri (iv) ve hakem kararına konu hisse alım sözleşmesinin Slovakya'da rekabetin korunmasına ilişkin kurallara aykırılık teşkil ettiği ve rekabete olumsuz etkisi olduğu (v)⁸¹ gerekçeleri ile ilgili ICC hakem kararının tenfizi engellenmiştir.

AIHM hemen yukarıda saydığımız gerekçeleri dikkate alarak mülkiyet hakkına müdahalenin meşruluğu için devlet mahkemelerinin tutumunun kanunilik prensibine uygunluğuna dair taşıdığı ciddi endişeyi dile getirmiştir⁸².

AIHM, ICC nezdinde hakem mahkemesinin görev belgesini taraflara gönderdikten sonra taraflardan Slovakya Milli Varlık Fonu'nun mahkemenin yetkisine itiraz etmemiş olmasına dikkat çekmiş ve yerel mahkemenin geçerli bir tahkim klotunun mevcut olup olmadığını ilişkin değerlendirmesini eksik ve keyfi bulmuştur⁸³. ICC hakem kararlarının verildikleri anda taraflar üzerindeki bağlayıcı etkisini vurgulamış, hakem kararının uygulanabilir olduğunu gösteren bir belgenin olmamasına ilişkin iddianın temyiz mahkemesince kabul edilmesinin, ayrıca başvuru şirkete cevap hakkı tanınmamasının Slovakya Varlık Fonu'nun argümanlarının ötesinde olduğuna karar vermiştir⁸⁴. Kamu bütçesinde oluşan kaynak eksikliğinin devlet otoritelerince hakem kararının yerine getirilmesindeki ihmalin gerekçesi olamayacağını Mahkeme *Burdov v. Rusya* kararına⁸⁵ atıfta bulunarak belirtmiştir⁸⁶.

AIHM, temyiz mahkemesinin yukarıda bahsedilen dördüncü ve beşinci gerekçeye resen dayandığını belirtmiş ve başvuru şirkete cevap hakkı tanınmadığına vurgu yapmıştır. Dördüncü gerekçe ise ICC Tahkim Kurallarının 28. maddesi 6. paragrafıdır. Burada “*bu tür bir feragat geçerli olarak yapılabildiği ölçüde kanuni yollara başvurma haklarından feragat*

*etmiş sayılacakları*⁸⁷” hatırlatılmıştır⁸⁸.

*Son olarak AIHM, Slovakya Milli Varlık Fonu'nun hakem kararına konu hisse alım sözleşmesini feshetme sebebi olarak Slovakya rekabet otoritesinden izin alınmamasına dayanmasını kabul etmemiştir. Slovakya bu sözleşme nedeni ile hakem kararının tenfizinin Slovakya'daki rekabeti olumsuz etkileyeceğini ve bunun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddiasında bulunmuşsa da, AIHM bu iddiaya yönelik olarak Slovakya rekabet otoritesince alınan bir karar olmadığı ve hakem kararının Slovakya piyasasındaki rekabet üzerinde olumsuz etkisini kanıtlayamadığından reddetmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, Slovakya devlet otoritelerinin dava konusu hakem kararını tenfiz etmemek için dayandığı bu iddiaların iç hukuk ve New York Konvansiyonunda öngörülen tenfiz çerçevesini aştığına karar vermiştir*⁸⁹.

*ICC hakem kararının Slovakya makamlarınca yukarıdaki sebeplere dayalı olarak tenfiz edilmemesinin genel yarara hizmet ettiği kabul edilse bile AIHM, bunun ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmadığını, özellikle yerel mahkemelerin tutumu nedeniyle başvuru şirketin temel hakları ile genel kamu yararı arasında kurması gereken adil dengeyi gözetmediğini belirtmiştir. Tüm bu açıklamalarla, hakem kararının tenfizinin reddedilmesi 1 No'lu Ek Protokol 1'nci madde çerçevesinde meşru kabul edilmemiş⁹⁰ ve AIHM 1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddenin ihlaline karar vermiştir*⁹¹.

3. Değerlendirme

BTS Holding, A.S. v. Slovakya kararı AIHM'nin hakem kararlarını değerlendirdiği ilk kararı değildir. AIHM, nihai ve bağlayıcı hakem kararlarındaki alacak hakkının mülkiyet hakkının güvencesinden yararlanacağını *BTS Holding, A.S. v. Slovakya* kararına kadar yukarıda bahsettiğimiz farklı kararlarda istikrarlı şekilde benimsemiştir. *BTS*

⁸¹ *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, para. 66.

⁸² *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, para. 65.

⁸³ *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, para. 67.

⁸⁴ *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, para. 68.

⁸⁵ *Burdov v. Russia*, Başvuru No: 59498/00, 07.05.2002, para. 41. Ayrıca bkz. *Ambruosi v. Italy*, Başvuru No: 31227/96, 19.10.2000, para. 28-34.

⁸⁶ *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, para. 68.

⁸⁷ Karara konu ICC Tahkim kurallarının 28. maddesi 6. paragrafı, 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe giren güncel kurallarda 35. madde 6. paragraftır. Orijinal İngilizce metin şu şekildedir: “*Every award shall be binding on the parties. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made*”.

⁸⁸ *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, Para. 70.

⁸⁹ *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, Para. 71.

⁹⁰ *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, Para. 72.

⁹¹ *BTS Holding, A.S. v. Slovakya*, Para. 73.

Holding, A.S. v. Slovakya kararı, özellikle yabancı hakem kararının tenfiz edilmesinin devlet mahkemelerince keyfi olarak engellenmesi hususunun değerlendirilmesi bakımından ilk karardır. AİHS madde 6'da güvence altına alınan usulî teminatlara uygun şekilde yabancı ülkede yapılmış bir tahkim yargılamasında verilen bir yabancı hakem kararının tenfizi değerlendirilirken, devlet mahkemeleri tenfiz engellerini keyfi ve geniş yorumlayarak⁹² tenfiz etmemekten kaçınmalıdır.

Kararın şu anlamda yol gösterici olduğu açıktır. 1 No'lu Ek Protokol'e taraf devletlerin, nihai ve bağlayıcı bir hakem kararının tenfizini gerçekleştirmek için elverişli hukukî mekanizmalar oluşturması ve bu mekanizmaları da keyfiyetten uzak şekilde işlevsel kılmaları zaruridir. Özellikle New York Sözleşmesinin bugün getirdiği tenfiz kolaylıkları dikkate alındığında, bu Sözleşmeye taraf devlet mahkemelerinin tenfiz engellerini keyfiyete kaçmadan uygulaması kanaatimizce isabetlidir. Benzer bir yaklaşım iç hukuk kurallarına göre yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi açısından da dikkate alınmalıdır. Gerek iç hukuk kuralları hazırlanırken gerekse bu iç hukuk kurallarına göre yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfiz davaları görülürken, hakem kararlarının tenfizinin haksız ve gerekçesiz engellenmesine olanak sağlayan düzenlemelerin ve uygulamaların, lehine alacak hakkı tesis edilen tarafın mülkiyet hakkının ihlaline yol açabileceği her zaman dikkate alınmalıdır. Devlet mahkemeleri, hakem kararını tenfiz etmeyerek korumayı amaçladıkları genel kamu yararı ile hakem kararına konu alacak hakkı sahibinin mülkiyet hakkından kaynaklı menfaatleri arasında adil dengeyi gözetmelidir. *BTS Holding, A.S. v. Slovakya* kararının hakem kararlarına karşı devlet mahkemelerinin tutumlarına pozitif etkisi olacağı kanısındayız. Şüphesiz bundan sonra AİHS'ye taraf devlet mahkemeleri, usulüne uygun bir tahkim yargılaması sonucu elde edilen hakem kararlarına karşı daha çok özen gösterecektir.

SONUÇ

1 No'lu Ek Protokol 1'nci maddede teminat altına alınan mülkiyet hakkı bugüne kadar pek çok kez AİHM tarafından değerlendirilmiştir. Mahkeme, mülkiyet hakkına bir müdahalenin varlığı halinde bu müdahalenin AİHS'nin ihlaline yol açacak ağırlıkta olup olmadığını 1 No'lu Ek Protokol 1'nci

⁹² Örneğin, doktrinde özellikle kamu düzeni müdahalesinin geniş yorumlanarak bir tenfiz engeli olarak sıklıkla kullanıldığına işaret olunmaktadır. Zeynep Derya Tarman, "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler", *MHB*, 37 (2), 37, s. 811.

maddede öngörülen sınırlar çerçevesinde ele almaktadır. AİHM tarafından mülkiyete müdahalenin kanuna dayanıp dayanmadığı, müdahalenin kanuna uygun olduğu hallerde genel yarara hizmet edip etmediği ve genel yararın korunmasındaki amaç ile hak sahibinin kişisel menfaati arasında orantılı bir denge kurulup kurulmadığı hususları sorgulanmaktadır. Adil dengenin kurulmadığı, özellikle de genel yararın korunması için dengenin hak sahibi aleyhine bozulduğu hallerde AİHM ilgilinin mülkiyet hakkının ihlal edildiğini kabul etmektedir.

Bir alacak hakkının icrası için yeterli şekilde bir dayanağı olması halinde, örneğin konumuz özelinde ele aldığımız nihai ve bağlayıcı hakem kararlarında olduğu gibi, hak sahibinin mülkiyet hakkı 1 No'lu Ek Protokol 1'nci madde kapsamında ele alınmakta ve müdahalenin ilgili maddedeki sınırlamalara uygun olmaması taraf devletin sorumluluğuna yol açmaktadır.

Özellikle nihai ve bağlayıcı hakem kararlarına ilişkin uygulamada AİHM, devletlerin hakem kararlarının yerine getirilmesine müdahale ettikleri, daha açık ifadesiyle hakem kararını icra etmedikleri ya da kararın yabancı bir hakem kararı olması halinde tenfiz etmedikleri hallerde genel yarar ile hakem kararında lehine alacak tesis edilen tarafın kişisel menfaati arasında bir denge gözetilmesini beklemektedir. Bu dengenin hak sahibi aleyhine bozulduğu hallerde ise devletin mülkiyetin korunmasında üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği sonucuna varmaktadır.

BTS Holding, A.S. v. Slovakya kararı, kanaatimizce yabancı hakem kararlarının tenfizinin devlet mahkemelerince keyfi şekilde reddedilmesini engelleyecek işleve sahip bir karardır. Devlet mahkemeleri yabancı hakem kararının tenfizinin keyfi şekilde reddetmekten kaçınmalıdır. Tenfiz talebinin devlet mahkemesince reddileceği hallerde mutlaka tenfiz talebinde menfaati olan tarafın mülkiyet hakkının etkileneceğini göz önünde bulundurmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe J F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No.7, 1st Edition, Avrupa Konseyi, 2007.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat 5. Baskı, 2020.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1994.
- Aydoğmuş Y, *AIHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi*, On İki Levha, 2016.
- Bahçekapılı Vincenzi S, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu Uyarınca Tenfizi”, *MHB*, 36 (1), 2016, s. 73-126.
- Demir Gökyayla C, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, 40(2), 2020, s. 729-773.
- Diñç G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları*, TBB Yayınları, 2007.
- Doğan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 2. Baskı, Astana Yayınları, 2021.
- Ekşi N, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, *Ankara Barosu Dergisi*, 1, 2009, s. 54-74.
- Erdoğan E, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, Yetkin, 2017.
- Erten R, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu mudur?”, *MHB*, 25(1-2), 2005, s. 195-212.
- Esen E. Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanuni Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler, *İKÜHFD*, 15(2), 2016, s. 669-698.
- Gemalmaz H B, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 2. Baskı, Beta, 2017.
- Gözübüyük Ş/Gölcüklü F/Saygılı A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, 2019.

- Gümüşlü Tunçağıl G, “Mülkiyet Hakkına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizini Reddeden Kararların AIHS Ek 1. Protokol Madde 1 Kapsamında Değerlendirilmesi”, *ÇÜHFD*, 5(1), 2020, s. 3213-3235.
- Güneş B S, “Res Judicata in International Arbitration: To What Extent Does an Arbitral Award Prevent The Re-Litigation of Issues?”, *Transnational Dispute Management*, 12(6), 2015, s. 1-33.
- Güvenalp F, *Milletlerarası Ticari Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali*, On İki Levha, 2018.
- Grgiæ A/Mataga Z/Longar M/Vilfan A, *The Right to Property Under The European Convention on Human Rights A Guide to The Implementation of The European Convention on Human Rights and Its Protocols*, Human Rights Handbooks No. 10, 1st Edition, Council of Europe, 2007.
- Kalpsüz T, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, 2. Baskı, Yetkin, 2010.
- Kaya S B, İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1), 2022, s. 51-72.
- Kaytaç Eker B, *Harmonising Role of The New York Convention*, Yetkin, 2021.
- Krumins T, *Arbitration and Human Rights*, 1st Edition, Springer, 2020.
- Landrove J C, “European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration”, in Samantha Besson, Michel Hottelier, Franz Werro (Eds.), *Human Rights at The Center*, Schulthess, 2006.
- Nardell G/Rees-Evans L, “The Role of The EctHr in The Protection of International Arbitral Awards: Insights from BTS Holding v Slovakia”, *Kluwer Arbitration Blog*, 12 October 2022, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/10/12/the-role-of-the-ecthr-in-the-protection-of-international-arbitral-awards-insights-from-bts-holding-v-slovakia/>>

≥ Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

Özdemir Kocasakal H, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, *MHB*, 40(1), 2020, s. 79-123.

Öztekin Gelgel G, “NewYork Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *MHB*, 22 (2), 2002, s. 1137-1158.

Ruhi A C, *1958 Tarihli New York Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, On İki Levha, 2019.

Sarı G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha, 2010.

Sarıöz Büyükalp İ, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, 1. Baskı, On İki Levha, 2018.

Şit B, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İmaj Yayınevi, Ankara 2005.

Tarman Z D, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler”, *MHB*, 37 (2), 37, s. 798–820.

Vural Çelenk B, “Tahkimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanırlığı Üzerine Bir Değerlendirme”, Nuray Koyuncu (Ed.), *Necmettin Erbakan Uluslararası Hukuk Kongresi Tebliğ Kitabı*, NEU Yayınları, 2021, s. 495-504.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**YÖRÜNGE ALTI(SUB-ORBITAL) UÇUŞLARDA YOLCUNUN
ÖLÜMÜ VEYA YARALANMASINDAN DOĞAN ZARARLAR
NEDENİYLE TAŞIYICININ TABİ OLDUĞU SORUMLULUK
REJİMİNİN TESPİTİ SORUNU**

THE PROBLEM OF DETERMINING THE LIABILITY REGIME OF THE
CARRIER FOR DAMAGES ARISING OUT OF DEATH OR INJURY OF
THE PASSENGER IN SUB-ORBITAL FLIGHTS

Umut ACUN*



ÖZET

-10.34246/ahbvuhfd.1269066

Teknolojinin gelişmesi, taşıma türlerinin çeşitlenmesine yol açmıştır. Teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan yeni taşıma türlerinden biri de yörünge altı taşımalardır. Şu an deneme aşamasında olan bu taşıma türünün yakın zamanda özellikle yolcu taşımaları açısından yaygınlık kazanması ise kaçınılmazdır. Yörünge altı taşımalar, hava taşımalarına oranla hızlı olması ve havayı daha az kirletmesi nedeniyle özellikle özel uçuşlar yerine tercih edileceklerdir. Yörünge altı taşımalardaki teknolojik gelişime rağmen, bu taşıma türünde hukuksal olarak ciddi bir gelişim kaydedilemediği görülür. Bu durum ise özellikle taşıyıcının taşıma sözleşmesinden kaynaklanan yolcunun ölümü ve yaralanmasından doğan sorumluluğunun hangi sorumluluk rejimine tabi olacağı hususunda sorun yaratacaktır. Taşıyıcının tabi olacağı sorumluluk rejimine ilişkin çeşitli görüşler bulunmakla beraber, ortak ve hâkim bir görüşten bahsedilmesi mümkün değildir. Çalışmamızda öncelikli olarak yörünge altı uçuş kavramı ve türleri incelenerek, bu tür taşımalarda yolcunun ölümü ve yaralanması halinde taşıyıcının hangi sorumluluk rejimine tabi olacağı problemi cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yörünge Altı, Yörünge Altı Uçuş, Yörünge Altı Taşımalar;

* **Arş. Gör.**, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA
e-posta: umut.acun@atilim.edu.tr.
ORCID: 0000-0001-5377-5545 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1269066

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Taşıyıcının Yolcunun Ölümü ve Yaralanmasından Doğan Sorumluluğu.

ABSTRACT

The development of technology has led to the diversification of transportation types. One of the new types of transportation emerging as a result of technological developments is sub-orbital transportation. It is inevitable that this type of transportation, which is currently in the trial phase, will soon become widespread, especially in terms of passenger transportation. Sub-orbital transportation will be preferred over private flights, as it is faster and less polluting than air transportation. Despite the technological development in sub-orbital transportation, it can be observed that there has not been a serious legal development in this type of transportation. This situation can create a problem while determining liability regime to be applied to the carrier in case of the death and injury of the passenger. Although there are various opinions regarding the liability regime to which the carrier will be subject, it is not possible to talk about a commonly approved and dominant opinion. In our study, firstly the concept and types of sub-orbital flights will be examined and then the question of which liability regime the carrier will be subject to in case of death or injury of a passenger in such transportation will be tried to be answered.

Keywords: *Sub-orbital, Sub-orbital Flight, Sub-orbital Carriage, Carrier's Liability for Death and Injury of Passenger.*

EXTENDED ABSTRACT

Sub-orbital carriage, which has emerged as a new type of carriage, has started to be heard in recent years. The fact that sub-orbital carriage will be a faster option and have less carbon emission will make it an alternative to air carriage. However, the high transportation fees demanded for suborbital carriage today will have a negative impact on the demand of these type of carriage. However, it is estimated that the adoption of commonly approved rules for sub-orbital carriage and the parties being bound by these rules as a result, will reduce the transportation fees over time. In this context, some authors have stated that the Warsaw Convention 1929, its amendments or the Montreal Convention 1999, which regulates the liability of the international air carrier, should be applicable to suborbital carriage, while some other authors have stated that these carriage takes place in space and the rules of space law should be applied. However, in our opinion, it is a necessity to introduce a new liability regime for suborbital carriage.

Due to the nature of suborbital carriage, it is not possible to accept suborbital carriage as air carriage. If such an acceptance is made, it is inevitable to encounter problems. In this context, first of all, it should be noted that the vehicles performing sub-orbital carriage cannot be qualified as aircraft. Again, the lack of sufficient experience in sub-orbital carriage will lead to uncertainty in the determination of the scope of 'accident', which plays an important role in the determination of the carrier's liability

arising from the death and bodily injury of the passenger in air carriage. Apart from these situations, the low liability limits set out in the conventions against the high transportation fees charged to passengers for sub-orbital carriage will also prevent the application of the rules applicable to the air carrier to sub-orbital carriers. This situation will also create disadvantage for passengers to choose this mode of carriage. Another situation seen in practice in sub-orbital carriage is non-liability agreements. In practice, it is observed that some carriers such as Virgin Galactic and Blue Origin, which operate suborbital flights, make passengers sign non-liability agreements, which are called 'informed consent'. The Hague Protocol 1955 prohibits these agreements and states that such agreement between the carrier and the passenger shall be void. This prohibition was also preserved in the subsequent amendments of the Warsaw Convention 1929 and the Montreal Convention 1999. Therefore, it will be necessary to accept that these agreements signed by the passengers (non-liability agreements), are invalid if the rules of international air carriage law are to be applied to the sub-orbital carrier. For these reasons, it is not possible to apply the provisions of the Warsaw Convention 1929, its amendments or the Montreal Convention 1999 to the sub-orbital carrier.

In sub-orbital carriage, the application of space law rules is also not possible due to the different problems that may arise. There are only two international conventions regulating liability in space law. These conventions are the Outer Space Treaty 1967 and the Space Liability Convention 1972. The only type of liability regulated in both conventions is the liability of the state that launched the spacecraft and the state that permitted its launch from its territory or facility, to the state which the injured person is subject for the damage caused by the spacecraft to third parties. Liability for death or injury to passengers on board of the spacecraft is not regulated in both conventions. In light of the aforementioned, in the event of death or injury of the passenger in sub-orbital carriage, if the rules of space law are applied to the carrier, the liability of the carrier cannot be mentioned. Again, the fact that both conventions on space law specify the states as the claimant and the defendant, so it will prevent the injured passenger from claiming compensation from the carrier.

As a result of these explanations, we state that neither the rules regulating the liability of the carrier in international air carriage nor the rules regulating liability in space law can be applied. Both the popularity in use of sub-orbital flights and the uncertainty regarding the compensation of damages in the event of death or injury of the passenger in these flights require the establishment of a new set of rules and the introduction of a separate liability regime specific to sub-orbital flights. In this context, it is necessary to make a sui generis regulation specific to sub-orbital flights in the near future.

GİRİŞ

Günümüzde teknoloji alanında yaşanan hızlı gelişmeler, hukukun diğer alanlarındaki gelişmeleri hızlandırdığı gibi uluslararası taşıma hukukunda da yeni gelişmelere yol açmıştır. Bu durum sonucunda farklı ülkelerde, farklı kararların önüne geçilmesi amacıyla uluslararası konvansiyonlar kabul edilmiş ve taşıma hukukuna ilişkin kuralların yeknesaklaştırılması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda uluslararası hava taşıma hukuku alanında öncelikle 1929 Varşova Konvansiyonu kabul edilmiştir. 1929 Varşova Konvansiyonu ile getirilen uluslararası hava taşımasına ilişkin kurallar zaman içerisinde tadillere uğramıştır. Tadiller ile getirilen sorumluluk üst limitlerinin ise zaman içinde, özellikle zararın tazmini açısından yetersiz kalması sonucunda 1999 Montreal Konvansiyonu kabul edilmiştir. Uzay hukuku açısından ise sorumluluk 1967 Dış Uzay Antlaşması ve 1972 Uzay Sorumluluk Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. Yeni bir taşıma türü olan yörünge altı uçuşlar vasıtasıyla yapılan taşımalar ise henüz bir hükme bağlanmamıştır.

Yörünge altı uçuşların; teknolojideki hızlı gelişmeler sonucu, yük taşımalarında henüz beklenmese de; yakın zamanda yolcu taşımalarında kullanılacağı öngörülebilmektedir. Bu nedenle yörünge altı uçuş gerçekleştiren taşıyıcıların yolcunun ölümü ve yaralanmasından doğacak zararlardan sorumluluğu hususunda ortak bir yolun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bu durum aynı zamanda hava taşımalarında olduğu gibi yolcular bakımından, taşıyıcıya karşı bir güven oluşturacak ve bu güven sonucu yörünge altı taşımaların gelişimi de hız kazanacaktır. Yörünge altı uçuşlarla gerçekleştirilen taşımalar hem hız, hem de daha az hava kirliliğine neden olmaları nedeniyle tercih sebebi olacaktır. Sayılan bu nedenlerin tamamı ise öncelikle yolcunun ölümü veya yaralanmasından doğan zararların tazminine ilişkin olmak üzere en kısa zamanda uluslararası bir çalışma yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

I. YÖRÜNGE ALTI UÇUŞ

A. Kavram ve Tespiti

Yörünge altı uçuşların ilki, 1944 yılında Almanlar tarafından gerçekleştirilmiştir¹. İlk insanlı yörünge altı uçuş ise 1961 yılında Amerika

¹ Moses P. Milazzo/Laszlo Kestay/Colin Dundas. "The Challenge for 2050: Cohesive Analysis of More Than One Hundred Years of Planetary Data", *Planetary Science Vision 2050 Workshop*, 1989, 2017, s. 1.

Birleşik Devletleri tarafından gerçekleştirilmiştir². Yörünge altı uçuşların ticari amaçla gerçekleştirilmesi hususu ise özel bazı girişimlerin bu sahada faaliyet göstermek istemesi sonucunda, son yıllarda yaygınlık kazanmıştır. Gelişim sürecine bakıldığında yörünge altı taşımaların, yük taşımaları açısından şimdilik pek olanaklı görülmemesine rağmen, yolcu taşımaları açısından diğer taşıma türlerine bir alternatif oluşturacağı görülmektedir. Bu kapsamda öncelikle yörünge altı uçuş kavramından ne anlaşılması gerektiği irdelenmelidir.

Yörünge altı uçuş kavramı uluslararası konvansiyonlarda tanımlanmamıştır. Fakat ICAO (*International Civil Aviation Organization*) tarafından gerçekleştirilen çalışmalarda bir tanımlama yapılmıştır. Bu kapsamda 2010 Birleşmiş Milletler Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanımı Komitesi (*UNCOPUOS*) Hukuk Alt Komisyonu tarafından düzenlenen rapor ile ICAO tarafından yörünge altı uçuşlar, 'çok yüksek irtifada seyretmekle birlikte bir aracın yörüngeye gönderilmesini içermeyen uçuşlar' olarak tanımlanmıştır³.

Bir uçuşun yörünge altı uçuş olarak nitelendirilmesinde asıl önem arz eden husus aracın havada kalmasını sağlayan kuvvetin kaynağıdır. Hava yoluyla gerçekleştirilen taşımalarda aracın havada kalmasını sağlayan kuvvet, aracın atmosferle girdiği reaksiyon sonucu ortaya çıkan aerodinamik kuvvet iken, yörünge altı taşımaların gerçekleştirildiği irtifalarda havanın yoğunluğunun oldukça az olması nedeniyle atmosferle girilen reaksiyondan ve dolayısıyla aerodinamik kuvvetten bahsedilemeyecektir⁴. Bu yükseklikte aracın havada kalmasını sağlayan yegâne kuvvet, merkezkaç kuvveti olacaktır⁵.

Uçuşu gerçekleştiren aracın havada kalmasını sağlayan kuvvete göre bir ayırım yapılmış olması bu kuvvetlerin gerçekleştiği noktalar arasında farazi bir sınırın varlığının kabulünü zorunlu kılmıştır. Buna yönelik olarak, doktrinde yörünge altı uçuşların tespitine ilişkin farklı ölçütler belirlenmiştir⁶.

² Rafael Molo-Aguilar, "National Regulation of Private Suborbital Flights:A Fresh View", *FIU Law Review*, 10(2), 2015, s. 680-681.

³ Concept of Suborbital Flights: Information From the International Civil Aviation Organisation(ICA), <https://www.unoosa.org/pdf/limited/c2/AC105_C2_2010_CRP09E.pdf>, Erişim Tarihi 5 Mart 2023, s. 2.

⁴ Thomas Gangale, "The Non Karman Line", *Journal of Space Law*, 41(2), 2017, s. 159.

⁵ Gangale, s. 159.

⁶ Steven Freeland, "Fly Me to The Moon: How Will International Law Cope with Commercial Space Tourism?", *Melbourne Journal of International Law*, 11, 2010, s. 9.

Bu tanımlar farklılaşmakla birlikte kanımızca ‘*Karman Hattı*’ni bir ölçüt olarak kabul etmek doğru olacaktır. Karman Hattına göre 100 km irtifa uzayın sınırı kabul edilecektir⁷. Bu kapsamda 100-200 kilometre irtifalar arasında gerçekleşen uçuşları yörünge altı uçuşlar olarak nitelendirmek mümkün olacaktır⁸. Üst sınırın 200 kilometre olarak tespitinin sebebi ise bu yükseklikte çeşitli uydu ve araçların yörüngesel hareket izleyebiliyor olmasıdır⁹.

Karman hattının, hava sahası ve uzayı birbirinden ayıran bir hat olarak kabulüne ve yörünge altı uçuşun tespitine ilişkin ortak bir kanaate halen ulaşılamamıştır. Bu kapsamda UNCOPUOS tarafından da henüz bir karar alınamamış olup bu durumun sebebinin pratik meselelerden ziyade politik meseleler olduğu doktrinde ifade edilmiştir¹⁰.

B. Yörünge Altı Uçuş Türleri

1. Kalkış ve Varış Yerine Göre

Yörünge altı uçuşlar kalkış ve varış yerine göre üçe ayrılmıştır. Yapılan ayrıma göre yörünge altı uçuşları; Dünya üzerindeki bir noktadan uzaya, uzaydan Dünya üzerindeki bir noktaya ve son olarak da Dünya üzerindeki bir noktadan, Dünya üzerindeki başka bir noktaya olarak ayırmak mümkündür.

Dünya üzerindeki bir noktadan uzaya gerçekleştirilen yörünge altı taşımalarda kalkış noktası bir devletin ülkesindeki bir nokta iken varış noktası uzaydaki bir istasyon veya tesis olmaktadır. Bu durumun tam tersi ise yörünge altı taşımaların ikinci türünü oluşturmaktadır. Uzaydaki bir istasyon veya tesisten, dünya üzerindeki bir noktaya gerçekleştirilen uçuşlarda kalkış noktası uzaydaki istasyon veya tesis olarak kabul edilirken, varış noktası bir devletin ülkesindeki bir nokta olacaktır. Bu iki yörünge altı taşıma türü, gelecekte uzayda açılması planlanan turizm tesislerine ulaşımına ilişkin olmaları nedeniyle yörünge altı taşımalardan çok yörünge altı turizmi ilgilendirmektedir¹¹.

Yörünge altı taşımaların, taşıma hukuku bakımından daha fazla önem arz eden kısmını ise Dünya üzerindeki bir noktadan, Dünya üzerindeki

başka bir noktaya gerçekleştirilen uçuşlar oluşturur. Bu uçuş türünde hem kalkış hem de varış yeri, tıpkı hava taşımalarında olduğu gibi, dünya üzerinde bulunmaktadır. Bu tür uçuşlar özellikle uçuş sürelerini kısaltmaları, hidrojen yakıtı kullanmaları ve karbon emisyonunu önemli ölçüde azaltacak olmaları nedeniyle yakın gelecekte hava yoluyla yolcu taşımaları yerine tercih edilebilecek alternatif bir taşıma türü olacaktır¹². Bu nedenle yörünge altı uçuşlarda taşıyıcının tabi olacağı sorumluluk rejiminin tespiti yolcunun ölümü ve yaralanmasından doğan zararların tazmini hususunda büyük önem arz edecektir.

2. Uçuşta Kullanılan Aracın Türüne Göre

Yörünge altı uçuşları gerçekleştirmek için geliştirilmiş olan araçlar farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Aracın türüne göre ayırım yapılması aracın niteliğinin tespitinde önem arz eder. Aracın niteliğinin tespiti, taşıyıcıya uygulanacak sorumluluk rejiminin belirlenmesi hususuna da etki eder.

Yörünge altı uçuş gerçekleştiren araçların ilk türü, dikey kalkışlı araçlardır. Bu araçlar uçakların aksine, dikey düzlemde kalkış gerçekleştirmektedir. Bu tür araçlar daha düşük teknoloji gerektiren basınçlı roket motorları ile hareket sağlarlar¹³. Aracın kalkışı ve seyri için gerekli olan itme gücü bu roket motorları tarafından sağlanır (Örn. *Space X Starship*, *Blue Origin New Shepard*). İkinci tür yörünge altı araçlar ise yatay kalkışlı araçlardır. Bu araçlar tıpkı uçaklar gibi yatay bir eksenle hızlanarak kalkış gerçekleştirirler. Bu tür araçlar dikey ağırlık merkezinin kontrolü vs. gibi nedenlerle dikey kalkışlı araçlara kıyasla daha ileri teknoloji gerektirmektedir¹⁴. Yatay kalkışlı araçlar da yalnızca roket gücüyle çalışan araçlar ve hibrit yatay kalkışlı araçlar olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılır¹⁵. Yalnızca roket gücüyle çalışan araçların yatay düzlemde hareketine başlaması haricinde, aracın niteliğinin tespiti açısından dikey kalkışlı araçlardan farklı bulunmamaktadır. Bu araçlar tıpkı dikey kalkışlı araçlar gibi itme gücünü roket motorlarından almaktadır (Örn. *XCOR Lynx*,

⁷ Małgorzata Polkowska, “Space Tourism Challenges”, *Review of European and Comparative Law*, 45 (2), s. 177.

⁸ Freeland, s. 9.

⁹ Freeland, s. 9.

¹⁰ Polkowska, s. 177.

¹¹ Frans G. Von der Dunk, “Passing the Buck to Rogers: International Liability Issues in Private Spaceflight”, *Nebraska Law Review*, 86, s. 422.

¹² S.M. Mousavi Sameh, “Suborbital Flights: Environmental Concerns and Regulatory Initiatives”, *Journal of Air Law and Commerce*, 81(1), 2016, s. 71-72.

¹³ Marti Sarigul-Klijn/Nesrin Sarigul-Klijn, “*Flight Mechanics of Manned Sub-Orbital Reusable Launch Vehicles with Recommendations for Launch and Recovery*”, 41st Aerospace Sciences Meeting and Exhibit, 2003, s. 5.

¹⁴ Sarigul-Klijn/Sarigul-Klijn, s. 6.

¹⁵ Sarigul-Klijn/Sarigul-Klijn, s. 6.

Radian One)¹⁶. Hibrit yatay kalkışlı araçlar ise bu saydığımız araçlardan farklılaşmaktadır. Hibrit yatay kalkışlı araçlar diğer iki türün aksine, roket motorlarının yanında uçaklarda kullanılan jet motorlarını da bulundurur ve belli bir irtifaya kadar jet motorları vasıtasıyla hareket eder (Örn. *Bristol Spaceplanes Ascender, Astrium Airbus Defence and Space Spaceplane*)¹⁷. Jet motorlarının ulaşabildiği en yüksek noktada ise roket motorları kullanılarak aracın yörünge altı seyir irtifasına ulaşması sağlanır. Yörünge altı araçların son türünü ise bir hava aracından fırlatılan araçlar oluşturmaktadır. Bu halde esasen iki araç bulunmakta olup, bu araçlardan ilki taşıyıcı hava aracı, ikincisi ise roket motorlarına sahip yörünge altı uçuş aracı olacaktır¹⁸. Taşıyıcı hava aracı, yörünge altı uçuş aracını belirli bir irtifaya kadar taşıdıktan sonra serbest bırakacak ve serbest bırakılan araç yörünge altı seyir irtifasına roket motorları vasıtasıyla ulaşacaktır (Örn. *Virgin Galactic VSS Unity*).

II. YÖRÜNGE ALTI UÇUŞLARDA TAŞIYICININ TABİ OLACAĞI SORUMLULUK REJİMİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. Mekansalcı (*Spatialist*) Görüş

Yörünge altı uçuşlarda taşıyıcının sorumluluğunun nasıl tespit edileceğine ilişkin görüşlerden ilki mekansalcı (*spatialist*) görüştür. Anılan görüşü benimseyenlere göre hava ile uzay arasında kesin bir çizgi bulunmaktadır¹⁹. Bu kapsamda aracın sınır olarak belirlenmiş bir irtifadan daha yüksek bir noktaya ulaşması ve o noktanın üzerinde seyretmesi halinde uzay hukukuna ilişkin konvansiyonlar uygulama alan bulacak, aracın belirlenmiş sınırın altında seyretmesi halinde ise hava hukukuna ilişkin konvansiyonlar uygulama alanı bulacaktır²⁰. Sözü edilen görüş kapsamında aracın hava sahasında, uzayda veya her ikisinde seyrini gerçekleştirmiş olması taşıyıcının sorumluluğu konusunda farklı sonuçlar doğuracaktır²¹.

¹⁶ Sarigul-Klijn/Sarigul-Klijn, s. 6.

¹⁷ Sarigul-Klijn/Sarigul-Klijn, s. 7.

¹⁸ Sarigul-Klijn/Sarigul-Klijn, s. 9.

¹⁹ Ali Bal, "Hava-Uzay Araçlarının(Aerospacecraft) Hukuki Rejimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(Özel Sayı), 2013, s. 1474.

²⁰ Ruwannitsa Abeyratne, "Commercial Space Travel: Security and Other Implications", *Journal of Transportation Security*, 6, 2013, s. 262.

²¹ Roy Balleste, "Worlds Apart: The Legal Challenges of Suborbital Flights in Outer Space", *New York University International Law and Politics*, 49, 2017, s. 1045.

Görülmektedir ki mekansalcı görüş kapsamında taşıyıcının sorumluluğu tespit edilirken aracın bulunduğu nokta önem arz eder. Bu teorinin uygulanması için kesin olarak çizilmiş fiziksel bir sınırın varlığı temel şarttır²². Aracın kesin olarak çizilmiş olan sınırın altında veya üstünde seyrediyor olması taşıyıcının sorumluluğunun tespitinde uygulanacak olan sorumluluk rejimlerinin de farklılaşmasına yol açacaktır²³. Bu görüş dahilinde farklı sınırlar tespit edilmiştir²⁴. Bu hususta farklı görüşler olmakla birlikte yaygın olarak kabul edilen sınır 'Karman Hattı' olarak isimlendirilmiş bulunan sınırdır. Karman hattı deniz seviyesinden başlamak üzere 100 kilometre irtifanın uzayın alt sınırını oluşturacağını belirtir²⁵.

Mekansalcı görüş kapsamında araç hava sahasında bulunduğu sürece hava taşıma hukukuna ilişkin kurallar, araç belirlenen hattı aşır hava sahasından çıktığında ise uzay hukukuna ilişkin kurallar uygulanacaktır²⁶. Dolayısıyla bu görüşe göre taşıyıcının sorumluluğu da farklı kuralların uygulanması nedeniyle, zararın meydana geldiği yere göre farklılaşacaktır. Mekansalcı görüş hangi sorumluluk rejiminin uygulanacağını kesin olarak tespit etmekle beraber, uzayın sınırının tespiti konusundaki tartışmalardan ve bu hususta ortak bir karara varılamamış olmasından dolayı eleştirilere uğramaktadır²⁷.

B. İşlevselci (*Functionalist*) Görüş

İşlevselci görüş taraftarları, mekansalcı görüşün aksine bir anlayış benimsemiştir. Bu anlayışa göre taşıyıcıya uygulanacak sorumluluk rejiminin tespiti için yörünge altı aracın bulunduğu konum önem arz etmez. Anılan

²² Aram Daniel Kerkonian/Nivedita Raju, "The Legal Challenges of International Suborbital Flights: A Bilateral Solution", *Journal of Air Law and Commerce*, 85(3), 2020, s. 412.

²³ Iva Savic/ Nika Petic, "Commercial Suborbital Flights – Air or Space Law?", *Zagrebačka Pravna Revija*, 9(3), 2020, s. 238.

²⁴ Bir görüşe göre uzay ve havayı ayıran sınır deniz seviyesinden itibaren 80 km iken; bir başka görüşe göre bu sınır deniz seviyesinden itibaren 110 km olarak kabul edilmektedir. Hattın 80 kilometre olmasını savunan görüş için bkz. Van C. Ernest, "Third Party Liability of the Private Space Industry: To Pay What No One Has Paid Before", *Case Western Reserve Law Review*, 41(2), 1991, s. 535. Hattın 110 km olmasını savunan görüş için bkz. Jonathan C. McDowell, "The Edge of Space: Revisiting the Karman Line", *Acta Astronautica*, 151, 2018, s. 668.

²⁵ Karman Hattı, Macar asıllı fizikçi Theodore von Karman tarafından tespit edilmiş olan ve hava sahası ile uzayı birbirinden ayıran soyut bir sınırdır.

²⁶ Savic/ Petic, s. 238.

²⁷ Zeldine Niamh O'Brien, "Theories of Liability for Space Activities", *Irish Student Law Review*, 15, 2007, s. 53.

görüş kapsamında yörünge altı aracın işlevi incelenmeli, aracın hava sahasında mı yoksa uzayda mı seyrini sürdüreceği aracın gerçekleştireceği faaliyet de göz önünde tutularak tespit edilmelidir²⁸. Bu görüş sahipleri hava sahası ile uzay arasında çizilmiş kesin bir hattın varlığını reddeder ve bir faaliyetin uzay faaliyeti olması halinde uzayda yapılmış olduğunu kabul eder²⁹. Bu görüş dahilinde önemli olan yapılan işin niteliğidir. Bu maksatla taşıyıcıya uygulanacak sorumluluk rejiminin tespitinde öncelikle aracın gerçekleştirdiği faaliyet incelenecek ve aracın hava aracı veya uzay aracı olarak nitelendirilmesi sağlanacak, ortaya çıkacak sonuca göre ilgili sorumluluk rejimi belirlenecektir.

III. YÖRÜNGE ALTI TAŞIMALARA ULUSLARARASI HAVA TAŞIMA HUKUKU KURALLARININ UYGULANMASINA İLİŞKİN SORUNLAR

A. Hava Aracı Kavramı

Yörünge altı uçuşlarda taşıyıcıya, hava taşıyıcısının sorumluluğuna ilişkin 1929 Varşova Konvansiyonu, tadilleri ve 1999 Montreal Konvansiyonunun uygulanması halinde karşılaşılabilecek ilk sorun ‘hava aracı’ kavramının tanımı olacaktır. 1929 Varşova Konvansiyonu m. 1/1 ile Konvansiyon’un uygulama alanı belirtilmiştir. Buna göre 1929 Varşova Konvansiyonu bir hava aracıyla, ücret karşılığında veya bir hava işletmesi tarafından ücretsiz olarak gerçekleştirilecek uluslararası taşımanın mevcut olması halinde uygulama alanı bulabilecektir³⁰. Bu hüküm Konvansiyonu tadil eden diğer protokol ve konvansiyonlarda da aynen korunmuş olup, son olarak 1999 Montreal Konvansiyonu’na da değiştirilmeden alınmıştır³¹.

Hava aracının tanımı, havayoluyla gerçekleştirilen uluslararası taşımalarda taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen konvansiyonlarda yer almamıştır. Hava aracı, 1944 Şikago Konvansiyonu Ek No. 7 m. 1 ile

²⁸ Benjamyn Ian Scott, “International Suborbital Passenger Transportation: An Analysis of the Current Legal Situation of Transit and Traffic Rights and Its Appropriate Regulation”, *Issues in Aviation Law and Policy*, 14(2), 2015, s. 289. Merve Erdem Burger “Current Issues Being Discussed in Space Law”, *Proceedings for The First Symposium on Space Economy, Space Law and Space Sciences*, 2022, s. 123. Kerkonian/Raju, s. 412. Vernon Nase, “Delimitation and the Suborbital Passenger: Time to End Prevarication.”, *Journal of Air Law and Commerce*, 77(4), 2012, s. 752.

²⁹ Upasana Dasgupta, “Legal Issues on Sub-Orbital Space Tourism: International and National Law Perspectives”, *Annals of Air and Space Law*, 38, 2013, s. 245.

³⁰ 1929 Varşova Konvansiyonu m. 1/1.

³¹ 1999 Montreal Konvansiyonu m. 1/1.

tanımlanmıştır. Bu kapsamda hava ile reaksiyona girip atmosferden destek alarak kendi başına havalanabilen ve havada seyredilen araçlar, hava aracı olarak kabul edilecektir³². Yapılan tanımdan bir aracın, hava aracı olarak kabul edilebilmesi için haiz olması gereken nitelikleri tespit edebilmemiz mümkündür. Bu kapsamda bir aracın, hava aracı olarak kabul edilebilmesi için öncelikle hava ile reaksiyona girmesi gerekir. Araç hava ile girdiği reaksiyon sonucunda atmosferden destek almalıdır. Aracın hava aracı sayılması için aranacak son koşul ise aracın atmosferden aldığı destek ile havalanabilmesi ve havada seyredilmesi olacaktır. Araç bu üç şartı yerine getirdiği takdirde hava aracı olarak nitelendirilecek, bu şartlardan yalnızca birinin eksikliği aracın hava aracı olarak nitelendirilmesine engel olacaktır. Bu kapsamda havalanabilmek ve havada seyredilemekle beraber, atmosferle reaksiyona girmemesi nedeniyle, atmosfer üzerinde seyreden roket vb. araçlar hava aracı olarak nitelendirilemeyecektir³³.

Üst başlıklarda türlerine göre ayırdığımız yörünge altı araçlar, bu kapsamda havalanmakla ve havada seyretmekle beraber itme gücünün kaynağının roket olması ve roketlerin atmosferle reaksiyona girme şartını sağlamaması nedeniyle hava aracı olarak nitelendirilemez. Hibrit yatay kalkışlı araçlar da yörünge altı irtifada yalnızca roket motorlarından kaynaklanan itme gücünü kullandığı için, bu araçların atmosferle reaksiyona girdiği kabul edilemez, dolayısıyla bu tür araçlar hava aracı olarak da kabul edilemez. Bazı yörünge altı araçların belli irtifaya kadar kendisini taşıyan hava araçlarıyla çıkmış olmaları da bu durumu değiştirmez. Bu son halde yörünge altı araç kendisini taşımakta olan hava aracıyla seyrettiği süre boyunca hava aracı olarak nitelendirebilmekle beraber, belirli yükseklikte hava aracından ayrılarak roket gücüyle yörünge altı irtifaya yükselmeye başladığı anda hava aracı olarak kabul edilemeyecektir. Yörünge altı aracın, hava aracı olarak nitelendirilememesi ise hava yolu taşıyıcılarının sorumluluğunu düzenleyen konvansiyonların uygulanmasına engel olur. Bu nedenle 1929 Varşova Konvansiyonu ve 1999 Montreal Konvansiyonu uygulama alanı bulmaz.

B. Kaza Kavramının Yörünge Altı Uçuşlar Açısından Belirsizliği

Yörünge altı uçuşlarda taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin uluslararası hava taşıma hukuku kurallarının uygulanmasına diğer bir engel de ‘kaza’

³² 1944 Şikago Konvansiyonu Ek No. 7 m. 1. Bizim hukukumuzda ise hava aracı TSHK m. 3/1-b’de ‘havalanabilen ve havada seyredilme kabiliyetine sahip her türlü araç’ olarak tanımlanmıştır.

³³ Ayşegül Canbolat, *Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2009, s. 10.

kavramıdır. 1999 Montreal Konvansiyonu m. 17/1'e göre taşıyıcının sorumluluğunun doğması için, yolcunun ölümü veya yaralanması bir kaza sonucu meydana gelmelidir.

Kazanın tanımı, hava taşıyıcısının sorumluluğunu düzenleyen konvansiyonlarda yapılmamıştır. Fakat günümüzde, doktrinde³⁴ ve yargı kararlarında³⁵ yaygın olarak kabul edilen tanıma göre kaza, yolcunun iradesi dışında gerçekleşen alışılmadık ve öngörülemeyen bir olaydır. Bu kapsamda hava taşımaları sırasında gerçekleşen bir kazadan söz edebilmemiz için olayın belirli özellikleri taşıması gerektiği anlaşılmaktadır. Bir olayın kaza olarak kabul edilebilmesi için öncelikle olayın yolcunun iradesi dışında gerçekleşmiş olması şarttır. Olayın kaza olarak değerlendirilmesi hususunda aranacak diğer bir şart ise bu olayın öngörülemez bir durum olmasıdır. Öngörülebilir durumlardan kaynaklanan zararlar ise kazayı meydana getirmeyecektir. Zararı meydana getiren olayın öngörülebilirliği taşıyıcının sorumluluğunun tespitinde temel rol oynayacak; olay öngörülebilir ise kazadan bahsedilemeyecek, olayın öngörülemez olduğu hallerde ise kazanın varlığından söz edilecektir. Bu kapsamda hava taşımaları açısından normal ve öngörülebilir olarak kabul edilen orta şiddetteki bir türbülans nedeniyle yolcunun ölmüş veya yaralanmış olması halinde kazadan bahsedilmesi imkânsız olacak ve dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğundan söz edilemeyecektir³⁶.

Hava yoluyla yapılan taşımalarda taşıyıcının, yolcunun ölümü ve yaralanmasından dolayı sorumlu tutulması olayın öngörülemez olmasına ve dolayısıyla kaza olarak kabulüne bağlanmıştır. Hava taşımaları uzun yıllardır devam etmekte olup, öngörülebilir ve öngörülemez riskler zaman içinde tespit edilebilir hale gelmiştir. Hava taşımalarının ilk döneminde, hava taşımalarının oldukça sınırlı olması ve bilinmezliği nedeniyle yaşanacak basit bir türbülans bile öngörülemezken, günümüzde bu durumlar öngörülebilir

³⁴ Kaza ve kazanın kapsamına ilişkin görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Banu Bozkurt Bozabalı, *Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 130 vd. Nurdan Orbay Ortaç, *Havayolu ile Taşıyan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2014, s. 59-66. Sinan Sami Akkurt, *Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 216-219. Tuba Birinci Uzun, *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 60-65.

³⁵ *Air France v. Saks*, 470 US 392, 1985, <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/392/>>.

³⁶ *Magan v. Lufthansa Airlines*, 339 F.3d 158. (2d Cir 2003), <<https://casetext.com/case/magan-v-lufthansa-german-airlines-2>>.

hale gelmiştir. Bu nedenle kaza kavramının sınırları da geçmişe nazaran daha belirgin hale gelmiştir. Kazanın kapsamına ilişkin daha net bir çıkarımda bulunulabilmesi dolayısıyla, taşıyıcının sorumluluğunu doğuracak hallerle ilişkin tartışmaların da geçmişe oranla azaldığı söylenebilecektir.

Yörünge altı taşımalara, uluslararası hava taşıma hukukuna ilişkin kuralların uygulanması kabul edildiğinde, taşıyıcının yolcunun ölümü veya yaralanmasından sorumluluğunun doğması için bir kazanın varlığından bahsedilmesi gerekir. Kazanın varlığı için, bir üst paragrafta sözünü ettiğimiz gibi öngörülemez olması aranır. Sorun tam da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Hava taşımaları uzun süredir devam etmektedir. Yine hava taşımaları bu süreç içerisinde geçmişe göre yaygınlık kazanmış olup günümüzde yılda 3,2 milyon kişi hava yoluyla yapılan taşımaları tercih etmektedir³⁷. Hava yoluyla yapılacak taşımaları tercih eden yolcu sayısının her geçen yıl artması, uçuşların da yıllar içerisinde artmasına neden olmuştur. Bu kapsamda gerek uçuş ve kabin ekibi, gerek taşıyıcılar ve gerekse çıkacak uyuşmazlığa bakmakla yükümlü yargı mensupları tarafından hangi risklerin öngörülüp, hangi risklerin öngörülemeyeceği hususunda ve taşıyıcının sorumluluğunun hangi hallerde doğacağı konusunda bir kanaat olduğu söylenebilecektir.

Yörünge altı uçuşlar, hava yoluyla yapılan taşımaların aksine henüz çoğu deneme aşamasındadır. Bu durumun sonucu olarak gerçekleştirilen yörünge altı uçuşların sayısı çok azdır. Yörünge altı uçuşların azlığı ise herhangi bir riskin öngörülemez olması sonucunu doğurur. Yörünge altı uçuşların yeni bir taşıma türü olması, bu alanda bilgisizliğin ve deneyimsizliğin hava taşımalarına kıyasla daha fazla olmasına neden olur. Bu kapsamda günümüzde, yörünge altı uçuşlar için herhangi bir riskin öngörülebilir olması imkânsızdır. Yolcunun ölümü veya yaralanmasına neden olan tüm durumların öngörülemez olması, kaza kavramının kapsamını hava taşımalarına kıyasla oldukça genişletecektir. Böylelikle yörünge altı araçlarla taşıma gerçekleştiren taşıyıcının sorumluluğu da, hava taşıyıcısının sorumluluğuna kıyasla genişleyecektir. Bu durum ise 1929 Varşova Konvansiyonu, tadilleri ve 1999 Montreal Konvansiyonu'nun amacıyla bağdaşmamaktadır. Taşıyıcıyı her halde sorumlu tutmak adaletli olmayacağı gibi, sektörde faaliyet göstermek isteyen yeni taşıyıcıların sektöre yatırım yapmasına da engel olacak, yörünge altı taşımaların gelişimini yavaşlatacaktır.

³⁷ The World of Air Transport in 2021(ICAO), <<https://www.icao.int/sustainability/WorldofAirTransport/Pages/the-world-of-air-transport-in-2021.aspx>>.

C. Sorumluluk Limitleri

1929 Varşova Konvansiyonu ile taşıyıcılara; yolcu, bagaj ve yük taşımaları için sorumluluk üst sınırları getirilmiştir. Bu üst sınırların getirilmiş olmasının amacı, sivil hava taşıma sektörünün gelişmesi ve yaygınlaşmasını sağlamak olmuştur. Taşıyıcının sorumluluğuna getirilen üst sınır ile taşıyıcının üstlendiği risk düşmüş, bu duruma paralel olarak taşıyıcı tarafından ödenecek olan sigorta primleri de düşmüştür. Sigorta primlerinin düşmesi ise, taşıma ücretlerinin indirilmesine yol açmış ve hava taşımaları daha çok kişi tarafından erişilebilir hale gelmiştir³⁸.

1929 Varşova Konvansiyonu ile yolcunun ölümü ve yaralanması halinde taşıyıcının sorumluluğunun 125.000 Frank³⁹ ile sınırlandırılması kabul edilmiştir⁴⁰. Taşıyıcının zarara kast veya pervasızca hareketi ile yol açması halinde ise taşıyıcı sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkını kaybedecektir. Bu sorumluluk limiti ABD' nin altın birim fiyatlarını sabitlemesi nedeniyle zaman içerisinde ABD açısından olumsuzluklara yol açmış ve bir süre sonra yetersiz bulunmuştur. 1955 Lahey Protokolü'nde ABD'nin yapmış olduğu eleştiriler dikkate alınarak yolcunun ölümü ve yaralanması halinde sorumluluk üst sınırı 250.000 Franka yükseltilmiştir⁴¹. 1971 Guatemala City Protokolü ise sorumluluk üst limitini yolcunun ölümü ve yaralanması halleri için 1.500.000 Frank olarak tespit etmiş, fakat yalnızca 7 ülke tarafından imzalanması nedeniyle yürürlüğe girmemiştir⁴². Sorumluluk üst limiti hususunda 1975 Montreal Protokolü No. 1 ile Poincare Frankından vazgeçilmiş ve taşıyıcının yolcunun ölümü ve yaralanması halinde sorumluluğunun üst limiti 8.300 SDR (*Özel Çekme Hakkı*) olarak tespit edilmiştir⁴³. Sorumluluk üst limiti hususunda en önemli değişiklik ise 1999 Montreal Konvansiyonu ile gerçekleşmiştir.

³⁸ Nathan Gayle Ostroff, "The Warsaw Convention", *Texas International Law Forum*, 2(2), 1966, s. 207.

³⁹ Burada sözü edilen Frank, Konvansiyonda taşıyıcının sorumluluğunu tespit açısından ortak birim olarak kabul edilen Poincare Frankı'dır.

⁴⁰ 1929 Varşova Konvansiyonu m. 22/1.

⁴¹ 1955 Lahey Protokolü m. XI.

⁴² 1971 Guatemala City Protokolü, m. VIII. Protokol'ün yürürlüğe girmesi için ICAO'ya kayıtlı bulunan ülkelerin havayollarının toplam uluslararası tarifeli hava trafiğinin en az %40'ını temsil eden havayollarının mensup olduğu beş Devletin onaylaması şartıyla, en az 30 ülke tarafından kabulü gerektiği m. XX'de düzenlenmiştir.

⁴³ 1975 Montreal Protokolü No. 1, m. II.

1999 Montreal Konvansiyonu ile yolcunun ölümü ve yaralanmasından doğan zararlara ilişkin, 'two-tier' olarak isimlendirilen iki basamaklı bir sorumluluk sistemi getirilmiştir⁴⁴. Bu kapsamda taşıyıcı, yolcunun ölümü ve yaralanması halinde her yolcu için 100.000 SDR'ı (yaklaşık olarak 135.000 Amerikan Doları) aşmayan zararlar için kusursuz sorumlu olacak, bu miktarın üstündeki zararlardan dolayı ise kusuru oranında sorumlu olacaktır⁴⁵. Yapılan bu düzenleme ile taşıyıcının sorumluluğu hususunda sınırlı sorumluluk ilkesinden vazgeçilip, sınırsız sorumluluğun benimsendiği söylenebilecektir. Böylelikle taşıma sektörünün gelişmesi hususu ikinci plana itilmiş ve onun yerine korunan menfaat, yani kişinin yaşam hakkı önem arz etmeye başlamıştır.

Yörünge altı araçlarla yapılan taşımalarda ise durum bazı noktalar açısından farklılık arz etmektedir. Bu kapsamda öncelikle taşıma ücretlerini incelemek gerekir. Hava yoluyla gerçekleştirilen taşımalarda taşıma ücretleri gerek hava araçlarının günümüzde taşıyabildiği yolcu ve yük kapasitesi, gerek hava taşımalarındaki risklerin birçoğunun öngörülebilir olması ve gerekse yıllar içinde hava taşımalarında gerekli güvenliğin sağlanmış olması açısından toplumların çoğu kesimi tarafından erişilebilir hale gelmiştir. Yüzlerce yolcunun tek bir hava aracıyla taşınabilmesi, taşıma ücretlerini düşüren ilk etken olmuştur. Taşıma ücretlerini düşüren diğer bir etken ise hava yoluyla taşıma gerçekleştiren firmaların sayısının zaman içerisinde artması olmuştur. Bu artışın getirdiği rekabetçi ortam, hava taşıma alanında faaliyet gösteren taşıyıcıların taşıma ücretlerini indirmesine yol açmıştır. Yine 100 yılı aşkın bir süredir gerçekleştirilen yolcu taşımalarında bazı temel risklerin öngörülebilir olması taşıyıcının ödemekle mükellef olduğu sigorta primlerinin düşmesine neden olmuş, bu durum da taşıma ücretlerinin azalmasına yol açmıştır. Sigorta primlerinin düşmesine neden olan diğer bir durum ise sivil hava araçlarıyla gerçekleştirilecek taşımaların, kazaların önüne geçebilmek amacıyla katı kurallara bağlanmış olmasıdır. Tüm bu etkenler hava yoluyla gerçekleştirilebilecek taşımaları ulaşılabilir kılmıştır.

Bir üst paragrafta belirttiğimiz durumun aksine yörünge altı taşımalar şu an

⁴⁴ 1999 Montreal Konvansiyonu m. 21. Two-Tier sorumluluk rejimine ilişkin bilgi için bkz. Tory A Weigand, "Modernization of the Warsaw Convention and the New Liability Scheme for Claims Arising out of International Flight", *Massachusetts Law Review*, 84(4), 2000, s. 186. Tuba Birinci Uzun, s. 86-87.

⁴⁵ Bu miktar 1999 Montreal Konvansiyonu m. 24 kapsamında, 30 Aralık 2009'da 113.100 SDR'a, 28 Aralık 2019'da ise 128.821 SDR'a (yaklaşık 175.000 Amerikan Doları) yükseltilmiştir. Bkz. <https://www.icao.int/secretariat/legal/Pages/2019_Revised_Limits_of_Liability_Under_the_Montreal_Convention_1999.aspx>.

test aşamasında bulunmaktadır. Bu kapsamda öncelikle yörünge altı uçuşlarda taşıma ücretlerini incelemek gerekir. Hava taşımalarının aksine yörünge altı taşımalarda yolcu başı ücret çok yüksek olup, 100.000 Amerikan Dolarından 500.000 Amerikan Dolarına kadar değişiklik gösterebilmektedir. Belirtilen taşıma ücretleri bu taşıma türünün günümüzde çok az kişiye ulaşmasına neden olmaktadır. Fakat öncelikle bu miktarların yüksek olmasının nedenlerini incelemek gerekir. Bu durumun ilk sebebi yörünge altı uçuş gerçekleştiren araçların kapasitelerinin, hava araçlarına kıyasla çok düşük olmasıdır. Örneğin bir yolcu uçağı aynı anda 150-300 kişi arası yolcu alabilirken, yörünge altı araçların kapasitesi 4-6 kişi ile sınırlıdır. Bu nedenle, her iki aracın taşıma sırasında harcadığı yakıt ve yaptığı diğer giderler yolcu sayısına bölündüğünde büyük bir fark ile karşılaşılmaktadır. Yörünge altı araçlarla gerçekleştirilen taşımaların ücretlerinin yüksek olmasının diğer nedeni ise sigorta primleridir. Uzun süredir gerçekleştirilen hava taşımalarının aksine yörünge altı taşımalar yeni bir taşıma türü olup henüz çok fazla uçuş gerçekleştirilmemiş ve dolayısıyla yaygınlık kazanmamıştır. Bu durum, yörünge altı taşıma türünde karşılaşılabilecek risklerin belirsiz olması halini ortaya çıkarır. Hava taşımalarında gerçekleşebilecek durumlar öngörülebilirken, daha çok yeni olan yörünge altı uçuşlarda zararı meydana getirebilecek olayların öngörülebilmesinden bahsetmek olanaksızdır. Riskin ve bu riskin gerçekleşmesi ihtimalinin belirsiz ve öngörülemez olması, sigorta primlerinin de yüksek olmasına neden olur⁴⁶. Sigorta primlerinin yüksekliği ise yine taşıma ücretlerinin artmasına neden olan diğer bir unsuru oluşturmaktadır. Son durum ise yörünge altı uçuşlara ilişkin uçuş kurallarına ilişkindir. Hava taşımalarının aksine yörünge altı uçuşların güvenliği uluslararası ortak kurallara bağlanmadığı için, bu durum da sigorta primlerini arttıran ve dolayısıyla taşıma ücretlerini yükselten etkenlerden biri olacaktır.

Bu açıklamalarımız ışığında hava taşımalarıyla getirilen sorumluluk sınırları hususuna dönmemiz gerekir. Hava yoluyla yapılan taşımalarda taşıyıcıya getirilmiş bulunan sorumluluk üst limitleri, hava taşımalarında taşıyıcının yaptığı giderler ve taşıma ücretleri göz önünde bulundurularak tespit edilmiş miktarlardır. Bu nedenle, belirtilmiş bulunan üst sınırların hava taşımaları için makul olmakla birlikte, taşıma ücretinin hava taşımalarının onlarca ve hatta yüzlerce katı olduğu yörünge altı uçuşlar açısından yetersiz

⁴⁶ Sigorta hukukunda primin tespitinde üç temel unsur göz önünde bulundurulmakta olup, bunlar; sigortalanan rizikonun gerçekleşme ihtimali, sigorta bedeli ve sigorta sözleşmesinin süresidir. Bkz. Rayegan Kender, *Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Bası, On İki Levha Yayınları, s. 271-272.

kalacağı aşikârdır. Bu kapsamda 1999 Montreal Konvansiyonundaki two-tier rejiminin ilk basamağını oluşturan 100.000 SDR üst sınırın da yeterli olmayacağını kabul etmek gerekir⁴⁷. Günümüzde en düşük yörünge altı taşıma ücretinin dahi, Konvansiyonda düzenlenmiş olan sınırı aştığı görülmektedir. Bu nedenle yörünge altı taşımalara, hava taşıyıcısının sorumluluğunu düzenleyen konvansiyonların hükümlerinin uygulanması yerinde olmayacaktır.

D. Sorumsuzluk Anlaşmaları

Yörünge altı uçuşlarda taşıyıcının sorumluluğuna uluslararası hava taşıma hukuku kurallarının uygulanması halinde karşılaşılabilecek diğer bir sorun da sorumsuzluk anlaşmalarıdır. Hava taşımaları özelinde, uluslararası alanda sorumsuzluk anlaşmaları ilk kez 1955 Lahey Protokolü ile düzenlenmiştir. Protokol ile tadil edilmiş bulunan 1929 Varşova Konvansiyonu m. 23, taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran anlaşma veya kayıtların geçersiz olacağını, bununla birlikte taşıma sözleşmesinin geçerliliğini sürdüreceğini belirtmiştir. 1999 Montreal Konvansiyonu m. 26 ile de taşıyıcının tabi olduğu sorumluluk limitlerini azaltan veya taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaran koşulların geçersiz sayılacağı ifade edilmiştir. Zararın meydana gelmesinden sonra taraflar arasında böyle bir anlaşmaya varılabilecek, fakat burada bir sorumsuzluk anlaşmasından değil sulh veya ibranın varlığından söz etmek gerekecektir⁴⁸.

Yörünge altı taşımalarda uluslararası bir düzenlemenin bulunmaması uygulamada sorumsuzluk anlaşmalarının görülmesine neden olmuştur. Yörünge altı uçuşu gerçekleştirecek taşıyıcılardan bazıları, yolculara taşımada yaşanacak riskleri kabul ettiklerini ve taşıyıcının sorumlu olmayacağını belirten ‘açık rıza beyanı’ imzalatarak kendilerini sorumluluktan kurtarmaktadırlar⁴⁹. Yörünge altı taşımalara uluslararası hava taşıma hukukuna ilişkin kuralların uygulanması halinde, bu beyanlar sorumsuzluk anlaşmaları olarak kabul edilecek ve geçersiz sayılacak, dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğu devam edecektir.

Uygulamada görülen ve ‘açık rıza beyanı’ olarak nitelendirilen sorumsuzluk anlaşmalarının uluslararası hava taşımalarında taşıyıcının

⁴⁷ Yükseltmiş güncel sorumluluk üst sınırı için bkz. dn. 45.

⁴⁸ Ali Erten, *Sorumsuzluk Şartları*, Olgaç Matbaası, 1976, s. 91.

⁴⁹ Tanja Masson-Zwaan, “Liability and Insurance for Suborbital Flights”, *ESA-SP; The 5th IAASS Conference “A Safer Space for a Safer World”*, 2011, s. 6.

sorumluluğunu belirleyen kurallar ile yasaklanmış olması da yörünge altı taşımalara, uluslararası hava taşıma hukuku kurallarının uygulanmasına engel olacaktır.

IV. YÖRÜNGE ALTI TAŞIMALARA UZAY HUKUKU KURALLARININ UYGULANMASINA İLİŞKİN SORUNLAR

A. Uzay Hukuku Konvansiyonlarından Doğan Sorumluluk

Hava taşımalarında, taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen çok sayıda konvansiyonun aksine, uzay hukukunda sorumluluğu düzenleyen yalnızca iki konvansiyon bulunmaktadır. Bu konvansiyonlardan ilki ülkemizin de tarafı olduğu, 1967 Dış Uzay Anlaşması'dır. Sorumluluğu düzenleyen ikinci Konvansiyon ise yine ülkemizin de taraf olduğu, 1972 Uzay Sorumluluk Sözleşmesi'dir. Her iki konvansiyonda da sorumluluğun düzenlenmesi hususunda hava taşıma hukuku konvansiyonlarından ayrı bir yol izlenmiştir.

1967 Dış Uzay Anlaşmasına göre sorumluluk m. 7 ile düzenlenmiş olup, hükme göre uzaya bir cisim gönderen ve ülkesinden veya tesislerinden uzaya bir cisim gönderilen devletler, anlaşmaya taraf devlete veya o devlete tabi kişilere karşı cismin verdiği zarardan dolayı sorumludurlar. Dikkat edilmelidir ki burada sözü edilen zarar taşımanın konusu olan yolcuların ölümü ve yaralanması değil, uzay araçlarının üçüncü kişilere verdiği zarardır. Bu kapsamda devletin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Üçüncü kişinin zarar görmesi halinde, cismi fırlatan ve cismin ülkesinden veya tesislerinden fırlatılmasına izin veren devletlerin mutlak sorumluluğundan bahsedilecektir. Fakat yolcunun zarar görmesi halinde ne olacağı hususu 1967 Dış Uzay Anlaşması tarafından düzenlenmemiştir.

1967 Dış Uzay Anlaşması haricinde sorumluluğun tespiti amacıyla incelenmesi gereken diğer bir anlaşma da 1972 Uzay Sorumluluk Sözleşmesi'dir. Sözleşme, sorumluluğu m.2 ve devamında düzenler. Anılan Sözleşme m. 2, fırlatan devletin kendi uzay cisminin yeryüzü veya uçuş halindeki uçaklara zarar vermesi halinde mutlak olarak sorumlu olacağını düzenler. Sözleşme m. 3'e göre ise bir uzay cismi tarafından, bir devletin uzay cismine veya o uzay cismi içinde bulunan insan veya mallara zarar verilmesi halinde zarara neden olan uzay cisminin fırlatıldığı devletin kusurlu olacağı ifade edilir. Her iki madde de incelendiğinde yalnızca yeryüzü, başka bir uzay cismi ve bu uzay cismi içindeki yolcu veya mallar veya bir uçağa verilen zararın düzenlendiği görülür. Aracın içinde bulunan yolculara karşı sorumluluğun ise, tıpkı 1967 Dış Uzay Anlaşması'nda olduğu gibi düzenlenmemiş olduğu görülür.

Her iki konvansiyon da bize göstermektedir ki, uzay hukukunda üçüncü kişilere karşı sorumluluk açıkça düzenlenmişken, araç içerisinde yer alan yolcuların ölümü veya yaralanması halinde ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu kapsamda yörünge altı araç içerisindeki yolcunun ölmesi veya yaralanması halinde zararın tazmini talebinde bulunulamayacaktır.

B. Tazminattan Sorumlu Olanlar ve Tazminat Talep Edebilecekler

1967 Dış Uzay Anlaşması m. 7 sorumluluğun türünü düzenlerken tazminattan sorumlu olanlar ve tazminat talep etme hakkı olanları belirtir. Anılan hüküm incelendiğinde görülmektedir ki burada taşıyıcının sorumluluğu değil, cismi gönderen ve cismin ülkesinden gönderildiği devletin sorumluluğundan bahsedilmektedir. Anlaşmaya göre taşıyıcının ve dolayısıyla taşıma sözleşmesinin taraflarının sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵⁰.

1972 Uzay Sorumluluk Sözleşmesi m. 4, cismi gönderen devletin ve cismin kendi ülkesinden ve tesislerinden gönderilmesini sağlayan devletin, cismin bir üçüncü devlete veya onlara bağlı gerçek ve tüzel kişilere zarar vermesi halinde, zarar gören devlete karşı sorumlu olmasını belirtir. Anılan Sözleşme m. 7 ise açık bir şekilde Sözleşme hükümlerinin uzay cismini fırlatan devlet vatandaşlarına ve uzay cisminin çalıştırılmasına katılan yabancı ülke vatandaşlarına uygulanmayacağını düzenler. Anlaşılmaktadır ki bu halde taşıyıcının sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Buradaki sorumluluk bir devletin başka bir devlete karşı tazminat sorumluluğu olup devletler arası bir ilişkiyi ihtiva edecektir⁵¹.

Her iki Konvansiyondaki hükümler de bize göstermektedir ki yörünge altı uçuşlarda yolcunun ölümü ve yaralanması halinde, yolcunun veya yolcu ölmüşse ilgililerin, ilgili konvansiyon hükümleri çerçevesinde taşıyıcıdan tazminatı talep hakkı bulunmayacaktır. Yine bu halde, her iki Konvansiyonda düzenlenen sorumluluğun niteliğine bakıldığında devletlerarası sorumluluk dahi söz konusu olmayacaktır.

⁵⁰ Masson-Zwaan, *Liability*, s. 3.

⁵¹ Paulina E. Sikorska, "The Mission (Im)possible: Towards a Comprehensive Legal Framework Regulating Safety Issues of Point to Point Suborbital Flights", *Jurisprudence*, 21(4), 2014, s. 1070.

SONUÇ

Yörünge altı uçuşlarla gerçekleştirilecek taşımalarda taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin olarak, uygulanacak sorumluluk rejiminin tespitinde 1929 Varşova Konvansiyonu, tadilleri ve 1999 Montreal Konvansiyonu ile düzenlenmiş uluslararası hava taşımalarında taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin mi, yoksa uzay hukukunda sorumluluğu düzenleyen 1967 Dış Uzay Antlaşması ve 1972 Uzay Sorumluluk Sözleşmesi ile düzenlenmiş kuralların mı uygulanacağı hususu yıllardır tartışılmakta olan bir konudur. Bu tartışmalar günümüzde de devam etmekte olup halen bir görüş birliğine varılamamıştır.

Bu kapsamda mekansalcı (*spatialist*) görüş taraftarları Karman Hattı'nı geçen her uçuşun, uzay uçuşu olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla uzay hukukuna ilişkin sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı bulmasını kabul eder⁵². Fakat uzay hukukuna ilişkin sorumluluk kuralları yalnızca üçüncü kişilerin uğrayacağı zararları hüküm altına almaktadır. Uzayda gerçekleştirilen taşımalarda üçüncü kişilere karşı sorumluluğun düzenlenip, sözleşmeden doğan sorumluluğun düzenlenmemiş olması, uzay hukukunda sorumluluğu düzenleyen kuralların yörünge altı uçuşlarda yolcunun ölümü veya yaralanmasından doğan sorumluluğa uygulanmasının önündeki en büyük engeldir⁵³. Bu nedenle uzay hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanması halinde yolcunun ölümü veya yaralanmasından doğan zararlardan, taşıyıcıyı sorumlu tutmak mümkün olamayacaktır. Yine uzay hukukuna ilişkin tazminat taleplerinin kişiler arası değil, devletler arası olarak gerçekleşebileceğine ilişkin düzenleme de yolcunun uğradığı zarar nedeniyle taşıyıcıya başvurulmasını engellemektedir. İşlevselci (*functionalist*) görüşü benimseyenler ise dünya üzerinde bir noktadan, yine dünya üzerindeki bir noktaya giden yörünge altı uçuşların havacılık aktivitesi olduğunu kabul ederler ve uluslararası hava taşıma hukuku kurallarının uygulanmasını öngörürler⁵⁴. Dünya üzerindeki bir noktadan uzaya veya uzaydan dünya üzerindeki bir noktaya giden bir yörünge altı uçuşta ise uçuşun amacı nedeniyle uzay hukuku uygulanması gerektiği,

⁵² O'Brien, s. 53.

⁵³ Tanja Masson-Zwaan, "Private Law Aspects of Suborbital Flights: Second- and Third- Party Liability and Insurance", *Journal of Air Law and Commerce*, 87(3), 2022, s. 431.

⁵⁴ Suborbital Flights and The Limitation of Air Space Vis-a-Vis Outer Space:Functionalism, Spatialism and State Sovereignty"(ICAO), <https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2018/aac_105c_22018crp/aac_105c_22018crp_9_0_html/AC105_C2_2018_CRP09E.pdf> , Erişim Tarihi 27 Şubat 2023, s. 16.

yine görüşü benimseyenler tarafından belirtilmektedir. Fakat yörünge altı uçuşlarda taşıyıcının sorumluluğunu tespit ederken uluslararası hava taşıma hukuku kurallarını uygulamak da mümkün olmamaktadır. Öncelikle yörünge altı uçuşu gerçekleştiren araçlar, hava aracı tanımına uymamaktadır. Diğer bir husus ise yolcunun yaralanması ve zarar görmesine neden olan kazanın sınırlarının belirsizliğidir. Yine sorumluluk limitlerinin yörünge altı uçuşlardaki taşıma ücretlerine kıyasla düşük olması ve uygulamada görülen sorumsuzluk anlaşmaları da uluslararası hava taşıma hukuku kurallarının uygulanmasının önünde engel oluşturacaktır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, yörünge altı taşımalarda taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin olarak uluslararası hava taşımalarını düzenleyen konvansiyonların uygulanamaması ve uzay hukuku kurallarında taşıyıcının yolcuların ölümü ve yaralanmasından doğan sorumluluğunun düzenlenmemiş olması bu taşıma türünde taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin '*sui generis*' bir uluslararası düzenleme yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır⁵⁵. Bu konuda çalışmalar yapılmış olmakla birlikte öncelik arz etmedikleri gerekçesiyle, yapılan çalışmalar terk edilmiştir⁵⁶. Doktrinde bazı yazarlar tarafından hukukun ve kuralların o alandaki teknolojidenden sonra gelişmesinin daha sağlıklı olduğu ifade edilmiş olsa da biz bu görüşe katılmamakta olup, bu alanda bir düzenlemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz⁵⁷. Bu kapsamda yörünge altı uçuşlara ilişkin hazırlanacak uluslararası konvansiyonda öncelikle '*yörünge altı araç*' ve '*yörünge altı uçuş*' kavramları tanımlanmalı ve Konvansiyonun uygulama alanı bu tanımlar çerçevesinde sınırlandırılmalıdır. Devamında ise uluslararası hava yolu taşımalarındaki sorumluluk limitlerinden daha yüksek sınırlarla düzenlenmiş bulunan yeni bir sorumluluk rejimi getirilmesi gerekmektedir. Uygulamadaki sorumsuzluk anlaşmaları ise yine aynı konvansiyon ile geçersiz kılınmalıdır. Yörünge altı uçuşları gerçekleştirmekte olan firmalar zaten ekonomik olarak birçok hava taşıyıcısından daha güçlü durumdadır. Yine bu alandaki taşıma ücretlerinin yüksekliği de sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz kılınmasının gerekmesinin temel nedenlerinden birini oluşturmaktadır.

Yörünge altı uçuşlarla gerçekleştirilecek taşımalar hususunda her ne kadar uluslararası bir konvansiyon yapılması gerekteyise de günümüzde böyle

⁵⁵ Masson-Zwaan, *Liability*, s. 6.

⁵⁶ Savic/ Petic, s. 233.

⁵⁷ Masson-Zwaan, *Liability*, s. 1.

bir konvansiyonun bulunmaması, zararın meydana gelmesi halinde ne olacağı hususunda tarafları tereddüte düşürebilir. Kanımızca ortak bir uluslararası konvansiyon hazırlanana kadar yörünge altı uçuşu gerçekleştiren aracın kalkış veya varış yerinin hukuku dikkate alınmalı, yani *lex foriye* gidilmelidir. Bu bağlamda yörünge altı uçuşlarda yolcunun ölümü veya yaralanması halinde ülkemiz açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun m.1 vd. yer alan ve sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen hükümleri ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 914 kapsamında tazminat talebinde bulunulabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Abeyratne R, "Commercial Space Travel: Security and Other Implications", *Journal of Transportation Security*, 6, 2013, <<https://www.proquest.com/scholarly-journals/commercial-space-travel-security-other/docview/1417402936/se-2>> Erişim Tarihi 27 Şubat 2023, s. 257-270.
- Akkurt S S, *Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Bal A, "Hava-Uzay Araçlarının(Aerospacecraft) Hukuki Rejimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(Özel Sayı), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/75657>> , Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 1465-1528.
- Balleste R, "Worlds Apart: The Legal Challenges of Suborbital Flights in Outer Space", *New York University International Law and Politics*, 49, 2017, <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nyuilp49&div=35&id=&page=>>>, Erişim Tarihi 27 Şubat 2023, s. 1033-1061.
- Birinci Uzun T, *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Bozkurt Bozabalı B, *Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Canbolat A, *Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2009.
- Concept of Suborbital Flights: Information From the International Civil Aviation Organisation(ICAO), <https://www.unoosa.org/pdf/limited/c2/AC105_C2_2010_CRP09E.pdf>, Erişim Tarihi 5 Mart 2023.
- Dasgupta U, "Legal Issues on Sub-Orbital Space Tourism: International and National Law Perspectives", *Annals of Air and Space Law*, 38, 2013, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3471960>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 237-281.
- Erdem Burger M, "Current Issues Being Discussed in Space Law", *Proceedings for The First Symposium on Space Economy, Space Law and Space Sciences*, 2022, <<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/9711BD30A38244CE8728981242003BFD>>, Erişim Tarihi 27 Şubat

- 2023, s. 117-133.
- Erten A, *Sorumsuzluk Şartları*, Olgaç Matbaası, 1976.
- Ernest V C, “Third Party Liability of the Private Space Industry: To Pay What No One Has Paid Before”, *Case Western Reserve Law Review*, 41(2), 1991, <<https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol41/iss2/5/>>, Erişim Tarihi 27 Şubat 2023, s. 503-542.
- Freeland S, “Fly Me to The Moon: How Will International Law Cope with Commercial Space Tourism?”, *Melbourne Journal of International Law*, 11, 2010, <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2010/4.html>>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 1-29.
- Gangale T, “The Non Karman Line”, *Journal of Space Law*, 41(2), 2017, <<https://airandspacelaw.olemiss.edu/wp-content/uploads/2020/07/JSL-41.2.pdf>>, Erişim Tarihi 19 Mayıs 2023, s. 151-178.
- Kender R, *Hususi Sigorta Hukuku*, 17. Bası, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Kerkonian A D/Raju N, “The Legal Challenges of International Suborbital Flights: A Bilateral Solution”, *Journal of Air Law and Commerce*, 85(3), 2020, <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jalc85&div=20&id=&page=>>>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 387-420.
- Masson-Zwaan T, “Liability and Insurance for Suborbital Flights”, *ESA-SP; The 5th IAASS Conference “A Safer Space for a Safer World”*, 2011, <<https://scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2918293/view>>, Erişim Tarihi 5 Mart 2023, s. 1-8.
- Masson-Zwaan T, “Private Law Aspects of Suborbital Flights: Second- and Third- Party Liability and Insurance”, *Journal of Air Law and Commerce*, 87(3), 2022, <<https://scholar.smu.edu/jalc/vol87/iss3/3/>>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 413-443.
- McDowell J C, “The Edge of Space: Revisiting the Karman Line”, *Acta Astronautica*, 151, 2018, <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0094576518308221>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2023, s. 668-677.
- Milazzo MP/Kestay L/Dundas C, “The Challenge for 2050: Cohesive Analysis of More Than One Hundred Years of Planetary Data”, *Planetary Science Vision 2050 Workshop*, 2017, <<https://www.hou.usra.edu/meetings/V2050/pdf/8070.pdf>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2023, s. 1-2.
- Molo-Aguilar R, “National Regulation of Private Suborbital Flights: A Fresh View”, *FIU Law Review*, 10(2), 2015, <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/fiulawr10&collection=usjournals&id=700&startid=700&endid=733>>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, 679-712.
- Nase V, “Delimitation and the Suborbital Passenger: Time to End Prevarication.”, *Journal of Air Law and Commerce*, 77(4), 2012, <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jalc77&collection=usjournals&id=775&startid=775&endid=802>>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 747-767.
- O’Brien Z N, “Theories of Liability for Space Activities”, *Irish Student Law Review*, 15, 2007, <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/irishslr15&collection=journals&id=44&startid=44&endid=64>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2023, s. 44-64.
- Orbay Ortaç N, *Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, 2014.
- Ostroff N G, “The Warsaw Convention”, *Texas International Law Forum*, 2(2), 1966, <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tijl2&collection=journals&id=215&startid=215&endid=234>>, Erişim Tarihi 18 Nisan 2021, s. 207-226.
- Polkowska M, “Space Tourism Challenges”, *Review of European and Comparative Law*, 45(2), <<https://czasopisma.kul.pl/index.php/recl/article/download/12223/11318/38989>>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 153-182.
- Sameh S.M. Mousavi, “Suborbital Flights: Environmental Concerns and Regulatory Initiatives”, *Journal of Air Law and Commerce*, 81(1), 2016, <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jalc>>, Erişim Tarihi: 19 Mayıs 2023, s. 65-91.
- Sarigul-Klijn M/Sarigul-Klijn N, “Flight Mechanics of Manned Sub-Orbital Reusable Launch Vehicles with Recommendations for Launch and Recovery”, *41st Aerospace Sciences Meeting and Exhibit*, 2003, <https://www.researchgate.net/publication/237448317_Flight_Mechanics_of_Manned_SubOrbital_Reusable_Launch_Vehicles>

with_Recommendations_for_Launch_and_Recovery>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 1-19.

Savic I/Petic N, “Commercial Suborbital Flights – Air or Space Law?”, *Zagrebačka Pravna Revija*, 9(3), 2020, <<https://hrcak.srce.hr/261040>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2023, s. 230-250.

Scott B I, “International Suborbital Passenger Transportation: An Analysis of the Current Legal Situation of Transit and Traffic Rights and Its Appropriate Regulation”, *Issues in Aviation Law and Policy*, 14(2), 2015, <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/isavialp14&collection=usjournals&id=287&startid=287&endid=322>>, Erişim Tarihi 23 Şubat 2023, s. 277-312.

Sikorska P E, “The Mission (Im)possible: Towards a Comprehensive Legal Framework Regulating Safety Issues of Point to Point Suborbital Flights”, *Jurisprudence*, 21(4), 2014, <<https://ojs.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/4017/3819>>, Erişim Tarihi 27 Şubat 2023, s. 1055-1078.

Suborbital Flights and The Limitation of Air Space Vis-a-Vis Outer Space:Functionalism, Spatialism and State Sovereignty(ICA), <https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2018/aac_105c_22018crp/aac_105c_22018crp_9_0_html/AC105_C2_2018_CRP09E.pdf>, Erişim Tarihi 27 Şubat 2023, s. 16.

The World Of Air Transport in 2021(ICA), <<https://www.icao.int/sustainability/WorldofAirTransport/Pages/the-world-of-air-transport-in-2021.aspx>>, Erişim Tarihi 3 Mart 2023.

Von der Dunk F G, “Passing the Buck to Rogers: International Liability Issues in Private Spaceflight”, *Nebraska Law Review*, 86, <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nebklr86&div=21&id=&page=>>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2023, s. 400-438.

Weigand T A, “Modernization of the Warsaw Convention and the New Liability Scheme for Claims Arising out of International Flight”, *Massachusetts Law Review*, 84(4), 2000, s. 175-190. <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.barjournals/malr0084&div=27&id=&page=>>>, Erişim Tarihi 19 Mayıs 2023.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**HAKEM KARARLARININ HUKUKİ DİNLENİLME HAKKINA
RİAYET EDİLMEDİĞİ GEREKÇESİYLE İPTALİ**

**ANNULMENT OF ARBITRAL AWARDS ON THE GROUNDS OF
VIOLATION OF THE RIGHT TO BE HEARD**

Zeynep ALBAYRAK AÇI*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1294703](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1294703) 

Hukukî dinlenilme hakkı, temelini Anayasa'dan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden alan adil yargılanma hakkının unsurlarındadır. Tahkim yargılamasında tarafların hukukî dinlenilme hakkının korunacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin kısmında ayrıca ve açıkça belirtilmiştir (m. 423). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hakem kararlarının iptalini düzenleyen 439'uncu maddesinde de hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmemiş olması iptal sebebi olarak yer almaktadır. Çalışmamızda söz konusu iptal sebebine dayanarak açılan davalar bakımından önem arz eden konular ele alınmıştır. Bu bağlamda hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bir hakem kararının iptali için gereken şartlar, hukukî dinlenilme hakkının ihlali sayılan somut durumlar ve iptal yargılamalarında yaygın olarak hukukî dinlenilme hakkı ile birlikte kullanılan kamu düzeni kavramı üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Hukukî dinlenilme hakkı, tahkim, iptal davası, kamu düzeni, eşitlik.*

* **Arş. Gör.,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** zeynep.albayrak@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-3809-1916 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1294703

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

ABSTRACT

The right to be heard is one of the elements of the right to a fair trial, which is based on the Constitution and the European Convention on Human Rights. The protection of the parties' right to be heard in arbitration proceedings is also and explicitly stated in the section of the Code of Civil Procedure on arbitration (Art. 423). Article 439 of the Code of Civil Procedure, which regulates the annulment of arbitral awards, states that failure to comply with the right to be heard as a ground for annulment. In our study, the issues that are important for the lawsuits filed based on the aforementioned ground for annulment are discussed. In this context, the conditions required for the annulment of an arbitral award on the grounds of violation of the right to be heard, the concrete situations that are deemed to be a violation of the right to be heard, and the concept of public order, which is commonly used together with the right to be heard in annulment proceedings, are discussed.

Keywords: Right to be heard, arbitration, case for annulment, public order, equality.

EXTENDED ABSTRACT

Article 423 of the Code of Civil Procedure (CCP) titled "equality of the parties and the right to be heard" states that "The parties have equal rights and authority in arbitration proceedings. The parties shall be given the opportunity to exercise their right to be heard". The sanctions for non-compliance with this equal right and authority and the right to be heard are set forth in Article 439. Accordingly, arbitral awards may be annulled on the grounds that the principle of equality of the parties and the right to be heard may not be respected (Art. 439/1-f of the CCP). Since the right to be heard is a right regarding the equal influence of the parties to the proceedings, equality in the sense intended by the legislator is inherent in the concept of the right to be heard and there is no need to say "equality" separately. Similar to this legal regulation, there are provisions in other countries' legislation and institutional arbitration institution rules. On the other hand, the provisions of the Constitution and the European Convention on Human Rights regarding the right to a fair trial are also applicable in arbitration proceedings.

In order for a state court to set aside an award on the grounds of non-compliance with the right to be heard, the following conditions must be met: There must have been a breach by the arbitral tribunal, the breach must have an effect on the award, the breach must have been challenged during the arbitration proceedings, and the breach must be alleged by the party.

The right to be heard is ultimately a tool for the protection of the subjective right or for the emergence of a fair and just judgement. If the violation of the right does not have an impact on the proceedings, the annulment of the decision is of no benefit in terms of the interests of the parties or in terms of reaching the truth. For this reason, the judge should examine whether the violation has an effect on the judgement before deciding on annulment.

If a violation of the right to be heard made by the arbitral tribunal during the arbitration proceedings is corrected or compensated during the same proceedings, it no longer constitutes the subject matter of the action for annulment.

The action for annulment shall be filed by the parties to the arbitration court award. The grounds for annulment must also be raised by the parties in the annulment action. In other words, the court cannot examine the grounds for annulment on its own.

Another issue emphasised in the study is the relationship between public order and the right to be heard. It is important to note that not every violation of the right to be heard or every violation of a mandatory rule can be considered as a violation of public order. The concept of public order is a concept that varies according to the country and time, but in any case, it should be interpreted narrowly only according to the basic legal rules of the state. The overlapping of the concept of public order with procedural irregularities is incompatible with the fundamental purpose and principles of arbitration.

Finally, concrete situations that constitute a violation of the right to be heard are analysed. All practices made by arbitrators that are not equal between the parties are within this scope. Deficiencies in the notification process and failure to fully utilise the right of explanation and proof are also violations of the right to be heard. In the presence of these concrete circumstances, the arbitral award must be annulled. This is because the parties have not waived their right to be heard by applying to arbitration proceedings. These awards, which have the same effect as state court judgements, should provide the same protection in the proceedings.

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iptali düzenleyen 439'uncu maddesine göre sayılan sebeplerle bir hakem kararı bölge adliye mahkemesince iptal edilebilir. Bu maddeye göre, bir hakem kararı sayılan sebeplerle bölge adliye mahkemesince iptal edilebilir. Maddede belirtilen dokuz iptal sebebinden biri hakem yargılaması sırasında tarafların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmemiş olmasıdır.

Hukukî dinlenilme hakkı, temelini Anayasa'dan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden alan adil yargılanma hakkının unsurlarındadır. Bununla birlikte tahkim yargılamasında tarafların hukukî dinlenilme hakkının korunacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin kısmında ayrıca ve açıkça belirtilmiştir (m. 423). Bu hak ihlalinin yaptırımı olan iptal davası, hakem kararlarını bir yönüyle devlet mahkemesinin incelemesine açmaktadır.

Bu makalede hakem mahkemesince verilmiş olan bir kararın hukukî dinlenilme hakkı sebebiyle iptali konu olarak seçilmiştir. Ancak iptale ilişkin usulî konulardan ziyade; “hukukî dinlenilme hakkı” kavramının iptal davasında nasıl anlaşılması gerektiği çalışmamızın esasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda öncelikle hukukî dinlenilme hakkının temeli üzerinde durulacak, daha sonra iptale karar verilirken mahkemenin dikkat etmesi gereken hususlar tespit edilecektir. Üçüncü başlıkta yargı kararlarında çokça birlikte zikredilen kamu düzeni ve hukukî dinlenilme hakkı kavramlarının farkları ortaya koyulacaktır. Son olarak yargı kararlarından yola çıkılarak, hukukî dinlenilme hakkının ihlali teşkil eden somut durumlar sınıflandırılacaktır.

I. GENEL OLARAK TAHKİMDE HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI

A. Kanunî Düzenleme Çerçevesinde Hukukî Dinlenilme Hakkı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) “ tarafların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkı” başlıklı 423’üncü maddesinde “*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkânı tanınır*” denilmiştir. Taraflara tanınan bu eşit hak ve yetki ile hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmemesinin yaptırımını ise 439’uncu maddede belirtilmiştir. Buna göre tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmediği gerekçesiyle hakem kararları iptal edilebilir (HMK m. 439/1-f).

Kanun’un genel hükümlerinde davanın taraflarının, müdahillerin ve yargılamanın diğer ilgililerinin hukukî dinlenilme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir (HMK m. 27). Aynı maddede hukukî dinlenilme hakkının yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirmesini içerdiği yer almaktadır. Kapsamının bu şekilde kanunkoyucu tarafından belirlenmiş olması, hukukî dinlenilme hakkının doktrinde de paralel biçimde tanımlanmasına temel oluşturmuştur¹. Özekes hukukî dinlenilme hakkını şu şekilde tanımlamıştır²: “*Hukukî dinlenilme hakkı*

¹ Hukukî dinlenilme hakkına ilişkin tanımlar için: Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 158; Murat Atal/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 113; Güray Erdönmez, Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 863; Hakan Pekcanitez, “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, *Seyfullah Edis’e Armağan*, 2000, s. 754.

² Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları,

yargılamayla hukukî durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın bir süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermelerini sağlayan, sürpriz kararlar karşılığının önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir”. Tahkim yargılaması bakımından da kanunun açık düzenlemesi gereğince (HMK m. 423) hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesi gerekmektedir.

Söz konusu maddede hukukî dinlenilme hakkının yanı sıra tarafların eşitliği ilkesinin de tahkimde göz önüne alınacağı düzenlenmiştir. Tarafların eşitliği ilkesi, hukukî dinlenilme hakkından farklı olarak kanunda düzenlenmemiştir. Ancak söz konusu, yargılama hukuku olduğu için kanun koyucunun kastettiği eşitliğin usulî bir eşitlik olduğunu kabul etmek gerekir. Zira hakemlerin Anayasa’nın 10’uncu maddesi anlamında tarafların eşitliğini sağlamaları gibi bir yükümlülükleri yoktur³. Eşitlikten maksat taraflara eşit davranılması, eşit muamelede bulunulması yani usulî hakları kullanırken eşit olmalarıdır (equal treatment)⁴. Bu anlamın bir sonucu olarak kanunun lafzında hukukî dinlenilme hakkının yanı sıra eşitliğin ayrıca belirtilmesine gerek olmadığını düşünüyoruz⁵. Hukukî dinlenilme hakkı bir üst paragrafta belirtildiği üzere esasen tarafların yargılamaya eşit miktarda etkide bulunabilmelerine ilişkin bir hak olduğundan, kanun koyucunun amaçladığı anlamda eşitlik, hukukî dinlenilme hakkı kavramında mündemiçtir⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 423’üncü maddesinde hukukî dinlenilme hakkı ve eşitlikten birlikte bahsedilmesinin sebebi olarak, kanun koyucunun daha eski tarihli olan Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile tamamen farklı kavramlar kullanmaktan kaçınması ve bir uyum yakalamayı amaçlaması gösterilmektedir⁷. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 8/B

2003, s. 31.

³ Bu konudaki eleştiri için bkz: Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Yetkin Yayınları, 2010, s. 140.

⁴ Emel Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 52 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 158.

⁵ Hakan Pekcanitez/Alı Yeşilirmak, *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 2763; detaylı bilgi için bkz: Ferda Nur Güvenalp, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 110-111.

⁶ Eşitlik ve hukukî dinlenilme hakkı arasındaki ilişki için bkz: Özekes, s. 48 vd; Hanağası, s. 30 vd.

⁷ Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2763.

hükümünde tarafların eşit hak ve yetkiye sahip oldukları ve 15A/g hükümünde “tarafların eşitliği” ilkesinin gözetilmemesi durumunda kararın iptal edilebileceği düzenlenmiştir. MTK’da hukukî dinlenilme hakkı yerine eşitlik ilkesi esas alındığından, HMK düzenlenirken de hukukî dinlenilme hakkı ile birlikte eşitlik zikredilmiştir. Ancak madde özelinde eşitlik “taraflara eşit muamelede bulunma” anlamı taşıdığından, hukukî dinlenilme hakkı kavramının kapsamına dâhildir.

B. Karşılaştırmalı Hukukta ve Bazı Kurumsal Tahkim Kurallarında Hukukî Dinlenilme Hakkı

Alman Medeni Usul Kanunu’nda da tarafların iddia ve savunma araçlarını bir sebeple yargılamada ileri sürememiş olması iptal sebebi olarak gösterilmiştir (ZPO §1059). Bu düzenlemeyle lafzî olarak olmasa da, kapsam olarak hukukî dinlenilme hakkına işaret edilmiştir⁸. Buna ek olarak taraflara eşit muamelede bulunulması gerektiği ve her bir tarafın hukukî dinlenilme hakkına sahip olduğu da ayrıca hüküm altına alınmıştır (ZPO § 1042).

İsviçre Medeni Usul Kanunu’nda da benzer şekilde taraflara eşit muamelede bulunulmaması ya da hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmesi sebebiyle hakem kararlarına karşı çıkılabilmektedir (Sch. ZPO Art. 393). Zira hakem kurulunun taraflara eşit muamelede bulunması ve hukukî dinlenilme hakkına riayet etmesi gerektiği kabul edilmektedir (Sch. ZPO Art. 373).

İngiliz Tahkim Kanunu’nun (Arbitration Act 1996) 33’üncü ve 68’inci maddelerinde de taraflara eşit muamelede bulunulmasından bahsedilmiştir. 33’üncü maddede tahkim yargılamasında hakemlerin tarafsız ve adil hareket etmesi gerektiği ile, taraflara iddialarını ve savunmalarını sunmaları için hakkaniyete uygun imkanların verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. 68’inci madde de ise 33’üncü maddeye riayet edilmemesinin yaptırımını iptal olarak düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere farklı ülke düzenlemelerinde hakem yargılamaları bakımından hukukî dinlenilme hakkı düzenlenmiş durumdadır. Diğer taraftan kurumsal tahkim kurumlarının kuralları da hukukî dinlenilme hakkına ilişkin hükümler içermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkim hükümleri bakımından örnek teşkil eden UNCITRAL (United

⁸ Volkert Vorwerk/ Christian Wolf, *BeckOK Kommentar*, 47. Edition, ZPO § 1059 Rn. 41; Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, ZPO § 1059 Rn. 27.

Nations Commission on International Trade Law) Tahkim Kuralları m. 17/1 hükümünde taraflara eşit olarak davranılması gerektiği ve yargılama sırasında taraflara iddia ve savunma araçlarını sunmak için fırsat tanınması gerektiği düzenlenmiştir. Benzer şekilde ICC (International Chamber of Commerce) Tahkim Kuralları m. 22/4 hükümünde de hakem heyetinin her durumda adil ve tarafsız hareket etmesi gerektiği ve her bir tarafın iddiasını sunmak için hakkaniyetli fırsatların verileceği düzenlenmiştir.

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ve Anayasa’nın Tahkim Yargılamasında Uygulanabilirliği

Tahkim yargılamasında uygulanacak olan hukukî dinlenilme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının unsurlarındandır⁹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkeme kavramının hakem mahkemelerini de kapsayıp kapsamadığı meselesidir. Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi devletin kişi haklarını korumayı amaçladığı bir metindir (m. 1). Bu bağlamda hakem kurulunun işlemlerinin ve kararlarının devletin sorumluluk alanında olmadığı; dolayısıyla Sözleşme’nin tahkim yargılaması bakımından uygulanmayacağı savunulmaktadır¹⁰.

Buna karşılık doktrinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşme’nin 6’ncı maddesinde “*tribunal established by law*” şeklinde ifade edilen kavramın dar anlamda mahkeme değil, yargılama yürüten tüm organlar olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹¹. Zira “court” ve “tribunal” kavramlarının ikisi de Türkçe’ye “mahkeme” olarak çevrilmesine karşın, birbirlerinden farklı anlamlara sahiptir¹². Sözleşme’de özellikle “court” yerine “tribunal” kavramı kullanılmış ve bu şekilde madde, sadece devlet mahkemelerini değil, hakem mahkemeleri de dahil olmak üzere tüm yargılama mercilerini içine

⁹ Erdönmez, s. 863; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 114; Pekcanitez, s. 754; İlhan Postacıoğlu/ Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 173; Şanal Görgün/ Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2022, s.304; Süha, Tanrıver, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB Dergisi*, (53), 2004, s. 204.

¹⁰ Bu yönde görüşler için bkz: Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemenin Yardım ve Denetimi*, Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s. 136.

¹¹ Yeşilova, s. 141-143; Ayşegül Polat, “Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2019 s. 47.

¹² Kemal Başlar, *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*, Roma Yayınları, 2005, s. 8-16.

alacak bir kapsama sahip olmuştur¹³. Buna ek olarak “sözleşmenin yatay uygulanabilirliği” kavramı da bu hususta göz önünde tutulmalıdır. Buna göre Sözleşme, devlet ve birey arasındaki dikey ilişkinin yanı sıra bireyler arasındaki ilişkiler üzerinde de etkilidir¹⁴. Bu bağlamda Sözleşme tahkimin ihtiyari ya da mecburi olması fark etmeksizin tahkim yargılamalarında dikkate alınmalıdır. Biz de hakem heyetinin yaptığı iş bir yargılama niteliği taşıdığından, verilen karar kesin hüküm etkisini haiz olduğundan ve cebri icraya konu olabildiğinden, AIHS’nin 6’ncı maddesinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz¹⁵.

Benzer bir incelemeyi Anayasa’nın tahkim yargılamasındaki rolü bakımından da yapmak gerekmektedir. Hukukî dinlenilme hakkının temelini Anayasa’nın 36’ncı maddesinde düzenlenen “iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkı” oluşturmaktadır¹⁶. Bu bakımdan devlet mahkemeleri önünde yapılan bir yargılamada hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmemiş olması, Anayasa’nın 36’ncı maddesinin ihlaline sebebiyet vermektedir. Aynı ilkenin hakem kurulunca yürütülen bir yargılamada ihlal edilmesi durumunda da Anayasa’nın ihlal edilmiş olduğu ise aynı kolaylıkla söylenememektedir. Zira Anayasa Mahkemesi, 36’ncı maddede geçen “yargı mercileri” kavramını organik ölçütlere göre değerlendirdiğinden, hakem kurullarını “mahkeme” kavramının dışında tutmaktadır¹⁷. Ancak kanaatimizce “yargı mercileri” kavramı, maddî ölçüte göre değerlendirilmemeli ve yargısal faaliyet gösteren bağımsız ve tarafsız tüm kurumlar olarak anlaşılmalıdır¹⁸. Buna

¹³ Tahkim yargılamasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uygulanması gerektiğine ilişkin AIHM’nin vermiş olduğu bir karar: Lithgow adn Others v. The United Kingdom, 24 Temmuz 1986, <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/>> ; İsviçre Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir karar: BGE 126 III 249, <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023; aynı yönde İngiliz hukukunda verilen bir karar: Mousaka v. Seagull Maritime, (Bkz: Arbitration Law Reports and Review, 2001, N. 1, s. 505 vd.

¹⁴ Detaylı bilgi için: Yeşilova, s. 143-149.

¹⁵ Benzer yönde görüş: Pekcanitez/Yeşilırmak, s.2771; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 5464; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2018, s. 417; Hanağası, s. 201; Konu hakkında daha geniş bilgi için bkz: Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2022, 1172 vd.

¹⁶ Pekcanitez, s. 754.

¹⁷ AYM, E. 2007/53, K.2007/61, 31.5.2007, (RG. 27.12.2007, S. 26739).

¹⁸ Yavuz Alangoya, *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, 1973, s. 57, Süha Tanrıver, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizî Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 17(1-2), 2011, s.467; Hanağası, s. 203.

ek olarak hakem mahkemesi kararlarının nihayetinde iptal davası ile devlet mahkemeleri incelemesine konu olması hakem kararlarının tamamen devlet sorumluluğu dışında olmadığını göstergesidir. Bu sebeple Anayasa’nın adil yargılanma hakkını düzenleyen 36’ncı maddesi, tahkim yargılamasında da etkisini gösterir¹⁹.

II. KARARIN İPTALİNDE GÖZ ÖNÜNDE TUTULACAK HUSUSLAR

A. İhlalin Sonuç Üzerinde Etkili Olup Olmaması

Yargılama sırasında meydana gelen hukukî dinlenilme hakkını ihlal eden her durumun doğrudan bir iptal sebebi mi olduğu yoksa söz konusu ihlalin iptal sebebi olarak değerlendirilebilmesi için yargılamaya etki etmesi mi gerektiği önem arz etmektedir. Bu başlık altında nedensellik ilişkisi ya da bağlantı şartı da diyebileceğimiz, ihlalin iptal sebebi olarak değerlendirilebilmesi için bir kriter geliştirilmenin mümkün olup olmadığı meselesi üzerinde durulacaktır.

İngiliz Tahkim Kanunu’nun m. 68/2 hükmünde hukukî dinlenilme hakkı ihlalinin iptal sebebi olması için, bu durumun iptal davası açan taraf bakımından bir haksızlık yaratması şartı aranmaktadır²⁰. Burada belirtilen “ihlalin bir haksızlığa yol açacak olması” gerekliliği HMK’nın “ihlalin varlığında karar iptal edilebilir” hükmüne göre daha katı bir düzenlemedir. Bu düzenleme sebebiyle İngiliz hukukunda ihlalin karar üzerinde bir etkisinin olup olmadığı incelenmektedir. İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi bir kararında, tahkim yargılamasının yenilenmesinin gerekli olduğunun ve bu yenilenme neticesinde muhtemelen farklı bir sonucun meydana geleceğinin ispat edilmesi gerektiğini ancak tarafın dinlenilme hakkından mahrum bırakıldığının ve bu mahrumiyetin gerçekçi şekilde farklı bir sonuca yol açtığına gösterilmesi gerektiğini söylemiştir²¹. Bu karara göre ihlalin karar üzerinde gerçekte meydana getirdiği etkinin, iptal talebinde bulunan tarafça belirlenmesi gerekmektedir²².

¹⁹ Benzer yönde görüş: Reinhold Geimer, “Schiedsgerichtbarkeit und Verfassung” *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, Giesecking, s. 122 vd.

²⁰ Arbitration Act 1996: “Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant—(a)failure by the tribunal to comply with section 33”

²¹ [2014] EWHC 3521 <<https://www.casemine.com/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

²² İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, Kamerun Havayolları olarak bilenen bir başka davada, davanın yenilenmesinin gerekli olduğunun veya muhtemelen sonucun farklı

İsviçre’ye bakıldığında pozitif hukuk düzenlemeleri bizim hukukumuzla paralellik göstermektedir. Bir kararın hukukî dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle iptal edilebilmesi için herhangi bir başka şart öngörülmuş değildir (Sch. ZPO Art. 393). Ancak İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarının zaman içinde farklılaştığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme’nin 2001 tarihli bir kararında²³, tarafların sürece katılmaları, süreci etkilemeleri ve kendi argümanlarını ortaya koymaları engellenirse ve bu nedenle dinlenilme hakkı bariz bir şekilde ihlal edilirse hakem kararının iptal edilmesinin söz konusu olacağı; bu durumun tek başına kararın iptalini gerekli kılacağı söylenmiştir. İsviçre pozitif hukuk düzenlemeleri değişmemesine karşın, 2007 yılında verilen bir Yüksek Mahkeme kararında²⁴, hakem mahkemesinin usulüne uygun olarak ileri sürülmüş vakıaları ve delilleri yeterince incelemediğinin ve bu durumun anlaşmazlığın sonucunu etkileyecek nitelikte olduğunun kanıtlanması gerektiği söylenmiştir. Bu karardan sonra İsviçre uygulamasında hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin karar üzerinde ne ölçüde etkili olduğunun kanıtlanabilmesi aranmıştır²⁵. Son olarak 2017’de verilen başka bir kararda²⁶ “Şüphesiz, hukuki dinlenilme hakkı anayasal bir güvencedir. Ancak hukuki dinlenilme hakkı başlı başına bir amaç olmadığından, ihlalin usul üzerinde ne gibi bir etkisi olabileceği net olmadıkça, itiraz edilen kararı iptal etmek için sebep yoktur... Ancak mahkeme, bu ihlalin anlaşmazlığın kaderi üzerinde bir etkisinin olduğunu tespit etmemiştir” denilmesi de İsviçre’de artık iptal için ihlalin karar üzerinde bir etkisinin olmasının beklendiği bir döneme girilmiş olduğunu göstermektedir²⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemesinde kararın iptali için bir ön koşul yer almamaktadır. Buna göre hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olması kararın iptal edilmesi için yeterlidir; mahkemenin başkaca bir inceleme yapması gerekmez. Ancak Türk hukukunda bazı yazarlar bu konuda

olacağının gösterilmesinin gerekmediğini ancak başvuranın haksız bir şekilde iddia-savunma hakkından mahrum bırakıldığının tespit edilmesi gerektiğini söylemiştir: [2004] EWHC 1829 (<https://www.casemine.com//> e.t. 05.04.2023)

²³ BGE 127 III 576 <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

²⁴ BGE 133 III 235 <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

²⁵ Örnek karar olarak bakınız: BGE 142 III 360 <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

²⁶ 2018, 4A_247/2017 <<https://www.swisslex.ch/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

²⁷ Simon Gabriel, Andreas Schrengenberger, “The new Swiss approach to the right to be heard – balancing challenging fairness and efficiency concerns” *Indian Journal of Arbitration Law (IJAL)*, 8 (2) 2020, s. 48

ikili bir ayırım yapmaktadır²⁸. Bu görüşe göre, kararda ciddi bir ihlalin olması durumunda, mahkeme bir nedensellik ilişkisinin olup olmadığını incelemeyen doğrudan iptal kararı vermelidir. Ancak diğer ihlallerde mahkeme ihlal ve karar arasında nedensellik ilişkisi olup olmadığını araştırmalıdır. Bu görüşün dayanak noktası, tüm ihlallerin doğrudan iptal sebebi olarak kabul edilmesinin, hakem kararlarını kolay iptal edilebilir hale getirmesidir²⁹.

Bu görüşlerin kabul edilmesi için “ciddi ihlal” kavramının içinin doldurulması gerekmektedir. Bu kabule göre hukukî dinlenilme hakkı ihlalinde, mahkeme bu ihlalin öncelikle ciddi olup olmadığını tespit edecek, eğer ihlal ciddi bulunmazsa bu durumda da ihlalin karar üzerinde etkili olup olmadığını inceleyecektir. Mahkemenin bu şekilde iki aşamalı bir araştırma yapacak olması ve “ciddi ihlal-ciddi olmayan ihlal” gibi soyut bir başka kavramın daha yargılama içerisine dahil edilmesi, bu görüşün temel noktası olan hakem kararlarının daha az iptal edilmesi amacına hizmet etmek yerine iptal yargılaması bakımından belirsizliği artırıcı bir rol oynar. Zira kararın iptalini isteyen taraf bu halde, yargılama sırasında yapılan usule aykırılıkların bir hukuki dinlenilme hakkı ihlali teşkil etmesini değil, ciddi bir hukuki dinlenilme hakkı ihlali teşkil etmesini ister durumuna gelir. Nihayet hukuki dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle iptal sebepleri daha dar ancak her şekilde daha belirsiz bir duruma gelmektedir. Bu sebeple bu görüşe katılmamaktayız.

Kanun koyucu söz konusu maddede “... hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmediği tespit edilirse hakem kararı iptal edilebilir” demiştir. Bu maddede “eder” denmeyip “edebilir” ifadesinin tercih edilmesi, davayı gören hâkimin ihlalin varlığını tespit ettiği her durumda doğrudan kararı iptal etme mecburiyetinin olmadığını göstermektedir. Hâkim durumun gereklerine göre hakem kurulu kararını iptal edebilecektir. “Edebilir” ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği hususunda İsviçre’deki uygulamalar bir yol gösterici olarak kabul edilebilir. Zira iptale ilişkin İsviçre hukuku ve Türk hukuku düzenlemeleri benzerlik göstermektedir. Her iki hukuk sisteminde de kanun, iptal için açıkça başka bir şartın varlığını aramamaktadır. Hukukî dinlenilme hakkı nihayetinde subjektif hakkın korunması ya da adil ve gerçeğe uygun bir

²⁸ Yavuz Kaplan, *Millîlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 183-184; Ferda Nur Güvenalp, “Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Ziya Akıncı/Yasin Ekmen (ed.), *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 127.

²⁹ Güvenalp, *Hukuki Dinlenilme*, s. 127.

kararın ortaya çıkması için bir araçtır³⁰. Hakkın ihlali yargılama üzerinde bir etki doğurmuyorsa, kararın iptal edilmesinin tarafların menfaati ya da gerçeğe ulaşmak bakımından bir faydası yoktur. Bu sebeple hâkimin iptale karar vermeden önce, ihlalin karar üzerinde bir etkisinin olup olmadığını incelemesi gerekmektedir.

B. İhlale Yargılama Sırasında İtiraz Edilmiş Olması

Tahkim yargılaması sırasında hakem kurulu tarafından yapılmış bir hukukî dinlenilme hakkı ihlali yine aynı yargılama sırasında düzeltilir veya bu durum telafi edilirse artık bu sebeple iptal davasının konusunu oluşturmaz³¹. Hakem kurulu kendiliğinden bu düzeltmeyi yapabileceği gibi taraflardan birinin itirazı üzerine de harekete geçmiş olabilir³².

Tahkim yargılaması sırasında hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olan iş ya da işleme itiraz etmeyen tarafın, bu duruma dayanarak daha sonra iptal davası açması kabul edilemez. Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı çelişkili davranışları yasaklamaktadır³³. Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar da oldukça açıklayıcıdır³⁴: “...davacının hakemin baskı altına alındığını ve hakemin tarafsızlığını yitirdiğini işbu iptal davasında ilk kez ileri sürdüğü, tahkim yargılaması sırasında ve hakemce kararın verildiği tarihinin kadar bu hususa hiç dile getirmediği, bu davada önce aynı konuda açılan davada da bu iddiayı ileri sürmediği, tüm hakem yargılaması boyunca hiç ileri sürülmeyen ve hakemin hüküm vermeden önce tarafların yargılama prosedürü ile ilgili bir itiraz ve beyanlarının bulunup bulunmadığını hakemin sormasına rağmen böyle bir iddia ileri sürmeyen davacının iptal davası aşamasında ileri sürdüğü bu iddianın dürüstlük kuralına da aykırı olduğu, kaldı ki, dosya kapsamına göre hakemin tarafsızlığını yitirdiğine ve tarafların eşitliği ilkesini ihlal ettiğine dair somut bir veri de bulunmadığı (...)”.

³⁰ Özkes, s. 66.

³¹ İbrahim Ermenek, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkının Korunması”, Metin Kıratlı/ Ali Cem Budak/ Ali Yeşilirmak/Eda Manav Özdemir/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu (ed.), *Tahkimde Güncel Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 43.

³² Ermenek, s. 44.

³³ Şenel Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 58 vd.

³⁴ Y. 11. HD. E.2018/3263 K.2018/7408 T.27.11.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

İptal için bu hususa ilişkin hakem yargılamasında itiraz edilmiş olma şartı, tarafın söz konusu ihlali bilmesi halinde geçerlidir. Taraf yargılama sırasında bu durumu bilmiyorsa ya da bilebilecek durumda değilse elbette ihlal iddiası ilk kez iptal davasında öne sürülebilir³⁵.

C. İhlalin İptal Davasında İleri Sürülmüş Olması

İptal davası tahkim mahkemesi kararının taraflarınca açılır³⁶. İptal sebeplerinin de taraflarca iptal davasında ileri sürülmüş olması gerekir. Bir başka anlatımla iptal sebeplerini mahkeme kendiliğinden inceleyemez³⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hakem kararlarının iptaline ilişkin 15'nci maddesinin 1'inci fıkrasında iptal sebeplerinin tarafça ispat edilmesi durumunda kararın iptal edileceği, 2'nci fıkrasında ise, konunun tahkime elverişli olmadığı veya kararın kamu düzenine aykırılığının bölge adliye mahkemesince tespit edilmesi halinde kararın iptal edileceği düzenlenmiştir. İptal sebeplerine göre yapılmış bu ayırım ve kanunun lafzından yola çıkarak, tahkime elverişli olmama ve kamu düzenine aykırı olma durumlarında mahkemenin kendiliğinden bu durumu inceleyebileceği, diğer hallerde sebebin taraflarca iddia ve ispat edilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme “mahkemece.... tespit edilirse.... iptal edilir” şeklinde olduğundan tüm iptal sebepleri için mahkemenin kendiliğinden araştırma yapabileceğini savunan görüşler vardır³⁹. Ancak bizce yalnızca “tespit edilir” ifadesinden böyle bir sonuç çıkarılamaz. İptal sebebinin tarafça yargılamaya getirilmesi gerekir⁴⁰.

İptal sebebi aslında bir hukukî sebep niteliğinde olduğundan hiç gösterilmemiş ya da yanlış gösterilmiş olması yargılama bakımında önem taşımaz⁴¹. İptal davasında vakıaların ileri sürülmüş ve bunların ispatlanmış olması yeterlidir.

³⁵ Güvenalp, Hukuki Dinlenilme, s. 129.

³⁶ Fer'i müdahilin de hakem kararlarının iptalini isteyebileceğine ilişkin: Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2779.

³⁷ Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2779.

³⁸ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 253.

³⁹ Akıncı, s. 253.

⁴⁰ Yılmaz, s. 5499; Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2779.

⁴¹ Pekcanitez/Yeşilirmak, s. 2781.

III. HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKI-KAMU DÜZENİ İLİŞKİSİ

İptal davasının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesinde kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilebileceği yer almaktadır. Benzer şekilde Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun m. 15A/2-b hükmünde de kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline ilişkin hüküm düzenlenmiştir. Bu hükümde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak bölge adliye mahkemesince kamu düzenine aykırılığın kendiliğinden dikkate alınacağı belirtilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu (MÖHUK)'nun 54'üncü ve 62'nci maddelerinde de kamu düzenine aykırılık yabancı hakem kararları için bir tenfiz engeli olarak yer almaktadır. Bu düzenlemenin temelini Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 tarihli New York Sözleşmesi oluşturmaktadır. Türkiye'nin de taraf olduğu bu Sözleşme'nin m. V/2-b hükmünde ilgili ülkenin kamu düzenine aykırılık bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir.

Kamu düzeni kavramının hukukî dinlenilme hakkı ile ilişkisi ortaya konulurken Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar dikkate alınmalıdır. Kararda⁴²;

“Bu kapsamda, tasarruf ilkesi mahkemelerde olduğu gibi tahkimde de geçerlidir. Bir dava açılmadan davaya mahkemede bakılamayacağı gibi hakemde de bakılamaz. “Davanın olmadığı yerde hâkim de yoktur.” ilkesi tahkim yargılaması için de geçerli olup, bu deyim “Dava ve talep yoksa hâkim de yoktur hakem de” şeklinde anlaşılmalıdır. Yine aynı şekilde tahkimde kendiliğinden araştırma ilkesi değil, taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir... Bu açıklamalar açısından taleple bağlılık ilkesinin kamu düzenine aykırılık oluşturacağı sonucu çıkarılmalıdır. Dairemizin yerleşik içtihatlarında da taleple bağlılık ilkesi kamu düzeninden sayılmakta ve bu konuda temyiz talebi olmasa dahi bozma nedeni olarak görülmektedir (Örnek: Dairemizin 22.05.2019 tarih, 2019/1479 Esas, 2019/2442 karar sayılı ilamı)... Gerçekten de taleple bağlılık ilkesinin kamu düzeninden sayılmaması halinde hiç talep konusu edilmeyen bir konuda hakemlere karar verme hak ve yetkisi bahşedilmiş olur ki bu yorum hukuk devleti ilkesi açısından da kabul edilemez. Esasen talep edilmeyen bir konuda karar verilmesi HMK 439.maddede sayılan 9 sebepten biri olan “ f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği ..” demek suretiyle taleple bağlılık ilkesinin hem kamu düzenine

⁴² Y.15 HD, E. 2019/1234 K. 2019/3334 T. 11.07.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023.

ilişkin olduğu hem de hukukî dinlenilme hakkını korumaya matuf olduğu ortaya konmuştur⁴³. Karar metninde açıkça usulî ilkelere olan taraflarca getirilme ve taleple bağlılık ilkelerine uymamanın kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği söylenmiştir. Yargıtay'ın vermiş olduğu başkaca kararlarda da “hukukî dinlenilme hakkına aykırılık” ve “kamu düzenine aykırılık” kavramlarının iptal sebebi ya da tenfiz engeli olarak bir arada kullanıldığı görülmektedir⁴⁴.

Bir hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesini iki şekilde anlamak mümkündür: Birincisi, kararın içeriğinin kamu düzenine aykırı bulunması yani esas yönünden kamu düzenine riayet edilmediği gerekçesiyle kararın iptalidir. İkincisi ise tahkim yargılamasında sürecin yürütülmesine ilişkin usulî bir kuralın ihlal edilmesinin kamu düzenine aykırılık oluşturmasıdır. Eğer kamu düzenine aykırılık usulî bir kuralın ihlali olarak anlaşılırsa söz konusu usulî kuralın bir şekilde hukukî dinlenilme hakkını ihlal etmesi sonucu da ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bir üst paragrafta metni verilen kararda “taleple bağlılık” ilkesinin ihlali söz konusudur. Bu ilke yargılamaya ilişkin usulî bir ilkedir. Bu ilkeye riayet edilmemesi hem kamu düzenine aykırı bulunmuş hem de iptal sebepleri içerisinde yargılama sürecine dair temel koruma niteliğinde olan hukukî dinlenilme hakkına aykırı görülmüştür. Bu kararın aşağıda açıklayacağım sebeplerle doğru olmadığını düşünmekle birlikte hem “kamu düzenine aykırılık” hem de “hukukî dinlenilme hakkına aykırılık” sebeplerinin bu anlayış temelinde bir usulî kural ihlali olduğunu ve bu durumun her iki kavramın birlikte kullanılmasını kolaylaştırdığını söylemek gerekir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, her usule aykırılık hukukî dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olmadığı gibi her hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiği durum da kamu düzenine riayetsizlik sonucunu doğurmaz⁴⁵. Keza

⁴³ Yargıtay'ın aksi yönde, talepten başkasına karar verilmesinin kamu düzenine ilişkin olmadığına dair kararı da bulunmaktadır: “Hakemin, tespit talebine rağmen tahsil hükmü vermesinin yetki aşımı olarak veya tahkim sözleşmesinin dışına çıkma olarak kabul edilemeyeceği, hakem yargılamasında böyle bir durumun kamu düzenine aykırılık oluşturduğundan da söz edilemeyeceği, tarafın yargılama sırasında üzerinde tasarruf edebileceği bir konuda hakemin hüküm vermiş olmasının kamu düzenine aykırılık olarak görülemeyeceğinden...” Y. 11. HD. E. 2018/3263 K. 2018/7408 T. 27.11.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

⁴⁴ Bakınız: Y. 11. HD. E. 2020/5054 K. 2021/4112 T. 27.04.2011; Y. 15. HD. E. 2019/1062 K. 2019/2725 T. 12.06.2019; Y. 11. HD E. 2016/725 K. 2016/7777 T. 06.10. 2016 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

⁴⁵ Hukukî dinlenilme hakkına aykırılığın bir kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine ilişkin:

kanun koyucu da iptal sebepleri içerisinde hukukî dinlenilme hakkının ve kamu düzeninin ihlalini ayrı ayrı düzenlemiştir⁴⁶. Örneğin hakem kararının gerekçeli olmaması, tebligatın yanlış ya da eksik yapılmış olması, hakem kurulunun açıklamaları ve delilleri değerlendirmeden karar vermiş olması hukukî dinlenilme hakkının ihlaline sebebiyet verebilir. Ancak bu durumların kamu düzenine aykırılık oluşturduğunu söylemek mümkün değildir⁴⁷.

Kamu düzeni kavramı Türk hukuk uygulamasında içeriği yargı içtihatları ve doktrindeki görüşlerle doldurulmaya çalışılan oldukça soyut ve değişmeye açık bir kavramdır⁴⁸. Yabancı bir mahkeme kararının tenfizine ilişkin bir içtihadı birleştirme kararında⁴⁹ bu durum şu şekilde açıklanmıştır:

“Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Hükmün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek, yabancı ilamın verilmesinde işlenen usulün, uygulanan hukukun, ilamın icrasının meydana getireceği sonuçların incelenmesi suretiyle, bir kararın kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizi mümkün olmayacaktır

Pekcanitez, s. 767; “Tahkim bağlamında mesele ele alındığında, yargılama sırasında yargılamanın ilerleyişine yönelik her türlü ihlal veya zorluk hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili değildir”: Ermenek, s. 38.

⁴⁶ Aralarındaki bir fark da kamu düzeninin ihlalini hâkimin kendiliğinden dikkate alması ancak hukukî dinlenilme hakkının ihlali durumuna dayanarak iptal için tarafça ileri sürülmesi gerektiğidir. Bu konuda bakınız: Ludger Marx, *Der verfahrenreschliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland*, Peter Lang, s.109.

⁴⁷ Y. İBBGK E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012 (Legal İtihat Bilgi Bankası, e.t. 05.04.2023)

⁴⁸ Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 476; Anayasa Mahkemesi’nin kamu düzeni tanımı: “... Yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte fakat tarifine pek az rastlanmaktadır... Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda kamu düzeni deyiminin toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır”, 28.01.1964, E.1963/128, K.1964/8 (RG. 17.04.1964, S.11685).

⁴⁹ Y. İBBGK E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.02.2012 (Legal İtihat Bilgi Bankası, e.t. 05.04.2023) Aynı doğrultuda yeni tarihli karar: Y. 15 HD, E. 2019/2474 K. 2019/3640 T. 26.09.2019: “Bu hususlar dikkate alındığında, kararın kamu düzenine aykırı olması nedeniyle iptâlîne karar vermek için yalnızca hukuka aykırı olması yeterli değildir. Emredici olsun veya olmasın bir kanun hükmünün uygulanmamış veya yanlış uygulanmış olması da yeterli değildir. Bu aykırılığın aynı zamanda, toplumun temel değerlerine, genel ahlak ve adabına, Anayasa’da kabul edilen temel hak ve hürriyetler gibi temel değerlere aykırı olması gerekir. Netice itibarıyla, bir kararın kamu düzenine aykırı olarak kabul edilebilmesi için; tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini aşan, toplumsal boyutu olan, toplumun kabul edemeyeceği, toplumsal vicdanı yaralayan, toplumda rahatsızlık oluşturan bir karar olması gerekir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır. Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkca ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir”.

Bu kararın isabetli olduğunu ve iptal davalarında da kamu düzeni kavramının belirtildiği doğrultuda dar yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz. Her emredici kurala aykırılık kamu düzeninin ihlaline sebebiyet vermez⁵⁰.

Her emredici kurala aykırılık durumunda hakem kararını kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmek tahkim kurumunun temel felsefesi ve amacı ile de bağdaşmamaktadır. Zira taraflar tahkim yargılamasını seçmekle hızlı bir yargılamanın kendi seçtikleri kurallar çerçevesinde nihayete varmasını hedeflemektedir. Usul kurallarına aykırılıkları kamu düzeni gerekçesiyle iptal sebebi olarak değerlendirmek tarafların iradesini anlamsızlaştırır ve kararları sürekli iptal edilme tehlikesiyle karşı karşıya bırakır.

Eğer usule aykırılıklar hukukî dinlenilme hakkının ihlaline sebebiyet veriyorsa, karar iptal edilmelidir⁵¹. Zira hukukî dinlenilme hakkı unsurları belirli ve evrensel bir kavramdır. Oysa kamu düzeni zamana ve ülkeye göre değişiklik gösterebilen bu bakımdan öngörülebilirlik açısından sık kullanılması sakıncalı bir kavramdır. Bu sebeple “kamu düzeni” kavramı dar yorumlanmalı ve usul kurallarına değil, Türk hukukunun temel ilkelerine

⁵⁰ Aynı yönde görüş: Ermenek, s. 46 vd.

⁵¹ Her usul kuralının kendi niteliğine göre değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz: Ermenek, s. 49.

aykırılık durumunda iptal sebebi olarak değerlendirilmelidir⁵².

IV. HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKINA RİAYET EDİLMEDİĞİ GEREKÇESİYLE İPTALİ GEREKTİREN DURUMLAR

A. Hakem Kurulunun Eşitliğe Aykırı Uygulamaları

Yargılama sırasında hakemlerin taraflara eşit muamelede bulunması, bir taraf için öngörülen usulî yolların diğer taraf için de öngörülmesi bir başka anlatımla usulî eşitliğin sağlanması gerekmektedir. Taraflara yapılan haksız ve eşit olmayan muameleler hukukî dinlenilme hakkının ihlali niteliğindedir⁵³. Taraflara uygulanan eşit olmayan davranışların temelinde asimetric bir tahkim kaydı olabileceği gibi, bu durum yalnızca hakem uygulamalarından da kaynaklanmış olabilir.

Tahkim yargılaması bakımından eşit olmayan uygulamaların en sık karşılaşılan örneği hakem seçimi sırasında meydana gelen eşitsizliklerdir. Tarafların hakem seçimine aynı oranda etki etmiş olmaları gerekmektedir⁵⁴. Taraflardan birine bu konuda tanınan avantaj ya da dezavantaj hukukî dinlenilme hakkını ihlal edecektir. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da hakem kurulunun seçimine ilişkin eşit olmayan muameleler sebebiyle kararın iptal edileceğini belirtmiştir⁵⁵.

Hakem kurulunun bir başka eşit olmayan uygulaması ise taraflara eşit olmayan sürelerin verilmesidir. Tarafların iddia ve savunmaları ileri sürmeleri, bir takım usul işlemlerinin yapılması için taraflara tanınan sürelerin eşit olması gerekir⁵⁶. Eşitlik birebir aynı sürelerin verilmesinden ziyade, iddia ve savunmalarını ileri sürebilmek için yeterli sürelerin tanınması olarak

anlaşılmalıdır⁵⁷.

Taraflara eşit olmayan muameleler yalnızca hakem seçimine ve tanınan sürelerle ilişkin değildir. Yargılamaya ilişkin usul ve esasın belirlenmesi ile yargılamanın yürütülmesi aşamasındaki tüm eşitsizlikler bu kapsamda değerlendirilebilir⁵⁸.

B. Tebligat Sürecine İlişkin Eksiklikler

Tebligat, yargılama sürecine ilişkin işlemleri, ilgili kişilere belirli usullerde bilgilendirme işlemidir⁵⁹. Tebligatın bilgilendirme ve belgelendirme olmak üzere iki unsuru vardır⁶⁰. Bilgilendirme unsuru, tebligatın yargılama sürecinde yapılan iş ve işlemlerine ilişkin ilgili tarafın bilgilendirilmesi demektir ve bu unsur esasen tebligatın amacını da göstermektedir⁶¹. Tebligat bu amacı ile hukukî dinlenilme hakkına hizmet etmektedir⁶². Hukukî dinlenilme hakkının üç unsurundan biri olan bilgilenme hakkı, hak sahibinin yargılama sürecindeki işlemle ilgili tam bir şekilde bilgilendirilmesi demektir⁶³. Bu çerçevede bilgilenme hakkı ile tebligatın amacı tam anlamıyla örtüşmektedir. Tebligat sürecinde meydana gelen bir eksiklik bilgilenme hakkının dolayısıyla hukukî dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 438'inci maddesinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılamasında tebligatın Tebligat Kanunu'nun hükümlerine göre yapılacağı söylenmiştir. Tahkimin yapısından kaynaklı olarak usullerde birtakım değişikliklerin olması normal karşılanmalıdır. Örneğin tahkimde tebligatlar genelde özel kuryeler aracılığıyla ya da elektronik yollarla yapılır⁶⁴. Diğer taraftan tahkim sözleşmesinde tebligat için farklı

⁵⁷ Şanlı, s. 442.

⁵⁸ Hanağası, s. 203.

⁵⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 196; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.160; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 293; Erdönmez, s. 487.

⁶⁰ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/S. Hilal Üçüncü, *Tebligat Hukuku*, 5. Baskı, 2022, s. 18; Erdönmez, s. 487.

⁶¹ Erdönmez, s. 487.

⁶² Hakan Albayrak, *Tebligat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 25.

⁶³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 159; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 114; Erdönmez, s. 868.

⁶⁴ Ejder Yılmaz/ Tacar Çağlar, *Tebligat Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 53; Nagehan Okumuş, "Türk Tahkim Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali", *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

⁵² Cemile Demir Gökyayla "Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı-Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni", *Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ziya Akıncı, Yasin Ekmen (ed.), On İki Levha Yayıncılık, 2022; s. 81: Yazar yargılamada kullanılan delillerin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ile elde edilmesi durumunda bu hususunun kamu düzenine ilişkin olacağını belirtmiştir. Bizce de kamu düzenine aykırılık sebebiyle bir kararın iptali ancak bunun gibi Türk hukukunun temel ilkelerine aykırılık durumunda söz konusu olmalıdır.

⁵³ Pekcantez, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 759.

⁵⁴ Akıncı, s. 153; Hanağası, s. 118.

⁵⁵ Y. HGK E. 1991/13-606 K. 1992/606-56 T. 12.02.1992 (Legal İçtihat Bilgi Bankası, e.t. 04.04.2023)

⁵⁶ Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınevi, 2016, s. 441.

bir usul öngörülmüşse Tebligat Kanunu hükümleri değil, belirlenen bu usul uygulanır. Ancak elbette “bilgilenme hakkı”nın özü korunmalıdır. Tarafların yargılamadaki iş ve işlemler hakkında bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Tebligatlar her iki taraf için aynı usul ve esasa dayanılarak yapılmalıdır. Tarafın bilgilenme hakkı yargılama içinde başka bir şekilde sağlanmışsa yahut taraf söz konusu iş ya da işlemi öğrenmiş ve bu durum bir hak kaybına yol açmamışsa dürüstlük kuralı gereğince söz konusu hâl iptal davası açmak için bir gerekçe olmamalıdır⁶⁵.

Yargıtay gördüğü bir iptal davasında hakem kurulunun tebligat işlemi tamamlanmadan yapılmasını hukukî dinlenilme hakkına aykırı görmüş ve kararı iptal etmiştir⁶⁶.

C. Açıklama ve İspat Hakkının Kullanılmasına İlişkin Eksiklikler

Hukukî dinlenilme hakkının bir diğer unsuru açıklama ve ispat hakkıdır⁶⁷. Bu hak tarafların iddia ya da savunmalarının dayandığı vakıaları ve bu vakıaları ispatlamaya yönelik delilleri mahkemeye sunmaları; mahkeme tarafından yargılamanın bu vakıalar ve deliller dikkate alınarak sürdürülmesi anlamına gelmektedir⁶⁸. Yargılamanın taraflarca getirilen vakıalar ve deliller çerçevesinde yürütülmesi yargılamanın sonunda gerçeğe ulaşılabilmesi için önem taşımaktadır⁶⁹.

Yargıtay’ın açıklama ve ispat hakkına ilişkin hakem kararlarının iptalinde daha temkinli olduğu söylenebilir. Pek çok kararında Yüksek Mahkeme delillerin yeterince incelenmediği, iddia ve savunmanın dikkate alınmadığı gibi iddiaları iptal sebebi olarak görmemektedir⁷⁰. Bu kararlarda, bir iddia ya da savunmanın veya başvuru delilin incelenmemiş olması hususlarının

Dergisi, (22), 2018, s. 197

⁶⁵ Akıncı, s. 419; Güvenalp, s. 119.

⁶⁶ Y. 15. HD E. 2013/6719 K. 2014/1185 T. 20.02.2014 (Legal İçtihat Bilgi Bankası, 10.04.2023).

⁶⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 159; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 115; Erdönmez, s. 874.

⁶⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 159; Atalı/Ermenek/Erdoğan/ s. 115; Erdönmez, s. 874.

⁶⁹ Pekcantez, s. 775; Özekes, s. 107.

⁷⁰ Y. 11. HD E. 2014/13400 K. 2014/15714 T. 16.10.2014; Y. 11. HD. E. 2016/725 K. 2016/7777 T. 06.10.2016; Y. 11. HD E. 2014/13400 K. 2014/15714 T. 16.10.2014, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023.

iptal davasında incelenemeyeceği ve aksi durumun kararın içeriğine ilişkin bir inceleme niteliğinde olacağı fikri hakimdir.

İleri sürülmüş olan bir iddia veya savunmanın hiç incelenmeden karar verilmiş olması ya da ileri sürülen delillerin göz ardı edilmesi şüphesiz ki açıklama ve ispat hakkının, dolayısıyla hukukî dinlenilme hakkının ihlali niteliğindedir. Bu durumların bir hukukî dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olduğu Yargıtay’ın devlet mahkemelerine ilişkin yargılamalarda vermiş olduğu kararlarda kabul ettiği bir husustur⁷¹. Hukukî dinlenilme hakkı açık kanun hükmü gereğince tahkim yargılamasında da gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu ilkenin ihlali de iptal yaptırımına bağlanmıştır. Yargılamanın hakem mahkemesince yapılmış olması bu haktan feragat edildiği anlamına gelmez⁷². Bu sebeple delillerin incelenmemiş olması ya da iddia ve savunmanın dinlenmemesi hususlarının incelenmesinin bir içerik incelemesi olduğunu söylemek ve iptal talebini doğrudan reddetmek isabetli değildir.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda hakem kararının iptaline ilişkin düzenlenen sebeplerden biri de hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemiş olmasıdır. Tahkim yargılamasında hukukî dinlenilme hakkının korunması, temelini Kanun’un 423’üncü maddesindeki açık düzenlemenin yanı sıra, Anayasa’dan ve AİHS’nin adil yargılanmaya ilişkin hükümlerinden almaktadır. Bu hakkın korunmamasının yaptırımını da devlet mahkemelerince görülen iptal davasında, hakem kararının iptalidir.

Devlet mahkemesinin, hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmediği gereğiyle bir kararı iptal edebilmesi için şu şartların sağlanmış olması gerekmektedir: Bu konuda hakem kurulunun yapmış olduğu bir ihlal bulunmalıdır, ihlal karar üzerinde etkili olmalıdır, bu ihlale tahkim yargılaması sırasında itiraz edilmiş olunmalıdır ve ihlal tarafça dava edilmelidir.

⁷¹ Bakınız: Y. 3. HD E. 2012/21352 K. 2013/3582 T. 05.03.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 5 Nisan 2023, 7. HD 27.12.2013 15634/23731 (Kazancı); 8. HD. 25.10.2011 5101/5433 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷² Aynı yönde görüş: Dietmar Czernich, “Kriterien für die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen mangelnden rechtlichen Gehörs”, *Juristische Blätter* 136, 2014, s. 299; Anayasa Mahkemesi bir kararında “Başvurucu tahkim yoluna başvurmakla adil yargılanma hakkına ilişkin iddialarını denetleme imkanından kendi iradesiyle vazgeçmiştir” (Muhittin Yeşilmen Başvurusu, 2016/58665) demiştir. Ancak bu karar başvuruçunun yalnızca Sigorta Tahkim Komisyonu’na başvurarak aynı uyuşmazlık için devlet mahkemelerinde dava açma hakkından feragat etmesi için söz konusudur. Bu sebeple adil yargılanma hakkının tüm unsurlarını kapsamadığını düşünmekteyiz.

Hakem mahkemesi kararının iptal edilebilmesi için, ihlalin karar üzerinde etkili olmasını ya da ihlalle karar arasında bağlantı veya nedensellik kurulabilmesini bir şart olarak aramak kanun koyucunun “iptal edilebilir” ifadesinden çıkarılmaktadır. Bu ifade hâkimin ihlalle karşılaştığında iptal etme ya da etmeme yönünde bir yetkisi olduğunu göstermektedir. Bu yetkiyi kullanırken elbette hâkim serbest değildir ve hukukî dinlenilme hakkının yargılamadaki amacıyla bağlıdır. Hukukî dinlenilme hakkı yargılama bakımından tek başına bir amaç değil, araçtır ve sübjektif hakkın korunması, adalet, maddî gerçeğe ulaşmak gibi yargılamanın amaçlarını gerçekleştirmeye yarar. Bu sebeple ihlal, yargılama ve karar üzerinde bir etki doğurmadığı sürece tek başına iptal sebebi olarak değerlendirilmemelidir.

Hukuki dinlenilme hakkına ilişkin üzerinde durulması gereken bir başka husus da kamu düzeni ile ilişkisidir. Son dönem Yargıtay kararlarında hukuki dinlenilme hakkı ve kamu düzeni kavramlarının birlikte kullanıldığı ve yalnızca hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğindeki durumların kamu düzeni kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki her hukukî dinlenilme hakkının ihlali ya da her emredici kurala aykırılık kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilemez. Kamu düzeni kavramı ülkeye ve zamana göre değişkenlik gösteren ancak her durumda yalnızca devletin temel hukuk kurallarına göre dar yorumlanması gereken bir kavramdır. Kamu düzeni kavramının usule aykırılık durumları ile örtüştürülmesi tahkimin temel amacı ve ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Son olarak hukukî dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olan somut durumlar ortaya konmuştur. Hakemlerce yapılan taraflar arasında eşit olmayan tüm uygulamalar bu kapsamdadır. Tebligat sürecindeki eksiklikler ve açıklama-ispah hakkının tam olarak kullanılmaması da hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğindedir. Bu somut durumların varlığında hakem kararının iptali gereklidir. Zira taraflar tahkim yargılamasına başvurmakla hukuki dinlenilme hakkından feragat etmiş değildir. Devlet mahkemesi kararları ile aynı etkiyi doğuran bu kararların, yargılama süreçleri de aynı korumayı sağlamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Alangoya Y, *Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, 1973.
- Albayrak H, *Tebligat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Arslan R/ Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Atalı M/Ermenek E/Erdoğan E, *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Atalı M/Ermenek İ/Üçüncü S. H, *Tebligat Hukuku*, 5. Baskı, 2022.
- Czernich D, “Kriterien für die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen mangelnden rechtlichen Gehörs”, *Juristische Blätter* 136, 2014, s. 295-301.
- Demir Gökyayla C, “Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı-Hukukî Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni”, *Tahkimde Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ziya Akıncı, Yasin Ekmen (ed.), On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 65-83.
- Erdönmez G, *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ermenek İ, “Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkının Korunması”, Metin Kıratlı/Ali Cem Budak/Ali Yeşilirmak/Eda Manav Özdemir/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu (ed.), *Tahkimde Güncel Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 33-53.
- Gabriel S/Schreggenberger A, “The new Swiss approach to the right to be heard – balancing challenging fairness and efficiency concerns” *Indian Journal of Arbitration Law (IJAL)*, 8 (2) 2020, s. 48-66.
- Geimer R, “Schiedsgerichtbarkeit und Verfassung” *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, Giesecking, s. 113-193.
- Görgün Ş/Börü L/Kodakoğlu M, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2022.

- Güvenalp F. N., *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Güvenalp F. N., “Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Ziya Akıncı/Yasin Ekmen (ed.), *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 103-138 (Hukuki Dinlenilme).
- Hanağası E., *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Kalpsüz T., *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Yetkin Yayınları, 2010.
- Kaplan Y., *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Marx L., *Der verfahrenreschliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland*, Peter Lang.
- Okumuş N., “Türk Tahkim Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi Sebebiyle Hakem Kararlarının İptali”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (22), 2018, s. 191-208.
- Özbek, M. S., *Tahkim Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2022.
- Özekes M., *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, 2003.
- Pekcanitez H., “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, *Seyfullah Edis’e Armağan*, 2000.
- Pekcanitez H./Yeşilirmak A., *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Polat A., “Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 2019, s. 3-65.
- Postacıoğlu İ./Altay S., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Rauscher T/Krüger W., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München.
- Şanlı C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınevi, 2016.
- Tanrıver S., *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2018.
- Tanrıver S., “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma

Hakkı”, *TBB Dergisi*, (53), 2004, s. 191-205.

Tanrıver S., “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, 17(1-2), s. 467-492. (Kamu Düzeni).

Vorwerk V/ Wolf C., *BeckOK Kommentar*, 47. Edition.

Yeşilova B., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemenin Yardım ve Denetimi*, Güncel Hukuk Yayınları, 2008.

Yılmaz E/ Çağlar T., *Tebliğat Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2013.

Yılmaz E., *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2021.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**AYRILMA AKÇESİNİN HESAPLANMASI BAKIMINDAN GERÇEK
DEĞER KAVRAMI**

**THE CONCEPT OF REAL VALUE IN CALCULATION OF THE MONEY
OF LEAVING**

Emine ÖZDAMAR**  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1288271](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1288271) 

Limited şirkette ortak şirketten ayrılmakla esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini talep etme hakkına sahip olur. Gerçek değerine uyan ibaresini kanun tanımlamamıştır. Doktrinde çoğunlukla gerçek değer in bilanço değeri olduğu kabul edilmektedir. Gerçek değer ilkesi şirket sermayesini, alacaklıları ve ayrılan ortağı korumayı amaçlamaktadır. Ayrılan ortağın ayrılma akçesine ilişkin hakkı, ortağın ayrılma sebebi ve kusurundan bağımsızdır. Ayrılma akçesinin esas sermaye payının gerçek değeri üzerinden ödenmesi bakımından da ortağın şirketten ayrılma sebebinin bir önemi yoktur. Payın gerçek değerinin hesaplanmasında taahhüt edilen sermaye payı değil ödenmiş sermaye payı dikkate alınır. Gerçek değer in tam olarak belirlenebilmesi için payın değerine etki eden, paya bağlı hak ve imtiyazlar ile yükümlülüklerin de dikkate alınması gerekir. Payın gerçek değerinin belirlenmesinde esas alınacak tarihe ilişkin TTK md. 597 ve ayrılmaya ilişkin diğer hükümlerde herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Kural olarak bu değer in belirlenmesinde, ortağın ayrıldığı tarih esas alınmalıdır.

* Bu makale “*Limited Şirkette Ayrılma Akçesi*” isimli tezden üretilmiştir.

** **Arş. Gör.**, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/SİVAS, **e-posta:** emine-dogn@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0001-5527-7689 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1288271

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Çıkma, Çıkarma, Ayrılma Akçesi, Gerçek Değer.

ABSTRACT

In a limited company, by leaving the partner company, he/she has the right to demand the withdrawal fund that corresponds to the real value of the basic capital share. The law does not define the phrase “conforming to its real value”. In the doctrine, it is generally accepted that the real value is the balance sheet value. The real value principle aims to protect company capital, creditors and the departing partner. The right of the leaving partner regarding the separation fund is independent of the reason for the separation and fault of the partner. The reason why the partner left the company is not important in terms of the payment of the retirement fund over the real value of the basic capital share. In calculating the real value of the share, the paid-in capital share is taken into account, not the committed capital share. In order to determine the real value exactly, the rights, privileges and obligations related to the share, which affect the value of the share, must also be taken into account. There is no special regulation in the Article five hundred and ninety-seven of the Turkish Commercial Code and other provisions regarding separation. As a rule, the date of departure of the partner should be taken as a basis in determining this value.

Keywords: Limited Company, Exit, Issue, Separation Fund, Real Value.

EXTENDED ABSTRACT

Separation is the termination of the partnership relationship between the partner and the company while the partnership relationship continues. The termination of the partnership relationship in a limited company can occur in various ways. In case of separation, the company will not be legally liquidated.

In case of separation, the leaving partner has the right to demand separation funds. The separation fund is the value that must be paid by the company to the leaving partner in return for the loss of the partnership share and title due to his/her leaving the company. Because the partner who leaves or is removed from the company loses his/her basic capital share and the rights provided by this share. A retirement fund is paid to the partner leaving the company in accordance with the real value of the basic capital share. In the justification of the law, it is emphasized that the living business value should be taken as basis in terms of real value. Living company value can be defined as the value to be found if the company as a whole is transferred.

The real value is found by calculating the business value according to generally accepted methods. As a rule, the business value is calculated by taking into account the expected income statement if the business continues. However,

the real value is the value obtained by evaluating together various elements of the company such as the company's assets, hidden and explicit reserves, profitability level, previous period profits, capital structure. In determining the real value, the company's field of activity, level of success, income generation potential and expected earnings and risk should be considered as essential factors. In order to determine the real value of the share exactly, the rights, privileges and obligations attached to the share that affect the value of the share should also be taken into account.

The reason why the partner left the company is not important in terms of the payment of the retirement fund over the real value of the basic capital share. In addition, it does not matter whether the leaving partner is defective or not in determining the real value of the share. The real value is determined based on the company data closest to the decision date.

I. LİMİTED ŞİRKETTE AYRILMA VE GERÇEK DEĞER KAVRAMI

A. Genel Olarak Ayrılma Kavramı

Ayrılma, ortaklık ilişkisi devam ederken, ortak ile şirket arasındaki ortaklık ilişkisinin sona ermesidir¹. Limited şirkette ortaklık ilişkisinin sona ermesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Esas sermaye payının ortaklara veya üçüncü kişilere devri, miras yoluyla intikali, eşler arasında mal rejimi neticesinde veya icra yoluyla geçişi, haklı sebeple şirketin feshini talep eden ortağın mahkemece resen şirketten çıkarılmasına karar verilmesi gibi haller ortaklık ilişkisinin sona erme sebepleri olarak sayılabilir². Ayrılma halinde şirketin hukuken tasfiyesi söz konusu olmaz³.

¹ Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 764, Halit Aker, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32(1), 2016, s. 63 – 64.

² Burçak Tatlı, “Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma ve Ayrılma Akçesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2021, s. 168.

³ Ali Kaya, “Limited Şirkette Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Özellikle Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), 2013, s. 119; “Şirket sözleşmesinde bir ortağın ayrılmasıyla, kar paylaşım oranında, şirketin yönetim ve temsilinde veya bazı yükümlülüklerde değişiklik olacağı öngörülebilir.” (İrfan Baştuğ, *Limited Şirkette Ortağın Çıkması ve Çıkarılması*, Ege Üniversitesi Matbaası, 1966, s. 75.)

Limited şirket, sermaye şirketlerine özgü nitelikleri bulunmakla birlikte, şahıs şirketlerine özgü nitelikleri de bünyesinde barındıran bir şirket tipidir ve şirketten çıkma ve çıkarılma ile ortaklara tanınan haklı sebeple fesih davası limited şirketin şahıs şirketlerine özgü unsurlarındandır⁴.

Ayrılma akçesi, şirketten ayrılması nedeniyle ortaklık payının ve sıfatının kaybı karşılığında, şirket tarafından ödenmesi gereken değeri ifade eder⁵. Alacağın kaynağı, ortağın ortaklık sıfatını kaybetmeden evvelki ortaklık ilişkisi olduğundan, ayrılma akçesinin belirlenmesine/hesaplanmasına, muacceliyetine ve ifasına ilişkin esaslar şirketler hukukuna özgü durumlar dikkate alınarak belirlenmektedir. Bu bakımdan, ayrılma akçesi bir yönüyle borçlar hukuku⁶, diğer yönüyle şirketler hukukuna özgü özellikleri olan bir alacak hakkıdır⁷.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 641. maddesinde ayrılma akçesinin talep edilmesi ve tutarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre kural olarak, ortağın şirketten ayrılmakla esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini talep etme hakkına sahip olduğu, ancak şirket sözleşmesinde düzenlenen ayrılma hakkına bağlı olarak, yine şirket sözleşmesi ile ayrılma akçesinin kanundan farklı bir şekilde düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır⁸.

⁴ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi, 2017, s. 789; Oruç Hami Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 871.

⁵ Hanife Öztürk Dirikkan, *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı*, Yetkin Yayıncılık, 2005, s. 105; Ersin Çamoğlu, Reha Poroy, Ünal Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku II*, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 447, Nihat Taşdelen, *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih*, Yetkin Yayıncılık, 2012, s. 200 – 201; Esra Cenkeci, “Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK md. 642)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 76(4), 2018, s. 12.

⁶ Dirikkan, s. 105, Ertan Demirkapı, Ali Haydar Yıldırım, “İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme”, *BATİDER*, 24(3), s. 262; Cenkeci, s. 12; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 922.

⁷ Dirikkan, s. 145; Reto Sanwald, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2009, s. 47; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 922.

⁸ “TTK md. 641 hükmünün amacı hem şirket alacaklılarının hem de ayrılan ortağın korunmasıdır. Zira bu düzenlemeyle bir taraftan, gerçek değerden daha fazla ödeme yapılarak şirket alacaklılarının şirket malvarlığından tatminini engellemenin önüne geçilmek istenmekte, diğer taraftan da ayrılan ortağın gerçek değere uygun ayrılma akçesi talebi güvence altına alınmaktadır.” (Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, Dora Yayıncılık, 2013, s. 775, Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 930 – 931, Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2018, s. 930.)

Şirketten çıkan ya da çıkarılan ortak, esas sermaye payını ve bu payın sağladığı hakları kaybetmektedir. Bu kaybın ekonomik olarak denkleştirilmesi ve ortağın şirketten ayrılmadan önceki ekonomik durumuna ayrıldıktan sonra da sahip olması amacıyla ayrılan ortağa esas sermaye payının gerçek değerine uyan miktarda ayrılma akçesi isteme hakkı tanınmıştır⁹.

Aslolan, şirketten ayrılan ortağa esas sermaye payının gerçek değerine uygun ayrılma akçesinin ödenmesidir. TTK md. 641 hükmü şirket sözleşmesinde özel olarak düzenlenen ayrılma hakkına bağlı olarak, ortakların ayrılma akçesini, kanundan farklı bir şekilde sözleşme ile düzenlemesine imkân vermektedir. Buradaki sözleşme serbestisi genel hukuk ilkeleri ile sınırlandırılarak, ortakların söz konusu hükme dayanarak keyfi, adalete uygun olmayan ve el koyucu bir düzenleme yapmaları engellenmiştir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) md. 825/1 de şirketten ayrılan ortağın payının gerçek değerine uyan bir ayrılma akçesini talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir¹⁰. Payın gerçek değeri, ortağın şirketten ayrılma tarihindeki adil, yaşayan işletme içindeki piyasa değerine göre belirlenir¹¹. Ayrılma akçesinin taraflarca mı yoksa mahkeme tarafından mı belirleneceğine bakılmaksızın esas sermaye payının gerçek değeri hesaplanmalıdır. Zira limited şirketin esas sermaye payları borsada işlem görmediğinden gerçek değer hesaplanması takas vs. gibi ödeme yöntemleri bakımından da şirket için bilgi sağlayıcı niteliktedir¹².

Alman Hukukunda da şirket sözleşmesinde özel bir düzenleme yoksa ayrılan ortağın esas sermaye payının gerçek değerine uygun ayrılma akçesi alma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir¹³. Bazı yazarlarca bu değer esas sermaye payının tam değeri olarak ifade edilirken¹⁴ bazı yazarlara göre

⁹ Sanwald, s. 83; Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 921.

¹⁰ Sanwald, s. 83; Peter Forstmoser, *Das neue schweizerische GmbH-Recht–Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter*, in: *Das neue schweizerische GmbH-Recht*, Peter Bockli, Peter Forstmoser, (Hrsg.), Schultess Verlag, Zürich 2006, s. 71; Olivia Wipf / Hans Caspar, “Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters”, *SZW / RSDA*, 5/2018, s. 581.

¹¹ Sanwald, s. 92, Wipf/Caspar, s. 582.

¹² Wipf/Caspar, s. 582.

¹³ Christoph Rupp / Joachim Schifffers / Eckhard Wälzholz / Gabriel Recnik, *Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015, 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage s. 142.

¹⁴ Christoph H. Seibt, *Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters*, *Schloz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht I. Band*, Dr. Otto Schmidt KG Verlag, Köln

ise payın gerçek değeri yaşayan şirket değeri (piyasa değeri¹⁵) esas alınarak belirlenir¹⁶.

B. Gerçek Değer Kavramı

TTK md. 641 gerekçesine göre “gerçek değerine uyan” ibaresini kanun tanımlamamıştır. Bu ibarenin yorumu öğreti ve yargı kararlarınca yapılacaktır, ancak ibarenin en azından bilanço değerini ifade ettiği şüphesizdir.

TTK md. 140’ın gerekçesinde, Alman ve İsviçre doktrininde birleşmede bir veya birden çok şirketin münfesi olacağına bakılmaksızın bütün şirketlerin yaşayan şirket değeri ile hesaba katılması gerektiği görüşünün hâkim olduğu ve gerçek değer kavramından yaşayan gerçek değer anlaşılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı şekilde md. 493/1’in gerekçesinde de İsviçre doktrini ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (eTTK) gerçek değer kavramıyla, aktiflerin olası satış değerinin, kapitalizasyon değerinin ve işletme iktisadının kabul ettiği şirketin tüm varlıklarını temel alan diğer değerlerin ifade edildiğinin savunulduğu ve gerçek değer yaşayan bir şirket değerini ifade ettiği belirtilmiştir.

Bununla birlikte TTK md. 141’in gerekçesinde ise gerçek değer tanımlanmayıp uygulamaya bırakıldığı, gerçek değer belirlenmesinde yaşayan bir şirketin esas alınmasının ratio legis gereği olduğu belirtilmiştir.

Kanunun gerekçesinde, yaşayan şirket değeri ile tasfiye değeri¹⁷ arasındaki ayırım dikkate alınarak, Alman ve İsviçre doktrininde olduğu gibi gerçek değer bakımından yaşayan işletme değerinin esas alınması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁸.

Çamoğlu’na göre, gerçek değer, ortağın şirketten ayrılma tarihindeki adil, yaşayan işletme içindeki piyasa değeridir¹⁹. Pulaşlı’ya göre de gerekçede

2018, s. 1682, Norbert Mayer, *Recht der GmbH*, s. 147.

¹⁵ Rupp/Schiffers/Wälzholz/Recnik, s. 144.

¹⁶ “Yaşayan şirketin değeri belirlenirken yedek akçeler, şerefiye ve şirketin bu süreçte devreden karı da bu değere dahil edilmelidir.” (Rupp/Schiffers/Wälzholz and Recnik, s. 142- 143.)

¹⁷ “Tasfiye değeri, şirketin ayrılma anındaki tüm varlıklarının paraya çevrilmesi sonucu ortaya çıkacak meblağdan tüm borçların düşürülmesi yoluyla elde edilecek değerdir.” (Dirikkan, s.109)

¹⁸ İrfan Akın, Yaşar Can Göksoy, “Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.87

¹⁹ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 447, Aynı yönde bkz. Sanwald, s. 92, Şahin, s. 198

belirtilen bilanço değeri ifadesi yaşayan bir şirketin esas alınmasını gerekli kılmaktadır²⁰. Yaşayan şirket değeri, şirketin bir bütün olarak devredilmesi halinde bulunacak değer olarak tanımlanabilir²¹. Yıldız’a göre, gerçek değer nasıl belirleneceğinin açıkça madde metninde yer almaması, uygulamada haksızlıklara ve adaletsizliklere neden olabilir. Bu nedenle gerçek değerden bilanço değeri anlaşılmalı ve ayrılma akçesi bilanço değeri esas alınarak belirlenmelidir²².

Gerçek değer genel kabul gören yöntemlere göre işletme değerinin hesaplanması ile bulunur. İşletme değeri kural olarak işletmenin devamı halinde beklenen gelir tablosu da dikkate alınarak hesaplanır²³. Bununla birlikte gerçek değer şirketin varlıkları, gizli²⁴ ve açık yedekleri, kârlılık düzeyi, geçmiş dönem kârları, sermaye yapısı gibi şirkete ait çeşitli unsurların birlikte değerlendirilmesi ile elde edilen değerdir²⁵. Bu değer belirlenmesinde,

²⁰ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 2795

²¹ Atilla Gönenli, *İşletmelerde Finansal Yönetim*, İstanbul Üniversitesi İşletme İktisadi Yayını, 1988, s. 310.

²² Şükrü Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku*, Arıkan Basım, 2007, s. 161; Yargıtay gerçek değer yerine bilanço değeri üzerinden ayrılma akçesinin hesaplandığı ilk derece mahkemesi kararını karar tarihine en yakın tarihli şirket gerçek değerinin hesaplanması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur, Yargıtay 11 HD., E. 2015/2571, K. 2017/5023, T. 04.10.2017; Altan, s. 154.

²³ Wipf/Caspar, s. 582, Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 448.

²⁴ “Gizli yedek akçeden, gerçek malvarlığı değeri ile bilançoda düşük gösterilmiş malvarlığı değeri arasındaki fark anlaşılır.” (Hakan Çebi, “Limited Şirkette Ortakların Hakları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16(177), 2021, s. 892), “6762 sayılı ETK md. 458 de gizli yedek akçe ayrılmasına izin verilmiş böylece kanun “dürüst resim ilkesini” gizli yedek akçe ayrımına izin vermekle kendisi delmiştir. Burada şirketlerin mali durumunun olduğundan daha iyi gösterilmesi 3. Kişilerin korunması açısından kesinlikle yasakken, olduğundan daha kötü durumda gösterilmesi bazı durumlarda kabul edilmiştir. 6102 sayılı TTK’ da ise gizli yedek akçe ayrımına izin verilmemiştir. Bu durum pay sahiplerinin lehinedir. Zira şirketler artık gizli yedek akçe ayıramayacak ve bu durum pay sahiplerinin daha fazla kâr payı alması anlamına gelecektir. Ancak kanunda her ne kadar gizli akçe ayrılmasına izin verilmemiş olsa dahi, aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymette bilanço konması yoluyla gizli yedek akçe ayrılabilmesi mümkündür. Nitekim gizli yedek akçe, bilançoda gözükmeyen yedek akçelerdir. Gizli yedek akçeler, gerçek malvarlığı değeri ile bilançoda gösterilen değeri arasındaki veya öz kaynakların, bilançoda görülen kısmı ile işletme ekonomisi bakımından haiz oldukları gerçek değer arasındaki fark olarak da tanımlanabilir. Gizli yedek akçeler öz kaynaklara dahil olmakla birlikte, onun görünmeyen kısmını teşkil ederler. Gizli yedek akçeler, aktiflerin düşük değerlendirilmesi veya pasiflerin fazla gösterilmesi sonucu doğabilir. Dolayısıyla payın gerçek değer belirlenmesinde gizli yedek akçelerin de muhakkak dikkate alınması gerekmektedir.” (Çebi, s. 892); Senar Çağırğan Tuncer/Yasin Ulusoy, “Yedek Akçeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s. 1982

²⁵ Barış Sipahi/ Serhat Yanık/ Yusuf Aytürk, *Şirket Değerleme Yaklaşımları*, Seçkin Yayıncılık,

şirketin gelecek dönemdeki kazancı ve ile karşılaşacağı riskler de önem taşımaktadır²⁶.

Gerçek değer tespitinde, ayrıca, şirketin faaliyet alanı, başarı düzeyi, gelir sağlama potansiyeli ve elde edilmesi beklenen kazanç ve risk, esas unsurlar olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, ayrılma akçesinin gerçek değerinin tespitinde gizli ve açık yedekler, depo malları ve şerefiye (*good will*) de dâhil olmak üzere, yaşayan işletmenin gerçek değeri dikkate alınmalıdır²⁷.

Esas sermaye payının gerçek değeri ile şirketin değeri arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Bu halde şirketin değerinin pay sayısına bölünmesi ile esas sermaye payının birim değerine ulaşılır. Şirketin değeri ise, şirketin finansal yapısına ilişkin çeşitli unsurlara göre değerlendirilmesidir. Gerçek değer, somut olayın şartları ve özellikleri dikkate alınarak ilgili ortaklık için en gerçek ve hakkaniyete uygun değeri ifade eder. Bu anlamda “hakkaniyete uygunluk” değerlendirmesinde, ayrılma hakkının düzenleniş amacı da göz önünde tutulmalıdır. Amaç, yalnızca pay sahibine payın çeşitli finansal hesaplama yöntemlerine göre tespit edilen en yüksek değeri vermek değildir. Şirketin menfaati de göz önünde tutulmalıdır. Payın gerçek değerinin belirlenmesi bakımından, somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasının yanında bu hakkın düzenleniş amacı doğrultusunda yorum yapılması gerektiğini de vurgulamak gerekir²⁸.

Uluslararası finansal raporlama standartlarında, gerçeğe uygun değer, “piyasa katılımcıları arasında değerlendirme tarihinde olağan bir işlemde, bir varlığın satışından elde edilecek veya bir borcun devrinde ödenecek fiyat” olarak tanımlanır²⁹.

2016, s. 17.

²⁶ Dirikkan, s. 109; Bilge Develi, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, 2013, s. 482.

²⁷ İrfan Baştuğ, *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, Ege Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1974; s. 80, Dirikkan, s. 169; Nihat Taşdelen, *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih*, Yetkin Yayıncılık, 2012, s. 203.

²⁸ Yusuf Ziyaeddin Sönmez, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, Beta Yayınevi, 2009, s. 199 vd.

²⁹ Sipahi/Yanık/Aytürk, s. 32; Nuray Demirel Arıcı, *Gerçeğe Uygun Değer Muhasebesi (Sermaye Piyasalarında Kullanımı Üzerine Bir Araştırma)*, Gazi Kitabevi, 2018, s. 23; Volkan Demir/Oğuzhan Bahadır, “UFRS (TFRS) deki Değerleme Ölçüleri Kapsamında Şirket Değerlemesinde Defter Değeri Yaklaşımı”, *Muhasebe ve Denetime Bakış*, (23), 2007, s. 69.

Alman Hukukunda payın gerçek değeri yaşayan işletme değerine göre belirlenir, belirlemeye gizli stok ya da şerefiye gibi değerler de dahil edilmelidir. Bu belirleme bilirkişi tarafından işletmenin satış değeri esas alınarak yapılır³⁰.

TTK md. 597/1 hükmüne göre, kanunda veya şirket sözleşmesinde esas sermaye payının bedeli olarak gerçek değer öngörüldüğü durumlarda, taraflar anlaşamamışlarsa bu değer, taraflardan birinin istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince belirlenir.

İkinci fıkra hükmüne göre, mahkemenin bu konuda vereceği karar kesindir. TTK md. 641/1’de öngörülen ayrılan ortağa gerçek değere uyan ayrılma akçesinin ödenmesi kuralının en önemli istisnası şirket sözleşmesinde öngörülen ayrılma hakkı dolayısıyla ödenecek ayrılma akçesinin şirket sözleşmesinde farklı bir şekilde düzenlenebilmesine ilişkin md. 641/2 hükmüdür. Bu hükme göre ayrılma akçesi gerçek değere uygun şekilde değil de şirket sözleşmesi ile kabul edilen yönteme göre hesaplanarak ödenebilir³¹. TTK md. 641/1’de yer alan ayrılma hakkı, sözleşmesel sebeplere dayalı şirketten çıkma hakkı olarak değerlendirilmelidir³².

Ayrılan ortağa ödenecek ayrılma akçesinin bu şekilde esas sermaye payının gerçek değeri üzerinden hesaplanması ile ortağın zarara uğraması engellenmiş olmakta ve herhangi bir haksız zenginleşmeye de sebep olunmamaktadır³³.

Ayrılma akçesinin payın gerçek değeri üzerinden belirlenmesi, TTK md. 639/3’e göre, şirketten ayrılan tüm ortakların esas sermaye payları ile orantılı olarak eşit işleme tabi tutulmaları bakımından önemlidir³⁴.

³⁰ Wulf Goette/Maximilian Goette, *Die GmbH, Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH*, 3. Auflage, C.H.BECK, 2019, s. 166

³¹ Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 780.

³² Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 924; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 780.

³³ Dirikkan, s. 111

³⁴ Develi, s. 482; Dirikkan, s. 111.

II. GERÇEK DEĞER KAVRAMININ AYRILMA AKÇESİNİN HESAPLANMASINA ETKİSİ

A. Hesaplamanın Ayrılma Sebebinden Bağımsızlığı ve Ortağın Kusurunun Payın Gerçek Değerine Etkisi

Ayrılan ortağın ayrılma akçesine ilişkin hakkı, ortağın ayrılma sebebi ve kusurundan bağımsızdır. Dolayısıyla ayrılma akçesinin esas sermaye payının gerçek değeri üzerinden ödenmesi bakımından da ortağın şirketten ayrılma sebebinin bir önemi yoktur³⁵. Ortak gerek çıkma gerekse çıkarılma yoluyla şirketten ayrılmış olsun ayrılma akçesinin payın gerçek değeri üzerinden hesaplanarak ödenmesi gerekir.

Ayrıca payın gerçek değerinin belirlenmesinde ayrılan ortağın kusurlu olup olmamasının da bir önemi yoktur³⁶. Zira ayrılma akçesi, kanundan kaynaklanan, ayrılan ortağın esas sermaye payına karşılık gelen ve esas sermaye payının değerine uyan bir alacak hakkıdır³⁷.

Ortağın kusurlu olması ve kusurun derecesi, sadece şirketin tazminat talebi söz konusu ise şirketin alacağı ile ortağın ayrılma akçesi alacağının takas ve mahsubu açısından önemlidir³⁸. Başka bir deyişle, ortağın kusuru nedeniyle ayrılma akçesinden indirim yapılamaz, ancak kusur nedeniyle şirketin ortaktan alacağı belirli ve talep edilebilir bir tazminat var ise, ayrılma akçesi ile tazminat alacağı arasında takas hükümleri uygulanabilir³⁹.

B. Hesaplama Ödenmiş Sermayenin Dikkate Alınması

Payın gerçek değerinin hesaplanmasında ortağın taahhüt ettiği sermaye payı borcunu ödemiş olup olmadığı da önemlidir. Yargıtay bir kararında esas sermaye payının gerçek değerinin belirlenmesinde ödenen değil taahhüt edilen sermaye payının dikkate alınması gerektiğini, ödenmemiş sermaye payı için şirketin takas/mahsup talebinde bulunabileceğini içtihat etmiştir⁴⁰.

³⁵ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 2798.

³⁶ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 2798, Dirikkan, s. 129

³⁷ Dirikkan, s. 129

³⁸ Dirikkan, s. 111

³⁹ Bilgili/Demirkapı, s. 776

⁴⁰ “...Mahkemece, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre; anonim ve limited şirketlerde ortaklara düşen kâr payları hesaplanırken taahhüt edilen sermaye oranına değil, ödenmiş sermaye oranına bakılmasının doğru ve TTK md. 533 ün açık hükmü gereği olduğu, yine sermaye borcunun büyük kısmını ödememiş davacı ortakların şirkete sermaye

Kanaatimizce payın gerçek değerinin hesaplanmasında taahhüt edilen sermaye payının değil ödenmiş sermaye payının dikkate alınması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Zira ortaklara ödenecek kâr payı⁴¹ ve tasfiye payı⁴² hesabında dahi ortağın sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı hesaplama yapılmaktadır. Esasen TTK md. 608/2 gereği “Şirket sözleşmesi ile aksi öngörülmedikçe, kâr payı, esas sermaye payının itibari değerine oranla hesaplanır; ayrıca yerine getirilen ek ödeme yükümlülüklerinin tutarı da kâr payının hesaplanmasında itibari değere eklenir.” Ancak doktrinde anonim

borcunu ifa etmiş ve şirketin malvarlığına aktif katkıda bulunarak onun büyümesinde mali destek sağlamış ortaklarla aynı şekilde ayrılma akçesi almaları hakkaniyete açıkça aykırı olduğu, TTK md. 552' nin atfı ile limited şirketlere de uygulanacak olan TTK md. 447/1 de, tasfiye bakiyesinin dağıtımında ortakların ödediği sermayenin esas alınması gerektiğinin açıkça hükme bağlandığı, somut olayda davalı şirketin davacıların ayrılma akçelerinin ödenmiş sermaye üzerinden hesaplanması gerektiği, 01/02/2013 havale tarihli ek raporunun ödenmiş sermaye üzerinden hesaplanan (%0,28 hisseye isabet eden değer 15.222,82 TL+%0,28 hisseye isabet eden kâr payının 2.144,57 TL toplam 17.367,39 TL ayrılma akçesi hesabı) kısmına itibar edilmesi gerektiği, her ne kadar davacı dava değerini 356.614,00 TL olarak göstermiş ve harç da bu değer üzerinden yatırılmışsa da, davacının dilekçesinin açıklamalar kısmı ve netice-i talep kısmı incelendiğinde davacının ayrılma akçesi ile kâr payının mahkemece tespit edilen miktarını istediğinin dilekçesinden anlaşıldığı, ayrılma payı ve kâr payının 17.367,39 TL tespit edildiğinden tam kabul kararı verilerek bu değer üzerinden davanın kabulüne karar verilerek vekalet takdir edildiği, davalı yana da vekalet ücreti hükmedilmediği gerekçesiyle davanın kabulüne, davacıların davalı şirket ortaklığından çıkmasına izin verilmesine, davacıların paylarına ve kâr paylarına karşılık olmak üzere toplam 17.367,39 TL'nin davalı şirketten tahsiline, verilecek bedele dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ticari işlerde uygulanan temerrüt faizinin uygulanmasına, toplam bedelin 10 hisse kabul edilerek 3 payının M... E... Ö... 'e, 3 payının Ö... Ö... 'e, 3 payının İ...Ö... 'e, 1 payının M... Ö... 'e verilmesine karar verilmiştir. Dava, limited şirketten çıkmaya izin verilmesi ile ayrılma akçesi ve kâr payının tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece, ayrılma akçesinin hesaplanmasında taahhüt edilen sermaye oranının değil, ödenmiş sermaye oranının dikkate alınması gerektiğinden bahisle davacıların davalı şirketteki paylarının ödenmiş sermaye oranına göre %0,28 oranında olduğu gerekçesiyle yapılan hesaba göre yazılı şekilde karar verilmiştir. Ancak; ayrılma akçesinin hesabında davacıların davalı şirketteki taahhüt ettikleri pay oranının dikkate alınması gereklidir. Somut olayda bu oran %10 olup, ödenmiş sermayeye göre payın %0,28 olduğunun kabulü doğru olmamıştır. Bu nedenle, ayrılma akçesi ve kâr payının hesaplanmasında davacıların davalı şirketteki pay oranlarının %10 olduğu kabul edilmek suretiyle, yine ödenmemiş sermaye için davalı şirketin takas mahsup talebinde bulunabileceği ya da bu bedeli ayrı bir dava ile de isteyebileceği hususu da göz önünde bulundurularak inceleme yaptırmak ve sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. HD., E. 2014/2826, K. 2014/13941, T. 17.09.2014, (lexpera.com.tr) Erişim 17 Ekim 2021.

⁴¹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, s. 825; Çebi, s. 894.

⁴² TTK md. 552' nin atfı ile limited şirketlere de uygulanacak olan TTK md. 447/1 de, tasfiye bakiyesinin dağıtımında ortakların ödediği sermayenin esas alınması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

şirketlerde kâr payının hesaplanma şekline ilişkin TTK md. 508 hükmünün (kâr payının pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edileceği) limited şirketler hakkında da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁴³.

Bilgili/Demirkapı'ya göre, md. 608/2 hükmünün gerçek olmayan boşluk olarak kabulü ile, kar dağıtımının esas sermaye paylarının itibari değeri oranında yapılmasına ilişkin düzenleme yerine md. 508/1 kıyasen uygulanmalı ve sermaye borcuna karşılık yapılan ödemeler oranında kâr payı hesaplanmalıdır⁴⁴. Bahtiyar'a göre ise kâr payının hesaplanmasında, ek ödeme yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğinin dikkate alınması karşısında pay bedelinin ödenip ödenmediğinin dikkate alınmaması hükmün kendi içerisinde bir tutarsızlık oluşturmaktadır. Müdürlerin kar dağıtımında taahhüt edilen sermaye payının ödenmemesini dikkate almamaları eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Limited şirket sermaye şirketi olduğu için anonim şirketler bakımından öngörülen düzenlemeden ayrılmak için haklı sebep bulunmadığından md. 508/1 hükmü limited şirketler hakkında da uygulanmalıdır⁴⁵.

Bununla birlikte limited şirketin kuruluşuna ilişkin md. 585 hükmüne göre nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi şartı limited şirketler bakımından uygulanmaz. Bu bakımdan ortakların taahhüt ettikleri sermaye paylarını ödemediği şirketin kurulması ve faaliyetlerine başlaması mümkündür. Bu halde henüz şirkete karşı taahhüt ettiği sermaye payına ilişkin herhangi bir ödeme yapmaksızın şirketten ayrılan ortağa taahhüt ettiği sermaye payına göre hesaplama yaparak ayrılma akçesi ödenmesi, ayrılma akçesinin hukuki niteliği ile de bağdaşmaz. Çünkü ayrılma akçesi, ayrılan ortağın şirkete karşı ifa etmiş olduğu esas sermaye payının şirkete kalması neticesinde ayrılan ortağa ödenen bir karşılıktır⁴⁶.

⁴³ Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 728.

⁴⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 725.

⁴⁵ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Basım Yayın, 2019, s. 468.

⁴⁶ “Ayrılma akçesi, ayrılan ortağın esas sermaye payına karşılık şirkete karşı ileri sürebileceği kanuni bir talep hakkıdır.” (Wipf/Caspar, s. 581, Ünal Tekinalp, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 384); Mustafa İsmail Kaya, Burçak Tatlı, *Ticaret Hukuku – I*, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 311, “Ayrıca ayrılma akçesi kanunen ortağa tanınan müktesep bir hak niteliğindedir.” (Bünyamin Gürpınar, “Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 20(2), 2016, s. 94); “Ayrılan ortak, ortaklık ilişkisi kurulurken şirkete sermaye

C. Gerçek Değerin Negatif Çıkma Hali

Gerçek değer ilkesi, şirket sermayesinin yanı sıra hem şirket alacaklılarının hem de ayrılan ortağın korunmasını amaçlamaktadır⁴⁷. Nitekim esas sermaye payının gerçek değerinin negatif bir değer olarak belirlenmesi, ayrılan ortağı şirkete karşı borçlu hale getirmez. Şirkete karşı sorumluluğu sermaye payıyla sınırlı olan ortağa, şirketin zararları nedeniyle taahhüt ettiği esas sermaye payından fazla bir sorumluluk yüklenemez⁴⁸.

Yargıtay bir kararında, şirketin öz varlık değeri ile borçlarının mahsubunda şirket değerlerinin negatif olduğunu, borca batık olması nedeniyle ayrılma akçesinin hesaplanmasının mümkün olmadığını içtihat etmiştir⁴⁹.

Aynı şekilde İstinaf Mahkemesi de bir kararında şirket öz varlığının eksi olarak ortaya çıkması nedeniyle rapor tarihi itibariyle davacının ayrılma payı bulunmadığına, bu durumda, davacının haklı nedenlerle ortaklıktan çıkma koşulları somut olayda gerçekleştiği halde şirketin borca batık olması nedeniyle çıkma sonucunda davacı ortağın payına ekonomik anlamda herhangi bir değer isabet etmediğine ve ayrılma akçesi talebinin reddine karar vermiştir⁵⁰.

Bu bakımdan şirket değerinin dolayısıyla payın gerçek değerinin negatif çıkması durumunda ayrılma akçesinin hesaplanması ve ayrılan ortağa ayrılma akçesi mümkün olmadığı gibi ayrılan ortağın şirket zararlarından sorumlu tutulması da mümkün değildir.

olarak getirdiği değeri şirketten geri almamakta, onun yerine, şirkete sağlanan katkının karşılığı olarak ayrılma akçesine hak kazanmaktadır.” (Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 921); “Limited şirkette ortağın şirketten ayrılmasının bir sonucu olarak düzenlenmiştir ve niteliği gereği kendine özgü birtakım özellikleri bulunan borçlar hukukuna özgü bir alacak hakkıdır.” (Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 920-933); Dirikkan, s. 145.

⁴⁷ Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 780

⁴⁸ Sanwald, s. 90

⁴⁹ “...davacının davalı şirketin %50 hisse sahibi ortağı olduğu, davalı şirketin 23/10/2015 tarihi itibariyle 93.198,09 TL vergi borcunun bulunduğu ve sahte belge kullanmaktan dolayı hakkında vergi inceleme raporu düzenlendiği, ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumuna da borcunun bulunduğu, şirketin öz varlık değeri ile borçlarının mahsubunda şirket değerlerinin negatif olduğu, borca batık olması nedeniyle ayrılma akçesinin hesaplanmasının mümkün olmadığı...”, Yargıtay 11. HD., E. 2018/2631, K. 2019/3930, T. 20.05.2019, (lexpera.com.tr) Erişim 17 Ekim 2022.

⁵⁰ İstanbul BAM, 14. HD., E. 2018/79, K. 2018/259, T. 15.03.2018, (lexpera.com.tr) Erişim 20 Ekim 2022.

D. Gerçek Değerin Belirlenmesinde Esas Alınacak Tarih

Payın gerçek değerinin belirlenmesinde esas alınacak tarihe ilişkin TTK md. 597 ve ayrılmaya ilişkin diğer hükümlerde herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Kural olarak bu değer belirlenmesinde, ortağın ayrıldığı tarih esas alınmalıdır⁵¹.

Ayrılma akçesinin hesaplanacağı tarih şirket sözleşmesinde düzenlenebilir. Sözleşme ile böyle bir düzenleme yapılmamışsa ayrılmanın sözleşmeye veya mahkeme kararına dayanmasına göre, farklı tarihlerin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Sözleşmesel sebeplere dayalı şirketten çıkma veya çıkarılma halinde ayrılma akçesi ayrılmanın hüküm ve sonuçlarını doğurduğu tarihe göre belirlenir⁵². Buna göre, ayrılma akçesi, çıkma beyanının şirkete ulaştığı veya genel kurulun çıkarma kararı verdiği tarihe göre; şirket sözleşmesinde ortağın çıkmasına ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde ortakların oy birliği ile alacakları genel kurul kararına dayalı olarak çıkmada ise ayrılma akçesinin karar tarihine göre belirlenmesi gerekir⁵³.

Bununla birlikte ortağın; TTK md. 640/3 gereğince haklı sebeple mahkeme kararı ile ya da haklı sebeple şirketin feshini talep etmesi halinde TTK md. 636/3 gereğince mahkemece resen şirketten çıkarılması halinde, ayrılma akçesinin ortağın ayrılma tarihi olan kararın kesinleştiği tarihe göre hesap edilmesi fiilen mümkün değildir⁵⁴.

eTTK döneminde gerek doktrinde gerekse Yargı kararlarında ayrılma akçesinin dava tarihine göre hesaplanması gerektiği görüşü benimsenmiştir⁵⁵.

TTK'da ise kanun koyucu, bazı hükümlerde çıkan ya da çıkarılan ortağın esas sermaye payının gerçek değerinin hesaplanmasında mahkeme kararına en yakın tarihteki verilerin esas alınmasını öngörmüştür. Örneğin, TTK md. 202/2 gereğince şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket açısından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul değer çıkarılması

⁵¹ Sanwald, s. 99; Şahin, s. 199

⁵² Dirikkan, s. 146; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 2079; Şahin, s. 199; Taşdelen, s. 203.

⁵³ Dirikkan, s. 146.

⁵⁴ Ersin Çamoğlu, "Limited Ortaklıktan Çıkarılma", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 30(3), s. 18-19.

⁵⁵ Dirikkan, s. 147; Yargıtay 11. HD. E. 2003/3919, K. 2003/10697, T. 10.11.2013, (lexpera.com.tr) Erişim 24. Ekim 2021.

ve önemli esas sözleşme değişiklikleri gibi işlemlerde, hâkim şirkete karşı dava açarak paylarının satın alınmasını isteyen bağlı şirket ortaklarının paylarının değeri, davanın kabulü halinde mahkeme kararına en yakın tarihteki verilere göre belirlenir. Aynı zamanda anonim şirketlerin haklı sebeple feshini düzenleyen TTK md. 531'e göre mahkemece fesih yerine davacılar paylarının mahkeme kararına en yakın tarihteki değerlerinin ödenmesine karar verilebilir⁵⁶.

TTK md. 493/5 hükmüne göre de ayrılma akçesinin hesaplanmasında ayrılma veya mahkeme kararı tarihine en yakın tarihteki değer esas alınması kuralının kıyasen uygulanması gerekmektedir⁵⁷. Buna karşılık ayrılma akçesini düzenleyen TTK md. 641 benzer bir hüküm içermemektedir.

Bir görüşe göre, ayrılma akçesi karar tarihindeki şirket malvarlığı dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira davanın açıldığı tarih ile ayrılma tarihi olan mahkeme kararının kesinleştiği tarih arasında geçecek zamanda şirket malvarlığının azalma tehlikesi bulunmaktadır⁵⁸. Bu nedenle doktrinde, davanın başında mahkemece bir ayrılma bilançosu hazırlanması ve dava sonunda hesaplanacak gerçek değerle bilançodaki verilerin karşılaştırılarak bir belirleme yapılması böylece şirket malvarlığının azalma ihtimalinin önüne geçilebileceği ifade edilmektedir⁵⁹. Bunun yanı sıra dava açıldıktan sonra kötüniyetli ya da muvazaalı birtakım hukuki işlemlerle şirket malvarlığının azaltılması halinde ayrılma akçesinin dava tarihindeki verilere göre hesaplanması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁶⁰.

Bir diğer görüşe göre ise ayrılma akçesinin tam karar tarihine göre belirlenmesi fiilen mümkün olmadığından, ayrılma akçesinin karara en

⁵⁶ Çamoğlu, *Limited Ortaklıktan Çıkarılma*, s. 18; "Kanun koyucu gerçek değer belirlenmesinde, dava tarihi ya da kararın kesinleşme tarihi yerine, karar tarihine en yakın tarihi esas alınması gerektiğini kabul ederek özellikle borsa rayiç değeri ve kur farkı gibi unsurların dikkate alınmasını istemiştir." (Zelal Narçin Tosun, "Limited Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması ve Hukuki Sonuçları", *Terazi Hukuk Dergisi*, 10(112), 2015, s. 107.)

⁵⁷ TTK md. 493/5; "Devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezine bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir; bu halde mahkeme şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır. Değerleme giderlerini şirket karşılar.", Şahin, s. 200

⁵⁸ Orhan Nuri Çevik, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Yetkin Yayıncılık, 2003, s. 250; Mustafa Yasan, *Limited Ortaklıklarda Ortakların Genişletilmiş Sorumluluğu*, Yetkin Yayıncılık, 2018, s.188 – 189.

⁵⁹ Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi*, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 276-277.

⁶⁰ Narçin, s. 107

yakın tarihteki verilere göre belirlenmesi gerekir⁶¹. Yargıtay'ın da yerleşik uygulamaları bu şekildedir⁶². Ancak Yargıtay bazı kararlarında ayrılma akçesinin dava tarihine göre hesaplanmasına ilişkin yerel mahkeme kararlarını da onamıştır⁶³.

Kanaatimizce dava süresince şirket değerinde meydana gelmesi muhtemel değişiklikler ve bu süreç boyunca ortağın şirketler hukukundan doğan haklarının donması da göz önüne alındığında menfaatler dengesi ve hakkaniyete uygun olan ayrılma akçesinin karar tarihine en yakın tarihe göre belirlenmesidir. Nitekim her koşulda dava tarihinin esas alınması da adaletsiz sonuçlara yola açabilir. Çünkü dava tarihinden karar tarihine kadar geçen sürede şirket değeri ciddi oranda atmış olabilir. Karar kesinleşinceye kadar ortağın ortaklık sıfatı da hukuken devam etmektedir ve şirket değerindeki bu artışın gerçekleşmesinde ortağın koyduğu sermaye payının da katkısı bulunmaktadır. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre her koşulda davanın başında bir ayrılma bilançosu hazırlanması ve hakkaniyete göre dava tarihi veya karara en yakın tarihteki verilerin esas alınarak ayrılma akçesinin hesaplanması gerekmektedir⁶⁴.

Bununla beraber ayrılma akçesinin belirlenmesine yönelik mahkeme kararı TTK md. 597/1 gereği kesindir. Haklı nedenle çıkma veya çıkarma davasında ayrılma akçesinin mahkeme tarafından kesin olarak belirlenmesi, ancak çıkma veya çıkarma kararının istinaf ve temyizinin mümkün olması

⁶¹ Çamoğlu, s. 18, Şahin, s. 198, Cenkeci, s. 14, Tatlı, s. 183, Taşdelen, s. 203, Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, s. 782, Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, s. 3161

⁶² Yargıtay 11. HD., E. 2016/12350, K. 2018/6242, T. 11.1.2018, Yargıtay 11. HD., E. 2017/1330, K. 2018/8071, T. 19.12.2018, Yargıtay 11. HD. E. 2016/6258, K. 2018/58, T. 08.01.2018, Yargıtay 11. HD., E. 2015/11702, K. 2016/9153, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2022.

⁶³ *Yargıtay 11. HD., E. 2015/13727, K. 2017/1861, T. 29.03.2017, Söz konusu kararda karşı oy yazısı ise ayrılma akçesinin hüküm tarihine göre verilmesi gerektiği yönündedir. "Dairenin kararlılık kazanan uygulamasına göre, şirket rayiç değerinin ve ayrılmak isteyen ortağın ayrılma akçesinin hüküm tarihine göre belirlenmesi gerekmektedir. Somut uyuşmazlıkta, dava 29.08.2012 tarihinde açılmış olup, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, şirketin rayiç değeri ve davacının ayrılma akçesi dava tarihine göre belirlenmiş, karar dava tarihinden yaklaşık 3 yıl sonra verilmiştir. Şirket rayiç değeri ve davacının ayrılma akçesinin hüküm tarihine göre belirlenerek karar verilmek üzere yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davacının temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya aykırı yerel mahkeme kararının onanmasına ilişkin sayın çoğunluk görüşüne karşıyım."* <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, Erişim Tarihi 20 Nisan 2022.

⁶⁴ Narçin, s. 107.

uygulamada birtakım sorunlara yol açmaktadır. Ayrılma akçesine ilişkin karar kesinleştikten sonra, çıkma ya da çıkarma kararının istinaf ve temyiz yoluyla üst mahkemeye taşınması mümkündür. Bu durumda ayrılma akçesi şirketin güncel olmayan mali durumuna göre belirlenmiş olacaktır. Bu durum hem alacaklı ayrılan ortak hem de borçlu şirket bakımından sorunlar doğuracaktır. Şirketin mali açıdan büyüdüğü, karara en yakın tarihteki verilere göre belirlenen ayrılma akçesinin bu büyüme ve/veya enflasyon karşısında değersizleştiği durumda ayrılan ortak; şirketin mali açıdan küçüldüğü, karara en yakın tarihteki verilere göre belirlenen ayrılma akçesinin ise şirketin gerçek değerine göre fahiş kaldığı hallerde şirket açısından haksız bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu sorunun çözümü, md. 597 hükmünün mehaz İsvBK md. 789'a uygun hale getirilerek mahkeme kararının kesin olduğunu belirten ibarenin md. 597 metninden çıkarılmasıdır⁶⁵.

Alman Hukukunda ayrılma akçesinin belirlenmesinde sözleşme ile özel bir düzenleme yapılmamışsa, dava tarihinin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶.

III. HESAPLAMAYI YAPACAK KİŞİ/KİŞİLER VEYA MAKAM

Ortağın şirketten ayrılması halinde ayrılma akçesinin kim tarafından belirleneceğine dair TTK md. 641 ve 642 hükümlerinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır, ancak dava yoluyla şirketten çıkma veya çıkarılma söz konusu ise ayrılma akçesinin mahkeme tarafından atanacak bilirkişiler suretiyle belirlenmesi gerekir⁶⁷.

Şirket sözleşmesinde sözleşmesel sebeplerle çıkma veya çıkarılma hallerinde ayrılma akçesinin kim tarafından belirleneceğine dair bir hükme

⁶⁵ Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 352 – 926.

⁶⁶ Seibt, s. 1705, "Ayrılma akçesi sözleşme serbestisi ve TTK'nın ayrılma akçesine ilişkin hükümleri gereği şirket sözleşmesi ile belirlenebileceği gibi dava yoluyla mahkeme tarafından da belirlenebilir. Ayrıca ayrılma akçesinin tahkim yolu ile belirlenmesi de mümkündür." (Gürpınar, s. 84, Şükrü Yıldız/İbrahim Özbay/Mustafa Serdar Özbek, "Limited Şirketler Hukukunda Ayrılma Akçesi Konusunda Tahkime Başvurulması ve Konu Hakkında Verilen Hakem Kararlarının İcrasına İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(3-4), 2018, s. 460); Tolga Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 157, "...Ortağın, limited şirketten çıkması hususunun hakemce çözümlenebileceğine ilişkin şirket sözleşmesinde açık bir hüküm yoksa, ortak dava açarak bu hakkını kullanabilir." (Yargıtay TD., E. 1964/3504, K. 1965/3294, T. 16.11.1965); Gönen Eriş, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Seçkin Yayınevi, s. 3967- 3958.

⁶⁷ Şahin, s. 201.

yer verilebilir. Bu halde ayrılma akçesi sözleşmede yer verilen kişi/kişiler tarafından belirlenir⁶⁸.

Ayrıca çıkma veya çıkarılmanın şirket sözleşmesindeki hükme dayalı olarak gerçekleştiği hallerde, şirket ile ayrılan ortak, ayrılma akçesinin hesaplanması konusunda anlaşabilirler ve sözleşmede bir hüküm bulunmasa dahi ayrılma akçesinin hesaplanması üçüncü bir kişiye veya uzman bir kişiye bırakılabilir. Bu halde ayrılma akçesi şirket ile ortak arasında belirlenmiş olacaktır⁶⁹.

Bununla birlikte gerek şirket sözleşmesine konulacak tahkim şartı gerekse ayrılan ortak ile şirket arasında yapılacak tahkim anlaşmasına dayalı olarak ayrılma akçesinin tahkim yolu ile belirlenmesi de mümkündür.

Eğer şirket ile ayrılan ortak ayrılma akçesinin belirlenmesi hususunda anlaşamazlarsa ayrılma TTK md. 597 gereği şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından belirlenir.

IV. HESAPLAMADA ALINACAK TEDBİRLER

Ayrılma akçesinin belirlenmesine ilişkin davalarda, dava süresince şirket malvarlığının özensizlik nedeniyle veya malvarlığı değerini azaltan işlemler, devirler ve borçlanmalar yapılmak suretiyle kasten azaltılması ihtimaline karşılık davacı ortak mahkemeden şirket malvarlığının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilecektir⁷⁰.

Çıkma veya çıkarılma davalarının açılmasından sonra şirket değerinde

⁶⁸ “Sözleşme ile ayrılma akçesinin esas sermaye payının gelir değerine, varlık değerine, vergi değerine, vergi oranı değerine ya da itibari değerine göre belirlenmesine ilişkin düzenlemelere yer verilebilir. Ayrıca ayrılma akçesinin hesaplanma yöntemi, ödenme şekli ve zamanı da sözleşme ile düzenlenebilir.” (Sanwald, s. 88, Tekinalp, *Tek Kişi Ortaklığı*, s. 386); Tatlı, s. 188.

⁶⁹ Şahin, s. 201.

⁷⁰ Erdem, s. 276-277, Mustafa Topaloğlu/ Işık Özer, “Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14(158), 2019, s. 1965; “eTTK’dan farklı olarak TTK md. 638 hükmünde mahkeme tarafından dava süresince uygulanacak bazı tedbirlere karar verilebileceği öngörülmüştür. Mahkeme bu tedbirlere sadece talep halinde karar verebilir yani kendiliğinden bu hükme başvuramaz. Mahkeme tarafından dondurulmasına karar verilecek hak ve borçlar öncelikle katılım haklarıdır. Bu kapsamda bilgi alma ve inceleme hakkı ve oy hakkı ile sözleşmeden doğan borçlar, yan edim yükümlülükleri ve rekabet yasağı dondurulabilir.” (Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikleri Yenilikler İlk Tespitler*, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 489); Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 767

meydana gelen azalmaların ayrılan ortağa yansıtılması menfaatler dengesine de uygun değildir. Bu nedenle, ayrılan ortak şirketin davanın açıldığı tarihteki değerinin azalmasına yol açacak nitelikteki sermaye azaltılması, şirkete ait işletmelerin devri gibi işlemlerin uygulanmasını dondurmaya üzere mahkemeden ihtiyati tedbir talep etmesi ve bu şekilde payının gerçek değerinin ödenmesini sağlayarak menfaatini koruması mümkündür⁷¹.

Gerekli tedbirler alınmadığı ya da alınmasına rağmen her nasılsa şirketin değerini azaltan işlemlerin yapıldığı durumlarda gerçek değer bu azalmanın dikkate alınarak hesap edilmesi gerekmektedir. Hatta kanaatimizce böyle bir durumda gerçek değer karar tarihine en yakın tarihteki verilerin değil, şirket müdürlerinin şirketin değerini azaltmaya yönelik işlemleri yapmadan önceki verilerin esas alınarak hesaplanması gerekir.

İstinaf Mahkemesi bir kararında bu durumu şu şekilde özetlemiştir. “Gerçekten de yerleşik Yargıtay içtihadı uyarınca, çıkma payının hesabında karar tarihine en yakın bilanço verilerinin ve gerçek piyasa değerlerinin esas alınması gerekir. Ancak davanın açılmasından sonra davalı şirket yönetiminin davacının ayrılma payını azaltmak amacıyla şirket özvarlığını azalttığı durumlarda bu prensibin uygulanması haksız sonuçlara neden olabilecektir. Nitekim TTK md. 641/1 uyarınca, ortak şirketten ayrıldığı takdirde esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini istem hakkını haizdir. Bu yasal düzenlemeye göre her somut olayın özelliği dikkate alınarak davacının talep edebileceği gerçek pay değerinin hesaplanması gerekir⁷².”

V. KAMU BORÇLARI İLE EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN VE PAYA BAĞLI HAK VE İMTİYAZLARIN PAYIN GERÇEK DEĞERİNE ETKİSİ

Payın gerçek değeri, şirket değerinin ayrılan ortağın esas sermaye payına oranı hesaplanarak belirlenir⁷³, ancak bulunan bu değer her zaman payın gerçek değerini yansıtmaz. Payın gerçek değerinin tam olarak belirlenebilmesi için payın değerine etki eden, paya bağlı hak ve imtiyazlar ile yükümlülüklerin de dikkate alınması gerekir⁷⁴. Sahibini doğrudan diğer ortaklar karşısında

⁷¹ Şahin, s. 200

⁷² İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi, E. 2018/787, K. 2018/1568, T. 20.12.2018, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları), Erişim Tarihi 7 Ekim 2022.

⁷³ Wipf/Caspar, s. 582

⁷⁴ Şahin, s. 199, Örneğin paya bağlı imtiyazlar, öneriye muhatap olma, önalım, alım ve geri alım hakları payın değerini artıracak niteliktedir. Paylar oy hakkında, kâr payı hakkında, rüçhan

avantajlı duruma getiren imtiyazların, payın gerçek değerinin tespitinde göz önünde bulundurulması gerekir. Payın sahip olduğu öneriye muhatap olma, önalım, alım ve geri alım hakları da benzer şekilde payın değerini artırıcı nitelikte olduğundan hesaplamada dikkate alınmalıdır.

Bunlarla birlikte ayrılan ortak şirkete ek katkılarda bulunmuşsa (örneğin şirkete ek ödemede bulunmuşsa), bunlar da esas sermaye paylarının itibari değerini etkiler ve payın gerçek değerinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁷⁵.

Nitekim kanaatimizce kâr payının hesaplanmasında ortağın yerine getirdiği ek ödeme yükümlülüklerinin de itibari değere eklenmesi gerektiğini⁷⁶ düzenleyen TTK md. 608/2-f hükmü, kıyasen ayrılma akçesinin hesaplanmasında da dikkate alınmalıdır⁷⁷. Zira ayrılma akçesi ayrılan ortak için farazi tasfiye payı niteliğindedir ve ortaklık ilişkisi sona erdiğinde dağıtılacak tasfiye payı da bir nevi kâr payı niteliğindedir⁷⁸. Bu bakımdan ayrılma akçesinin hesaplanmasında ek ödeme yükümlülüklerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Diğer taraftan esas sermaye payının bağlı olduğu (ancak henüz ifa edilmemiş) ek ödeme yükümlülüğü gibi yükümlülükler de payın değerine olumsuz etki edecektir. Şirketteki esas sermaye paylarının tamamı veya bazıları ek ödeme yükümlülüğüne tabi tutulabilir. Özellikle, sadece bazı esas sermaye paylarının ek ödeme yükümlülüğüne tabi tutulması durumunda, bu yükümlülük payın gerçek değerinin belirlenmesinde önem arz edecektir. Bunun yanı sıra pay üzerinde intifa, rehin gibi sınırlı aynı haklar kurulmuşsa,

veya tasfiye payı hakkında imtiyazlı olabileceği gibi, müdür seçiminde aday gösterilmesi bakımından da imtiyazlı olabilir., Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 479

⁷⁵ Wipf/Caspar, s. 582

⁷⁶ Şirket sözleşmesinde ek ödeme yükümlülüğü öngörülmüş ve bu ek ödeme yükümlülüğü ortak tarafından yerine getirilmişse, bu tutar da kâr payının hesaplanmasında dikkate alınır., Bahtiyar, s. 468, Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, s. 498

⁷⁷ Ortaklara dağıtılacak kâr payının, yıllık ticari bilançoya göre tespit edilmiş kullanılabilir öz sermaye tutarına dayanması zorunludur. Şirket alacaklıların korunması amacıyla şirket esas sermayesinin karşılığının pay sahiplerine dağıtılması yoluyla eksilmesinin önlenmesi, sermayenin pay sahiplerine iadesi yasağı kapsamında emredici olarak kanunda düzenlenmiştir. Dolayısıyla, ayrılan ortağa ödenecek ayrılma akçesinin kapsamı da bu yasak kapsamında belirlenmelidir., Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, Seçkin Yayınevi, 2013, s. 497-498.

⁷⁸ Taşdelen, s. 204

bunlar da payın değerine olumsuz etki eden unsurlar olarak, payın gerçek değerinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁷⁹.

Tüm bunların yanı sıra ayrılan ortağın, ayrılma tarihinden sonra şirkete karşı ifa etmek zorunda olduğu, paya bağlı olmayan ancak ortaklar arasındaki güven ilişkisinden dolayı ayrılan ortağın şahsi olarak sorumluluğunu doğuran (henüz aradaki güven ilişkisi sarsılmadan evvel ortağın şirketin işleyişi bakımından üstlendiği ve ayrılma ile son bulmayan) yükümlülükler de ayrılma akçesinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁸⁰. Örneğin uygulamada zaman zaman şirket ortaklarının şirketin faaliyetlerinin devamını sağlamak amacıyla şahsi teminat veya kefalet sözleşmesi yaptıkları, şahsi kambiyo senedi düzenledikleri ya da şirkette mevduat olarak kullanılmak üzere şahsi kredi sözleşmesi yaptıkları görülmektedir. Gerçekten de her ne kadar paya bağlı olmadığı için payın gerçek değerine etki etmese de ortağın güvene dayalı olarak altına girdiği bu yükümlülükler ayrılma akçesinin belirlenmesinde göz önünde tutulmalıdır.

Nitekim Yargıtay da şirket ortakları/yakınları ile şirket arasındaki borçlanmaların da hesaplamada dikkate alınması gerektiğini içtihat etmektedir⁸¹.

Ayrılan ortağa şirket varlığından herhangi bir menfaat sağlanmış ise bu menfaatlerin de ayrılma akçesinin belirlenmesinde dikkate alınması gerekir⁸².

⁷⁹ Wipf/Caspar, s. 582- 583

⁸⁰ Seibt, 1704-1705

⁸¹ "...*Limited şirket ortaklığından çıkarılmasını isteyen davacı ortağın payının değerinin tespitinde, kayıtların ciddi hesap hatalarını içermesi nedeniyle, alacak ve borçlar bilançoda yazılı hususlar dikkate alınmış ve davacı ortak rapora itiraz etmiş ve şirket ortaklarının yakınlarına gerçekte olmayan bir borçlandırma yapıldığını ileri sürmüştür. Mahkemece şirket tarafından yapılan bu borçlandırmaların fiktif olup olmadığı, şirket yöneticilerinin bu surette şirketin aktiflerini azaltarak pasiflerini artırma gayretine girip girmedikleri, davacıyı gerçek olmayan şekilde borçlandırıp borçlandırmadıkları hususunda bir inceleme ve değerlendirme yapılması gerekmektedir.*", Yargıtay 11 HD., E. 2010/1055, K. 2010/12001, T. 25.11.2010, Eriş, s. 3945- 3946

⁸² "...*Davacılar, dava dilekçesinde, şirketin kuruluş tarihinden itibaren şirketten 5.000'er USD aldıklarını, ödenen bu meblağın şirket müdürleri tarafından kendilerine borç olarak yazıldığını beyan etmişler, bilirkişi ek raporunda ortaklara ödenen bu meblağların ticari defterlere yansıtılmadığının tespit edildiği mütalaa edilmiş, mahkemece bu meblağın kâr payı olduğu, tüm ortaklara ödendiği, gerçek değerden düşülmesinin yerinde olmayacağı gerekçesi ile davacıların ayrılma akçesinin hesabında dikkate alınmaması. Oysa, şirket tarafından kâr payı dağıtılmadığı tarafların kabulünde olup, davacıların dava dilekçesindeki açıklamaları karşısında 5.000 USD' nin ayrılma akçesi hesabında değerlendirmeye alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi de isabetli görülmemiştir.*", Yargıtay

SONUÇ

Ayrılma bir ortağın ortak sıfatının yani şirket ile aralarındaki ortaklık ilişkisinin sona ermesidir. Kural olarak bir ortağın ortak sıfatına bağlı tüm hak ve yükümlülüklerinin sona ermesi sonucunu doğurmaktadır.

Limited şirkette ortaklık ilişkisinin sona ermesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Esas sermaye payının ortaklara veya üçüncü kişilere devri, miras yoluyla intikali, eşler arasında mal rejimi neticesinde veya icra yoluyla geçişi, şirketten çıkma veya çıkarılma haklı sebeple fesih davası açan ortağın mahkeme tarafından şirketten çıkarılmasına karar verilmesi gibi haller ortaklık ilişkisinin sona erme sebepleri olarak sayılabilir.

Ortağın şirketten ayrılması halinde, ortaklık ilişkisi sadece ayrılan ortak açısından sona ermekte, diğer ortaklar açısından ise varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla, bir veya birkaç ortağın şirketten ayrılması ile şirketin sona erdiği ve tasfiyeye girdiğinden söz edilemez. Bu nedenle şirketin kısmen veya tamamen fiilen tasfiye edilmesi söz konusu olmadığından, ortağın şirketle ilişkisinin kesilmesi ve ayrılma akçesinin hesaben belirlenmesi gerekir.

Bir ortağın limited şirketten ayrılmasının en önemli sonucu, ayrılma akçesi alma hakkıdır. Ayrılma akçesi, şirketten ayrılan ortağın, ortaklık hakkının sona ermesi nedeniyle esas sermaye payının karşılığında şirketten talep edebileceği bir alacak hakkıdır. Şirketten ayrılan ortak, esas sermaye payını ve payın sağladığı hakları kaybetmektedir. Bu kaybın ekonomik olarak denkleştirilmesi; ortağın ayrılmadan önceki ekonomik durumunun ayrılmadan sonra da korunması, ayrılan ortağa esas sermaye payının gerçek değerine uyan miktarda ayrılma akçesinin ödenmesi suretiyle sağlanmaktadır. Ayrılan ortağın ayrılma akçesini talep etme hakkından yoksun bırakılması mümkün değildir; bu hak ortağın ayrılma sebebinden ve kusurundan bağımsızdır.

Ayrılan ortağa kural olarak esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesi ödenir. Ayrılma akçesinin şirket sözleşmesi ile belirlenmesi halinde, ayrılma akçesinin esas sermaye payının gerçek değerine uygun ödenmesi kuralından sapılabilir, şirket sözleşmesi ile ayrılma akçesinin hesaplanma yöntemi ve ödenme koşulları düzenlenebilir.

Ayrılma akçesi TTK md. 641 gereğince de esas sermaye payının gerçek

değerine uyan bir bedeldir. Ayrılma akçesine ilişkin TTK md. 641 hükmünün amacı hem şirket alacaklılarının hem de ayrılan ortağın korunmasıdır. Zira bu düzenlemeyle bir taraftan, gerçek değerden daha fazla ödeme yapılarak şirket alacaklılarının şirket malvarlığından tatminini engellemenin önüne geçilmek istenmekte, diğer taraftan da ayrılan ortağın gerçek değere uygun ayrılma akçesi talebi güvence altına alınmaktadır.

Gerçek değer genel kabul gören yöntemlere göre şirket değerinin hesaplanması ile bulunur. Şirket değerlemesinde, değerlemeye etki eden birçok unsur bulunmaktadır. Bunlardan şirkete özgü unsurlar ile makro ölçekli sektör, piyasa veya genel ekonomik durumla ilgili unsurlardır.

Payın gerçek değerinin hesaplanmasında taahhüt edilen sermaye payı değil ödenmiş sermaye payı dikkate alınmalıdır. Zira ortaklara ödenecek kâr payı ve tasfiye payı hesabında dahi ortağın sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı hesaplama yapılmaktadır. Şirket değerinin negatif çıkması durumunda ayrılma akçesinin hesaplanması ve ayrılan ortağa ayrılma akçesi ödenmesi mümkün değildir. Payın gerçek değerinin tam olarak belirlenebilmesi için payın değerine etki eden, paya bağlı hak ve imtiyazlar ile yükümlülüklerin de dikkate alınması gerekir.

Ayrılma akçesinin belirleneceği tarihe ilişkin sözleşme ile özel bir düzenleme yapılmamışsa mahkemece karar tarihine en yakın tarihteki verilere göre hesaplama yapılmalıdır. Ayrılma akçesinin karar tarihine en yakın tarihteki şirket değerine göre belirlenmesi halinde, dava süresince davacı ortak mahkemedeki şirket malvarlığının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilecektir.

Gerekli tedbirler alınmadığı ya da alınmasına rağmen her nasılsa şirketin değerini azaltan işlemlerin yapıldığı durumlarda gerçek değer bu azalmanın dikkate alınarak hesap edilmesi gerekmektedir. Hatta kanaatimizce böyle bir durumda gerçek değer karar tarihine en yakın tarihteki verilerin değil, şirket müdürlerinin şirketin değerini azaltmaya yönelik işlemleri yapmadan önceki verilerin esas alınarak hesaplanması gerekir.

11 HD., E. 2017/4829, K. 2019/1569, T. 26.02.2019, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, Erişim Tarihi 19 Nisan 2022.

KAYNAKÇA

- Aker H, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32(1), 2016, s.63–150.
- Akın İ/ Göksoy Y C, “Şirket Değerleme Yöntemlerinin Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarına Etkisi”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Ayoğlu T, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku*, Beta Basım Yayım, 2019.
- Baştuğ İ, *Limited Şirkette Ortağın Çıkması ve Çıkarılması*, Ege Üniversitesi Matbaası, 1966.
- Baştuğ İ, *Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri*, Ege Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, İzmir 1974.
- Bilgili F/ Demirkapı E, *Şirketler Hukuku Dersleri*, Dora Yayıncılık, 2013.
- Cenkci E, “Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK md. 642)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 76 (4), 2018, s. 1-50.
- Çağırğan Tuncer S/ Ulusoy Y, “Yedek Akçeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, (Özel Sayı) 19, 2017.
- Çamoğlu E/ Poroy R/ Tekinalp Ü, *Ortaklıklar Hukuku II*, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 1971 – 1996.
- Çamoğlu E, “Limited Ortaklıktan Çıkarılma”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30 (3), 2014, s. 5-20.
- Çebi H, “Limited Şirkette Ortakların Hakları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16 (177), 2021, s. 891 -901.
- Çevik O N, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Yetkin Yayıncılık, 2003.
- Demir V/ Bahadır O, “UFRS (TFRS)’ deki Değerleme Ölçüleri Kapsamında Şirket Değerlemesinde Defter Değeri Yaklaşımı”, *Muhasebe ve*

Denetime Bakış, 23, 2007, s. 65–80.

- Demirel Arıcı N, *Gerçeğe Uygun Değer Muhasebesi (Sermaye Piyasalarında Kullanımı Üzerine Bir Araştırma)*, Gazi Kitabevi, 2018.
- Demirkapı E/ Yıldırım A H, “İsviçre Borçlar Kanunu’nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme”, *BATİDER*, 24(3), s. 435-466.
- Develi B, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ayrılma Akçesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17, 2013, s. 443-490.
- Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi*, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Eriş G, *Ticari İşletme ve Şirketler*, Seçkin Yayınevi, 2017.
- Forstmoser P, *Das neue schweizerische GmbH-Recht–Kapitalbasis und Stellung der Gesellschafter*, in: *Das neue schweizerische GmbH-Recht Peter Böckli, Peter Forstmoser, (Hrsg.)*, Schulltess Verlag, Zürich 2006.
- Goette W/ Goette M, *Die GmbH*, Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH, 3. Auflage, C.H.BECK, 2019.
- Gönenli A, *İşletmelerde Finansal Yönetim*, İstanbul Üniversitesi İşletme İktisadi Yayını, 1988.
- Gürpınar B, “Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2) 2016, s. 73-101.
- Kaya A, Limited Şirkette Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Özellikle Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), 2013, s. 202 – 237.
- Kaya M İ/ Tatlı B, *Ticaret Hukuku – I*, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Kendigelen A, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler İlk Tespitler*, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Mayer N, *Recht der GmbH*
- Öztürk Dirikkan H, *Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı*, Yetkin Yayıncılık, 2005.

- Narçin Tosun Z, “Limited Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması ve Hukuki Sonuçları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 10(112), 2015, s. 99- 110.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi, 2017.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2018.
- Rupp C/ Schiffers J/ Wälzholz E/ Recnik G, *Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt, neu bearbeitete und erweiterte Auflage. 2015.
- Sanwald R, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH*, Dike Verlag, Zürich/ St. Gallen 2009.
- Seibt C H, *Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters, Schloz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht I. Band*, Dr. Otto Schmidt KG Verlag, Köln 2018.
- Sipahi B, Yanık S, ve Aytürk Y, *Şirket Değerleme Yaklaşımları*, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Sevi, A M, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, Seçkin Yayınevi, 2013.
- Şener, O H, *Limited Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2017.
- Şener, O H, *Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Taşdelen N, *Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih*, Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Tatlı B, “Limited Şirketlerde Çıkma, Çıkarma ve Ayrılma Akçesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2021, s. 165 – 210.
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Tekinalp Ü, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Topaloğlu M, Özer I, “Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14(158), 2019, s. 1955-1967.
- Wipf O, Caspar H, *Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters*, SZW / RSDA, 5/2018.

- Yasan M, *Limited Ortaklıklarda Ortakların Genişletilmiş Sorumluluğu*, Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Yıldız Ş, *Limited Şirketler Hukuku*, Arıkan Basım, 2007.
- Yıldız Ş, Özbay İ, Özbek M S, “Limited Şirketler Hukukunda Ayrılma Akçesi Konusunda Tahkime Başvurulması ve Konu Hakkında Verilen Hakem Kararlarının İcrasına İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(3-4), 2018, 445-487.
- Sönmez Y Z, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı*, Beta Yayınevi, 2009.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

BİR HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK İSNADIN İSPATI

RİGT TO PROOF AS A JUSTIFICATION

İzzet ÖZGENÇ*  

ÖZET

10.34246/ahbvuhfd.1131434 

Haber verme, eleştiri ve ihbar veya şikâyet hakkının kullanılması bağlamında dikkate alınması gereken en önemli husus, kişiye bulunulan isnadın gerçekliğidir. Belli bir olguyu haber yapan, belli bir olguya istinaden bir başkasını eleştiren ve hatta, ihbar veya şikâyette bulunan kişi bazen hakaret ve iftira etmekle suçlanabilmektedir ve bu nedenle hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmektedir. Haberin konusu, eleştirinin dayanağı ve ihbar veya şikâyetin konusu olan olgunun, ilgisi bakımından bir suç isnadı mahiyeti taşıması ve bunun, isnatta bulunulan tarafından inkâr edilmesi halinde, ortaya çıkan sorunun çözümü bakımından isnadın ispatı büyük önem taşımaktadır. İspat hakkı hem isnatta bulunan hem de isnatta bulunulan kişiye bu imkânı sağlamaktadır. İspat hakkı genellikle hakaret suçu bağlamında ele alınmaktadır. Ancak bu hakkın iftira suçu bakımından da bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. Buna karşın, isnadın ispatı yolunun işletilmesine hukuk uygulamamızda pek rastlanmaz. Bunun sebebi, hukuk camiamızda isnadın ispatı müessesesinin hukuki mahiyeti, fonksiyonu, usulü ve sonuçları hakkında yeterli bilgi sahibi olunmamasıdır. İsnadın ispatı, demokratik toplumlarda iktidar ile muhalefet arasındaki çekişmelerdeki isnatlar bakımından büyük önem taşımaktadır.

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** oezgenc@gmail.com
ORCID: 0000-0003-0646-6832 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1296326

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Bu makalede, isnadın ispatının hukuki mahiyeti, haber verme, eleştiri, ihbar veya şikâyet hakkı ile olan ilişkisi, kapsam ve sınırları, bu hakkın kullanılma usulü ve kullanılmasının sonuçları ile ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar kelimeler: İsnadın ispatı, Haber verme hakkı, Eleştiri hakkı, İhbar veya şikâyet hakkı, Hakaret, İftira, Bekletici sorun kararı

ABSTRACT

The most important issue to be taken into account in the context of the exercise of the right to inform, criticise or report or complain is the authenticity of the accusation made against the person. A person who reports a certain fact, criticises another person on the basis of a certain fact or even makes a report or complaint may sometimes be accused of insult and slander. Therefore, the person may be subject to investigation and prosecution. If the subject of the news item, the basis of the criticism or the subject of the denunciation or complaint is an accusation of a criminal offence and this accusation is denied by the person concerned, the proof of the accusation gains great importance for the solution of the problem. The right to proof provides this opportunity to both the person making the accusation and the person to whom the accusation is made. The right to proof is usually addressed in the context of the offence of defamation. However, it should be kept in mind that this right also constitutes a reason for justification in terms of the offence of defamation. It is important to note that in our legal practice, the procedure of proving accusation is not common. The reason for this is that our legal community is not sufficiently informed about the legal nature, function, procedure, and consequences of the institution of proof of accusation. The proof of accusation is of great importance in democratic societies considering the accusations made within the context of debates between the government and the opposition. In this article, the legal nature of the proof of accusation, its relationship with the right to inform, criticism, denunciation or complaint, its scope and limits, the procedure for the exercise of this right and the consequences of its exercise have been determined and evaluated.

Keywords: Proof of accusation, Right to inform, Right to criticise, Right to denounce or complaint, Defamation, Slander, Decision of prejudicial question

EXTENDED ABSTRACT

The most important issue to be taken into account in the context of the exercise of the right to inform, criticise or even report or complain is the authenticity of the accusation made against the person. The reality of the phenomenon subject to the exercise of these rights is a matter of debate. This debate does not only arise in social relations but can also occupy the judiciary. A person who reports a certain fact, criticises another person on the basis of a certain fact or even makes a report or complaint may sometimes be accused of insult and slander. Therefore, the person may be subject to investigation and prosecution. This is where the problem occurs.

If the fact constituting the subject of the news report, the basis of the criticism, the subject of the denunciation or complaint is in harmony with the reality, what we see is an exercise of a right. In this case, criminal liability does not arise for the person who made the news, criticised, reported or filed a complaint. However, it should be noted that the accuracy and truthfulness of the news content is often denied, especially by the person concerned, criticised, reported or complained about. If the subject of the news item, the basis of the criticism or the subject of the denunciation or complaint is an accusation of a criminal offence and this accusation is denied by the person concerned, the proof of the accusation gains great importance for the solution of the problem. In this case, it will be necessary to investigate whether the reporting, criticism, denunciation, or complaint is carried out within the framework of exercising a right and whether it is in accordance with the law. The right to proof provides this opportunity to both the person making the accusation and the person to whom the accusation is made. In this context, the possibility of proving the accusation is a requirement of the right to information, criticism, denunciation, or complaint, and is an indispensable and inseparable secondary right, which is subordinate to those rights. The right to proof is usually addressed in the context of the offence of defamation. However, it should be kept in mind that this right also constitutes a reason for justification in terms of the offence of defamation. It is important to note that in our legal practice, the procedure of proving accusation is not common. The reason for this is not that a situation requiring proof of accusation does not arise, but rather that our legal community is not sufficiently informed about the legal nature, function, procedure, and consequences of the institution of proof of accusation. The proof of accusation is of great importance in democratic societies considering the accusations made within the context of debates between the governments / power holders and the opposition. The public will also be informed in a correct manner through proof of accusation. Proof of accusation prevents the accuser from being accused of being a liar and slanderer, in particular due to the failure to authorise or decide on an investigation in relation to the public officials against whom the allegation is made. Likewise, failure to do so may result in the accused being held under suspicion and the rulers being unfairly accused. In this article, the legal nature of the proof of accusation, its relationship with the right to inform, criticism, denunciation or complaint, its scope and limits, the procedure for the exercise of this right and the consequences of its exercise have been determined and evaluated.

GİRİŞ

Haber verme, eleştiri ve hatta ihbar veya şikâyet hakkının kullanılması bağlamında dikkate alınması gereken en önemli husus, kişiye bulunulan isnadın gerçekliğidir. Bu hakların kullanılmasına konu edilen olgunun gerçekliği her zaman için tartışılan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu tartışma salt sosyal ilişkilerde ortaya çıkmamakta, yargıyı da meşgul edebilmektedir. Belli bir olguyu haber yapan, belli bir olguya istinaden bir başkasını eleştiren ve hatta, ihbar veya şikâyetle bulunan kişi bazen hakaret ve iftira etmekle suçlanabilmektedir ve bu nedenle hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmektedir. Sorun burada başlamaktadır. Şayet yapılan haberin konusunu, bulunulan eleştirinin dayanağını, yapılan ihbar veya şikâyetin konusunu oluşturan olgu gerçekle uyum içinde ise, bir hak kullanılmıştır; haberi yapan, eleştiride bulunan, ihbar veya şikâyetle bulunan kişi bakımından ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren bir durum söz konusu olamaz. Ancak belirtmek gerekir ki, haber içeriğinin doğruluğu, gerçekle uyumluluğu çoğu zaman özellikle haberin ilgilisi, eleştirilen, hakkında ihbar veya şikâyetle bulunan kişi tarafından inkâr edilir. Haberin konusu, eleştirinin dayanağı ve ihbar veya şikâyetin konusu olan olgunun, ilgilisi bakımından bir suç isnadı mahiyeti taşıması ve bunun, isnatta bulunulan tarafından inkâr edilmesi halinde, ortaya çıkan sorunun çözümü bakımından isnadın ispatı büyük önem taşımaktadır. Bu durumda, haber vermenin, eleştiride bulunmanın, ihbar veya şikâyetle bulunmanın bir hak kullanımı çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediğini, hukuka uygun olup olmadığını araştırmak gerekecektir. İspat hakkı hem isnatta bulunan hem de isnatta bulunulan kişiye bu imkânı sağlamaktadır. Bu itibarla, isnadın ispatı imkânı, haber verme, eleştiri, ihbar veya şikâyet hakkının bir gereğidir, bu haklara bağlı vazgeçilmez, ayrılmaz ikinci bir haktır. İspat hakkı genellikle hakaret suçu bağlamında ele alınmaktadır. Ancak bu hakkın iftira suçu bakımından da bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu gözden uzak tutmamak gerekir.

Önemle belirtmek gerekir ki, isnadın ispatı yolunun işletilmesine hukuk uygulamamızda pek rastlanmaz. Bunun sebebi, isnadın ispatını gerekli kılan bir durumun ortaya çıkmaması değil, hukuk camiamızda isnadın ispatı müessesesinin hukuki mahiyeti, fonksiyonu, usulü ve sonuçları hakkında yeterli bilgi sahibi olunmamasıdır.

Bu makalede, isnadın ispatının hukuki mahiyeti, haber verme, eleştiri, ihbar veya şikâyet hakkı ile olan ilişkisi, kapsam ve sınırları, bu hakkın kullanılma usulü ve kullanılmasının sonuçları ile ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. Somut bir isnatta bulunarak bir başkasına hakaret eden kişinin, kural olarak, cezai sorumluluktan kurtulabilmesi için bu isnadını ispat etmesine izin verilmez. Ancak, bazı durumlarda isnadın ispatı, hakaret suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Başta kamu görevi ifa edenler

olmak üzere, kişilere suç teşkil eden somut fiil isnadında bulunulması halinde, bu isnadın bir haksızlık ve suç oluşturmaktan çıkarılabilmesi için, **özel bir hukuka uygunluk sebebi** oluşturulmuştur^{1,2}. İsnatta bulunana, isnadını **ispat** etmek, belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı bir **hak** olarak tanınmıştır. Başka bir ifadeyle, belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak isnadın ispatı, hakaret ve hatta iftira suçu bakımından fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.³

İsnadın ispatı, örneğine rastlamadığımız diğer Anayasalardan farklı olarak, önce 1961 ve bilahare 1982 Anayasasında düzenlenmiştir. Bir hak olarak isnadın ispatı, 1982 Anayasası'nın 39. maddesinde, 1961 Anayasası'nın 34 maddesinde olduğu gibi, şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.”

Bu Anayasa hükmünün gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Bilindiği gibi hakaret suçlarında, hakaret teşkil eden isnadın doğruluğu ceza hukukunda bir beraat sebebi, bir «hukuka uygunluk» hali değildir. Ancak bazı hallerde isnadın doğruluğu fiili hukuka uygun kılmakta, suçun «hukuka aykırılığını, unsurunu» ortadan kaldırmaktadır.

Ceza hukukunda «ispat hakkı» (yahut «isnadın gerçekliği def'i») olarak

¹ Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2020, s. 494.

² Doktrinde, isnadın ispatını *davayı düşüren bir sebep* olarak değerlendiren yazarlar bulunmaktadır (Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 669.) Keza, isnadın ispatının bir *şahsi cezasızlık sebebi* oluşturduğu yönünde açıklama yapan yazarlar da bulunmaktadır (Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I*, 5. Bası, Beta Basım Yayın, 2021, s. 271 vd.). Adı geçen yazarların, isnadın ispatıyla ilgili olarak yaptıkları açıklamalarda önemli çelişkiler bulunmaktadır! Aynı şekilde sorunlu açıklamalar için bkz. Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Mehmet Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Bası, Adalet Yayınevi, 2022, s. 532 vd.

³ Erman, ispat imkânının tanınmasına ve isnadın ispatlanmasına rağmen, ispatlanan fiilin isnadının hukuka aykırı olabileceği düşüncesindedir (Şahir Erman, *Hakaret ve Sövme Suçları*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınevi, 1989, s. 246). Ancak yazar bu düşüncesini izah bağlamında somut bir örnekten söz etmemektedir.

adlandırılan bu istinadın şartları 39 uncu maddede gösterilmiştir.

Bu maddeye göre isnadın doğruluğunu ispatla, sanığın **beraatı** ancak üç şekilde mümkündür. Bunlar da: 1) **İsnadın, kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olması;** 2) İsnadın ispatında kamu yararı bulunması; ve 3) Şikâyet sahibinin ispata razı olmasıdır.⁴

Bu anayasal düzenleme ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu açıklamalara yer verilmiştir:

“... 9.7.1961 günlü, 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın *ispat hakkı* başlıklı 34. maddesindeki “*kamu görev ve hizmetlerinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesi ile ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır*”, biçimindeki hükmü (ile) **Anayasal güvenceye kavuşturulan ispat hakkı**, kişilerin anayasal haklarından olduğu gibi **basın özgürlüğünün de vazgeçilmez koşullarından biridir**. Ondokuzuncu yüzyıldan itibaren demokratik hukuk devleti düzeninin yerleşmiş olduğu ülkelerde, ispat hakkı toplum yaşamında ve kamu yönetiminde varlığı gittikçe aranan bir hukuksal kurum durumuna gelmiştir. Yönetimin iyi işleyebilmesi için gerektiğinde devleti yöneten ve kamu işlerini çevirenlerin tutum ve davranışları hakkında eleştiride bulunmak kişi haklarındandır. Bu sosyal amaçlı eleştirilerin ve kamuya iletilen olay veya yazıların kimi durumlarda hakaret suçunu oluşturduğu da bir gerçektir. Buna rağmen gerçeğin ve doğru olanın kamuya aktarılabilmesinin sağlanması ereğiyle isnat konusunun ispat edilebilmesi olanağı ve ispatı halinde de dava ve cezanın düşmesi, demokratik hukuk devletlerinde kabul edilmiştir.

Böylece, kamu görev ve hizmetlerinde bulunanlara ancak, belli görevlerin yapılması için yetkiler tanındığı, bunların kişisel çıkarların sağlanması yoluyla amacından saptırılmayacağı, kişilerin kamu görev ve hizmetlerinin yerine getirilmesiyle ilgili her türlü eylem ve işlemleri eleştirebilecekleri, yönetimindeki yolsuzluğu öğrenen ve gözleyen kişilerin bunları görmemezlikten gelmeye veya susmaya zorlanamayacağı, yapılan

⁴ Madde gerekçesi için bkz. T.C. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Yunus Emre Yilmazoğlu / İsmail Emrah Perdecioğlu (Derleyenler), 3. Bası, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2021, s. 227.

isnadın memurdan ziyade memurluk makamının nüfuz ve itibarını zedelediği savının geçersiz olduğu, belirtilmiştir. Daha da ileri gidilerek, herhangi bir kişiye isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunduğunun mahkemelerce kabul edilmesi ispat hakkının tanınması için yeter bir neden sayılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 34. maddesinde düzenlenen ispat hakkı, bir **Anayasal hak** niteliğini kazanmış⁵tır.

Anayasa'daki bu düzenlemenin en önemli özelliği, ispat hakkının, esas itibarıyla **kamu görevlisine karşı göreviyle bağlantılı olarak bulunulan somut fiil isnatları** bakımından tanınmış olmasıdır. Ancak, bu düzenlemede ispat hakkı, kamu görevlilerine görevleriyle bağlantılı olarak bulunulan isnatlarla sınırlı tutulmamıştır. Keza, bu ispat hakkından öncelikle haber verme faaliyeti icra eden, basın ve yayın faaliyetinde bulunan kişiler yararlanacaklardır. Başka bir ifadeyle, ispat hakkı, **haber verme hakkı**⁶ ile ilişkili bulunmaktadır. Ancak, bu hakkın öznesi, basın mensuplarıyla sınırlı tutulmamıştır. İsnadın ispatı, **eleştiri hakkının** ve hatta, **ihbar veya şikâyet hakkının** kullanılması bağlamında gündeme gelebilir.

Anayasa'daki bu düzenleme isnadın ispatını sadece **hakaret** suçu bakımından bir özel hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmiştir. Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere, bu hak, mahiyeti itibarıyla **iftira** suçu bakımından da bir hukuka uygunluk sebebinin oluşturmaktadır.

II. Türk Ceza Kanunu'na ilişkin Hükümet Tasarısında, mülga 765 sayılı TCK'nin 481. maddesi düzenlemesi⁷ dil bakımından sadeleştirilerek esas

⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1981/8, K. 1982/3, T. 6.5.1982. (RG: 30 Kasım 1983-18237).

⁶ Haber verme hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç / Adem Sözüer, “Basın Hürriyeti Kavramı, Basın Yoluyla İşlenen Suçlarda Sorumluluk Rejimi ile Cevap ve Düzeltme Hakkı Üzerine Düşünceler”, *Yeni Türkiye, Medya Özel Sayısı*, (11), 1996, s. 272 vd.

⁷ “Madde 481- Geçen (hakaret suçunun düzenlendiği 480. [İ. Ö.] maddede beyan olunan cürmün faili beraat etmek için isnat ettiği fiilin sıhhatini veya şayi veya mütevatır olduğunu ispat etmek isterse bu iddiası kabul olunmaz.

Ancak isnat edilen fiilin hakikat olduğunu ispat talebi:

1- Tecavüz olunan şahıs bir memur veya kamu hizmeti gören bir kimse olup da 266, 267 ve 268 inci maddelerde beyan olunan haller müstesna olmak üzere isnat olunan fiil icra ettiği memuriyete veya gördüğü kamu hizmetine taallük eylediği,

2- İsnat olunan fiilden dolayı tecavüz olunan şahıs hakkında kovuşturma icrasına

itibarıyla muhafaza edilmek istenmişti.⁸

başlanmış olduğu,

3- İsnat edilen fiilin ispatında **kamu yararı** bulunduğu mahkemece karar verildiği,

4- **Müşteki** ikame ettiği davadan dolayı icra kılınan yargılamayı kendisine isnat olunan fiilin sıhhat ve ademi sıhhatına dahi teşmil etmeyi açık olarak bizzat **talep eylediği,**

takdirde kabul olunur.

Hakikatı maddenin ispatı talebi, müşteki özel bir soruşturma veya yargılama usulüne tabi veya başka bir mercide yargılanması gereken bir kimse olsa dahi, hakaret davasına bakan mahkemece kabul ve tetkik olunur.

İspat talebinin kabulüne karar verilmesini müteakıp 15 gün içinde bu talepte ilgili bütün deliller ikame ve varsa vesikaların asıl veya suretleri mahkemeye tevdi olunur.

İkame ve ibraz olunan delil ve vesikalar beş gün içinde mukabil delillerini ikame ve vesikalarını ibraz etmek üzere müştekiye ve Cumhuriyet Savcısına tebliğ olunur.

Taraflar bu suretle iddia ve delillerini bildirdikten sonra mahkeme duruşma için en yakın bir gün tayin eder. Zaruret olmadıkça müteakıp talikler bir haftayı geçemez

İsnat ispat olunur veya bundan dolayı isnatda bulunan şahıs mahkûm edilirse sanık hakkında **dava ve ceza düşer.**

İsnat, ispat olunmadığı takdirde faile (hakaret suçunun düzenlendiği [İ. Ö.] 480 inci maddede yazılı para cezaları on misli, şahsi hürriyeti bağlayıcı **cezalar** yarısı oranında **artırılarak hükmolunur.**

Şu kadar ki, bu maddedeki istisnaların uygulanması için tecavüzün aşağıdaki (sövmeye suçunun düzenlendiği 482. [İ. Ö.] maddede bildirilen cürmü teşkil etmemesi icap eder.

İspat iddiası, yasama organları üyeleri seçimlerinde oy verme gününden önceki 30 gün içinde kabul olunmaz.”

⁸ “İspat hakkı

Madde 181- Failin, **beraat etmek için** isnat ettiği belirli maddenin doğru olduğunu ispat istemi aşağıdaki hâllerde kabul olunur:

1) **Kendisine saldırılan kişi bir memur veya kamu hizmeti gören kimse olup da, isnadın memuriyete veya gördüğü kamu hizmetine ilişkin bulunması,**

2) **İsnat olunan husustan dolayı, kendisine saldırılan kişi hakkında kamu davası açılmış olması,**

3) **İsnat olunan hususun ispatında kamu yararı** bulunduğu mahkemece karar verilmesi,

4) **Şikâyetçinin,** yargılamanın kendisine isnat edilen belirli maddenin doğruluğunu veya yanlışlığını kapsamasını açıkça **istemmiş olması.**

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda Türk Ceza Kanunu Tasarısına ilişkin olarak oluşturulan Alt Komisyonunda yapılan çalışmalar sırasında bu madde, aşağıdaki şekilde değiştirilerek kabul edilmiştir:⁹

“İsnadın ispatı

MADDE 129- (1) **İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması hâlinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde, isnat ispatlanmış sayılır.**

(2) **İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi hâlinde, cezaya hükmedilir.”**

Türk Ceza Kanunu Tasarısının Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda görüşmeleri sırasında bu maddenin birinci fıkrasına Anayasa’daki hükme (m. 39) ve 765 sayılı TCK’deki düzenlemeye (m. 481) paralel olarak, bir üçüncü cümle eklenmiştir:

“İsnadın ispatı

MADDE 127- (1) **İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması hâlinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hâllerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.**

(2) **İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi hâlinde,**

Şikâyetçi, özel soruşturma veya yargılama usulüne tâbi veya başka bir mercide yargılanması gereken bir kimse olsa da ispat istemi, hakaret davasına bakan mahkemece incelenir.

İspat isteminin kabulüne karar verilmesinden itibaren onbeş gün içinde bununla ilgili bütün deliller mahkemeye sunulur.

Deliller, karşı delillerin bir ay içinde sunulması için şikâyetçiye ve Cumhuriyet savcısına tebliğ olunur.

İsnat, ispat olunmadığında 180 inci maddenin ikinci fıkrasına veya bu fıkra delâletiyle dördüncü fıkrasına göre hükmedilecek **cezalar** yarısı kadar **artırılır.**

İsnat, ispat olunur veya bundan dolayı isnatta bulunulan kişi mahkûm edilirse **sanığa ceza verilmez.”**

⁹ Kabul edilen bu metin, şahsım tarafından kaleme alınmıştır.

cezaya hükmedilir.”

Madde, bu şekliyle kanunlaşmıştır.

Bir hukuka uygunluk sebebi olarak, ispat imkânından yararlanabilmek için, “*isnadın bir suç vakıasına ilişkin olması gerekir. Yani, kişiye belli bir suçu işlediğinden bahisle hakaret edilmiş olması gerekir. Ayrıca, hakaretin yapıldığı anda isnadın konusunu oluşturan suç dolayısıyla kişi hakkında henüz bir hüküm verilmemiş olmalıdır.*”¹⁰ Başka bir ifadeyle, **isnat edilen hususun, isnadın konusunun bir suç oluşturmaması durumunda, ispat hakkının kullanılmasından bahsedilemez.**¹¹ İsnadın konusunu oluşturan ve suç teşkil eden fiilin mağdurunun muayyen bir kişi olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

İsnadın ispatı bakımından en önemli koşul, **isnadın ispatında kamu yararı bulunmasıdır.**

İster atama ister seçim yöntemiyle, ister daimi ister süreli olarak üstenilen kamu görevleriyle ilgili iş ve işlemler bağlamında somut bir isnatta bulunulması durumunda, bu isnadın ispatına imkân tanınması, aynı zamanda demokratik toplumlardaki **yönetimde saydamlık ilkesinin** bir gereğidir.

İsnatta bulunulan kişinin **kamu görevlisi** olması ve bu kişiye **göreviyle bağlantılı olarak isnatta bulunulması** halinde, bu isnadın ispatında kamu yararının bulunduğu kuşku yoktur.¹² Kamu görevlisine rüşvet aldığı, zimmetine para geçirdiği, irtikap eylediği, ihaleye fesat karıştırdığı gibi yolsuzluklar bağlamında somut fiil isnadında bulunana kamu yararı mülhazasıyla bu iddiasını ispat imkânını tanımak gerekir.

İspat hakkının kullanılabilmesi için, yukarıda belirtildiği gibi, isnadın konusunun mutlaka bir **suç** oluşturmaması, suç oluşturan bir fiil olması gerekmektedir. Bu itibarla, bir kişinin özel hayatına, cinsel tercihlerine ilişkin isnatlar bağlamında ispat imkânının kullanılmasına, ispat yolunun işletilmesine izin verilemez.¹³ Keza, örneğin bir kişiye nesebiyle, soy bağıyla, diniyle,

¹⁰ Bkz. TCK, m. 127 gerekçesi: TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 536 vd.

¹¹ Bkz. Erman, s. 257; Sahir Erman / Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, 1994, s. 339.

¹² Koca / Üzülmez, s. 494. Ayrıca bkz. Erman, s. 256 vd.

¹³ İlahî Öğretide, kişinin kasten veya taksirle gerçekleştirdiği haksızlığı suçsuz birisinin üzerine atması, “bühnan” (iftira), yani açık haksızlık (açık bir “ism”) olarak nitelendirilmiştir (Nisâ’

mezhebiyle, etnik kökeniyle veya ırkıyla bağlantılı olarak ithamda bulunulmak suretiyle hakaret edilmesi halinde, isnadın ispatı yoluna gidilemeyecektir.¹⁴ Kişiyi özel hayatı, cinsel tercihleri bağlamında isnat edilen fiilin gayri ahlâkî olması, isnatta bulunana ispat hakkı bahşetmez.

Yetkili makam ve mercilere ihbar veya şikâyetle bulunmak dışında, bir kişiye suç oluşturan somut bir fiil isnadında bulunulması, hakaret suçunu oluşturur. Kişinin yetkili makam ve mercilere ihbar veya şikâyetle bulunarak, suçsuz olduğunu bildiği bir başkasına gerçeğe aykırı bir şekilde suç oluşturan somut bir fiil isnadında bulunması, iftira suçunu oluşturmaktadır (TCK, m. 367).

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu, Belediye Meclisi, İl Genel Meclisi, anonim şirket genel kurulu, kooperatif genel kurulu, dernek genel kurulu gibi toplantılarda yönetimi elinde bulunduranlara karşı yöneltilen eleştiriler bağlamında kişilere suç teşkil eden somut fiil isnatlarında

[4], Ayet 112). Ancak iftiranın oluşabilmesi için suçsuz bir insana isnat ettiği haksızlığın gerçekleşmiş olması şart değildir. Kişinin, haksızlık oluşturan ve fakat işlenmemiş olan bir fiili bir başkasına isnat etmesi de iftira olarak nitelendirilmiştir. İlahî Öğretide, isnadın iftira olarak nitelendirilebilmesi için, bunun yetkili makam ve merciler önünde ihbar ve şikâyetle bulunulması bağlamında dile getirilmesi şart değildir. İlahî Öğretide bu durum özellikle cinsel hayatla ilgili olarak ifade edilmiş ve insanlara cinsel hayatlarıyla ilgili olarak isnatlarda bulunulması, “bühnan”, “iftira” olarak nitelendirilmiştir (Mumtehine [60], Ayet 12). İnsanların özel hayatlarına ilgi göstermekten kaçınılmalıdır (Hucurât [49], Ayet 12). Hatta, **kendileri tarafından alenileştirilmedikleri takdirde** (A’raf [7], Ayet 81; Hüd [11], Ayet 78 vd.; Hicr [15], Ayet 71 vd.; Şu’arâ [26], Ayet 165, 166; Neml [27], Ayet 55; Ankebût [29], Ayet 29), **kişilerin özel hayat alanında cereyan eden cinsel davranışlarının başkaları tarafından dile getirilmesi, bunların doğru olup olmadığına bakılmaksızın ve dolayısıyla, doğru olup olmadığı araştırılmaksızın, iftira olarak değerlendirilmiştir** (Nûr [24], Ayet 4). Bu ilkeler, **İlahî Öğretide kişilerin münhasıran özel hayat alanında gerçekleşen ve alenileştirilmeyen cinsel tercihleriyle ilgili olarak, örneğin boşanma davası gibi bir uyuşmazlığın çözümü bağlamında da olsa, araştırma yapılmasına izin verilmediğini** göstermektedir.

Kişiyi münhasıran özel hayat alanında cereyan eden cinsel tercihlerinin dışında başka bir haksızlık isnadı halinde, bunun doğruluğu araştırılıp teyit edilmeden, bu isnada itibar edilerek kişi hakkında bir kanaate varılmamalıdır. Bu isnat, sadece doğruluğunun araştırılması hususunda kişilere bir yükümlülük yüklemektedir (İsrâ [17], Ayet 36; Hucurât [49], Ayet 6).

İsnadın doğruluğu teyit edilinceye kadar, isnatta bulunulan kişi hakkında “hüsnüzan”da bulunmak gerekir; yani bu kişi, isnadın doğruluğu bir yargı kararıyla tespit edilmediği sürece, isnat edilen fiili işlediği kabulünden hareketle bir muameleye tabi tutulmamalıdır (Nûr [24], Ayet 12 vd.).

¹⁴ Bkz. TCK, m. 127 gerekçesi: TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 536 vd.

bulunabilmektedir. Bu isnatlar dolayısıyla kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma süreçleri işletilebilmektedir.

Basın ve yayın organlarında yapılan yayınlarda kişilere suç teşkil eden somut fiil isnatlarında bulunabilmektedir. Kişiye suç oluşturan bir fiil isnadında bulunulmak suretiyle basın ve yayın yoluyla hakaret edilmesi, aynı zamanda iftira suçunu oluşturabilir (Bkz. TCK, m. 367, f. 1). Bu gibi durumlarda isnat fiilinin aynı zamanda hakaret suçu kapsamında değerlendirilebilir olması, hakaret suçunu oluşturması dolayısıyla, ispat hakkının kullanılmasını sağlamak gerekir.

TCK'deki düzenlemeler itibarıyla, hakaret suçu bakımından kabul edilen müsnet fiili ispatlama hakkı ile iftira suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin hükümler (m. 267, f. 3 vd.) arasında bir uyum bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, Anayasa'da ve TCK'de hakaret suçu ile bağlantılı olarak düzenlenen isnadın ispatı hakkını, iftira suçu bakımından da özel bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

İspat hakkının kullanılabilmesi için, isnat edilen fiilin kamu görevinin icrasıyla bağlantılı bir iş ve işlem olması yeterlidir; isnadın yapıldığı tarih itibarıyla isnatta bulunulananın kamu görevlisi sıfatını taşıması gerekmez.

İspat hakkının kullanılabilmesi bağlamında, isnat edilen fiilin kamu görevinin icrasıyla bağlantılı bir iş ve işlem olmasını geniş yorumlamak gerekir. Örneğin bir kamu görevlisinin yönetimi altında bulunan kişilere cinsel tacizde bulunduğu, bir okul yöneticisinin öğrencileri cinsel istismara maruz bıraktığı yönünde yapılan haberler bağlamında da isnadın ispat imkânının tanınmasında kamu yararı bulunmaktadır.¹⁵

İspat hakkının kullanılabilmesi için, isnatta bulunulan kişinin kamu görevlisi olması ve isnat edilen fiilin kamu görevinin icrasıyla bağlantılı bir iş ve işlem olması gerekmez. Herhangi bir kişiye karşı isnatta bulunulması durumunda da ispat hakkı kullanılabilir. Ancak, bunun için ispatta kamu yararı bulunması gerekir. İsnadın ispatında kamu yararının bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir. Kişiye örneğin hırsızlık veya dolandırıcılık isnadında bulunulması halinde, bu isnadın ispatında kamu yararı bulunduğu hususunda kuşku yoktur.

Anayasa'daki hükme (m. 39) ve mülga 765 sayılı TCK'deki düzenlemeye

¹⁵ Bkz. Erman, s. 254; Erman/Özek, s. 337.

(m. 481) paralel olarak, TBMM Adalet Komisyonunda TCK, m. 127, f. 1'e eklenen üçüncü cümle ile, somut bir suç isnadında bulunularak işlenen hakaret suçunda suçun mağdurunun rıza göstermesi halinde de, isnadın ispatına imkân tanınmaktadır.

İsnat konusu fiilin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç oluşturmaması durumunda, isnadın ispatı talebinin kabul edilmesi, kişilik haklarının korunması bağlamında faydadan daha çok bir zarara sebebiyet verebilir. Bu durumda isnadın ispatında kamu yararının olduğu söylenemez. Ancak, isnat edilen ve suç oluşturan fiilin mağduru konumundaki kişinin isnatta bulunulan aleyhine şikâyetinin olmamasına rağmen, isnatta bulunulan kişi, bu töhmetten kurtulmak isteyebilir. **İsnatta bulunanın ispat talebine isnatta bulunulananın rıza göstermesi** halinde, isnatta bulunana ispat imkânını tanımak gerekir.¹⁶ Bu durumda isnadın ispatı talebinin hakaret suçunun görüldüğü dava çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmesi gerekir.

İsnatta bulunanın ispat talebine isnatta bulunulananın rıza göstermesi, aşağıda açıklayacağımız üzere, kamu görevlisine isnat edilen fiil dolayısıyla re'sen soruşturma yapılamayacak olan, yani kamu görevlisi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasının izin veya karar alınmasına bağlı olduğu durumlarda, büyük önem taşımaktadır.

Hatta, bazı durumlarda, isnatta bulunan ispat talebinde bulunmaz ve fakat, isnatta bulunulan kendisine **iftira** edildiğinden bahisle suç duyurusunda bulunur. Bu suç duyurusu üzerine yapılan soruşturma ve kovuşturmada isnadın doğru olup olmadığının araştırılması ve maddi gerçeği tespiti gerekecektir. TCK'nin iftira suçuna ilişkin düzenlemeleri, bu bakımdan önem taşımaktadır.¹⁷

¹⁶ Hakaret suçunun mağdurunun birden fazla kişi olması durumunda, isnatta bulunulanların hepsinin, isnatta bulunanın ispat talebine rıza göstermesi gerekir. Aksi takdirde ispat talebi dikkate alınmayacaktır (Erman, s. 264.).

¹⁷ Kur'an'da bahsi geçen bir olguda, kadın cinsel ilgi duyduğu bir erkeğe ilişki teklifinde bulunur. Ancak, erdemli olan erkek bu **cinsel ilişki teklifini** kabul etmez. Bunun üzerine kadın, erkek hakkında kendisine **cinsel saldırıda** bulunduğu yönünde ithamda bulunur. Evli olan kadının bu isnadının gerçek dışı olduğunun aile içinde, kocası tarafından anlaşılmasına rağmen, kocasının toplumun ileri gelenlerinden biri olması, toplumda nüfuzlu kişi olması ve bu olay sebebiyle toplumda yayılan dedikodular karşısında, erkek kendisine isnat edilen bu fiil sebebiyle hapsedilir. Bu hapis sürecinde, **erkek, kendisine isnat edilen fiilin gerçek olup olmadığını** toplumu tatmin edecek şekilde araştırılıp **ispat** edilmesi talebinde bulunur. Bu talep kabul edilerek, maddi gerçek, yani erkeğin **suçsuz** olduğu, kamuyu tatmin edecek şekilde açıklığa kavuşturulur. Kadın, erdemli erkeğe **iftira** ettiğini itiraf eder (Yûnus [12], Ayet 23 ilâ 57).

III. İsnadın ispatı talebi, hakaret suçunun işlendiği iddiasıyla kamu davası açıldıktan sonra dikkate alınabilir. Hakaret suçuna ilişkin soruşturma sürecinde isnadın ispatı yoluna gidilmemelidir.

Yeni TCK'nin düzenlemesi itibarıyla, mülga 765 sayılı TCK'den farklı olarak, isnadın gerçekliğinin ispatı hakaret suçuna ilişkin davada yapılmayacaktır. Bir başkasına suç oluşturan somut bir fiil isnadında bulunarak hakaret suçunu işlediği iddiasıyla hakkında kamu davası açılmış olan kişi şayet bu isnadın gerçekliğini ispat etmek isterse, diğer koşulların varlığı halinde, ancak isnatta bulunduğu fiil dolayısıyla hakaret suçunun mağduru hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturma sürecinde isnat ettiği fiili ispat edebilir. Bu durum, hakaret suçunun mağduru hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturmanın, hakaret suçunun görüldüğü dava bakımından

bekletici sorun yapılmasını gerekli kılmaktadır.¹⁸,¹⁹

¹⁸ Bkz. TCK, m. 127 gerekçesi: TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 536 vd. İsnadın ispatında izlenmesi gereken usule ilişkin olarak TCK, m. 227 gerekçesinde yer verilen açıklamalar önem taşımaktadır:

“Madde metninde, kişiye somut isnatta bulunulması hâlinde, isnadın ispatı düzenlenmektedir. Anayasamızda da isnadın ispatına ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Anayasamıza göre; kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak isnatta bulunulması durumunda, isnatta bulunan isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışında, kişilere somut bir fiil isnadında bulunarak hakaret edilmiş olması hâlinde, isnadın doğruluğunun ispat edilebilmesi için iki seçenek koşuldan birinin gerçekleşmesi gerekir. Birinci seçenek koşul, isnadın doğruluğunun ispatında kamu yararı bulunmasıdır. Diğer seçenek koşul ise, şikâyetçinin yani kendisine hakaret edilenin ispata razı olmasıdır.

Yine Anayasamıza göre, isnadın doğruluğunun ispat edilmiş olması, **hakaret suçunun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır**. Bu nedenle, hakarete bulunan kişi hakkında **beraat kararı** verilmelidir.

Madde metnindeki düzenleme yapılırken, Anayasamızın bu konuda belirlediği kurallar da göz önünde bulundurulmuştur.

Madde metninde kabul edilen sisteme göre, isnadın doğruluğunun ispat edilebilmesi için, **isnadın bir suç vakiasına ilişkin olması gerekir**. Yani kişiye belli bir suç işlediğinden bahisle hakaret edilmiş olması gerekir. Ayrıca, hakaretin yapıldığı anda isnadın konusunu oluşturan suç dolayısıyla kişi hakkında henüz bir hüküm verilmemiş olmalıdır.

Bu sistemde, isnadın doğruluğunun ispatı, hakaret suçundan dolayı açılan davanın görüldüğü mahkemede yapılmamaktadır. Hakaret suçunun işlendiğinden bahisle açılan davanın görüldüğü mahkeme, yapılan somut vakia isnadının bir suç oluşturmaması durumunda, bu suçun gerçekten işlenmiş olup olmadığının ortaya çıkarılmasını **bekletici mesele kabul ederek, bu nedenle açılmış veya açılacak olan davanın sonucunu beklemelidir. İsnadın doğruluğunun ispatı, ancak isnat konusu suç vakiası dolayısıyla açılan ceza davası bağlamında ilgili mahkemede söz konusu edilebilir.**

İsnat konusu suç vakiası dolayısıyla açılan ceza davası sonucunda bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde; isnat ispatlanmış adedilir ve maddenin birinci fıkrası gereğince, hakarete bulunan kişiye ceza verilmez.

Ancak, hakarete uğrayan, isnat edilen fiil dolayısıyla hakkında açılan davada kesinleşmiş bir hükümlerle beraat etmişse, isnat ispat edilmemiş sayılır ve hakaret eden kişi cezalandırılır. Hakarete uğrayan kişi hakkında, isnat edilen fiil dolayısıyla takipsizlik kararı veya açılan davada düşme kararı verilmiş olması hâlinde de; isnadın doğruluğu ispat edilmemiş sayılacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre; kesin hükümlerle sonuçlanmış bir davayla işlendiği sabit görülen bir fiilden bahisle kişiye hakaret edilmiş olması hâlinde, cezaya hükmedilir. Böylece, daha önce işlediği bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş olan kişiye, bu suçtan bahisle hakaret edilmiş olmasının tasvip edilemez olduğu vurgulanmıştır.

Hakkında başlatılan soruşturma sonucunda takipsizlik kararı veya açılan davada düşme, veya beraat kararı verilmiş olan kişiye, soruşturma veya kovuşturma konusu fiilden bahisle hakaret edilmiş olması hâlinde, hakaret edenin cezalandırılacağına kuşku yoktur.” (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 536 vd.)

¹⁹ Yargıtay 18. CD. E. 2015/8836, K. 2015/13065, T. 8.12.2015. *Centel/Zafer/Çakmut*'un bu bağlamda yaptıkları açıklamalarda çelişki bulunmaktadır. İsnadın ispatının bir bekletici

Aynı durum **iftira** suçu bakımından da söz konusudur. İftira suçu dolayısıyla soruşturma ve kovuşturmaya devam edilebilmesi için, isnat edilen fiilin gerçekle bir ilgisinin olmadığı tespit edilmesi gerekir. Bunun için, ihbar veya şikâyetle ya da basın yoluyla kendisine suç isnadında bulunan kişi hakkında isnat konusu fiil dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılmalıdır. Bu soruşturma ve kovuşturma sürecinde isnatta bulunan kişi tanık olarak dinlenecektir. Bu tanıklık faaliyetinin icrası bağlamında isnatta bulunan, ispat hakkını kullanabilir. Bu itibarla, isnatta bulunan kişi hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturmanın, iftira suçunun görüldüğü dava bakımında **bekletici sorun** olarak kabul edilmesi gerekir.

İsnadın ispatı iki şekilde gündeme gelebilir. Birinci ihtimal olarak, isnat edilen fiil dolayısıyla isnatta bulunan kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmış olabilir. Bu durumda izlenecek yöntem konusunda sorun bulunmamaktadır. İsnatta bulunan hakkında başlatılan soruşturma veya kovuşturmanın, isnatta bulunan hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bekletilmesi gerekir. İsnatta bulunan, isnatta bulunduğu kişi hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturmada, **tanık** olarak dinlenecek ve elinde bulunan delillerin dosyaya konulması sağlanacaktır.

İkinci ihtimal olarak, bir başkasına isnatta bulunduğu için isnat eden hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmış olmakla birlikte, isnatta bulunanla ilgili olarak henüz soruşturma ve kovuşturma başlatılmamış olabilir. Bu durumda, **isnatta bulunan kişi şayet ispat hakkını kullanmak isterse**, isnatta bulunan kişi hakkında soruşturma başlatılabilmesi için, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunması gerekir. Bu suç duyurusu üzerine isnatta bulunan hakkında başlatılan soruşturma veya kovuşturmanın, isnatta bulunan hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bekletilmesi gerekir. Keza bu durumda da, isnatta bulunan, isnatta bulunduğu kişi hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturmada, **tanık** olarak dinlenecek ve elinde bulunan delillerin dosyaya konulması sağlanacaktır.²⁰

sorun yapılması yönünde açıklama yapan yazarlara göre, bu hak “hakaret suçu nedeniyle açılmış bulunan davaya bakan mahkemede kullanılmalıdır.” Centel / Zafer / Çakmut, s. 273, 274.

²⁰ Mülga 765 sayılı TCK, m. 481’deki düzenlemeye göre, isnadın ispatı, isnat edilen somut fiil sebebiyle hakaret suçunun mağduru “*hakkında kovuşturma icrasına başlanmış olduğu takdirde*” mümkündür. Başka bir ifadeyle, hakaret suçunun mağduru hakkında kendisine isnat edilen somut fiil sebebiyle soruşturma ve kovuşturma başlatılmamış ise, isnadın ispatı talebi dikkate alınmamaktadır.

İsnatta bulunan hakkında isnadın konusunu oluşturan fiille ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma nihai olarak sonuçlandırılmış ise, isnatta bulunan hakkında yapılan yargılama sürecinde artık ispat hakkı kullanılamaz.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, isnatta bulunanın ispat talebinde bulunmamasına rağmen, isnatta bulunan kendisine **iftira** edildiğinden bahisle suç duyurusunda bulunmuş ise, bu suç duyurusu üzerine yapılan soruşturma ve kovuşturmada isnadın doğru olup olmadığı araştırılacak ve maddi gerçek tespit edilecektir. İsnatta bulunan kişi, iftira suçundan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada **şüpheli** veya **sanık** sıfatını taşıyacaktır.

İsnadın ispatı bağlamında dayanılabilecek delillerin hukuka uygun yollarla elde edilmiş olması gerektiği, izahtan varestedir. Keza, isnadın ispatı hakkı, Cumhuriyet savcısının delil toplama yetkisi bakımından bir halel oluşturmaz.

İsnadın ispatlanmış sayılabilmesi için, kendisine suç isnat edilen kişi hakkında bu suç nedeniyle yapılan soruşturma ve kovuşturma neticesinde **mahkûmiyet** hükmü kurulmuş ve bu hükmün kesinleşmiş olması gerekir (Bkz. TCK, m. 127, f. 1, ikinci cümle).²¹ Bu durumda isnatta bulunan hakkında **beraat** kararı vermek gerekir.^{22,23}

Buna karşılık, kendisine isnatta bulunan, suç isnat edilen kişi hakkında bu isnat dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sonucunda **beraat** kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, isnatta bulunan hakkında hakaret suçundan değil, **iftira suçundan** dolayı **mahkûmiyet** hükmü kurmak gerekir.²⁴ Zira, bu isnat dolayısıyla isnatta bulunan, kendisine suç isnat edilen kişi

²¹ Erman s. 275.; Erman / Özek, s. 353; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Bası, Yetkin Yayınları, 2016, s. 327.

²² Bkz. TCK, m. 127 gerekçesi: TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 536 vd. Ayrıca bkz. Erman, s. 276.

²³ Mülga 765 sayılı TCK’nin düzenlemesine (m. 481, f. 7) göre, isnadın ispatı halinde hakaret suçundan dolayı açılmış olan “*dava ve ceza düşer*”. Buna karşılık, Türk Ceza Kanunu’na ilişkin Hükümet Tasarısında, bu durumda isnatta bulunanın **beraatine** hükmedileceği belirtilmişti (Bkz. m. 180 gerekçesi). Doktrinde bazı yazarlar, mülga 765 sayılı TCK’nin söz konusu düzenlemesinden esinlenerek, bu durumda *davanın düşmesine karar* verilmesi gerektiğini belirtmektedirler: Tezcan / Erdem / Önok, s. 671; Soyaslan, s. 330; Centel / Zafer / Çakmut, s. 274.

²⁴ Bkz. TCK, m. 127 gerekçesi: TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 536 vd.

hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması sağlanmış olmaktadır (Bkz. TCK, m. 167, f. 2, 3).

Keza, kendisine isnatta bulunulan, suç isnat edilen kişi hakkında bu isnat dolayısıyla soruşturma yapılmış ve bu soruşturma sonucunda **kovuşturmayaya yer olmadığı kararı** verilmiş ise, isnatta bulunan hakkında hakaret suçundan değil, **iftira suçundan** dolayı **mahkûmiyet** hükmü kurmak gerekir.²⁵

Kendisine isnatta bulunulan, suç isnat edilen kişi hakkında bu isnat dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılmış ve örneğin zamanaşımının dolması nedeniyle **düşme kararı** verilmiş ise, yapılan yargılama sonucunda **beraatine** hükmedilmiş ise, isnatta bulunan hakkında açılan davada hakaret veya iftira suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurulamaz, **düşme kararı** verilmesi gerekir. Zira, mûsnet suçtan dolayı isnatta bulunulan kişi hakkında yapılan yargılamada düşme kararının verildiği bir durumda isnadın ispat edilmiş olması kabul edilemez.²⁶

IV. Kişiye somut bir fiil isnadında bulunulmasının yanı sıra onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek şekilde saldırılarda bulunulmuş ise, isnadın ispatlanması, sadece bu isnatla bağlantılı olarak kullanılan ifadeler, bulunulan yakıştırmalar bakımından fiilin hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir ve ceza sorumluluğunu ortadan kaldırır. Kişinin maruz kaldığı onur, şeref ve saygınlığını rencide eden saldırıların kendisine isnat edilen fiille bağlantısı yoksa, isnadın ispatı bu saldırılar dolayısıyla ceza sorumluluğu üzerinde etkili olmaz. Ancak buna rağmen, isnat edilen somut fiil dolayısıyla ispat hakkının tanınması gerekir. Bu durumda, somut fiil isnadının ispat edilmiş olması, sadece hakaret suçunun ifade ettiği haksızlık muhtevası üzerinde etkili olur. Örneğin bir bakana rüşvet aldığı yönünde isnatta bulunulmasının yanı sıra, genel olarak rüşvetçi ve ahlaksız yakıştırmasında bulunulması halinde, bu isnat ispat edildiği takdirde, hukuka uygunluk sebebinden yararlanılacaktır. Buna karşılık, belirli bir iş veya işlem bağlamında rüşvet aldığı iddia edilen bakanın aynı zamanda özel hayatına, cinsel tercihlerine yönelik ithamlarda bulunulması halinde, isnadın ispatı, işlenen hakaret suçunun haksızlık

²⁵ TCK, m. 127 gerekçesinde de belirtildiği üzere, kendisine suç isnadında bulunulan “*kişi hakkında, isnat edilen fiil dolayısıyla takipsizlik kararı ... verilmiş olması hâlinde de; isnadın doğruluğu ispat edilmemiş sayılacaktır*” ve isnatta bulunan kişi hakkında cezaya hükmedilecektir.

²⁶ TCK, m. 127 gerekçesinde yer alan açıklama bu bağlamda sorunludur. Madde gerekçesindeki açıklamaya göre, suç isnat edilen kişi “*hakkında, isnat edilen fiil dolayısıyla ... açılan davada düşme kararı verilmiş olması hâlinde de; isnadın doğruluğu ispat edilmemiş sayılacaktır*.”

muhtevasını etkiler, ancak isnatta bulunanın beraat etmesini gerektirmez.

V. Haber verme hakkı ile isnadın ispatı arasında bir ilişki mevcuttur. Haber verme hakkı, sadece haber konusu yapılmasında kamu yararı bulunan, doğru ve güncel olan olaylar bakımından söz konusu olabilir. Kişiye somut isnatta bulunulması halinde, bu isnadın doğru olup olmadığı kamu bakımından henüz belirsizdir. Şayet isnat ispat edilirse, haber verme hakkının kullanıldığı ve dolayısıyla, fiilin hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir.²⁷

VI. Hakkında isnatta bulunulan kamu görevlisi ile ilgili olarak bu nedenle re’sen soruşturma ve kovuşturma yapılabilecek durumlarda bekletici mesele kararı vermenin sorun oluşturan bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, kamu görevlisine isnat edilen fiil dolayısıyla re’sen soruşturma yapılamayacak olan durumlarda, kamu görevlisi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasının izin veya karar alınmasına bağlı olduğu durumlarda, isnadın ispatı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

İsnat konusu fiille ilgili olarak kamu görevlisi hakkında soruşturma açılabilmesi izin veya karar şartına bağlı olabilir. Örneğin görevini kötüye kullandığı, ihaleye fesat karıştırdığı ileri sürülen bir belediye başkanı hakkında soruşturma izni verilmediği için soruşturma yapılamaz. Aynı durum, bakanlar bakımından da söz konusudur. Örneğin görevini kötüye kullandığı, ihaleye fesat karıştırdığı, zimmet suçunu işlediği, rüşvet aldığı ileri sürülen bir bakan hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından soruşturma açılmasına karar verilmediği takdirde yani dokunulmazlık dolayısıyla, soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır (Bkz. Anayasa, m. 106, f. 5 vd.).

Bu gibi durumlarda, kamu görevlisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı için, hakaret suçunun sanığı ispat talebinde bulunduğu takdirde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine dair açıklamaya ihtiyaç bulunmaktadır.²⁸ Bu

²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararında, haber verme hakkının kullanılması ile isnadın ispatı arasında ilişki kurulmadan ve keza, haber konusu isnatların doğru olup olmadığı açıklığa kavuşturulmadan, haber verme hakkının kullanıldığı kabul edilerek sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği yönünde içtihadta bulunulmuştur: Yargıtay CGK, E. 2006/4-162, K. 2006/181, T.11.7.2006.

²⁸ Bu bağlamda ortaya çıkan ilginç bir sorun, Yargıtay’ın 16.3.1949 tarihli ve E. 1948/24, K. 1949/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına konu teşkil eden olay bağlamında ortaya çıkmıştır. Bu olayda, Bakan olarak görev yapan bir kişiye suç teşkil eden somut fiil isnadında bulunulur. Bu isnat dolayısıyla isnatta bulunan hakkında hakaret suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açılır. İsnatta bulunan kişi, bu dava sürecinde, yargılamayı yapan mahkemeden Bakan olan şahsa isnat ettiği fiili ispat etme talebinde bulunur. Kendisine suç teşkil eden somut fiil isnadında bulunulan Bakan hakkında, dokunulmazlık hükümlerinden yararlandığı

gibi durumlarda hakaret suçuna ilişkin davada isnadın ispatı yolunun işletilmesi mümkündür. Ancak bunun için, isnatta bulunanın yanı sıra, isnatta bulunan kamu görevlisinin de (hakaret suçunun mağdurunun da) isnadın ispatını talep etmesi gerekir. Her ne kadar soruşturma izni veya kararı verilmediği için, dokunulmazlıktan yararlandığı için isnat konusu fiil dolayısıyla hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamayacak ise de, kamu görevlisi, kendisine isnat edilen fiilin ispatını hakaret suçunun görüldüğü davada “mağdur” sıfatıyla isteyebilir. Hakaret suçunun sanığının ispat talebinde bulunmasına rağmen, kendisine isnatta bulunan ve fakat isnat konusu fiil dolayısıyla hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamayan kamu görevlisi hakaret suçunun mağduru sıfatıyla bu ispat talebine rıza göstermediği takdirde, isnadın ispatı mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kamu görevlisine isnatta bulunan, hakaret suçuna ilişkin davanın sanığı hakkında, isnadın ispat talebinde bulunması dolayısıyla, cezaya hükmedilemez. Bu durumda, kanaatimizce hakaret suçuna ilişkin davada **düşme kararı** verilmesi gerekir. Bu durumda tazminat talebine ilişkin özel hukuk hükümlerinin işletilebileceği, izahtan varestedir.

in, bu fiil dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

Kendisine isnatta bulunan Bakan hakkında dokunulmazlık dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılamaması, isnatta bulunan ve hakkında hakaret suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açılan kişinin ispat hakkından yararlanmasına engel teşkil edip etmediği tartışma konusu olmuştur.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, bu gibi durumlarda, sorunun esasıyla ilgisi olmayan birtakım gerekçelerle, isnadın ispatı talebinin kabul edilmemesi gerektiği yönünde içtihadta bulunmuştur. Bu içtihadta göre, isnatta bulunan kişinin, ispat hakkından yararlandırılmadığı için, **hakaret** suçundan **mahkûm** edilmesi gerekmektedir.

Bu içtihadı birleştirme kararını etkisiz kılmak amacıyla, mülga 765 sayılı TCK, m. 481'de 1960 yılında yapılan değişiklikle, Kanuna,

“Hakikatı maddenin ispatı talebi, müşteki özel bir soruşturma veya yargılama usulüne tabi veya başka bir mercide yargılanması gereken bir kimse olsa dahi, hakaret davasına bakan mahkemece kabul ve tetkik olunur.”

hükümü eklenmişti. Bu hükümle, örneğin bir Bakana rüşvet aldığı, zimmetine para geçirdiği, ihaleye fesat karıştırdığı yönünde somut bir isnatta bulunulması halinde, Bakan hakkında TBMM tarafından soruşturma kararı verilmediği ve dokunulmazlık hükümlerinden yararlandığı için, soruşturma ve kovuşturma yapılamayacak ise de, Bakana hakaret iddiasıyla açılan ceza davasında, hakaret suçunun sanığının Bakanın müsnet suçu işlediğinin ispatına, Bakanın buna rıza göstermesini aramaksızın, imkân tanınmıştı. Bu düzelme ile, dokunulmazlık dolayısıyla hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamayan Bakana isnat edilen ve suç oluşturan fiilin Bakan tarafından işlenip işlenmediğinin, kendisinin ancak “mağdur” sıfatını taşıyabileceği bir davada tartışılmasının yolu açılmıştı. Kanaatimizce bu düzenleme, beraberinde önemli sorunları barındırmaktaydı.

Kendisine isnatta bulunan kişinin kamu görevlisi olması ve isnat edilen fiilden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması izin veya karar şartına bağlı olmasına rağmen, gerekli izin ve karar alınmadığı için hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamaması halinde, isnatta bulunan (hakaret suçunun sanığı konumundaki) ve isnatta bulunan (hakaret suçunun mağduru konumundaki) kişi arasında isnadın ispatı sürecini işletme konusunda bir mutabakat sağlanamaz ise, isnatta bulunan hakkında ne hakaret suçundan ne de iftira suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurulur. Bu durumda isnatta bulunan kişi hakkında **düşme kararı** verilmesi gerekir.

Ancak, kendisine suç isnadında bulunan kamu görevlisinin, gerekli izin veya karar alınmadığı için bu fiilden dolayı hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamaması halinde, isnatta bulunanın sanık olarak yargılandığı davada isnadın ispat edilmesini kendisi talep ettiği ve bu talebe binaen isnat ispat edildiği takdirde, isnatta bulunanın **beraatine** hükmetmek gerekecektir. Buna karşılık, isnatta bulunanın ispat talebine rağmen isnadın ispat edilemediği durumlarda, isnatta bulunanın **hakaret** suçundan dolayı **mahkûmiyetine** hükmetmek gerekecektir.

VII. İsnat edilen fiil dolayısıyla isnatta bulunan hakkında daha önce mahkûmiyet hükmü kurulmuş ise, artık isnat ispat edilmiştir ve ispat edilmiş “filinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi hâlinde,” isnatta bulunan hakkında hakaret suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurulması gerekir (TCK, m. 127, f. 2). İsnat edilen fiilin ispat edilmiş kabul edilebilmesi için, mahkûmiyet hükmünün kurulmuş olması yeterlidir, ayrıca bu hükmün kesinleşmiş olmasını aramamak gerekir.

SONUÇ

İsnadın ispatı, demokratik toplumlarda yönetimi elinde bulunduranlar, iktidardakiler ile muhalefet arasındaki çekişmelerde bulunan isnatlar bakımından büyük bir önem taşımaktadır. İsnadın ispatı yolunun işletilmesiyle kamunun doğru bir şekilde bilgilendirilmesi de sağlanmış olacaktır. İsnadın ispatı, özellikle isnatta bulunan kamu görevlileri ile ilgili olarak soruşturma izin veya kararının verilmemesi dolayısıyla isnatta bulunanın yalancı ve hatta iftiracı olarak itham edilmesinin önüne geçilmesini sağlar. Keza bu yolun işletilmemesi, isnatta bulunanın töhmet altında bırakılması, yönetenlerin haksız yere suçlanması sonucunu doğurabilir.

KAYNAKÇA

Artuk M E / Gökçen A / Alşahin M E / Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Bası, Adalet Yayınevi, 2022.

Centel N / Zafer H / Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I*, 5. Bası, Beta Basım Yayın, 2021.

Erman S, *Hakaret ve Sövme Suçları*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Yayınevi, 1989.

Erman S / Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, 1994.

Koca M / Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2020.

Özgenç İ / Sözüer A, “Basın Hürriyeti Kavramı, Basın Yoluyla İşlenen Suçlarda Sorumluluk Rejimi ile Cevap ve Düzeltme Hakkı Üzerine Düşünceler”, *Yeni Türkiye, Medya Özel Sayısı*, (11), 1996, s. 272-281.

Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Bası, Yetkin Yayınları, 2016.

Tezcan D / Erdem M R / Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.

T.C. *Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Yunus Emre Yılmazoğlu / İsmail Emrah Perdecioğlu (Derleyenler), 3. Bası, Anayasa Mahkemesi Yayınları 2021, s. 227.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**ÖLÇME, SEÇME VE YERLEŞTİRME MERKEZİ BAŞKANLIĞININ
EŞDEĞER SINAVA ÇAĞIRMA YETKİSİ ÜZERİNE
MÜLÂHAZALAR**

CONSIDERATIONS ON THE EQUIVALENT AUTHORITY OF THE
MEASUREMENT, SELECTION AND PLACEMENT CENTER

Ramazan ÇAĞLAYAN*   

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1256090](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1256090) 

6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun'un 9.maddesine, 2016 tarihli 6764 sayılı kânun ile bir hüküm eklenmiştir. Bu düzenleme idareye önemli bir yetki vermektedir. Düzenlemeye göre, sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı bulgulara rastlanması hâlinde adaylar eşdeğer sınava çağrılabilir. Çağrıya rağmen eşdeğer sınava katılmayan adayın sınavı geçersiz sayılabilecektir. Uygulamada, iki sınav arasındaki puan farkı, olağandışı bulgu olarak kabul edilmektedir. Böylece, sınava giren herkes, sınavın geçersiz sayılması tehdidi altına sokulmaktadır. Bu düzenlemenin ve uygulamanın, hukuk devleti ilkesi, hukuki güvenlik ilkesi ve idârî istikrar ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır. Bu çalışmada, düzenlemenin anayasaya aykırılığı üzerinde durulacaktır. Uygulamada çıkan sorunlar ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler: Kanundaki düzenleme, yabancı dil, sınav, eşdeğer sınav, sınavın geçersiz sayılması, anayasaya aykırılık sorunu.

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** caglayanhukuk@yahoo.com.
ORCID: 0000-0003-1658-3178 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1256090

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

ABSTRACT

A provision has been added to the 9th article of the Law No. 6114 on Measurement, Selection and Placement Center Services with the Law No. 6764 dated 2016. This regulation gives an important authority to the administration. According to the regulation, if unusual findings are found in the exam documents, electronic records or analyzes examined after the exams, candidates can be called for the equivalent exam. The exam of the candidate who does not attend the equivalent exam despite the call will be deemed invalid. In practice, the difference in scores between the two exams is considered an unusual finding. Thus, everyone who takes the exam is threatened with invalidation of the exam. It is clear that this regulation and practice is incompatible with the rule of law, the principle of legal security and the principle of administrative stability. This study will focus on the unconstitutionality of the regulation. Problems in the application will be discussed.

Keywords: Regulation in the law, Foreign language, exam, equivalent exam, invalidation of the exam, the question of unconstitutionality.

EXTENDED ABSTRACT

A provision has been added to the 9th article of the Law No. 6114 on Measurement, Selection and Placement Center Services with the Law No. 6764 dated 2016. This regulation gives an important authority to the administration. According to the regulation, if unusual indications are found in the exam documents, after the examination or analyzes of the electronic, candidates can be called for the equivalent exam. According to the law, it is sufficient to encounter an extraordinary indication for the candidate to be called for the equivalent exam. However, it is not clear what the extraordinary indication is. The administration may call the candidate for an equivalent exam, if there is a difference between the scores of the two exams. In this study, the regulation and application of the Law No. 6114 will be evaluated in terms of the rule of law, general principles of law and administrative law principles. Also, decisions and decisions of the administrative courts on action for annulment cases and the decisions of the Constitutional Court regarding the individual applications about this subject will be examined.

In the court decision discussed in our study, a person called for the equivalent exam has filed a lawsuit against this procedure in the administrative court. The administrative court dismissed the case. Therewith, the person filed an individual application to the Constitutional Court. The Constitutional Court decided that the right to education of the applicant was violated. “The authority to be called for the equivalent exam” in the law has been examined by the Constitutional Court in terms of the principle of rule of law, the principles of legal security, legal stability and administrative stability, which is one of the general principles in administrative law. It has been stated by the Constitutional Court that “the process of calling for an equivalent examination” is an

intervention of the right to education and enter the civil service which are regulated in the constitution. Besides, it is unconstitutional as it violates the principle of the rule of law regulated in the constitution.

The Constitutional Court finds legal regulations that violate the principle of legal security unlawful in its various decisions. The reflection of the principle of legal security in administrative law is the principle of administrative stability. According to the principle of administrative stability, the acquired rights of individuals should not be touched, and their legal status should not be made controversial. People should not worry that their legal gains will be taken away from them at any time. As can be seen in the sample decision, the exam that the person took 13 years ago is opened to discussion. This situation violates the principle of administrative stability. It is against the principle of the rule of law to invalidate the exam only on the ground that the scores are different, without revealing that the person has an unlawful attitude. The exam cannot be canceled if the person does not act illegally, such as cheating in the exam, putting someone else in his/her place in the exam, or obtaining the questions beforehand. The administration considers the exam as invalid just by citing the difference in scores of the two exams. Such a practice is contrary to the rule of law, the principle of legal stability, legal certainty and administrative stability. Calling for an equivalent exam and then invalidating the exam is also clearly unlawful in terms of the reason of the administrative act. However, as we discussed in the study, administrative courts decide without taking this matter into account and their justifications are not enough as the plaintiff's allegations are not sufficiently discussed.

As a result, the regulation in the law about calling the suspected person for to take an equivalent exam is unconstitutional. To eliminate this illegality, it is not possible to apply to the Constitutional Court for the annulment of the provision of the law because the application deadline has passed. The unconstitutionality can be corrected in two ways. The first way is that the legislature can step in and make legal changes. Secondly, in case of litigation in administrative courts due to the implementation of the law; administrative courts may refer the law to the constitutional court with the claim of unconstitutionality. Thus, the constitutional court can cancel the relevant provisions.

GİRİŞ

İlmî çalışmalarda yabancı dil bilmenin gerekliliği bilinen bir husustur. Ancak ülkemizde, resmî kurumlarda akademik çalışmaların yapılabilmesi ve akademik unvanlara sâhip olunması yabancı dil ön şartına bağlanmaktadır. Nitekim 2547 sayılı Yükseköğretim Kanûnu'nun 24. maddesine göre, doçentlik unvanının alınmasında, başvuru şartlarından birisi “Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenen merkezî bir yabancı dil sınavından *en az elli*

beş puan veya uluslararası geçerliliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen bir yabancı dil sınavından buna denk bir puan almış olmak gerekmektedir. Aynı şart Doçentlik Yönetmeliği'nde de tekrarlanmaktadır. Nitekim Yönetmeliği'nin 4. maddesinde doçentlik başvuru şartları arasında *“Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenen merkezî bir yabancı dil sınavından en az elli beş puan veya uluslararası geçerliliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen bir yabancı dil sınavından buna denk bir puan almış olmak”* sayılmaktadır.

Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 16. maddesinde doktora programına öğrenci kabulünde, *“Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen merkezî yabancı dil sınavları ile eşdeğerliği kabul edilen uluslararası yabancı dil sınavlarından en az 55 puan veya ÖSYM tarafından eşdeğerliği kabul edilen uluslararası yabancı dil sınavlarından bu puan muadili bir puan alınması zorunlu”* tutulmaktadır. Üstelik aynı maddede üniversite senatosuna söz konusu dil puanının yükseltilmesine karar verme yetkisi tanınmaktadır.

Yine Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda uygulanacak Merkezi Sınav İle Giriş Sınavlarına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 6.maddesinde, bu Yönetmelik kapsamındaki öğretim elemanı kadrolarına yapılacak atamalarda; Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen merkezî yabancı dil sınavından en az 50 puan veya eşdeğerliği kabul edilen bir sınavdan bu puan muadili bir puan almış olmak” şartı aranacaktır.

Öte yandan Üniversiteler, öğretim elemanı kadrolarına atanma şartları arasında belli bir yabancı dil puanının alınması şartı koymaktadırlar. Mesela Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Akademik Yükseltme ve Atanma Kriterleri Yönergesi'ne göre “doktor öğretim üyeliği” kadrosuna ve “doçentlik” kadrosuna atanabilmek için yabancı dil sınavından en az 65 puan almış olmak şartı aranmaktadır.

Görüldüğü üzere mevzuatta, akademik çalışmalarda önemli aşamalar olan doktora ve doçentlik gibi unvanların alınmasında yabancı dil sınavından belli bir puan almak ön şart olarak belirlenmektedir. Bu ön şartı taşımayanların, söz konusu unvanları alması mümkün değildir. Öte yandan akademik çalışmalar idare hukukunda “zincir işlemler” veya “aşamalı işlemler” şeklinde ifade edilen işlem türüne girmektedir. Bir zincirin halkaları gibi, birbiriyile bağlantılıdır. Meselâ geçerli bir yüksek lisans diplomasına sâhip olmayan kişi, doktora aşamasına geçemez. Geçerli bir doktora diploması olmayan da

doçentlik sınavlarına giremez. Bu işlem halkalarından biri olmadan bir sonraki aşamaya geçilemez. Hâkezâ önceki halka hukûka aykırı ise, sonraki halkalar da hukûka aykırı hâle gelir. Misal doktora aşamasına girmek için gerekli olan yabancı dil belgesinin gerçeği yansıtmadığı ortaya çıkarsa, doktora diploması da hukûken geçersiz hâle gelebilir. Bu nedenle her bir halkanın (aşamanın) hukûka uygun olarak gerçekleşmesi bir zorunluluktur.

Akademik çalışmalarda gerekli olan yabancı dil puanları ülkemizde, Yükseköğretim Kurulu (YÖK) ve Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) arasında imzalanan protokol çerçevesinde, “Yükseköğretim Kurumları Yabancı Dil Sınavı” (YÖKDİL) şeklinde ÖSYM tarafından gerçekleştirilmektedir.

6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun'un 9.maddesine 2016 tarihli 6764 sayılı kânun ile şu hüküm eklenmiştir: *“Sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı bulgulara rastlanması hâlinde adaylar, maliyeti Başkanlık tarafından karşılanmak üzere Yönetim Kurulu kararı ile eşdeğer sınava çağrılabilir. Adayın sınavının geçerli sayılıp sayılmayacağına eşdeğer sınav sonuçlarına bakılarak Yönetim Kurulu tarafından karar verilir. Çağrıya rağmen eşdeğer sınava katılmayan adayın sınavı geçersiz sayılır”*.

Bu hüküm uyarınca idâre (ÖSYM), bir kişinin yabancı dil sınavını geçersiz kılacaktır. Şayet bu geçersiz sayılan dil sınavı, doktora girişte alınan yabancı dil sınavı ise; doktora diploması da geçersiz hâle gelebilecektir. Doçentlik dil sınavı ise, alınan doçentlik unvanı ve buna dayanılarak yapılan doçentlik kadrosuna atama işlemi, hatta daha sonra alınan profesörlük unvanı ve ataması da geçersiz hâle gelebilecektir. Nitekim aşağıda üzerinde durulacak olayda olduğu gibi çok sayıda bu yönde uygulama da bulunmaktadır. 2009 yılında girilen bir yabancı dil sınavı için 2018 yılında inceleme başlatılıp, kişi eşdeğer sınava çağrılmakta, gelmemesi hâlinde ise yabancı dil puanı geçersiz sayılmaktadır. Buna dayanılarak akademik unvanlar ve kadrosu da elinden alınmaktadır. Bu işlemlere karşı davalar açılmaktadır. ÖSYM'nin “eşdeğer sınava” çağırma uygulaması sadece bu çalışmada ele aldığımız olaydan ibaret değildir. Çok sayıda kişiyle ilgili bu uygulamanın yapıldığı tarafımızca bilinmektedir.

Bu çalışmada, idarî yargı kararlarına ve Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuruya konu olmuş uyumsuzluktan yola çıkarak, 6114 sayılı kanûnun söz konusu düzenlemesi ve uygulamasının hukuk devleti ilkesi, hukukun genel

ilkeleri ve idâre hukuku ilkeleri açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. HUKÛKÎ OLAY VE AŞAMALARI

A. Hukûkî Olayın Ortaya Konulması ve İdârî Aşamalar

İdare Mahkemesi¹ ve Danıştay² kararı ile Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemesine³ konu olan hukûkî olayın aşamaları aşağıdaki gibidir.

1. (a) Dava konusu olayın öznesi olan kişi, doktora programlarına kabul edilmek için gerekli yabancı dil puanı şartını, 2005 yılında girdiği Üniversiteler Arası Kurul Yabancı Dil Sınavı'nda (ÜDS 2005 sonbahar dönemi) 70 puan olarak gerçekleştirmiştir. Diğer şartları da sağlayan, ilgili bir devlet üniversitesinde doktora programına kabul edilmiştir. Usûlüne uygun olarak doktora aşamasını tamamlamıştır.

(b) Ancak ilgili daha önce girdiği 2001 yılı ilkbahar dönemi ÜDS'den 31,25, 2001 yılı sonbahar dönemi ÜDS'den 41,25, Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından (KPDS 2003 sonbahar) 22,00, ÜDS 2004 sonbahar dönemi sınavından 26,25 puan almıştır.

2. İlgili, doktor unvanını aldıktan sonra, doktora yaptığı devlet üniversitesinde 2014 yılında öğretim görevlisi olarak göreve başlamıştır. İlgili aynı yıl başka bir devlet üniversitesinin kadrosuna geçmiş ve akabinde usûlüne uygun şekilde doçent unvanını almıştır. İlgili 2017 yılı itibarıyla bu üniversitede doçent kadrosunda öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır.

3. (a) İlgilinin doktora yaptığı devlet üniversitesi rektörlüğü, aralarında ilgilinin de bulunduğu 88 akademisyenin yabancı dil sınavlarının şüpheli olduğunu 24/2/2017 ve 5/9/2017 tarihli yazılarıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına (Başsavcılık) bildirmiştir⁴.

(b) Başsavcılık (Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçlar Soruşturma Bürosu) 10/11/2017 tarihinde konuya ilişkin soruşturma başlatmıştır. Soruşturma kapsamında, söz konusu listede adı bulunan kişilerin girdiği

¹ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/668, K.2018/1494, T.12.07.2018.

² Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

³ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No.2019/14060, T.03.11.2022, RG.11/1/2023-32070.

⁴ Söz konusu isim listesinin nasıl hazırlandığı, hangi ölçütlerin kullanıldığına ilişkin olarak mahkeme kararlarında bir açıklık bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi "Söz konusu isim listesinin nasıl hazırlandığına ilişkin olarak dosya kapsamında bir bilgi bulunmamaktadır" diyerek bu hususu vurgulamaktadır (AYM, Başvuru No: 2019/14060, s.8).

yabancı dil sınavları ve belgelerinin incelenerek, önceki sınavlarıyla karşılaştırılmasını, varsa tespit edilecek usûlsüzlüklere ilişkin bir rapor düzenlenmesi yönünde Öğrenci Seçme Yerleştirme Merkezine (ÖSYM) bir yazı gönderilmiştir.

4. (a) Savcılığın yazısı üzerine; ÖSYM Hukuk Müşavirliği ve ilgili komisyonlarca yapılan inceleme sonucunda; puanlarında olağandışı artış tespit edilen 21 (yirmi bir) kişinin sınav sonuçları şüpheli bulunmuş ve bunların "eşdeğer sınava çağırılması" gerektiği kanaati belirtilmiştir.

Dava konusu olaya konu olan kişi olarak da şu değerlendirme yapılmıştır⁵: "Adayın Geçmiş yabancı dil sınav sonuçları birçok açıdan değerlendirildiğinde, adayın 5 sınava girdiği ve bunlardan sadece 1 sınavda, sınavın genel ortalamasının üzerinde puan aldığı belirlenmiştir. Adayın en yüksek puanı 70.00 olup, bu puanı ikinci en yüksek puanı arasındaki farkın 25,75 olduğu, en yüksek puanın adayın kendi ortalamasından çıkarılmak suretiyle elde edilen arındırılmış ortalamadan farkının ise 25.813 olduğu belirlenmiştir. Aday sınav sonuçlarının kendi içerisinde ve kendi ortalamaları bakımından değerlendirilmesi, sınavın genel ortalaması, madde güçlüğü ve madde ayırtecdiliği (madde güçlüğü ve madde ayırtecdiliği bu adayın girmiş olduğu sınav dönemleri için mevcut değildir) incelenmesi neticesinde yapılan analiz ve değerlendirmeler ışığında, adayın en yüksek puanı hayatın olağan akışına uygun olmayan bir artış göstermesi nedeniyle...Kanun'un 9 maddesi (8) inci fıkrası hükümlerine göre eşdeğer sınava çağırılması gerektiği kanaatine varılmıştır".

(b) ÖSYM Yönetim Kurulunun 21/2/2018 tarihli toplantısında başvurusunun eşdeğer sınava çağırılmasına karar verilmiştir⁶. Bu karar üzerine ÖSYM Başkanlığı, 2/3/2018 tarihli yazısıyla ilgiliyi eşdeğer sınava çağırmıştır. Bu yazıda şöyle denilmektedir: "...ÖSYM İhbar Değerlendirme Komisyonu tarafından yapılan inceleme, araştırma ve analizler neticesinde, 2005 Üniversitelerarası Kurul Yabancı Dil Sınavı (ÜDS Sonbahar Dönemi) sonucunuz olağan dışı olarak değerlendirilmiş ve anılan mevzuat uyarınca, 21.02.2018 tarih ve 2018/08.03 sayılı ÖSYM Yönetim Kurulu Kararı ile eşdeğer sınava çağırılmanıza karar verilmiştir. Eşdeğer sınav için Elektronik Dil Sınavı (e-YDS) tercih edilmesi halinde sadece Ankara, İstanbul ve İzmir sınav merkezlerinden veya 2018-YDS (İlkbahar Dönemi) tercih edilmesi

⁵ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.10.

⁶ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.11.

halinde ise kılavuzda belirtilen sınav merkezlerinden uygun olanı seçilmelidir. Mevzuat gereğince sınav ücreti ödemediği katılımların sağlanacak olup sınav ve tarih seçiminizi tespit için tarafınıza gönderilen ekli formun doldurulması ve teslim aldığı tarihten itibaren en geç 5 gün içinde ÖSYM Başkanlığı Sınav Hizmetleri Dairesi Başkanlığına taahhütlü gönderilmesi gerekmektedir. Sınava katılım sağlamadığınız takdirde, 6114 sayılı Kanun'un 9. maddesi 8. fıkrasına göre olağan dışı olarak değerlendirilen sınavınız ve söz konusu sınav kapsamında elde ettiğiniz tüm haklar geçersiz sayılacaktır⁷.

(d) İlgili ÖSYM'nin ilgili yazısıyla gönderilen formda bildirilen sınavlardan 9/6/2018 tarihli 2018 e-YDS'ye girmek için tercih işlemlerini yapmıştır.

B. Yargılama Aşamaları

1. İlk Derece Mahkemesi Aşaması

a. **Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar:** ÖSYM Başkanlığı'nın 2/3/2018 tarihli "eşdeğer sınava çağırılma" tebliğ edilmesi üzerine ilgili, işlemin iptali istemiyle 19/3/2018 tarihinde dava açmıştır. Dava dilekçesinde özetle şu hususlar ifade edilmiştir⁸:

(a) "On üç yıl aradan sonra yabancı dil sınav bilgisinin ölçülmesi anlamlı değildir. Girdiği sınavda olağan dışı bir durum olduğu somut verilerle ortaya konulamamıştır".

(b) "Eşdeğer sınava çağırılmaya ilişkin mevzuat Fetullahçı Terör Örgütü/ Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) tarafından soruların sızdırılması veya cevapların bazı örgüt üyelerine verilmesi şeklindeki usûlsüzlüklerin ortaya çıkarılması için yapılmıştır. Anılan örgüt ile bir bağım bulunmamaktadır ve söz konusu sınavda da herhangi bir usûlsüzlük yapmadım".

(c) İlgili dava dilekçesinde, yürütmenin durdurulması talebinde bulunarak; "eşdeğer sınav için tanınan sürenin yeterli olmadığını, ÜDS ile eşdeğer olduğu belirtilen elektronik yabancı dil sınavının (e-YDS) nitelik itibarıyla farklı olduğunu ve sınavın zorlaştırıldığını" ileri sürmüştür.

b. **Cevap dilekçesinin özeti:** ÖSYM açılan davaya karşı verdiği cevap

dilekçesinde, başvurucuya ilişkin olarak daha önce İhbar Değerlendirme Komisyonunca hazırlanan "aday değerlendirme raporu"nda yer alan tespitleri tekrar etmekle yetinmiştir⁹.

c. **Yürütmeyi durdurma talebine ilişkin karar:** (a) Davanın görüldüğü Ankara 14. İdare Mahkemesi, 17/5/2018 tarihli kararıyla, davacının yürütmenin durdurulması yönündeki talebini reddetmiştir.

(b) Mahkemenin yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin karara karşı davacının yaptığı itiraz, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesince kabul edilmiş ve 7/6/2018 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir¹⁰:

"... Uyuşmazlıkta, dava konusu eşdeğer sınava çağırma kararına dayanak alınan sebebin davacı hakkında yapılan ihbar üzerine katıldığı sınav sonuçları ve davacının, bu sınavlardan aldığı notların tutarlılık göstermediği görülmekle, davalı idarece yukarıda yer verilen ihbar başvurusu ve sınavlardan alınan puanların kıyaslaması haricinde söz konusu dönem sınavının şaibeli bulunması ile ilgili başkaca bir bilgi ve somut gerekçe sunmadığı görülmektedir.

Bu durumda, her ne kadar 6114 sayılı Kanununun 9/8. maddesi, davalı idareye sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı bulgulara rastlanması hâlinde adayların, maliyeti Başkanlık tarafından karşılanmak üzere Yönetim Kurulu kararı ile eşdeğer sınava çağırabilmesine olanak tanıyor ve yetki veriyor ise de, anılan maddede tanınan yetkinin Anayasamızda belirlenen hukuk devleti ilkesine uygun olarak kullanılması gerektiğinin açık olduğu, bakılan uyuşmazlıkta davacının sınav sorularını önceden ele geçirdiği veyahutta kopya çektiği ya da sınavın tümü ile ilgili soruların önceden alındığı, toplu olarak kopya çekildiği vs. gibi herhangi bir durumun bu sınav bakımından mevcut olmamasına rağmen, sadece davacının daha önceden girdiği sınavlarda aldığı notlar kıyaslanarak davaya konu işlemin tesis edildiği, bu şekilde yapılan bir değerlendirme sonucunun 6114 sayılı Kanununun 9/8. maddesinde tanınan yetkinin kullanılmasının hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesini ihlal edeceği anlaşıldığından, uyuşmazlığa konu eşdeğer sınava çağırma işleminde hukûka

⁷ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.12.

⁸ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/668, K.2018/1494, T.12.07.2018; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.16.

⁹ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/668, K.2018/1494, T.12.07.2018; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.14.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.16.

uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır...”.

d. İptal kararı: İlk derece mahkemesi, 12/7/2018 tarihli kararıyla iptal davasını reddetmiştir. Kararın gerekçesinde özetle; kanûnun idareye böyle bir yetkiyi verdiği, eşdeğer sınava çağırma için, olağanüstü bulguların yeterli olduğu, sınavda kopya çekildiği veya sınav sorularının paylaşıldığı gibi hususların sübuta ermesinin gerekmediği, iki sınav arasındaki puan farkının olağandışı bulgu olarak değerlendirilmesinin hukûka uygun olduğu belirtilmektedir¹¹.

2. Temyiz Aşaması

a. Temyiz talebi. İdare mahkemesinin esastan davayı reddetmesi üzerine ilgili, temyiz başvurusunda bulunmuştur. İlgili temyiz dilekçesinde özetle; “Şüpheli bulunan son sınavından önce dil kursuna gittiğini ve özel dersler aldığını, sınavdan önceki aylarda akademik çalışmalarına da ara vererek sadece dil sınavına hazırlandığını, aldığı puanın geçer puan olan 65 puanın 5 puan üzerinde olduğunu, başarısız olduğu sınavlar ile başarılı olduğu sınav arasındaki puan farkının hayatın olağan akışına uygun olmadığı yönündeki iddianın bilimsel verilerden uzak, soyut bir iddiadan ibaret olduğunu” belirtmiştir¹².

b. Onama kararı. Söz konusu temyiz talebini inceleyen Danıştay, iddia ve savunmaları özetledikten sonra, ilk derece mahkemesinin kararın usûl ve hukûka uygun olduğu gerekçesiyle, temyiz talebini reddederek kararı oyçokluğuyla onamıştır¹³.

c. Muhâlefet şerhi. Çoğunluk kararına muhalif kalan üye karşı oy yazısında şu gerekçeleri ileri sürmektedir¹⁴: **(a)** Davacının, anılan sınavda kopya çekme yahut davacı yerine sınava başka birisinin girmesi yönünde davalı idarece somut herhangi bir tespit bulunmamaktadır. **(b)** Objektif bir değerlendirmenin yapılabilmesi için, şüpheli bulunan sınav ile önceki sınav arasındaki zaman diliminin de göz önünde bulundurulması gerekir. Zira bu zaman diliminde ilgili, kurs ve çalışmalarla puanını önemli düzeyde artırabilir. İlgili kursa gittiğini ve özel dersler aldığını söylediğine göre, iki sınav arasındaki yaklaşık 1 yıl 8 aylık zaman diliminde 26,25 puanın 70,00

¹¹ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/668, K.2018/1494, T.12.07.2018.

¹² Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

¹³ Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

¹⁴ Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

puana çıkarılmasının olağandışı kabul edilmesi hukûka ve hakkaniyete uygun değildir. **(c)** Bir sınavda alınan puanın kural dışı bir yolla alındığı iddiasının gerçekliğinin tespiti ölçüsü, sınavdan yıllar sonra yapılan yeni bir sınav olamaz. Bunun ancak sınav belgeleri üzerinde, elektronik kayıtlara ya da adli bir tespit bulunması gibi somut bir olguya dayandırılarak tespiti gerekir. **(d)** 6114 sayılı kanûnun 7 ve 9.maddelerine göre, sınavın güvenliğinden idare sorumludur. Davacının girdiği sınavda, sınav güvenliğinin ihlali sonucunu doğurabilecek somut ve nesnel bir bulguya rastlanmadığına göre, ilgilinin eşdeğer sınava çağırılma işleminin sorumluluğunun ilgiliye yükletilemez. **(e)** Davacının yüksek puan aldığı ÜDS’de üç ayrı alana özgü sorular yer alırken, ilgilinin girmesi istenilen e-YDS’nin bu tür bir sınav olmadığı görülmektedir. Bu iki sınav eşdeğer değildir.

C. Olaya İlişkin Yeni Aşamalar

1. Yabancı Dil Sınavının İptali

Danıştay’ın onama kararı üzerine ÖSYM, 17/8/2020 tarihli yazıyla ilgiliyi tekrar eşdeğer sınava çağırmıştır. İlgili 19/12/2020 tarihinde uygulanacak olan 2020 e-YDS 2020/13’ü, sınav yeri olarak Ankara’yı tercih etmiştir. Ancak 22/2/2021 tarihli dilekçesini idareye sunarak özel bir hastanenin 17/2/2021 tarihli raporu ile 17/2/2021-21/2/2021 tarihleri arasında kendisine istirahat verildiğini bildirmiştir. ÖSYM, sınava girmediği gerekçesiyle 25/5/2021 tarihli işlemi ile başvurusunun 2005 ÜDS sonucunu iptal etmiştir¹⁵.

2. Doktora Diplomasının İptali ve Üniversite İle İlişkin Kesilmesi

ÖSYM’nin 2005 ÜDS sonucunu iptali işlemine dayanılarak, 28/7/2021 tarihli Üniversite Yönetim Kurulu kararıyla başvurusunun doktora diploması iptal edilmiş ve buna dayanılarak da ilgilinin üniversite ile ilişkisinin kesilmesine karar verilmiştir¹⁶.

3. Yabancı Dil Sınavını İptali İşleminin Mahkemece İptal Edilmesi

İlgili be defa, ÖSYM’nin 2005 yılı sonbahar dönemi ÜDS’nin iptali işlemine karşı Ankara İdare Mahkemesi’nde iptal davası açmıştır. Mahkeme “başvurusunun sınava katılmamasının ardından idareye sağlık sorunları nedeniyle sınava katılmadığını bildirmesine karşın sınava katılmamasının hukuken geçerli sayılabilecek bir nedene dayanıp dayanmadığı noktasında

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s. 21.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.21.

inceleme yapılmaksızın sınav sonucunun geçersiz sayılması işleminde hukûka uygunluk bulunmadığı” gerekçeleriyle iptal kararı vermiştir¹⁷.

4. İlişik Kesme İşlemine Karşı Dava Açılması

İlgili, doktora diplomasının iptal edilmesi ve görev yaptığı üniversite ile ilişkisinin kesilmesi işlemine karşı Elâzığ 1. İdare Mahkemesi’nde iptal davası açmış ve yürütmenin durdurulması karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Mahkeme, yabancı dil sınavının geçersiz sayılması işleminin, Ankara İdare Mahkemesi’nce “iptal edilmiş olmasını göz önünde bulundurarak diploma iptalinin ve ilişik kesme işleminin hukûka açıkça aykırı olduğu gerekçesiyle” önce yürütmesinin durdurulmasına, akabinde de 31/12/2021 tarihinde de işlemin iptaline karar vermiştir. Dava hâlen istinaf aşamasındadır¹⁸.

D. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Aşaması

ÖSYM Başkanlığı’nın 2/3/2018 tarihli “eşdeğer sınava çağırılma” işlemine karşı açılan iptal davası, ilk derece mahkemesinin 12/7/2018 tarihli kararıyla reddedilmesi¹⁹ ve Danıştay tarafından onanması²⁰ ile birlikte iç hukuk yolları tüketilmiş olduğundan ilgili, bireysel başvuru usûlüyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi 3.11.2022 tarihli kararında, “Anayasa’nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının ihlal edildiğine” ve “kararın bir örneğinin eğitim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 14. İdare Mahkemesi’ne gönderilmesine” karar vermiştir²¹.

II. HUKÛKÎ DEĞERLENDİRMELER

Burada hukûkî değerlendirmeler yapacağımız hüküm, 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanûn’un 9/8. maddesine yer alan şu düzenlemedir: “Sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı bulgulara rastlanması hâlinde adaylar, maliyeti Başkanlık tarafından karşılanmak üzere Yönetim Kurulu kararı ile eşdeğer sınava çağırılabilir. Adayın sınavının geçerli sayılıp sayılmayacağına eşdeğer sınav sonuçlarına

bakılarak Yönetim Kurulu tarafından karar verilir. Çağrıya rağmen eşdeğer sınava katılmayan adayın sınavı geçersiz sayılır”.

1. Düzenleme Temel Hak ve Özgürlüklerle İlgilidir

a. Düzenleme, eğitim-öğretim hakkını ilgilendirmektedir: Eğitim ve öğretim hakkının düzenlendiği Anayasanın 42. maddesinde şu hükümler yer almaktadır. “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir”. Burada düzenlenen eğitim-öğretim hakkı, yükseköğretimi de kapsamaktadır²². Bu hak aynı zamanda, mevcut olan eğitim kurumlarına etkili bir biçimde erişimin sağlanmasını güvence altına almakta²³, kamu otoritelerine bireyin eğitim ve öğrenim almasını engellememe şeklinde bir negatif ödev yüklemektedir²⁴.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanûnu’nun 3. maddesine göre, yükseköğretim, en az dört yarıyılı kapsayan her kademedeki eğitim-öğretimin tümüdür. Lisansüstü öğretim, yüksek lisans ve doktora ile tıpta, diş hekimliğinde, eczacılıkta ve veteriner hekimlikte uzmanlık ve sanatta yeterlik eğitimidir. Yüksek lisans, bir lisans öğretimine dayalı, eğitim - öğretim ve araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir. Doktora, lisansa dayalı en az altı veya yüksek lisansa dayalı en az dört yarıyılık programı kapsayan ve orijinal bir araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’nin 16. maddesine göre, doktora programına girebilmek için yabancı dil sınavından em az 55 puan almak zorunludur. Yine 2547 sayılı kanûnun 24. maddesine ve Doçentlik Yönetmeliği’nin 4. maddesine göre doçent unvanının alınmasında, yabancı dil sınavından en az 55 puan almak başvuru şartıdır.

Bu durumda, kişinin doktora öğretimine başlarken aranan yabancı dil puanının geçersiz sayılması, buna bağlı olarak doktora öğretiminin, buna bağlı olarak da doçentlik unvanının geçersiz hâle gelmesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla idareye “eşdeğer sınava çağırılma” yetkisi veren 6114 sayılı Kanûnun 9. maddesindeki düzenleme, Anayasa’nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim-öğretim hakkı ile doğrudan ilgilidir.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.22.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.23.

¹⁹ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/668, K.2018/1494, T.12.07.2018.

²⁰ Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

²¹ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060.

²² Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2012/1334, T.17/9/2013, s.28; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2012/606, T.20/2/2014, s.36

²³ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2017/14700, T. 4/11/2020, s.68.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2014/20527, T.22/11/2017, s.44; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2012/782, T.26/6/2014, s.36.

b. Düzenleme, kamu hizmetine girme hakkını ilgilendirmektedir:

Kamu hizmeti, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak üzere topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinliklerdir²⁵. Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın Dördüncü Bölümü'nde "IV. Kamu hizmetlerine girme hakkı" üst başlığı altında 70. maddede kamu hizmetlerine girme hakkına yer verilmiştir. "Hizmete girme" başlıklı maddenin birinci fıkrasında "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sâhiptir." denilmek suretiyle²⁶, kamu hizmetine girmek bir temel hak olarak düzenlenmiştir²⁷. "Bu madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı, idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifâde etmektedir"²⁸.

Kamu hizmetine girme hakkı, aynı zamanda hizmette kalmayı (hizmete katılmayı), yani haksız yere hizmetten çıkarılmamayı da kapsamaktadır. Nitekim Medenî ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin -kamu hizmetlerine girme hakkını da içeren- 25. maddesini yorumlayan Genel Yorum'da (Genel Yorum No 25: Kamusal İşlere Katılım Hakkı ve Kamu Hizmetine Girme Hakkı (madde 25): 12/07/96. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7) "Genel anlamda eşit olarak kamu hizmetine girme hakkının güvence altına alınabilmesi için, kamu hizmetine girme, terfi, askıya alma ve işten çıkarılma kriterleri ve usüllerinin tarafsız ve makul olması gereklidir" denilmek suretiyle kamu hizmetlerine girme hakkının kamu hizmetlerinde bulunma/kalmayı da kapsadığı açıkça ifâde edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu hususu şöyle belirtmektedir: "Vatandaşların ülkelerinin kamusal işlerinin yürütülmesine katılma hakkı kapsamında bir siyasi hak olarak tanınmış olan kamu hizmetlerine girme hakkının kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılımı içermemesi düşünülemez. Bu hakkın niteliği (doğası) gereğidir. Kamu hizmetlerine girme hakkının sadece girişi kapsadığı, kalmayı kapsamadığı şeklinde yorumlanması anılan hakkı bir katılma hakkı olan siyasi hak olmaktan çıkarır. Zira sadece girişi güvence altına alan, kalmayı garanti altına almayan bir hakkın kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılmayı temin etmesi mümkün değildir. Katılma ise -en azından belli bir süre- devamlılığı, hâliyle de o statüde bulunmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 70. maddesiyle

²⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2017/180, K.2018/109, T.6/12/2018.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2021/104, K.2021/87, T.11.11.2021, s. 41.

²⁷ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2016/12847, T.21/10/2021, p.61, p.75; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2018/34124, T.20/5/2021, p.34; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2018/21949, T.20/5/2021.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2002/132, K.2003/48, T.04.06.2003.

*güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkının, ...kamu hizmetinde bulunmayı da kapsadığı sonucuna varılmıştır..."*²⁹.

Yükseköğretim kurumlarındaki kamu görevliliğine atanabilmek için yabancı dil puanı aranmaktadır. Nitekim 2547 sayılı Kanûnun 33.maddesi ve Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav İle Giriş Sınavlarına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 6.maddesi uyarınca, araştırma görevliliği kadrosuna atanabilmek için yabancı dil sınavından en az 50 puan almak gerekmektedir. 2547 sayılı Kanûnun 23.maddesine göre, doktor öğretim üyeliği kadrosuna atanabilmek için doktor unvanına sâhip olmak, doktora giriş için ise Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 16. maddesine göre, doktora programına girebilmek için yabancı dil sınavından en az 55 puan almak zorunludur. Kanûnun 24. maddesine göre doçent kadrosuna atanmak için doçent unvanına sâhip olmak, doçent unvanı alabilmek için de Doçentlik Yönetmeliği'nin 4.maddesine göre yabancı dil sınavından en az 55 puan almak gerekiyor. Kanûnun 26. maddesine göre de profesörlük kadrosuna atanmak için, doçent unvanını aldıktan sonra en az beş yıl süreyle, açık bulunan profesörlük kadrosu ile ilgili bilim alanında çalışmış olmak gerekmektedir. Öte yandan Üniversiteler, öğretim elemanı kadrolarına atanma şartları arasında belli bir yabancı dil puanının alınması şartı koymaktadırlar. Mesela Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Akademik Yükseltme ve Atanma Kriterleri Yönergesi'ne göre "doktor öğretim üyeliği" kadrosuna ve "doçentlik" kadrosuna atanabilmek için yabancı dil sınavından en az 65 puan almış olmak şartı aranmaktadır.

Görüldüğü üzere söz konu kadrolarına atanabilmek için, mevzuatta öngörüldüğü şekilde yabancı dil puanına sâhip olmak gerekmektedir. Şayet belli aşamadaki yabancı dil puanı geçersiz sayılırsa, buna bağlı olarak kamu görevliliği statüsü de sona erecektir. Dolayısıyla idareye "eşdeğer sınava çağırılma" yetkisi veren 6114 sayılı Kanûnun 9. maddesindeki düzenleme, Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme (kamu hizmeti görme) hakkı ile doğrudan ilgilidir.

Eşdeğer sınava çağırılma işlemi hem eğitim-öğretim hakkı hem de kamu hizmetine girme hakkı ile ilgili olduğundan mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere "kişi özgürlüğü

²⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2021/104, K.2021/87, T.11.11.2021, s.48; Anayasa Mahkemesi, E.2020/97, K.202/62, T.01.06.2022.

ve güvenliği hakkını sınırlamaya yönelik bir kanûnî düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir³⁰. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanûnun bu niteliklere sâhip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanûnî düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur³¹.

2. Düzenleme Anayasaya Aykırıdır

Anayasanın 2. maddesinde devletin nitelikleri arasında sayılan “hukuk devleti” ilkesi, “devlet ve diğer tüm kamu mercilerinin hukuk kurallarına bağlı olarak hareket ettiği, kişilerin kendilerini hukûkî güvenlik içinde hissettikleri sistem”³², “yönetilenler yanında, yönetenlerin de hukuk kuralları içinde kalarak hareket ettiği”³³ düzen demektir.

“Hukûkî güvenlik”, “belirlilik” ve “kanûnîlik” ilkeleri, hukuk devletinin alt ilkelerindedir. Hatta Anayasa Mahkemesine göre “*hukûkî güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır*”³⁴. Hukuk kurallarının geçmişe yürümemesi, kazanılmış haklara dokunulmaması, hukuk kurallarının öngörülebilir olması, kişilerin devlete güven duyması, kişilerin hukûkî durumlarının her an değişeceği endişesi içinde olmaması, hukûkî güvenlik ilkesinin içeriğini oluşturmaktadır³⁵.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2021/84, K.2022/117, T.13.10.2022, s.12.

³¹ Anayasa Mahkemesi, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, s.153-154; Anayasa Mahkemesi, E.2021/84, K.2022/117, T.13.10.2022, s.13.

³² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, , 2017, s.126; Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı*, Gazi Kitabevi, 2014, s. 349; Melikşah Yasin, *İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.6.

³³ Danıştay 11. Dairesi, E.1995/1838, K.1995/1861, T.01.06.1995: “...*Hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine yalnız yönetilenlerin değil yönetimin de uymasını gerektirecek kurallar bütünüdür...*”.

³⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2013/39, K.2013/65, T.22/5/2013.

³⁵ Atay, s. 349; Çağlayan, s. 440.

(a) **Hukûkî güvenlik ilkesi**³⁶: Hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden birisi “hukûkî güvenlik” ilkesidir. Anayasa Mahkemesi bu hususu bir kararında şöyle ifade etmektedir: “*Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “hukuk güvenliği” ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk devletinde kanun metinlerinin ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir*”³⁷. “Hukuk devleti, devletin bütün faaliyetlerine hukukun egemen olduğu devlettir. Bu tür devlette de ‘hukuk güvenliği’ni sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. Böyle bir düzende ‘devlete güven’ ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devlete güven, hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar”³⁸. Kısaca hukûkî güvenlik, kişilerin hukûkî durumlarının süreceğine olan güvenlerinin korunması demektir³⁹. Zîra hukûkun temel amacı, toplumda adâlet, istikrar ve güveni tesis etmektir⁴⁰.

Buna göre ve Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği gibi, hukuk devletinin unsurlarından olan “hukuki güvenlik” ilkesi gereği devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olması gerekmekte olup, takdir yetkisini zorlayan ve keyfiliğe yol açacak kurallara yer vermemelidir. “Belirlilik” ilkesinin gereği ise, maddi hukuk ve usûl kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta ve kişilerin haklı beklentilerini bariz şekilde berteraf etmeyecek düzenlemeler yapılmasını gerektirir. Aksi takdirde, verilen yetkilerin sınırlan belirsiz olup takdir keyfiliğe dönüşmesine neden olur ve yasanın verdiği ucu açık yetki kullanımıyla tesis edilen işlemlerin hukuki denetimi de yasa engeli sebebiyle gereği gibi yapılamaz...”⁴¹.

³⁶ Hukûkî güvenlik ilkesinin gelişimi için bkz. Mehpere Çaptuğ, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(17), 2021, s. 133-160.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, E.2012/157, K.2013/79, T.18.06.2013; Anayasa Mahkemesi, E.2013/39, K.2013/65, T.22/5/2013; Anayasa Mahkemesi, E.1989/11, K1989/48, T.12.12.1989.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, E.1989/11, K1989/48, T.12.12.1989.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2008/50, K.2010/84, T.24.06.2010: “...*Hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden birisini de hukuk güvenliği oluşturmada ve bu ilke ile hukûkî güvenliğin sağlanması amaçlanmaktadır...*”

⁴⁰ Danıştay 11. Dairesi, E.2005/2927, K.2006/1625, T.04.04.2006.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, E.2015/94, K.2016/27, T.14.10.2015.

(b) Belirlilik ilkesi: Hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden birisi “belirlilik” ilkesidir. “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdâhale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar⁴². “Belirlilik” ilkesine göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir⁴³. “Belirlilik” ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır⁴⁴.

(c) Kanûnîlik ilkesi: Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Kanunla düzenleme kuralının varlığı denetlenirken, Anayasanın 2.maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle birlikte ele alınmalıdır. Yani kanûnî düzenleme, hukuk devletinin alt ilkeleri olan hukûkî güvenlik ve belirlilik ilkelerine uygunsuzsa, anayasaya uygun bir kanûnî düzenleme var demektir. “Kanûnîlik denetiminde kuralların keyfi bir şekilde uygulanmasını önleyecek güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının da dikkate alınması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle kurallar, sınırlama getirirken keyfiliğe yer vermeyecek şekilde gerekli güvenceler oluşturarak

uygulanmaya elverişli olmalıdır⁴⁵.

“Anayasa’nın 13. ve 70. maddeleri uyarınca kamu hizmetlerinde kalma hakkını sınırlamaya yönelik kanûnî bir düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir. Esasen temel hakları sınırlayan kanûnun bu niteliklere sâhip olması, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanûnî düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar Dolayısıyla Anayasa’nın 13. ve 70. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanûnîlik, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır⁴⁶.

Yukarıda aktarıldığı üzere somut olayda 2005 yılında yapılan sınavda alınan puan, 2017 yılında, yaklaşık 12 yıl sonra tartışılır hâle gelmektedir. Bu uygulamanın başkaca örnekleri de bulunmaktadır. Geçmişe doğru süre sınırı bulunmamaktadır. 10, 20, hatta 50 yıl önceki sınav sonuçları da sorgulanabilecektir. “olağan dışı bulgu” gibi muğlak, açık ve net olmayan ifadelerle idâreye geniş bir takdir yetkisi veren bu düzenlemeyle kişilerin diplomaları (eğitim-öğretim hakları) ve memuriyetleri sona erdirilebilmektedir. Bu uygulamanın hukuk devleti ve onun alt ilkeleri olan “hukûkî güvenlik” ve “belirlilik” ilkelerine aykırı olduğu açıktır. Bu itibarla 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun’un 9/8.maddesi hükmü, Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine (hukûkî istikrar ve belirlilik ilkeleri) aykırıdır. Mahkemeler, Anayasanın 152. maddesi uyarınca, 6114 sayılı kanûnun 9/8. madde hükmünü Anayasa Mahkemesine götürmeleri gerektiğini düşünüyoruz.

⁴² Anayasa Mahkemesi, E.2015/94, K.2016/27, T.14.10.2015; Anayasa Mahkemesi, E.2013/67, K.2013/164, T. 26.12.2013.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, E.2012/157, K.2013/79, T.18.06.2013.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2009/9, K.2011/103, T.16/6/2011.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2018/75, K.2021/61, T.22.09.2021, s.82.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2020/98, K.2022/62, T.01.06.2022, p.31,32; Anayasa Mahkemesi, E.2015/41, K.2017/98, T. 4/5/2017, s. 153,154.

3. Düzenleme İdârî İstikrar İlkesine Aykırıdır

İdârî istikrar ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan hukûkî güvenlik ilkesinin idare hukukundaki yansımasıdır⁴⁷. İdârî istikrar ilkesi⁴⁸ (prensibi⁴⁹) içtihat ve öğreti ile geliştirilmiş ve hukukun genel ilkeleri içinde kabul edilmektedir⁵⁰. Bu ilke “kazanılmış hak”, “haklı beklenti”, “müesses durum”, “belirlilik” ve “öngörülebilirlik” gibi hukûkî güvenliğe ilişkin ilkelerle birlikte ele alınmaktadır⁵¹.

İdârî istikrar ilkesi, “birey lehine tesis edilmiş işlemlerin sübjektif neticelerini koruyarak hukûkî güvenliği temin eden ve idârî işlemlerin sürekli tartışılabilir konumda olmasını engelleyerek idârî düzeni sağlayan bir ilke”dir⁵². “İdârî istikrar ilkesi, kişilerin hukuksal ilişkiler kurarken tabi olacakları hukuk kurallarına dayanılarak kazanılan haklarının korunacağı güvencesinin, kişilere verilmesi”⁵³. Bu anlamda, idare alanında “hukûkî güvenliğinin sağlanması”, “idârî işlemlere keyfi bir surette son verilememesi” idârî istikrar ilkesinin içeriğini oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle idârî istikrar ilkesi, hukuku sahasında, hukûka uygun surette ortaya çıkmış durumların devam ettirilmesi, idare tarafından sağlanan kişisel kazanımların devamlılığının sağlanması, kişisel neticelerin idarece keyfi şekilde değiştirilememesi, mevcut idârî işleyişin hukûka uygunluk üzerinde, düzenli, belirli ve öngörülebilir şekilde devamının sağlanmasıdır⁵⁴.

Danıştay, idârî istikrar ilkesinin, “vatandaşların idarenin işlemlerine ve eylemlerine karşı kendilerini hukûkî güvenlik içerisinde hissetmeleri, ayrıca

⁴⁷ Zuhâl Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları, 1996, s.122; Ali Ak-yıldız, *Hukuk Devleti Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay*, Anıttepe Yayıncılık, 2009, s.273; Murat Ekinci, *İdari İstikrar İlkesi*, Adalet Yayınevi, 2021, s.19.

⁴⁸ Danıştay 8. Dairesi, E.1999/2720, K.2000/8365 T. 19.12.2000; Danıştay 10. Dairesi, E.2003/4745, K.2005/259, T. 18.05.2005; Danıştay 11. Dairesi, E.2008/5396, K.2010/9432, T. 25.11.2010; Danıştay 15. Dairesi, E.2017/278, K.2018/376, T. 24.01.2018.

⁴⁹ Melikşah Yasin, “Örf ve Adte Kuralları ile İdârî Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2012, 15(2), s.40 ; Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970, s. 120.

⁵⁰ Yücel Öğürlü, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 190.

⁵¹ Ekinci, s.33.

⁵² Ekinci, s.35.

⁵³ Danıştay 15. Dairesi, E.2017/278, K.2018/376, T.24.01.2018

⁵⁴ Harun Yılmaz, “Danıştay Kararları Işığında İdari İstikrar İlkesinin İdari Yargılama Hukukuna Önemli Yansımaları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(17), 2021 - s. 523-546, s.526.

idarenin düzgün işlemlerini sağlayarak düzenli idare ilkesinin gerçekleşmesi şeklinde iki temel anlamda ele alınması gereken bir ilke” olduğunu söylemektedir⁵⁵.

Danıştay’a göre “dava açma süresi içinde iptali istenmeyen sakat idârî işlemin geçerliliği, sürekli geçerliliğe dönüşür ve idârî istikrar ilkesi gereği ilgili, idarî işlemin doğuracağı sonuca katlanmak zorunda kalır”⁵⁶. Yine “idare hukuku ilkelerine göre, idarî işlemler tesis edildikleri andan itibaren yürürlük kuvvetini ve doğruluk karinesini hâizdirler. Bu ilkenin tabii sonucu olarak da idarî işlemlerde devamlılık ve istikrar esastır...”⁵⁷.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi’nin 1994 tarihli bir kararında idârî istikrar ilkesi ile ilgili olarak şu açıklamalar yapılmaktadır: “İdari istikrar prensibi, hukuk devletinin doğumuyla birlikte idare hukukunun ana kuralları içerisinde yer almıştır. Kişilerin hukuk kurallarına uyma zorunluluğu derecesinde devletin de aynı kurallara uyma zorunluluğunun doğal bir sonucu olarak kişi yararı ile kamu yararı arasındaki denge; kişinin ve toplumun devlete olan güven hissini zedelenmemesi, hak ve adalet duygusunun geliştirilmesi, kazanılmış hak ve durumların korunması, idarenin işlemi her an geri alabileceği korku ve tehdidinden masun tutulması ilkelerine uyumla sağlanabileceğinden şartları tahakkuk ettiği müddetçe istikrar prensibi uygulamada ve bilim alanında tercihi gereken hukûkî norm gücünü kazanmıştır”⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında şöyle denilmektedir: “Belli bir kuralın benzer olaylarda ve değişik zamanlarda değişik biçimde uygulanması idârî işlemlerde istikrarı, idarenin ciddiyetini bozar, ilgililerin idareye karşı güvenlerini sarsar”⁵⁹.

Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 2013 tarihli bir tavsiye kararında da şu ifâdelere yer verilmektedir: “İdari istikrar, en genel anlamda, idarenin yarattığı ve bir süredir devam eden öznel hukûkî durumların devamlılığını, idarenin bu tür durumları keyfi biçimde değiştirememesini ifâde eder”⁶⁰.

⁵⁵ Danıştay 10. Dairesi, E.2016/12535, K.2017/3845, T. 03.10.2017

⁵⁶ Danıştay 11. Dairesi, E.2008/5396, K.2010/9432, T.25.11.2010

⁵⁷ Danıştay 3. Dairesi, E.1981/83, K.1981/100, T.28.05.1981.

⁵⁸ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, E.1994/548, K.1994/1621, T.26.10.1994, AYİMD, Sayı.9, s.237.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, E.1976/51, K.1977/16, T.10.03.1977.

⁶⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No.2013/265, K.2013/104, T.23.12.8.2013, Ekinci, s. 25.

Görüldüğü üzere, “idârî istikrar ilkesi”, hukuk devleti ve hukûkî güvenlik ilkesinin idare hukuku alanındaki uzantısıdır. Bu ilkeye göre idâre, kişi lehine kazanımlar doğuran işlemleri, keyfi ve sınırsız bir zaman dilimi içinde geri alamaz. Aksi durum, kişisel kazanımları tehdit eden “*müphemiyet ve kararsızlık*” doğurur ki, “*idare hukuku sahasında da tatbik yeri bulan istikrar esası ile telif edilemez*”⁶¹. Yargıtay’ın ifâdesiyle idârî işlemlerin “*her zaman geriye yürür şekilde ortadan kaldırılabilmeleri, istikrarı ve toplum güven hissini sarsar, kamu düzenini bozar*”⁶². Buna mukâbil, kişi lehine sonuç doğuran işlem, ilgilinin “*gerçek dışı beyanı veya hilesi*” ile tesis edilmiş ise, bu işlemin geri alınması idârî istikrar ilkesine aykırılık oluşturmaz⁶³. İdarî istikrar ilkesi, idarenin faaliyette bulunurken (işlem ve eylem yaparken) öngörülebilirlik ilkesine uygun davranmasını, idarenin uyguladığı kuralların herkesçe bilinebilir ve açık olmasını gerektirmektedir⁶⁴. Bu ilke sayesinde kişiler, hukûkî durumlarının her an değişebileceği endişesinden masun olurlar⁶⁵.

Hukuk devletinin bir alt unsuru olan “hukûkî istikrar” ilkesinin idare hukukundaki yansıması olan ve kişilerin, hukûkî durumlarının her an değişeceği endişesi içinde olmamalarını ifâde eden “idârî istikrar ilkesi” gereğince, ilgilinin yanıltıcı beyanı veya hilesi olmadıkça, belli bir süre (dava açma süresi) geçtikten sonra hukûka aykırı işlemin dahi doğurduğu bazı kişisel sonuçların korunmasını gerektirmektedir⁶⁶. Nasıl ki, hukûka aykırı işleme karşı dava açma süresinde dava açılmadığında, o işlem hukûka uygun kabul ediliyor ve doğurduğu sonuçlara katlanılmak gerektiği kabul ediliyorsa, belli bir süre geçince hukûka aykırı işlemin doğurduğu kişisel sonuçların da korunması ve geri alınmaması gerekir. Bu husus 1950’li yıllardan buyana içtihatla kabul edilmiştir⁶⁷.

Danıştay bu hususu, “*yasaya aykırı olan bir işlemin bile üzerinden belli bir süre geçtikten sonra yarattığı hukûkî sonuçların korunması,*

⁶¹ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E.1952/15, K.1952/244, T.26.09.1952, RG.26.111952-8267.

⁶² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E.1972/6, K.1973/2, T.27.01.1973.

⁶³ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E.1966/4, K.1971/36, T.02.10.1971, DD.6-7, s. 154.

⁶⁴ Emre Can, *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 119.

⁶⁵ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, 2022, s. 440.

⁶⁶ Ramazan Çağlayan, “İdarî İşlemin Geri Alınması Üzerine”, *AÜEHFD*, 4(1-2), 2000, s. 57.

⁶⁷ Bkz. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E.1952/15, K.1952/244, T.26.09.1952, RG.26.111952-8267;

idarede istikrar prensibinin bir gereğidir” şeklinde ifâde etmektedir⁶⁸. Keza Danıştay’ın 1988 tarihli bir kararında konuyu şu şekilde açıklamaktadır: “... *Hukûka aykırı bir işlemin kazanılmış hak doğurabileceğini söylemek pek kolay olmamakla beraber, sakat bir işlemin de bundan yararlananlar lehine bir hak doğurabileceği ve subjektif sonuçlar meydana getireceği açıktır... idarenin bazı hukûka aykırı işlemlerinin, hukûka uygun olmasalar bile ilgili lehine yarattığı hukûkî durumların belli bir süreden sonra değiştirilmesi idarenin istikrarı ilkesine aykırı düşer. Bu işlemler hukûka aykırı olsalar bile yargısal başvuru süresi geçirildikten sonra hukûkî sonuçlarının korunması gerekir...*”⁶⁹.

6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun’un 9/8.maddesinde “*yapılan analizlerde olağandışı bulgulara rastlanması*” şeklinde, muğlak ve idareye çok geniş bir takdir yetkisi verilerek, üstelik geçmişe doğru herhangi bir süre sınırlaması olmadan, kişilerin haklarının elinden alınmasına imkân vermektedir. Somut olayda olduğu üzere, kişinin sınavda hukûka aykırı bir tutumunun (kopya çekmek, yerine başkasını sınava sokmak, soruları önceden elde etmek gibi) olduğuna ilişkin herhangi bir delil ortaya konulmadan, sadece önceki sınav ile sonraki sınav arasındaki puan farkına dayanılarak sınav geçersiz sayılmaktadır. Bu durumun, hukuk devleti ilkesine, hukûkî güvenlik ilkesine, idare hukuku alanındaki yansıması olan idârî istikrar ilkesine aykırı olduğu ortadadır.

3. Böyle Bir Düzenlemeye Gerek Bulunmamaktadır

6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun’un 9/8.maddesinde yer alan düzenlemeye gerek olup olmadığının da tartışılması gerekmektedir. Madde hükmüne göre sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı

⁶⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1985/10, OĞURLU, Kazanılmış Haklar, s.192; Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E.72/6, K.73/2, T.27.1.1973, RG.4.4.1973-14497; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E.68/8, K.73/17, T.22.12.1973, RG.14.6.1973-14915.

⁶⁹ Danıştay Birinci Dairesi, E.1988/336, K.1988/355, DD.74-75, s.74; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E.87/1,2,4, K.87/2, T.6.7.1987, RG.19.3.1988-19559: “...*Her ne kadar yanlış idârî işlemlerden dolayı kişi yararına hak veya korunması gereken yerleşmiş (müesses) bir durum doğmuş ise idârî işlemlerin ancak iptal davası süresi içinde geri alınabileceği; bu sürenin geçmiş olması halinde idare için de işlemin kesinleşmiş olacağı yabancı ve yerli doktrin ve içtihatlarda kabul edilmekte ise de, bu kural iyi niyetli kişiler için geçerli olup, yokluk ve mutlak butlan halleri ile kişinin gerçek dışı beyan ve hilesinin yanlış işlem tesisine neden olduğu hallerde idare, yanlış işlemini böyle bir süre şartına bağlı olmaksızın geriye doğru yürür şekilde geri alabilir...*”.

bulgulara rastlanması hâlinde ilgili, eşdeğer sınava çağrılabilir. Çağrıya rağmen eşdeğer sınava katılmayan adayın sınavı geçersiz sayılır. Sınavın geçersiz sayılması daha önce daha önce verilen puanın “geri alınması” demektir. Mevcut bir idârî işlemin, bazı şartların varlığı halinde geri alınması, öteden beri kabul edilmektedir. Bunun için özel bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır.

İdarî işlemin geri alınması, mevcut bir işlemin yeni bir işlemle, işlemin yapıldığı tarihten itibaren (ex tunc) ortadan kaldırılması, hukuk âleminde çıkarılması⁷⁰. Başka bir ifade ile işlemin yapıldığı tarihten itibaren geçersiz kılınması, yapıldığı tarih ile geri alındığı tarih arasında meydana getirdiği hukûkî durumların da geçersiz hâle getirilmesinin sağlanmasıdır⁷¹. İdarî işlemin geri alınmasında, kural olarak “yetki ve usûlde paralellik ilkesi” geçerli olup, bir idârî işlem hangi makam ve hangi usûlle yapılmış ise, mevzuatta aksine bir düzenleme yoksa yine aynı makam ve aynı usûlle geri alınabilir⁷².

Geri alınabilecek işlemlerin belirlenmesinde, işlemin hukûka uygun olup olmamasına ve kişisel hak doğurucu olup olmamasına göre bir sonuca varılmaktadır. Hukûka uygun birel (bireysel) işlemlerin geri alınmasında, hak doğurup doğurmasına göre bir ayırım yapılmaktadır.

Hukûka uygun hak doğuran birel işlemler hiçbir zaman geri alınamazlar⁷³. Geri alma asıl olarak, hukûka aykırı işlemler için söz konusudur. Bu yüzden geri alma, “sakat bir idârî kararın, idarenin alacağı başka bir karar ile hükümsüz hâle getirilmesi”⁷⁴ olarak tanımlandığı görülmektedir⁷⁵. İdare, hukûka aykırı işlemini hangi süre içinde geri alabilir? İdare, hukûka aykırı işlemini geri almada keyfi olmayıp, ancak dava açma süresi içinde geri

⁷⁰ Turgut Tan, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1970, s.5; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 3.Bası, İmaj Yayınevi, 1998, s.134.

⁷¹ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBF Yayını, 1965, s.171.

⁷² Çağlayan, *İdare Hukuku*, s.438-439.

⁷³ Tan, s. 49.

⁷⁴ Günday, s.134; Danıştay Sekizinci Dairesi., E.1993/2193, K.1993/4343, T.22.12.1993, DD.90, s.879: “...İdari işlemlerin hukûka aykırı bulunmaları halinde geri alınmaları mümkündür...”

⁷⁵ Danıştay 8. Dairesi 1991 tarihli bir kararında “idare işlemini her zaman geri alabilir” ifâdelerini kullanarak, hukûka uygun ya da aykırı işlem farkı gözetmediği gibi bir anlam çıkıyorsa da, olaydan bunun hukûka aykırı işlemler için geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Danıştay Sekizinci., E.1989/501, K.1991/380, T.4.3.1991, DD.82-83, s. 692.

alma yetkisine sâhiptir. Bu durum “hukûkî istikrar ve güven ilkesi” ile idârî istikrar ilkesinin bir sonucudur⁷⁶. Bunun istisnası, yokluk, açık hata ve kişinin yanıltıcı beyanı veya hilesi ile oluşan işlemlerdir. Özellikle kişinin yanıltıcı beyanı veya hilesi ile elde edilen işlemlerin geri alınmasında herhangi bir süre şartı bulunmamaktadır. İdare bu tür işlemleri her zaman geri alabilir⁷⁷. Bu husus yargı içtihatlarıyla da kabul edilmiştir⁷⁸. Mesela fakülteye kayıt için yeterli puanı alamadığı halde, sahte belge ile almış gözüküp kayıt yaptırmak⁷⁹, sahte askerlik tecil belgesi ile fakülteye kayıt yaptırmak⁸⁰, bedelli askerlikten yararlanmak için yurt dışında ikamet edip çalışmadığı halde, çalışmış gibi gösteren belgeler düzenlemek⁸¹ hile olarak nitelendirilmiş ve işlemin her zaman geri alınabileceği belirtilmiştir.

6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun’un 9/8.maddesi hükmü bakımından değerlendirecek olursak şunları ifade edebiliriz. Şayet ilgilinin sınavda kopya çekmek, yerine başkasını sınavda sokmak, soruları önceden elde etmek gibi hukuk dışı bir davranışının olduğu tespit edilirse, idare o sınavı her zaman geçersiz sayabilir. Bunun için 6114 sayılı Kanun’un 9/8.maddesindeki gibi bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Kişinin böyle bir hukuk dışı tutumu tespit edilememişse, sadece iki sınav arasındaki puan farkına bakıp hayatın olağan akışına aykırı

⁷⁶ Tan, s.116; Çağlayan, *İdare Hukuku*, s.440; Lütfi Duran, “Danıştay’ın 1979 yılı kararları üzerine kısa mülâhazalar”, AİD, 1980, 13(2), s. 67.

⁷⁷ Tan, s.74; Çağlayan, *İdare Hukuku*, s.441-444; Turgut Tan, “Danıştay’ımızın iki içtihadı birleştirme kararı üzerine”, AİD, 5(4), s.47; Celal Erkut, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İHİD*, (1-3), 1988, s.84; Lütfi Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1964, s.11.

⁷⁸ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E.72/6, K.73/2, T.27.1.1973, RG.4.4.1973-14497; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E.1968/8, K.1973/17, T.22.12.1973, RG.14.6.1973-14915; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E.1987/1,2,4, K.1987/2, T.6.7.1987, RG.19.3.1987-19759: “...Yokluk ve mutlak butlan haller ile kişinin gerçek dışı beyan ve hilesinin yanlış işlem tesisine neden olduğu hallerde, idare yanlış işlemini böyle bir süre şartına bağlı kalmaksızın geriye doğru yürütür şekilde geri alabilir...”; Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1979/3251, K.1981/564, T.2.2.1981, DD.44-45, s.415; Danıştay Altıncı Dairesi, E.1991/749, K.1991/2306, T.6.11.1991, DD.84-85, s.416; Danıştay Onuncu Dairesi, E.1988/2571, K.1991/922, K.13.3.1991, DD.82-83, s. 957.

⁷⁹ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu E.1987/1,2,4, K.1987/2, T.6.7.1987, RG.19.3.1988-19759.

⁸⁰ Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1996/2031, K.1997/2226, T.23.6.1997, DD.95, s.521: “...Hile veya yanıltma yolu ile idarenin tesis etmiş olduğu bu tür işlemler ilgililer için kazanılmış hak teşkil etmeyeceğinden, öğrenim süresi içinde her zaman geri alınabilir...”

⁸¹ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 2.D., E.93/1050, K.95/254, T.5.4.1995, AYİMD.10, s. 573.

denilerek sınavın geçersiz sayılması hukuk devleti, hukûkî güven ve idârî istikrar ilkeleriyle bağdaşmaz.

4. İdarenin Uygulaması Hukûka Uygun Değildir

2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanûnu'nun 2/1. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: “1. İdarî dava türleri şunlardır: a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukûka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları”. Bu hüküm, hem idârî işlemin unsurlarının neler olduğunu hem de yargı yerlerince hukûka uygunluk denetiminin bu unsurlara bakılarak yapılacağını ortaya koymaktadır. Bir idârî işlemin hukûka uygun olabilmesi için, bu unsurların tamamının hukûka uygun olması gerekmektedir. Yukarıya aktardığımız olay bakımından özellikle idârî işlemin “*sebep*” unsurunun hukûka uygunluğunun tartışılması gerekmektedir.

“Sebep (*motif*)”, idârî işlemin yapılmasını gerektiren, idareyi işlem yapmaya zorlayan, idareyi bu yönde harekete geçiren maddî vakıalar ya da hukûkî durumlardır⁸². İdare hukukunda, sebepsiz idârî işlem olamaz⁸³. İdarenin tüm işlemleri, idârî faaliyetlerin nihai amacı olan kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir sebebe dayanmak zorundadır⁸⁴. Sebepsiz yapılan işlem, keyfî yapılan işlem demek olup, işlem sebep unsuru bakımından hukûka aykırıdır⁸⁵. Kanun sebebi açıkça ve dolaylı olarak belirtebilir. Kanunda öngörülen sebep gerçekleşmemiş ise işlem hukûka aykırıdır. Kanunda sebep konusunda hiç düzenleme bulunmaması halinde dahi⁸⁶, idârî işlemin sebepsiz olamayacağı, mutlaka bir sebebe dayanması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁷. Şu halde idare, yaptığı işlemi mutlaka hukûka ve gerçeğe

⁸² A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku, C.2-İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitapevi, 199, s.472; Tan, s.844; Günday, s.152; İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 2002 s.376; René Chapus, *Droit Administratif Général, C.1*, 14. Baskı, Paris 2000, s.1017; Oliver Gohin, *Contentieux Administratif*, 2. Baskı, 1999, s. 298.

⁸³ Özay, *Günışığında*, s. 376; Yazar, idârî işlemlerin sebepsiz olamayacağı kuralını “*bayram değil, seyran değil eniştem beni niye öptü*” deyişinin en iyi şekilde açıkladığını belirtmektedir (s.376, dpn:566).

⁸⁴ Günday, s.138; Gözübüyük/Tan, C.II, s.472; Özay, *Günışığında*, s. 376.

⁸⁵ Danıştay 7. Dairesi, E.2007/695, K.2007/4612, T.08.11.2007, DD.118, s. 252; Danıştay 8. Dairesi, E.2008/7089, K.2008/7331, T.11.11.2008.

⁸⁶ Onar, C.I, s.298.

⁸⁷ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022, s.545; Onar, C.I, s.298; Özay, *Günışığında*, s.376; Günday, s.156; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, 2009, s.481.

uygun bir sebebe dayandırmak zorundadır. Dava açıldığında, yargı yeri İYUK'un 20. maddesi gereğince, idareden işlemin sebebini sorar⁸⁸. İdare herhangi bir sebep gösterememiş ise yahut gösterdiği sebep, gerçeğe, hukûka uygun değilse işlem hukûka aykırı demektir. Keza idarenin sebep olarak belirttiği durumun, işlemi yapmaya yetecek güçte ve kuvvette olması yanında, sebebini nitelendirmesinde de hata yapılmamış olması gerekir⁸⁹.

6114 sayılı Kanun'un 9/8. maddesine “*sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı bulgulara rastlanması hâlinde*”, ilgilinin eşdeğer sınava çağrılabilmesi ve gelmezse sınavının geçersiz sayılacağı belirtilmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken husus “*olağandışı bulgu*” kavramıdır. Sözlükte “olağan” kelimesi “sık sık olan, olagelen, doğal, tabii, olmadık karşıtı, alışılmış olan, normal” anlamlarına; “olağan dışı” kelimesi ise “sıra dışı” anlamlarına gelmektedir⁹⁰. Bu durumda ÖSYM'nin yaptığı bir sınavda “olağan” ve “olağandışı” durumun ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Somut olayda idare, kişinin daha önce girdiği ve yeterli puanı alamadığı sınavlar ile son girdiği ve yeterli puan aldığı sınavları karşılaştırarak bir sonuca ulaşmaktadır. İlgili 2001 yılı ÜDS'den 31,25, 41,25, 2003 yılı KPDS'den 22,00, 2004 ÜDS'den 26,25 puan almışken; 2005 yılı ÜDS'den 70 puan almıştır. İdare, 2004 yılında 26,25 puan alan bir kişinin 2005 yılında 70 puan almış olmasını “olağandışı” olarak nitelendirmektedir. Bu durum gerçekten olağandışı bir bulgu olarak nitelendirilebilir mi?

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. İdarî Dava Dairesi, yürütmenin durdurulması kararı verirken şöyle demektedir: Kanundaki düzenleme yapılan incelemede olağandışı bulgulara rastlanması durumunda eşdeğer sınava çağırma konusunda idareye takdir yetkisi verilmekte ise de; “*maddede tanınan yetkinin Anayasamızda belirlenen hukuk devleti ilkesine uygun olarak kullanılması gerektiği*” vurgulanmaktadır. Akabinde de “*davacının*

⁸⁸ Danıştay 5. Dairesi, E.1988/3400, K.1991/178, T.12.02.1991, DD.82-83, s. 384; Danıştay 5. Dairesi, E.1982/2585, K.1983/1074, T.15.02.1983, DD.52-53, s. 217.

⁸⁹ Onar, C.I, s. 295; Özay, *Günışığında*, s. 396; Tan, s. 850; Gözübüyük/Tan, C.II, s. 485; Chapus, C.I, s. 1020; Danıştay 10. Dairesi, E.1995/6497, K.1997/3777, T.15.10.1997, DD.95, s. 599; Danıştay 5.Dairesi, E.1987/1931, K.1989/640, T.13.14.1989; Danıştay 5. Dairesi, E.1982/445, K.1982/6190, T.18.05.1982

⁹⁰ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

sınav sorularını önceden ele geçirdiği veyahutta kopya çektiği ya da sınavın tümü ile ilgili soruların önceden alındığı, toplu olarak kopya çekildiği vs. gibi herhangi bir durumun bu sınav bakımından mevcut olmaması” tespiti sonucunda işlemin hukûka aykırı olduğu sonucuna varmaktadır. Bu kararda mahkeme, sadece iki sınav arasındaki puan farkının tek başına “olağandışı” bulgu sayılamayacağına hükmetmiştir⁹¹.

Davayı esastan gören ilk derece mahkemesi kararında “*eşdeğer sınava çağırma için, olağanüstü bulguların yeterli olduğu, sınavda kopya çekildiği veya sınav sorularının paylaşıldığı gibi hususların sübuta ermesinin gerekmediği*” belirtildikten sonra, idarenin sınavlar arasındaki puan farkının olağandışı değerlendirmesi doğru bulunarak davanın reddi yönünde karar verilmiştir⁹². Danıştay da bu kararı onayarak⁹³, mahkemenin “olağan dışı” nitelmesini kabul etmiştir.

İlgili temyiz dilekçesinde; “*şüpheli bulunan son sınavından önce dil kursuna gittiğini ve özel dersler aldığı, sınavdan önceki aylarda akademik çalışmalarına da ara vererek sadece dil sınavına hazırlandığını*” ifade ettikten sonra, başarısız olduğu sınavlar ile başarılı olduğu sınav arasındaki puan farkının hayatın olağan akışına uygun olmadığı yönündeki iddianın bilimsel verilerden uzak, soyut bir iddiadan ibaret olduğunu ileri sürmektedir⁹⁴. Kısaca, iki sınav arasındaki farkın, “olağan dışı” bulgu olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir.

Danıştay’ın onama kararına muhâlefet şerhi yazan üye ise, ilgilinin sınavda hukuk dışı bir davranışı (kopya çekme, soruları önceden temin etme vs.) yoksa iki sınav arasındaki zaman diliminde ilgili çalışarak yüksek bir puan alabileceğini, bu yüzden tek başına iki sınav arasındaki puan farkının “olağan dışı” olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Devamında, bir sınavda alınan puanın kural dışı bir yolla alındığı iddiasının gerçekliğini tespiti ölçüsünün, sınavdan yıllar sonra yapılan yeni bir sınavın olamayacağı, bunun ancak sınav belgeleri üzerinde, elektronik kayıtlara ya da adli bir tespit bulunması gibi somut bir olguya dayandırılarak tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹⁵.

⁹¹ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2019/14060, s.16.

⁹² Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/668, K.2018/1494, T.12.07.2018.

⁹³ Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

⁹⁴ Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

⁹⁵ Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

Kanaatimizce de iki sınav arasındaki puan farkı tek başına “olağan dışı” bulgu olarak kabul edilemez. Bir sınavda, özellikle çoktan seçmeli (test) sınavında alınan puan birçok iç ve dış etkilere bağlıdır. Sınav sırasında kişinin ruhî ve bedenî durumu sınavı doğrudan etkilemektedir. Mesela sınav esmasında kişinin fiziki bir rahatsızlığının olması, aşırı stres altında olması gibi durumlar sınavın sonucunu doğrudan etkileyecektir. Öte yandan, kişinin sınav öncesinde yoğun bir çalışma yapması durumunda yüksek puanlar alabileceğine ilişkin çok sayıda örnek bulunmaktadır. Yine soruların, kişinin daha iyi bildiği konulardan çıkma ihtimali de göz ardı edilemeyecek bir etkidir. Bütün bu etkiler göz önüne alındığında, bir kişinin önceki sınavdan çok yüksek bir puan alması hayatın olağan akışına aykırı bir durum değildir. Kısaca iki sınav arasındaki puan farkı tek başına “olağan dışı” bulgu olarak nitelendirilemez. İki sınav arasındaki puan farkının, tek başına olağan dışı bulgu olarak nitelendirilmesi, hukuk devleti, hukûkî güvenlik ve idârî istikrar ilkeleri ile bağdaşmaz. Bu açıdan idarenin “eşdeğer sınava çağırma” işlemi, sebep unsuru bakımından hukûka aykırıdır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Mürsel Eren-Türkiye* davasında, iki sınav arasındaki puan farkının tek başına sınavın geçersiz sayılması için yeterli olmayacağına karar vermiştir. Karara konu olan olayda; üniversiteye giriş sınavında, iki sınav arasındaki puan farkına dayanılarak sınav geçersiz sayılmıştır. AİHM ise, “*başvuranın kopya çektiğine dair bir kanıt veya bu hususta aleyhine açık bir suçlama olmadığı, başvuranın uygunsuz davranışta bulunduğu kanıtlanamamış olması, sınavın geçersiz sayılmasının yasal ve makul bir temele dayanmadığı, dolayısıyla Sözleşmenin 1 Nolu Protoklünde yer alan eğitim hakkının ihlal edildiği*” sonucuna ulaşmıştır⁹⁶.

5. Kararların Gerekçeli Olması Kuralına Pek Uyulmamıştır

Anayasa’nın 141. maddesinde “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” hükmü yer almaktadır. Hükümde mahkemeler ve kararlar bakımından herhangi bir istisnaya yer verilmemektedir. Bütün mahkemelerin (ilk derece, istinaf, temyiz mahkemeleri) verdiği her türlü karar (ara kararı, esasa ilişkin karar vs.) gerekçeli olmalıdır. İdarî yargı bakımından 2577 sayılı Kanûnun 24. maddesinde kararlarda bulunacak husular arasında

⁹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mürsel Eren/Türkiye davası, 7.2.2006, n° 60856/00. Kararla ilgili değerlendirme için bkz. Ahmet Ziya Çalışkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğretim Hakkı”, *EÜHFD*, 11(3-4), 2007, s. 295-314.

“gerekçe” de sayılmaktadır. Yargı kararlarının gerekçeli olması, âdil yargılanma hakkının da bir gereğidir⁹⁷. Âdil yargılanma hakkı, gerekçeli karar hakkını da içermekte olup, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel güvencelerinden birisidir⁹⁸. Dolayısıyla kararların gerekçeli olması anayasadan ve kanundan doğan bir zorunluluk olup, kararlarda tatmin edici bir gerekçenin bulunmaması kesin hukûka aykırılık hâlini oluşturur⁹⁹.

Sözlükte gerekçe, “mahkeme kararlarının dayandığı kanûnî ve hukûkî sebepler”¹⁰⁰ olarak ifâde edilmektedir. Hukuk biliminde ise hâkimin hükmünü dayandırdığı nedenler anlamına gelir¹⁰¹. Başka bir ifâdeyle yargı kararlarında meselenin, sonuçta gösterilen şekilde çözümlenmesinin nedenini ve niçinini gösteren kısım gerekçedir ve hüküm vermenin bir uzantısıdır¹⁰². Gerekçe, kararın kanûnî dayanağının gösterilmesi değildir. Gerekçe, “bir kararın (veya tasarrufun) ittihazına sevk eden sebeplerin (olaylar, iddialar, ihtimaller muvacehesinde) teker teker gösterilmesi, tartışılması, hukuk düzeninin verileri karşısında, hukuk tekniği ve hukuk mantığı ile kararın yarattığı hukûkî durumun (veya ihtiva ettiği hukûkî emrin) hukûkî isabet ve sıhhatinin ispatıdır”¹⁰³. Tarafların ileri sürdüğü iddiaların ayrıntılı şekilde değerlendirilmesi, hükmün dayandığı maddî ve hukûkî sebeplerin açıklanmasıdır¹⁰⁴. Böylece taraflar, davanın

tarafları, davayı hangi maddî ve hukûkî sebeplerden ötürü kaybettiklerini veya kazandıklarını öğrenme ve tatmin olma şansına sâhip olurlar¹⁰⁵. AİHM, bir yargılamada hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda korunabilmesi için davaya bakan mahkemelerin tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir biçimde inceleme görevi olduğunu belirtmektedir¹⁰⁶.

Gerekçe de tarafların ileri sürdüğü her husus değil, taraflar arasında çekişmeli olan vâkıların aydınlatılmasına yarayacak delillerinde değerlendirilmesi, davanın sonucu ile doğrudan etkileyen iddiaların cevaplandırılması ve bu bunlar ile hüküm (sonuç) arasındaki zorunlu mantıki bağın gösterilmiş olması yeterlidir¹⁰⁷. Nitekim AİHM¹⁰⁸ ve Anayasa Mahkemesi¹⁰⁹ de de konuyu böyle ele almaktadır. Danıştay da mahkemeyi, hükme götüren maddî ve hukûkî nedenler hakkında herhangi bir açıklama yapılmamasını, gerekçe gösterilmemesi olarak değerlendirmektedir¹¹⁰. Mahkeme kararlarının gerekçesiz olması, hiç gerekçe yazılmaması yanında, yazılmış olan gerekçelerin yetersiz olması, kalıplaşmış ifâdelerin kullanılmasını (*sözde/görünürde gerekçe*) da kapsamaktadır¹¹¹.

Anayasa Mahkemesine göre, gerekçeli karar hakkının ihlal edilip edilmediği yargılamanın bütününe bakılarak tespit edilir. Yargılama aşamalarından birinde gerçekleşen gerekçe eksikliğinin sonraki aşamalarda

⁹⁷ Ender Ethem Atay, “Yargı Kararlarının Gerekçelenirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulama Alanı”, Danıştay Dergisi, (147), 2018, s. 21.

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2018/27686, T.17/11/2021, p.77; Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2013/7800, T.18/6/2014, p.31: “Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini topluma öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir”.

⁹⁹ Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayınevi, 2016, s.186.

¹⁰⁰ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

¹⁰¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 2006, s. 238.

¹⁰² Erdal Yerdelen, *Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi*, Adalet Yayınevi, 2015, s.5.

¹⁰³ Mukbil Özyörük, *Tercüman Gazetesi*, 07 Aralık 1979.

¹⁰⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2003/720, K.2003/776, T.03.12.2003: “Uyuşmazlıkların çözümünde yargıya düşen en önemli görevlerden birisi de açık ve net çözümler bulmak, anlaşılabilir tutarlı kararlarla kamu düzen ve barışının sağlanmasına hizmet etmek olmalıdır. Hükmün açık ve net olması gereği hüküm sonucu ile sınırlı olmayıp, iddiaların tek tek ele alındığı, cevaplandırıldığı hukûka ve yasaya aykırı bulunma ya da bulunmama nedenlerinin açıklandığı, yasal dayanakların gösterildiği, anlamaya ve denetime elverişli gerekçenin varlığına da gerektirir. Zira taraflar ancak gerekçe sayesinde hükmün hangi maddî ve hukûkî sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi Yargıtay denetimi de ancak kararın gerek-

çe içermesi halinde, mümkün olacaktır. İşte bu nedenledir ki, kararın gerekçesinde hangi maddî vakıanın hangi hukûkî sebeple davacıyı haklı gösterdiğinin açıklanması halinde ancak, HUMK’un 388’inci maddesine uygun bir kararın varlığından söz edilebilecektir. Gerek Anayasamız, gerek 1086 Sayılı HMUK ile getirilen ve yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerin nihai amacı budur”.

¹⁰⁵ Mehmet Akif Tutumlu, *Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar*, Seçkin Yayınevi, 2007, s.67.

¹⁰⁶ AİHM, *Dulaurans/Fransa*, Başvuru No: 34553/97, 21/3/2000, p.33; AİHM, *Kuznetsov/Rusya*, B. No: 184/02, 11/4/2007, s. 84-85.

¹⁰⁷ Tutumlu, s.67, 70.

¹⁰⁸ *Ruiz Torija v. Spain* -18390/91, Judgment 9.12.1994, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22002-10600%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22002-10600%22]): “Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, âdil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak, ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde cevap verilmesi şeklinde anlaşılabilir. Bu yüzden, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvuruçunun ayrı ve açık bir cevap verilmesini gerektiren usûl veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlâline neden olacaktır”.

¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, Başvuru no: 2012/1269, Karar T. 08.05.2014.

¹¹⁰ Danıştay, 7. Dairesi, E.1998/1345, K.1999/2900, T.25.11.1999.

¹¹¹ Mustafa Alp, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsal’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.426.

telafi edilmesi hâlinde gerekçeli karar verilmiş demektir¹¹². Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği, davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile cevap verilmesi gerekir¹¹³.

Bu çalışmanın konusu olan olayda idare, sadece iki sınav arasındaki puan farkını “olağan dışı bulgu” olarak nitelendirerek ilgiliyi eşdeğer sınava çağırmakta, gelmediği için de sınavı geçersiz saymaktadır. Mahkeme kararında ise davanın reddine karar verirken, dava konusu olayı ve konuya ilişkin mevzuat hükümlerini aktardıktan sonra gerekçe olarak yaklaşık altı satırdan oluşan şu ifâdelere yer verilmektedir¹¹⁴:

“Eşdeğer sınava çağırma için olağanüstü bulguların tespit edilmesinin yeterli olduğu, sınavda kopya çekildiği veya sınav sorularının paylaşıldığı gibi hususların sübuta ermesinin gerekmediği”.

“Olayda; davacının 2001-2005 yılları arasında katıldığı yabancı dil sınavlarına ilişkin sonuçların değerlendirilmesi neticesi; 70 puan aldığı ÜDS 2005 Sonbahar sınav sonucunun önceki sınav sonuçları ile karşılaştırıldığında olağandışı olarak değerlendirildiği görülmektedir”.

“Bu durumda, davacının 2005 yılında katıldığı Üniversitelerarası Kurul Yabancı dil Sınavı (Sonbahar Dönemi) sonucunun olağandışı olarak değerlendirilmesi neticesinde eşdeğer sınava çağırılmasına ilişkin...Yönetim Kurulu Kararında hukûka aykırılık bulunmamaktadır”.

Danıştay ise temyiz incelemesi sonucunda tarafların iddia ve savunmalarını özetledikten sonra sadece “*temyizen incelenen karar usûl ve hukûka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir*” şeklinde bir gerekçeye yer vermektedir¹¹⁵.

Kararlarda yer alan gerekçelerle ilgili olarak şunları söylemek mümkün:

-Kanunda “sınavlardan sonra incelenen sınav belgelerinde, elektronik kayıtlarda veya yapılan analizlerde olağandışı bulgulara rastlanması”

¹¹² Anayasa Mahkemesi, E.2022/89, K.2022/129, T.26.10.2022.

¹¹³ Anayasa Mahkemesi Başvuru no: 2016/12847, T.21/10/2021, s. 67.

¹¹⁴ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/668, K.2018/1494, T.12.07.2018.

¹¹⁵ Danıştay 8. Dairesi, E.2018/6882, K.2019/837, T.08.02.2019.

denilmektedir. Bir sınavda “olağan” olanla “olağandışı” olan nedir öncelikle bunun açıklığa kavuşturulması gerekirdi. Gerekçede bu hususa hiç değinilmemiştir.

-Gerekçede, “eşdeğer sınava çağırma için olağanüstü bulguların tespit edilmesinin yeterli olduğu, sınavda kopya çekildiği veya sınav sorularının paylaşıldığı gibi hususların sübuta ermesinin gerekmediği” belirtilmektedir. Arkasından da idarenin iki sınav arasındaki puan farkının “olağandışı bulgu” nitelmesini aktarmakla yetinilmektedir. Oysa olağandışı bulgu nedir, iki sınav arasında puan farkı olağandışı bulgu olarak nitelendirilebilir mi, bir kişi bir yıldan fazla bir süre içinde yoğun çalışarak puanını yükseltmesi olağan sayılmaz mı, bu şekilde puan yükselten başkaca kişiler var mıdır, ÖSYM istatistiklerinde bunun ne kadar örnekleri bulunmaktadır gibi soruların cevaplandırılması gerekirdi.

-Şüpheli bulunan sınav 2005 tarihli olup, yaklaşık 12 yıl sonra bu sınav hakkında işlem yapılmaktadır. Böyle bir uygulamanın hukûkî güven ve idârî istikrar ilkesi bakımından değerlendirmeye tabi tutulmalıydı.

-İlgili, 2005 yılında girdiği sınav ile 2018 yılında girmesi istenen sınavın eşdeğer olmadığını iddia etmektedir. Bu iddia, davanın sonucuna etki edecek nitelikte olmasına rağmen, gerekçede buna hiç değinilmemiştir.

-İlgili, şüpheli bulunan son sınavından önce dil kursuna gittiğini ve özel dersler aldığını, sınavdan önceki aylarda akademik çalışmalarına da ara vererek yaklaşık 1 yıl 8 ay gibi süre sadece dil sınavına hazırlandığını ve dolayısıyla aldığı puanda herhangi bir olağandışılık bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu iddianın davanın esasını etkileyecek nitelikte olmasına rağmen gerekçede buna da hiç cevap verilmemiştir.

-Yine ilgilinin, 2001 yılı ÜDS’den 31,25, 41,25, 2003 yılı KPDS’den 22,00, 2004 ÜDS’den 26,25 puan almışken; 2005 yılı ÜDS’den 70 puan aldığı bilinmektedir. Bunlar arasında ilgilinin 41,25 puan aldığı sınav bulunmaktadır. 41 puan alan bir kişinin puanını 70’e çıkarabilmesinin mümkün olup olmadığı da gerekçede tartışılması gerekirdi.

-Söz konusu iddialar temyiz dilekçesinde de ileri sürülmesine rağmen, temyiz kararında sadece “mahkemenin kararının usûl ve hukuku uygun olduğu” gerekçesi belirtilmiş, ilgilinin iddialarına hiç cevap verilmemiştir. Oysa Anayasa’nın 141. maddesinde yer alan “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” hüküm, temyiz incelemesi sonrasında verilen kararları da kapsamaktadır.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan sonra ulaştığımız sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

-6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun'un 9.maddesindeki düzenleme ile geçmişe doğru herhangi bir süre sınırı olmaksızın ÖSYM tarafından yapılan tüm sınavlar tartışılır hâle getirilmektedir. Bu düzenleme ile ÖSYM tarafından yapılan sınavlara giren herkes, sınavının geçersiz sayılması tehdidi altına sokulmaktadır. Dolayısıyla bu düzenleme Anayasaya aykırıdır. Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesine, hukuk devleti ilkesinin bir alt ilkesi olan hukûkî güvenlik ilkesine ve bunun idare hukukundaki yansıması olan idârî istikrar ilkelerine açıkça aykırıdır.

Anayasa aykırılığın giderilmesi iki şekilde olabilir. Birincisi yasama organı devreye girerek kanun değişikliği ile bu aykırılığı giderebilir. İkincisi, bu kanun maddesi uygulamalarına karşı açılan davalarda yargı yerleri tarafların ileri sürmesi üzerine veya re'sen anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesine götürülmesidir.

-Kanûnun bu hükmündeki yetki kullanırken, hukuk devleti, hukûkî güvenlik ve idârî istikrar ilkelerini dikkate alarak uygulama yapılmalıdır. Sadece iki sınav arasındaki puan farkı, “olağandışı bulgu” olarak nitelendirilemez. Bu puanın, hukûka aykırı şekilde elde edildiğini ortaya koyabilecek başkaca delillerin bulunması hâlinde eşdeğer sınava çağırılma yöntemine başvurulmalıdır. Aksi halde, ÖSM tarafından yapılan sınavlara giren ve bir önceki sınava göre puanını önemli oranda artıran herkes, sınavının geçersiz sayılması tehdidi ile karşı karşıya kalacak demektir. Bu durum ise hukuk devletinde kabul edilemez.

-İdare, kanundaki bu yetkisini kullanırken, yabancı dil öğrenmenin ve sınavlarının doğasını da hesaba katmalıdır. Zira yabancı dil bilgisi süreklilik gerektirmektedir. Öğrenilen dil ile sürekli ilgilenmez ise her geçen zaman belli oranda unutulur. Hele on, onbeş, yirmi yıl gibi uzun süreler ilgilenilmez ise önemli derecede unutulacağı açıktır. Bu şekilde uzun süreler sonra kişinin eşdeğer yabancı dil sınavına girmesinin istenmesi, eşyanın tabiatına da aykırıdır.

-6114 sayılı kanûnun “sınav güvenliği” başlıklı 9. maddesi, sınav güvenliğinin sağlanmasından ÖSYM'yi sorumlu tutmaktadır. Sınavda kopya çektiği, yerine başkasını sınava soktuğu yahut soruları önceden elde ettiğine ilişkin hiçbir delil olmadan, sadece puan farkına dayanarak kişinin eşdeğer sınava çağırılması, gelmeyince de sınavının geçersiz sayılması, idarede olan sorumluluğun kişiye yüklenmesi demek olacaktır. Bunun da hukûka, adalete ve hakkaniyete aykırı olacağı açıktır.

KAYNAKÇA

- Akyıldız A, *Hukuk Devleti Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay*, Anıttepe Yayıncılık, 2009.
- Alp M, “Anayasa Hukuku Açısından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekeç”, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.425-441.
- Atay E. E, “Yargı Kararlarının Gereçlendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulama Alanı”, *Danıştay Dergisi*, 147, 2018, s.7-32.
- Atay E. E, *Hukuk Başlangıcı*, Gazi Kitapevi, 2014.
- Bereket Z, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayınları, 1996.
- Can E, *İdari İşlemin Şekil Unsuru*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Chapus R, *Droit Administratif Général C.1*, 14. Baskı, 2000.
- Çağlayan R, “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, *AÜEHFD*, 4(1-2), 2000, s.57.
- Çağlayan R, *İdare Hukûku Dersleri*, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, , 2022.
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022,
- Çalışkan A. Z, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğretim Hakkı”, *EÜHFD*, 11(3-4), (2007), s. 295-314.
- Çaptuğ M, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(17), 2021, s. 133-160.
- Duran L, “Danıştay’ın 1979 yılı kararları üzerine kısa mülahazalar”, *AİD*, 13, 1980, s. 47-69.
- Duran L, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, , 1964.
- Ekinci M, *İdari İstikrar İlkesi*, Adalet Yayınevi, , 2021.
- Erkut C, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İHİD*, (1-3),1988, s. 69-91.
- Gohin O, *Contentieux Admimistratif*, 2. Baskı, , 1999.
- Gözbüyük A. T/Turgut T, *İdare Hukuku, C.2-İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitapevi,199.
- Günday M, *İdare Hukuku*, 3.Bası, İmaj Yayınevi, 1998.
- Güneş T, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, AÜSBF Yayını, 1965.

Oğurlu Y, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Özay İ. H, *Günüşığında Yönetim*, Alfa Yayınları, 2002.

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2017.

Özyörük M, Tercüman Gazetesi, 07 Aralık 1979.

Şahin C/Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayınevi, , 2016.

Tan T, “Danıştay’ımızın iki içtihadı birleştirme kararı üzerine”, *AİD*, C.5, s.47-58.

Tan T, *İdarî İşlemin Geri Alınması*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970.

Tan T, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1970.

Tutumlu M. A, *Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar*, Seçkin Yayınevi, 2007.

Yasin M, “Örf ve Adte Kuralları ile İdarî Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 15(2), 2012, s. 29-44.

Yasin M, *İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Yerdelen E, *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi*, Adalet Yayınevi, 2015.

Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 2006.

Yılmaz H, “Danıştay Kararları Işığında İdari İstikrar İlkesinin İdari Yargılama Hukukuna Önemli Yansımaları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(17), 2021 - s. 523-546.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**GENEL TEHLİKE YARATMAK VEYA TEHLİKELİ VASITALAR
KULLANMAK SURETİYLE KASTEN ÖLDÜRME SUÇU**

INTENDED KILLING BY CREATING GENERAL HAZARD OR USING
DANGEROUS VEHICLES

Erdal YERDELEN* 

Mehmet Beyhan SEÇKİN 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1228492](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1228492) 

Türk Ceza Kanunu m. 82/1-c'de kasten öldürme suçunun "yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle" işlenmesi halinde, kişinin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle cezanın ağırlaştırılmasındaki esas sebep, failin eylemini gerçekleştirirken doğa kuvvetlerini harekete geçirmesi ve böylece belirli olmayan kimseler yönünden de genel bir tehlike durumu yaratmasıdır. Ayrıca kasten öldürme suçunun bu şekilde işlenmesi halinde mağdurun kendisini savunması zorlaşmış, fiilen ölüm sonucundan kurtulma imkânı elinden alınmış veya azalmış olmaktadır. Genel tehlike yaratmak suretiyle öldürme fiilinin incelenmesinde özellikle içtima bahsinin ele alınması gerekir. Kanunda ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olan genel tehlike yaratan fiiller ile kasten öldürmenin işlenmesi halinde bileşik suçtan bahsedilir. Ancak bağımsız bir suç oluşturmayan ancak TCK m.82/1-c'de sayılan diğer fiiller açısından bileşik suç söz konusu olmayacaktır. Genel tehlike yaratmak ve tehlikeli araçlar kullanmak suretiyle kasten öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır.

* * **Prof. Dr.**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, e-posta: erdal.yerdelen@asbu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-8796-2186

** **Yargıtay Üyesi**, Yargıtay Başkanlığı/ANKARA, e-posta: mehmet.beyhan.seckin@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0002-9521-7231, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1228492

*** **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Ayrıca bu nitelikli halin suçun işlenişine ve kullanılan araçlara ilişkin olması da olayda haksız tahrikin uygulanmasına engel değildir. Bu nedenle failin, mağdurdan veya maktulden kaynaklanan haksız söz veya davranışın üzerinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlerse verilen cezada haksız tahrik nedeniyle indirimi yapılabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kasten öldürme, Genel tehlike yaratmak, Yangın çıkarmak, Tehlikeli vasıtalar kullanmak, Su baskını

ABSTRACT

According to Turkish Penal Code Article 82/1-c, if the crime of intentional killing is committed by “fire, flood, demolition, sinking, or bombing, or by employing nuclear, biological, or chemical weapons,” the perpetrator will be sentenced to aggravated life imprisonment. The main reason behind the aggravation of punishment under this law is that the perpetrator triggers the forces of nature while committing his act, creating a general risk scenario for unnamed people. Furthermore, committing the crime of intentional killing with this method makes it difficult for the victim to defend himself, and the possibility of preventing the death result is removed or reduced. In the examination of the act of intentional homicide by creating a general danger, it is necessary to address the issue of the combination. In the event that intentional killing is committed with acts that create a general danger, which are regulated as a separate crime in the Code, a compound crime is mentioned. However, there will be no compound crime in terms of other acts that do not constitute an independent crime but are listed in Article 82/1-c of the TPC. There is no provision preventing the application of the provisions of unjust provocation in the crime of intentional killing by creating a general danger and using dangerous vehicles. In addition, the fact that this qualified case is related to the means used in the commission of the crime does not prevent the application of unjust provocation in the case. For this reason, if the perpetrator commits a crime under the influence of the fury or severe pain caused by the unjust words or behavior arising from the victim or the deceased, the sentence may be reduced due to unjust provocation.

Keywords: Killing, Creating a general risk scenario, Igniting, Utilising hazardous means, Flooding

EXTENDED ABSTRACT

According to Turkish Penal Code Article 82/1-c, if the crime of intentional killing is committed by “fire, flood, demolition, sinking, or bombing, or by employing nuclear, biological, or chemical weapons,” the perpetrator will be sentenced to aggravated life imprisonment. The main reason behind the aggravation of punishment under this law is that the perpetrator triggers the forces of nature while committing his act, creating a general risk scenario for unnamed people. Furthermore, committing the crime of intentional killing with this method makes it difficult for the victim to defend

himself, and the possibility of preventing the death result is removed or reduced.

Unlike the Code No. 765, the means that qualify the offense have been determined not abstractly but by enumeration in a casuistic manner. It is not possible to expand the enumerated means by interpretation or by analogy. Since the crime of intentional killing is intended to eliminate the life of another person, the legal value protected is individual and is the right to life. When the offense regulated under Article 82/1-c of the TPC is committed, the offense of endangering general security also occurs together with murder. Therefore, with the aforementioned crime, social order and public security are also protected along with the right to life, hence the legal value protected by the crime is both individual and social. The acts of fire, flood, destruction, sinking or bombing, which are included in the text of Article 82/1-c of the TPC, are acts that create general danger, and when the act of intentional killing is committed by resorting to these acts, the act will be considered as a qualified case.

The actions of killing via fire or by flooding, ravaging, sinking, or bombing described in Turkish Penal Code Article 82/1-c are dangerous activities that, when used to intentionally commit killing, constitute a qualified form of the crime type. Even if combustible items are removed, if a product continues to burn on its own or is capable of igniting another thing, that means there is a ‘fire’. Article 82/1-c of the TPC regulates not the direct killing of a person by burning him or her but rather the killing of a person by starting a ‘fire’. “Flooding,” also referred to as “saylâb,” is when rivers overflow due to the accumulation of melting snow or rainwater, causing the surrounding areas to inundate. If a water gate is intentionally opened to cause a rival’s death and the waters overflow into an area where the victim is located and the victim dies as a result, this is considered ‘flooding’. Drowning a person by submerging him or her directly in water is not covered under this provision.

The term “ravage,” which denotes damaging, shattering, and destroying, cannot be used to describe killing someone. As a result, the crime of killing someone via destruction should be defined as a person being killed as a result of the demolition of a structure, business, ship, or watercraft. On the other hand, if the other elements are satisfied, destroying the human body to death may be considered rackingly killing, which is also another qualified form of the crime type. The term “sinking” refers to the act of killing someone by submerging a floating craft (such as a ship, boat, or canoe) in water rather than directly drowning someone in the sea. Depending on the destructive strength of the bomb used and the features of the area being targeted, people other than the intended target can also get killed or injured in bombing or explosion events. According to the Court of Cassation’s precedent, deaths resulting from land mine explosions also constitute killing by bombing. If the perpetrator kills someone on purpose using nuclear, chemical, or biological weapons, he or she will be held responsible under Article 82/1-c of the TPC. The legislator is aware of the hazards that arise from the nature of these weapons and regards their use as a means of committing this crime as a qualified form of intentional killing. In the examination

of the act of intentional homicide by creating a general danger, it is necessary to address the issue of the combination. In the event that intentional killing is committed with acts that create a general danger, which are regulated as a separate crime in the Code, a compound crime is mentioned. However, there will be no compound crime in terms of other acts that do not constitute an independent crime but are listed in Article 82/1-c of the TPC. There is no provision preventing the application of the provisions of unjust provocation in the crime of intentional killing by creating a general danger and using dangerous vehicles. In addition, the fact that this qualified case is related to the means used in the commission of the crime does not prevent the application of unjust provocation in the case. For this reason, if the perpetrator commits a crime under the influence of the fury or severe pain caused by the unjust words or behavior arising from the victim or the deceased, the sentence may be reduced due to unjust provocation.

GİRİŞ

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 82’de kasten öldürme suçunun nitelikli hallerine onbir bent halinde yer verilmiş, anılan maddenin “c” bendinde kasten öldürme suçunun “*yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle*” işlenmesi halinde, kişinin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Kanunun gerekçesinde kasten öldürmenin genel tehlike yaratmak ya da tehlikeli araçlar kullanılmak suretiyle işlenmesi, bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır.

765 sayılı TCK’da suçu ağırlaştıran bu hal, anılan Kanun’un 450. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiş, kasten adam öldürme fiilinin “*yangın, su baskını, gark gibi yedinci babın birinci faslında beyan olunan vasıtalar*” ile yapılması halinde failin mevsuf adam öldürme suçundan cezalandırılacağı belirtilmiştir. Aynı kanunun yedinci babının birinci faslında ise yangın, su baskını, gark gibi sair büyük tehlikelere müteallik cürümlere yer verilmiştir. Burada cezanın ağırlaştırılmasındaki esas düşünce, failin eylemini gerçekleştirirken doğa kuvvetlerini harekete geçirmesi ve böylece belirli olmayan kimseler yönünden de genel bir tehlike durumu yaratmasıdır¹. 5237 sayılı TCK m. 82/1-c bendinde tanımlanan öldürme suçu işlendiğinde de mağdurun kendisini savunması zorlaşmış, fiilen ölüm sonucundan kurtulma imkânı elinden alınmış veya azalmış olmaktadır².

¹ Sulhi Dönmezer, *Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Basım Yayım, 2001, s. 66.

² Çetin Arslan/ Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayın Dağıtım,

5237 sayılı TCK’da genel tehlike yaratmak ya da tehlikeli araçlar kullanılmak suretiyle kasten öldürme suçu düzenlenirken daha anlaşılır bir metin oluşturmuş, 765 sayılı Kanun’dan farklı olarak suçu nitelikli hale getiren vasıtalar soyut olarak değil kazuistik şekilde sayma yoluyla belirlenmiştir. Sayılan vasıtaların yorumla veya kıyas yapılarak artırılması mümkün değildir³. 765 sayılı TCK’dan farklı olarak kasten öldürmenin nükleer, biyolojik veya kimyasal silah gibi tehlikeli vasıtaların kullanılması suretiyle işlenmesi hali de suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiş, genel tehlike yaratılmasının yanı sıra tehlikeli vasıtalar kullanılması da kanun metnine eklenerek kapsam genişletilmiştir⁴.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Suçla ihlal edilen menfaat bireylere, topluma veya kamuya ait olabileceğinden, korunan hukuksal değerler de bireysel, toplumsal veya kamusal nitelikte olabilirler. Kanun koyucu haksızlık teşkil eden eylemi suç olarak düzenlerken genel olarak toplumsal düzenin ve insan haklarının korunmasını amaçlamaktadır. Ancak her suçun konulmasında özel bir maksat da bulunmaktadır Başka bir ifadeyle devlete, topluma veya kişilere ait belirli hak ve menfaatlerin muhafaza edilmesi özel olarak amaçlanmaktadır⁵.

Genel olarak öldürme, bir insanın yaşamının sona erdirilmesi şeklinde tanımlanabilir⁶. Fail öldürme suçunu gerçekleştirerek bir insanın yaşamına son verdiğinden, kasten öldürme suçu, kişinin yaşam hakkına yönelmektedir. Kastens öldürme suçunda bir başkasının yaşamı ortadan kaldırılmak istendiğinden, korunan hukuksal değer bireysel olup, yaşam hakkıdır⁷. Ancak TCK m. 82/1-c’de düzenlenen suç işlendiğinde öldürme ile birlikte genel güvenliği tehlikeye sokma suçu da oluşmaktadır. Bu nedenle anılan suçla yaşam hakkı ile birlikte toplumsal düzen ve kamusal güvenlik de korunmakta olup, suçla korunan hukuksal değer, hem bireysel hem de toplumsaldır.

2004, s. 361.

³ Ersin Turan / Cengiz Otacı, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 712.

⁴ Ahmet Gökçen / Murat Balcı, *Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ Ve Doku Ticareti Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 159; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I*, Beta Basım Yayın, 2011, s. 45.

⁵ Dönmezer, s. 2.

⁶ Kemal Esin, *Uygulamada Adam Öldürme Suçları*, Yetkin Yayınları, 1989, s. 9.

⁷ Dönmezer, s. 10.

TCK'nın "Topluma karşı suçlar" başlıklı kısmında m. 170'de düzenlenen genel güvenliği kasten tehlikeye sokulması suçu ile korunmak istenen hukuki yarar, insanların korku ve endişeye katılmadan huzurlu bir şekilde yaşamlarını idame ettirilmesi sağlamak ve kamu güvenliğini korumaktır⁸. Maddede anılan suçların ortak özelliği başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı yönünden zarar doğurabilecek derecede tehlikeli olmalarıdır⁹.

III. TİPİKLİK

Suçun ilk yapısal unsuru tipe uygunluktur¹⁰. Bir fiilin suç sayılabilmesi için kanunda tasrih edilmiş olması ve karşılığında bir ceza bulunması gerekmektedir¹¹. Suçun tanımı ile somut olay arasındaki ilişkiyi ifade eden tipiklik, fiilin, ceza kanununda bulunan bir suç tanımına uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir¹². Başka bir ifadeyle, fiilin suç teşkil edip etmediğini anlamak için kanun metnine bakılacak, kanunda açıklık olması halinde suç teşkil edecektir¹³. Soyut suçu hukuki olarak ifade eden tipiklik, failin eyleminin kanundaki tanıma uygun olmasıdır. Fiil tipikse suç gerçekleşir, tipe uygun değilse suç olarak nitelendirilemez. Tipikliğin maddi ve manevi unsurları bulunmaktadır¹⁴.

A. Tipikliğin Maddi Unsurları

1. Suçun Konusu

Suçun konusu, tipe uygun fiilin üzerinde gerçekleştirildiği maddi şeydir¹⁵. Suçun doğrudan doğruya ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaat ise hukuki konusunu oluşturur¹⁶. Suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer

⁸ Arslan /Azizağaoğlu, s. 727.

⁹ Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, Us-A Yayıncılık, 2016, s. 8.

¹⁰ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 208.

¹¹ M. Taner Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949, s. 131.

¹² Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (Tek M.1-75)*, 4. Baskı, Beta Basım Yayım, 2015, s. 173-174.

¹³ Taner, s. 135.

¹⁴ Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2017, s. 222-223.

¹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 211.

¹⁶ Zafer, s. 145-146.

ile tipikliğin maddi unsurunun oluşturan suçun konusu kavramları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Suçun konusu, haksızlık teşkil eden fiil ile muhatap olan şahıs veya eşyanın fiziki, maddi yapısıdır¹⁷. Hukuki konu ise suçla korunan hukuksal menfaattir. Örneğin kasten öldürme suçunda ihlal edilen hukuksal değer kişinin yaşam hakkı olduğundan, suçun hukuki konusu yaşam hakkıdır. Anılan suçta tipikliğin maddi unsurunu oluşturan konu ise mağdur kişinin hayatı, başka bir ifadeyle fiziki olarak yaşayan bedenidir.

Suç teşkil eden fiilin gerçekleştirilmesiyle suçun konusuna zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Bu çerçevede suçları "zarar" ve "tehlike" suçları olarak ikiye ayırmamız mümkündür. Haksızlık içeren fiilin gerçekleştirilmesi sonucunda suçun konusu üzerinde bir zarar meydana geliyorsa zarar suçu, bir zarar meydana getirme tehlikesi söz konusu ise tehlike suçu söz konusu olmaktadır¹⁸. Kasten öldürme suçu, konusu bakımından kişinin yaşamına son verdiğinden zarar suçudur. Bazı fiillerin gerçekleşmesiyle suçun konusu üzerinde zarar ile birlikte tehlike de oluşabilmektedir. TCK m. 82/1-c'de düzenlenen suçta kasten öldürmenin genel tehlike yaratmak ya da tehlikeli araçlar kullanılmak suretiyle işlenmesi söz konusu olduğundan, bu suç aynı zamanda tehlike suçu olarak da kabul edilmelidir. Kanun koyucu genel tehlike yaratmak veya tehlikeli araçlar kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen öldürme suçunu, "Genel Tehlike Yaratma Suçları" kısmında değil de "Hayata Karşı Suçlar" bölümünde düzenleyerek yaşam hakkının korunmasına verdiği önemi ortaya koymaktadır.

2. Fail

TCK m. 37/1'de suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi olarak tanımlanan fail, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren gerçek kişidir¹⁹. Ceza sorumluluğu insanda bulunduğundan, suç faili ancak "insan" olabilir. Ancak sadece suçtan dolayı kendisine cezai sorumluluk yüklenmesi mümkün olan insanlar cezalandırılabilirler²⁰. Her suçun kural olarak en az bir aktif süjesi, başka bir ifadeyle faili bulunmalıdır²¹. TCK m. 81/1'de bir insanı kasten öldüren herhangi bir kişiden bahsedilip, fail bakımından bir özellik

¹⁷ İzzet Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 206.

¹⁸ Özgenç, s. 207.

¹⁹ Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11.Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s. 105.

²⁰ Taner, s. 293.

²¹ Zafer, s. 148.

aranmadığından kasten öldürme suçu, herkesin fail olabileceği genel bir suçtur. Anılan Kanun'un 82/1-c maddesinde düzenlenen öldürme suçu yönünden de TCK'da herhangi bir özellik aranmamıştır.

3. Mağdur

Her suçun faili olduğu gibi, mutlaka bir de mağduru bulunmaktadır. Suç mağduru, suça konu eylemin konusunun ait olduğu kişidir²². Suçun pasif süjesi kavramından da suç nedeniyle zarar gören şahıs veya suçun mağduru anlaşılır²³. Yaşam hakkına veya vücut bütünlüğüne yönelen eylemlerde suçun konusu, insan yaşamı veya vücut bütünlüğü olmakla birlikte suçun mağduru da kişinin kendisidir. Hırsızlık ve yağma gibi malvarlığına karşı işlenen suçlarda ise suçun konusu çalınan veya yağmalanan eşya iken suçun mağduru malvarlığı eksilen kişidir²⁴. Yargıtay'a göre mağdur ile suçtan zarar gören kavramları aynı şeyi ifade etmemektedir. Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi olduğundan suç nedeniyle muhakkak zarar görmekte ise de suçtan zarar gören her zaman suçun mağduru olmayabilir²⁵. Bu çerçevede suçtan zarar gören kavramının, mağdur kavramından daha geniş değerlendirilmesi gerekmektedir. Kasten öldürme suçunda yaşam hakkı ihlal edilen kişi mağdur, yakın akrabaları ise suçtan zarar gören olarak kabul edilirler. Suçun tamamlanması, başka bir ifadeyle mağdurun ölmesi halinde, maktulün suçtan zarar gören yakınlarının davaya katılma hakları bulunmaktadır.

Suçun mağdurunu belirleyebilmek için öncelikle suçla ihlal edilen hukuki menfaatin belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda suç teşkil eden fiilin gerçekleşmesiyle menfaati ihlal edilen kişi, kişiler veya toplum, mağdur olarak kabul edilmelidir²⁶. Genel tehlike yaratılması veya tehlikeli vasıtalar kullanmak suretiyle kasten öldürme suçunda yaşam hakkı ile birlikte toplumun düzeni ve güvenliği de korunduğundan, suçun mağduru yaşam hakkı son bulan kişi ile birlikte tehlike altında bulunan toplum üyeleridir.

Yaşam hakkına yönelik koruma, doğumla birlikte başlayıp, ölümle sona ermekte olup²⁷ işlenen suç nedeniyle kişinin mağdur olabilmesi için fiilin

²² Özgenç, s. 209.

²³ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 2012, s. 239.

²⁴ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s. 133.

²⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2013 tarih ve 2012/6-1490 E., 2013/59 K. sayılı ilamı.

²⁶ Zafer, s. 151.

²⁷ Hayat ölümle sona erdiğinden, ölmüş bir kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen fiiller

gerçekleştirildiği sırada hayatta olması gerekmektedir²⁸. Bu nedenle yaşam hakkının ne zaman başladığı ve sona erdiği hususları önem arz etmektedir. Cenin, döllenmeden doğuma kadar geçen sürede ana rahminde bulunan, henüz yaşam hakkı kazanmamış bir varlıktır. 5237 sayılı TCK'nın 82/1-f maddesinde, gebe olduğu bilinen kadma karşı kasten gerçekleştirilen öldürme eylemi, suçun nitelikli hali olarak kabul edilerek korunmuş, bu çerçevede ceza kanunu kapsamında ceninin yaşam hakkı annenin yaşam hakkı ile birlikte değerlendirilmiştir²⁹. Yargıtay uygulaması da aynı doğrultuda gelişmiştir³⁰.

4. Fiil

Fiil, ceza hukukunda sınırlama fonksiyonunu yerine getiren, belli bir amaca matuf olarak gerçekleştirilen, kişinin iradesinin dışı vurulmasını gösteren insan davranışdır³¹. Suçun teşekkülü için öncelikle bir fiilin bulunması³² ve haksızlık teşkil eden bu fiilin insan davranışı olması³³ gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bir suçun mevcudiyeti için en önemli şart fiilin varlığıdır. Fiilin bulunmaması halinde tipikliğin diğer maddi unsurlarının ve manevi unsurunun varlığının bir önemi bulunmamaktadır³⁴.

Suçun hareket şeklinin tipte belirlenmiş olması halinde bağlı hareketli suç, neticenin herhangi bir şekilde gerçekleştirilebildiği durumlarda ise serbest hareketli suç söz konusudur. Kanun koyucu suç kalıbında sadece neticeyi tanımlamış ancak hareketi tanımlamaktan kaçınmış ise hareket şekilleri failin hayal gücü ile sınırlı olan bu suçlara serbest hareketli suç denir³⁵. Bu suçların temel şekli kanunda tanımlanırken hareketin icrası konusunda herhangi bir özelleştirmeye gidilmemektedir. Burada önemli olan hukuken tasvip

kasten öldürme suçunu oluşturmayacaktır. Erdal Yerdelen / Mehmet Beyhan Seçkin, "Tasarlayarak Öldürme Suçunda Özel Durumlar Ve Yargıtay Yorumu", *Ceza Hukuku Dergisi*, 11(32), 2016, s. 32.

²⁸ Esin, s. 9; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 305.

²⁹ Mehmet Beyhan Seçkin, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 2016, s. ...

³⁰ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin, 14.04.2014 Tarihli, 2013/4825 E. 2014/2412 K. sayılı ilamı.

³¹ Koca/Üzülmez, s. 80-81.

³² Taner, s. 259.

³³ Özgenç, s. 159.

³⁴ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 231.

³⁵ Zafer, s. 186.

edilmeyen bir neticenin oluşumuna kasten sebebiyet vermektir. TCK m. 81/1'e göre "bir insanı kasten öldüren kişi müebbet hapis cezası ile cezalandırılır." Ölüm sonucunu doğurmaya elverişli her türlü fiil kasten öldürmenin hareketini oluşturabileceğinden, TCK m. 81/1'de düzenlenen öldürme suçu serbest hareketli bir suçtur³⁶. Serbest hareketle işlenebilen kasten öldürme fiilinin yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle işlenmesi durumunda suçun nitelikli hali söz konusu olacağından fiil, TCK m. 81/1 olarak nitelendirilmeyecektir.

Ceza normunda, suçu oluşturan birden fazla hareketin birbirinden bağımsız olarak gösterilmesi hali "seçimlik hareketli suç" olarak tanımlanır. Suçun oluşabilmesi için kanunda sayılan seçimlik hareketlerden birinin yapılması yeterlidir³⁷. TCK m. 82/1'in "c" bendinde düzenlenen nitelikli öldürme suçu da seçimlik hareketli bir suç olup, hangi hareketlerin suçu oluşturacağı kanun metninde sayılarak gösterilmiştir. Somut olayda birden fazla seçimlik hareketin birlikte gerçekleşmesi halinde de tek suç oluşacaktır. Anılan bentte sayılan seçimlik hareketleri iki grupta değerlendirmek mümkündür. Birinci grupta genel tehlike yaratan seçimlik hareketler, ikinci grupta ise tehlikeli araçlar ele alınacaktır.

a. Genel tehlike yaratan haller

TCK m. 82/1-c'nin metninde yer alan yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama fiilleri genel tehlike oluşturan hareketler olup bu hareketlere başvurularak kasten öldürme eylemi gerçekleştirildiğinde, eylem nitelikli hal olarak vasıflandırılacaktır. Öldürme eyleminin bu bende göre vasıflandırılabilmesi için sayılan vasıtalarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. "Vasıta" tabiri, alet, eşya, madde olarak değil de "hal, şekil, tarz" gibi geniş bir kavramı ifade etmektedir³⁸.

(1) Yangın

Türk Dil Kurumu (TDK) Türkçe sözlükte "zarara yol açan büyük ateş" yangın, "tutuşturmaya, bir şeyi bilerek yakmak" ise yangına vermek olarak tanımlanmıştır³⁹. Yanıcı maddenin uzaklaştırılmasına rağmen ateşe verilen ürünün tek başına yanmaya devam etmesi ve yakılan ateşin başka bir cisim

³⁶ Özgenç, s. 164.

³⁷ Özgenç, s. 166.

³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 07.12.1990 tarihli, 1990/1-546 E. 1990/406 K. sayılı ilamı.

³⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, TDK Yayınları, 2011, s. 2520.

tutuşturmaya elverişli olması halinde de yangından söz edilir⁴⁰. Ancak yanıcı maddenin uzaklaştırılmasına rağmen temas ettiği cismin içten içe yanmaya devam etmesi ve bu şekilde çıkan yangında ölüm sonucunun oluşması halinde bu husus kastın belirlenmesinde dikkate alınmalı, failin doğrudan kastla ölüm sonucunu bilerek ve isteyerek gerçekleştirip gerçekleştirmediğine bakılmalıdır.

Kimyevi bir olay olan yangın, oksijen ile bir maddenin birleşmesi sonucu oluşur. Bir yangın çıkabilmesi için ısı, oksijen ve yanıcı madde üçlünün mevcudiyeti ve bunların uygun bir terkipte bulunması gerekir. Yangın üçgeni olarak adlandırılan bu üçlüden birisi mevcut olmazsa yangın olamaz. Yangın üçgeninin bileşenlerindeki değişiklikler yangının şiddetini belirler⁴¹. Yangının şiddeti somut olayın özelliklerine göre failin kastının yoğunluğunu gösterir. Ancak TCK m. 82/1-c bendinde doğrudan doğruya kişinin yakılarak öldürülmesi değil, yangın çıkartarak kişinin öldürülmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Mağdurun veya maktulün bulunduğu yerin etrafının ve yattığı yatağın⁴², içinde bulunduğu otomobilin⁴³ veya ikamet ettiği evin⁴⁴ yakılması halinde TCK m. 82/1-c maddesinin uygulanması gerekmektedir. Kişinin doğrudan yakılarak öldürülmesinde ise duruma göre canavarca his ya da eziyet çektirme hali düşünülmelidir⁴⁵.

⁴⁰ Arslan/Azizağaoğlu, s. 727.

⁴¹ Hasan Çanakçıoğlu, "Yangın Emniyet Yolları Ve Yangın Emniyet Şeritleri", *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, XX(1), 1970, s. 122-124.

⁴² Yargıtay 1. CD. 21.04.2014 tarih ve 2014/540 E., 2014/2574 K. sayılı kararı.

⁴³ Yargıtay 1. CD. 05.10.2011 tarih ve 2011/2708 E., 2011/5764 K. sayılı kararı.

⁴⁴ Yargıtay 1. CD, 13.05.2015 tarih ve 2014/1594 E., 2015/3134 K. sayılı kararı.

⁴⁵ "Sanık E... 'Un, Mağdur Hacı'ye Araba Satması Nedeniyle Alacaklı Olduğu, Alacağı Tamamını Alamadığı, İstediginde Mağdur Tarafından Kovulduğu, Olay Günü Sanığın, Mağdurun Dükkanına Pet Şişe İçerisinde Benzinle Geldiği, "Sizi Yakacağım" Diyerek Elindeki Benzini Mağdur Ha Ve O Sırada Mağdurun Misafiri Olan Mağdur Hü'in Üzerine Ve Dükkana Döktüğü, Elindeki Çakmağı Çaktığı, Benzinin Alev Aldığı, Mağdurların Yandığı, Sanığın Olay Yerinden Kaçtığı, Mağdurların Dükkan Dışına Çıkması Ve Çevredekilerin Çabaları İle Yangının Söndürüldüğü, Mağdur Ha'nin Yüz, Göğüs Ve Kollarında 1 Ve 2. Derece Yanıklar Oluşacak Ve Basit Tıbbi Müdahale İle Giderilemeyecek Şekilde, Mağdur Hü'in Vücut Yüzeyinin %20'sinde 2 Ve 3. Derece Yanıklar Oluşacak, Basit Tıbbi Müdahale İle Giderilemeyecek Ve Hayati Tehlike Meydana Gelecek Şekilde Yaralandığı Olayda; Eylemler Eziyet Çektirerek Öldürmeye Teşebbüs Suçunu Oluşturduğu Halde, Tck.Nun 82/1-B, 35, 29 Ve 62. Maddeleri Uyarınca Hüküm Kurulması Yerine, 81, 35, 29 Ve 62. Maddeleri İle Hüküm Kurulması". Yargıtay 1. CD, 11.12.2012 tarih ve 2012/4740 E., 2012/9326 K. sayılı kararı.

(2) Su baskını

“Seylap” olarak da adlandırılan “su baskını” sellerin veya eriyen kar sularının katılmasıyla kabaran akarsuların yataklarından taşarak çevreyi basmasıdır.⁴⁶ Su baskını da öldürme amacıyla yapılmalıdır. Bir hasmın öldürülmesi amacıyla su bendinin kapaklarının açılması ve suların bulunduğu alanı basması üzerine mağdurun ölmesi hali gibi⁴⁷. Kişinin suda boğularak öldürülmesi bu bent kapsamına girmez.

(3) Tahrip

Yıkma, kırıp dökme, harap etme, bozma anlamına gelen tahrip⁴⁸, bir insanın öldürülme vasıtası olamayacağından, tahrip suretiyle öldürme suçunu da bir insanın tahrip edilerek öldürülmesi olarak değil, bir binanın, işyerinin, geminin veya su aracının tahrip edilmesinin sonucu öldürülmesi olarak anlaşılması gerekmektedir. İnsan bedeninin harap edilerek kişinin kasten öldürülmesi hali ise şartları varsa eziyet çektirerek öldürme suçunu oluşturabilir.

765 sayılı TCK m. 450/6’da kasten adam öldürmenin “yangın, su baskını, gark gibi yedinci babın birinci faslında beyan olunan vasıtalar” ile işlenmesi hali nitelikli öldürme olarak kabul edilmiştir. Anılan Kanun’un yedinci babının birinci faslında m. 372’de düzenlenen “Bina ve Eşyayı Tahrip” suçunda bir kimsenin binaları veya eşyayı tamamen veya kısmen tahrip etmek maksadıyla, lağım, torpil veya sair kabilden mamulât veya infilâkı kabil bir şey koyarak veya patlatır ise kasten yangın çıkartma suçundan cezalandırılacağı, m. 377’de düzenlenen “Su Üstü Yapılarını Tahrip” suçunda ise gemilere yahut sair su yüzünde yüzen veya bulunan yapıları ateşe verip yakar veya her ne suretle olursa olsun kasten işlediği fiili ile bunlardan birinin batmasına sebep olursa ağır hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

(4) Batırma

Bir şeyin sıvı veya yumuşak bir maddenin içine gömülmesine yol açmak olarak tanımlanan “batırmak” işinin yapılmasına “batırma” denir⁴⁹. Batırma suretiyle öldürme, kişiyi doğrudan suya bastırarak suretiyle suda boğarak

⁴⁶ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s. 2165.

⁴⁷ Dönmezer, s. 66.

⁴⁸ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s. 2244.

⁴⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s. 283.

öldürmeyi değil, içinde bulunduğu gemi, sandal, tekne, kayık gibi suda yüzen vasıtanın batırılması suretiyle öldürmeyi anlatmaktadır⁵⁰. Örneğin gemi kaptanının ölümünü sağlamak için geminin teknesinde bir rahne açılması bu bent kapsamında değerlendirilmelidir⁵¹.

(5) Bombalama

Belli bir hedefe bomba atmak⁵² ya da patlatmak suretiyle öldürme suçunda, kullanılan bombanın tahrip gücü ve bombalanan yerin niteliğine göre, çoğu defa kastedilenden başka kişilerinde ölmesi, yaralanması muhakkaktır⁵³. Yargıtay uygulamasında mayın patlaması sonucu meydana gelen ölümler de bombalama suretiyle öldürme olarak değerlendirilmektedir⁵⁴.

b. Tehlikeli araçlar

İnsanlık tarihi boyunca devletler ve toplumlar, diğer devletler veya toplumlar üzerinde üstünlük sağlamak amacıyla zamanın teknolojik olanaklarını kullanmışlardır. 20. yüzyıla kadar savaşlarda patlayıcı madde bazlı silahlar kullanılırken, son yüzyıl içinde kimya, fizik ve mikrobiyoloji alanındaki hızlı ilerlemeye bağlı olarak nükleer, biyolojik ve kimyasal silahlar geliştirilmiştir. Kitle imha silahları olarak geliştirilen bu silahlardan sadece birisi dahi yüksek patlama gücüne sahip yüzlerce, hatta binlerce konvansiyonel patlayıcı bazlı silahtan daha fazla tahrip gücüne sahip olabilir⁵⁵.

Nükleer, kimyasal ya da biyolojik silahlar; belirli bir kişi ya da kişileri öldürmekten ziyade belirli kitleleri imha amacıyla kullanılan silahlardır. Bu

⁵⁰ Gökçen/Balcı, s. 160 ve devamı.

⁵¹ Dönmezer, s. 66.

⁵² Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s. 376.

⁵³ Yargıtay 16. CD, 23.12.2015 tarih ve 2015/4551 E., 2015/5031 K. sayılı kararında, “Olay Yeri Krokisi, Mağdur İfadeleri Ve Tüm Dosya Kapsamına Göre; Katılan-Mağdurlar H... D..., Ş... G..., M... T... Ve A... G...’ün Yakınında Patlayan Savunma Tipi El Bombasının Etki Mesafesi Göz Önünde Bulundurularak Kişilerin Ölüm Veya Yaralanmalarına Neden Olup Olmayacağı Mahkemece Re’Sen Seçilecek Uzman Bilirkişi Görüşü Alındıktan Sonra Anılan Mağdurlar Yönünden Sanıkların Hukuki Durumlarının Tespit Edilmesi Gerekirken, Yazılı Şekilde Beraatlerine Karar Verilmesi” gerekçesiyle yerel mahkemece kurulan beraat hükümlerinin bozulmasına karar vermiş, bombanın etkisinin kastedilenden başkalarının ölmesi veya yaralanmasına neden olması halinde zarar gören tüm mağdurlar yönünden mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁵⁴ Yargıtay 16. CD, 08.09.2015 tarih ve 2015/4778 E., 2015/2339 K. sayılı kararı.

⁵⁵ Selçuk Kılıç, “Biyolojik Silahlar Ve Biyoterörizm”, *Türk Hijyen Ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, No 1-2-3, 63, 2006, s. 1.

silahların kitle imha aracı olarak kullanılmasında, soykırım ya da insanlığa karşı suç öncelikli olarak düşünülmelidir. Fail, nükleer, kimyasal ya da biyolojik silah kullanarak kasten öldürme fiilini gerçekleştirirse TCK m. 82/1-c de düzenlenen nitelikli halden sorumlu tutulacaktır. Kanun koyucu, anılan silahların niteliklerinden kaynaklanan tehlikeyi dikkate alarak bu silahların aracı kullanılarak gerçekleşen öldürme eylemini nitelikli hal olarak kabul etmektedir.

Bentte sayılan nükleer, kimyasal ya da biyolojik silahların tanımı veya nitelikleri kanunun metninde veya gerekçesinde tarif edilmediğinden, bilimsel görüşler dikkate alınarak hangi silahların TCK m. 82/1-c kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirlenmelidir. Anılan silahlarla öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi halinde somut olayın özellikleri değerlendirilerek kullanılan silahların nükleer, biyolojik veya kimyasal silah olarak kabul edilip edilemeyeceği yönünde yargılama makamları tarafından bilirkişiye başvurulmak suretiyle bilimsel görüş alınması kanaatimizce yerinde olacaktır.

(1) Nükleer silah

İkinci Dünya Savaşında Hiroşima ve Nagazaki üzerinde test edilen nükleer silahlar, Three Mile Island, Çernobil ve Fukuşima'da nükleer enerji santrallerinde meydana gelen kazalar ile birlikte yeniden tartışmaya açılmış, nükleer silahların genel güvenliği en üst düzeyde tehlikeye soktuğu gerçeği görülmüştür. Anılan olaylar açıkça göstermektedir ki nükleer silah kullanılmasında sadece hedef olanlar değil, silahın kullanıldığı coğrafyada yaşayan tüm canlılar etkilenmektedir⁵⁶.

Bireysel üstünlükten ziyade askeri üstünlük aracı olarak kullanılan nükleer silahlar, atomların parçalanması ve birleşmesi sonucunda ortaya çıkan çok yüksek miktardaki nükleer enerjiden yararlanılarak üretilmektedir⁵⁷. Başka bir ifadeyle atom çekirdeğinin füzyon, fizyon ya da her ikisinin karışımıyla oluşan bir kimyasal reaksiyon ile enerji açığa çıkarması neticesinde oluşan patlamayı yaratan her türlü silaha nükleer silah adı verilir⁵⁸. Nükleer gücün silaha dönüştürülmesi sonucu oluşturulan atom bombası ve hidrojen bombası gibi bir silahın kullanılması, hem patlama hem de radyasyon yaymak suretiyle

⁵⁶ Said Vakkas Gözlügöl, "Nükleer Korku Gölgesinde Uluslararası Barış Ve Güvenlik", *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 2013, s. 242.

⁵⁷ Gözlügöl, s. 229.

⁵⁸ Turan/Otacı, s. 714.

canlıların ölümüne neden olmakta, çevreyi ve tüm biyolojik hayatı yok etmektedir⁵⁹.

(2) Biyolojik silah

Doğal nedenlerle ortaya çıkabilen bulaşıcı hastalıklar, biyolojik silahlar gibi vasıtalar kullanılarak dış etkenlerin müdahalesi ile de oluşabilir. Ancak biyolojik silahlar vasıtasıyla bulaşıcı hastalığa sebebiyet vermek bireysel olmaktan ziyade kitlelere zarar vermek veya askeri operasyonlarda kullanılmak suretiyle karşımıza çıkmaktadır. M.Ö. 6. yüzyılda Asyalılar, düşmanların su kaynağına hastalıklı çavdar tanesi katmışlar, M.Ö. 300 yıllarından itibaren Eski Yunan'da başlayan su kaynaklarına ölü insan veya hayvan leşi atılması uygulaması birçok ordu tarafından uzun yıllar savaş yöntemi olmuştur. Sonraki dönemlerde çeşitli bitkilerden ve hayvanlardan elde edilen toksinler mızrak ve okların üzerine sürerek insan öldürmek amacıyla kullanmıştır. Orta çağ savaşlarında çiçek ve veba hastalığı nedeniyle ölmüş kişilerin cesetlerinin kuşatılmış şehirlere mancılıkla atılması, yeni çağda Avrupalıların, Kuzey Amerika'da yaşayan Kızılderili yerlilere, çiçek veya kızamıktan ölmüş kişilere ait battaniyeleri satarak katliam yapmaları biyolojik silah olarak başvuru yöntemleri olmuştur⁶⁰.

Zararlı etkiler oluşturmak amacıyla diğer canlılar üzerinde kullanılan bulaşıcı araçlara biyolojik silah denir. Bu tanım biyolojik silah olarak üretilen toksinler ve zehirler ile birlikte biyolojik silah olarak kullanılacak bakteri, virüs ve mantar gibi yaşayan mikroorganizmaları da kapsamaktadır⁶¹. Etkilerinin giderek artan ve kalıcı özellik göstermesi, daha geniş kitlelere etki potansiyeline sahip olması, daha kolay ve ucuz elde edilebilmesi gibi özellikleri nedeniyle kimyasal ve nükleer silahlardan ayrılan biyolojik silahların anılan silahlardan en önemli farkı çeşitliliğidir. Bulaşıcılığı yüksek, hızlı ve kolay üretilen, aşı ve tedavisi kullanıcı tarafından kendi yandaşlarına kolaylıkla uygulanabilen hemen hemen tüm mikroorganizmalar biyolojik saldırı amacıyla kullanılabilir⁶².

Biyolojik ajanların enfektive, virülans, toksisite, patojenite ve stabilite

⁵⁹ Gözlügöl, s. 229.

⁶⁰ İ. Hamit Hancı / Çağlar Özdemir / Arif Bozbıyık / Ayşim Tuğ, "Biyolojik Silahlar: Etkileri, Korunma Yöntemleri", *Sürekli Tıp Dergisi*, 10(9), s. 331.

⁶¹ Hancı/Özdemir/Bozbıyık/Tuğ, s. 330.

⁶² Kılıç, s. 2.

gibi bazı özellikleri ajanın kullanım potansiyelini ve yapılan biyolojik silahın gücünü belirler. Biyolojik ajanlar uygun ortamda etkilerini katlayarak vücutta uzun süre kalabilirler. Biyolojik organizmanın çok küçük bir örneği bile uygun koşullarda kimyasal silahlardan çok daha ölümcül olabilir. Örneğin, bacillus antraksis basilinin yol açtığı şarbon hastalığında solunum yoluyla havadan alınan dayanıklı sporlar akciğerler içinde açılarak çoğalmakta, başlangıçta soğuk algınlığı belirtileri ile kuluçka devresini geçirerek kısa sürede öldürücü tablolar ile karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan botulinum toksinin bir kimyasal ajan olan sarinden üç milyon kez daha etkili olduğu belirtilmektedir. Botulinum toksinine maruz kalan kişilerde farklı derecelerde kas felci gelişmekle birlikte, olguların %60'ı ölümlerle sonuçlanmaktadır⁶³.

(3) Kimyasal silah

Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği tarafından 1969 yılında yayınlanan “Kimyasal ve Bakteriyolojik Silahlar ve Bu Silahların Etkileri” konulu raporda kimyasal silahlar, toksik etkileri nedeniyle tüm canlılar üzerinde kullanılan, insanlar ve hayvanlarda ölüme, geçici veya kalıcı yaralanmalara yol açan her türlü katı, sıvı, gaz halindeki kimyasal maddeler olarak tanımlanmıştır. 14.12.2006 tarihli 5564 sayılı Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması Hakkında Kanun⁶⁴’un “Tanımlar” başlıklı 2/1 maddesinin “b” bendine göre kimyasal silah; “*toksik kimyasal maddeler ve bunların prekürsörlerini; toksik kimyasal maddelerin, savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımı sonucunda ortaya çıkacak olan zehirleyici nitelikleri yoluyla ölüme veya başka bir hasara yol açmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazı, aparatı veya düzeneği; bu savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımıyla doğrudan doğruya ilişkili bir biçimde kullanılmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazı, aparatı veya düzeneği*” ifade eder. Kimya bilimindeki ilerlemeler ve teknolojiye gelişmeler ile her yıl biyolojik aktivitesi olan birçok yeni bileşen sentezlenmektedir. Bu bileşiklerden bazıları kimyasal savaş ajanı veya silah olarak kullanılabilir. Kimyasal silahların, konvansiyonel silahların yanı sıra öldürme, yaralama, savaş sırasında karşı tarafı güçsüz bırakma ve kapasite düşürme gibi birçok nedenle kullanıldığı görülmektedir⁶⁵.

⁶³ Hancı/Özdemir/Bozbıyık/Tuğ, s. 330-331.

⁶⁴ 21.12.2006 tarih ve 26383 sayılı Resmi Gazete

⁶⁵ Pınar Erkekoğlu, “Kimyasal Silah Ajanları: Tarihçeleri, Toksisiteleri, Saptanmaları Ve Hazırlıklı Olma”, *Hacettepe University Journal Of The Faculty Of Pharmacy*, 38(1), 2018, s. 24-25.

20. yüzyılda kullanılan veya askeri malzemeler içinde yer alan kimyasallar, taciz maddeleri ve yaralayıcı maddeler olarak ikiye ayrılırlar. Göz yaşırtıcı gazlar veya hapsirtici gazlar olarak karşımıza çıkan taciz maddeleri sınırlı etkiye sahip olsalar da hasım tarafın etkinliğini azaltarak onları maske ve koruyucu elbise gibi ekipmanları kullanmaya sevk eden, koruyucu ekipmanları olmayan kuvvetleri ise alandan uzaklaştırmaya yarayan maddelerdir. Bu maddelerin etkileri çoğunlukla kısa zaman içerisinde kaybolmakla birlikte yüksek oranda maruz kalmaya bağlı olarak yaralanmalara ve ölümlere yol açabilmektedirler. Yaralayıcı maddeler ise öldürme veya ciddi yaralama amacıyla kullanılan maddelerdir. Sınır gazı (sarin, tabun, soman vb.), fosjen gibi akciğer iritanları veya hardal gazı türlerinde birkaç dakika içinde ölüm sonucu görülebilir. Bu tür gazlar kullanıldığında ölüm sonucu gerçekleşme dahi ciddi yaralanmaların yanı sıra kronik bronşit veya kanser gibi kalıcı hastalıklara yakalanma riski artmaktadır⁶⁶.

5. Netice

Tipikliğin maddi unsurlarından birisi de neticedir. Netice fiilin bir alt unsurunu değil, fiilden bağımsız olarak suçun maddi unsurlarından birini oluşturur⁶⁷. İnsanın iradi davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice adı verilir. Netice bakımından suçlar, neticeli suçlar ve sırf hareket suçları şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Hakaret, konut dokunulmazlığını ihlal gibi suçlar sırf hareket suçu olarak değerlendirilirken, kasten öldürme suçu neticeli suç olarak kabul edilmektedir⁶⁸.

TCK m. 82/1’in “c” bendinde düzenlenen yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle kasten öldürme neticeli bir suçtur. Anılan suçta kanuni tipte gerçekleşen hareket ile birlikte ölüm neticesinin gerçekleşmesi de gerekmektedir. Öldürme suçunda netice, mağdurun ölmesi olduğundan, ölüm ile suçun maddi unsuru gerçekleşmektedir.

6. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Ceza normunun tipik tanımında fiilin icrasının yanı sıra bir neticenin gerçekleşmesinin gerektiği suçlarda, bu netice ile icra edilen fiil arasında

⁶⁶ Salih Karataş, “Uluslararası Hukukta Silahsızlanma Ve Kimyasal Silahların Yasaklanması Örgütü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 62-63.

⁶⁷ Özgenç, s. 170.

⁶⁸ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 269-271.

nedensellik bağının bulunması lazımdır. Başka bir ifadeyle, neticeli suçlarda, failin fiili ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Nedensellik (illiyet) bağı, failin, haksız hareketi ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir. Nedensellik bağı ile fail ile icra edilen fiille gerçekleşen netice arasında objektif bir ilişki kurulmaktadır⁶⁹.

Sırf hareket suçlarında hareketin gerçekleşmesiyle suç oluştuğundan, hareket ile netice arasında nedensellik bağının araştırılmasına lüzum bulunmamaktadır. Neticeli suçlarda ise sadece hareketin varlığı ve neticenin gerçekleşmesi yeterli olmayıp, hareket ile netice arasında belli bir bağın bulunması gerekmektedir⁷⁰. Fiil ile netice arasında böyle bir ilişki bulunmuyorsa, başka bir ifadeyle netice failin hareketinden meydana gelmemişse neticenin faile yüklenebilmesi mümkün olmayacaktır⁷¹.

Hayatın olağan akışında yaşanan birçok öldürme olayında neticenin tek bir nedeninin bulunması sık rastlanan bir durumdur. Neticenin tek sebebinin bulunduğu bu gibi hallerde nedensellik bağının kurulması zorluk arz etmez. Ancak ölüm neticesini doğuran sebeplerin çokluğu halinde, bunların hangisiyle ölüm neticesi arasında nedensellik bağının kurulması ve hangi fiilin ölüme neden olduğu hususu büyük önem arz etmektedir⁷².

Hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması faili bu neticeden sorumlu tutmak için yeterli olmayıp, neticenin faile objektif olarak isnat edilebilir olması da gerekmektedir. Bu isnadiyetin belirlenmesi hukuki bir değerlendirmeye dayanır⁷³. Neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi için nedensellik bağının yanı sıra her türlü hayat tecrübesinin dışında kalan atipik bir gelişme olmadan netice faile yüklenebilmeli, fail öldürmeye yol açan olayın gelişimine engel olabilmeli, fail tarafından yaratılan tehlike tipte öngörülen netice içinde gerçekleşmiş olmalı, netice normun koruma alanı dışında olmamalıdır⁷⁴. Örneğin, fail öldürmek kastıyla mağdura ateş eder, omzundan isabet alan ve hayati tehlike geçirmeyecek şekilde yaralanan mağdur hastaneye kaldırılır, hastanede çıkan yangın nedeniyle oluşan dumandan zehirlenerek ölür. Bu olayda failin mağduru yaralaması ile ölümü

⁶⁹ Özgenç, s. 171.

⁷⁰ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 121.

⁷¹ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 272.

⁷² Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 272.

⁷³ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s.121.

⁷⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 240-252.

arasında nedensellik ilişkisi bulunmasına rağmen, mağdurun ölümü faile objektif olarak isnat edilemez. Somut örnekte fail, hastanede çıkan yangın sonucu öldürme suçundan değil, kendisine objektif olarak isnat edilebilecek eylemden sorumlu tutulacak. Kasten öldürmeye teşebbüs suçundan TCK m. 81/1 ve 35/2. maddeleri uyarınca cezalandırılacaktır. Burada önemli olan failin işlediği fiil ile ölüm neticesini meydana getirme riskini yükseltmiş olması ve riskin buna bağlı olarak gerçekleşmiş bulunmasıdır. Fail işlediği fiil ile ölüm tehlikesine yol açmış olmakla birlikte, ölüm, bu tehlikenin olağan sonucu olarak değil de bir başka fiile bağlı olarak ortaya çıkmışsa meydana gelen netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir⁷⁵.

B. Tipikliğin Manevi Unsuru

1. Genel Olarak

Tipikliğin manevi unsuru, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi ilişkiyi ifade etmektedir. Bu ilişki tesis edilmeden gerçekleştiren davranış fiil niteliği taşımayacağından, suçun manevi unsuru oluşmayacaktır⁷⁶. Kasten öldürme suçunun gerek basit halinin gerekse nitelikli hallerinin manevi unsuru kasttır. TCK m. 21/1'e göre doğrudan kast, öngörülen ve suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olup, kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Kasten öldürme suçu doğrudan kastla işlenebileceği gibi TCK m. 21/2'de düzenlenen olası kastla da işlenebilir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun istikrar kazanan içtihatlarına göre⁷⁷, fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini bilmesi ve istemesi halinde doğrudan kastla hareket etmiş olacak, buna karşın işlemiş olduğu fiilin muhtemel bazı neticeleri meydana getirebileceğini öngörmesine ve bu neticelerin gerçekleşmesini mümkün olarak tasavvur etmesine rağmen muhtemel neticeyi kabullenerek fiili işlemesi halinde olası kast söz konusu olacaktır. Fail, böyle bir durumda muhakkak değil ama, büyük bir ihtimalle gerçekleşecek olan neticenin meydana gelmesini kabullenmekte⁷⁸, “olursa

⁷⁵ Erdal Yerdelen / Mehmet Beyhan Seçkin, “Canavarca Hisle Öldürme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 15(44), 2020, s.789-830.

⁷⁶ Özgenç, S. 227.

⁷⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.05.2016 tarihli ve 200-250, 31.03.2015 tarihli ve 619-80, 23.09.2014 tarihli ve 314-389, 07.06.2011 tarihli ve 54-120, 06.07.2010 tarihli ve 51- 162 sayılı ilamları.

⁷⁸ Tck M. 21/2'de “Öngörmesine rağmen, fiili işlemesi” şeklinde tanımlanıp başkaca ayırıcı

olsun” düşüncesi ile göze almakta ve neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba göstermemektedir.

Kast ile olası kast arasındaki ilişkiyi kısaca özetlemek gerekirse; gerçekleşmesi muhakkak görünen neticenin failce bilinmesi ve istenmesi halinde doğrudan kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast söz konusu olacaktır⁷⁹. Örneğin, fail, maktulü öldürmek amacıyla onun bulunduğu işyerinde yangın çıkartırsa gerçekleşmesi muhakkak olan ölüm sonucundan doğrudan kastla sorumlu tutulacak, tehdit veya mala zarar verme kastıyla husumet beslediği şahsın işyerinde yangın çıkarması halinde ise gerçekleşmesi muhtemel olan ölüm veya yaralama sonucundan olası kastla sorumlu tutulacaktır.

Olası kast ile doğrudan kast arasındaki farkı ortaya koyan en belirgin unsur, doğrudan kasttaki bilme ve isteme unsurudur. Yine failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da açıkça istenmese dahi doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerine göre diğer bir kısım neticeleri de doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir. Örneğin hidroelektirik barajının tüm kapaklarını açan ve su baskınına sebep olan failin eylemi TCK m. 170’e göre genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunu oluşturacaktır. Su baskını nedeniyle birçok kişinin ölümü muhtemel değil muhakkak ise eylemi gerçekleştiren fail gerçekleşen tüm ölümlerden sorumlu olacak, her bir maktul için ayrı ayrı TCK m. 82-1-c gereğince cezalandırılacaktır.

2. Nitelikli Hal Olarak; Yangın, Su Baskını, Tahrip, Batırma Veya Bombalama Ya Da Nükleer, Biyolojik Veya Kimyasal Silah Kullanmak Suretiyle Kasten Öldürme

5237 sayılı TCK’da kasten öldürme suçunun yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle işlenmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. TCK

m. 82/1-c’nin uygulanabilmesi için failin kastının öldürmeye ilişkin olması ve bentte belirtilen genel tehlike yaratan eylemlerin veya tehlikeli vasıtaların bir insanın öldürülmesine yönelik olarak kullanılması gerekmektedir⁸⁰. Sayılan vasıtalardan neyin anlaşılması gerektiği, kanunda veya gerekçesinde tanımlanmamış, vasıtaların izahı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır.

5237 sayılı Kanunun gerekçesine göre, başlı başına bir suç olarak düzenlenen “genel tehlikeye sebebiyet verme” suçunun oluşabilmesi için ölüm veya yaralanma ya da malvarlığına zarar verme gibi bir neticenin meydana gelmesi gerekmektedir. Kasten öldürme suçunun genel tehlike yaratmak suretiyle işlenmesi halinde ise hem genel tehlike yaratma suçu hem de kasten öldürme suçu birlikte gerçekleşmiş olmaktadır. Bu durumda bir diğerinin nitelikli hali olan bileşik suç ortaya çıkmaktadır.

TCK m. 82’nin “c” bendinin uygulanabilmesi için bentte sayılan genel tehlike oluşturan fiillerin veya tehlikeli vasıtaların bir kimsenin öldürülmesine yönelik olarak kullanılması gerekir. Başka bir ifadeyle failin kastının öldürmeye yönelik olması lazımdır. Seçilen vasıtalar kullanılarak gerçekleştirilen fiillerle başkasının yaşamına son vermek amaçlanmamasına rağmen bu zararlı netice yine de meydana gelmişse, oluşan netice bakımından failin kastına veya taksirine göre kasten öldürme veya taksirle öldürme suçundan sorumluluğu doğacaktır⁸¹. Failin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen sonucu kabullenerek fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Kastın tespiti açısından failin fiili gerçekleştirirken, başka bir ifadeyle yangın çıkartırken veya gemiyi batırırken amacının veya saikinin bir önemi bulunmamaktadır. Kast açısından önemli olan, fiil gerçekleştirilirken ölüm neticesinin açıkça istenmese de kabullenilmiş, göze alınmış, buna razı olunmuş olmasıdır. Böyle bir durumda failin olası kastla TCK m. 82/1-c’den sorumlu tutulması gerekmektedir. Örneğin, işyeri sahibine gözdağı vermek için gece vakti işyerinde yangın çıkartan fail, işyerinden bulunan gece bekçisinin ölümüne neden olursa ölümü istemediğinden doğrudan kastla sorumlu tutulamayacaktır. Ancak sonucu öngörmesine rağmen olursa olsun düşüncesiyle fiili gerçekleştirdiğinden kabullendiği, muhtemel ölüm sonucundan olası kastla sorumlu tutulacaktır.

Bentte düzenlenen genel tehlike doğuran fiiller gerçekleştirildiğinde veya

unsura yer verilmeyen olası kast kurumunda kanun koyucu madde metninde yer vermediği “kabullenme” ölçüsünü maddenin gerekçesinde; “olası kast halinde suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir, diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir.” şeklinde açıklamak suretiyle, olası kastı bilinçli taksirden ayıracak kıstası ortaya koymuştur.

⁷⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 05.02.2019 tarihli ve 310-62 sayılı ilamı.

⁸⁰ Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2013, s. 62.

⁸¹ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s.62.

tehlikeli vasıtalar kullanıldığında ölüm sonucunun muhtemel değil muhakkak olması durumunda ise fail TCK m. 21/1'e göre öldürmeden doğrudan kastla sorumlu tutulmalıdır. Failin, ahşap bir kulübenin içinde maktul ile birlikte yaşayan insanlar olduğunu bilmesine rağmen kulübenin tüm cephelerine tutuşturucu benzin türevi yanıcı madde döküp ateşe vermesi halinde, ölüm sonucu muhtemel değil muhakkak olacağından, kulübenin içinde ölenlerin tamamından ayrı ayrı TCK m. 21/1 delaletiyle aynı Kanun'un 82/1-c uyarınca cezalandırılması gerekmektedir. Yargıtay uygulaması da bu yönde gelişmiştir.

IV. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık, suçun oluşması için aranan koşullardan birisi olup haksızlığın genel bir unsurudur. Suçun oluşması hukuka aykırılığın gerçekleşmesine bağlı olup tipe uygun olan failin hukuka aykırı olduğu da karine olarak kabul edilmektedir⁸². Tipikliğin unsurlarından biri olmamakla birlikte suçun oluşabilmesi için eylemin hukuka aykırı olmasında zorunluluk bulunmaktadır. Gerçekleşen bir öldürme eyleminde hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkacağından, eylem suç olarak vasıflandırılmayacak, başka bir ifadeyle meşru sayılan eylem suç teşkil etmeyecektir. Bu nedenle, tipiklik unsurlarının varlığı belirlendikten sonra, her olayda öncelikle hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

TCK m. 82/1'in "c" bendinde düzenlenen nitelikli öldürme suçunun oluşması da öldürme fiilinin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Gerçekleştirilen öldürme fiili bakımından kanun emrini yerine getirme (TCK m. 24/1), hukuka uygun emrin ifası (TCK m. 24/2), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/2) ortaya çıktığında, olayda hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği için eylem suç teşkil etmeyecektir.

V. BU NİTELİKLİ HALE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

A. Teşebbüs

TCK m. 82/1-c maddesinde düzenlenen öldürme suçu neticeli suç olarak değerlendirildiğinden, teşebbüs gerek icra hareketlerinin yarıda kalması gerekse icra hareketleri tamamlanıp neticenin gerçekleşmemesi şeklinde

⁸² Gökçen /Balcı/Alşahin /Çakır, s. 223.

ortaya çıkabilir⁸³. Fail, işlemek istediği suçun icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerle neticeyi gerçekleştirmediyse eylemi teşebbüs aşamasında kalmıştır. Genel tehlike yaratmak veya tehlikeli vasıtalar kullanmak suretiyle öldürme suçu teşebbüse elverişli suçlardandır. Suç, mağdurun ölmesiyle tamamlanacağından, fail tarafından öldürme kastıyla elverişli hareket yapıldığı halde ölümün gerçekleşmemesi halinde öldürme suçuna teşebbüs söz konusu olacaktır⁸⁴. Burada suçun icra hareketinin ne zaman başladığı hususu büyük önem arz etmektedir. Örneğin mağdurun yaşadığı kulübeyi yakarak onu öldürmeye karar veren failin yangın çıkartmak için bir bidon benzin satın almasına rağmen mağduru öldürmekten vazgeçmesi halinde fiilin icra hareketi başlamış mıdır? Fiilinin icra hareketinin başladığı kabul edilirse TCK m. 82/1-c maddesinde düzenlenen suçun oluştuğu kabul edilecek ancak icra hareketinin yarıda kalması nedeniyle teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Kanaatimizce anılan örnekte, failin mağdurun yaşadığı kulübeyi yakmak için bir bidon benzin temin etmesi fiilin icrasını kolaylaştıracak hazırlık hareketi olup fiilin icra hareketi henüz başlamamıştır. Bu nedenle failin eylemi suç oluşturmamaktadır.

Biyolojik silahlar ölümcül sonuçlar elde edebilmek amacıyla üretilebileceği gibi kapasite düşürücü olarak da kullanılabilirler⁸⁵. Biyolojik silahın kapasite düşürücü olarak kullanılması halinde failin cezai sorumluluğunu belirleyebilmek için silahın öldürmeye elverişli olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılması ve sonucuna göre failin kastının açığa çıkarılması gerekmektedir. Örneğin failin, arasında husumet bulunan mağdurun adresine içinde öldürücü şarbon bulunan bir mektup zarfı göndermesi ve zarfı açan mağdurun zehirlenerek ölmesi durumunda, fail biyolojik silah kullandığından ölüm sonucundan TCK m. 82/1-c uyarınca sorumlu tutulacaktır. Mağdurun yaralanmasına rağmen ölmemesi halinde ise failin kastının belirlenebilmesi için zarfın içindeki şarbon miktarının ve öldürücü etkisinin bilirkişi raporuyla tespit edilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.

Failin genel tehlike oluşturarak veya tehlikeli araç kullanarak öldürme kastı içinde hareket edip, fiilin icra hareketlerini tamamlamasına rağmen elinde

⁸³ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 271.

⁸⁴ Erdal Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk Ve Alman Uygulaması)*, Adalet Yayınevi, 2013, s. 265-266.

⁸⁵ Hancı/Özdemir/Bozbuğ/Tuğ, S. 330.

olmayan nedenlerle ölüm sonucu gerçekleşmezse başka bir ifadeyle mağdur ölmezse TCK m. 82/1-c maddesi uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası tayin edilecek, tayin edilen ceza TCK m. 35 gereğince mağdurun vücudunda meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı birlikte değerlendirilerek on üç yıldan yirmi yıla kadar belirlenecek hapis cezasına indirilecektir. Yangın veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle gerçekleşen, ancak yaralama kastı altında icra edilen eylem neticesinde faile yaralama suçundan ceza tayin edilecek, yaralama kastı içinde gerçekleşen eylem nedeniyle mağdurun ölmesi halinde ise neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Bu durumda fail, TCK m. 87/4 uyarınca cezalandırılacak, eylem silahla gerçekleştirildiğinden anılan maddenin ikinci cümlesi uyarınca ceza tayin edilecek, “failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı” ve “suçun işleniş biçimi” gerekçe gösterilerek temel ceza tayininde alt sınırdan uzaklaşılacaktır⁸⁶.

B. İştirak

Kasten öldürme suçunda ve suçun nitelikli hallerinde iştirak konusunda özel bir hüküm bulunmadığından, şartlarının bulunması halinde, suçu birlikte gerçekleştirenlerin TCK m. 37/1. uyarınca doğrudan fail olarak, bu suçu işlemeye azmettirenlerin TCK m 38/1, suçun işlenmesine yardım edenlerin ise TCK m. 39. gereğince şerik olarak cezalandırılmaları mümkündür. İştirak halinde işlenen suçlarda failin TCK m. 82/1-c bendinde belirtilen seçimlik hareketlerden birini veya birkaçını gerçekleştirebileceğini bilen diğer fail veya şerikler bakımından da nitelikli hal uygulanacaktır. Bu durum bağlılık kuralının doğal bir neticesidir⁸⁷.

TCK m. 37/2’deki “suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur” hükmüne göre genel tehlike yaratmak veya tehlikeli vasıtalar kullanmak suretiyle öldürme suçunu bir başkasını vasıta kılınarak icra ettiren kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Doğrudan failin; hukuka uygunluk sebebi içine sokularak, hataya düşürülerek bir suçun işletilmiş olması, kusur yeteneğine sahip olmaması veya cebir sonucu suçun işlenmiş olması hallerinde dolaylı faillik söz konusu olabilecektir. Örneğin, cezai sorumluluğu bulunmayan birisini öldürme fiilinin işlenmesinde vasıta olarak kullanan kişi dolaylı fail olarak öldürme fiilinden sorumlu tutulacaktır⁸⁸.

⁸⁶ Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi*, s. 219-220.

⁸⁷ Hakan Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları*, Seçkin Yayınları, 2006, s. 226.

⁸⁸ Hakeri, *Genel Hükümler*, S. 543-547.

Genel tehlike yaratmak veya tehlikeli araçlar kullanmak suretiyle öldürme suçunu dolaylı fail olarak gerçekleştirmeye şu şekilde örnek verebiliriz: Çiftçilik yapan B isimli şahıs mülkiyeti ihtilafı olan arazi üzerindeki ahşap bir kulübede ikamet etmektedir. Kulübe ve arazinin kendisine ait olduğunu düşünen ve bu nedenle B’yi öldürmek isteyen A, cezai ehliyeti bulunmayan C’ye şiddetli rüzgâr olan bir gün ihtilafı arazideki anızı yakması için kibrit verir ve C’ye anızın kendisine ait olduğunu söyleyip yangın çıkartmasını söyler. C, kendisine gösterilen yere kibrit çöpü atarak yangın çıkartır. Yangın rüzgârın etkisiyle ihtilafı arazideki kulübenin de yanmasına neden olur. Kulübede bulunan B’de yangın nedeniyle ölür. Bu durumda A, yangın çıkartıp genel tehlike yaratarak öldürme suçunun dolaylı faili iken, ceza ehliyeti bulunmayan C’nin kasten öldürmeden sorumluluğu söz konusu değildir.

Failin hukuka aykırı ve kasten gerçekleştirdiği fiiline iştirak eden kişiler, kendi kusurları ve fiile katılım düzeyleri dikkate alınarak “azmettiren” veya “yardım eden” olarak cezalandırılacaktır. Şerik olarak nitelendirilen bu kişilerin sorumluluklarının kaynağı TCK m.40’ta düzenlenmiş olan bağlılık kuralıdır. Buna göre; “Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.” Bu nitelikli bir özgü suç olmadığından şerikliğin her türü de mümkündür. Şeriklerin sorumluluğuna gidilebilmesi için elbette bu nitelikli halin azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

C. Suçların İçtimaı

Kanun koyucu TCK’da yer alan suçların tanımında, korunmasını istediği hukuki yararın/yararların niteliklerini belirtir. Gerçekleştirilen eylemin suç teşkil etmesi halinde bazen aynı eylemle birden çok hukuki yararın veya farklı eylemlerle aynı hukuki yararın ihlal edilmiş olması mümkündür. Kanunda özel hükümler öngörülen bu düzenlemeler suçların içtimaı olarak adlandırılır⁸⁹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na hâkim olan ilke gerçek içtima olduğundan, bunun sonucu olarak, “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza” söz konusu olacaktır. Yargıtay da genel olarak buna uygun kararlar vermektedir⁹⁰. Nitekim bu husus Adalet Komisyonu raporunda; “Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, ‘kaç fiil varsa o kadar suç, kaç

⁸⁹ Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Basım Yayım, 2020, s. 518.

⁹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 14.11.2019 tarihli ve 13-98/661 sayılı kararı.

suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtimaı bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır." şeklinde dile getirilmiştir.⁹¹ Bu kuralın istisnalarına 5237 sayılı TCK'nın "Suçların İçtimaı" bölümünde, anılan Kanun'un 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde yer verilmiştir.

Kanunda düzenlenen suçun tanımlarından birinin, diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olmasına bileşik suç denir. Fail tarafından gerçekleştirilen eyleme TCK'da bileşik suç olarak yer verilmiş ise cezalar içtima edilmeyecek⁹², ilgili kanun maddesinde öngörülen ceza belirlenerek hüküm kurulacaktır⁹³. Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama fiilleri genel tehlike oluşturan hareketler olup, bu hareketlere başvurularda kasten öldürme eylemi gerçekleştirildiğinde, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması eylemi TCK m. 82/1-c de düzenlenen suçun unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle bu nitelikli hal uygulanırken genel tehlike yaratma suçundan ayrıca ceza verme yoluna gidilmeyecektir.

Zincirleme suç kavramı, Orta Çağ'da Glossatörler ve Postglossatörler tarafından müşterek bir kararla aynı tip suçu birden çok işleyen failleri aşırı cezalardan korumak amacıyla yaratılmıştır. Gerçekten de özellikle üç hırsızlığın cezasının ölüm olmasının neden olduğu aşırılıkları yumuşatmanın çıkar yolu olarak pratik hukukçular tarafından bu kurum düzenlenmiştir. Önceleri hırsızlık bakımından öngörülen zincirleme suç, sonraları diğer suçlara da yayılmıştır⁹⁴. Kasten öldürme suçu bakımından zincirleme suç ve aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmayacağı TCK m.43/3'te açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle bu nitelikli hale uygun olarak gerçekleştirilen öldürme olaylarında her bir ölen kişi için TCK m.82/1-c bendi ayrı ayrı uygulanacak ve ölen kişi sayısınınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir.

⁹¹ Esasen ayrı ayrı verilen cezaların infazlarının da ayrı ayrı yapılacağı kuralı geçerlidir. infaz hukukunda var olan cezaların içtimaı sadece infazın daha sağlıklı yapılabilmesi için getirilmiş görünüşte toplama işlemidir. Bkz. Erdal Yerdelen, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları Ve İnfazı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.

⁹² Madde gerekçesinde bu tür suçlarda suçu oluşturan araç suçtan dolayı ayrıca verilmeyeceği, dolayısıyla cezaların içtimaı hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

⁹³ Centel/Zafer/Çakmut, *Ceza Hukukuna Giriş*, s. 536-537.

⁹⁴ Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yayınevi, 1995, s. 40.

VI. HAKSIZ TAHRİK

Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik; kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir. Bu yönüyle haksız tahrik, kusurun irade unsuru üzerinde etkili olan bir nedendir. Başka bir anlatımla haksız tahrik hâlinde failin iradesi üzerinde bir zayıflama meydana gelmekte, böylece haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altındaki kişinin suç işlemekten kendisini alıkoyma yeteneği önemli ölçüde azalmış bulunmaktadır⁹⁵.

Genel tehlike yaratmak ve tehlikeli araçlar kullanmak suretiyle kasten öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca bu nitelikli halin suçun işlenişine be kullanılan araçlara ilişkin olması da olayda haksız tahrikin uygulanmasına engel değildir. Bu nedenle failin, mağdurdan veya maktulden kaynaklanan haksız söz veya davranışın üzerinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlese verilen cezada haksız tahrik nedeniyle indirimi yapılabilecektir. Böyle bir durumda TCK m. 82/1-c bendi uyarınca hükmolunan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, haksız söz ve davranışın niteliği ve ulaştığı boyut dikkate alınarak TCK m. 29/1 gereğince 18 yıldan 24 yıla kadar belirlenecek hapis cezasına indirilecektir.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu m. 82/1-c'de kasten öldürme suçunun "yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle" işlenmesi halinde, kişinin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak suçu nitelikli hale getiren vasıtalar soyut olarak değil kazuistik şekilde sayma yoluyla belirlenmiştir. Sayılan vasıtaların yorumla veya kıyas yapılarak artırılması mümkün değildir. Kasten öldürme suçunda bir başkasının yaşamı ortadan kaldırılmak istendiğinden, korunan hukuksal değer bireysel olup, yaşam hakkıdır. Ancak TCK m. 82/1-c'de düzenlenen suç işlendiğinde öldürme ile birlikte genel güvenliği tehlikeye sokma suçu da oluşmaktadır. Bu nedenle anılan suçla yaşam hakkı ile birlikte toplumsal düzen ve kamusal güvenlik de korunmakta olup, suçla korunan hukuksal değer, hem bireysel hem de toplumsaldır.

⁹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.10.2017 tarih ve 2017/1-909 E. 2017/419 K. sayılı ilamı.

TCK m. 82/1-c'nin metninde yer alan yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama fiilleri genel tehlike oluşturan hareketler olup bu hareketlere başvuruyla kasten öldürme eylemi gerçekleştirildiğinde, eylem nitelikli hal olarak vasıflandırılacaktır. Yanıcı maddenin uzaklaştırılmasına rağmen ateşe verilen ürünün tek başına yanmaya devam etmesi ve yakılan ateşin başka bir cismi tutuşturmaya elverişli olması halinde de yangından söz edilir. TCK m. 82/1-c bendinde doğrudan doğruya kişinin yakılarak öldürülmesi değil, yangın çıkartarak kişinin öldürülmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Seylâp olarak da adlandırılan "su baskını" sellerin veya eriyen kar sularının katılmasıyla kabaran akarsuların yataklarından taşarak çevreyi basmasıdır. Bir hasmın öldürülmesi amacıyla su bendinin kapaklarının açılması ve suların bulunduğu alanı basması üzerine mağdurun ölmesi halidir. Kişinin suda boğularak öldürülmesi bu bent kapsamına girmez.

Yıkma, kırıp dökme, harap etme, bozma anlamına gelen tahrip, bir insanın öldürülme vasıtası olamayacağından, tahrip suretiyle öldürme suçunu da bir insanın tahrip edilerek öldürülmesi olarak değil, bir binanın, işyerinin, geminin veya su aracının tahrip edilmesinin sonucu öldürülmesi olarak anlaşılması gerekmektedir. İnsan bedeninin harap edilerek kişinin kasten öldürülmesi hali ise şartları varsa eziyet çektirerek öldürme suçunu oluşturabilir. Batırma suretiyle öldürme, kişiyi doğrudan suya bastırarak suretiyle suda boğarak öldürmeyi değil, içinde bulunduğu gemi, sandal, tekne, kayık gibi suda yüzen vasıtanın batırılması suretiyle öldürmeyi anlatmaktadır. Belli bir hedefe bomba atmak ya da patlatmak suretiyle öldürme suçunda, kullanılan bombanın tahrip gücü ve bombalanan yerin niteliğine göre, çoğu defa kastedilenden başka kişilerinde ölmesi, yaralanması muhakkaktır⁹⁶. Yargıtay uygulamasında mayın patlaması sonucu meydana gelen ölümler de bombalama suretiyle öldürme olarak değerlendirilmektedir. Fail, nükleer, kimyasal ya da biyolojik silah kullanarak kasten öldürme fiilini gerçekleştirirse TCK m. 82/1-c de düzenlenen nitelikli halden sorumlu tutulacaktır. Kanun

⁹⁶ Yargıtay 16. CD, 23.12.2015 tarih ve 2015/4551 E., 2015/5031 K. sayılı kararında, "Olay yeri krokisi, mağdur ifadeleri ve tüm dosya kapsamına göre; katılan-mağdurlar h... d..., ş... g..., m... t... ve a... g... 'ün yakınında patlayan savunma tipi el bombasının etki mesafesi göz önünde bulundurularak kişilerin ölüm veya yaralanmalarına neden olup olmayacağı mahkemece re'sen seçilecek uzman bilirkişi görüşü alındıktan sonra anılan mağdurlar yönünden sanıkların hukuki durumlarının tespit edilmesi gerekirken, yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi" gerekçesiyle yerel mahkemece kurulan beraat hükümlerinin bozulmasına karar vermiş, bombanın etkisinin kastedilenden başkalarının ölmesi veya yaralanmasına neden olması halinde zarar gören tüm mağdurlar yönünden mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

koyucu, anılan silahların niteliklerinden kaynaklanan tehlikeyi dikkate alarak bu silahların aracı kullanılarak gerçekleştirilen öldürme eylemini nitelikli hal olarak kabul etmektedir.

Genel tehlike yaratmak ve tehlikeli araçlar kullanmak suretiyle kasten öldürme suçunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca bu nitelikli halin suçun işlenişine be kullanılan araçlara ilişkin olması da olayda haksız tahrikin uygulanmasına engel değildir. Bu nedenle failin, mağdurdan veya maktulden kaynaklanan haksız söz veya davranışın üzerinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlerse verilen cezada haksız tahrik nedeniyle indirimi yapılabilecektir.

KAYNAKÇA

- Arslan Ç/Azizağaoğlu B, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayın Dağıtım, 2004.
- Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta Basım Yayın, 2020.
- Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I*, Beta Basım Yayın, 2011.
- Çanakçıoğlu H, “Yangın Emniyet Yolları Ve Yangın Emniyet Şeritleri”, *İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi*, Seri B, XX(1), 1970, s. 121-155.
- Dönmezer S, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Basım Yayım, 2001.
- Erkekoğlu P, “Kimyasal Savaş Ajanları: Tarihçeleri, Toksisiteleri, Saptanmaları Ve Hazırlıklı Olma”, *Hacettepe University Journal Of The Faculty Of Pharmacy*, 38(1), 2018, s. 24-38.
- Gökçen A/Balcı M, *Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ Ve Doku Ticareti Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Gökçen A/ Balcı M/ Alşahin ME / Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- Gözlügül S V, “Nükleer Korku Gölgesinde Uluslararası Barış Ve Güvenlik”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 2013, s. 222-245.
- Hancı İ H / Özdemir Ç /Bozbıyık A/Tuğ A, “Biyolojik Silahlar: Etkileri, Korunma Yöntemleri”, *Sürekli Tıp Dergisi*, 10(9), 2001, s. 330-332.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- Hakeri H, *Kasten Öldürme Suçları*, Seçkin Yayınevi, 2006.
- Karataş S, “Uluslararası Hukukta Silahsızlanma Ve Kimyasal Silahların Yasaklanması Örgütü”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Kılıç S, “Biyolojik Silahlar Ve Biyoterörizm”, *Türk Hijyen Ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, No 1-2-3, 63, 2006, s. 1-20.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.

- Koca M / Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2013.
- Turan E / Otacı C, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- Özbek V Ö / Doğan K / Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2014.
- Sancar Yalçın T, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yayınevi, 1995.
- Seçkin M B, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 2016, s. 420-439.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016.
- Taner M T, *Ceza Hukuku Umumî Kısım*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949.
- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, TDK Yayınları, 2011.
- Yerdelen, E, *Cezanın Belirlenmesi (Türk Ve Alman Uygulaması)*, Adalet Yayınevi, 2013.
- Yerdelen E, *Türk Ceza Hukuku Yaptırımları Ve İnfazı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Yerdelen E/Seçkin M B, “Tasarlayarak Öldürme Suçunda Özel Durumlar Ve Yargıtay Yorumu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 11(32), 2016, s. 29-62.
- Yerdelen E/Seçkin B, “Canavarca Hisle Öldürme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 15(44), 2020, s.789-830.
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (Tck M.1-75)*, 4. Baskı, Beta Basım Yayım, 2015.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

İNGİLİZ CEZA HUKUKUNDA KOŞULLU SALIVERİLME

EARLY RELEASE IN ENGLISH CRIMINAL LAW

Ali Emrah BOZBAYINDIR*   

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1270715](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1270715) 

Erken salıverilme ister bir koşula bağlamış olsun ister olmasın modern ceza adaleti sisteminin vazgeçilmez bir unsurlarından bir olma niteliği arz etmektedir. Buna mukabil, koşullu salıverilme oldukça tartışmalı bir kurum niteliğindedir. Koşullu salıverilme, çoğu zaman cezaevi nüfusunun azaltılması menfaati ile örneğin şiddet ihtiva eden suçları işlemiş faillerin daha uzun süre cezaevinde tutulması suretiyle belli bir toplumda kamunun ceza adaleti sistemine güveninin muhafazası menfaati arasındaki gerilimi yansıtmaktadır. Bu makale, oldukça karmaşık ve sürekli değişen bir yapı arz eden İngiliz koşullu salıverilme modelini tahlil etmektedir. Bu karmaşık yapısına rağmen İngiliz modeli, bir karşılaştırmalı hukukçu için bilhassa liberal bir ceza hukuku sisteminde yaşanan yukarıda ifade edilen gerilimi billurlaştırmış olması bakımından oldukça ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Makale, İngiliz koşullu salıverilme modeli ve kavramlarının kısaca izah edilmesiyle başlamaktadır. İngiliz modeli, otomatik ve takdiri salıverilme sistemlerine bir arada yer veren karma bir model niteliğindedir. Bu izahları müteakip, İngiltere’de koşullu salıverilmenin tarihsel gelişimini ve modern dönemdeki 1967 tarihli Ceza Adaleti Kanunu’ndan (Criminal

* **Doç. Dr.**, Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, **e-posta:** abozbayindir@yahoo.com,

ORCID: 0000-0001-7995-2474 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1270715

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Justice Act 1967) en son 2022 yılındaki Adalet Bakanlığı Koşullu Salıverilme Sisteminin İncelenmesi Değerlendirme Raporu'na (the Review of the Parole System by the Ministry of Justice) kadar olan modern dönemdeki dönüşümünü kısaca tahlil edilmektedir. Çalışmada daha sonra, koşullu salıverilmeden yararlanmanın zamansal şartına ilişkin mevcut suç ve suçlu tipine göre farklılaştırılmış ikili bir yapı arz eden şartları ve koşullu salıverilme kurulunun karar alma süreçlerini incelemektedir. Koşullu salıverilme kararının geri alınması ve geri alınma kararı türlerini inceledikten sonra makale koşullu salıverilme bağlamında elektronik izlemenin kullanılması ve Yeni Koronavirüs Hastalığı (COVID-19) salgını döneminde benimsenen geçici salıverilme düzenlemelerinin tahlil edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Koşullu salıverilme, otomatik salıverilme, koşullu salıverilme kurulu, koşullu salıverilme kararının geri alınması, elektronik izleme

ABSTRACT

Early release, with or without conditions, is an indispensable element of the modern criminal justice apparatus, albeit controversial. It reflects, at times, the tension between the interest of reducing the prison population on the one hand and the interest of keeping, say, violent offenders longer behind bars to preserve the public's trust in the criminal justice system in a given society. The present article presents the English early release model, which is marked by complexity and change, yet, quite interesting for a comparatist, for it makes crystal the aforementioned tensions in the liberal criminal justice apparatus, especially in the law few years. The present article starts with an overview of the model and basic concepts of early release in England and Wales, emphasizing its mixed model of early release, which combines automatic and discretionary models of early release. The article then briefly analyses the historical development of the law of early release in England and its modern evolution from the Criminal Justice Acts 1967 to the most recent, the Review of the Parole System conducted by the Ministry of Justice in 2022. The article also examines the current bifurcated temporal requirements for conditional release and the role and decision-making process of the parole board. After providing an overview of the recall procedures and types of recall, the article examines the use of electronic monitoring in the context of conditional release and the temporary release schemes adopted during the COVID-19 pandemic.

Keywords: Conditional release, automatic release, parole board, recall, electronic monitoring

EXTENDED ABSTRACT

Early release of sentenced prisoners is of great significance, and in all European countries, early or conditional release is an indispensable element of the criminal justice apparatus. Defined broadly, early release encompasses the reduction of the custodial element of a sentence via releasing the prisoner prior to the expiration of the

formally announced sentence of the court, with the remainder of the sentence served either in the community under licence or terminated unconditionally. Nevertheless, if one embarks on a study of the law of conditional release comparatively, even a bird's eye view comparison among the existing early or conditional release schemes in European countries would reveal the fact that rules and regulations with regard to this institute are organised very differently in respect of the minimum period to be served until release, the decision-making bodies regarding a conditional release, automatic or prognosis-based discretionary nature of the release, or the recall procedures.

The objective of the present study is, thus, to analyse early release, with or without conditions, in England and Wales, which has long been a feature of the English criminal justice system, from a comparative criminal law perspective with a focus on the European laws on conditional release. Despite its complex and constantly changing nature, the study of English law of conditional release sheds light on many issues that have arisen in many modern criminal justices systems, such as the tension between the rehabilitative ideal and the interests of crime control, the perennial problem of overcrowded prisons and front door and back door strategies designed to cope with this problem, public reactions against the early release, and the phenomenon of bifurcation in the law of release which is marked by the tendency of subjecting a certain group of offenders to more strict conditions vis-à-vis the convicts of the so-called run-of-the-mill offences. Therefore, the primary concern of the present article is to provide an overview of the English answers to the issues mentioned above common to liberal criminal justice systems to a varying extent.

The article commences with an introduction to the basic concepts of the law of early release in England and Wales comparative perspective. Subsequently, the work offers a brief overview of the historical evolution of the institute of parole in England and Wales starting from the periods of transportation and penal servitude but focusing rather on the modern system of parole in England and Wales, which emerged in the 1960s. The article takes note of the changes that occurred in the 1990s and 2000s. Still, it primarily shifts the focus to the most recent changes that have been taking place as partly a result of the furore surrounded the release of convicted rapist John Worboys in England in 2018 and has culminated into the Root and Branch Review of the Parole System conducted by the Ministry of Justice in 2022, and the ensuing most recent reforms in the law of parole in general, and the role and powers of the parole board, which is the governing body with regard to decisions of conditional release in England and Wales.

The temporal requirements for early release in England are one of the primary concerns of the present study due to its structure which is in accord with the nature of the sentence the defendant receives – determinate, extended determinate, or indeterminate- and increasingly according to the type of criminality. Indeed, there are strong policy incentives in England and Wales to keep offenders who have committed violent, sexual, and terrorist offences behind bars longer, leading to the oft-criticised

bifurcation of the law of early release and exacerbated with the reforms of the last few years. The article also examines the role and function of the Parole Board, which was established in 1968 under the Criminal Justice Act 1967. The Board is currently an executive non-departmental public body that enjoys a quasi-judicial role. However, it is not a tribunal, which is another aspect where the English sentencing law differs from continental Europe, where the courts and judges are responsible for the decisions regarding conditional release. Following the recent debates concerning the transparency of parole board procedures, the article outlines the recall procedures and types of recall in England and Wales. Finally, the paper returns to the use of technology in early release, that is, the institute of Home Detention Curfew and the limited temporary release scheme adopted in England and Wales during the COVID-19 pandemic.

GİRİŞ

Modern hapishanenin doğuşundan günümüzde değin koşullu salıverilme kurumu, ceza adaleti sistemlerinin en münakaşalı meselelerinden biri olagelmıştır. Kurumun bugünkü görünüm biçimleri daha ziyade XIX. ve erken XX. yüzyıllarda şekillenmiştir. Koşullu salıverilme kurumunun başlıca amacı mahkûmların ıslahına katkıda bulunmak olsa da kurumun tarihi gelişimi, hapishane nüfusunun azaltılması amacıyla tatbik edildiğini ve bu gerekçeyle temellendirildiğini de göstermektedir¹. Önceleri merhamet ve af mülahazalarıyla kişinin erken salıverilmesinde, modern dönemde değışen husus kişinin ıslah olduğuna, iyi haline ilişkin delil ve emarelere dayalı bir değerlendirme kıstasının esas alınmaya başlanması olmuştur².

Modern dönemden önce mahkûmlarının salıverilmesinde kendisine müracaat edilen geleneksel mekanizma büyük ölçüde genel ve özel affa tekabül eden af kurumlarıydı. Bu çerçevede genel af olarak adlandırabileceğimiz ‘*amnesty*’ mahkûmiyete ilişkin tüm sonuçları ortadan kaldırırken, özel af niteliğindeki ‘*pardon*’ ise sadece mahkûmun veya belli bir mahkûm grubunun salıverilmesine imkan tanıyordu. Bu kurumlar, belli bir grup mahkûma belli bir yıl dönümü veya diğer büyük milli hadise vesilesiyle tatbik edilseler de esasen, hapishane nüfusunun daha yönetilebilir bir seviyeye çekilmesi esas gayeyi teşkil ediyordu³. Buna karşılık af kurumu İngiltere ve Almanya gibi

¹ Frieder Dünkel, ‘Early Release from Prison’, in Gerben Bruinsma ve David Weisburd (eds.), *Encyclopaedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, 2014, s. 1256, 1258.

² ibid.

³ ibid 1257.

ülkelerde çok uzun zamandır adeta tedavülden kalkmış durumdadır. Bunun temel sebebi affın, yürütme erkinin haklı bir temel olmaksızın kullanılması olarak görülmesidir. Fransa ve İtalya gibi ülkelerde ise af kurumu günümüzde de ceza siyasetinin başat unsurlarından biri olmaya devam etmektedir⁴. Büyük ölçüde affın yerini almak gayesiyle ihdas edilen koşullu salıverilme benzeri kurumların cezaevi nüfusunu kontrol altında tutmakta etkin bir işlev görüp görmediği ise münakaşalıdır. Ceza adaleti sistemine yapılan müdahale ve reformlar kimi zaman 1996 İspanyol reformu örneğinde olduğu gibi cezaevi nüfusunun artmasına veya 2008 Avusturya reformunda olduğu gibi cezaevi nüfusunun azalmasına neden olabilmektedir⁵.

İngiltere ve Galler’de⁶ de mahkûmların cezalarının belli bir kısmını infaz kurumunda geçirdikten sonra, koşullu veya koşulsuz olarak cezalarının kalan süresini infaz kurumu dışında toplumsal hayata dâhil olarak geçirmesine imkân sağlayan kurumlar uzun süredir uygulanmakta ve mütemadiyen değışikliklere uğramaktadır. Klasik görünüm biçimiyle Anglosakson koşullu salıverilme (*parole*) kurumu, hükümlünün belirsiz süreli cezasının (*indeterminate sentence*) kalan kısmını toplum içinde çekmek üzere şartlı salıverilmesi esasına dayanmaktadır⁷.

Ülkemizin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukukunda ise salıverilme, koşullu veya koşulsuz olarak belirli süreli bir hapis cezasının umumiyetle yarısı veya üçte ikilik kısmını infaz kurumunda çekilmesinin akabinde salıverilmesi esasına dayanmaktadır⁸. Her iki sistemde de kurumun özünü, hükümlünün cezasının tamamını infaz kurumunda çekmeden salıverilmesi

⁴ Dünkel, s. 1257; René Lévy, ‘Pardons and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France’, *Crime and Justice*, 36(1), 2007, s. 551, 554 vd.

⁵ Dünkel, s. 1257.

⁶ Çalışmada İngiltere, İngiltere ve Galler hukukunu ifade etmek üzere kullanılacaktır.

⁷ Belirsiz süreli hapis cezasının belli bir safhasına gündeme gelebilecek olan bu geleneksel erken salıverilme kurumu, 1980li yıllara geldiğinde ABD’de tenkide maruz kalmış ve birçok eyalette kaldırılmıştır. Belirsiz süreli hapis cezasına ve salıverilmenin keyfi niteliğine karşı haklı itirazlara karşılık uygulanan yeni sistemde hapis cezalarının süresi uzamış ve ABD’de kitlesel mahpusluk olarak (*mass incarceration*) ifade edilen hapishanelerdeki nüfusun iki milyonun üzerine çıkmasına bir ölçüde yol açmıştır. Günümüzde ABD 5000’den fazla hapishanesi ve 2.1 milyon mahkûmuyla Dünya’nın en büyük hapishane sistemine sahiptir. Bkz. Dünkel, s. 1259; James Byrne, Don Hummer, Sabrina S. Rapisarda/Kimberly R. Kras, ‘The US government’s response to COVID-19 outbreaks in federal, state, and local corrections’, in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 557.

⁸ Dünkel, s. 1256.

teşkil etmektedir. Koşullu salıverilme kurumu ya da hukukunun uygulandığı bütün hukuk sistemlerinde tezahür eden ortak sorunlar mevcuttur. Bunların başında, tutarlı bir ceza siyaseti çerçevesinde adil ve savunabilir bir erken salıverilme sistemine ulaşılması gayesi gelmektedir, İngiltere bilhassa meşhur 1907 tarihli Hükümlülerin Denetimli Serbestliği Yasası (*the Probation of Offenders Act*) ile bu alanda öncü ülkelerden olmuştur⁹. İngiliz koşullu salıverilme hukukunun tetkiki, Anglosakson ceza hukukunda 1970li yıllardan bu tarafa cezanın genel ve özel önleme amaçlarının ön plana çıkışı ve ıslah düşüncesinin görece geri plan itilmesinin örneklerinden biri olması bakımından da önem arz etmektedir. Koşullu salıverilmenin şartları ve özellikle kurumdan yararlanma şartlarının suç tiplerine göre farklılaşmış ve koşullu salıverilme kararının geri alınmasında daha esnek bir yapıda olması da İngiliz koşullu salıverme hukukunun tetkikini lüzumlu kılmaktadır. Buna ilave olarak, küresel konumlandırma sistemi (*Global Positioning System, GPS*) temelli teknolojilere koşullu salıverilme uygulamalarında müracaat edilmesi, İngiltere örneğinin incelenmesini gerektiren bir diğer husus olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰.

İngiltere’de koşullu salıverilme kurumu, toplum içine salıverilmeleri efkari umumiye tarafından uygun görülmeyen mahkumlara ilişkin vakalar nedeniyle tenkide uğramakta ve hükümeti bilhassa çocuk ve kadınlara karşı şiddet ihtiva eden suçlarda salıverilme şartlarını zorlaştırmaya, hatta fiilen imkânsız kılacak tedbirleri almaya sevk etmektedir. Bilhassa toplumda infial yaratan bazı suçluların salıverilmesine karşı yoğun tepkiler nedeniyle, 2019’dan bu yana hükümet koşullu salıverilme şartlarını ağırlaştıracak yasal düzenlemeler yapmıştır.

Sürekli olarak yasal değişiklikler ve farklı koşullu salıverilme rejimlerinin varlığı İngiliz koşullu salıverilme hukukunun oldukça karmaşık bir yapı arz etmesi sonucunu doğurmuştur. Bu husus kendisini, koşullu veya erken salıverilme olarak adlandırılan kuruma ilişkin kavramlar bakımından da göstermektedir. Geleneksel olarak erken veya koşullu salıverilme, hükümlünün cezasının belli bir süresini koşulsuz olarak infaz kurumunda geçirmesinin ardından bir yargısal otoritenin kararına konu olması anlamına gelmektedir. Karşılaştırmalı hukukta umumiyetle kişinin hükmedilen cezanın yarısı veya üçte ikisini infaz kurumunda geçirmesi şartı aranmakta; bunun akabinde ilgili

⁹ Dünkel, s. 1257.

¹⁰ Kıta Avrupası ile karşılaştırmalı bir değerlendirme için bkz. Dünkel, s. 1257.

ülke mevzuatına göre bir hâkim, cezaevi idaresi veya bir kurul tarafından kişinin toplumsal hayata geri dönmesinin uygunluğu karara bağlanmaktadır¹¹. Salıverilmeye ilişkin şartların oluştuğu hallerde hükümlüler cezalarının tamamını infaz kurumunda geçirmeden toplum içine salıverilmektedir. Günümüzde bu klasik koşullu salıverilme kavramının dışında, hükümlünün bilhassa kısa süreli hapis cezasına çarptırıldığı hallerde, cezasının daha ilk günden itibaren ceza infaz kurumu dışında elektronik izlemeye tabi olarak ev hapsinde infaz edildiği halleri ifade etmek için de kullanılmaktadır¹².

Bu nedenle, çalışmamızda öncelikle İngiliz hukukunda koşullu salıverilme karşılığında kullanılan kavramlar izah edilecek, akabinde mahkûmların erken salıverilmesine ilişkin mevzuat ve uygulama ana hatlarıyla ortaya konulacaktır. İnfaz kurumunda geçirilmesi gereken süreler ve koşullu salıverilmenin geri alınması konuları tetkik edildikten sonra erken salıverilme hakkında karar veren merciinin karar alma yetkisi ve yapısı izah edilecektir. Akabinde, elektronik izleme teknolojisinin koşullu salıverilmede kullanılması ve COVID-19 salgınının erken salıverilmeye etkileri de kısaca ele alınacaktır. Çalışmada, İngiliz sisteminin daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak ve koşullu salıverilmede farklı yaklaşım biçimlerini ortaya koymak amacıyla, diğer Avrupa ülkelerindeki koşullu salıverilme şartlarına ilişkin genel izahlarda bulunulacaktır.

Bu noktada, İngiltere’de koşullu salıverilmeye ilişkin mevzuat ve uygulamaya geçmeden evvel, bu ülkenin ceza adaleti sisteminde konumuzla ilgili önem arz eden istatistikî verileri ortaya konulacaktır. İlgili ülkenin ceza adaleti sistemi hakkında fikir vermesi bakımından bu durum önem arz etmektedir.

İngiltere ve Galler’de, 30 Haziran 2022 itibarıyla ceza infaz kurumlarında bulunan kişi sayısı 80.659’dur.¹³ Genelde bu şekilde seksen binlerin üzerinde seyreden mahkûm sayısının Covid-19 döneminde yaşanan tam kapanmalar nedeniyle %6 civarında düştüğü hususu ifade edilmelidir.¹⁴

¹¹ Frieder Dünkel/Jonas Weber, ‘(Early) release, probation and collateral consequences (directives) after release, Legal conditions and practice’ in Frieder Dünkel, Ineke Pruin, Anette Storgaard and Jonas Weber (eds), *Prisoner Resettlement in Europe*, Routledge, 2019, s. 403-434, s. 403.

¹² Dünkel/Weber, s. 403.

¹³ Bkz. Prisons Data <<https://data.justice.gov.uk/prisons>> Erişim Tarihi 11.03.2023.

¹⁴ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Georgina Sturge, *UK Prison Population Statistics*, House of Commons Library, 2020, s. 3 vd.

Bu noktada vurgulanması gereken bir başka husus da İngiltere’de bulunan 130 hapisanenin 14’ünün özel şirketler tarafından işletiliyor olmasıdır. Mevcut mahkûmların %12.3’nün cezası bu özel cezaevlerinde infaz edilmektedir¹⁵. Ceza adaleti sektöründeki özelleşme, 2015 yılından bu yana denetimli serbestlik hizmetlerini (*National Probation Service*) önemli ölçüde daraltmıştır. Hükümet, 21 farklı toplumsal rehabilitasyon şirketiyle sözleşme yapmıştır ve bu şirketler denetimli serbestlik hizmetlerini (*probation services*) yürütmektedir¹⁶.

Uzun dönemli istatistikler incelendiğinde, İngiltere’de hapisane nüfusunun 1900 ile 2019 yılları arasındaki dönemde dört katı arttığı görülmektedir. Bir başka deyişle 1900 yılında 17.400 olan mahkûm sayısı 2019 yılına gelindiğinde 82.900’e ulaşmıştır.¹⁷ Bu artışın yarısı da 1990 yılından itibaren yaşanmıştır.¹⁸ 2010 yılından buyana hapisanedeki mahkum sayısında hatırı sayılır bir değişiklik olmamıştır¹⁹. 2021 Ocak ayı sonu verileri esas alındığında İngiltere’de her 100.000 kişiye 130 mahkûm düşmektedir. İngiltere’de mahkumların nüfusa oranı ABD, Rusya ve Türkiye gibi ülkelerin gerisinde kalsa da Doğu Avrupa ülkeleri bir tarafa bırakılacak olursa Avrupa Birliği üyesi ülkelerden yüksektir.²⁰ Keza Mayıs 2020 verilerine göre İngiltere’de hapisanelerin %49’u aşırı kalabalıktır.²¹ Öğretide hapisanelerin şartlarının iyileştirilmesi noktasında yeterince kaynak ayrılmadığı, personelin yetersiz veya tecrübesiz olduğu ve birçok hapisanenin çok eski olduğu ifade edilmektedir²². Bu noktada, diğer birçok Avrupa ülkesinde Fransa ve İtalya örneklerinde olduğu gibi hapisanelerin kronik bir aşırı kalabalık olma sorunuyla karşı karşıya oldukları bu noktada ifade edilmelidir²³. Bu çerçevede

¹⁵ Prisons Data <<https://data.justice.gov.uk/prisons>> Erişim Tarihi 11.03.2023.

¹⁶ Kathrin Höfler/Nicola Padfield, ‘The Implementation of Sentences’, in Kai Ambos, Antony Duff, Alexander Heinze, Julian Roberts and Thomas Weigend (eds), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Volume II*, Cambridge University Press, 2022, s. 353.

¹⁷ Sturge, s. 5.

¹⁸ Sturge, s. 3-4.

¹⁹ Catherine Heard/Nicola Padfield, ‘England and Wales’, in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 169.

²⁰ Heard/Padfield, s. 169, 177.

²¹ Sturge, s. 4; Heard/Padfield, s. 170.

²² Heard/Padfield, s. 170.

²³ Bkz. Martine Herzog-Evans, ‘France’, in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022,

ülkemizde 2019/2020 döneminde cezaevi doluluk oranı %131 iken İngiltere’de %110, Fransa’da %116 ve İtalya’da ise bu oran %114 şeklindedir²⁴.

Daha önce de ifade edildiği üzere koşullu salıverilmenin başlıca amacı ıslah ve mahkûmun topluma yeniden kazandırılması olsa da 19. yüzyılda ortaya çıkışından bugüne kurum, hapisane nüfusunu azaltma amacıyla da uygulanmıştır. Öğretide de koşullu salıverilmeye müracaat edilmesinin sebebinin, hapisanedeki nüfusu indirmek suretiyle cezaevlerinin aşırı kalabalığını azaltmak olduğu ifade edilmektedir²⁵. Ceza infaz kurumundaki nüfusta yukarıda izah ettiğimiz gibi hatırı sayılır bir artış söz konusu olan İngiltere’de de daha az ağır (*less serious*) olarak tabir edilen mahkûmların salıverilmesi için adımlar atılmak suretiyle gittikçe aşırı kalabalık hale gelen hapisane nüfusu azaltılmaya çalışılmıştır. Bunun sonucunda, aşağıda da izah edeceğimiz gibi, İngiliz ceza infaz sisteminde, koşullu salıverilme bakımından suçların tasnifine göre farklı erken salıverilme rejimleri ortaya çıkmıştır. Bu Amerikan, İngiliz ve Avrupa Birliği hukuklarında terörizmle mücadele bağlamında kişi, kuruluş veya örgütsel yapılanmaların listelenmesi süreçlerine ve bu listeleminin hukuki sonuçlarına ilişkin düzenleme ve uygulamayı tespit ve değerlendiren bir bildiri çalışması bağlamında, örneğin tehlikeli suçlu olarak sınıflandırılan mahkûmlar bakımından salıverilme şartları ağırlaştırılmaktadır²⁶. Bunun sonucunda, birçok ülke örneğinde olduğu gibi İngiltere’de de koşullu salıverilme hukukunda iki kola ayrılma (*bifurcation*) olarak tabir edilen olgu karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten, mevcut erken veya koşullu salıverilme düzenlemelerinde suç veya suçluluk tipine göre hükümlünün infaz kurumunda geçirmesi gereken süreler ve bilhassa tehlikeli olarak tavsif edilen mahkumların salıverilme usulleri değişmektedir. Bu şekilde, özel olarak belirlenmiş suçluluk tipleri dışında kalanlar ise genellikle cezalarının yarısını infaz kurumunda geçirdikten sonra

s. 209-223, s. 210-212; Lorenzo Picotti/Luisa Ravagnani, ‘Italy’, in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 295.

²⁴ Avrupa’da hapisane doluluk oranları ve bunları harita üzerinde gösterimi bkz. Frieder Dünkel/Stefan Harrendorf/Dirk van Zyl Smit, ‘Summary analysis of the state of prisons and penal policies before, during and after the COVID-19 pandemic’, in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 636-637.

²⁵ Bkz. Dünkel, s. 1258.

²⁶ Dünkel, s. 1258-1259.

otomatik olarak salıverilmektedir²⁷.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Genel olarak, hükümlülerin çarptırıldıkları cezanın tamamını infaz kurumundan çekmeden, bihakkın tahliye tarihinden belli bir süre önce salıverilmelerine imkân sağlayan kurumlar, koşullu salıverilmeyi de ihtiva eden erken salıverilme (*early release*) kavramıyla ifade edilmektedir. Avrupa’da erken salıverilmenin iki türü mevcuttur. Birincisi, mevzuatımızda koşullu salıverilme kurumuna karşılık gelen mahkûmun bir süre infaz kurumunda geçirdikten sonra, kurumdan salıverilmesinin belirli bir merciin takdirine bağlı olduğu sistemdir (*discretionary release system*). Karşılaştırmalı hukukta umumi olarak takdiri salıverilme sistemi uygulanmakta ve mahkûmun cezasının geri kalanının toplum içinde infazı için yetkili mercie müracaat etmesi gerekmektedir.²⁸ Takdiri salıverilme sisteminin uygulandığı birçok ülkede, mahkûmun yeniden topluma katılması bakımından olumlu bir değerlendirme yapılmış olmasına bağlıdır. Klasik koşullu salıverilme sistemi olarak da adlandırabileceğimiz bu sistemin uygulandığı başlıca ülkeler arasında Almanya, Avusturya, Estonya, Hırvatistan, Macaristan Polonya, Rusya, Slovenya, İspanya ve Çek Cumhuriyeti yer almaktadır²⁹. Bu konuda hükümlü bakımından ıslah olduğuna ilişkin müspet bir kanaate ulaşılması kıstası bakımından uygulamada sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu mülahazalarla Belçika, Danimarka ve İsviçre gibi bazı ülkelerde hükümlü hakkında menfi bir değerlendirmenin bulunmayışı (*the absence of a negative prognosis*) kıstası benimsenmiştir³⁰. Örneğin İsveç’te, kişinin erken salıverilmesi cezasının üçte ikisini infaz kurumunda geçirmesinden sonra söz konusu olmaktadır. Bu süre dolduktan sonra kişinin infaz kurumunda kalması, ancak salıverilmesinin aleyhine belli hallerin mevcudiyeti halinde söz konusu olmaktadır³¹. Bu noktada, olumlu veya olumsuz kıstasları benimsemek yerine tabiri caizse Fransa örneğinde olduğu gibi daha nüanslı ölçütler belirleyen hukuk sistemleri de mevcuttur. Gerçekten, 2000 yılında gerçekleştirilen reformlarla birlikte kişinin koşullu salıverilmeden yararlanabileceği sebeplerin kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, mahkûmun topluma yeniden

²⁷ Dünkel/Weber, s. 406.

²⁸ Bkz. Julian V. Roberts, *Criminal Justice*, Oxford University Press, 2015, s. 96.

²⁹ Dünkel, s. 1261; Dünkel/Weber, s. 418.

³⁰ Dünkel/Weber, s. 418.

³¹ Dünkel/Weber, s. 418.

karışma (*resocialisation*) hususunda güçlü deliller sunması yerine, kendisini ıslah etmek yolunda çaba gösterdiğini ispat etmiş olması koşullu salıverilme bakımından kafi olabilecektir³².

Erken salıverilmede ikinci sistem ise mecburi veya otomatik salıverilme olarak adlandırılan sistemdir (*mandatory/automatic release system*). Otomatik salıverilme sisteminde mahkûm, kanunda belirtilen infaz kurumunda geçirmesi gereken sürenin sonunda başka bir merciinin kararına bağlı olmaksızın salıverilmektedir.³³ Bu sisteme örnek olarak Finlandiya, İsveç ve Yunanistan, verilebilir³⁴. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin koşullu salıverilme kurumu hakkında 2003 tarih ve 22 sayılı tavsiye kararında da her iki sistem açıkça kabul edilmiş ve uygulama şartlarına ilişkin kıstaslar ortaya konulmuştur.³⁵

İngiltere’de ise bu sistemlerin bir arada uygulandığı karma sistem uygulanmaktadır.³⁶ Gittikçe istisnaların kapsamı genişlemekle birlikte kural, cezasının yarısını infaz kurumunda geçiren bir mahkûm, başka bir merciin kararına bağlı olmaksızın otomatik olarak salıverilmektedir. Otomatik salıverilme kapsamı dışında kalan daha ziyade ağır suçlar bakımından ise klasik mahkûmun ıslah durumunun değerlendirilmesi esasına dayanan takdiri salıverilme sistemi benimsenmiştir. İngiltere’de esasen müebbet hapis ve uzatılmış cezalar (*extended sentences*) bakımından öngörülen bu takdir yetkisi koşullu salıverilme kurulu tarafından kullanılmaktadır³⁷.

İngiltere ve diğer Anglosakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde koşullu salıverilme için Fransızcadan alınmış olan ve şeref sözü manasına gelen “*parole*” kavramı kullanılmaktadır. Bu kurum kapsamında mahkûm, cezasının bir kısmını infaz kurumunda çektikten sonra geri kalanını denetimli

³² Dünkel/Weber, s. 419.

³³ Dünkel, s. 1259.

³⁴ Detaylı bilgi için bkz. Dünkel/Weber, s. 418-419; ayrıca bkz. Annie Kensey, ‘Conditional release and the prevention of reoffending’ in *Crime Policy in Europe*, Council of Europe Publishing, 2004, s. 181-186, 185-186.

³⁵ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec (2003) 22 of the Committee of Ministers to Member States on Conditional Release (parole) Adopted by the Committee of Ministers on 24 September 2003.

³⁶ Bu sistemler hakkında bilgi için bkz. Pierre V. Tournier, “Systems of Conditional Release (Parole) in the Member States of the Council of Europe”, *Champ Pénal/Penal Field* [Online], 2004, 1 <<http://journals.openedition.org/champpenal/378>> Erişim Tarihi 11.03.2023.

³⁷ Dünkel/Weber, s. 418.

serbestlik çerçevesinde toplum içinde çekmektedir. Hükümlü hakkında *parole* (koşullu salıverilme) kararı, otomatik salıverilme ve kurulun görev kapsamı dışında kalan diğer haller dışında koşullu salıverilme kurulu (*parole board*) tarafından verilmektedir³⁸.

Koşullu salıverilmeden yararlananlar (*parolee*) teknik anlamda cezaları infaz edilmeye devam edilen kişiler olup, koşullu salıverilme şartlarının ihlali halinde kişiler infaz kurumuna geri gönderilebilmektedir.³⁹ *Parole* kavramıyla birlikte kullanılan ve kimi zaman onunla karıştırılan bir başka kurum da “*probation*”dır. Esasen çoğunlukla cezanın infazına alternatif bir kurum niteliği arz eden *probation* kapsamında, hükümlü infaz kurumuna girmeden cezasını infaz kurumu dışında çekmektedir. Bu kapsamda, kişiye denetimli serbestlik tedbirleri uygulanmakta, birtakım faaliyetlerde bulunması yasaklanmakta, ayrıca kendisine cezasının toplum içinde infazı boyunca danışmanlık hizmeti sunulmaktadır⁴⁰. Erken salıverilmeye mevzuatında yer veren bütün ülkelerde bir denetimli serbestlik uygulaması mevcuttur. Denetimli serbestlik birçok ülkede kişinin cezasının geri kalan kısmına tekabül etmekte; bazı ülkelerde ise bir, iki veya beş yıllık süreler öngörülmektedir⁴¹.

Son yıllarda, denetimli serbestlik kurumu, 1960lı yıllardaki iyimserlik ve ıslah düşüncesi büyük ölçüde terk edilmiştir. Bunun yerini gittikçe, suçluluğun bilhassa özel önleme ve caydırma marifetiyle kontrol altında tutulması esasına dayanan suç kontrolü modeli almış; koşullu salıverilme kurumu üzerinde yapılan değişikliklerde de bu mülahazalar tesirli olmaya başlamıştır. Bu gelişmenin bir boyutunu otomatik salıverilmenin kapsamının daralması diğer boyutunu ise ceza adaleti sisteminde elektronik izleme teknolojilerinin gittikçe daha yaygın ve geniş bir uygulama sahası bulmasıdır. Denetimli serbestlik görevlilerinin yerini, özel şirketler tarafından işletilen bu yeni teknik cihazların alması şeklinde uygulanan bu yöntem, İngiltere’de müstakil bir tedbir (*a standalone measure*) olarak da uygulanmaktadır⁴².

³⁸ Jacqueline Beard, *The Parole System of England and Wales*, House of Commons Library, 2023, s. 7.

³⁹ Joan Petersilia, “Parole and Prisoner Re-Entry”, in Michael Tonry (ed.), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, Oxford University Press, 2011, s. 927.

⁴⁰ Petersilia, s. 927.

⁴¹ Dünkel/Weber, s. 421.

⁴² Dünkel/Weber, s. 421.

II. TARİHSEL GELİŞİM

Mahkûmların cezalarının bir kısmını toplum içinde çekmesi, modern ceza adaleti sisteminin en eski özelliklerinden biridir.⁴³ İngiltere’de de ister koşullu ister koşulsuz olsun erken salıverilme, ceza adaleti sisteminde uzun süreden beri tatbik edilmektedir.⁴⁴ *Parole* kurumunun kökenleri, genellikle Avustralya ve İrlanda’daki hapishane uygulamalarına dayandırılmaktadır. Bu kuruma ilişkin ilk sistemi Alexander Maconochie (1787-1860)’nin geliştirdiği ifade edilmektedir. Avustralya açıklarındaki Norfolk Adası’nda bulunan ceza kolonisinin başında olan Maconochie, belirli süreli hapis cezalarını eleştirmiş ve iyi davranış, çalışma ve öğrenim görme gibi faaliyetleri ödüllendiren bir sistem geliştirmiştir. Bu sistemde, mahkûmun cezaevinde geçirmesi gereken süre değil, sistem tarafından öngörülen puanlama cetvelindeki ödevleri başarılı bir şekilde tamamlamak esas alınmıştır.⁴⁵ On dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren sürgün cezasının yerini alan infaz rejimi ‘*penal servitude*’ zorla çalıştırma olarak tercüme edilebilse de basit hapis cezasına çarptırılanlara da ağır çalışma (*hard labour*) zorunluluğu getirilebildiğinden, bu infaz rejiminde öngörülen koşullu salıverilmenin anlaşılması bakımından belli başlı hususiyetlerini izah etmek yerinde olacaktır. Birincisi, süresi 1921 yılı itibarıyla normal hapis cezasının üst sınırı üç yıl ile sınırlandırıldığından; bu infaz rejimi üç yıldan müebbet hapse kadar olan cezalar bakımından uygulama kabiliyeti bulmuştur. İkincisi, bu ceza mahkûmun ilk dokuz ayını gece gündüz hücrelerinde tek başına geçirdiği ve akabinde özel tasarlanmış cezaevinde bedeni kuvvete dayalı bir işte çalıştığı ve nihayet kışla ve yol yapımı gibi işlerde çalıştırıldığı üç farklı aşamadan müteşekkildi. Bu infaz rejiminin üçüncü ve inceleme konumuz bakımından önem arz eden özelliği ise mahkûmlara koşullu salıverilme imkanı tanıyan olmasıydı⁴⁶. Günümüzde İngiliz ceza hukukunda uygulanan koşullu salıverilmenin temelini teşkil eden bu imkandan yararlanabilmek için mahkûmların çalışkanlık ve iyi davranışlarla salıverilmeye hak kazanmaları gerekiyordu.⁴⁷ Koşullu salıverilme yada serbest

⁴³ Bkz. Roberts, s. 95-96.

⁴⁴ Nicola Padfield, “England and Wales”, in Nicola Padfield, Dirk Van Zyl Smit ve Frieder Dünkel (eds.), *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, 2010, s. 104.

⁴⁵ Bkz. Petersilia, s. 929.

⁴⁶ David J. Cox, ‘Fitted both Morally and Physically to Fulfil his Proper Duties in the Battle of Life? – The effectiveness or Otherwise of Penal Servitude and imprisonment 1853-2021’ *The Howard Journal of Crime and Justice*, 60(1), 2021, s. 49.

⁴⁷ Cox, s. 49.

kalma (*licence to be at large*) ehliyeti imkanından yararlanarak salıverilmiş hükümlünün cezası mevcudiyetini korumakta ve koşullu salıverilme şartlarını ihlal ettiği takdirde koşullu salıverilme geri alınabilmekteydi⁴⁸. 1898 tarihli Hapishane Yasası (*The Prison Act 1898*), bu koşullu salıverilme imkanını tüm mahkûmlara teşmil etmiştir⁴⁹. Bu infaz rejimi 95 yıl yürürlükte kaldıktan sonra, 1948 yılında yürürlükten kaldırılmış; ancak koşullu salıverilme kurumu mevcudiyetini devam ettirmiştir⁵⁰.

İngiliz koşullu salıverilme hukukunun bugünkü yapısının temeli ise 1967 Ceza Adaleti Yasası (*the Criminal Justice Act 1967*) ile atılmıştır. Anılan dönemde koşullu salıverilmenin gelişimi bakımından önemli aşamalardan biri de 1968 yılında koşullu salıverme kurulunun (*parole board*) kurulması olmuştur⁵¹. Bu dönemde, koşullu salıverilme kurumunun kabul edilmesinin ardında iki temel düşünce yatıyordu. Bunlardan birincisi, cezaevinde bulunan mahkûm sayısını azaltmaktı. Kurumun ihdasıyla güdülen ikinci amaç ise suçluların “doğru zamanda” toplum içine salıverilmesi suretiyle onların ıslahına yardımcı olmak ve bu sürecin denetimli serbestlik görevlisinin rehberliği ve gözetiminde gerçekleştirilmesini sağlamaktı.⁵² Bu temel düşüncelerle kabul edilen koşullu salıverilme kurumundan yararlanmak için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre hükmedilen cezanın üçte biriydi⁵³. Buna mukabil, yasanın kabul edildiği ilk yıllarda, mahkûmlar şartlı salıverilme kurumundan nadiren yararlandırılmış ve cezasının üçte ikisini infaz kurumunda geçirenler şartsız olarak salıverilmiştir.⁵⁴

1967 yasasından bu tarafa koşullu salıverilme sahasında birçok mevzuat değişikliği yapılmış, deyim yerindeyse hemen her dönem bu kurumun yaşamının gündeminde olmuştur. Bu noktada özellikle 1991 ve 2003 ceza adaleti yasaları koşullu salıverilme ve kurumun tatbik şartlarına ilişkin önemli değişiklikler içermektedir. Örneğin, 1991 tarihli ceza adaleti yasasının 33. bölümünde getirilen hükümlerle birlikte dört yıl veya daha az hapis cezasına

⁴⁸ Padfield, s. 105.

⁴⁹ Padfield, s. 105.

⁵⁰ Padfield, s. 105.

⁵¹ E. Roydhouse, *The Criminal Law and Criminal Justice Acts 1967*, Butterworths, 1968, s. 86.

⁵² Nicola Padfield/Jonathan Bild, *Text and Materials on the Criminal Justice Process*, 5th Edition, Routledge, 2016, s. 511.

⁵³ Roydhouse, s. 86.

⁵⁴ Padfield, s. 106.

çarpıtılmış hükümlüler bakımından ceza infaz kurumunda cezanın yarısının geçirilmesi halinde otomatik olarak salıverilme kuralı kabul edilmiştir. Dört yıl veya daha fazla hapis cezasına çarpıtılmış mahkûmların ise cezalarının yarısını ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra koşullu salıverilme müracaatı yapabilmeleri ve cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda geçirdikten sonra otomatik salıverilmeden yararlanabilmeleri imkanı kabul edilmiştir⁵⁵. Mevzuat değişikliklerinin yanı sıra, mahkeme içtihatlarının da koşullu salıverilme hukukunun şekillenmesinde hatırı sayılır bir etkisi olmuştur.⁵⁶

Genel olarak değerlendirildiğinde, koşullu salıverilme kurumuna ilişkin bakış açısında zamanla değişimler olduğu görülmektedir. Geçtiğimiz yüzyılda koşullu salıverilme, mahkûmların sahip olduğu bir hak olarak görülmekte ve koşullu salıverilme makamları daha ziyade ıslahın temini gayesiyle hareket etmekteyken, son zamanlarda ıslah düşüncesinin yerini riskin asgariye indirilmesi amacının aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle günümüzde koşullu salıverilme, tekrar suç işleme riskinin oldukça düşük olduğu değerlendirilen mahkûmlara tanınan bir ayrıcalık haline geldiği ifade edilmektedir.⁵⁷ Nitekim 2022 yılında, bilhassa toplumda infial uyandıran *John Worboys* gibi mahkûmların koşullu salıverilmesine ve bu konudaki karar mercii olan koşullu salıverilme kuruluna tepki olarak Hükümet, koşullu salıverilme şartlarını ağırlaştırma ve koşullu salıverilme kurulunun faaliyetlerinin kamuya açık duruşmalar örneğinde olduğu gibi şeffaflaştırma amacına dönük birçok değişiklik yapma cihetine gitmiştir⁵⁸.

III. İNFAZ KURUMUNDA GEÇİRİLMESİ GEREKEN SÜRELER

Avrupa sathında, koşullu salıverilmeden yararlanılabilmesi için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreler önemli farklılıklar göstermektedir. Buna ilave olarak, belli fail grupları ve suç tiplerini göz önüne alan esnek düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, Belçika’da kişinin koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi için cezasının en az üçte birini infaz kurumunda geçirmiş olması gerekmektedir. Mükerrirler bakımından bu süre en az üçte ikidir. Fransa, İtalya, Polonya ve Çek Cumhuriyeti’nde ilk defa suç işleyenler bakımından bu hükümlülerin cezalarının en azından yarısını infaz kurumunda geçirmesi

⁵⁵ Jacqueline Beard, *Release from prison in England and Wales*, House of Commons Library, 2020, s. 4.

⁵⁶ Padfield/Bild, s. 511.

⁵⁷ Roberts, s. 96.

⁵⁸ Bkz. Beard, s. 14 vd.

gerekmektedir. Mükerrirler bakımından anılan ülkelerden İtalya'da bu süre 3/4'e çıkarken, diğerlerinde üçte iki olarak düzenlenmiştir. Almanya'da ise Al. CK m. 57 hükmü uyarınca hükümlünün infaz kurumunda geçirmesi gereken asgari süre hükmedilen cezanın üçte ikisidir. İlk defa suç işleyen ve iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılmış kişiler ile bazı istisnai hallerde bu süre hükmedilen cezanın yarısı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁵⁹.

İngiltere'de ise yukarıda da ifade edildiği üzere takdiri salıverilme ile otomatik salıverilmenin bir arada uygulandığı karma bir koşullu salıverilme sistemi mevcuttur. Buna göre, kişinin infaz kurumunda geçireceği süre çarptırıldığı cezanın türüne göre farklılık göstermektedir. Buna göre, belirli süreli hapis cezaları (*determinate sentences*) bakımından otomatik salıverilme sistemi uygulanmaktadır. Mahkûmun ıslah olup olmadığına ilişkin değerlendirmeye dayanarak koşullu salıverilme kararının verildiği klasik salıverilme usulü ise belirsiz süreli cezalarda uygulanmaktadır. Bu kapsama müebbet hapis cezası ve uzatılmış belirli süreli hapis cezaları girmektedir.⁶⁰ Erken salıverilmeden yararlanan kişiler cezalarının son kısmını denetimli serbestlik kapsamında toplum içinde çekmektedir.

Bu çerçevede, İngiltere'de mahkûmun otomatik mi yoksa takdiri salıverilme sistemine mi tabi olacağı, çarptırıldığı hapis cezasının türü ve süresine göre belirlenmektedir. Yakın zamanda yine değişikliklere uğramış olan bu süreler ve ceza türleri şu şekilde özetlenebilir:

- Kural, belirli süreli hapis cezasına çarptırılan hükümlünün hapis cezasının yarısını infaz kurumunda geçirdikten sonra otomatik olarak infaz kurumundan salıverilmesidir. Buna göre, on iki ay veya daha uzun süreli hapis cezasına çarptırılan kişiler cezalarının yarısını infaz kurumunda çektikten sonra erken salıverilmektedir.⁶¹

- Bir grup hükümlü de cezalarının 2/3'ünü infaz kurumunda geçirdikten sonra, koşullu salıverilme kurulu kararıyla salıverilebilmektedir. Nisan 2020 tarihinde yapılan düzenlemeler neticesinde yedi yıldan uzun süreli hapis cezasına çarptırılanlar, şiddet ihtiva eden suçları işleyenler ve cinsel suç

⁵⁹ Bu hususta daha fazla bilgi ve karşılaştırmalı bir tablo için bkz. Dünkel/Weber, s. 407-408, 410-417; Klaus Laubenthal, *Strafvollzug*, 8. Auflage, Springer, 2019, s. 541 vd.

⁶⁰ Dünkel, s. 1261.

⁶¹ Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Fifth Ed., Cambridge University Press, 2010, s. 305.

failleri cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda geçirecektir⁶².

- Müebbet hapis ve belirsiz süreli hapis cezasına çarptırılanların, infaz kurumunda geçirmeleri gereken asgari sürenin sonunda, infaz kurumundan ancak koşullu salıverilme kurulu kararıyla salıverilebilmektedir.⁶³ Müebbet hapis bakımından hakim, hükümlünün infaz kurumunda geçirmesi gereken asgari süreyi tayin etme yetkisini haizdir ve uygulamada umumiyetle hakimler bu yetkiye dayanarak bu nevi bir süre tayini yoluna gitmektedir.⁶⁴

Görüldüğü üzere kişinin infaz kurumundan salıverilebilmesi için hangi tür hapis cezasına çarptırıldığı ve cezanın süresi belirleyici olmaktadır. Bu konudaki mevzuat oldukça karmaşık bir yapı arz etmektedir. Bu noktada, yukarıda arz edilenlerden daha hafif nitelikteki suçlarda cezanın ertelenmesi veya kamuya yararlı hizmet yaptırımının tatbik edilebileceği ilave edilmelidir⁶⁵.

Uygulamada kendisine en çok müracaat edilen hapis cezası türü belirli süreli hapis cezasıdır (*determinate sentences*). Standart bir süreli hapis cezasına çarptırılmış olan mahkûmlar, çarptırıldıkları hapis cezasının yarısını infaz kurumunda çektikten sonra otomatik serbest bırakılmaktadır⁶⁶. Sürenin hesabında tutuklukta geçen süreler dikkate alınmaktadır. İnfaz kurumunda cezalarının yarısını çektikten sonra salıverilen kişiler, cezalarının kalan süresini denetimli serbestlik tedbiri çerçevesinde çekecektir. Denetim süresinin (*on a licence*) iyi halli geçirilmesi ve denetimli serbestlik sırasındaki gözetim ve denetim şartlarına uyulması gerekmektedir. Bu kapsamda bilhassa iletişime geçme ve belli yerlere gitme yasakları gündeme gelmektedir⁶⁷. Aşağıda ele alınacağı üzere belli şartların varlığı halinde mahkûmlar, hapis cezalarının infaz kurumunda yarı süresini doldurmadan önceki 135 güne kadar elektronik izlemeye tabi olarak konutta infaz şartıyla salıverilebilmektedir⁶⁸. Ev hapsi usulü, idari olarak ilgili mahkûmun bulunduğu infaz kurumu tarafından işletilmektedir. Denetim süresi ise hükmedilen cezanın infaz kurumunda

⁶² Höffler/Padfield, s. 364.

⁶³ Beard, s. 3.

⁶⁴ Dünkel/Weber, s. 409.

⁶⁵ Höffler/Padfield, s. 360.

⁶⁶ Criminal Justice Act 2003 art. 244.

⁶⁷ Beard, s. 4.

⁶⁸ Criminal Justice Act 2003, section 246; Höffler/Padfield, s. 364

geçirilen süre çıkarıldıktan sonra kalan kısmıdır⁶⁹.

Müebbet hapis cezası ve belirsiz süreli hapis cezasına çarptırılan bir hükümlünün söz konusu olması halinde hâkimin, kişinin infaz kurumunda geçirmesi gereken asgari süreyi belirlemesi (*tariff*) gerekmektedir. Bu durumda kişinin, koşullu salıverilmeye elverişli hale gelebilmesi için bu süreyi infaz kurumunda geçirmesi gerekmektedir. Bu nevi hükümlülerin infaz kurumundan salıverilmeleri, koşullu salıverilme kurulunun tavsiyesine bağlıdır ve bu tavsiye kararı bağlayıcıdır.⁷⁰ Uygulamada, hakim bir kişiyi ömür boyu hapis cezasına çarptırdığında aynı zamanda genellikle sanığın infaz kurumunda geçirmesi gereken asgari süreyi de belirlemektedir.⁷¹ Örneğin Temyiz Mahkemesi, ilk derece hâkiminin bir terör suçu failinin, çok sayıda kişinin öldürülmesi için anlaşma suçu bakımından asgari 30 yılı infaz kurumunda geçirmesi kararını uygun bulmuştur. Bu durumda, mahkûmun 30 yıllık infaz süresi dolduğunda, bu kişinin koşullu salıverilmesi koşullu salıverilme kurulunun takdirindedir.

İngiltere’de erken salıverme bakımından özellik gösteren bir ceza tipi de uzatılmış belirli süreli cezalar (*extended determinate sentences*) olarak adlandırılan ceza türüdür. Belirsiz süreli benzeri olarak nitelendirilebilecek olan uzatılmış hapis cezası kurumu uygulandığında, cezayı veren hâkim uygun gördüğü cezaya ilave olarak uzatılmış (*extended*) bir denetimli serbestlik süresi takdir etmektedir. Uzatılmış belirli süreli hapis cezasına çarptırılmış olan kimselerin durumu, koşullu salıverilme kurulu tarafından ancak cezalarının üçte ikisinin infaz edilmiş olması halinde değerlendirme kapsamına alınacaktır.⁷²

Koşullu salıverilme kurumu ve infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreler meselesi önceki başbakanlardan *Boris Johnson*’ın seçim çalışmalarının merkezinde yer alan bir konu olmuştur. Johnson, ceza yaptırımlarının yeniden değerlendirilmesi programını 2019 yılında açıklamıştır. Programda öne çıkan başlıca amaç, şiddet içeren ağır suçlar ile cinsel suç faillerinin daha uzun süre infaz kurumunda tutulmaları ihtiyacı ve kamuoyunun bu yöndeki baskısı olmuştur. Bu doğrultuda hükümet, Ekim 2019’da belli suçlardan hüküm giymiş mahkûmlar bakımından otomatik şartla salıverilmek için infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin cezanın yarısı yerine üçte ikiye çıkarılması

yönünde iradesini açıklamıştır. Nitekim şiddet içeren ağır suçlar, cinsel suçlar ve terör suçları bakımından koşullu salıverilmeden yararlanılabilmesi için mahkûmunun cezasının en az üçte ikisini infaz kurumunda geçirmiş olması şartı getirilmiştir. Bu yeni yasaya göre üst sınırı müebbet hapis cezası olan bir saldırı suçundan veya cinsel suçtan hüküm giyen kişiler ile standart belirli süreli hapis cezasına çarptırılan ve hükmedilen cezası yedi yıl veya üzeri olan kişiler bakımından infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre 2/3 olarak değiştirilmiştir.⁷³

Bu yeni hükümler, 1 Nisan 2020 tarihinden sonra suç işleyen ve 18 yaşından büyük kimseler hakkında uygulanacaktır. Hükümet adına Lordlar kamarasında söz alan Lord Keen hükümetin, kapsamlı bir yaptırım reformundan önce bu değişikliği derhal yapmak istemesinin altında, kişilerin işledikleri suçun ağırlığı nispetinde cezaevinde kalmalarının biran önce sağlanması düşüncesinin yattığını ifade etmiştir.⁷⁴ Adalet Bakanlığı da 22 Ocak 2020 tarihli açıklamasında şiddet içeren ağır suçlar ve cinsel suçluların, parmaklıkların arasında daha uzun süre kalması sayesinde, halkın daha iyi korunması ve adalet sistemine olan güvenin yeniden tesis edilmesinin planlandığı ifade edilmiştir. Dönemin adalet bakanı *Robert Buckland* da yaptığı açıklamada, mağdurların kendisine sürekli olarak ağır şiddet içeren suçları işleyen ve cinsel saldırı faillerinin cezalarının yarısını infaz kurumunda geçirdikten sonra sokaklara dönmeleri nedeniyle yaşadıkları hayal kırıklıklarını dile getirdiklerini ifade etmiştir. Bu nedenle bakan *Buckland*, bu tür suçları işlemiş faillerin otomatik olarak cezalarının yarısının infazından sonra salıverilmelerine son vereceklerini ve cezanın işlenen suçun ağırlığına uygun olması amacını açıkça ortaya koymuştur. Bakanlıktan yapılan açıklamada, 2005 yılından bu yana bu tür suçları işlemiş kişilerin “standart belirli süreli ceza” aldıkları ve cezalarının yarısını ceza infaz kurumunda çektikten sonra otomatik olarak salıverildikleri vurgulanmıştır. Bu doğrultuda yapılan yasal değişiklikle, yukarıda da ifade edildiği üzere bu nevi suçları işleyenlerin cezalarının üçte ikisini ceza infaz kurumunda çekmeleri yolunda düzenleme yapılmıştır.⁷⁵

2022 Polis, Suç, Yaptırım ve Mahkemeler Yasası (*The Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022*) m. 132 hükmüyle de otomatik salıverilmenin

⁶⁹ Ev hapsi konusunda detaylı bilgi için bkz. Ashworth, s. 306; Dünkel, s. 1264-1265.

⁷⁰ Beard, s. 7.

⁷¹ Dünkel, s. 1262.

⁷² Beard, s. 5-6.

⁷³ Beard, s. 9.

⁷⁴ Beard, s. 9.

⁷⁵ Ministry of Justice, “Serious violent and sexual offenders to spend longer in prison”, 22 January 2020, <<https://www.gov.uk/government/news/serious-violent-and-sexual-offenders-to-spend-longer-in-prison>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.

kapsamını daraltmıştır. Buna göre, yüksek riskli failler (*high-risk offenders*) otomatik salıverilme yani cezalarının yarısını infaz kurumunda çekmelerine rağmen, otomatik salıvermeden yararlandırılmaksızın kabine bakanı tarafından (*secretary of state*) koşullu salıverilme kuruluna sevk edilebilecektir. Bakan bu yetkisini, ilgili mahkûmun serbest bırakılmasının topluma zarar vermesi bakımından haklı bir endişenin söz konusu olduğu hallerde kullanacaktır. Mezkûr yetki, kasten öldürme, şiddet ihtiva eden suçlar, cinsel suçlar ve terörizm suçları bakımından tanınmıştır. Bakan bu yetkisini ilk kez, 41 günlük bebeğine eziyet ederek ayaklarını kaybetmesine yol açan *Jody Simpson* vakasında kullanmıştır⁷⁶. Gerçekten, İngiliz toplumunda infiale sebebiyet veren suçların faillerinin otomatik salıverilmesinin yarattığı, ceza adaletine karşı güvenin sarsan durumları göz önünde bulunduran kanun koyucu, bu konuda yürütmeye koşullu salıverme kararlarına müdahale yetkisi tanımış bulunmaktadır⁷⁷.

IV. KARAR VEREN MERCİİ

Koşullu salıverilmede karar veren mercii bakımından, Anglosakson sistemi ile Kıta Avrupası sistemi arasında önemli bir fark söz konusudur. Anglosakson sisteminde, koşullu salıverme kurullarında (*parole board*) sadece hukukçular görev yapmamakta psikolog, psikiyatrist, sosyal pedagog gibi diğer uzmanlık alanlarından kimseler de karar verici konumunda görev yapmaktadır. Kıta Avrupası koşullu salıverilme sisteminde ise takdiri koşullu salıverilme sisteminin uygulandığı hallerde, bu husustaki kararları hukukçular vermektedir. Gerçekten Kıta Avrupa'sında daha ziyade bu husustaki kararların yargı tarafından verilmesinin, idari mercilerin verecekleri kararlara nazaran daha yerinde ve meşru olduğu görüşü hakimdir⁷⁸. Örneğin Fransa'da, İkinci Dünya Savaşı'ndan bu tarafa ceza infaz hâkimi (*juge de l'application des peines*) koşullu salıverilme, denetimli serbestlik ve koşullu salıverilmenin geri alınması hususlarında karar verici konumundadır⁷⁹. Kıta Avrupası ülkelerinde

⁷⁶ Sky News, 'Mother who abused her child so badly he had to have his legs amputated may be kept in prison' 11 August 2022, <<https://news.sky.com/story/mother-who-abused-her-child-so-badly-he-had-to-have-his-legs-amputated-may-be-kept-in-prison-12670701>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.

⁷⁷ Beard, s. 9.

⁷⁸ Bkz. Tatjana Hörnle, 'Comparative Assessment of Sentencing Laws, Practices, and Trends' in Darryl K. Brown, Jenia I. Turner ve Bettina Weisser (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, s. 900.

⁷⁹ Bkz. Martine Herzog-Evans, 'French Early Release: McPocedures and McRe-Entry', *European Journal of Probation*, 11 (3), 2019, s. 189.

de hukukçuların alacağı karardan önce bir uzman raporu, vakanın ağırlığına göre adli tıp-psikiyatri raporlarına dayanılarak karar verilmektedir.⁸⁰ Keza, Avrupa'da da İngiltere ve ABD'deki koşullu salıverilme kurullarında olduğu gibi farklı disiplinlerden gelen karar alıcılardan oluşan mahkemeler de mevcuttur. Buna örnek olarak Belçika ceza infaz mahkemeleri ile İtalya ve Slovenya komisyonları verilebilir. Gerçekten, infaz konularında uzmanlaşmış bir hakim veya mahkeme düşüncesi Almanya, Fransa, Hırvatistan, Macaristan, Polonya, İspanya ve İtalya gibi ülkelerde kabul görmüştür⁸¹.

1968 yılında kurulan ve 1996 yılında, bağımsız idari mercii haline gelen koşullu salıverilme kurulu, kurulun işleyişini düzenleyen koşullu salıverilme kurulu kuralları çerçevesinde kararlarını vermektedir. Günümüzde kurul, yargı kararı benzeri (*quasi-judicial*) kararlarıyla her yıl binlere hükümlünün salıverilmeye elverişliliği hakkında kararlar vermektedir⁸². Koşullu salıverilme kurulunun bir hükümlü hakkında karar verme süreci, Adalet Bakanlığı bu vakayı koşullu salıverilme kuruluna havale etmesiyle başlamaktadır. Bunun üzerine kurul, mahkûmun salıverilmesinin toplum güvenliği açısından uygunluğu konusunda bir risk değerlendirmesi yaparak dosyayı karara bağlamaktadır⁸³. Koşullu salıverilme hakkında önce bir kurul üyesi dosya üzerinde inceleme yapar ve inceleme neticesinde ya talebin reddine ya da sözlü duruşma için kurula sevkine karar verir. Duruşmalara hükümlüler genellikle katılmaktadır. Buna ilave olarak kurul tanık sıfatıyla cezaevi psikoloğu ve mahkûmdan sorumlu denetimli serbestlik müdürü gibi kişileri dinleyebilmektedir. Bazı hallerde, mağdur da duruşmalara katılabilmektedir⁸⁴. Kurul öncelikle mahkûmun hüküm giydiği suçu işlediği zamandan bu tarafa davranışlarında müspet yönde bir değişimin söz konusu olduğu hususundaki delilleri değerlendirmektedir. Bu hususta karar verirken kurulun, mutlaka ilgili mahkûmun toplum açısından artık bir risk teşkil etmediği kanaatine ulaşması gerekmez. Söz konusu riskin toplum içinde yönetilebilir bir seviyeye ulaşmış olması bu hususta belirleyici kıstas olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁵. Kurul, koşullu salıverilme duruşması neticesinde mahkûmun salıverilmesi kararını vermek, açık ceza evine sevki konusunda Adalet Bakanlığı'na tavsiyede

⁸⁰ Dünkel, s. 1259.

⁸¹ Dünkel, s. 1259.

⁸² Beard, s. 8.

⁸³ Beard, s. 11.

⁸⁴ Beard, s. 11.

⁸⁵ Beard, s. 12.

bulunmak ve iki yıl sonra dosyanın yeniden değerlendirilmesine karar verme yetkisine sahiptir⁸⁶.

Bugün kurul müebbet, belirsiz süreli hapis cezasına çarptırılanlar, uzatılmış infaza tabi kişiler ve koşullu salıverilme kararı geri alınan kişiler bakımından hakkında karar vermektedir⁸⁷. Koşullu salıverilme kurulu, yetkisi dâhilinde olan dosyalarda, mahkûmun cezasının tamamını infaz kurumunda çekmeden serbest bırakılıp bırakılmaması konusunda takdir yetkisini haizdir. Buna ilave olarak kurul, mahkûmun erken salıverilmesi noktasında takdir yetkisini kullanacak olursa, erken salıverilmeye ilişkin koşulları belirleyebilmektedir⁸⁸. Örneğin kurul, erken salıverilmesine karar verdiği mahkûmun daha evvel suç işlediği muhite girmesini yasaklayabilir. Elbette bir kişinin erken salıverilme kararı kolay alınmamakta, mahkûmun lehine sunulan deliller ile hapisane yetkililerinin görüşleri arasında tenakuz söz konusu olabilmektedir⁸⁹.

Yukarıda da ifade edildiği gibi kurul, disiplinler arası bir üye yapısına sahiptir. Koşullu salıverilme kurulu ve benzeri karma nitelikteki karar alma kurullarının, en azından teoride bilimsel tetkik ve teşhisler bakımından daha geniş bir kapsamlı değerlendirmeye imkân sağladığı ifade edilmektedir. Bu karşılık, nihai kararı hukukçular alsa da ilgili uzmanlardan alınacak raporlarla tevsik edilmiş kararların da adil bir değerlendirme için yeterli olabileceği ileri sürülmektedir⁹⁰. Koşullu salıverilme kurulları veya bu şekilde karma nitelikteki yapılar, en azından teorik olarak, hükümlünün toplumsal hayata yeniden katılması bakımından yapılacak değerlendirmenin bilimsel bir zemine oturmasını garanti etmektedir⁹¹.

İngiltere’de, koşullu salıverilmeye resmi olarak koşullu salıverilme kurulları karar verme yetkisine sahiptir; ancak bu hususta hapisane yönetimlerinin de alınmasında etkili oldukları ifade edilmektedir. Örneğin, müebbet hapse çarptırılmış kişiler bakımından tüm önemli kararları alma yetkisiyle donatılmış olan İngiliz koşullu salıverilme kurulu olsa da

uygulamada hapisane yetkilileri ilgili mahkûmu açık cezaevine nakletmemiş veya denetimli serbestlik birimi mahkûm bakımından tatmin edici bir salıverilme planı hazırlamamışsa, kurulun ilgili mahkûmunun salıverilmesini tavsiye etmesi pek mümkün değildir.⁹² Bu nedenle, sistemde tek belirleyici unsur koşullu salıverilme kurulları olmayıp, hükümlüyü süreç içerisinde yönlendiren idari aktörler de verilen kararlarda belirleyici olmaktadır⁹³.

Koşullu salıverme kurulunun statüsü, 1994 yılında bakanlık dışı kamu idaresi (*non-departmental public body*) haline dönüştürülmüştür. Bunlar kamu hizmeti olarak nitelendirilebilecek konularda faaliyet göstermekle beraber bakanlık veya bağlı kuruluş olarak yapılandırılmamış özerk birimlerdir. Özerkliğin esasını, kurulun bağımsızlığını temin etme düşüncesi teşkil etmektedir. Buna karşılık, kurul bağımsız bir mahkeme statüsünde değildir.⁹⁴ Kurulun gerçek manada bağımsız bir mahkeme niteliğinde olmaması öğreti ve uygulamada tenkide uğramıştır⁹⁵. Üyeler arasında (ağırlıklı olarak emekli) hâkimler, psikiyatristler yer almaktadır. Kurul faaliyetlerini yıllık raporlamaktadır. 31 Mart 2022 tarihi itibarıyla, kurulun üye sayısı 346’dır⁹⁶.

V. KOŞULLU SALIVERİLMENİN GERİ ALINMASI

Denetimli serbestlik kurallarını ihlal eden hükümlüler, infaz kurumuna tekrar geri gönderilebilmektedir (*recall*). Son yıllarda, koşullu salıverilme kararı geri alınan hükümlülerin sayısında artış yaşanmıştır. Uygulamada, koşullu salıverilme kararı çok önemli olmayan gerekçelerle geri alınabilmektedir. Koşullu salıverilmenin geri alınması usulü çok defa değişikliğe uğramıştır ve esasen idari nitelikte bir karardır⁹⁷. Günümüzde, mahkûmların tekrar infaz kurumuna yollanması kararları, Adalet Bakanlığına bağlı kamunun korunması birimi (*public protection casework section*) tarafından alınmaktadır. İnfaz kurumuna geri gönderilmesine karar verilen hükümlü polis tarafından yakalanarak en yakın infaz kurumuna yerleştirilmektedir⁹⁸. İnfaz kurumuna geri gönderilme bakımından üç ihtimal söz konusudur:

⁹² Dünkel, s. 1260.

⁹³ Dünkel, s. 1260.

⁹⁴ Koşullu salıverilme kurulunun statüsü hakkındaki tartışmalar için bkz. Padfield/Bild, s. 511; Ashworth, s. 61-62.

⁹⁵ Bkz. Padfield, s. 124-126; Beard, s. 9-10.

⁹⁶ Beard, s. 8.

⁹⁷ Bkz. Ashworth, s. 308-309.

⁹⁸ Padfield/Bild, s. 512.

⁸⁶ Parole Board, ‘How we make our decisions’, <<https://www.gov.uk/guidance/how-we-make-our-decisions>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.

⁸⁷ Bkz. Padfield/Bild, s. 511-512; Beard, s. 7.

⁸⁸ Roberts, s. 97.

⁸⁹ Roberts, s. 97.

⁹⁰ Bu hususta mukayeseli bir değerlendirme için bkz. Dünkel, s. 1260.

⁹¹ Dünkel, s. 1260.

1. Belirli süreli (*fixed-term*): buna göre hükümlü infaz kurumunda 28 gün geçirdikten sonra tekrar salıverilmektedir (*re-release*). Bu süre mahkûmun, infaz kurumuna yerleştirildiği ilk günden itibaren başlamaktadır. Süresi 12 aydan az olan hapis cezaları bakımından bu süre 14 gündür. Şiddet içeren suç ve cinsel suç failleri belirli süreli salıverilmenin geri alınması kapsamı dışındadır⁹⁹.

2. Standart: Bu seçenekte mahkûm denetimli serbestlik süresinin sonuna kadar infaz kurumunda kalmaktadır. Mahkûm bu durumda ancak koşullu salıverilme kurulu veya içişleri bakanlığı kararıyla geri salıverilebilecektir¹⁰⁰.

3. Acil (*emergency*): kişinin ağır zarar verme, yeniden suç işleme ihtimalinin oldukça yüksek olduğu vakalarda verilen koşullu salıverilmenin geri alınması kararıdır¹⁰¹.

İnfaz kurumuna geri gönderilen herkes, yeniden infaz kurumuna yerleştirildikten yirmi dört saat içinde niçin tekrar infaz kurumuna alındıkları hususunda bilgilendirilmelidir. Bu konudaki itirazlar koşullu salıverilme kuruluna yönlendirilir ve kurul kişinin:

- Denetimli serbestlik tedbiriyle birlikte derhal salıverilmesine;
- Derhal salıverilmeye reddetmesine rağmen ileride bir tarihte salıverilmesine;
- Derhal salıverilmeyi reddetmesine rağmen ileride belirlediği bir tarihte konuyu tekrar müzakere etmeye;
- Salıverilmenin reddine karar verebilir¹⁰².

Mahkûm, hakkında verilen karardan memnun olmadığı takdirde dosyasının duruşmalı olarak görüşülmesini talep edebilir.¹⁰³

VI. KOŞULLU SALIVERİLME VE ELEKTRONİK İZLEME

Elektronik izleme bazı Avrupa ülkelerinde, koşullu salıverilmeyle birlikte uygulanmaktadır. Gerçekten, elektronik izleme İsviçre örneğinde¹⁰⁴

⁹⁹ Ashworth, s. 309.

¹⁰⁰ Bkz. "Probation", <<https://www.gov.uk/guide-to-probation/being-taken-back-to-prison>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.

¹⁰¹ Padfield/Bild, s. 512.

¹⁰² Ashworth, s. 309; Padfield/Bild, s. 513.

¹⁰³ Padfield/Bild, s. 513.

¹⁰⁴ Sophie Werninger, 'Die elektronische Überwachung (Art. 79b StGB)', *Schweizerische*

olduğu gibi, hapis cezasına alternatif bir yaptırım olarak ev hapsi şeklinde uygulanmadığı takdirde; hapis cezasının infazının kısaltılması için koşullu salıverilme kapsamında kendisine başvurulabilmektedir. Bu çerçevede elektronik izleme, örneğin İsveç'te hükümlünün cezasının azami iki ayı, İsviçre, Finlandiya ve Hollanda'da altı ayı ve Fransa'da bir yıla kadar kısaltılmasına; bir başka deyişle koşullu salıverilme süresi dolmasından evvel belirtilen süreler kadar erken salıverilmeye imkân tanımaktadır¹⁰⁵. Günümüzde elektronik izleme tekniğine, tüm Avrupa ülkelerinde soruşturma, kovuşturma ve infaz aşamasında müracaat edilmektedir¹⁰⁶. Bu teknolojinin birçok ülke ceza adaleti sisteminde kullanılması ve giderek uygulama kapsamının genişlemesinin temel sebebi, bu teknolojiye cezaevi nüfusunu azaltmak amacıyla istifade edilmesi mülahazasıdır. Bu temel amacın yanında, elektronik izlemenin geleneksel cezanın hapisanede infazına nazaran kişinin topluma yeniden dahil olması ve intibakı bakımından daha elverişli bir vasıta olduğu kabulü de bu teknolojinin ceza adaleti sisteminin bir unsuru haline gelmesinde rol oynamıştır¹⁰⁷.

Elektronik izleme marifetiyle kişinin hürriyetini kısıtlayan bu tedbir, hükümlünün vücuduna elektronik bir cihazın bağlanması suretiyle gerçekleşmektedir. Böylece kişinin bulunduğu yer izlenmekte, kullanılan tekniğe göre kişinin konutu kontrol edilebilmekte veya ikinci nesil elektronik izleme olarak da adlandırılan yöntemde kişinin tama olarak o anda nerede olduğu takip edilebilmektedir¹⁰⁸. İkinci nesil izleme aletleri GPS teknolojisine dayanarak çalışmakta ve eş zamanlı kontrol imkânı sağlamaktadır. İngiltere'de elektronik izleme, özel şirketler eliyle yürütülmektedir¹⁰⁹.

İngiltere elektronik izlemeyi aktif olarak kullanan ülkeler arasında

Zeitschrift für Strafrecht, Volume 136, 2018, s. 214 vd.

¹⁰⁵ Dünkel, s. 1264; ayrıca bkz. Emma Villman, 'Early release from prison with electronic monitoring: Hook for or hindrance to change?' *Criminology & Criminal Justice*, 2022, online first.

¹⁰⁶ Bu konuda karşılaştırmalı bir tablo için bkz. Frieder Dünkel/Christoph Thiele/Judith Treig, 'Elektronische Überwachung von Straffälligen und Beschuldigten in Europa – Zusammenfassender Vergleich und Perspektiven und Perspektiven für die Kriminalpolitik', in Frieder Dünkel, Christoph Thiele ve Judith Treig (Hrsg), *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich – Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Forum Verlag Godesberg, 2017, s. 480.

¹⁰⁷ Dünkel/Thiele/Treig, s. 481.

¹⁰⁸ Werninger, s. 216-217.

¹⁰⁹ Höffler/Padfield, s. 364-365.

yer almakta olup, soruşturma aşamasından cezanın infazına ve nihayet koşullu salıverilme safhasında da bu teknolojiye istifa edilmiştir¹¹⁰. Gerçekten elektronik izleme teknolojisi, tutuklamaya bir alternatif olarak; mahkeme tarafından bir yaptırım türü olarak ve nihayet koşullu salıverilme kapsamında elektronik olarak izlenen ev hapsinde (*Home Detention Curfew*) kullanılmaktadır. Elektronik izleme tekniğinin sevki bakımından bu üç kurum arasında bir fark söz konusu değildir. Bu kapsamda sanık veya şüpheliden belli bir adreste belli bir süre boyunca ikamet talep edilmektedir¹¹¹. İngiltere’de elektronik izlemenin öncelikli amacı olarak cezaevi nüfusunun azaltılması görülmektedir. Esasen bu yöntemle, tutuklama koruma tedbirine müracaat edilmeyen durumlarda, güvenilir, inandırıcı (*credible*) bir alternatif tesis edilmesi amaçlanmaktadır¹¹². Öğretide, en azından İngiltere örneğinde elektronik izlemenin cezaevi nüfusunun azalmasında doğrudan bir tesiri olmadığı, daha ziyade genişleyen bir ceza adaleti sistemine (*ein expandierendes Kriminaljustizsystem*) bir örnek teşkil ettiği ileri sürülmektedir¹¹³.

Koşullu salıverilme kapsamında konutta elektronik izleme marifetiyle cezanın infazı rejimi, kısa süreli hapis cezaları bakımından uygulanmaktadır. Buna göre, cezası en az 12 hafta olan ancak dört yıldan fazla olmayan hükümlüler için bu usul uygulanabilmektedir. Bu çerçevede uygun görülen hükümlüler, elektronik olarak izlenen bir ev hapsine gönderilmekte, böylece cezaevinden toplumsal hayata geçiş süreçleri başlatılmış olmaktadır. Elektronik izleme çerçevesinde, 135 gün öncesine kadar erken salıverilme söz konusu olabilmektedir¹¹⁴. Bu şekilde hükümlünün erken salıverilmesinin kolaylaştırılması ve cezaevi nüfusunun azaltılması sağlanmaya çalışılmaktadır¹¹⁵. İngiltere’de 1999 yılında uygulanmaya başlayan elektronik izlemeye ilişkin bilhassa bu usulden yararlanabilecek olanlara ilişkin kurallarda önemli değişiklikler yapılmıştır¹¹⁶. Mevcut kurallara göre kasten öldürme ve cinsel suçlar gibi suçları işleyen belli hükümlüler ve daha önce

¹¹⁰ Anthea Hucklesby/Ella Holdsworth, ‘England und Wales’, in Frieder Dünkel, Christoph Thiele ve Judith Treig (Hrsg), *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich – Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Forum Verlag Godesberg, 2017, 177 vd.

¹¹¹ Hucklesby/Holdsworth, s. 177; Dünkel/Thiele/Treig, s. 486.

¹¹² Dünkel/Thiele/Treig, s. 487.

¹¹³ Dünkel/Thiele/Treig, s. 488.

¹¹⁴ Dünkel, s. 1264.

¹¹⁵ Hucklesby/Holdsworth, s. 180, 188, 201.

¹¹⁶ Höfler/Padfield, s. 365.

hakkında koşullu salıverilmenin geri alınması kararı verilmiş olanlar, konutta infaz kurumundan yararlanamamaktadır¹¹⁷. Bir başka deyişle, elektronik izleme marifetiyle konutta cezanın infazında hedef grup düşük riskli (*low-risk*) olarak tavsif edilen fail gruplarıdır. Bu nedenle yukarıda da ifade edildiği üzere ancak dört yıldan az ceza almış hükümlüler elektronik izleme şartıyla erken salıverilebilmektedir.

VII. COVID-19 DÖNEMİ VE KOŞULLU SALIVERİLME

Birçok ülkede olduğu gibi İngiltere’de de COVID-19 salgını sırasında yüzlerce mahkum ve cezaevi çalışanı hayatını kaybetmiştir. Salgın sırasında sayıları çok fazla olmamakla birlikte, mahkumların bir kısmı COVID-19 geçici salıverilme rejimi (*COVID-19 temporary release scheme*) çerçevesinde veya mahkumların özel durumu göz önüne alınarak merhamet saikiyle (*release on compassionate grounds*) salıverilmiştir¹¹⁸. İngiltere’de Adalet Bakanı, yasalarda öngörülen hallerde mahkumların özel durumlarını göz önüne alınarak kalıcı olarak salıverme yetkisini haizdir¹¹⁹. Bu yetki çerçevesinde COVID-19 döneminde pek fazla kişi salıverilmemiştir; çünkü, mahkumun daimi olarak salıverilmesine imkan sağlayan bu kurum normal şartlarda yalnızca ölümcül hastalığı olan ve ölümü yakın kimseler bakımından uygulanmaktadır¹²⁰. Hükümet yapmış olduğu değerlendirmede bu kurumun COVID-19 bakımından uygun olmadığına, bu nedenle mahkumların geçici salıverilmeye (*Release on Temporary Licence*) başvurularını gerektiğine karar vermiştir¹²¹.

İngiltere’de, COVID-19 salgını nedeniyle oldukça sınırlı bir geçici ve erken salıverilme programı uygulanmaktadır. Örneğin 31 Ağustos 2020 tarihi itibarıyla sadece 315 mahkum COVID-19 geçici salıverilme programı kapsamında serbest bırakılmıştır¹²². Hükümet, 31 Mart 2020 tarihinde yaptığı açıklamada hamile mahkûmlar ve anne-bebek ünitelerindeki anne ve çocukların geçici olarak (*temporary release*) ve ulusal sağlık rehberine göre COVID-

¹¹⁷ Hucklesby/Holdsworth, s. 201; Dünkel/Thiele/Treig, s. 487.

¹¹⁸ Heard/Padfield, s. 170.

¹¹⁹ Bu kurum, belirli süreli hapis cezasına çarptırılmış kişiler için 2003 tarihli Ceza Adaleti Yasası (Criminal Justice Act 2003) m. 248 ve belirsiz süreli hapis cezasına çarptırılanlar için Ceza Yaptırımları Yasası m. 30 (Crime Sentences Act 1997) hükmünde düzenlenmiştir.

¹²⁰ Heard/Padfield, s. 172.

¹²¹ Heard/Padfield, s. 172.

¹²² Heard/Padfield, s. 170.

19'dan aşırı derecede etkilenebilecek olan mahkumların (*extremely vulnerable to COVID-19*) salıverilebilmelerine imkân tanımıştır¹²³. Bu kapsamda bir geçici salıverilmenin söz konusu olabilmesi için ilgili mahkûmun toplum için yüksek bir risk teşkil etmiyor olması gerekmektedir.¹²⁴ Bunların dışında, hak ederek salıverilme tarihlerine iki ay kalan mahkûmlar şayet toplum için düşük risk teşkil ediyorlarsa, bunların da geçici salıverilmeden yaralanabilmeleri imkânı getirilmiştir. Hükümetin bu konudaki basın açıklamasında, bu şekilde geçici olarak salıverilen mahkûmlara elektronik kelepçe takılacağı ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı ifade edilmiştir. Şüphe uyandıran herhangi bir davranışın tespit edilmesi halinde geçici izinle salıverilen mahkûmların derhal salıverileceği hususu da kaydedilmiştir. Şiddet içeren suçlar ve cinsel suç failleri ile güvenlik bakımından sakıncalı görülen mahkûmlar geçici salıverilme programı kapsamı dışında tutulmuştur¹²⁵.

SONUÇ

Birçok ülkenin karşı karşıya kaldığı hapisanelerin aşırı kalabalık hale gelmesi sorunuyla baş etme amacıyla hukuk sistemleri “ön kapı” ve “arka kapı” stratejileri olarak adlandırılan yöntemlere başvurmuştur. Her ikisinin de amacı hapisane nüfusunu azaltmak olan bu stratejilerden ön kapı stratejisi çerçevesinde cezaya alternatif yöntemlerin çeşitlendirilmesi ve kapsamının genişletilmesi yoluna gidilmektedir. Arka kapı stratejileri ise hükümlünün, erken salıverilme kurumları marifetiyle adeta arka kapıdan salıverilmesi şeklinde tezahür etmektedir¹²⁶. Koşullu salıverilme ile ilgili yapılan teorik ve ampirik çalışmalarda, mahkumların hapisanelerden cezalarının yarısını çektikten sonra salıverilmelerinin yerinde olacağı ifade edilmektedir. Buna karşılık, bir ceza adaleti sisteminin tek amacı hapisanede bulunan mahkumların sayısını azaltmaktan ibaret değildir. Toplumun adalet sistemine inancının korunması ve mağdurların korunması ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. İngiltere örneğinde olduğu gibi otomatik salıverilme sistemi bilhassa, kişilerin

¹²³ Heard/Padfield, s. 173.

¹²⁴ Gov. UK., press release, “Pregnant prisoners to be temporarily released from custody”, <<https://www.gov.uk/government/news/pregnant-prisoners-to-be-temporarily-released-from-custody#:~:text=Governors%20can%20now%20temporarily%20release,low%20risk%20to%20the%20public>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.

¹²⁵ Jacqueline Beard, *Coronavirus: Prisons (England and Wales)*, House of Commons Library, 2020, s. 4.

¹²⁶ Bu konu hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Michael Tonry, ‘Reducing the prison population’ in Michael Tonry (ed) *Confronting Crime*, Willan Publishing, 2003, s. 211, 213 vd.

hayatı ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar veya cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve terör suçlarında erken salıverilme halinde kamuoyunda tepkilere yol açmaktadır. Bu çerçevede, bu nevi suçları işlemiş kişiler bakımından takdiri salıverilme sisteminin uygulanması daha yerinde olacaktır. Bu noktada, mahkumun toplumsal hayata tekrar katılmaya hazır olup olmadığı noktasında sağlıklı bir tespit yapılabilmesi için tedrici bir geçişi temin etmek üzere açık cezaevi ve geçici salıverilme gibi tedbirlere müracaat edilebilir¹²⁷.

Bu çerçevede, İngiltere’de erken salıverilmeye ilişkin kurumlar ve mevzuat değerlendirildiğinde, kural olarak cezasının yarısını hapisanede geçiren mahkumlar otomatik olarak salıverilmektedir. Buna karşılık, otomatik salıverilme kuralının birçok istisnası mevcuttur. Bu şekilde toplumun ceza adalet sistemine güvenin muhafaza edildiği ve mağdurların korunması amacıyla belli tip suçları işlemiş faillerin daha uzun süre hapisanede kalmasının sağlandığı görülmektedir. Bu kapsamda bilhassa şiddet ihtiva eden ağır suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve terör suçları faillerinin koşullu salıverilme bakımından infaz kurumunda geçirmeleri gereken asgari süre bakımından en azından hükmedilen cezanın üçte ikisini infaz kurumunda geçirmeleri gerekmektedir. Bu zorunlu süreler geçse de bu tip suçları işleyen “tehlikeli” mahkumlar bakımından, koşullu salıverilme kurulu karar vermekte ve mahkumun hala toplumun güvenliği bakımından bir “risk” teşkil edip etmediği hususunda bir değerlendirme yapılmaktadır. Sonuç olarak, İngiltere’de otomatik salıverilme ve takdiri salıverilmenin bir arada uygulandığı karma bir sistem benimsendiği, toplumda infial uyandıran bazı otomatik salıverme vakalarının da etkisiyle, bu nevi suçlar bakımından otomatik salıverilmenin kapsamı daraltılmakta, koşullu salıverilme bakımından da bu nevi suçlarda mahkumun koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi için infaz kurumunda geçirmesi gereken süreler uzatılmaktadır. Koşullu salıverilmenin geri alınması bakımından ise daha esnek bir sistem benimsenmiş olup, belli hallerde mahkum denetim süresinin sonuna kadar değil sadece 28 gün gibi bir süre infaz kurumunda kalıp, tekrar toplumsal hayata dönebilmektedir.

Bu hukuk sahasının bu şekilde karmaşık ve sürekli mevzuat değişikliğine uğrayan bir yapı arz etmesinin başlıca nedeni, liberal ceza adaleti sistemlerinde yaşanan ve bilhassa geçtiğimiz on yıllarda daha yoğun hissedilmeye başlanan sistemik gerilimdir. Bu gerilimin kaynağı ise İngiltere ve ülkemiz örneklerinde görüldüğü gibi bir yandan cezaevleri doluluk oranının mevcut

¹²⁷ Krşl. Dünkel, s. 1269.

kapasitenin üzerinde olması nedeniyle, mahkumların bir şekilde arka kapı uygulamaları marifetiyle salıverilmesi menfaatiyle, toplumda infial yaratan suç ve suçlu tiyolojilerinin erken salıverilmesinin kamuoyunda yarattığı güven bunalımıdır. Bu nedenle, İngiltere örneğinde olduğu gibi koşullu salıverilme sürekli yasamanın gündeminde olmaya devam etmekte ve en azından belli suç tiplerini işleyenlerin ve bunlar içinde de işledikleri suçları icra şeklinin toplumda büyük infial uyandıranların erken salıverilmeleri zorlaştırılmasına yönelik tedbirler almaya sevk etmektedir. Bu noktadaki eğilim, 1990lı yıllardan itibaren kendisini göstermiş olsa da 2018 yılında yine işlediği cinsel suçların sayısı ve niteliği toplumda infial uyandırmış bir mahkumun, bu hususta yetkili mercii olan koşullu salıverilme kurulu tarafından salıverilmesi büyük tepkiye yol açmış, bu tepki neticesinde de yasa koyucu koşullu salıverilme şartlarını ağırlaştırıcı mevzuat değişiklikleri yapma cihetine gitmiştir. Bu çerçevede İngiltere örneğinin, karşılaştırmalı hukuk bakımından incelenmesi, çok farklı kurum ve kavramlarla karşılaşılsa da modern ceza adaleti sistemlerinin doğrusal bir tarihsel ilerleme çizgisi ve sistematik takip ettiği yolundaki yaygın kanının aksine, günün ihtiyaç ve önceliklerine göre şekillenen kanun koyucunun toplumdaki gelen taleplere kulak kabartmak durumunda kaldığı bir düzeni vazetmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu yapısal durumun koşullu salıverilme hukukundaki en önemli sonucu, suç veya suçluluk tiplerine göre farklılaşan adeta iki farklı hatta çoklu bir koşullu salıverilme rejiminin ortaya çıkması olmuştur. Bir başka deyişle, 1960lı yıllarda müebbet hapis cezasına çarptırılanlar dışındaki hükümlülere benzer hükümler öngören koşullu salıverilme düzenlemeleri, günümüzde gelindiğinde oldukça detaylı düzenlemeler marifetiyle özellikle şiddet ihtiva eden suçlar, cinsel suçlar ve terör suçlarını diğer suçlardan tefrik eden bir yapı arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Ashworth A, *Sentencing and Criminal Justice*, Fifth Ed., Cambridge University Press, 2010.
- Beard J, *Release from prison in England and Wales*, House of Commons Library, 2020.
- Beard J, *The Parole System of England and Wales*, House of Commons Library, 2023.
- Beard, J, *Coronavirus: Prisons (England and Wales)*, House of Commons Library, 2020.
- Byrne J, Don Hummer, Sabrina S. Rapisarda/Kimberly R. Kras, 'The US government's response to COVID-19 outbreaks in federal, state, and local corrections', in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 557-580.
- Cox D J, 'Fitted both Morally and Physically to Fulfil his Proper Duties in the Battle of Life? – The effectiveness or Otherwise of Penal Servitude and imprisonment 1853-2021' *The Howard Journal of Crime and Justice*, 60(1), 2021, s. 47-55.
- Dünkel F/Weber J, '(Early) release, probation and collateral consequences (directives) after release, Legal conditions and practice' in Frieder Dünkel, Ineke Pruin, Anette Storgaard and Jonas Weber (eds), *Prisoner Resettlement in Europe*, Routledge, 2019, s. 403-434.
- Dünkel F, 'Early Release from Prison', in Gerben Bruinsma ve David Weisburd (eds.), *Encyclopaedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, 2014, s. 1256-1271.
- Dünkel F/Harrendorf S/van Zyl Smit D, 'Summary analysis of the state of prisons and penal policies before, during and after the COVID-19 pandemic', in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 634-664.
- Dünkel F/Thiele C/Treig J, 'Elektronische Überwachung von Straffälligen und Beschuldigten in Europa – Zusammenfassender Vergleich und Perspektiven und Perspektiven für die Kriminalpolitik', in Frieder Dünkel, Christoph Thiele ve Judith Treig (Hrsg), *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich –*

- Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Forum Verlag Godesberg, 2017, s. 475-540.
- Gov. UK., press release, “Pregnant prisoners to be temporarily released from custody”, 31 Mart 2020.
- Heard C/Padfield N, ‘England and Wales’, in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 169-180.
- Herzog-Evans M, ‘France’, in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 209-223.
- Herzog-Evans M, ‘French Early Release: McPocedures and McRe-Entry’, *European Journal of Probation*, 11(3), 2019, s. 188-201.
- Höffler K/Padfield N, ‘The Implementation of Sentences’, in Kai Ambos, Antony Duff, Alexander Heinze, Julian Roberts and Thomas Weigend (eds), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Volume II*, Cambridge University Press, 2022, s. 349-391.
- Hörnle T, ‘Comparative Assessment of Sentencing Laws, Practices, and Trends’ in Darryl K. Brown, Jenia I. Turner ve Bettina Weisser (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, s. 887-909.
- Hucklesby A/Holdsworth E, ‘England und Wales’, in Frieder Dünkel, Christoph Thiele ve Judith Treig (Hrsg), *Elektronische Überwachung von Straffälligen im europäischen Vergleich – Bestandsaufnahme und Perspektiven*, Forum Verlag Godesberg, 2017, s. 177-204.
- Kensey A, ‘Conditional release and the prevention of reoffending’ in *Crime Policy in Europe*, Council of Europe Publishing, 2004.
- Laubenthal K, *Strafvollzug*, 8. Auflage, Springer, 2019.
- Lévy R, ‘Pardons and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France’, *Crime and Justice*, 36(1), 2007, s. 551-590.
- Ministry of Justice, “Serious violent and sexual offenders to spend longer in prison”, 22 January 2020, <<https://www.gov.uk/government/news/serious-violent-and-sexual-offenders-to-spend-longer-in-prison>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.
- Padfield N/Bild J, *Text and Materials on the Criminal Justice Process*, 5th Edition, Routledge, 2016.
- Padfield N, “England and Wales”, in Nicola Padfield, Dirk Van Zyl Smit ve Frieder Dünkel (eds.), *Release from Prison, European Policy and Practice*, Willan Publishing, 2010, s. 104-134.
- Padfield N/Bild J, *Text and Materials on the Criminal Justice Process*, 5th Edition, London, 2016.
- Parole Board, ‘How we make our decisions’, <<https://www.gov.uk/guidance/how-we-make-our-decisions>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.
- Petersilia J, “Parole and Prisoner Re-Entry”, in Michael Tonry (ed.), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, Oxford University Press, 2011, s. 925-952.
- Picotti L/ Ravagnani L, ‘Italy’, in Frieder Dünkel, Stefan Harrendorf ve Dirk van Zyl Smit (eds.) *The Impact of Covid-19 on Prison Conditions and Penal Policy*, Routledge, 2022, s. 295-305.
- Roberts J V, *Criminal Justice*, Oxford University Press, 2015.
- Roydhouse E, *The Criminal Law and Criminal Justice Acts 1967*, Butterworths, 1968.
- Sky News, ‘Mother who abused her child so badly he had to have his legs amputated may be kept in prison’ 11 August 2022, <<https://news.sky.com/story/mother-who-abused-her-child-so-badly-he-had-to-have-his-legs-amputated-may-be-kept-in-prison-12670701>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.
- Sturge G, *UK Prison Population Statistics*, House of Commons Library, 2020.
- Tonry M, ‘Reducing the prison population’ in Michael Tonry (ed) *Confronting Crime*, Willan Publishing, 2003, s. 211-223.
- Tournier P V, “Systems of Conditional Release (Parole) in the Member States of the Council of Europe”, *Champ Pénal/Penal Field* [Online], 2004, <<http://journals.openedition.org/champpenal/378>>, Erişim Tarihi 11.03.2023.
- Villman E, ‘Early release from prison with electronic monitoring: Hook for or hindrance to change?’ *Criminology & Criminal Justice*, 2022, online first.
- Werninger S, ‘Die elektronische Überwachung (Art. 79b StGB)’, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 136, 2018, s. 214-247.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

ZİLYETLİK SUÇLARI

POSSESSION OFFENCES

Gözde KAZAKER BOZKURT*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1262677](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1262677) 

Şimdiye kadar Türk ceza hukuku öğretisinde neredeyse hiç ele alınmamış konulardan biri olan zilyetlik suçları, sırf belli bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elde bulundurmanın cezalandırıldığı suç tiplerini ifade etmektedir. Düşünülenin aksine oldukça yaygın olan zilyetlik suçları, günümüzde kanun koyucuların mutad bir aracı olarak da kabul görmüştür. Hem temel ceza kanunumuzda hem de özel ceza kanunlarımızda yer alan bu suçlar, suç teorisi ve ceza hukuku dogmatiği açısından zorlu temel sorunlara sebebiyet verebilecek bir mahiyete sahiptir. Çalışmamızda, öncelikle zilyetlik suçu kavramı ortaya konulmuş, bu suçların suç teorisi bakımından sergilediği özellikler üzerinde durulmuştur. Zilyetlik suçlarının sınıflandırılmasına ve ihdas edilme sebeplerine ilişkin yapılan açıklamaların ardından, bu suçların çağdaş ceza hukukunun temel prensiplerinden olan fiil ve kusur ilkeleri karşısında yapısı itibarıyla mümkün olup olmadığı sorunu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fiilen Elinde Bulundurma, Zilyetlik, Durum Suçları, Statü Suçları, Fiil ve Kusur İlkeleri.

* **Dr. Öğr. Üyesi.** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı /ADANA, **e-posta:** gozdekazaker89@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-3086-1085 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1262677

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ABSTRACT

Possession offences, one of the subjects that have almost never been examined in the Turkish Criminal Law Doctrine, refer to the types of offences in which the mere possession of things or objects is punished. Contrary to what is thought, possession offences, which are quite common, have also been accepted as a habitual tool of legislators today. These offences, which are included both in our penal code and supplementary penal provisions, pose challenging fundamental issues regarding crime theory and criminal law doctrines. In our study, first of all, the concept of possession offence has been put forward and the features of these offences in terms of crime theory have been emphasised. Following the explanations on the classification of the possession offences and the reasons for their creation, the problem of whether these offences align with the structural requirements of the principles of act requirement and culpability, which are among the basic principles of contemporary criminal law, have been discussed.

Keywords: *Safekeeping, Possession, Offences Criminalising States (of Being), Status Offences, The Principles of Act Requirement and Culpability.*

EXTENDED ABSTRACT

This study deals with possession offences that criminalise the mere possession of things or objects. Although this subject poses challenging fundamental issues regarding crime theory and criminal law doctrines, it is evident that it lacks sufficient emphasis in the Turkish Criminal Law Doctrine. Similarly, German-speaking countries do not give significant attention to this subject in their current criminal law doctrines. As a matter of fact, the resource problem we encountered while carrying out our study justifies these arguments. The primary aim of this study is to lay the groundwork for future studies on this subject in the Turkish Criminal Law Doctrine by revealing the concept and the features of possession offences from the crime theory perspective.

In the first part of this article, the concept of 'possession' is described. Possession, as one of the civil law concepts in criminal law, also has a function in possession offences. However, even in civil law doctrine, this concept remains controversial. With the reflections of this on the criminal law doctrine, 'safekeeping' has emerged as a new concept in criminal law that does not align precisely with the concept of possession. This study also delves into the description of this concept. It is concluded that both of these concepts express a relationship of dominance or control between a person and a thing. Furthermore, this section examines the concept of 'possession offence', along with the definitions and formulations of such offences. In this regard, it becomes apparent that these offences can be formulated in many different ways, utilizing phrases like 'to possess' or 'possession', although these terms are not always necessary. Other terms which mean to have actual dominance or control over a thing, may also be preferred. However, the qualification of an offence as a possession offence does not depend on the specific wording chosen by the legislators. The point

that characterises these offences is that possession of things constitutes the conduct element of the offence. In this context, not every offence involving the possession of things as an element can be qualified as a possession offence. In addition, the types of offences that punish the acquisition of possession, are not covered by the possession offences.

In the second part of the study, firstly, proceeds with the classification of possession offences. Although different classifications can be made regarding these offences, the following two distinctions are generally emphasized: The distinction between pure-limited possession offences and the distinction focused on the dangerousness of the objects possessed. Also, in this part, possession offences in Turkish and German criminal law legislation are illustrated. Contrary to the academic negligence shown by the criminal law doctrine of both countries, these offences are frequently preferred by their legislators. Clearly, valid reasons are driving this decision. Within this context, another subject included in the second part is the rationales behind the creation of possession offences. Explanations are made regarding the reasons for the creation of such offences as being an effective tool of preventive criminal law, the facilitation of criminal prosecution, and fulfilling the requirements of international legal regulations.

The discussions on possession offences in comparative law focus on two points. Firstly, there is a consideration of predating criminal responsibility through possession offences, which are an effective tool of preventive criminal law. Possession offences result in the imposition of the penalty related to the completed offence for situations that, at best, constitute an early preparatory stage. Secondly, the question arises as to whether the mere possession of a thing (object, substance) should be punishable. When possession is described as a domination or control relationship between a person and a thing, the problem of how to reconcile possession offences with the fundamental principles of a liberal criminal law, in particular the principles of act requirement and culpability arises. In the third part of this study, this second problem is mainly focused on, and it is inquired into the structure of possession offences in the light of the perspectives in Turkish and German Criminal Law Doctrines. The prevailing stance in German doctrine argues that these offences penalise not a state but rather causal conduct, namely the bringing about and maintenance of such state. In our opinion, possession is a state of being modelled on the relationship between person and object. At this point, in accordance with the letter of the law, it is even possible to classify as offences criminalising states of being. However, embracing such criminal responsibility within contemporary criminal law poses challenges in terms of compatibility with the principle of act requirement. Consequently, it is imperative to emphasize that possession within the realms of private law and criminal law cannot be equated under any circumstances. On the basis of the principles of a liberal criminal law, the possession offence must be construed as necessitating causal conduct as a connecting factor for criminal liability, so that ultimately the bringing about and maintenance of a relationship is punished.

GİRİŞ

Zilyetlik suçları (=Besitzdelikte), mahiyeti itibarıyla başlangıçta şaşırtıcı olabilir. Zira zilyetlik suçları, ceza hukukunda alışık olduğumuz şekilde, zilyedin korunması ile ilgili değildir; aksine zilyedin cezalandırılabilirliğine ilişkin bir hususu ifade etmektedir. Bu suçlar aracılığıyla ceza hukuku, adeta malvarlığına karşı suçlarla bireylere özel alanında sağladığı korumanın bir karşılığı olarak, yine aynı alanda belirli şeylerin (nesne, madde) bulundurulmasından bireyleri sorumlu tutmaktadır¹.

Genellikle salt bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elde bulundurmanın cezalandırıldığı suç tipleri şeklinde tanımlanan zilyetlik suçları, modern kanun koyucuların bir icadı olarak nitelendirilemez. Uyarıcı etkiye sahip olan maddelerin (*venenum, venus, venustus*) bulundurulmasının cezalandırıldığı uygulamalarla Roma hukukunda da karşılaşılmaktadır². Ortaya çıkışı bu kadar eskilere dayanan zilyetlik suçları, günümüzde kanun koyucuların mutad bir aracı olarak da kabul görmüş olmasına rağmen bu suç tiplerinin dogmatikliğine, suç teorisi bakımından sergilediği özelliklere ve elde bulundurmanın cezaya değerliğine ilişkin tartışmalar çok da eski değildir. Bu noktada gösterilen akademik ihmalin nedenlerinden biri, en önemli zilyetlik suçlarının dogmatik olarak genellikle ikinci planda kalan *yan ceza hukuku*³ kapsamında düzenlenmesi olabilir⁴.

¹ Benzer yönde Gudrun Hochmayr, *Strafbarer Besitz von Gegenständen, Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie, etc.*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2005, s. 65.

² Lex Cornelia de sicariis (et veneficis) (M.Ö. 81), zehirleyene ek olarak üçüncü bir kişiyi öldürmek amacıyla zehri buldurana da ölüm cezasıyla cezalandırmaktadır (Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, 1899, s. 636); Ken Eckstein, *Besitz als Straftat*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 133, Duncker & Humblot Verlag, 2001, s. 22; Ken Eckstein, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte-EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117(1), 2005, s. 107; Friedrich-Christian Schroeder, “Besitz als Straftat”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11, 2007, s. 444; Jan Baumann, *Besitz an Daten, 184b Abs. 4 StGB im Lichte neuer Medien*, 1. Auflage, Schriften zum Strafrecht, Band 279, Duncker & Humblot Verlag, 2015, s. 28.

³ (=Nebenstrafrecht). Yan (talî, fer’î, tamamlayıcı) ceza hukuku: Ceza hukukunun kapsamı, temel ceza kanununu aşmaktadır. Hukuk düzeninin tüm alanlarından, içerdikleri belirli hükümlerin ihlalini cezalandıran çok fazla sayıda kanun bulunmaktadır. Ceza kanunu haricinde, özel kanunlarda yer alan ceza hükümlerinin tümünü ifade eder (Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen- Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1, kn. 7, s. 4).

⁴ Hochmayr, s. 3.

Hem karşılaştırmalı hukukta hem de hukukumuzda kanun koyucuların çeşitli gerekçelerle büyük rağbet gösterdikleri bu suç tipleri, temel ceza kanunlarında ve özel ceza kanunlarında yer almakta ve genellikle patlayıcı madde, uyuşturucu madde, tıbbi ilaç, silah ve pornografik içerikler kapsamında karşımıza çıkmaktadır⁵.

Zilyetlik suçlarına ilişkin olan çalışma konumuzun fikri alt yapısının oluşturulmasında asıl etken, söz konusu suç tiplerinin suç teorisi ve ceza hukuku dogmatikliği açısından zorlu temel sorunlara sebebiyet verebilecek mahiyetidir. Zira zilyetlik suçları, karşılaştırmalı hukukta esasen iki yönüyle eleştirilmektedir: Bu eleştirilerden ilki, zilyetlik suçlarının cezalandırılabilirliği öne çeken, ceza hukukunun müdahalesini *zaman itibarıyla* genişleten düzenlemeler olmasına yöneliktir. İkincisi ise ceza hukukunun zilyetlik gibi salt bir durumu değil, sadece icra ve ihmâl şeklinde bir insan davranışını suç sayabileceği noktasına ilişkindir⁶. Esasen bu ikinci tartışma kapsamında da zilyetlik suçları, çalışmamıza konu olmuştur. Çalışmanın kapsamı bu şekilde sınırlandırılmış olmakla birlikte, en azından ilk tartışmanın neyi ifade ettiğine burada kısaca değinilmesinde yarar vardır: Önleyici ceza hukukunun etkin bir aracı olan zilyetlik suçlarında cezalandırılabilirlik öne çekilmektedir⁷.

⁵ Schroeder, s. 444. Zilyetlik suçlarının Türk Ceza Kanunu’ndaki en bilinen örneklerini m. 174, m. 186, m. 188/3,7, m. 191, m. 193, m. 197/1 ve m. 199/1, m. 200, m. 226/3, 4, m. 297 ve m. 339 oluşturmaktadır. Özel ceza kanunlarında ise 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanun m. 11/2; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun m. 12/1, m. 13/1,3,4, m. 15/1,3; 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 3/11,12,13,14,15,16,18,20’de zilyetlik suçlarının düzenlendiği söylenebilecektir.

⁶ Claus Roxin, “Besitzdelikte”, Đorđe Ignjatović (Ed.), *Stanje Kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, II Deo*, Pravni Fakultet Universiteta u Beogradu, 2008, s. 10; Carlos Viveiros, “Wider die Zustandsdeliktassfassung der Besitzdelikte”- Zugleich ein Beitrag zur verhaltensbezogenen Dogmatik der Besitzstrafaten, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 133(1), s. 35-36.

⁷ *Bu yönde bkz.* Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer Verlag, 2015, § 2, kn. 23; Wolfgang Mitsch, “Terrorbekämpfung durch Strafrechtssvorverlagerung”, *Vortrag auf der dritten Internationalen rechtsvergleichende Konferenz an der Universität Potsdam am 16. Dezember 2014*, <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/Deutsch-russisches_Kolloquium2014.pdf>, Erişim Tarihi 4 Haziran 2021, s. 4; Walter Gropp, “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, Arndt Sinn, Walter Gropp, Ferenc Nancy (Hg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*, Universitätsverlag Osnabrück, s. 103; Sebastian Abel, *Besitzdelikte im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht*, Shaker Verlag, 2016, s. 2; Bernd Hecker, “Ist das bloße Aufrufen kinderpornografischer Dateien strafbar?”-Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg v. 15.2.2010- 2-27/09 (REV), NJW 2010, 1893, *Studentische Zeitsc-*

Zira zilyetlik suçları, en iyi ihtimalle erken hazırlık aşaması teşkil eden ve bu nedenle genellikle sadece kişinin kendi kendini tehlikeye atması şeklinde sonuç doğuracak bir durumu önlemek üzere, hukuk devleti ilkesine aykırı bir şekilde tamamlanmış suça ilişkin cezanın uygulanması sonucunu doğurmaktadır⁸. Kimseye zarar vermeyen salt bir şeyi bulundurmanın tamamlanmış suç şeklinde düzenlenmesi, ilk bakışta kolaylıkla anlaşılabilir değildir⁹.

Zilyetlik suçlarına ilişkin ortaya çıkan ve çalışmamızın ağırlık noktası olan ikinci tartışma ise esas itibarıyla çağdaş ceza hukukunun temel prensiplerinden olan fiil ve kusur ilkelerine dayanmaktadır. Suç teşkil eden haksızlığın esasını bir fiilin oluşturmasına ilişkin gerekliliği ifade eden fiil ilkesi kapsamında, zilyetlik suçlarında bir fiilin bulunup bulunmadığı, cezalandırılabilirliğin icra veya ihmal şeklinde bir insan davranışıyla ilişkilendirilip ilişkilendirilmediği, zilyetlik suçlarının salt bir durumun cezalandırmasından ibaret olup olmadığı tartışılmaktadır. Dolayısıyla zilyetlik suçlarının ceza hukukunun en tartışmalı kavramlarından birini teşkil eden “fiil”¹⁰ kavramına kadar uzanan bir boyutu olduğu söylenmelidir. Yine zilyetlik suçlarında sırf bir

hrift für Rechtswissenschaft, 1, 2011, s. 150; Viveiros, s. 35. Zilyetliğin cezalandırılmasında, klasik zarar-netice suçlarına nazaran çifte bir öne çekme (*doppelte Vorverlagerung*) olduğu görüşü için bkz. Schroeder, s. 445. Kısıtlayıcı bir davranış unsuru (önemli adım, fiziksel yakınlık veya başka herhangi bir sınırlayıcı ölçüt) gerektirmediği belirtilen zilyetlik suçları, *çifte/iki yönlü (doubly) tamamlanmamış (noksan, eksik) suçlardır [inchoate (incomplete) offences=einleitende Straftaten]*. Zira bu suçlar, *adi/alelade (ordinary) tamamlanmamış suçlara* kıyasla zarar aşamasından bir adım daha uzaktır. *Bu hususta bkz.* Kai Ambos, “Possession as a Criminal Offence and the Function of the Mental Element: Reflections from a Comparative Perspective”, Suzannah Linton, Gerry Simpson, William A. Schabas (Ed.), *For the Sake of Present and Future Generations, Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark*, Koninklijke Brill NV, 2015, s. 397. Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözde Kazaker Bozkurt, “Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi- Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(1), 2022, s. 241-288.

⁸ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 10. Zilyetliğin genellikle suç için yapılan hazırlıkların bir parçası olduğu yönünde bkz. Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016, § 6, kn. 60.

⁹ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9.

¹⁰ Ceza hukuku doktrininde “fiil (=Tat)” kavramını ifade etmek üzere, “hareket (=Handlung)” ve “davranış (=Verhalten)” kavramları da kullanılmaktadır. Çalışmada, fiil, hareket ve davranış kavramlarının kullanımı konusunda, mutlak bir tercihte bulunulmamış; kavramlar, birbirlerinin yerine kullanılmıştır. Kavramların sözlük anlamı, doğa ve sosyal bilimlerde ve çeşitli bilim disiplinlerinde üstlendiği anlam konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Selman Durun, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, 2021.

durumun cezalandırıldığının kabulü hâlinde, hareket veya hareket imkânından vazgeçilmesi şeklinde bir sonucun mümkün görülmesi, kusur ilkesi açısından sorun arz etmektedir. Bu noktada, bu suçların fiil ve kusur ilkeleri ile uyumlu olup olmadığı ve yapısı itibarıyla mümkün olup olmadığı irdelenmesi gereken sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Zilyetlik suçlarının dogmatığının, suç teorisi bakımından sergilediği özelliklerin ve ihdas edilmesindeki sebeplerin incelenmesinin yanı sıra, fiil ve kusur ilkeleri bağlamında zilyetlik suçlarının yapısına ilişkin ortaya çıkan sorunların ve çözümlerinin karşılaştırmalı hukuk eserleri dikkate alınarak ortaya konulması çalışmamızın temel amaçlarını oluşturmaktadır¹¹. Bu nedenle öncelikle, zilyetlik, fiilen elinde bulundurma ve zilyetlik suçu kavramları ele alınacak (I.), ardından zilyetlik suçlarının sınıflandırılmasına ve ihdas edilme sebeplerine (II.) değinilecektir. Bu bölümlerin devamında, fiil ve kusur ilkeleri karşısında zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla mümkün olup olmadığı sorunu (III.) irdelenecektir. Çalışmanın sonuç bölümünde ise mesele tüm yönleriyle Türk Hukuku bakımından tahlil edilecektir.

I. ZİLYETLİK, FİİLEN ELİNDE BULUNDURMA VE ZİLYETLİK SUÇU KAVRAMLARI

A. Zilyetlik ve Fiilen Elinde Bulundurma Kavramları

Esasen bir medeni hukuk kurumu olan zilyetlik (=Besitz), kavram ve hukuki niteliği bakımından, özel hukuk doktrininde oldukça tartışmalı bir meseleyi oluşturmaktadır¹².

Türk Medeni Kanunu (TMK)¹³, 973. maddesinin birinci fıkrasında, “Bir

¹¹ Türk ceza hukuku öğretisinde neredeyse hiç ele alınmamış olan çalışma konumuza ilişkin incelememizi, Alman ceza hukuku öğretisi ile sınırlı tutacağız. Konuya ilişkin olarak, Alman ceza hukuku öğretisindeki tartışmaların da çok eski olmadığı ifade edilmelidir. Zilyetlik suçlarının ve bu suçlara ilişkin tartışmaların kökeni, aslında müşterek hukuk (*Common Law*) sisteminin geçerli olduğu ülkelerde “*possession offences*” başlığı altında bulunabilir. Alman ceza hukuku öğretisinde yer alan tartışmalar ise Anglo-Amerikan hukukundaki bu tartışmaların bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte çalışmamızda, ülkemizle aynı hukuk sisteminin geçerli olduğu bir ülke olan Almanya üzerinden konunun ele alınması tercih edilmiştir.

¹² Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014, s. 107; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 46; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 68; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989, s. 36.

¹³ 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, (RG. 08.12.2001-24607).

şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse, onun zilyedir” diyerek, zilyetlik kavramını doğrudan doğruya tanımlamamış¹⁴, kazanılması yoluyla açıklamaya çalışmıştır¹⁵. En basit olarak zilyetlik, “bir kimsenin bir şey üzerindeki fiili hâkimiyeti” olarak tanımlanabilir¹⁶. Hâkim görüşe göre zilyetlik, bir kişinin bir şey üzerinde iradi olarak kurmuş olduğu fiili hâkimiyet durumudur¹⁷. Bu çerçevede, zilyetliğin “fiili hâkimiyet (corpus)” ve “zilyetlik iradesi (animus)” olmak üzere iki alt unsurdan oluştuğu genellikle kabul edilmektedir¹⁸.

Özel hukukta zilyetliğin hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşler ise üç grupta toplanabilir: Zilyetliğin fiili bir durum¹⁹ olduğunu savunanların yanı sıra, bir hak²⁰ ve hukuki bir durum²¹ olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.

“Zilyetlik kavramının üstündeki karanlık²²” tabiriyle medeni hukuk doktrininde yer alan tartışmalar, ceza hukuku öğretisinde de farklı bir boyut kazanmaktadır. Zilyetlik kavramının yukarıda yer verilen tanımına ilişkin olarak medeni hukukun ve ceza hukukunun birbiriyle bağdaştığı ifade edilmekle birlikte²³, bu iki hukuk dalında zilyetliğin aynı gereklilikleri

taşınmasına rağmen hiçbir şekilde eşit tutulamayacağı da savunulan görüşler arasındadır²⁴.

Zilyetliğin medeni hukukta yalnızca fiili bir durum değil, hukuki bir durum olarak da nitelendirilmesi, ceza hukukçularının malvarlığına karşı suçlarda zilyetlik kavramına verilen anlam konusunda farklı bir arayışa girmelerine neden olmuştur²⁵. Zira ceza hukukunda zilyetlik kavramına verilen anlam, öncelikle malvarlığına karşı suçlarda, fiilin hırsızlık mı, güveni kötüye kullanma mı yoksa dolandırıcılık mı olduğu belirlenirken önem taşır²⁶. Bu noktada, Alman ceza hukuku doktrininde hırsızlık suçunda, başkasına ait taşınır eşyanın alınması unsuru (*die Wegnahme*) belirlenirken, Alman Medeni Kanunu’nun 854 ve devamı maddeleri anlamında zilyetlikten yola çıkılmamaktadır. Burada, dilimizde “fiilen elinde bulundurma” olarak ifade edilebilecek “Gewahrsam²⁷” kavramını kullanan Alman ceza hukukçuları, bunun zilyetlikle örtüşmediğini vurgulamaktadır²⁸.

Fiilen elinde bulundurma, Alman ceza hukuku doktrininde hâkim görüş tarafından, gerçek kişinin bir şey üzerinde doğal bir egemenlik iradesine

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 47; Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, Cilt: IV/1, Marmara Hukuk Yorumu, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 189. Bu maddeyi karşılayan hüküm, kaynak İsviçre Medeni Kanunu m. 919/1’de yer almaktadır. Alman Medeni Kanunu’ndaki benzer düzenleme için bkz. m. 854/1.

¹⁵ Antalya/Topuz, s. 189.

¹⁶ Gerhard Köbler, *Juristischer Wörterbuch, für Studium und Ausbildung*, 16., neuarbeitete Auflage Verlag Franz Vahlen, 2016, s. 60; Julian Fuchs, “Besitz”, Klaus Weber (Ed.), *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, 7. Edition, Verlag C. H. Beck, 2022.

¹⁷ Schroeder, s. 448. Mal (eşya) üzerinde iradi olarak fiili hâkimiyet kuran kişiye zilyet denir. *Tanım için bkz.* Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar*, C. I, Beta Yayınevi, 2017, s. 309, dn. 8.

¹⁸ Ambos, s. 399; Abel, s. 8; Baumann, s. 61, 65; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 39; Serozan, *Eşya*, s. 102; Ayan, s. 68; Antalya/Topuz, s. 194; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi, 2018, s. 109. Zilyetlik iradesinin gerekli olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 33.

¹⁹ Serozan, *Eşya*, s. 107; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 37.

²⁰ *Fiili durumun yanında, bundan doğan bir de zilyetlik hakkı bulunduğu yönünde bkz.* Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 121.

²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 52; Ayan, s. 75; Antalya/Topuz, s. 194.

²² *Tabir için bkz.* Serozan, *Eşya*, s. 107.

²³ Eckstein, *Besitz*, s. 121.

²⁴ Baumann, s. 141. Ceza hukukundaki zilyetlik kavramının medeni hukuktan bağımsız, otonom (özerk) olduğu ifade edilmektedir (Mustafa Temmuz Oğlakçioğlu, *Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, zugleich eine Analyse der höchststrichterlichen Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht seit 1982*, Duncker & Humblot Verlag, 2013, s. 96). Özel hukuktaki zilyetlik kavramının değiştirilerek ve genişletilerek ceza hukukuna uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 380. *Benzer yönde bkz.* Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 564; Mehmet Emin Alşahin, *Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (5237 Sayılı TCK. m. 151 vd.)*, Turhan Kitabevi, 2010, s. 17.

²⁵ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 695.

²⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 564.

²⁷ (=Safekeeping). *Kavramın İng. karşılığı için bkz.* Ambos, s. 401, dn. 48. “Fiili tasarruf kudreti” şeklinde çevirisi için bkz. Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, 2001, s. 351, dn. 18; Koca/Üzülmöz, *Özel*, s. 695. Ayrıca, Al. CK’nın hırsızlık suçunu düzenleyen 242. maddesi anlamında, “Gewahrsam über eine Sache begründen = Bir şey üzerinde fiili hâkimiyet sahibi olma” olarak da açıklanmaktadır. *Bu hususta bkz.* Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015, s. 545.

²⁸ Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte*, 39., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2016, § 2, kn. 93; Petra Wittig, *Heintschel-Heinegg Beck’sche Online Kommentare StGB*, 55. Edition, Verlag C. H. Beck, 2022, § 242, kn. 12; Roland Schmitz, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Auflage, 2021, § 242, kn. 50; Abel, s. 10; Koca/Üzülmöz, *Özel*, s. 695.

dayanan fiili hâkimiyeti olarak anlaşılmaktadır²⁹. Kavram, sözlükte de buna paralel şekilde, hâkimiyet iradesine dayanan fiili bir tahakküm ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Bu, *objektif olarak*, şey üzerinde doğrudan etki edebilme iradesinin gerçekleştirilmesinin önünde hiçbir engelin bulunmamasını gerektirir. *Sübjektif olarak* ise şey üzerinde engelsiz etki imkânını sürdürme iradesini gerektirmektedir³⁰. Dolayısıyla medeni hukuk anlamında zilyet olarak nitelendirilmeyen zilyet yardımcısı, (*Besitzdiener*)³¹, ceza hukuku kapsamında fiilen elinde bulundurandır³². Ancak medeni hukuk anlamında zilyet olan dolaylı zilyet (*mittelbarer Besitzer*), ceza hukuku anlamında fiilen elinde bulunduran değildir³³. Yine medeni hukukta, mirasçılardan mirasın zilyet olduğu malların zilyetliğini doğrudan doğruya (fiili hâkimiyet ve irade gerektirmeksizin) kazandıkları bir istisna da olsa kabul edilirken (TMK m. 599/2)³⁴; bunun ceza hukuku açısından geçerli olması mümkün değildir³⁵. Zilyet olan ve fiilen elinde bulunduran kişi, bu noktalarda farklılaşmaktadır. Fiilen elinde bulundurma durumunun zilyetliğe istinat etmesi gerekmez. Zilyetlik kavramının ceza hukukunda taşıdığı anlam belirlenirken, özel hukukun kavrama yüklediği anlamdan yola çıkılmamalı, ceza hukuku öğretisi tarafından ortaya konulan özel ölçütlerle hareket edilmelidir.

Ceza hukukunda zilyetlik kavramına verilen anlamın önem taşıdığı ikinci nokta ise çalışma konumuzu oluşturan zilyetlik suçlarına ilişkindir. Zilyetlik kavramına ilişkin olarak, özel hukukta yapılan tanım veya hukuki nitelendirmelerden ya da onunla farklılık arz eden yönüyle fiilen elinde bulundurma kavramından yola çıkılması, zilyetlik suçları bakımından ortaya çıkan temel sorunu kanaatimizce çözmemektedir. Zira her ikisi de

esas itibarıyla şey (eşya, nesne) ile kişi arasındaki ilişkiyi yani bir *durumu* ifade etmek üzere kullanılan kavramlardır³⁶. Kavramlara ilişkin yapılan bu tespitler, bir sonraki başlık altında da detaylı şekilde ele alınacağı üzere, zilyetliğin cezalandırılmasını ifade eden zilyetlik suçlarında, ceza hukukunun cezalandırılabilirliğin bir bağlantı noktası olarak bir fiili konu alması gerekliliği karşısında bizi sonuca ulaştırmayacaktır.

B. Zilyetlik Suçu Kavramı

Zilyetlik suçları, farklı şekillerde tanımlanmaktadır: Bu tanımlardan ilkinde göre, zilyetlik suçları, sadece belirli bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elinde bulundurmanın cezalandırıldığı suç tipleridir³⁷. Benzer diğer bir tanıma göre ise ilgili ceza hükmü uyarınca sadece bir şeyin elde bulundurulmasıyla işlenen suçlardır³⁸. Yine bu suçlar, cezalandırılabilirliği yalnızca belirli şeylerin zilyetliğine bağlayan suç tipleri olarak da tanımlanmaktadır³⁹.

Zilyetlik suçlarını üçlü bir ayrımla ele alarak tanımlayan *Struensee* ise ilk grubu cezalandırılabilir davranışı, “*suç teşkil eden bir eşyaya (=maddi varlığa sahip olan şey) zilyet olmak*” şeklinde açıkça belirten suç tiplerinden oluşturur. Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu (Al. UMK)⁴⁰ m. 29/I,1 No. 3’teki düzenleme, bunun tipik bir örneğidir. İkinci kısım, içerik olarak, cezalandırılabilirliği esas itibarıyla sırf bir şeyin zilyetliğine bağlayan suçlardan oluşur. Bu grupta yer alan suçlarda, Alman kanun koyucusunun tercih ettiği “*fiili hâkimiyet kullanmak (=Ausüben der tatsächlichen Gewalt)*” ibaresi, zilyetliğin farklı bir ifade ediliş şekli olarak nitelendirilmektedir⁴¹.

²⁹ Wessels/Hillenkamp, § 2, kn. 82; Wolfgang Joecks/Christian Jäger, *Strafgesetzbuch Studien Kommentar*, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2018, § 242, kn. 12; Wittig, § 242, kn. 11; Abel, s. 19; Koca/Üzülmez, *Özel*, s. 695.

³⁰ Köbler, s. 187. *Aynı yönde bkz.* Abel, s. 27; Koca/Üzülmez, *Özel*, s. 695-696.

³¹ Serozan, *Eşya*, s. 114; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 60; Ayan, s. 89; Aybay/Hatemi, s. 35.

³² Wittig, § 242, kn. 12; Oğlakçioğlu, *Allgemeine*, s. 96; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Özel*, s. 567; Koca/Üzülmez, *Özel*, s. 675, dn. 14. *Aksi yönde bkz.* Centel/Zafer/Yenerer Çakmut, s. 320.

³³ Wessels/Hillenkamp, § 2, kn. 93, 94; Wittig, § 242, kn. 12; Schmitz, § 242, kn. 50. Yalnızca doğrudan zilyetlik (*unmittelbarer Besitz*) konusunda, her iki hukuk dalı örtüşmektedir.

³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 65. Alman medeni hukukunda da zilyetliğin mirasçılara geçtiği kabul edilir. *Bkz.* Al. MK m. 857.

³⁵ Wittig, § 242, kn. 12; Schmitz, § 242, kn. 50; Koca/Üzülmez, *Özel*, s. 695.

³⁶ Fiilen elinde bulundurma kavramının da bir durumu yani bir kişinin bir şeyle olan fiili ilişkisini ifade ettiği yönünde bkz. Hochmayr, s. 63-64; Abel, s. 19.

³⁷ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9; Jörg Eisele, *Schönke Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2019, § Vor 13, kn. 42. *Benzer tanım için bkz.* Ambos, s. 392.

³⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 60.

³⁹ Abel, s. 28. Belli bir şeyin zilyetliğinin, ceza hukukuna göre suç olarak değerlendirilen bir fiilin tipe uygunluğu için yeterli olması hâlinde, zilyetlik suçlarından söz edileceği yönünde bkz. Walter Gropp, “Besitzdelikte und periphere Beteiligung- zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und Besitzes von Kinderpornographie”, *Festschrift für Harro Otto, zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymanns Verlag, 2007, s. 250.

⁴⁰ (Betäubungsmittelgesetz=BtMG).

⁴¹ Eberhard Struensee, “Besitzdelikte”, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, s. 713. *Benzer yönde bkz.* Eckstein, *Besitz*, s. 44; Hochmayr, s. 15. Bir şey üzerinde fiili hâkimiyet kullanan kişi, kendi iradesi doğrultusunda bir şeyi elinde bulundurma imkânına sahip olan kişiyi ifade etmektedir.

Alman Savaş Silahlarının Kontrolü Kanunu⁴² m. 19 ve m. 20, buraya örnek olarak verilebilir⁴³. Son kısım ise belirli şeylerin zilyetliğini, bunlar için belirli bir kullanım planlanıyorsa cezalandıran suç tiplerinden oluşmaktadır. Bunlar, daha ayrıntılı olarak açıklanan nesnelere stok olarak bulundurulmasını (depolanmasını) veya muhafaza edilmesini cezalandıran suç tipleridir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu (Al. CK) m. 86’da anayasaya aykırı örgütlerin ve terör örgütlerinin propaganda araçlarının dağıtılması suçunda, propaganda araçlarının yurt içinde veya yurt dışında dağıtılmak üzere stok olarak bulundurulması cezalandırılmaktadır⁴⁴.

Kanun koyucular, zilyetlik suçlarını yaratırken “*zilyet, elinde bulunduran (Besitz)*” veya “*zilyet olmak, elinde bulundurmak (besitzen)*” ibarelerine yer verebilmekle birlikte, her zaman bu ibareleri kullanmak zorunda değildir. Ayrıca fiili hâkimiyete sahip olmayı anlam olarak karşılayan “*yanında bulundurmak (führen), elinde tutmak (halten), depolamak (vorrätig halten), muhafaza etmek, muhafaza altında bulundurmak (aufbewahren, verwahren)*” ve benzeri terimler de tercih edilmektedir⁴⁵. Aslında bu, ilgili normun işleviyle de ilintili bir durumdur⁴⁶. Örneğin; Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 188. maddesinin 3. fıkrasında, fiili hâkimiyete sahip olmayı anlam olarak karşılayan bulundurma unsuruna ek olarak, depolamaya da yer verilmişken; TCK m. 191/1’de bulundurmaya yer verilmesi yeterli görülmüştür. İlk suç tipi açısından çoğunlukla uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ticaret amacıyla fazla

⁴² (Kriegswaffenkontrollgesetz= KrWaffKontrG).

⁴³ Eckstein, *Besitz*, s. 46-47; Lennart M. Hügel, *Strafbarkeit der Anschlagsvorbereitung durch terroristische Einzeltäter und deren Unterstützer- Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung*, Duncker & Humblot Verlag, 2014, s. 62, 64. Bu gruba verilen örneklerden biri olan Alman Silah Kanunu (Waffengesetz= WaffG) m. 52a mülga olmuştur. Alman Silah Kanunu’nun cezai hükümler başlığı altında yer alan ve adli cezaları düzenleyen 51. ve 52. maddelerinde ise “fiili hâkimiyet kullanmak” ibaresine değil, “zilyet olmak/elinde bulundurmak” tabirine yer verilmiştir. Bu güncel şekliyle, *Struensee*’nin yaptığı ayrımında ilk gruba dâhil olan düzenlemelerin hâlâ zilyetlik suç kapsamında olduğu izahtan varestedir.

⁴⁴ *Struensee*, s. 713-714.

⁴⁵ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 10; Eckstein, *ZStW*, s. 108; Schroeder, s. 444; Hochmayr, s. 8; Baumann, s. 97; Miguel Polaino-Orts, “Grenzen vorverlagert Strafbarkeit: Feindstrafrecht”, *Strafrechts als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band I, Walter De Gruyter Verlag, 2011, s. 109; Abel, 28; Kazaker Bozkurt, s. 277. “Muhafaza etmek” unsuruna yer veren zilyetlik suçlarının Türk Ceza Kanunu’ndaki örnekleri için bkz. TCK m. 197 (parada sahtecilik), TCK m. 199 (kıymetli damgada sahtecilik) ve TCK m. 200 (para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar).

⁴⁶ Baumann, s. 97.

miktarda bulundurmak suretiyle depolanması söz konusu olmaktadır. TCK m. 191/1’de ise kullanmak amacıyla bir bulundurma hâli söz konusu olduğundan, depolamak unsuruna gerek görülmemiştir. Dolayısıyla kanun koyucuların bu kelime tercihlerinin de rastgele olmadığı ifade edilmelidir. Bununla birlikte bir suçun zilyetlik suçu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, kanun koyucuların tercih ettiği kelimelerden bağımsızdır. Zilyet veya zilyet olmak ibareleri, zilyetlik suç tipine ilişkin getirilen düzenlemelerin sadece bir kısmında kullanılmaktadır⁴⁷.

Zilyetlik suçları, bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elde bulundurmanın suçun fiil unsurunu oluşturması ile ayırt edilmektedir. Bu bağlamda, bir şeyin zilyetliğinden suçun bir unsuru olarak bahseden her suç tipi de zilyetlik suçu olarak nitelendirilemeyecektir⁴⁸. Örneğin, TCK’nın 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunda, suçun konusunu “*başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan bir mal*” oluşturmaktadır. Bu suçta da suçun konusuna ilişkin bir zilyetlik durumu gereklidir. Ancak cezalandırılabilir fiil, “*zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak*” veya “*bu devir olgusunu inkâr etmek*”tir. Dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçu, bir zilyetlik suçu olarak nitelendirilemez. Aynı yorum, TCK m. 247’de düzenlenen zimmet suçu için de geçerlidir. İlgili düzenlemede suçun konusu, “*kamu görevlisine görevi nedeniyle zilyetliği devredilmiş olan bir mal*” veya “*kamu görevlisinin koruma ve gözetim yükümlülüğü altında olan bir mal*” olarak belirlenmiştir. Burada da suçun konusunu oluşturan malın zilyedi olan bir fail söz konusudur. Ancak fail, zilyetliği sebebiyle değil, zilyetliğine konu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi nedeniyle cezalandırılmaktadır. Bir başka ifadeyle, zimmet suçunun fiil unsurunu “zilyetlik” değil, “zimmete geçirme” oluşturmaktadır.

Zilyetlik suçu kapsamında değerlendirilemeyecek suç tiplerinden bir diğeri ise zilyetliği değil, zilyetliğin iktisabını veya elde edilmesini (*kabul etmek, iktisap etmek, edinmek, elde etmek, temin etmek, sunmak, arz etmek, satışa arz etmek, satışa çıkarmak vb.*) cezalandıran hükümlerdir. Salt bir şeyin elde bulundurulması suretiyle işlenen suç niteliğinde olmayan bu suçlar, icrai

⁴⁷ Burada belirleyici olan, cezalandırılabilirliğe neden olan sürecin bir kişinin bir şey üzerinde fiili hâkimiyete sahip olmasıyla tüketilip tüketilmediğidir. Zilyetlik suçu söz konusu olduğunda bu süreç, salt bir şeyi elde bulundurmaya objektif olarak tüketilmektedir. *Görüş için bkz. Eckstein, ZStW*, s. 108; Eckstein, *Besitz*, s. 22.

⁴⁸ Eckstein, *Besitz*, s. 20.

suç (= *Begehungsdelikt*) niteliği taşıır⁴⁹. Failin bir şeyi salt elde bulundurmasının sınırlarını aşan bir kullanımını gerektiren bu durumlar, zilyetlik suçu için gerekli koşulu sağlamaz⁵⁰.

Tartışmalı olmakla birlikte, yetkisi olmaksızın resmi bir üniforma giyilmesi veya resmi bir işaretin (nişan, madalya vb.) taşınmasına ilişkin suçlar da genellikle zilyetlik suçları altında sınıflandırılmaz. Zira bir şeyi giymek veya taşımak, bulundurmaktan daha fazlasını ifade etmektedir⁵¹. Bu hâllerde, aslında çoğunlukla icrai bir hareket de bulunmaktadır. Bununla birlikte aksi yöndeki görüşe göre, temelinde bir davranış bulunmaksızın da taşıma düşünülebilecektir. Bir toplantı katılımcısının kendisine kalabalığın içinde taşıma yetkisinin olmadığı resmi bir işaretin takıldığını fark etmesi, buna örnek olarak verilmektedir. Bu görüş uyarınca taşıma hareketi, spesifik fiili hâkimiyetin varlığıyla da gerçekleşmiş olabileceğinden, zilyetlik suçu olarak sınıflandırılmalıdır⁵². Burada, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçunun düzenlendiği TCK m. 264 akla gelmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, bir rütbe ya da kamu görevinin veya mesleğin resmi elbisesini yetkisi olmadan alenen ve başkalarını yanıltacak şekilde giymek veya hakkı olmadığı hâlde belirli nişan veya madalyaları takmak suç olarak tanımlanmıştır⁵³. Kanaatimizce TCK m. 264, zilyetlik suçlarına örnek oluşturamaz⁵⁴. Zira suç, özel işaret veya kıyafetleri salt elde bulundurmak suretiyle işlenebilir değildir. Özel işaretin takılması veya kıyafetin giyilmesi, bulundurmanın sınırlarını aşan bir kullanımı gerektirmektedir.

⁴⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 6, kn. 60. *Benzer yönde bkz.* Struensee, s. 716.

Al. CK m. 184b/ I, 2, örnek olarak verilmektedir: “Her kim, gerçek ve gerçeğe yakın bir olayı yansıtan çocuk pornografisi içeriğinin zilyetliğini diğer bir kişiye sağlamaya kalkarsa...”. Örneğin, TCK m. 194’te yer alan sağlık için tehlikeli madde temini suçu da zilyetlik suçu olarak nitelendirilemez. Düzenlemede, sağlık için tehlike oluşturabilecek maddelerin zilyetliği değil; çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullananlara zilyetliğinin sağlanması (verme veya tüketimine sunma) cezalandırılmaktadır. Benzer şekilde, uyuşturucu madde satan/temin eden kimselerin fiillerinin icrai nitelikte olduğu yönünde bkz. Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 228.

⁵⁰ Eckstein, *Besitz*, s. 22.

⁵¹ Eckstein, *Besitz*, s. 22.

⁵² *Görüş için bkz.* Hochmayr, s. 22

⁵³ *Bkz. TCK m. 264’ün gerekçesi.*

⁵⁴ Benzer düzenleme, Al. CK m. 132a/I, 4’te yer almaktadır: “Her kim, yetkisi olmaksızın, milli veya yabancı bir devlete ait üniforma, resmi elbise giyer veya resmi işareti taşırsa bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” (*Bkz.* Yenisey/Plagemann, s. 231).

II. ZİLYETLİK SUÇLARININ SINIFLANDIRILMASI VE İHDAS EDİLME SEBEPLERİ

A. Zilyetlik Suçlarının Sınıflandırılması

Sadece bir şeyin zilyetliğinin suç hâline getirildiği zilyetlik suçları, çok çeşitlidir. Bu durum, zilyetlik suçlarının sınıflandırılması ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Zilyetlik suçlarına ilişkin farklı sınıflandırmaların yapılması mümkün olmakla birlikte genellikle şu iki ayırım üzerinde durulmaktadır:

1. Saf-Sınırlı Zilyetlik Suçları Ayırımı

Zilyetlik suçlarına ilişkin yapılan ayırımlardan ilki, “saf zilyetlik suçları (*reine Besitzdelikte*)” ve “sınırlı zilyetlik suçları (*ingeschränkte Besitzdelikte*)” ayırımıdır⁵⁵.

Saf zilyetlik suçları ile kastedilen, bir şeyin izinsiz zilyetliğinin herhangi bir sınırlama olmaksızın cezalandırıldığı suç tipleridir. Sınırlı zilyetlik suçları olarak adlandırılan ikinci grupta ise zilyetliğin cezalandırılabilirliği, çeşitli sınırlayıcı koşullara (*fail, amaç/saik, yer veya madde itibarıyla*) bağlanmaktadır. Bu ayırım uyarınca örneğin, TCK m. 226/3’te düzenlenen çocukların kullanıldığı müstehcen ürünlerin bulundurulması suçu, saf zilyetlik suçu olarak nitelendirilirken⁵⁶; TCK m. 191’de yer alan kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçu, sınırlı zilyetlik suçu teşkil eder. Zira TCK m. 191’deki suçun oluşması, bulundurmanın “kullanmak için” olmasına bağlıdır⁵⁷. Dolayısıyla burada, zilyetliğin cezalandırılabilirliği kullanma maksadıyla yani sübjektif olarak sınırlandırılmış durumdadır.

Yapılan bu ayırım doğrultusunda, sınırlı zilyetlik suçları da kendi içinde

⁵⁵ *Ayırım için bkz.* Eckstein, *Besitz*, s. 84.

⁵⁶ Doktrinde, TCK m. 226/3 bakımından genel kastın yeterli olmadığı, genel kast dışında failin maksadının da belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak yine bu görüşe göre, “bulundurmak” dahi tek başına suçun işlendiğinin kabulü için yeterliyken; ayrıca maksadın araştırılması gereksiz görülmektedir. *Görüş için bkz.* Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 137-138; Gökhan Taneri, “Müstehcenlik Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (1), 2018, s. 603.

⁵⁷ Suçun kullanma özel kastıyla işlenebileceği yönünde bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 1035; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022, s. 696. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 831.

şahıs itibarıyla, subjektif (manevi) unsur itibarıyla ve dar anlamda sınırlı zilyetlik suçları şeklinde üçlü bir alt ayrıma tabi tutulmaktadır: Şahıs itibarıyla sınırlı zilyetlik suçları, kanuni tanımında belli özelliğe sahip olan kişilerin fail olabileceği belirtilen, özgü suç niteliğinde zilyetlik suçlarıdır. Subjektif (manevi) unsur itibarıyla sınırlı zilyetlik suçları ise zilyetlik suçları arasında sıklıkla rastlanan, hedefi aşan iç eğilimle işlenen suçlardır (=Delikten mit überschießender Innentendenz)⁵⁸. Failin amacının suç tipinin objektif unsurlarının da ötesinde bir neticeye yönelik olduğu bu suçlara, tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesini düzenleyen TCK m. 174'ün 1. fıkrasının 2. cümlesi örnek verilebilir: “Yetkili makamların izni olmaksızın, bu fıkra kapsamına giren maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla, gerekli olan malzeme ve teçhizatı... depolayan, ... bulunduran kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.” Dar anlamda sınırlı zilyetlik suçları ise kanun koyucunun ilgili hükmün uygulama alanını, suçun diğer unsurları vasıtasıyla yer itibarıyla veya maddi olarak sınırladığı zilyetlik suçlarını ifade etmektedir. Dar anlamda zilyetlik suçlarına Al. CK m. 328/III, 1 örnek verilmektedir⁵⁹. Düzenlemeye göre: “Her kim, idare hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal ederek, bir tesisin işletilmesinde, özellikle bir fabrika veya teknik bir tesisin işletilmesinde, radyoaktif maddeleri veya ... tanımlanan tehlikeli maddeleri depolar...ise beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Alman kanun koyucusu, bir tesisin işletilmesinde, özellikle bir fabrika veya teknik bir tesisin işletilmesinde ibaresiyle ilgili hükmün uygulama alanını yer itibarıyla sınırlamış durumdadır.

2. Zilyet Olunan Şeylerin Tehlikeliliğini Esas Alan Ayrım

Zilyetlik suçlarına ilişkin oldukça basit ve natüralist (doğalcı) olan

⁵⁸ Kısaca amaç suçları (*Absichtsdelikte*) olarak nitelendirilen bu suçlara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Roxin, *AT I*, § 10, kn. 84; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot Verlag, 1996, § 30, II, s. 319; Selim Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 58-59, dn. 148. Bu suçlarda kanun koyucunun endişe ettiği tehlikeyi açıkça dile getirdiğini ifade eden Schroeder, kendi ayrımında, bu suç grubunu “kullanma maksadıyla zilyetlik (*Besitz mit Verwendungsabsicht*)” olarak ele almaktadır. Daha çok zilyetlik suçlarının subjektif (manevi) unsurlarının içeriğini ve zilyet olunan şeyin tehlikeliliğini esas aldığı sınıflandırmasında, zilyetlik suçlarını öncelikle “saf zilyetlik suçları” ve “kullanma maksadıyla zilyetlik” şeklinde ikiye ayırır. Sonrasında, Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemelerden yola çıkarak, daha detaylı ayrımlara (*hazırlık olarak zilyetlik, üretimi teşvik eden zilyetlik ve ispatın kolaylaştırılması*) gitmektedir (*Bu hususta bkz. Schroeder, s. 445-446*). Aynı ayrım için bkz. Abel, s. 32-42.

⁵⁹ Örnek için bkz. Eckstein, *Besitz*, s. 85.

bir başka sınıflandırma ise *zilyet olunan şeylerin tehlikeliliği* esas alınmak suretiyle yapılmaktadır⁶⁰.

Ayrım doğrultusunda zilyet olunan şey, bizatihi (kendiliğinden) tehlikeli olabilir. Bu ilk gruba silah, uyuşturucu madde, müstehcen içerikler veya belirli kimyasal maddelerin zilyetliğinin suç sayılması örnek olarak verilmektedir. İkinci grupta ise zilyet olunan şeyin bizatihi nötr veya tehlikesiz olması yer alır. Örneğin, belli bir araç (bisiklet), normalde tamamen meşru bir amaç (tamirat) için kullanılabileceği gibi suç (hırsızlık) işlemek amacıyla da kullanılabilir. Bu çifte kullanım olanağı nedeniyle ikinci grup, *çift(e) kullanımlı şeyler (dual-use objects)* olarak adlandırılmaktadır⁶¹.

B. Zilyetlik Suçlarının İhdas Edilme Sebepleri

1. Önleyici Ceza Hukukunun Etkin Bir Aracı Olması

Zilyet olunan şeyin doğası, suç ihdasına ilişkin mantığı etkilemektedir. Bazı nesnelere doğasında var olan tehlikeler veya riskler, kanun koyucular tarafından bunların zilyetliğinin suç hâline getirilmesinin sebeplerinden birini oluşturmaktadır. Kanun koyucular, bu nesnelere zilyetliğini ceza hukuku vasıtasıyla yasaklayarak, bunlara içkin tehlikeyi sınırlandırıp kontrol etme amacı taşımaktadır. Genellikle önleme amacı taşıyan bu tür zilyetlik suçlarıyla, bizatihi tehlikeli şeylerin denetimsiz bir şekilde bulundurulmasından ve kullanılmasından doğabilecek zararların engellenmesi hedeflenmektedir⁶². Bu bağlamda, bireyin ceza sorumluluğunu sadece potansiyel olarak tehlikeli maddeleri elde bulundurmaya bağlayan zilyetlik suçları, önleyici ceza hukukunun etkin bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³.

⁶⁰ Ayrım için bkz. Ambos, s. 392.

⁶¹ Ambos, s. 392. Nötr veya çift(e) kullanımlı şeylerin zilyetliğinin suç sayılmasına ilişkin ayrıca bkz. III. B. 2. c. (1). dn. 141.

⁶² Ambos, s. 392-393. Aynı yönde bkz. Mitsch, s. 4; Schroeder, s. 445; Eckstein, *Besitz*, s. 74.

⁶³ Kazaker Bozkurt, s. 277. Statü suçları ile birlikte zilyetlik suçları, çekirdek düşman ceza hukuku (*Kernfeindstrafrecht*) kapsamında ele alınmaktadır. Zilyetlik suçlarında cezalandırmanın nedeni, düşüncenin cezasızlığı karşısında zilyedin suça yönelik amacı olamaz. Bilakis bunun nedeni, tehlikeli nesne ile failin arasındaki etkileşimin fiilen (de facto) bilişsel güvensizlik yaratması ve böylelikle normun geçerliliğinin vatandaşların artık norma güvenemeyecekleri bir şekilde zedelenmesidir. Vatandaşlar için asgari düzeyde bilişsel güvenlik sağlamak amacıyla bazı nesnelere bulundurulmasının önanda cezalandırıldığı yönünde bkz. Polaino-Orts, s. 109.

2. İspatın Kolaylaştırılması (=Beweiserleichterung)

Kanun koyucuların ceza sorumluluğunun bir bağlanma noktası olarak zilyetliği tercih etmesinin sebeplerinden bir diğeri, bunun ceza kovuşturmasını kolaylaştıracağı yönündeki beklentisidir⁶⁴. Burada kanun koyucuların öncelikli kaygısı, genellikle zilyetliğin elde edilmesinin (*Besitzverschaffung*) cezalandırılmasıdır. Ancak suçun konusunun iktisap edildiğini, ele geçirildiğini, temin edildiğini, devralındığını veya başka birinin vasıtasıyla alındığını ispat etmek çoğunlukla zorluk teşkil eder⁶⁵. Buna karşılık bir kişinin bir şeye zilyet olması, o şeyin mutlaka kişinin kendisi tarafından temin edildiği anlamına gelmez. Kişinin o şeyin gayri iradi eline geçtiğine dair olan itirazını ortadan kaldırmak için doğrudan doğruya zilyetliğin kendisi cezalandırılmaktadır. Bu suretle zilyetlik suçları, edinmenin cezalandırıldığı suç tiplerine kıyasla daha kapsayıcı bir işlev (*Auffangsfunktion*) üstlenmektedir⁶⁶. Zilyetlik suçlarının bu kapsayıcı mahiyetini defalarca vurgulayan Alman kanun koyucusu, çocuk pornografisiyle mücadele için Alman Ceza Kanunu'na dâhil ettiği suç tipini tanıtırken de düşüncesini açıkça şu şekilde ifade etmiştir: “*Çocuk pornografisi piyasasına katılmanın cezaya değer tüm durumlarını kapsamak ve belirli edinme hareketleriyle ilgili sınırlamalarla bağlantılı olan ispat zorluklarıyla engellenmeyen etkili bir ceza kovuşturmasının gerçekleştirilmesini mümkün kılmak için... zilyetliğin kendisi cezalandırılmalıdır*”⁶⁷.

Zilyetliğin kapsayıcı işlevi, salt ispat kolaylığıyla sınırlı değildir; ayrıca zamanaşımı üzerinde de etki gösterir. İmal etmek, satışa arz etmek, devretmek, edinmek ve benzeri fiil çeşitlemelerinde zamanaşımı, genellikle kısa bir

⁶⁴ Struensee, s. 717; Hochmayr, s. 1; Eckstein, *ZStW*, s. 111; Eckstein, *Besitz*, s. 79; Ambos, s. 401; Oğlakçıoğlu, *Allgemeine*, s. 95. Al. UMK m. 29/I, 1 No. 3'ün madde gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmektedir. *Bkz.* BT-Drs. VI/1877, s. 9. Öncelikle hukuki değerlerin korunmasını ifade eden ceza hukukunda, ceza kovuşturmasının kolaylaştırılmasının ancak talî veya yan bir amaç olabileceği haklı olarak ifade edilmektedir. *Bkz.* Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Mohr Siebeck Verlag, 1996, s. 327; Baumann, s. 132. *Benzer yönde eleştiri için bkz.* Tatjana Hörnle, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2021, § 184b, kn. 45.

⁶⁵ Schroeder, s. 446; Struensee, s. 717; Hochmayr, s. 1; Serkan Meraklı, Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197), *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 745.

⁶⁶ Hochmayr, s. 1; Gropp, *Beteiligung*, s. 250; Hörnle, *MüKoStGB*, § 184b, kn. 45.

⁶⁷ BT-Drs. 12/3001, 03.07.92, Alman Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu Tasarısı-Çocuk Pornografisi, s. 6. Suçun bir kalkışma suçu olarak düzenlenmesi de aynı gerekçelerle açıklanmıştır. *Alman Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu Tasarısı'nın tam metni için bkz.* <<https://dserver.bundestag.de/btd/12/030/1203001.pdf>>, Erişim Tarihi 7 Ekim 2022, s. 5-6.

süre ile sınırlı olan fiilin işlenişinin tamamlanmasıyla işlemeye başlarken; zilyetliğin cezalandırıldığı durumlarda zamanaşımı, söz konusu şey zilyetlikte bulunduğu sürece işlemeye başlamaz. Nitekim zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle failin suça konu şeyi imal etmesine veya edinmesine istinaden artık kovuşturulmasının mümkün olmaması durumunda dahi, zilyetliği nedeniyle sorumlu tutulabilmesi mümkün olmaktadır⁶⁸. Bunun kovuşturma makamlarına kolaylık sağlayacağı açıktır.

3. Uluslararası Hukuki Düzenlemelerin Gereklerinin Yerine Getirilmesi

Zilyetlik suçlarının sayısındaki artışın bir başka sebebi ise belirli şeylerin zilyetliğine karşı cezai hükümler getirilmesini zorunlu kılan uluslararası hukuki düzenlemelerdir. Bu şekilde farklı hukuk sistemlerinde, zilyetlik suçlarında gerekli yeknesaklığın sağlanması hedeflenmektedir⁶⁹. Örneğin, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'ün 3. maddesine göre: “*Her taraf devlet, asgari olarak aşağıdaki fiil ve faaliyetlerin ülke içinde veya ülke dışında veya ferdi veya örgütlü bir biçimde işlenmiş olup olmamalarına bakılmaksızın, kendi suç veya ceza yasalarının tam anlamıyla kapsamı içine girdiğini garanti edecektir*”. Aynı maddenin devamı uyarınca ise *her taraf devlet... 2'nci maddede tanımlandığı üzere, çocuk pornografisinin, yukarıda belirtilen amaçlar için üretimini, dağıtımını, yayılmasını, ithalini, ihracını, sunumunu, satışını veya zilyetliğini, fiilin vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir suçlar hâline getirecektir*. Birleşmiş Milletler bünyesinde 8 Eylül 2002 tarihinde New York'ta imzalanan Protokol, ülkemiz tarafından 4755 sayılı Kanun⁷⁰ ile uygun bulunarak kabul edilmiş ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. *Pornografi ve çocuk pornografisi* terimlerine yer vermeyen 5237 sayılı TCK, ilgili fiilleri müstehcenlik suçu (TCK m. 226) kapsamında düzenlemiştir⁷¹. Nitekim TCK m. 226/3'te,

⁶⁸ Hochmayr, s. 2. Aynı yönde bkz. Schroeder, s. 446; Eckstein, *Besitz*, s. 79; Gropp, *Beteiligung*, s. 250; Meraklı, s. 745.

⁶⁹ Hochmayr, s. 2; Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9; Gropp, *Beteiligung*, s. 250; Eckstein, *ZStW*, s. 125.

⁷⁰ 09.05.2002 tarihli ve 4755 sayılı Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, (RG. 28.06.2002- 24799).

⁷¹ Oldukça ağır cezaların öngörüldüğü TCK m. 226'nın uluslararası hukuk da nazara alınarak hazırlandığı ifade edilebilir. Bununla birlikte müstehcenlik suçunun pornografiyi de içeren geniş kapsamı düşünüldüğünde, maddenin 3. ve 5. fıkraları sorun doğurabilecek niteliktedir. *Görüş için bkz.* Özbek, s. 117-118.

üretiminde çocukların, temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanıldığı müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması veya başkalarının kullanımına sunulması cezalandırılmaktadır. “Depolamak” ve “bulundurmak” ibareleriyle zilyetliği de cezalandıran bu düzenleme ile söz konusu Protokol’ün gereği yerine getirilmiş olmaktadır.

Yine Avrupa Birliği de Avrupa Birliği hukukunun asli kaynaklarını oluşturan kurucu antlaşmaların yanı sıra, birlik kurumlarının tasarrufları arasında yer alan ve bağlayıcı nitelikte olan tüzük, direktif ve karar şeklindeki düzenlemeleri üye ülkeler üzerinde etkili olmaktadır. Avrupa Birliği hukuki düzenlemeleri, Alman ceza hukukunda zilyetlik suçlarının yaratılmasında hareket noktası olarak ifade edilmektedir⁷². Örneğin Al. CK m. 184b/III, Avrupa Birliği Konseyi’nin 22.12.2003 tarihli ve 2004/68/JI sayılı Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele Çerçeve Kararı’nın⁷³ Alman hukukuna uygulanmasıdır. AB Konseyi’nin 2004/68/JI sayılı Çerçeve Kararı, çocuk pornografisine ilişkin suçları düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde, üye devletleri çocuk pornografisi zilyetliğini suç saymakla yükümlü kılmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla uluslararası hukuki düzenlemelerin zilyetlik suçlarının yaratılmasında ulusların ceza hukuku üzerinde artan bir etkiye sahip olduğu söylenmelidir.

III. ZİLYETLİK SUÇLARININ YAPISI İTİBARIYLA MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNU

A. Zilyetlik Suçlarının Yapısı İtibarıyla Tartışılmasının Nedenleri

Zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla Alman ceza hukuku doktrininde eleştirilmesinin, kimi yazarlarca kesin bir şekilde reddedilmesinin ve anayasaya aykırılığının iddia edilmesinin temel nedeni, ceza hukukunda cezai sorumluluğun bağlanma noktasını belli bir fiilin oluşturmasına ilişkin gerekliliktir. Cezalandırılabilirliği yalnızca belirli bir şeyin zilyetliğine

⁷² Eckstein, *ZStW*, s. 125; Eisele, Vor § 13, kn. 42; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 44-45, dn. 91; Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9.

⁷³ Official Journal of the European Union/Amtsblatt der Europäischen Union, 20.01.2004, L 013, s. 44 vd. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L.2004.013.01.0044.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2004%3A013%3ATOC>>, Erişim Tarihi 15 Ekim 2022, s. 44 vd.

⁷⁴ Eckstein, *ZStW*, s. 126-127; Hecker, s. 150.

bağlayan zilyetlik suçlarında, bir fiilin mevcut olup olmadığına ilişkin tartışmalar mevcuttur.

Ceza hukukunda haksızlığın temellendirilmesinde belirleyici ilke olarak görülen *fiil ilkesi*⁷⁵, en basit söylemle suç teşkil eden haksızlığın esasını bir fiilin oluşturmasını ifade etmektedir⁷⁶. Dolayısıyla ilke uyarınca cezalandırılabilirlik, ancak kanuni tipte unsurları belirlenmiş bir fiile bağlanabilecek; yaptırım da failin sürdürdüğü yaşam tarzının ve gelecekte ondan beklenebilecek tehlikelerin değil, münferiden şahsî fiilin bir karşılığını oluşturabilecektir⁷⁷. Bu bağlamda ceza hukukunun hareket noktası, normun muhatabı olan insan tarafından gerçekleştirilen fiildir⁷⁸. Buradan cezalandırmanın sebebini failin düşüncesinin veya kişiliğinin değil, fiilin haksızlık içeriğinin oluşturması gerektiği sonucuna ulaşılabılır⁷⁹. Dolayısıyla zilyetlik suçlarının ceza hukukunda mutlak anlamda bir fiilden yola çıkmaya ilişkin gereklilikle ne ölçüde bağdaştığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Zilyetlik suçları, çağdaş ceza hukukunun temel prensiplerinden bir diğeri olan *kusur ilkesi* bakımından da tartışmalıdır. İlke, failin işlemiş olduğu suçtan dolayı şahsen kınanabilir olduğu durumda cezalandırılmasını ifade eder⁸⁰. Fail ceza hukuku anlayışını değil, fiil ceza hukuku anlayışını benimseyen çağdaş ceza hukuku, kusurluluk araştırmasını failin işlemiş olduğu somut bir suçla ilgili olarak yapmalıdır⁸¹. Diğer bir ifadeyle kusura ilişkin değerlendirme, öncelikle suç teşkil eden haksızlığın işlenmesini gerektirir. Haksızlık olmadan kusur olmaz⁸². Zilyetlik suçlarında hareket veya hareket imkânından vazgeçilerek, cezai sorumluluğun bir kişinin bir şey üzerindeki fiili hâkimiyet durumu üzerine inşa edilmesine ilişkin bir kabulün mümkün görülmesi, kusur ilkesi açısından da sorun yaratmaktadır.

⁷⁵ Katrin Gierhake, “Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 2008, s. 400.

⁷⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 179; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 90.

⁷⁷ Roxin, *AT I*, § 6, kn. 1; Eisele, Vor § 13, kn. 3; Gierhake, s. 400; Hochmayr, s. 139.

⁷⁸ Koca/Üzülmöz, *Genel*, s. 90.

⁷⁹ Gierhake, s. 400.

⁸⁰ Jescheck/Weigend, § 4, I, s. 24.

⁸¹ Jescheck/Weigend, § 4, I, s. 23.

⁸² Koca/Üzülmöz, *Genel*, s. 54; Özgenç, s. 457.

B. Türk ve Alman Ceza Hukuku Öğretisinin Konuya Yaklaşımı

1. Türk Ceza Hukuku Öğretisindeki Görüşler

Zilyetlik suçları ve bu suçların yapısı itibarıyla sebebiyet verdiği sorunlar üzerine Türk öğretisinde şimdiye kadar çok fazla şey söylenmemiştir. Azınlıkta olmakla birlikte konu, suçun maddi unsurlarından biri olan hareket kapsamında ve *hareketsiz suçlar*, *sırf şüphe suçları* ve *durum suçları* başlıkları altında ele alınmaktadır. Ancak hareketsiz suç olmayacağı (*Lat. nullum crimen sine actione*) gerekçesi ile müspet veya menfi hareket haricinde böyle bir suç grubunun yaratılmak istenmesi, *boş bir uğraş* olarak nitelendirilmekte ve bu suçların aslında icrai suç niteliğinde olduğu, belirli eşyayı yanında taşımakla da tamamlandığı ifade edilmektedir⁸³. Bununla birlikte son zamanlarda, konuya *zilyetlik suçları* adı altında kısa da olsa değinen çalışmalara rastlanmaktadır. Bu çalışmalarda, zilyetlik suçlarının failin esasen icrai ve ihmali bir davranışından ziyade, içerisinde yer aldığı vaziyeti cezalandırdığı; yine, bu suçların cezalandırılabilirliği icra ve ihmal şeklinde bir insan davranışıyla değil, bir durumla ilişkilendirdiği belirtilmektedir⁸⁴.

Zilyetlik suçlarının hareketsiz suç olmayacağı, müspet veya menfi hareket haricinde böyle bir suç grubunun yaratılmasının gereksizliği bahsiyle reddedilmesi, ceza hukukunun hareket dogması bakımından sorunlu olduğu ifade edilebilecek bu suç tiplerinin mevcudiyetini ortadan kaldırmayacaktır⁸⁵.

⁸³ Nurullah Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 68; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, 14. Bası, Der Yayınları, 2019, s. 95-96; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 247. Aynı yönde bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 230-231.

Mülga 765 sayılı TCK m. 578'de yer alan kaynağını ve kullanış yerini ispat edemeden bazı eşyaya zilyet olma suçu, bu suçlara örnek olarak gösterilmekteydi. Hükme göre: "Bir kimse dilencilikle veya sirkat veya nehip ve garet ve yol kesmek veya dolandırıcılık ve hırsız yataklığı ile mahkûm olduktan sonra üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan para ve eşya zuhur eder ve bunlara meşru surette malik olduğunu ispat edemezse iki aya kadar hafif hapis cezasına mahkûm olur. Böyle bir kimse üzerinde taklit veya tağyir olunmuş veya yaptırılmış anahtar veya kilitleri açmağa veya zorlamağa mahsus alât ve maymuncuk zuhur eder ve bunları o anda meşru surette nerede kullanacağını tâyin edemezse iki aya kadar hapis ve eğer bunlar gece vakti elinde zuhur etmiş ise iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezasına mahkûm olur ve üzerinde zuhur eden eşya müsadere olunur."

⁸⁴ Meraklı, s. 745; Kazaker Bozkurt, s. 278. Fiil gerekliliği prensibi bağlamında, zilyetlik suçlarına ilişkin Amerikan veya İngiliz ceza hukuku düzenindeki tartışmalar için bkz. Dursun, s. 230-231.

⁸⁵ Sırf şüphe suçlarına 5237 sayılı TCK'da yer verilmediği yönünde bkz. Dönmezer/Erman, s. 97.

2. Alman Ceza Hukuku Öğretisindeki Görüşler

Öncelikle, zilyetlik suçlarına ilişkin tartışmaların Alman ceza hukuku için de çok eski olmadığının belirtilmesinde yarar vardır⁸⁶. Bugün Alman öğretisinde ve yargı kararlarında⁸⁷ hâkim görüşe göre, zilyetlik suçlarında cezalandırılan bir durum değil, bu durumun meydana getirilmesi veya sürdürülmesidir. Bu suretle zilyetlik suçlarının ceza hukukunun hareket dogmasıyla uyumlu olduğu da genellikle savunulmaktadır⁸⁸.

Çalışmamızın bu başlığı altında, zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla mümkün olup olmadığı sorununa ilişkin Alman ceza hukuku öğretisinde ileri sürülen belli başlı görüşlerin detaylı bir incelemesi yapılacaktır. Bu husustaki görüşler, zilyetlik suçlarını *tamamen reddeden*, *ceza hukukunun hareket dogmasının dışına çıkararak açıklayan* ve *mevcut hareket dogması çerçevesinde çözümlenmeye çalışan* şeklinde üçlü bir ayrım ile ele alınabilir:

a. Zilyetlik suçlarını yapısı itibarıyla tamamen reddeden görüşler

(1) Lagodny

Alman ceza hukuku doktrininde *Lagodny*, (saf) zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla cezai hükümler arasında yer almaması gerektiğini savunan ilk kişidir. Saf zilyetlik suçlarında, ceza hukukuna ilişkin değerlendirme bakımından bağlama noktası olarak bir insan davranışının bulunmadığını; bu anlamda, bir yaptırım kuralı olarak amacı gerçekleştirmeye uygunluk (*Zweckerfüllungs-Geeignetheit*) kriterini taşımadığını ifade etmektedir⁸⁹. Yazara göre, her

⁸⁶ Nitekim *Roxin*, 2008 yılındaki çalışmasında, zilyetlik suçlarını Alman ceza hukukunda on ila on beş senedir tartışılan yeni bir suç grubu olarak ifade etmektedir (*Roxin, Besitzdelikte*, s. 9).

⁸⁷ 1978 gibi erken bir tarihte Alman Federal Yüksek Mahkemesi, uyuşturucu maddenin zilyetliğinin cezalandırılabilirliğine ilişkin kararında, zilyetliği, bir durum değil, bu durumun meydana getirilmesi veya sürdürülmesi anlamında nedensel bir davranış (*kausales Verhalten*) olarak nitelendirmiş ve cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir. *Karar için bkz.* BGH, 03.03.1978- 2 StR 717/77, BGHSt 27, 380= NJW 1978, 1696. Çocuk pornografisine ilişkin düzenlemedeki "zilyet olmak" unsurunun "fiili hâkimiyetin kurulması ve sürdürülmesi" şeklinde anlaşılacağı yönünde ayrıca bkz. BT-Drs. 12/3001, Alman Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu Tasarısı-Çocuk Pornografisi, s. 5; OLG Hamburg v. 15.2.2010-2-27/09 (REV), NJW 2010, 1893. Klaus Weber, *Weber/Kornprobst/Maier, Betäubungsmittelgesetz*, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2021, BtMG, § 29, kn. 1326; Baumann, s. 141; Jörn Patzak, *Patzak/Volkmer/Fabricius, Betäubungsmittelgesetz*, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2022, BtMG, § 29, kn. 1004.

⁸⁸ Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 7, Nebenstrafrecht I, 4. Auflage, 2022, BtMG § 29, kn. 1054.

⁸⁹ Lagodny, s. 321.

suç icrai veya ihmali bir insan davranışını gerektirmektedir. Salt zilyetlik, hiçbir şekilde aktif (pozitif) bir yapma hareketini (icrayı) karşılamaz. Burada sadece ihmal söz konusu olabilir. Ancak zilyetlik suçları, ihmali suç olarak da yorumlanamayacağı için Al. Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasının bir insan davranışını gerektirmesi karşısında anayasaya aykırılık teşkil etmektedir⁹⁰. Zira *Lagodny*, Al. Anayasası m. 103/2'yi⁹¹ fiil ilkesinin bir güvencesi ve düşüncelerin ve durumların cezalandırılmasına ilişkin bir yasak olarak yorumlamaktadır⁹². Ayrıca yazara göre, cezalandırmanın münhasıran ispatı kolaylaştırmaya dayandırılmasıyla saf zilyetlik suçlarının uygunluk sorunu çözülemeyecektir. Burada ispatın kolaylaştırılmasının cezalandırmanın bir yan sonucu değil, yegâne amacı hâline gelmesi anayasal açıdan kabul edilemez niteliktedir⁹³. Amaçsız zilyetliği cezalandıran tüm suçlar (saf zilyetlik suçları), herhangi bir davranış gerektirmeyen salt olgusal suçlar olmaları nedeniyle cezai amaçların yerine getirilmesine uygun değildir

⁹⁰ Lagodny, s. 322-323.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, zilyetlik suçlarının anayasaya uygunluğunu kabul etmiştir (Claus Roxin, "Handlung", Eric Hilgendorf/ Hans Kudlich /Brian Valerius (Ed.), *Handbuch des Strafrechts, Band 2, Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag C. F. Müller, 2020, § 28, s. 65, kn. 128; Eisele, Vor § 13, kn. 42). Mahkemeye göre, "söz konusu anayasal hüküm, bir fiilin cezalandırılmasının ancak söz konusu fiil işlenmeden önce, kanunla cezalandırılabilirliğinin belirlenmiş olması hâlinde mümkün olabileceğini belirtmektedir. Hükümde kullanılan fiil (Tat) kavramı, cezalandırılabilir davranışın ceza hukukunda belirli bir hareket kavramına tekabül etmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Ceza hukuku anlamında hareket kavramının iradi bir beden hareketini gerektirmesi, dolayısıyla "hareketsiz (hareketten yoksun) durum (handlungsleerer Zustand)" olarak zilyetliğin fiil teşkil etmeyeceği şeklinde kanuni bir çıkarım, ceza hukuku düzeyinde dahi mümkün değildir. Bilakis bu, ceza hukuku öğretisinde uzun süredir tartışmalı olan ve ceza hukuku doktrindeki diğer çeşitli hareket kavramlarıyla çelişen, belirli bir hukuk dogmatik kavramının oluşturulması sorunudur. 103. maddenin 2. fıkrasıyla böylesine tartışmalı bir kavramın tespit edildiğine ilişkin hiçbir emare yoktur. Bu nedenle de kanun koyucunun tehlikeli şeylerin izinsiz zilyetliği veya muhafazası gibi... bedensel bir hareketle bağlantılı (ilişkili) olmayan yasak bir durumun meydana getirilmesi (Begründung=Herbeiführung) veya sürdürülmesini (Aufrechterhaltung) cezalandırması, anayasa ile engellenmiş değildir." (BVerfG, Besch. v. 16.06.1994-2 BvR 1157/94, NJW 1994, 2412). Mahkemenin silah bulundurmaya ilişkin aynı yönde kararı için bkz. BVerfG, Besch. v. 06.07.1994- 2 BvR 855/94, NJW 1995, 248.

⁹¹ Al. Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Bir fiil, ancak işlenmesinden önce ceza kanunuyla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir." 1982 Anayasası'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde de kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir. Düzenlemede geçen "fiil" ibaresi, Alman ceza hukuku öğretisindeki bu tartışmanın Türk hukuku bakımından da cari olduğunu ortaya koymaktadır.

⁹² Lagodny, s. 323. Aynı yönde görüş için bkz. Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 23., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, 2007, § 32, kn. 1089.

⁹³ Lagodny, s. 327.

ve anayasaya aykırıdır⁹⁴.

(2) Struensee

Alman öğretisinde zilyetlik suçlarını münhasıran ele alan ilk çalışmanın sahibi olan *Struensee*, çalışmasıyla ceza hukuku doktrininde ve kanun koyucuda, zilyetlik suçlarının yanlış bir yasal adım olduğuna yönelik bir farkındalık yaratmaya çalıştığını ifade etmiştir⁹⁵. Bu çabası sonuç vermemiş olacak ki bugün Alman ceza hukukunda, bir şeyin zilyetliğini cezalandıran yüzden fazla düzenleme bulunmakta⁹⁶ ve bunların sayısı da giderek artmaktadır⁹⁷.

Struensee'ye göre zilyetlik suçlarına ilişkin sıkıntılar, "zilyet olmak" ibaresinin dilbilgisi yapısına aykırı bir şekilde, bir davranışı tanımlamamasından kaynaklanmaktadır⁹⁸. "Ceza hukuku, yalnızca gerçek kişilerin davranışları ile ilişkilidir. Bu, cezalandırılabilirliğin koşullarına ilişkin çok sayıda pozitif kanuni düzenlemeden de çıkarılabilir. Zira söz konusu düzenlemeler, bir kişinin icrai veya ihmali davranışı ile bağlantılı kurallar içermektedir. Pozitif hukukun bir adım ötesine geçilecek olursa, cezanın yalnızca insan davranışıyla bağlantılı olduğu nadiren ifade edilen, ancak elbette ki kabul edilen bir ceza hukuku ilkesidir. İkincil öncül, insani davranışın gerçekleştiriliş biçimine ilişkindir. İnsan davranışı, yalnızca iki biçimde ortaya çıkar: İcrai veya ihmali olarak, *tertium non datur*⁹⁹. İcra, iradi bedensel hareketlerin yapılmasıyken;

⁹⁴ Lagodny, s. 335.

⁹⁵ Struensee, s. 713.

⁹⁶ Eckstein, *ZStW*, s. 107; Schroeder, s. 444; Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9; Gropp, *Beteiligung*, s. 250.

⁹⁷ Roxin, *Besitzdelikte*, s. 9. Alman Ceza Kanunu'ndaki tipik örnekleri, para ve kıymetli damgalarda sahteciliğin hazırlığı (Al. CK m. 149/I), çocuk pornografisi içeriğini bulundurma (Al. CK m. 184b/III), genç pornografisi içeriğini bulundurma (Al. CK m. 184c/III) ve radyoaktif maddelerin muhafazası (Al. CK m. 328/I) suçlarıdır. Özel ceza kanunlarında yer alan zilyetlik suçlarına örnek olarak ise izinsiz silah bulundurma (Alman Silah Kanunu m. 51/1 ve m. 52/1,1) ve izinsiz uyuşturucu madde bulundurma (Al. UMK m. 29/I, 1, No. 3) verilebilir. Bu türden en yeni suç tiplerinden biri ise sporda insan dopingi amacıyla, önemsiz miktarda olmayan doping maddelerinin bulundurulmasını cezalandıran, Alman Anti-Doping Kanunu (Sporda Doping Karşı Kanun) m. 4/I, 3 ve m. 3/IV' e aykırı olarak bir doping maddesinin bulundurulmasını (tıbbi endikasyon olmaksızın kullanmak veya bir başkasına kullanılmak ve bu suretle bir spor müsabakasında avantaj sağlamak amacıyla bir doping maddesinin bulundurulması) düzenleyen m. 4/II'dir.

⁹⁸ Struensee, s. 713.

⁹⁹ Biçimsel Aristo mantığının üç temel ilkesinden biri, "üçüncü olasılığın olanaksızlığı"dır. Belirli bir olgunun ya bu ya da şu olabilmesi ama üçüncü (başka) bir şey olamaması demektir

ihmal ise yapılmamasıdır. Davranış, bu her iki davranış biçimini de kapsayan bir terimdir... Üçüncü bir davranış biçimi yoktur¹⁰⁰.”

Yazara göre zilyetlik suçları, (tehlikeli veya istenmeyen) bir şeyin birinin tasarrufu altında olduğu durumlar olduğundan, icrai olarak şu biçimleri alabilir: Suç konusu eşyanın zilyetliğinin bir hareket aracılığıyla kazanılması (örneğin, bir şeyin satın alınması veya devralınması); bir hareket vasıtasıyla zilyetliğin kayıp tehlikesinin önlenmesi, zilyetliğin korunması (örneğin, arama sırasında silahların saklanması veya bir kap uyuşturucunun yutulması); şeyin kullanılması veya tüketilmesi (örneğin, silahla ateş edilmesi veya uyuşturucunun tüketilmesi). Ancak sayılan bu hareketler, ifade ettikleri anlam itibarıyla zilyetlik olarak nitelendirilemez¹⁰¹.

Struensee, zilyetliği bir icra değil, bir ihmal yani “zilyetliğin sonlandırılmasının ihmali (*Unterlassen der Besitzaufgabe*)” olarak açıklayan görüşleri de kabul etmemektedir¹⁰². Bir şey üzerinde fiili hâkimiyet kullanmayı, fiili hâkimiyetin sonlandırılmaması olarak tanımlamak saçmadır ve zilyetliğin bunu anlam olarak kapsamadığı açıktır¹⁰³. Kişinin o şeyi elden çıkarmadığını kabul etmek; zilyetliğin bir davranışı değil, bir şey ile bir kişi arasındaki ilişkiyi tanımladığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle içerik açısından zilyetlik, zilyetliğin iradi olarak sonlandırılmasının ihmali olarak anlaşılabilir¹⁰⁴.”

a. Zilyetlik suçlarını ceza hukukunun hareket dogmasının dışına çıkararak açıklayan görüşler

(1) Durum suçları teorisi

Alman ceza hukuku doktrininde ilk kez *Eckstein* tarafından ortaya atılan durum suçları teorisi¹⁰⁵, zilyetlik suçlarında bir fiilin bulunmadığı noktasında

(Rona Serozan, “Hukukta Yöntem Methodology in Law”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, s. 2433).

¹⁰⁰ *Struensee*, s. 714-715.

¹⁰¹ *Struensee*, s. 716.

¹⁰² *Örnek karar için bkz.* OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2841. Mahkeme, kararında, bir süre boyunca devam eden (mütemadi) bir suç olarak ruhsatsız silah bulundurmanın ihmal unsuru içerdiğini ifade etmektedir. Fiili hâkimiyeti sağladıktan sonra fail, nihaî olarak silah üzerindeki zilyetliğini sonlandırmayı ihmal etmekle suçlanır (*Struensee*, s. 719).

¹⁰³ *Struensee*, s. 719. *Aynı yönde bkz.* Schroeder, s. 448.

¹⁰⁴ *Struensee*, s. 719-720.

¹⁰⁵ (=Theorie der Zustandsdelikte).

Lagodny ve Struensee'nin görüşleriyle paralellik arz etmektedir. Bununla birlikte zilyetlik suçlarının anayasaya aykırı olmadığını beyan eden *Eckstein*, anayasal sınırlar doğrultusunda kendine özgü bir çözüm üretmeye çalışmıştır. İleri sürdüğü görüşlerle harekete ilişkin ceza hukuku dogmatikinden uzaklaşmaya çalışan *Eckstein*, “durum suçları (*Zustandsdelikte*)” olarak adlandırdığı yeni bir suç grubu getirmek istemektedir¹⁰⁶.

Teoriye göre, bir kişinin bir şey üzerindeki fiili hâkimiyet durumunu cezalandıran suçlar olarak zilyetlik suçları, harekete ilişkin geleneksel şemanın (icra ve ihmal) dışında kalmaktadır¹⁰⁷. Zira zilyetlik, hareket değil; önemli bir hukuki durumdur. Bu nedenle zilyetlik suçları için kullanılan tipeştirmeler -yanında bulundurmamak, fiili hâkimiyet kullanmak, muhafaza altında bulundurmamak, stok olarak bulundurmamak gibi-, bir insan davranışını tanımlamaz¹⁰⁸. Bununla birlikte, faile-özneye bağlı (sübjektif) bir bakış açısıyla, statik-değişim göstermeyen hâkimiyet ilişkileri, insan hareketi (hâkimiyet ilişkisinin kurulması ve sürdürülmesi) içerir¹⁰⁹. Ancak bu ifade, insanın hareket yeteneğinin¹¹⁰ ulaştığı ölçüde geçerlidir. Hareket kavramının dayattığı bu sübjektif bakış açısı, fiili hâkimiyet geçici nitelikteki sebeplerle kullanılmadığında sınırlarına ulaşır. Zira bu hâlde de zilyetlik, maddi özgüleme işlevi (*Sachzuordnungsfunktion*) sayesinde şeklen atfedilmekte ve devam etmektedir. Bu açıdan zilyetlik, hareket yeteneğini nazara almaz; onu kurmayı ve sürdürmeyi sağlayan hareketlerin toplamından daha fazlasıdır¹¹¹.

Zilyetlik suçlarının bir kısmında cezai sorumluluğun insan davranışı ile hâlâ açıklanabilir olduğunu kabul eden teoriye göre, ceza hukukunun hareket dogmasına ilişkin perspektiften bakıldığında, neticeli suçlar, icrai veya ihmali suçlar ve mütemadi suçlar olarak, zilyetliği kurmayı veya sürdürmeyi sağlayan hareketlere dayanırlar. Bununla birlikte hareket ile zilyetlik birbirinden ayrılır. Neticeli suçlarda olağan olanın aksine, bu çakışma noksanlığı, tipe uygun zilyetliğin temelinde yatan hareketlerden bağımsız olarak ortaya çıkmasından kaynaklanır. Bu durumda artık suç ile fail arasındaki bağlantıyı

¹⁰⁶ Oğlakçıoğlu, *Allgemeine*, s. 99.

¹⁰⁷ *Eckstein, Besitz*, s. 264.

¹⁰⁸ *Eckstein, Besitz*, s. 226.

¹⁰⁹ *Eckstein, Besitz*, s. 224.

¹¹⁰ “Hareket yeteneği (=Handlungsfähigkeit)” kavramına mütakabil olarak kullanılan “fiil ehliyeti” kavramı için bkz. Özgenç, s. 180.

¹¹¹ *Eckstein, Besitz*, s. 224.

kuran, hareket değil; zilyetliğin maddi özgülleme işlevidir. *Dayatılan, empoze edilen zilyetlik (aufgedrängter Besitz=imposed possession)* durumlarında, hareket dogmasının başarısızlığa uğradığını ifade eden *Eckstein*, bu hususu şöyle açıklar: “*Kastı olmaksızın bir şeye zilyet olan, sonrasında suçun maddi unsurlarına ilişkin tüm durumların bilgisini edinen ve (bununla eş zamanlı olarak) zilyetliğini sürdürmeyi amaçlayan kimse, bu andan itibaren harekette bulunmaksızın, ilgili zilyetlik suçunu işlemektedir*”¹¹².

İleri sürülen bu gerekçelerle davranışa dayalı sorumluluk sistemi, zilyetlik suçları açısından, yabancı bir cisme şekil vermeyi amaçlayan yapay bir omurgaya benzetilmektedir¹¹³. Teoriye göre, zilyetlik suçlarının maddi içeriğinin tam olarak kapsanması için cezalandırılabilir davranışın bilinen tezahürlerine eklenen, yeni bir suç tipine ihtiyaç vardır. “İcrai ve ihmali suçlar”, üst kavram olarak “davranış suçları” altında özetlendiğinde; bu davranış suçlarının karşısında “durum suçları” olarak “zilyetlik suçları” yer almaktadır¹¹⁴.

Teoriye göre cezalandırılabilir zilyetlik durumu, bir şey üzerinde hâkimiyet sahibi olma (*Sachherrschaft*), hâkimiyet iradesi (*Herrschaftswille*) ve zilyetlik kastı (*Besitzvorsatz*) ile ayırt edilmektedir¹¹⁵. Zilyetlik suçları, normun muhatabı, zilyetlik durumuna hükmedebilir olduğu için¹¹⁶ kusur ilkesini ihlal etmemektedir. *Eckstein*'ın hareket dogmasından ayrılan bu görüşleri, ceza hukuku doktrininde davranıştan bağımsız olarak, tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğini belirli alanlarda sorumluluk olarak inşa etmek isteyen bir eğilime¹¹⁷ tekabül etmektedir¹¹⁸.

Alman ceza hukuku doktrininde, teoriyi destekleyen ve teoriye yakın görüşlere¹¹⁹ rastlanmakla birlikte, teoriyi eleştirenler de bulunmaktadır¹²⁰.

¹¹² *Eckstein, Besitz*, s. 224-225.

¹¹³ *Eckstein, Besitz*, s. 225.

¹¹⁴ *Eckstein, Besitz*, s. 264.

¹¹⁵ *Eckstein, ZStW*, s. 114; *Roxin, Besitzdelikte*, s. 12.

¹¹⁶ (Sübjektif hükmedilebilirlik = subjektive Beherrschbarkeit).

¹¹⁷ Ernst-Joachim Lampe, “Systemrecht und Unrechtssysteme”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106(4), 1994, s. 715, 744.

¹¹⁸ *Eckstein, ZStW*, s. 141; *Roxin, Besitzdelikte*, s. 12.

¹¹⁹ *Lampe*, teori yönünde görüş bildiren bir diğer yazardır. Durum suçları teorisi temelinde olmakla birlikte, teoriyi bir adım daha ileriye taşıyarak statü suçlarına da yer veren görüşün çalışma kapsamında ayrı bir başlık altında ele alınması uygun görülmüştür.

¹²⁰ Doktrinde, durum suçları teorisinin zilyetlik suç tiplerinin yapısına ilişkin sorunları ortadan kaldırdığı ölçüde, anayasayı ve ceza hukuku dogmatığını ihlal ettiği ve kesinlikle hâlâ iyi-

Durum suçları teorisi, öncelikle *Eckstein*'ın hocası *Schroeder* tarafından desteklenmiştir. *Schroeder*'e göre, zilyetlik suçları kusur ilkesini ihlal etmez. Zira klasik öğretilerde kusur ilkesi, genellikle “*farklı hareket etme, farklı hareket etme imkânı*” olarak anlaşılmaktadır. Zilyetliğin sonlandırılması imkânından önce cezalandırılabilir olduğu birkaç nadir durumda da zilyetlik bakımından kast veya taksirin varlığının gerekli olması, kusur ilkesine uygunluk sorununu ortadan kaldırmaktadır¹²¹.

(2) Zilyetlik suçlarına ek olarak statü suçlarına yer veren görüş

Haksızlığı sosyal ilişkilerin bozulması (*Störung von sozialen Beziehungen*) olarak tanımlayan *Lampe*'ye göre, bu bozulmanın insan davranışı bir yana mutlaka insanlardan kaynaklanması dahi gerekmez. Hem polis hukuku hem de medeni hukuk, doğru bir şekilde, hareket sorumluluğunun yanında durum sorumluluğunu (örneğin komşu mülkten düşen tuğlalar için) da kabul eder. Şimdiye kadar yalnızca ceza hukuku, haksızlık değerlendirmesini sosyal aykırılık teşkil eden durumlara genişletmekte zorlanmıştır. Doğanın güçlerinin insanlığa kaza getirebileceği, ancak haksızlık getiremeyeceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu sav, durum suçlarının (örneğin, uyuşturucu maddenin zilyetliği) keşfedilmesiyle temelini yitirmiştir. Durum suçları, açık bir şekilde bir harekete değil; asosyal bir duruma dayanmaktadır. Buradan, diğer suçların esas olarak bir insan hareketine değil, sosyolojik bir olaya yani asosyal bir sürece dayandığının; yalnızca failin şahsi sorumluluğunun, icra veya ihmâl suretiyle asosyal süreçten kaçınabilecek veya bunu sonlandırabilecek olmasına bağlı olduğunun farkına varılabilir. Bu nedenle aynısı ceza hukuku için de geçerlidir. Hukuk kurallarının (haksızlığı gerekçelendiren) öncülüğü değil, sonuçları insan davranışına dayanmaktadır¹²².

leştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca teorisinin ceza hukukunun hareket dogmasına uygun bir çözümün neden reddedilmesi gerektiğini de açıklamadığı belirtilmektedir. *Eleştiri için bkz. Oğlakcıoğlu, Allgemeine*, s. 104. Bir kişinin bir şey üzerindeki fiili hâkimiyetini cezalandırmak suretiyle hareket ve hareket imkânından vazgeçen durum suçları teorisi, zilyetliğe konu şeyi elden çıkarma imkânı olmadan haksızlığın da bulunmayacağı gerekçesiyle kabul edilemez olarak nitelendirilmektedir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 46; Eisele, Vor § 13, kn. 42). Zilyetliğin kendi içinde hukuki bir durum olduğunu ve hareket olmadığını kabul eden; ancak davranışa dayalı kusurluluk ilkesinin cezalandırılabilirliğinin bir bağlama noktası olarak nedensel bir davranış gerektirmesi karşısında durum suçları teorisini reddeden, konuyu ceza hukukunun hareket dogması içinde çözmeyi tercih eden görüş için *bkz. Baumann*, s. 141.

¹²¹ *Schroeder*, s. 449.

¹²² *Lampe'nin görüşünün sosyolojik ve sosyo-psikolojik temellerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ernst-Joachim Lampe*, “Ernst-Joachim Lampe”, Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Die deutsch-*

Lampe, görüşlerini yukarıda ana hatlarıyla belirtilen sosyolojik ve sosyopsikolojik temellere dayandırmaktadır. Yazara göre, durum suçları teorisi ile ceza hukukunun temel kavramı olan harekete ilişkin dogmanın terk edilmesi, ceza hukukunun temellerinin yeniden düşünülmesi anlamında bir zorunluluk getirmektedir¹²³.

Lampe'ye göre birincil kurallar¹²⁴, ilk olarak, konusu *sosyal süreçler* (*soziale Prozesse*) olan yasak ve emirleri, ikinci olarak da konusu *sosyal durumlara* (*soziale Zustände*) ilişkin yasak ve emirleri kapsamaktadır¹²⁵. Bu bağlamda yazarın konusu sosyal süreçler olan emir ve yasakların yanında, konusu sosyal durumlar olan yasak ve emirleri de kabul etmek istediği belirtilebilir. Birincil kurallardan konusu sosyal durum olanlar, normun muhatabı ile lehtar arasında hukukun işlevleriyle çelişen bir sosyal ilişki kurduklarında; bu, ceza hukuku bakımından önem arz eder. Normun muhatabı, bu çelişen ilişki kendi hâkimiyetine tabi ise bundan sorumludur. Şeylerin sosyal durumu üzerinde hâkimiyet kullanma, "zilyetlik"; kullanmama ise "potansiyel zilyetlik" olarak tanımlanabilir. Her ikisinin ortak noktası, normun muhatabının hâkimiyeti kullanma veya kullanmama arasında, sorumlu olduğu bir seçim yapma konusundaki kişisel yeteneğidir¹²⁶. Bu çerçevede *Lampe*, zilyetlik suçlarını ikinci grupta yani konusu sosyal durumlar olan yasak ve emirler içinde ele almaktadır.

Buna ek olarak *Lampe*, görüşlerini bir adım daha ileriye taşımış ve zilyetlik suçlarının keşfinin bir başka keşfi daha gerektirdiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda statü suçlarına (=Statusdelikte) değinir ve bu suç türünü şu şekilde tanımlar: "Statü suçları, bir davranış aracılığıyla değil; bir sosyal statünün zilyetliğiyle işlenen suçlardır¹²⁷". Yazara göre, "statü suçlarının pozitif hukukta

sprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, Walter De Gruyter Verlag, 2010, s. 333-334.

¹²³ Ernst-Joachim Lampe, "Besprechung des Buches von Eckstein", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113(4), 2001, s. 895.

¹²⁴ Hart, hukuk kurallarıyla ilgili olarak yaptığı ayrım çerçevesinde, hukuk kurallarını *birincil* (*primary*) ve *ikincil* (*secondary*) kurallar olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Birincil kurallar, vatandaşların davranışlarıyla ilgili ödev ve yükümlülükler getiren kurallardır. Birincil kurallar, yükümlülük getirirken; ikincil kurallar, vatandaşlara ve yetkililere kamusal ve özel yetkiler vermektedir (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, Clarendon Press, 1994, s. 81). Bu anlamda ceza hukuku kuralları, ilk gruba yani birincil kurallara dâhildir.

¹²⁵ Lampe, *Besprechung*, s. 895-896.

¹²⁶ Lampe, *Besprechung*, s. 896.

¹²⁷ Lampe, *Besprechung*, s. 896.

(de lege lata) yer almaması, bunlarla ilgilenme gerekliliğini uygulamada azaltsa da bunların teorik olarak var olma olasılığını azaltmamaktadır. Örneğin; "örgüt üyeliğine" ek olarak "üye olarak katılmayı" gerektirmesi nedeniyle ancak bir davranış suçu olarak anlaşılabilen Al. CK m. 129, statü suçlarına yaklaşan bir mahiyete sahiptir¹²⁸."

(3) Zilyetlik suçlarında manevi unsurun taşıdığı işlevi vurgulayan görüş

Zilyetliği bir kişi ile bir şey arasındaki hâkimiyet veya kontrol ilişkisi olarak açıklayan *Ambos*, zilyetlik suçlarının fiil gerekliliği ile bağdaştırılmasının zor olduğunu belirtmektedir¹²⁹. Bir bulundurma durumu olarak zilyetlik, dinamik değil, durağandır. Ceza hukukunda da zilyetlik, *sübjektif* bir hâkimiyet iradesiyle birleşen *objektif* bir hâkimiyet veya kontrol ilişkisini ifade etmektedir. *Ambos*'a göre zilyetlik, belirtilen bu nitelikleri gereği davranış değildir¹³⁰. Zilyetlik suçları da davranıştan yoksun olan durum suçlarıdır¹³¹.

Görüşe göre, suç konusu şeyin zilyetliğini kazandıran daha önceki icrai bir harekete veya suç konusu şeyi elden çıkarmama gibi sonrasındaki bir ihmali harekete atıfta bulunarak, zilyetlik suçlarında zımnî bir davranış unsurunun bulunduğu söylenemez. Bu husus, şöyle gerekçelendirilmektedir: "Zilyetlik suçlarının öncesinde bir icrai hareketi gerektirir şekilde yorumlanması, yani daha önceki herhangi bir edinme fiiline dayandırılması durumunda, artık suçun bir unsuru hâline gelen fiilin ispatlanması gerekir. Bu, zilyetlik suçlarının yaratılmasındaki temel amaçlardan biri olan ceza kovuşturmasının kolaylaştırılması ile bağdaşmaz. Zilyetlik suçlarının zilyedin zilyetliğine son vermekten imtina etmesine atıfta bulunarak, bir ihmali unsur içerdiği şeklinde yorumlanması, daha makul gözükse de nihaî olarak ikna edici değildir. İcrai hareketin karşıtı olan ihmali hareket, hareketsizliktir, hareketin yokluğu veya harekette bulunmamasıdır. Bir şey üzerinde fiili hâkimiyet olarak tanımlanan zilyetliğin hareketsizlik veya fiili hâkimiyete son vermeden imtina şeklinde olumsuz yorumlanması, anlamsız ve ziyadesiyle yapaydır. Ayrıca zilyetliğe ihmali bir anlamın yüklenmesi, birçok sorun ortaya çıkarır: Öncelikle, zilyetliğin sona erdirilmesinin nasıl gerçekleştirileceği belirsizdir. İkinci

¹²⁸ Lampe, *Besprechung*, s. 896.

¹²⁹ Ambos, s. 398-399.

¹³⁰ Ambos, s. 399.

¹³¹ Ambos, s. 405.

olarak, ihmalden dolayı cezai sorumluluk, eylemde bulunma yükümlülüğüne bağlıdır. Bu, zilyetlik suçlarında söz konusu yükümlülüğün kaynağını neyin oluşturduğu gibi karmaşık sorunları gündeme getirir. Üçüncü ve son olarak, zilyedin suç konusunu elden çıkarma imkânına sahip olduğunun yani onun varlığından haberdar olduğunun ve ayrıca zilyetliğinin farkında olduğunun ispatlanması gerekir. Bu da yine kanun koyucunun suçun ispatını kolaylaştırma amacını zedeleyici niteliktedir¹³².”

Görüşlerinin büyük ölçüde durum suçları teorisi ile paralellik arz ettiği söylenebilecek yazar, zilyetlik suçlarının liberal bir ceza hukuku düzeninin temel ilkeleri olan kanunilik ve kusur ilkeleri ile nasıl bağdaştırılabileceği hususunun irdelenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³³. Bu hususta zilyetlik suçlarında manevi unsurun taşıdığı işlev ve anlama dikkat çekmektedir. Hatta manevi unsurun en önemli (üçüncü) işlevini, zilyetlik suçlarını kusurluluk veya kusur ilkesiyle uyumlu hâle getirmek olarak açıklamaktadır¹³⁴. Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde konuyu ele aldığı çalışmada, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından 1962 yılında yayınlanan Model Ceza Kanunu'nun *fiil olarak zilyetliği* düzenleyen 2.01/4. maddesine değinir. Düzenlemeye göre: “*Zilyetlik, zilyedin zilyet olduğu şeyi bilerek temin etmiş veya kabul etmiş olması veya zilyetliğini sonlandırabilmek için yeterli bir süreyle bunun üzerindeki kontrolünün farkında olması hâlinde, bu madde anlamında bir fiildir*¹³⁵”. *Ambos*, söz konusu düzenlemede, manevi unsurun öncelikle veya en azından münhasıran zilyetliği bir fiile dönüştürmeye hizmet etmediğini, aksine zilyetliğin iradiliğinin yeniden teyit edilmesini sağladığını ifade etmektedir. Yazara göre, hiç kimse asgari düzeyde fark edilebilir iradi bir münasebet olmaksızın bir şeye zilyet olamaz. Bu nedenle zilyetliğin en önemli temel sübjektif bileşeni, zilyet olunan şeye asgari düzeyde zilyet olma ve azami düzeyde hükmetme isteğiyle açıklanan iradiliktir¹³⁶. Yazar, Model Ceza Kanunu'nun zilyetliğin tanımına ilişkin bu hükmünü de bir kusur düzenlemesi

¹³² *Ambos*, s. 400-403.

¹³³ *Ambos*, s. 406.

¹³⁴ *Ambos*, s. 405. Uygulamada zilyetlik suçları söz konusu olduğunda manevi unsur incelemesinin geri planda kaldığı eleştirisi için bkz. Meraklı, s. 745.

¹³⁵ *The American Law Institute, Model Penal Code (Official Draft and Explanatory Notes, 1985)*, <<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>>, Erişim Tarihi 28 Kasım 2022, s. 19. Bu düzenlemenin zilyetlik ile cezalandırılabilir davranışın birbirinden ayrı olduğunu teyit ettiği yönünde bkz. Eckstein, *ZStW*, s. 113.

¹³⁶ *Ambos*, s. 403-404.

olarak yorumlamaktadır¹³⁷.

Ambos, sırasıyla kanunilik ve kusur ilkesi bakımından yaptığı değerlendirmelerde, öncelikle kanunilik ilkesinin maddi kurallarına (*lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa*, *lex stricta*) uygun olduğu sürece, ilkenin kanun koyucuya isnadın doğası ve niteliği hususunda çok katı kurallar getirmediği görüşündedir. Kanunilik ilkesinin zilyetlik suçları için farklı bir ölçü içermediği düşüncesinde olan yazara göre¹³⁸; burada asıl incelenmesi gereken, zilyetlik suçlarının kusur ilkesi ile uyumlu olup olmadığıdır. Yine yazara göre, burada kusurluluk, normatif anlamda “*cezayı failin hatalı davranışının kınanabilirliğine dayandıran bir ilke*” olarak anlaşılmaktadır: Yani kınanabilirlik, salt manevi durumların ötesine geçen, mazeret sebeplerinin olumsuz işlev gördüğü müstakil bir kavramdır. Normatif kusurluluk, tipikliğin manevi (sübjektif) yönünün salt psikolojik (deskriptif, ampirik) unsurlarının yani kast (maksat, niyet vb.) ve bilmenin (farkındalık) çok ötesine uzanır¹³⁹.

Zilyetlik suçlarını *davranışsız suçlar* olarak nitelendiren *Ambos*'a göre, bu suçların kusurluluk ilkesi ile uyumlu hâle getirilmesi için *bağımsız (otonom), kusurluluğa dayalı ve daraltıcı bir şekilde yorumlanması* gereklidir. Yazarın bu hususta getirdiği sınırlamalar ise şunlardır¹⁴⁰:

- Zilyet olma iradesi ve zilyet olunan şeye ilişkin asgari farkındalık, zilyetliğin manevi unsurları olarak bulunmalıdır. Zira zilyedin zilyet olunan şey üzerinde kişisel hâkimiyetini kullanmasını (zilyetliğin objektif kurucu unsuru olarak) mümkün kılan, ancak böyle asgari düzeyde bir manevi ölçünün varlığıdır. Böylece, şeyden kişiye isnat gerekçelendirilmiş olur.
- Asgari farkındalık, daha objektif ve zilyetlik suçunun kurucu unsuru olan, zilyedin zilyet olunan şey üzerinde kişisel hâkimiyet kullanmasının önkoşuludur. İlgili şeyi (suç konusunu) keşfetme imkânını zilyede veren bu kişisel hâkimiyetin kullanılması, şey üzerinde potansiyel değil, fiili hâkimiyeti gerektirmektedir.

¹³⁷ *Ambos*, s. 405.

¹³⁸ Diğer tüm suçlarda olduğu gibi zilyetlik suçlarında da cezai yasağın davranışın işlendiği anda (*lex praevia*), yazılı olarak (*lex scripta*), sarıh ve belirli bir şekilde (*lex certa*) bulunması ve kıyas yoluyla benzer bir davranışa uygulanmaması (*lex stricta*) gerekir (*Ambos*, s. 406).

¹³⁹ *Ambos*, s. 406.

¹⁴⁰ *Ambos*, s. 407-408.

- Zilyetliğin meşru bir nedenden kaynaklandığı durumlar, dışarıda tutulmalıdır. Soruşturma ve kovuşturma makamlarının hukuka uygun faaliyetlerinin sonucu olan zilyetlik, yasaklanamaz ve cezalandırmanın konusu olamaz. Örneğin, uyuşturucu maddeye hâkim kararıyla elkonulması.
- Tehlike veya zararın ortaya çıkmasını engellemek için kısa süreli bir zilyetlik, haklıdır ve cezalandırılmaz¹⁴¹.

c. Zilyetlik suçlarına ceza hukukunun hareket dogması çerçevesinde çözüm arayan görüşler

(1) Zilyetlik suçlarının bağımsız bir suç grubu olmadığı görüşü

Görüş uyarınca, bağımsız bir suç grubu teşkil etmeyen zilyetlik suçları da bir hareketin varlığını gerektirir. Harekete ilişkin genel kurallar, zilyetlik suçları için de geçerlidir. Zilyedin zilyetliği, genellikle icra ya da ihmal şeklinde iradi bir davranışına dayanmaktadır. Bu durumlarda, zilyetliğin sebebinin oluşturan bir hareket bulunmakta olup, genellikle zilyetliğin kurulması veya elde edilmesi gibi ayrı fiillerle ilgili suç tipinde düzenlenmektedir. Bununla birlikte zilyetliğin kurulmasının ispatlanamadığı veya kişinin bilgisi olmaksızın zilyetliğin söz konusu olduğu durumların uygulamada sorunlu olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, oturlan dairede üçüncü bir kişi tarafından uyuşturucu madde saklanması veya çocuk pornografisi içeriğinin farkında olmaksızın bilgisayarın belleğine kaydedilmesi¹⁴².

Yukarıda bahsi geçen durumlarda cezalandırılabilirlik, zilyetliğin iradi olarak sürdürülmesi veya bu durumun iradi olarak ortadan kaldırılmaması şeklinde ortaya çıkabilen, irade tarafından yönlendirilen bir davranış gerektirmektedir. Örneğin; zilyetliğe konu şeyin iadesi, kolluk kuvvetlerine teslimi, verilerin silinmesi veya yok edilmesi. Görüşe göre, ceza hukuku dogmatığı açısından, zilyetliği sonlandırmama, ilgili suç tipinin yapısı uyarınca, *gerçek ihmali suç* olarak nitelendirilebilir ve bu suretle bir

¹⁴¹ Bununla birlikte getirilen bu sınırlamalar, nötr veya çift(e) kullanımlı şeylerin zilyetliğinin suç sayılmasını kusurluluk ilkesi ile bağdaştırmak için yeterli değildir. Bu durumlarda suç ihdası, söz konusu şeyin suç teşkil eden kullanımının varsayılmasına ve zilyedin zımni tehlikeliliğine dayanmaktadır. Bu tehlikeliliğe ilişkin inandırıcı ve kesin delillere ek olarak, zilyedin ilgili şeyi/şeyleri suç teşkil edecek şekilde kullanma kastının kanıtlanması gereklidir. Zilyetliğin özel bir amacı olarak bu kullanma kastı, zilyetliği bir davranışa bağlar. Bu suretle de saf bir zilyetlik suçu ile arasındaki farkı ortaya koyar (Ambos, s. 408). *Nötr veya çift(e) kullanımlı şeylere ilişkin bkz. II. A. 2.*

¹⁴² Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 44; Eisele, Vor § 13, kn. 42.

garantörlük konumuna gerek kalmaz¹⁴³. Ancak kişinin hareket imkânı yani söz konusu şeyi elden çıkarma imkânı bulunmalıdır¹⁴⁴. Bu, objektif olarak imkân dâhilinde değilse cezalandırmaya değer bir haksızlık da yoktur. Sırf şeyi alıkoyma kararı nedeniyle cezalandırma mümkün olmamalıdır¹⁴⁵. Örneğin, failin zilyetliğinden yurtdışındayken haberdar olduğu şeyi elinde tutma niyetinde olması. Bu durumda fail, söz konusu şeyin derhal imha edilmesini telefon aracılığıyla sağlayabilir veya polisi durumdan haberdar edebilir. Failin bunu yapmak zorunda olup olmadığı sorununun ortaya çıktığı ve teorik kaldığı ifade edilen bu son durum haricinde, zilyetlik suçlarının olağan suç kategorileriyle düzenlenebileceği savunulmaktadır¹⁴⁶.

(2) Zilyetlik suçlarında zilyetliğin ikili bir anlam taşıdığı görüşü

Hochmayr tarafından savunulan bu görüş uyarınca zilyetlik suçları, *neticenin devam ettiği mütemadi suç*¹⁴⁷ niteliğindedir. Bu doğrultuda, mütemadi suçlara ilişkin dogmatik model, zilyetlik suçlarına aktarıldığında; bu, en yakın olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna tekabül eder¹⁴⁸. Nasıl ki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, hareket özgürlüğünden yoksun bırakmanın tesisi veya sürdürülmesi ile işlenebiliyorsa, bir zilyetlik suçu da zilyetliğin kurulması veya sürdürülmesi yoluyla işlenebilecektir¹⁴⁹.

Görüş uyarınca zilyetlik suçlarının neticenin devam ettiği mütemadi suç şeklinde yorumlanması, “*durum olarak zilyetlik (Besitz als Zustand)*” ve “*cezalandırılabilir davranış olarak zilyetlik (Besitz als strafbares Verhalten)*” arasında katı bir ayırımın yapılmasını gerektirir¹⁵⁰. Zilyetlik suçlarında zilyetliğe ikili bir anlam yükleyen görüş, suçun tipik neticesini oluşturan “*durum olarak zilyetlik*” için “*fiilen elinde bulundurma (=Gewahrsam)*”

¹⁴³ Eisele, Vor § 13, kn. 42; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 45.

¹⁴⁴ Örneğin; Al. CK m. 326/III’te şeyi elden çıkarmama (radyoaktif atıkların teslimine ilişkin olarak), açık bir şekilde düzenlenmektedir (Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 45). Atıklarla ilgili izinsiz davranışların düzenlendiği bu maddenin 3. fıkrasına göre: “Her kim, idare hukukundan doğan yükümlülükleri ihlal ederek, radyoaktif atıkları *teslim etmezse*, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” (Bkz. Yenisey/Plagemann, s. 466).

¹⁴⁵ Eisele, Vor § 13, kn. 42; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 9, kn. 45.

¹⁴⁶ Eisele, Vor § 13, kn. 42.

¹⁴⁷ (= Erfolgs-Dauerdelikt).

¹⁴⁸ Hochmayr, s. 63.

¹⁴⁹ Hochmayr, s. 145.

¹⁵⁰ Hochmayr, s. 146.

kavramının kullanılmasını önermektedir. Bir kişinin bir şeyle olan fiili ilişkisini yani bir durumu belirten ve ceza hukuku dogmatikliğinde yerleşik bir kavram olan fiilen elinde bulundurma, durum olarak zilyetliği açıklamak için yeterli, izlenen amaç için de uygun görülmektedir¹⁵¹.

Görüşe göre, bir kavramın hem suçun neticesini hem de tipik davranışı tanımladığı, bu anlamda muğlaklık içerdiği, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, yaralama ve mala zarar verme gibi başka suçlar da mevcuttur. Bununla birlikte bu muğlaklık, bizzat failde bir neticeye işaret eden zilyetlik suçlarında çok daha yoğundur. Örneğin: “A, B’yi yaralamıştır” ifadesi, açıkça A’nın davranışına atıfta bulunurken; “A, 5 gram eroin zilyettir” ifadesi, yalnızca A’nın davranışına atıfta bulunmaz, aynı zamanda neticeye de ilişkindir. İşte bu nedenle, netice için davranıştan net bir şekilde ayırt edilebilir bir kavramın kullanılması, önemli görülmektedir. Zira *Hochmayr*, bunun cezalandırılabilir davranış ile suçun neticesinin birbirinden ayrımını kolaylaştırmak suretiyle, durum olarak zilyetliğin her mevcudiyetinin zilyetlik nedeniyle cezalandırılabilirliğe yol açmayacağını da açıklığa kavuşturacağı iddiasındadır. Gerçekten bu görüşe göre, zilyetlik suçlarında fiilen elinde bulundurma, yalnızca tipik neticeye işaret ederken; suç konusu üzerinde fiilen elinde bulundurmanın tesisi veya sürdürülmesi, tipik davranış olarak açıklanmaktadır¹⁵².

Görüş, *dayatılan fiilen elinde bulundurma (=aufgedrängter Gewahrsam)* durumunda, fiili hâkimiyetin sürdürülmesinde, şeyi derhal elden çıkarma maksadının yokluğundan bir hâkimiyet iradesi oluşturan yapıya¹⁵³ karşı çıkmaktadır. Maksadın yokluğunun ceza sorumluluğunu kaldırma etkisi bakımından zamansal bir sınırlandırma (*elden çıkarmanın artık derhal gerçekleşmeyeceği veya fiilen elinde bulunduranın maksadını değiştirdiği an ile*) getirilmesi eleştirilmekte¹⁵⁴; böyle bir anlayışta, zilyet olmakla fiilen elinde bulundurmanın eşdeğer görülmüş olacağı ifade edilmektedir. Cezalandırılabilirliğin bu şekilde salt bir duruma bağlanması, fiil ve kusur ilkelerine aykırı görülmektedir¹⁵⁵. Dolayısıyla görüş uyarınca, bu durumda

¹⁵¹ Hochmayr, s. 63-64.

¹⁵² Hochmayr, s. 64. Zilyet olmak fiili, kişinin fiilen elinde bulundurmayı tesis eden veya sürdüren davranış biçimleri için hukuki bir kısaltmadır (Hochmayr, s. 150).

¹⁵³ Bu durumda, *hâkimiyet iradesi ve zilyetlik kastı* ile zilyetlik suçunun işlenebileceği yönünde *Eckstein*’ın görüşü için bkz. *Eckstein, Besitz*, s. 223-224. Ayrıca bkz. *III, 2, b, (1)*.

¹⁵⁴ Hochmayr, s. 135-136.

¹⁵⁵ Hochmayr, s. 149.

kişi, tek başına fiilen elinde bulundurmayı sonlandırmaya karar vermediği için cezalandırılmaz; ancak bunu sonlandırmayı ihmal ettiği takdirde cezalandırılabilir¹⁵⁶.

Zilyetlik suçları, sadece zilyetliğin elde edilmesini cezalandıran suçlara kıyasla özellikle fiilen elinde bulundurmanın ispat edilebilir bir şekilde daha uzun bir süre devam etmiş olması hâlinde, kapsayıcı bir işlev yerine getirmektedir. Bu durumda kural olarak, ihmalden dolayı cezalandırılabilirliğin koşulları sağlanmış olacaktır. Zilyetlik suçlarında fiilen elinde bulundurmanın sonlandırılmamasının *gerçek ihmali suç* olduğunu savunan *Hochmayr*, burada bir garantörlük konumunun da gerekli olmadığını ifade etmektedir¹⁵⁷. Belirli şeylere zilyet olmak, belirli tehlikelerle ilişkilendirildiğinden cezalandırılmaktadır. Bu noktada, şeyi fiilen elinde bulundurmanın kişinin kendi isteğiyle veya isteği dışında elde edilmiş olması, farklı değerlendirilmez. Fiilen elinde bulundurmayı sonlandırmaya ilişkin yükümlülük, buna hamil herkes için geçerli olmalıdır¹⁵⁸.

Görüş uyarınca, fiilen elde bulundurmanın tesisinin veya uzun bir fiilen elinde bulundurma süresinin kanıtlanamadığı durumlarda, zilyetlik nedeniyle cezalandırılabilirlik şüphelidir. Zira kişi, hâlâ düşünme süresi içinde olabilir, bu durumu sonlandırma imkânına sahip olamamış olabilir veya gerekli hareketi gerçekleştirmediği henüz kendisinden beklenebilir olmayabilir. “*Bu yorum, kovuşturma organları açısından sakıncalı olmakla birlikte, hukuk devletinin gereklilikleri, ceza kovuşturmasının kolaylaştırılmasının önüne geçer. Bu nedenle zilyetliğin altında yatan davranışın belirlenmesinden vazgeçilemez*”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Hochmayr, s. 143, dn. 656.

¹⁵⁷ Zilyetliğin ihmal kısmının gerçek olmayan ihmali suç şeklinde yorumlanması durumunda, fiilen elinde bulunduran kişi, sadece fiilen elinde bulundurmanın tesisinin ispat edilebilir olması veya istisnai olarak fiilen elinde bulundurmanın sonlandırılmasına ilişkin bir garantörlük konumunun mevcudiyeti hâllerinde, ihmal nedeniyle sorumlu tutulabilir. Bu şekilde, zilyetlik suçlarının kendilerinden beklenen kapsayıcı işlevi yerine getirmesi mümkün değildir. Ayrıca bu yorumda, zilyetlik nedeniyle cezalandırılabilirlik, genellikle ilgili düzenlemede zaten cezalandırılan zilyetliğin edinilmesiyle çakışacaktır (*Görüş için bkz. Hochmayr, s. 100*). Aynı yönde gerçek ihmali suç görüşü için bkz. Abel, s. 85; Viveiros, s. 39. Al. UMK m. 29/I, 1, No. 3 anlamında zilyetliğin sürdürülmesinin en azından kısmen gerçek ihmali suç olduğunu savunanların yanında (Bkz. Oğlacioğlu, *BtMG*, § 29, kn. 1054), olmadığı yönünde aksi görüş de mevcuttur (Bkz. Weber, *Weber/Kornprobst/Maier, BtMG*, § 29, kn. 1326; Patzak, *Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG*, § 29, kn. 1022-1023).

¹⁵⁸ Hochmayr, s. 100-101. Zilyet olmak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan farklı olarak, ihmal kısmında bir garantörlük konumuna bağlı değildir (*Görüş için bkz. Hochmayr, s. 147*).

¹⁵⁹ Hochmayr, s. 149-150.

Nihaî olarak, zilyetlik suçlarında salt bir durum sorumluluğunu reddeden *Hochmayr*, zilyetliğin kendisini bir fiil olarak tanımlamaktadır¹⁶⁰. Bu suretle de zilyetlik suçlarının davranış normları sistemine uyduğu sonucuna ulaşmaktadır¹⁶¹.

(3) Zilyetliği müstakil bir hareket şekli olarak kabul eden görüş

Ceza hukukunda hareket, uzun zamandır önemli ölçüde esnetilmiş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. 1904 gibi erken bir tarihte ihmalin bir hareket olarak anlaşılamayacağını ifade eden *Gustav Radbruch* veya sosyal hareket kavramını ileri süren ve hareket kavramını “*sosyal açıdan önemli insan davranışı*” olarak tanımlayan sosyal hareket teorisi, bunun bir yansımasıdır¹⁶². Son olarak *Roxin*, hareketi “*kişiliğin ifadesi veya dışa vurumu*” yani “*zihinsel bir eylem (aksiyon) merkezi olarak insana atfedilebilecek her şey*” olarak tanımlamıştır¹⁶³. *Roxin*'e göre, zilyetlik suçlarının hareket yapısının dış dünyada iradi olarak değişikliğe sebebiyet verme veya gâfilik (amaca yönelik olma) gibi kriterlerle açıklanması, neredeyse mümkün değildir¹⁶⁴. Bu nedendir ki *Roxin*, zilyetlik suçlarını da harekete verdiği bu anlam doğrultusunda ele almaktadır.

Roxin'e göre, belirli yapılan veya yapılmayan *beden hareketleri* (= *Körperbewegungen*) anlamında sadece icra ve ihmalin cezalandırılabilirliği her zaman söylenemez. Alman Ceza Kanunu'nun hiçbir yerinde de “*hareket etme (Handeln)*” kavramı, insanın beden hareketleri ile sınırlı değildir. Bir şey üzerinde iradi olarak fiili hâkimiyeti haiz olmanın zilyedin kişiliğinin bir ifadesi olduğu, kolaylıkla reddedilemez. Örneğin bir kişi çok sayıda kitaba veya resme zilyet olduğunda; bu, onun kişiliğinin karakteristik bir dışa vurumdur. Muhafaza altında bulundurulan şey, silah, patlayıcı veya uyuşturucu madde veya çocuk pornografisi olduğunda da durum farklı değildir¹⁶⁵. Bazı hâllerde, bu zilyetliğin cezaya değerliği tartışılabilir. Ancak her halükârda cezalandırılabilirlik, hareketin yokluğu sebebiyle başarısızlığı

uğramaz¹⁶⁶.

Bedensel hareketlerin yapılması veya yapılmaması olarak icra ve ihmale ek olarak, kişiliğin ifadesi anlamında müstakil bir hareket şekli olarak, hâkimiyeti haiz olmak ve kullanmak da bulunmaktadır. *Roxin*'e göre, hareketin kişiliğin bir ifadesi (veya dışa vurumu) olarak anlaşılması, zilyetlik suçlarına ek olarak ceza hukukunda icra veya ihmal şeklinde bir beden hareketine dayandırılmayacak suç teşkil eden davranışların diğer tezahürlerini¹⁶⁷ de kolaylıkla kapsayacaktır. Bu nedenle yazar, geliştirdiği hareket kavramının ceza hukuku açısından önemli olabilecek her şey için, temel bir kavram olarak uygun olduğunu savunmaktadır¹⁶⁸.

Roxin'e göre, bu suretle zilyetlik suçları, yapı itibarıyla ihmalle kurulan bağlantıdan daha iyi gerekçelendirebilir. Zilyedin iyi niyetle veya kendi katkısı olmaksızın hâkimiyet alanına giren bir şeyi teslim etmemesi, bildirmemesi veya imha etmemesi durumunda, bazı zilyetlik suçlarının bir ihmal anı (*Unterlassungsmoment*) içerdiği doğrudur. Ancak ilk olarak, fiili hâkimiyet anlamında zilyet olmak, başka bir şeydir ve salt zilyetlik ilişkisinin sonlandırılmamasından daha fazlasıdır. İkinci olarak, bu ihmal anı, yasaklı şeylerin kendi zilyetliğine aktif olarak geçirilmesi temel durumunda da eksiktir. Zira burada zilyetliğin cezalandırılabilirliği, söz konusu şeyi elden çıkarma imkânı bulunmadan önce zaten gerekçelendirilmektedir¹⁶⁹.

SONUÇ

Zilyetlik, esasen bir medeni hukuk kurumu olmasına rağmen ceza hukukunda farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin hırsızlık suçunda zilyet, mağdur olarak belirlenmişken; güveni kötüye kullanma suçunda

¹⁶⁰ *Roxin, Handbuch*, § 28, s. 65, kn. 128. *Roxin*'in hareket kavramına atıfta bulunan *Schroeder*, “*hareket*” kavramının bu şekilde genişletilmesi hâlinde dahi bir hâkimiyet durumu olarak “*zilyetliği*” kapsayamayacağı görüşündedir. *Bu hususta bkz. Schroeder*, s. 448.

¹⁶⁷ Burada, suç veya terör örgütüne üyelik (Al. CK m. 129 ve m. 129a), statü suçu olarak örnek verilmektedir. Yine, talimatlara uygun olarak sabotaj eylemleri gerçekleştirmeye hazır olma (Al. CK m. 87/I,1), barışa tehlikeye düşüren ilişkiler sürdürmek (Al. CK m. 100/I) ve fuhşa aracılık ilişkileri sürdürmek (Al. CK m. 181a/I), icra veya ihmal şeklinde bir beden hareketine dayandırılmayacak suç teşkil eden davranışın görünüm şekillerine verilen diğer örneklerdir (*Bkz. Roxin, Besitzdelikte*, s. 13; *Schroeder*, s. 449; *Eckstein, ZStW*, 142).

¹⁶⁸ *Roxin, Besitzdelikte*, s. 14. Kişisel hareket teorisinin bu kapsayıcı (genel) hareket tanımı ile “*hareket*”, ceza hukukundaki sınırlayıcı işlevini yerine getiremeyecektir. *Eleştiri için bkz. Gropp, AT*, § 2, kn. 136.

¹⁶⁹ *Roxin, Besitzdelikte*, s. 14.

¹⁶⁰ *Hochmayr*, s. 145.

¹⁶¹ Zilyetlik suçları, soyut tehlike suçu niteliğindedir (*Hochmayr*, s. 150). *Aynı yönde bkz. Schroeder*, s. 445; *Gropp, Vorverlagerung*, s. 103; *Abel*, s. 46; *Oğlakcıoğlu, BtMG*, § 29, kn. 1053.

¹⁶² *Schroeder*, s. 448.

¹⁶³ *Roxin, AT I*, § 8, kn. 44.

¹⁶⁴ *Roxin, Handbuch*, § 28, s. 65, kn. 128.

¹⁶⁵ *Roxin, Besitzdelikte*, s. 13.

zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden zilyet, fail konumuna getirilmiştir. Çalışmamızda ele aldığımız zilyetlik suçlarında ise salt bir şeyin zilyetliğinin suç hâline getirilmesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla zilyetlik kavramı, ceza hukukuna çok da yabancı değildir.

Zilyetlik kavramının ceza hukukunda taşıdığı anlam belirlenirken, özel hukukun kavrama yüklediği anlamdan yola çıkılmayacağı öncelikle ifade edilmelidir. Bu hususta ceza hukuku öğretisinde ortaya konulan özel ölçütlerle hareket edilmesi gereklidir. Bu anlamda “*fiilen elinde bulundurma*” kavramı önerilmektedir. Zilyetliğin fiilen elinde bulundurma şeklinde anlaşılması, malvarlığına karşı suçlarda ortaya çıkan problemi çöze de zilyetlik suçları açısından ortaya çıkan ve tartışılan fiil gerekliliğine ilişkin temel sorunu çözmez. Zira her iki kavram da şey (eşya, nesne) ile kişi arasındaki ilişkiyi yani bir *durumu* ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Zilyetliğin bir fiil teşkil edip etmediği sorusuna bir cevap ararken, harekete ilişkin şimdiye kadar ortaya atılan teoriler kapsamında da bir değerlendirmede bulunulmalıdır. Zira bu teoriler, ceza hukukunda hareket kavramını zaman içinde oldukça değiştirmiş ve esnekliğe uğratmıştır. Klasik suç teorisinin başvurduğu doğal (nedensel) hareket teorisinden kişisel hareket teorisine kadar uzanan süreçteki tüm bu genişletmelere rağmen, bugün ceza hukukunda hem kendisinden beklenen işlevleri (*tasnif ve tarif edici, sınırlayıcı*) yerine getirip hem de tüm suç tiplerini kapsayan bir hareket tanımının imkânsızlığından söz edilebilir. Bu çerçevede, hareketin *yapma* veya *yapmama* anlamında *bedensel hareket* şeklinde anlaşılması durumunda, kişinin bir şey üzerinde fiili hâkimiyet durumunu ifade eden zilyetliğin dışarıda kalacağı muhakkaktır. Zilyetlik suçlarının yapısının dış dünyada iradi olarak değişikliğe sebebiyet verme veya gâlik (amaca yönelik olma) gibi kriterlerle açıklanması da kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Kişisel hareket teorisinin kapsayıcı hareket tanımında dahi icra ve ihmale ek olarak zilyetlik, müstakil bir hareket şekli olarak ele alınmaktadır. Hareket kavramına ilişkin yaptığı bu genişletmeyle, zilyetlik suçlarını ve ceza hukukunda icra veya ihmâl şeklinde bir beden hareketine dayandırılmayacak suç teşkil eden davranışların diğer tezahürlerini açıkladığı iddiasında olan teori, hareketin sınırlayıcı fonksiyonunu ortadan kaldırmak gibi farklı sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bir durumdan ibaret olan zilyetlik veya fiilen elinde bulundurma, hareket kavramından farklıdır. Bu mülâhazalarla daha açık ifade etmek gerekirse zilyetlik suçları, ceza hukukunun hareket dogması bakımından

sorunludur. Hatta *kanunun lafzı uyarınca*, zilyetlik suçlarının bir *durum suçu* olarak nitelendirilebilmesi dahi mümkündür. Bununla birlikte çağdaş ceza hukuku anlayışında böyle bir sorumluluğun kabul edilmesi mümkün değildir.

Durum sorumluluğunun kabulü hâlinde, fiil ilkesi ile bağdaştırılabilirlik bakımından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Zira salt duruma dayalı bir bulundurma yasağı, anayasal açıdan en azından sorgulanabilir niteliktedir. Cezalandırmanın sebebi, salt bir durum sorumluluğu olarak görüldüğünde, fiil ilkesinin sağladığı güvencenin dışına çıkmış olur. Kanaatimizce bu noktada önemli olan, zilyetliğin bir durum olup olmaması değil, zilyetliğin cezalandırılabilirliğine ilişkin getirilen bir düzenlemenin çağdaş ceza hukukunun temel prensiplerinden olan fiil ve kusur ilkeleri karşısında nasıl anlaşılması gerektiğidir:

Ceza hukukunda, cezai sorumluluğun bağlanma noktasını normun muhatabı olan insan tarafından gerçekleştirilen bir fiilin oluşturmaya ilişkin gereklilik, zilyetlik suçları bakımından da farklı değerlendirilemez. Dolayısıyla zilyetlik suçlarında cezalandırılabilirlik için manevi unsurun işlevine önem verilmesi, tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra, bu zilyetliği kuran (*önceki*) veya sürdüren (*sonraki*) hareketin varlığından vazgeçilemeyecektir. Bu nedenle *dayatılan zilyetlik* durumlarında, durum suçları teorisi savunucularınca ileri sürülen “*kastı olmaksızın bir şeye zilyet olan, sonrasında suçun maddi unsurlarına ilişkin tüm durumların bilgisini edinen ve (bununla eş zamanlı olarak) zilyetliğini sürdürmeyi amaçlayan kimsenin herhangi bir harekette bulunmaksızın ilgili zilyetlik suçunu işlediği*” görüşü kabul edilebilir değildir. Sırf şeyi alıkoyma kararının cezalandırılmasının kabulü, düşüncenin cezalandırılmasıyla eşdeğerdir.

Bu çerçevede öncelikle, zilyetliğin temelinde yatan yani zilyetliği kuran hareketin ispatlanması gerekir. Buna olumlu cevap verilmesi hâlinde, ortada icrai bir hareket söz konusu olduğundan bir sorun da olmayacaktır. Ancak zilyetliği kuran hareket ispatlanamıyorsa, örneğin; kişinin dayatılan veya bilgisi olmaksızın zilyetliğinin söz konusu olduğu bir durumda, zilyetliğin sürdürülmesi anlamında ihmali hareket bakımından bir değerlendirmede bulunulması gerekir. Zilyetliğin sürdürülmesi bakımından, zilyetlik suçlarının yapısı itibarıyla *gerçek (saf) ihmali suç* niteliğinde olduğu ve bir garantörlük konumunu gerektirmediği görüşü, kanaatimizce kabul edilemeyecektir. Kanun koyucu, ilgili suç tipinde, zilyede şeyi elden çıkarmaya (iade, teslim, imha vb.) yönelik bir yükümlülük getirmediği, söz konusu suçların sırf hareket suçu teşkil ettiği gerekçesiyle gerçek ihmali suç olarak nitelendirilmesi zor

gözükmektedir. Zira böyle bir yükümlülük öngörülmezsizin, salt söz konusu şeyleri bulundurmaya yönelik yasak getiren bir düzenleme, *yasak normu* teşkil etmektedir. Bu yasak normunun da ancak icrai bir davranışla veya icrai davranışa eşdeğer bir yükümlülük ihmali ile ihlali mümkündür. Ancak zilyetlik suçlarının kanun koyucu tarafından gerçek (saf) ihmali suç şeklinde kaleme alınması, pekâlâ mümkündür. Bu durumda sorumluluk için tipik davranışı gerçekleştirmek bakımından failin hareket imkânının bulunması gerektiği izahtan varestedir.

Kanun koyucu tarafından ilgili suç tipinde gerçek ihmali suç düzenlemesine gidilmediği sürece, zilyetliğin tesisinin ispatlanamadığı durumlarda, zilyetlik suçlarında zilyetliğin sürdürülmesi açısından, ancak *görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suç* değerlendirilmesi yapılabilir¹⁷⁰. Zilyetlik suçlarında, zilyetliğin sürdürülmesinin görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suç şeklinde yorumlanması durumunda; zilyedin zilyetliğinin tesisinin ispat edilebilir olması haricinde, ancak istisnai olarak zilyetliğini sonlandırmaya ilişkin bir garantörlük konumunun ve yine hareket imkânının bulunması hâlinde¹⁷¹, bu ihmali nedeniyle sorumlu tutulabileceği doğrudur. Bu yorumun zilyetlik suçlarının kendisinden beklenen kapsayıcı işlevi yerine getiremeyeceği bahsiyle reddedilmesi, zaten *sınırlayıcı bir yorumla* ele alınması gereken zilyetlik suçları için kanaatimizce yerinde değildir. Bununla birlikte burada, hukukumuz açısından şu hususun belirtilmesinde yarar vardır: Alman Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin 13. maddesinde, suçun ihmal suretiyle icrasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir¹⁷². Bu düzenleme

¹⁷⁰ İhmali suçlara ilişkin alt ayrımlar yapılırken, hangi ölçütlerin esas alınacağı noktasında farklı yaklaşımlar mevcuttur. Zilyetlik suçlarının zilyetliğin sonlandırılmamasına ilişkin olarak gerçek (saf) ihmali suç teşkil etmediğine ilişkin düşüncemiz, burada ölçütümüzün *ihlal edilen normun niteliği (emir-yasak normu)* olmasından kaynaklanmaktadır. Yasak normları, yapılmaması gereken şeyleri belirterek, kişileri bunları yapmaktan men ederler. Kanun koyucular, belirli şeylerin bulundurulmasını cezalandırarak aslında bulundurulmasını yasaklamıştır. Bu normların oluşturduğu suç tipleri, icrai suç niteliği taşır. Örneğin, zilyetliği tesis eden (kuran) icrai bir hareketle bu normun ihlal edilmesi mümkündür. Ancak yasak normlarının bazı durumlarda ihmali davranışlarla da ihlal edilmesi mümkündür. Görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suçlar, tıpkı icrai suçlar gibi nihai olarak bir yasak normunun ihlal edilmesinden ibarettir. *İhmali suçların kendi içerisinde yapılan ayırımında esas alınan ölçütlere ilişkin açıklamalar için bkz.* Yurtlu, s. 152-156.

¹⁷¹ Tipik davranışı gerçekleştirme bakımından failin hareket imkânının (maddi-fiziki imkânının) bulunması hem gerçek hem de gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından aranması gereken bir unsurdur.

¹⁷² Düzenlemeye göre: “Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren kişinin bu kanuna göre cezalandırılması için, neticenin meydana gelmemesi için hukuki yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın

kapsamında, bir *garantörlük konumu ve eşdeğerlik kaydı*¹⁷³ aranmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda ise ihmale ilişkin böyle bir düzenlemenin genel hükümlerde yer almaması ve özel hükümler aracılığıyla ihmale ilişkin sınırlı hükümler getirilmiş olması, böyle bir belirlemede bulunulmayan suçların ihmal suretiyle işlenebilirliği ve cezalandırılabilirliğine ilişkin olarak doktrinde tartışmalara sebebiyet vermektedir. Görünüşte (gerçek olmayan) ihmali suçların sınırlı sayıda olmadığı görüşü, bugün öğretilde azınlıktadır. Bu suçların sınırlı sayıda olduğuna ilişkin hâkim görüş, tüm suçların kural olarak ihmal suretiyle işlenip cezalandırılabilmesini *kanunilik ilkesi* karşısında haklı olarak reddetmektedir¹⁷⁴.

kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmesi şarttır.” (Bkz. Yeni-sey/Plagemann, s. 15-16).

¹⁷³ (=Entsprechungsklausel).

¹⁷⁴ *Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.* Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 145-151.

KAYNAKÇA

- Abel S, *Besitzdelikte im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht*, Shaker Verlag, 2016.
- Akipek J/Akıntürk T/Ateş D, *Eşya Hukuku*, Beta Yayınevi, 2018.
- Alşahin M E, *Yargıtay Kararları Işığında Mala Zarar Verme Suçları (5237 Sayılı TCK. m. 151 vd.)*, Turhan Kitabevi, 2010.
- Ambos K, “Possession as a Criminal Offence and the Function of the Mental Element: Reflections from a Comparative Perspective”, Suzannah Linton, Gerry Simpson, William A. Schabas (Ed.), *For the Sake of Present and Future Generations, Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark*, Koninklijke Brill NV, 2015, s. 391-408.
- Antalya G/Topuz M, *Eşya Hukuku*, Cilt: IV/1, Marmara Hukuk Yorumu, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Ayan M, *Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aybay A/ Hatemi H, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Baumann, J/Weber U/Mitsch W/Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016.
- Baumann J, *Besitz an Daten, 184b Abs. 4 StGB im Lichte neuer Medien*, 1. Auflage, Schriften zum Strafrecht, Band 279, Duncker & Humblot Verlag, 2015.
- Centel N/Zafer H/Yenerer Çakmut Ö, *Kişilere Karşı Suçlar*, C. I, Beta Yayınevi, 2017.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Dönmezer S, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, 2001.

- Dönmezer S/Erman S, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, 14. Bası, Der Yayınları, 2019.
- Dursun S, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Eckstein K, *Besitz als Straftat*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 133, Duncker& Humblot Verlag, 2001. Anılış: (Eckstein, Besitz).
- Eckstein K, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte- EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117(1), 2005, s. 107-142. Anılış: (Eckstein, ZStW).
- Eisele J, *Schönke Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2019.
- Erbaş R, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayınları, 2019.
- Erdin S, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu*, Adalet Yayınevi, 2019.
- Fuchs J, “Besitz”, Klaus Weber (Ed.), *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, 7. Edition, Verlag C. H. Beck, 2022.
- Gierhake K, “Zur geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2008, s. 397-405.
- Gropp W, “Besitzdelikte und periphere Beteiligung- zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und Besitzes von Kinderpornographie”, *Festschrift für Harro Otto, zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymanns Verlag, 2007, s. 249-264. Anılış: (Gropp, Beteiligung).
- Gropp W, “Tatstrafrecht und Verbrechenssystem und die Vorverlagerung der Strafbarkeit”, Arndt Sinn, Walter Gropp, Ferenc Nancy (Hg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts*, Universitätsverlag Osnabrück, 2011, s. 99-119. Anılış: (Gropp, Vorverlagerung).

- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer Verlag, 2015. Anılış: (Gropp, AT).
- Hart H L A, *The Concept of Law*, Second Edition, Clarendon Press, 1994.
- Hecker B, “Ist das bloße Aufrufen kinderpornografischer Dateien strafbar?”- Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg v. 15.2.2010-2-27/09 (REV), NJW 2010, 1893, *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, 1, 2011, s. 149-159.
- Hochmayr G, *Strafbarer Besitz von Gegenständen, Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie, etc.*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2005.
- Hörnle T, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2021.
- Hügel L M, *Strafbarkeit der Anschlagsvorbereitung durch terroristische Einzeltäter und deren Unterstützer- Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung*, Duncker & Humblot Verlag, 2014.
- Jescheck H H/Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5.vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot Verlag, 1996.
- Joecks W/ Jäger C, *Strafgesetzbuch Studien Kommentar*, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2018.
- Kazaker Bozkurt G, “Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi- Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(1), 2022, s. 241-288.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022. Anılış: (Koca/Üzülmez, Özel).
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022. Anılış: (Koca/Üzülmez, Genel).
- Köbler G, *Juristischer Wörterbuch, für Studium und Ausbildung*, 16., neuarbeitete Auflage Verlag Franz Vahlen, 2016.

- Kunter N, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Lagodny O, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Mohr Siebeck Verlag, 1996.
- Lampe E J, “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 106(4) 1994, s. 683-745.
- Lampe E J, “Beschprechung des Buches von Eckstein”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 113(4), 2001, s. 885-896. Anılış: (Lampe, Besprechung).
- Lampe E J, “Ernst-Joachim Lampe”, Eric Hilgendorf (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Walter De Gruyter Verlag, 2010, s. 303- 348.
- Meraklı S, Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197), *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 726-776.
- Mitsch W, “Terrorbekämpfung durch Strafrechtsvorverlagerung”, *Vortrag auf der dritten Internationalen rechtsvergleichende Konferenz an der Universität Postdam am 16. Dezember 2014*, <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/Deutsch-russisches_Kolloquium2014.pdf>, Erişim Tarihi 4 Haziran 2021, s. 1-6.
- Mommsen T, *Römisches Strafrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, 1899.
- Oğlakcıoğlu M T, *Der Allgemeine Teil Betäubungsmittelstrafrechts, Zugleich eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht seit 1982*, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 241, Duncker & Humblot Verlag, 2013. Anılış: (Oğlakcıoğlu, Allgemeine).
- Oğlakcıoğlu M T, *Münchener Kommentar zum StGB, Nebenstrafrecht I, Band 7*, 4. Auflage, 2022. Anılış: (Oğlakcıoğlu, BtMG).
- Oğuzman M K/ Seliçi Ö/ Oktay-Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Özbek V Ö, *Müstehcenlik Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17.

- Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Patzak J, Jörn Patzak/Mathias Volkmer/Jochen Fabricius, *Betäubungsmittelgesetz*, BtMG, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2022.
- Pieroth B/Schlink B, *Grundrechte Staatsrecht II*, 23., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, 2007.
- Polaino-Orts M, “Grenzen vorverlagerter Strafbarkeit: Feindstrafrecht”, *Strafrechts als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Band I, Walter De Gruyter Verlag, Berlin/New York 2011, ss. 91-111, Erişim Tarihi: 11.09.2022.
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006. Anılış: (Roxin, AT I).
- Roxin C, “Besitzdelikte”, Đorđe Ignjatović (Ed.), *Stanje Kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reaganja, II Deo*, Pravni Fakultet Universiteta u Beogradu, 2008, s. 9-24. Anılış: (Roxin, Besitzdelikte).
- Roxin C, “Handlung”, Eric Hilgendorf, Hans Kudlich, Brian Valerius (Ed.), *Handbuch des Strafrechts, Band 2, Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag C. F. Müller, 2020. Anılış: (Roxin, Handbuch).
- Schmitz R, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Auflage, 2021.
- Schroeder F C, “Besitz als Straftat”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 11/2007, s. 444-449.
- Serozan R, “Hukukta Yöntem Methodology in Law”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, s. 2423-2440.
- Serozan R, *Eşya Hukuku I*, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014. Anılış: (Serozan, Eşya).
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Struensee E, “Besitzdelikte”, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, s. 713-730.
- Taneri G, “Müstehcenlik Suçu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(1), 2018, s. 561-624.
- Tekinay S S/Akman S/Burcuoğlu H/Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Viveiros C, “Wider die Zustandsdeliktsauffassung der Besitzdelikte- Zugleich ein Beitrag zur verhaltensbezogenen Dogmatik der Besitzstraftaten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 133(1), 2021, s. 35-59.
- Weber K/Kornprobst H/Maier S, *Betäubungsmittelgesetz, BtMG*, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2021.
- Wessels J/Hillenkamp T, *Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte*, 39., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. F. Müller, 2016.
- Wittig P, *Heintschel-Heinegg Beck'sche Online-Kommentare StGB*, 55. Edition, Verlag C. H. Beck, 2022.
- Yenisey F/Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB)*, Genişletilmiş 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015.
- Yokuş Sevik H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Yurtlu F, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2022.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN SİBER SUÇLARLA
MÜCADELEDEKİ ROLÜ: ULUSLARARASI HUKUK İNCELEMESİ**

**THE ROLE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS IN THE FIGHT
AGAINST CYBERCRIMES: A REVIEW OF INTERNATIONAL LAW**

Erhan CAN* 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1306712](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1306712) 

Günümüzün teknolojik imkânları ve yaşanan gelişmeler, ülkelerin siber uzay alanında etkin ve kapsamlı çalışmalar yapmalarını gerekli kılmıştır. Yaşanan gelişmelerde öncelikli adımların atılmasında iki unsurun önemli olduğu söylenebilir: Yapay zekâ ve siber güvenlik. Siber riskleri ortadan kaldırma ve savunma kapsamı, çok boyutlu ve disiplinlerarası çalışmaların bir bütün halinde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ancak hem teknik hem güvenli/etik yapay zekâ sistemleri, hukuki prosedürlerin eşgüdümlü takibine dayanan gelişmelerle sağlanabilir. Bu araştırma genelinde incelendiği üzere yapay zekânın siber güvenlik açısından değerlendirmesi; Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu'na bakmanın önemli, uygulamaların sürüm halinde sunulmadan önce "siber güvenlidir" ibaresinin kullanılmasının etkili, denetlemelerin en fazla beş yıllık süreyle yapılmasının başarılı bir etki sunacağı yorumlanmıştır. Bu durumların yanı sıra ChatGPT örneğinde olduğu gibi yapay zekâ uygulamalarının çalışma prensibinde güvenlik algısı, teknik çalışmaların güvenlik boyutunu artırmada etkili bir faktör olabilir. Ancak genel olarak yapay zekâ sistemleri için en önemli konulardan biri olan etik faktör, kullanıcıların bilgi gizliliği gibi prensipleri için incelemelerde bulunmayı, bunu da hukuki prosedürlere uygunlukla yapmayı gerektirmektedir. Örneğin yine bazı uygulamaların ülkelerde yasaklanması,

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi/ANKARA, e-posta: erhan.can@ankarabilim.edu.tr, **ORCID**: 000-0002-2434-0187, **DOI**: 10.34246/ahbvuhfd.1306712

* **İntihal / Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

etik ve güvenlik açıklığı sorunlarından kaynaklandığı bilinmektedir. Önemli faktörün öncelikle hukuki çerçevede olduğu söylenebilir. Siber savunma mekanizmasının oluşturulması ve siber suçlarla mücadeleye ilişkin özel yasanın geliştirilmesi, yapay zekâ çalışmalarına etkin fırsat sunabilir, siber riskleri azaltılmasında etkin bir ortam yaratabilir. Bunun yanı sıra hukuki düzenlemeler incelendiğinde, ulusal düzeyde TCK m. 245/A yasak cihaz ya da programların kullanılmasına yönelik bilişim suçları için geliştirilen bir maddedir. Bu maddenin yapay zekâ uygulamalarına ilişkin geliştirilmesi, kullanılması, ulusal düzeyde kanunlarla birlikte mevzuatın iyileştirilmesi, Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu gibi uluslararası çalışmalarda örgüt/kurum üzerinde durulması önemli görülmüştür. Bunun yanında siber risk ve saldırıların ortadan kaldırılması, şirketlerin gelişmesine, ülkenin uluslararası stratejik bir konum yakalamasına, yapay zekânın birçok alanda kullanılmasına yönelik etkin sonuçların alınabileceği bir ortam yaratabilir. Bu kapsamda yapay zekâ teknolojilerinin siber suçlarla mücadelede etkili bir unsur olabileceği, sağlık, savunma gibi birçok sektörde etkili bir araç olacağı söylenebilir. Aynı zamanda sosyal medya kullanımında etik sorunların ortadan kaldırılabilmesi, siber saldırılara maruz kalmanın ortadan kaldırılabilmesi bir etki yaratabilir. Uluslararası hukuk incelemesi yapıldığında, Avrupa Konseyi, NATO, Afrika Birliği gibi örgütlerin yapay zekâ çalışmalarına odaklanması, Türkiye'nin bu konuda hukuki süreçleri geliştirmesini gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Siber Uzay ve Risk, Güvenlik, Uluslararası Hukuk, ChatGPT.

ABSTRACT

Current technological opportunities and developments in the world necessitate effective and comprehensive scientific research in cyberspace from countries. Two factors are important in those developments to take priority actions: artificial intelligence and cyber security. The scope of eliminating and defending cyber risks requires the evaluation of multidimensional and interdisciplinary research as a whole. However, both technical and safe/ethical artificial intelligence systems can be provided with developments based on the coordinated follow-up of legal procedures. The evaluation of artificial intelligence in terms of cyber security interpreted as examined throughout this research; taking as a reference the European Union Cyber Security Law is important, the use of the phrase "cyber-safe" before the applications are released is effective, controlling within a maximum period of five years has a successful effect. In addition to these situations, the perception of security in the working principle of artificial intelligence applications, as in the example of ChatGPT, can be an effective factor in increasing the security capacity of technical research. However, the ethical factor, which is one of the most important issues for artificial intelligence systems in general, requires examining the principles of users such as information privacy and doing this in accordance with legal procedures. For example, some applications are banned in countries and caused by ethical and security flaw problems. The important

factor is primarily in the legal framework. The forming of a cyber defense mechanism and the development of a special law on combating cybercrime can provide an effective opportunity for artificial intelligence research and create an effective environment for reducing cyber risks. In addition, when the legal regulations are examined, TCK art. 245/A is an article developed for cybercrimes related to the use of prohibited devices or programs. The importance of organization/institution emphasized in international research such as the development and use of this article regarding artificial intelligence applications, the improvement of legislation associated with laws at the national level, and the European Union Cyber Security Law. Moreover, the elimination of cyber risks and attacks can create an environment where effective results can be obtained for the development of companies, the country's international strategic position, and the use of artificial intelligence in many areas. In this context, artificial intelligence technologies can be an effective element in the fight against cybercrime and will be an efficient tool in many sectors such as health and defense. Furthermore, artificial intelligence can create a result in which ethical problems can be eliminated through the use of social media and exposure to cyber-attacks. When international law is examined, it is necessary for organizations such as the Council of Europe, NATO, African Union to focus on artificial intelligence studies and Turkey to develop legal processes in this regard.

Keywords: Artificial Intelligence, Cybercrime and Risk, Security, International Law, ChatGPT.

EXTENDED ABSTRACT

Artificial intelligence algorithms and crime relationships can be examined from different perspectives. For example, artificial intelligence can be used to fight crime. In addition, artificial intelligence can also be a system that causes crime to be committed. In this research, the importance of artificial intelligence in the legal system and approach is mentioned. A relationship was established between artificial intelligence and cyber risk. The effect of artificial intelligence on information technology law gains importance where human control is insufficient. There are many uses of artificial intelligence in eliminating cyber risks. Factors such as social media security and increasing country security are linked to eliminating cyber risks. Especially cyber security can be examined in terms of government, company, and individual use security.

In this research, the importance of artificial intelligence algorithms in the fight against cybercrime is explained. International law research were examined and the use of artificial intelligence in developed countries was evaluated. A few examples of the use of artificial intelligence systems in the fight against cybercrime are given and the research of international organizations are examined. One of these organizations is NATO. The relationship between cyber risk and defense deals with NATO research in terms of cyber wars. The Tallinn Handbook, prepared in 2013 with NATO research, examines the issue of law in cyber wars. Cyberdefense includes the use of force, self-

defense, and the collective security system. Accordingly, the size of the cyber attack and the use of force in a classical war level were preferred. Another example of work in international law took place in the work of the Council of Europe. The Cyber Crime Convention signed in 2001 mentions legal cooperation that is aimed to establish international relations in cybercrime.

Another international study on the relationship between cyber security and risk is the European Union Cyber Security Law. The law consists of 58 articles and 4 main titles. The law, which examines cyber attacks and security vulnerabilities, is in accordance with the ethical mindset. In addition, the control mechanism aims to increase cyber security and reduce risks. The European Cyber Security Agency, which is the most important backbone of the law, aims to carry out research that will increase the cyber security capacity. Moreover, the use of the phrase “cyber-safe” for artificial intelligence algorithms and certificates will have an important place in getting more effective results. Accordingly, the important thing is that member states increase their work in accordance with the law. Turkey also needs to study on this issue and develop it.

The most important application developed by the European Union Cyber Security Law for artificial intelligence algorithms can be seen as certificate processes. The preferred certificate for information communication and technology products is limited to five years. In the legal context, the certificate is important in terms of providing advanced technology and high confidence. Therefore, developments and research in this aspect require the legal system to be used more conveniently in the control of digital applications and products. When the research that can be done for this purpose are examined, necessary thing is to increase the frequency of artificial intelligence controls with regulations. Regulations present that processes as well as the law can be followed more quickly. In addition, international research can be explained by the fact that artificial intelligence is not allowed to be used in cases where it is not ethical and safe. An example of this can be given for ChatGPT. The use of this application is prohibited from some countries, and restrictions are made because it is not ethical and reliable. Therefore, in order to get faster solutions in the legal system, some applications should be used to control ChatGPT and to emphasize the phrase “cyber-safe”.

As a result of the research, the relationship between artificial intelligence and cyber security can be considered important in terms of international research. In the Turkish legal system, TCK art. 245/A contains some regulations regarding the use of prohibited devices or programs in controlling applications for information systems. However, research such as increasing these regulations and expanding their use for security should be increased. At the national level, cyber risk has shown that security is also important to many sectors in the country. For example, legalization processes should be accelerated in order to increase the activities of companies such as BAYKAR, ASELSAN, TUSAŞ, ROKETSAN, which stand out in the defense industry,

and to ensure the security of software and hardware services. Ensuring state security, fighting against terrorist organizations, the Ukraine Crisis and the Russia-Georgia War, which show that cyber risks can be a threat during the war, make it important to develop cyber security with artificial intelligence systems. The most important ways to be effective in the international arena are the regulations in the national legal system and increasing the possibilities of using artificial intelligence.

GİRİŞ

Yapay zekâ sistemleri, suçlarla mücadelede kullanılacak argüman olup günümüzde önemli yere sahiptir. Hukuk sistemi ve yaklaşımında yapay zekânın kullanımı, bilişim hukuku için siber suçlarla mücadelede gerekli kabul edilebilir. Siber güvenliğin sağlanmasında yapay zekâ teknolojisi, insan gücünün yetersiz kaldığı durumlarda, bilişim sistemleriyle çözümlenmeyi işlevsel kılmaktadır. Bunun önemi, özellikle de günümüzün teknoloji çağında siber güvenlik ve yapay zekânın birbirinden ayrı düşünülmeceğini göstermiştir. Teknoloji çağının beraberinde bilişim korsanlarının doğmasına neden olması, buna ilişkin sonuç olarak söylenebilir. Ayrıca bilgilerin korunmasına yönelik zorluklar, güvenlik açıklığına ortam hazırlamıştır. Günümüzün en önemli sorunlarından biri olarak bu konu, hukuki açıdan insanların güvenliğini sağlamayı, bilgileri korumayı zorlaştırmıştır. Bu durum ise beraberinde; sosyal medya ortamı, yapay zekâ sistemleri, ülke güvenliğini sağlamak için uluslararası yetkinliğin sağlanması gibi çeşitli durum ve faktörleri incelemeyi gerektirmiştir. Çünkü teknoloji kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte, bunlara ilişkin sorunlar da artmıştır. Dolayısıyla siber güvenlik hem devlet hem şirket hem de kişisel kullanım özelinde önemli bir kriterdir.

Uluslararası boyutta yapay zekâ incelendiğinde, ilerleyen dönemlerde elektronik ölçüde savaş ortamı yaratabileceği söylenebilir. Böylece yapay zekâ yalnızca ulusal güvenlik adına sınırlandırılmayacaktır; dünya genelinde verilen dijital savaşlarda başarılı olmayı gerektirecek bir konu haline dönüşecektir. İlerleyen zamanlarda dijital, internet, elektrik, elektronik savaş veya siber uzayla karşı koymalar, ciddi tehdit haline gelebilecektir. Dünya genelinde yapılacak çalışmalar, koruyucu uygulamalardan oluşmalı ve her ülkeyi-kullanıcısını ilgilendiren küresel uygulamaları içermelidir. İnsanlığın güvenliği adına prosedür, uyulması zorunlu olan kurullarla çevrelenmelidir. Herkesin/her ülkenin kanunlarıyla eşgüdümlü olması gerekliliği gibi konular, yine dünyayı ilgilendiren bir konu olarak siber güvenliği karşımıza çıkarmıştır.

Henüz şimdiden tüm dünyayı kapsayacak siber gelecek uygulamalarının tehdit oluşturmadan uluslararası kurum ve örgütlerle bunu gerçekleştirmesi gerekli görülmektedir.

Bu araştırma kapsamında, yapay zekâ sistemlerinin siber suçlarla mücadeledeki rolü ele alınacaktır. Temelde yapılacak araştırma ise, uluslararası hukuk doğrultusunda incelenecektir. Yapay zekâ sistemlerinin siber suçlarla mücadeledeki kullanımının henüz çok yaygın olmadığı dikkate alındığında, bu sistemlerin hukuki güvenliği sağlamada önemli olduğu açıklanacaktır. Araştırma doğrultusunda bu amaçla uygulanan stratejiler dikkate alınacak olmakla birlikte siber suçlardan korunmada gerekli olan hukuki prosedürün önemine değinilecek, yapay zekânın öne çıkarılması gerekli gösterilecektir. Örneğin; insan kullanımına sunulan yapay zekâ sistemleri bilgi koruma, depolama gibi konularda etik sorun yaratabilir. Eğer mevzuatta, bu tür sistemlere yönelik yaptırım yoksa, henüz kullanım sürecinden önce birtakım tehlikeler görülebilecektir. Dolayısıyla araştırma kapsamında bu doğrultuda yapılacak çalışmalar siber suç oluşturabilecek sistemler için açıklanacaktır. Yapay zekânın koruma mücadelesindeki yeri/önemine bakılarak ChatGPT uygulamasının ya da dünya genelinde kısıtlamalara gidilen uygulamaların nedenleri örnek olarak gösterilecektir. NATO, Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu çalışmaları üzerine yapay zekâ teknolojisi ele alınacaktır. Mevzuat gerekliliğinin hem yapay zekâ hem de siber savunma için incelenmesi, geliştirilen uygulamalarda birbirinden vazgeçilemez unsurlar olarak ifade edilebilir. Ayrıca virüs programlarının geliştirilmesi gibi uygulamalar, siber risklere karşı koruyucu etki yapmaktadır. Bu durum da yapay zekânın önemiyle açıklanmaktadır. Siber alanın günümüzde artık kablosuz ağın kullanıldığı her an-ortamda risk oluşturabilecek faktörlerden oluştuğu, uygulamaların bazı denetleme mekanizmalarıyla işlerlik kazanmasının önemli olduğu ifade edilebilir. İnsanların küresel ısınma gibi konularda çalışma ve uygulamalara odaklanması gibi hukuki süreçlerle siber güvenliğin de sağlanması şarttır.

I. YAPAY ZEKÂ

Bilgisayar bilim dallarından olan yapay zekâ, modern çağın bilişim sistemlerinin temel taşlarından. Makinelerde gelecek dönemde insansı davranışların görülebileceği, yapay zekâ kullanımlarındaki yaygınlıkla açıklanmaktadır¹. Bilgisayara düşünme gücünün kazandırılması, geçmiş

¹ Gyanendra Singh/Ajitanshu Mishra/Dheeraj Sagar, "An Overview of Artificial Intelligence", *SBIT Journal of Sciences and Technology*, 2(1), 2020, s. 1.

tecrübelerle makinenin öğrenmesi, karar verme ya da bilişsel süreç gerektiren işlemlerle insan davranışlarını simüle etmesi, yapay zekâ sistemleriyle birlikte sağlanmıştır. Öğrenme ve anlamada insan gibi davranan bu sistemler, günümüzde önemli bir gelişme yakalamıştır. Bunlar özellikle de eğitim, etkileşim, rehberlik gibi hizmetleri sunarak insan hayatını kolaylaştıran ve artık her an-her gün bu sistemlerden yararlanan uygulamalardır². Yapay zekânın bütün sektör gruplarını etkilediği bilindiği için, uluslararası uzlaşmanın sağlanacağı çalışmaların yapılması da önemlidir. Uluslararası alandaki çalışmaların temeli ise hukuki prosedürlere odaklanan bir araştırma sürecinin önemli olduğunu göstermektedir. Bütün sektör gruplarını etkileyebilecek potansiyel tepkiler belirlenmelidir.

Yapay zekâ, bilişsel yenilikçi bir teknoloji olup insan davranışlarının bilinen sınırlarını genişletmektedir. Düşünme, tahmin etme, öğrenme gibi insan etkileşimlerinde önemli basamak olarak birçok yönüyle insanlara yardımcı olan bir sistem görevini üstlenmektedir. Dolayısıyla günlük yaşamda vazgeçilmez olması, sistemlerin gün geçtikçe daha çok gelişme yakalamasına, uygulama hizmetleriyle birlikte sunumuna ortam hazırlamıştır. Yapay zekânın dar ya da genel anlamda farklı işlem basamaklarını gerçekleştirmesi, yapay zekânın her uygulama içinde yer aldığını, ama bunların birbirinden farklılık gösterdiğini ortaya koymaktadır. Dar anlamda; basit işlemleri yapan yapay zekâ, genel anlamda; insan davranışlarını taklit eden ve geliştirildiğinde ise çok daha kompleks işlemleri yapabilecek güce sahiptir³. Yapay zekânın bu özelliği, birçok ülkede güvenlik için değerlendirilmesine de kapı aralamıştır. Yapay zekânın etik boyutu, siber güvenlik için bilgiyi koruma-saklama gibi konulara bağlı incelenmiştir. Bu nedenle uluslararası hukukta yapay zekâ, yaşanan teknolojik ve dijital gelişmelerle birlikte gündemde kalmaktadır⁴. Geliştirilen uygulamalarda yapay zekâ kullanımının vazgeçilmez olması, siber güvenliğin uluslararası bir önem yakaladığını göstermektedir. Tehlikeli durumların yaşanmasını önleyecek yaptırımların aynı şekilde uluslararası çalışmalarda yapay zekâyla eşgüdümü olması gerektiği söylenebilir.

A. Yapay Zekâ Sistemlerinin Gruplandırılması

² Maad M. Mijwil/Emre Sadıkoğlu/Emine Cengiz/Hasibe Candan, "Vergilendirme Sürecinin İdari İşlem Bağlamında İncelenmesi", *Veri Bilimi Dergisi*, 5(2), 2022, s. 98.

³ Ahmet Efe, "Yapay Zekâ Odaklı Siber Risk ve Güvenlik Yönetimi", *Uluslararası Yönetim Bilişim Sistemleri ve Bilgisayar Bilimleri Dergisi*, 5(2), 2021, s. 145.

⁴ İbrahim İrdem/Sedat Çobanoğlu, "Yapay Zekânın İç Güvenlik Yönetimi Üzerine Yansımaları: Siber Güvenlik", *Kaytek Dergisi*, 2, 2021, s. 187-188.

Günümüzde farklı problemleri çözmek amacıyla geliştirilen yapay zekâ sistemleri, kişiselleştirilmiş kullanım imkânı sunan uygulama deneyimlerine dönüşmüştür⁵. Zaman içinde bu sistemlerdeki gelişmeyle birlikte yapay zekâ, belirli şekillerde gruplandırılmıştır. Bunlar ise dar, genel, güçlü ve zayıf yapay zekâ kavramlarıdır. Dar yapay zekâ, insanların tüm zihinsel durumlarını taklit eden, ancak gerçekte zeki olup olmadığı bilinmeyen sistem olarak tanımlanır. Genel yapay zekâ, farklı uzmanlık alanlarında, karmaşık sorunları çözümlenebilme ve kendisini bağımsız şekilde kontrol edebilen, kendi düşünce, endişe, hisleriyle hem güçlü hem de eğilimi olan yazılım çeşididir. Zayıf yapay zekâ, zeki olduğu varsayılan eylemleri yönetebileceği iddia edilen sistemlerdir. Güçlü yapay zekâ ise, makine eylemlerini gerçek anlamda zeki kabul eden hipotezi savunmaktadır⁶. Yapay zekâ teknolojilerinin, kullanım alanlarına göre geliştirilen birer sistem olduğu da söylenebilir. Yapay zekâ ister şirket özelinde isterse de günlük hayatımızda kullanılan bir sistem olsun, robotik özellikler insan görevlerinin bir kısmını yerine getirebilecek araçlara dönüşmüştür⁷. Yapay zekânın karmaşık sistemleri çözmesi, hızlı işlem yapabilmesi ve kullanıcı bilgilerine ulaşabilmesi gibi durumlar, güvenlik/etik konusunu gündeme getirmiştir. Güvenlik ve etik sorunları, küresel sorun olup siber uzayda dijital alanın tamamını etkileyecek düzeyde sonuç yaratabilecektir. Bu nedenle tehlike, uluslararası mücadeleleri gerektirmektedir. Sınır dışı problemlerin artış gösterebileceği, savaş hukukunda etkilerinin görülebileceği dikkate alınabilir. Uluslararası hukuk çalışmaları, siber suçlara neden olacak bu tür sorunları belirleme ve çözümlenme temelli bir yaklaşımda olmalıdır.

1. Yapay Zekâya İlişkin İyi-Kötü Değerlendirmesi

Yapay zekâ sistemleri ve makine öğrenimi, insanların hayatlarını kolaylaştırmanın yanı sıra, güvenlik sistemi için de kullanılabilirlik kazandırmıştır. Bu gelişmeler ise güvenliğin farklı konulara ilişkin sağlanması demektir. Örneğin siber güvenlik sistemi, büyük ölçekli firma ve kuruluşlar için önemlidir. Siber saldırılardan korumak için yapay zekâ araçlarının geliştirilmesi, yasa dışı amaçlarına ulaşmak isteyen saldırıları ortadan kaldıracak sistemleri gerektirmiştir. Bu yönüyle yapay zekâ sistemlerinin

önemi ve siber güvenliği sağlamada potansiyel etkisi, hukuki açıdan onu öne çıkarmaktadır⁸. Diğer yandan iç güvenlik yönetiminde ülkeler, teknoloji odaklı yeni yöntemlere ihtiyaç duydukları için yapay zekâyı devlet politikaları düzeyinde inceler⁹. Bu faktörler de yine yapay zekânın kullanım amacını iyi yönde etkilemektedir. Ancak uluslararası çalışmadaki yetersizlik, yapay zekâ kullanımında güvenlik açıklıkları yaratan kötü sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Önleyici tedbirin hem ceza hem de idare hukukuyla geliştirilmesi, bunun için çalışmaların uluslararası yetkinlikte olması, sorunları azaltmaya yardımcı olacaktır. Bunun yanında, uluslararası düzeyde bu konudaki çalışmaların yetersizliği, idare hukukuyla birlikte azaltılabilir ya da önlenebilir. İdare hukukunun içtihadı, yapay zekâ gelişmelerinin yakalanmasında ve yaşanan sorunların hızla cevaplanmasında etkin bir girdi olabilecektir. Uluslararası çalışmalardaki yetersizliğin ve sorunların azaltılmasında bu durum önemli bir yere sahiptir.

Siber risk ve sorunlar, makine öğreniminin gelişmesiyle daha çok yaygınlaşan bir konu olmuştur. Burada özellikle de bilgilerin korunması/saklanması sorunu, bilgi çağının önemli bir problemidir. Maddi ve manevi zarar oluşturacak bilgilere erişimler, uygulama veri tabanlarında kullanılan yapay zekâ sistemleriyle yaşanabilmektedir. Bireye özgü olabileceği gibi, kurumlara özgü sorunlar, uluslararası çalışmaları incelemeyi, güvenlik için ulusal kararların alınmasını bir hedef haline getirebilir. Hukuki ve teknolojik önlemler ise, teknik çalışmalar artırılırken yapay zekâ algoritmalarında yaşanabilen sorunları azaltma üzerine etkili bir metottur¹⁰. Yapay zekâ sisteminin kullanım amacı, yaşanan problemleri de değiştirmektedir. İyi ya da kötü amaçlarla kullanıma bağlı olarak hukuki güvencenin geliştirilmesi önemlidir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda alınan "Bilgi Teknolojilerinin Kötüye Kullanılması ile Mücadele" kararı, 2001 yılından günümüze kadar bu amaç doğrultusunda siber suçlarla mücadeleler için verilen çalışmalarda artışlara zemin hazırlamıştır. Ülkelere destek verilmesi amacıyla 2005 yılında sözleşmelerin yapılacağı ve verim alınacağı düşünülmüştür¹¹. O günden günümüze kadar geçen süreçte yapay zekânın

⁸ Efe, *Yapay Zekâ İşletme Yönetimi İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme*, s. 144.

⁹ İrdem/Çobanoğlu, *Yapay Zekânın İç Güvenlik Yönetimi Üzerine Yansımaları: Siber Güvenlik*, s. 185.

¹⁰ Şenkaya/Adar, *Siber Savunmada Yapay Zekâ Sistemleri Üzerine İnceleme*, s. 1.

¹¹ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, *Dijitalleşen Dünyada Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri*, 2022, s. 18-19.

⁵ Yeliz Şenkaya/Uğur Güven Adar, "Siber Savunmada Yapay Zekâ Sistemleri Üzerine İnceleme", *Akademik Bilişim*, 2014, s. 2.

⁶ Aslıhan Ünal/İzzet Kılınç, "Yapay Zekâ İşletme Yönetimi İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme", *Yönetim Bilişim Sistemleri Dergisi*, 6(1), 2014, s. 62.

⁷ Harun Pirim, "Yapay Zekâ", *Journal of Yasar University*, 1(1), 2006, s. 85-88.

özellikle az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde, hukuki prosedürle önemli ölçüde korunabilecek bir sistem düzeyinde olabilme potansiyeli tartışmalıdır. Yapay zekânın kötü amaçlarla kullanımının yaygınlığı ve siber güvenlik için kullanımının az olması bu konulara yönelik sorunlardır. Ayrıca riskin belirlenmesi, sorun yaratabilecek unsurlar için hukuki düzenlemelerin yapılıp kanunlaştırılmasından geçmektedir.

II. SİBER GÜVENLİK

Bilgi-iletişim teknolojilerinin gelişmesi, siber suçların tarihsel süreci olarak kabul edilir. Bilgisayarın kullanılması ve internet ortamında verilerin hızlı akışı, siber risk altına girmemize neden olmuştur. İnternetin kendisinin riskli yer haline gelmesi, teknolojilerin ve uygulamaların birleşimi olan siber güvenliğin dikkate alınmasını gerektirmiştir. İnternet gibi güvenli olmayan ağ sistemiyle dağıtılması ise, siber güvenliğin büyük bir risk taşımasına ve ulusal güvenlik için değerlendirilmesine ortam hazırlamıştır¹². 1966 yılından sonra siber risk olgusunun büyümesi, bilgisayar ve internet kullanımının herkese açık kullanıma başlanmasıyla birlikte yaşanmıştır. Hukuki düzenleme, siber risk problemlerine bağlı ortaya çıkmıştır. Türkiye’de ilk kez 1991 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na, “bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem,” ifadesinin eklenmesiyle bilişim suçları gündeme gelmiştir. Bu suçlar 5237 sayılı TCK’da ise, “Bilişim Alanında İşlenen Suçlar” kapsamında 10. Bölüm başlığı olarak TCK’da dört madde halinde verilmiştir. 2000 senesinden sonra bilişim suçlarında artışların dünya genelinde yaygınlaşması, önemli maddi kayıplara ortam hazırlamıştır. Mellisa, love Bug gibi virüsler, bu kayba neden olanlar arasında öne çıkar. Uluslararası düzeyde mücadeleler, sadece devletlerin kendi hukuki sistemlerine tabi tuttukları uygulama olmamış, ayrıca siber suçlar küresel niteliğe dönüşmüştür¹³. Siber suçları yargılama esnasında ise asıl sorun, ulusal mevzuatlara ilişkin yetersizlik olarak görülebilir. Dünya genelinde ülkelerde hukuki düzenleme hemen her yerde mevcut olmadığı için küresel düzeyde siber suçlar, uluslararası hukukta sorun oluşturmuştur. Ayrıca sosyal medya kullanımında yaşanan artışlar, siber suçların daha çok artmasına da zemin hazırlamıştır. Kişi bilgisi ve paylaşımı, internette sosyal medya kullanımıyla birlikte artmış, siber dünyada endişe oluşturan sorunları beraberinde getirmiştir. Genel olarak siber dünyada

etik sorunu ve sosyal medya uygulamaları, siber riskin önemli bir konusu haline gelmiştir¹⁴. Dolayısıyla siber güvenlik, bilgisayar ortamında yaşanan gelişmelerle paralel ölçüde hukuki prosedürlerin geliştirilmesine ilişkin incelenebilir. Siber güvenlik açısından ilk kriterin yasayla oluşturulması gerektiği belirtilmekle birlikte ikinci asıl önemli kriterin bu süreci sağlayacak yapay zekâ sistemleriyle olabileceği vurgulanabilir. Hukuki düzenlemelerde bu konular, siber güvenliğin belkemiğini oluşturacak bir faktör olarak önemli yer tutmaktadır.

A. Siber Risk ve Güvenlik Algısı

Siber güvenlik, ağ teknolojilerinde yaşanan gelişmeyle birlikte tehditlere karşı savunma mekanizmasını amaçlamaktadır. Hukuki-kurumsal altyapı bağlamında siber güvenlik, siber alanın korunması gereken beşinci alan olarak belirlenmiş, devlet ve uluslararası örgütlere ciddi sorumluluklar yüklemiştir. Sosyal, psikolojik ve ekonomik etkenler, siber saldırıların oluşturduğu maddi-manevi hasarları önlemeyi amaçlamıştır. Siber güvenlik bağlamında hukuki çalışma ve kaynaklara artan önem Türkiye kapsamında değerlendirildiğinde, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği’nin 2018 yılı verileri önemlidir. Buna göre Türkiye, Avrupa ülkeleri arasında 18., dünya genelinde ise 175 ülke arasında 20. sıradadır. Siber güvenlik stratejilerine yönelik hukuki düzenlemeler, Elektronik Haberleşme Kanunu gibi parça parça düzenlemelerle işlenmiştir. Bu bağlamda ulusal düzeyde hukuksal düzenlemelerin henüz yakın tarihlerde geliştiği ve bu durumun uluslararası hukuk için de geçerli olduğu söylenebilir. Ancak temelde siber uzay, güvenlik ve dijital ortam, şirketlere yönelik incelenebilmektedir. Bu nedenle siber güvenlik kapsamında doğrudan bir kanuna ihtiyaç vardır. Bunun ise günümüzde insansız hava araçları gibi ulusal güvenlik için çalışma yapan TUSAŞ, ASELSAN, ROKETSAN, BAYKAR gibi şirketler için de önemli olduğu belirtilebilir¹⁵. Siber güvenlik için çalışmaların artması ve denetlenmesi konuları; yasal prosedürleri geliştirmekten geçmektedir. Ayrıca kanunlaştırma durumunun önemi vurgulanabilir. Siber güvenlik için kanunlaştırma, savunma sanayisi ile sınırlı kalmayan, enerji, haberleşme, tarım, sağlık gibi bütün sektörleri kapsayan bilgi-iletişim teknolojilerinin kullanıma zorunluluğunun olduğu her alan için önemlidir.

¹² Shivani Ghundare/Akshada Patil/Rashmi Lad, “Importance of Cyber Security”, *International Journal of Engineering Research & Technology*, 8(5), 2020, s. 1-2.

¹³ Abdullah Aldoori, *Uluslararası Hukukta Siber Suçla Mücadele*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 5-10.

¹⁴ Gönül Cengiz, “Siber Suçlar, Sosyal Medya ve Siber Etik”, *İletişim Çalışmaları Dergisi*, 7(3), 2021, s. 407.

¹⁵ Alpay Karasoy/Pelin Babaoğlu, “Türkiye’de Siber Güvenlik: Yasal ve Kurumsal Altyapı”, *Yasama Dergisi*, 44, 2021, s. 149-151.

Siber uzay, dijital alt yapı, internet, bilgisayar sistemi, yazılım, donanım ve hizmetleri kapsayan dijital alandan oluşmaktadır. Dijital ortamın güvenliği, siber güvenliğin sağlanması anlamına gelir. Bu, tek bir kullanıcının dijital ortamda güvenliği ile başlayıp şirket çalışmalarına kadar devam etmektedir¹⁶. Dolayısıyla büyük tehdit ve risklerin oluşmasına ortam hazırlayan faktörlerin tespiti hem şirketler hem kurumlar hem de işletmeler için güvenliği sağlamada etkili faktördür. Burada kamu ve özel sektörün bütün olarak görülmesi, önlemlerin alınması ve siber risk etkilerinin azaltılması gerekmektedir. Savunma hattı oluşturulurken tüzel kişilere düşen sorumluluklar, kullanıcıların ve kendi şirketlerinin bilgilerini korumada denetim sistemlerini artırmalarını gerektiğini gösterir¹⁷. İç denetim, siber güvenliği artırıcı uygulama için çalışmalar yaptığı takdirde sorunlar azaltılabilir¹⁸. Siber güvenlik, risklerin azaltılmasını sağlayan bir yetkinlikte olmalıdır. Denetim zorunluluğunun hukuki prosedürle desteklenmesi, bu konu için önemlidir. Diğer ifadeyle denetim zorunluluğu ve uygulamaları incelendiği takdirde, hukuki geçerlilik de sağlanabilecektir. Ayrıca devletin siber güvenlik algılarında yaşanan gecikmeler, siber risklerin artmasına neden olmaktadır. Bu konuda örnek ise devletlerin savaş sürecindeki siber alandaki çarpışmalarıyla bağlantılı verilebilir. Devletlerin birbirleriyle savaşları, stratejik açıdan siber alandaki savaşları meydana getirmiştir. Örneğin Rusya-Gürcistan Savaşı sırasında devletlerin saldırıları, aynı zamanda bir siber saldırı örneğiydi. Bir görüşe göre, Gürcistan'ın Asya'dan Avrupa'ya uzanan ulaşım hatlarının merkezi haline gelmesi, Rusya'yı kaygılandıran bir durum haline gelmiştir. Rusya bu amaçla siber saldırılar da dâhil mücadeleye adım atmış, bu mücadele için sürdürülebilir çalışma yapacağını belirtmiştir. Hibrit ortam içinde siber saldırı ve vekâlet güç uygulamalarını bulduran gelişmeler, saldırılan savaş hukuku yerine bireylerin merkeze alındığı savaş hukukunun öne çıktığını göstermiştir. Ukrayna Krizi sürecinde de hibrit ortamın yaratıldığı ve savaş sırasında potansiyel güçlerin farklı kullanıldığı söylenebilir¹⁹. Siber saldırılara ilişkin örnekte görüldüğü gibi, savaşlarda siber risk faktörü de önemli bir konu haline

¹⁶ Seval Selimoğlu/Mehtap Altunel, "Siber Güvenlik Risklerinden Korunmada Köprü ve Katalizör Olarak İç Denetim", *Denetim*, 19, 2019, s. 5-7.

¹⁷ Onur Yılmaz, "Küreselleşme Sürecinde Dönüşen Güvenlik Algısı ve Siber Güvenlik", *Cyberpolitik Journal*, 2(4), 2019, s. 28-31.

¹⁸ Selimoğlu/Altunel, *Siber Güvenlik Risklerinden Korunmada Köprü ve Katalizör Olarak İç Denetim*, s. 6-7.

¹⁹ Gökhan Alptekin, "2008 Rusya-Gürcistan Savaşı ve Savaş Sonrası Büyük ve Bölgesel Güçlerin Tepki ve Politikaları", *RUSAD*, 6, 2021, s. 119.

gelmiştir. Uluslararası önlemlerin savaş hukuku çerçevesinde de ele alınması elzemdir.

Siber güvenlik, çeşitli sektör gruplarını etkilemektedir. Örneğin sağlık sektöründe siber güvenlik, zengin veri kaynaklarıyla öne çıkmıştır. Siber suçlar için çekici hale gelen bu veriler, hastanelerde siber tehdide ortam hazırlamıştır. Örneğin bireylerin sağlık ve kişisel bilgileri, tehlike altında kalmıştır. Tehlikeye giren sağlık bilgilerinin yanı sıra siber suçluların hastanelere yaptıkları fidye saldırıları da önemli bir sorundur. Sağlık sektöründe siber saldırılara ilişkin bir diğer örnek ise, her cihazın uzaktan kontrol edilebilirliğine ve sağlık verilerine ulaşılabilirliğine bağlı yaşanmıştır. Cihazların güvenliğiyle ilgili endişe, verilerin korunmasının yetersizliğiyle birlikte kötü amaçlı kullanıcılar için çekici hale gelmiştir. Bu durum hasta güvenliğini önleyici bir sorun olarak görülebilir. Sağlık bakım hizmetlerinin artırılması için güvenliğin de artırılması önemli konulardan biridir. Böylece siber güvenliğin artırılmasında sektörel bazlı uygulamaların öne çıkarılması gerekmiştir²⁰. Güvenlik kavramı açısından siber risklerin azaltılmasına, toplum içinde düzenin aksamadan yürütülmesini sağlayacak, bireylerin korku duymadan kullanmasını denetleyecek uygulama yönüyle incelenebilir. Çünkü güvenlik, küresel bir öneme sahip olup devletleri tehdit eden saldırıların önüne geçmede etkilidir²¹. Ancak söz konusu uygulamalarda devletlerin teknolojik gelişmişlik düzeyleri de önemlidir. Devletlerin bu gelişmişlik düzeyleri ile siber güvenliğin sağlanması arasında önemli ilişki vardır. Örneğin siber uzay teknolojilerine sahip olamayan ülkelerin ciddi güvenlik zafiyetleriyle karşı karşıya oldukları söylenebilir²². Dolayısıyla siber güvenlik, ilkin toplumsal koruyucu uygulama ve çalışmaların yapılmasını önemli kılmaktadır. Siber risklerin devlet ve özelde sektörlerle bireyleri tehdit etmesi, yaptırımların hukuki ölçüde hedeflenmesini gerektirmiştir. Siber risklerden korunmak için konu bunlarla sınırlı kalmayıp teknolojik imkânların ve gelişmişliğin de önemli olduğu ifade edilebilir.

²⁰ Yıldız Tosun/Elif Gezginci/Sonay Göktaş, "Siber Güvenlik: Sağlık Hizmetleri Ne Kadar Güvende?", *JAREN*, 7(3), 2021, s. 157.

²¹ Semih Polat, *Milli Güvenlik Açısından Siber Güvenlik*, T.C. Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Amme İdaresi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 51.

²² Soner Çelik, "Siber Uzay ve Siber Güvenliğe Multidisipliner Bir Yaklaşım", *Academic Review of Humanities and Social Sciences*, 1(2), 2018, s. 111.

III. SİBER SUÇLA MÜCADELEDE YAPAY ZEKÂ: GÜVENLİK YÖNETİMİ

Günümüzde siber güvenlik, verilere saldırı gerçekleştirme operasyonlarından korumada en dikkat çekici metottur. Siber uzayla birlikte elektronik sistemler büyümektedir. Bu ise sanal bir dijital alandır ve günümüzün ‘nesnelerin interneti’ ortamında birbirine bağlanmış bilgisayar ve akıllı telefonlar için kurulan ara bağlantı görevini üstlenir. Böyle bir alanda siber suçlardan arındırılmış bir ortamın yaratılması sağlanmalıdır. Performans açısından siber güvenliğin çeşitli engellerle karşı karşıya olduğu bilinmektedir. Bu nedenle güvenlik konusu için farklı çalışmalar öne çıkarılır²³. Yapay zekâ sistemlerinin siber suçlarla mücadele için kullanılmasının temeli, güvenlik algısına dayanır. Ancak burada öncelikle yapay zekânın hukuken düzenlenmesinin bir güvenlik metodu olarak tercih edilmesinin etkili olacağı söylenebilir. Yapay zekânın hukuken ele alınmasında güvenlik meselesi, etik kurallara da rehber ilkeler vasıtasıyla mı yoksa ulusal veya uluslararası anlamda klasik hukuk kurallarıyla mı düzenlenebileceği yönündedir. Burada iki aşamalı bir düzenlemenin zorunlu olabileceği söylenebilir. Her iki durum da yapay zekânın hukuk kuralları çerçevesinde incelenmesini gerekli göstermiştir²⁴. Ayrıca hukuki sorumluluk açısından bir değerlendirme yapıldığında; yapay öğrenme ve açıklanamazlık, yapay zekâyâ yön veren karar ya da algoritmalarda maddi varlıkların bulunmaması, söz konusu sistemlerde veri güdümünün olması, siber saldırılara açıklık gibi faktörler hukuki sorumluluğun özel olarak değerlendirilmesini gerektirir. Bu, veri güdümlülüğünü sağlayanların da sorumlu tutulmasından kaynaklanmaktadır²⁵. Özelde ise bu konu, küresel boyutta olabilecek siber suçların meydana gelmesi ve güvenliğin uluslararası hukuk çerçevesinde ele alınmasını gerektirmektedir. Çünkü siber suç, sadece ulusal saldırılarla sınırlı kalmamış, uluslararası hukuku kapsayıcı sorunları beraberinde getirmiştir. Yapay zekânın hukuksal düzenlenmesinde durum, siber güvenlik için siber silahların da tercih edilebileceği ulusal güvenlik algısına kadar devam eden birçok faktörü içine almaktadır.

²³ Maad M Mijwil/Mohammed Aljanabi/ChatGPT, “Towards Artificial Intelligence-Based Cybersecurity: The Practices and ChatGPT Generated Ways to Combat Cybercrime”, *Iraqi Journal for Computer Science and Mathematics*, 4(1), 2023, s. 65.

²⁴ Oğuz Gökhan Yılmaz, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hakim Cübbesini Giyebilecek mi?”, *Adalet Dergisi*, 66, 2021, s. 387-388.

²⁵ Barış Özçelik, “Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, *Adalet Dergisi*, 66, 2021, s. 100.

Yapay zekânın kullanım alanlarından birinin siber suçlarla mücadele olması ise, birkaç örnek çalışma üzerinden incelenebilir. IBM Watson yapay zekâ sistemi, özellikle de siber saldırıları önlemek için geliştirilmiştir. Bu yapay zekâ sistemi, özel versiyon olarak bilgisayar sisteminde kötü niyet ve şüpheli işlemleri önlemede Yahoo’ya, Lloyds İngiliz sigorta şirketine ve internet servis sağlayıcısı olan TalkTalk’a siber riskleri azaltmada yardımcı olmuştur²⁶. Siber güvenlikte öngörücü analitiklerin etkili uygulamaları arasında IBM Watson gibi Splunk da siber saldırıları önlemede etkilidir. Siber saldırıların hızlı bir şekilde tanımlanması ve bunlara karşı koyulması, en yeni analiz çözümlerinin geliştirilmesinde bu sistemleri öne çıkarmaktadır. Potansiyel avantajın kazanılmasında bu saldırıların en başta önlenmesi, olası tehditleri ilerleyen dönemler için azaltmak anlamına gelmektedir²⁷. Siber güvenlikte yapay zekâyla öngörücü analitiklerin oluşturulması ve yatırımların yapılması önemlidir. Devlet ve şirket özelinde için bu çalışmaların geliştirilmesinin hukuki çerçevede zorunlu tutulması, daha sistemli uygulamaların yapılmasını ve maddi kaynakların ayrılmasını kolaylaştırabilir. İnterneti korumanın zor bir iş olduğu, siber güvenliğin sadece sistematik gelişmeleri öne çıkarmayla sağlanacağı söylenebilir. Çevrimiçi kullanımlarda bireyin beklentileri; ağda güvenlik ve mahremiyeti, gizliliği koruyan bilgi işlemlerini yapabilmeyi hedefler. Bu nedenle siber saldırıların önlenmesi, tespit edilmesi ve mücadele yönteminin geliştirilmesi, günümüzde birçok konuyla bağlantılıdır. İnsanlığın geleceği açısından bu konular, yalnızca yapay zekâ uygulamalarını geliştiren şirketlerle sınırlı kalmayacak ve belirli devletlerin tekeline bırakılmayacak kadar ciddi hususlardır.

A. Ulusal Güvenlik Algısı ve Yapay Zekâ

Yapay zekânın güvenlik alanındaki kullanımı, teknolojinin yaygınlaşması ve Çin, ABD gibi bazı ülkelerde sağlık, hukuk gibi birçok alanda kendine yer edinmesiyle birlikte önemli bir boyut yakalamıştır. Kullanım için önemli gerekliliğin kanunlaştırmaktan geçtiği bilinmektedir. Bu amaçla devletler, yapay zekâyâ ilişkin mevzuatlara odaklanmıştır; Çin, ABD ise mevzuatları geliştiren ülkelerin başında yer almaktadır. İlk olarak 2009 yılında ABD’de bu amaçla Ulusal Robotik Girişim çalışmaları başlamış, 2016 yılında ise

²⁶ Gökhan Erdoğan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, 66, 2021, s. 128.

²⁷ Awodiji Temitope/Tosin-Amos Aderonke/Femi Ayoola/John Owoyemi, “Stop Cyber Attacks Before They Happen: Harnessing The Power of Predictive Analytics in Cybersecurity”, *Journal of Multidisciplinary Engineering Science and Technology*, 10(4), 2023, s. 15863.

Amerika Robotik Yol Haritası ve insan-robot etkileşiminde arama kurtarma, sağlık hizmetleri, güvenlik alanları gibi birçok etik ve hukuki prensipler temel alınmıştır. Ulusal strateji planlarının 2018 yılında Yapay Zekâ Komitesi kurularak geliştirilmesiyle birlikte ise ülkelerde mevzuat düzenlemeleri kendine yer bulmuştur²⁸. Temelde en önemli kavramlardan biri, güvenlik için kanunlaştırma çalışmaları ve uygulamalarıdır. Burada yapay zekâların denetlenmesi amacıyla siber güvenliğin sağlanması odaklı bir değerlendirme yapılabilir. TCK m. 20, yapay zekânın eylem ve işlemlerinden sorumlu olarak tüzel kişileri göstermektedir. Daha doğrusu yapay zekâ sistemlerinin şirketlerde kullanımının zorunluluk haline gelmesi, güvenlik tedbiri açısından tüzel kişinin sorumlu tutulduğunu göstermektedir. Ancak varlığın ya da kuruluşun tüzel kişi olarak değerlendirilmesi, tamamıyla yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Örneğin Yeni Zelenda'daki Whanganui ile Hindistan'daki Ganj Nehri veya başka ülkelerde bazı idollere hukuki kişilik tanınmıştır. Burada kişilik, gerçek ya da tüzel kişi olmaya bağlanan hukuki bir ölçüdür. Dolayısıyla buradaki örnek, Ganj nehrinin tüzel kişiliğinde olduğu gibi, varlığın ya da kuruluşun tüzel kişi olarak tanınması, tamamıyla ilgili hukuk sisteminin gereklerine göre yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır²⁹. Dolayısıyla yapay zekâ kapsamında hukuki süreçlerin geliştirilmesi, tüzel kişi ya da gerçek kişi olmaya yönelik de bir ayırım içermektedir. Yapay zekâdan sorumlu kişilerin tüzel kişi olarak sorumlulukları artırıldığında, yapıcı çalışma ve sonuçlar alınabilecektir. Tüzel kişinin arkasındaki kişilerin sorumlulukları, yani şirketin tamamının sorumlu tutulması, yaptırımların artırılmasına yardımcı olacaktır. Burada asıl sorun yapay zekâyâ kişilik tanınıp tanınmamasına dayanır. Yaşanan sorunlardan yapay zekânın sorumlu olması, kişilik tanınmasına ilişkin bir durumdur. Örneğin buna ilişkin bir açıklamaya göre, 2016 yılında Sophia adlı bir robota kişilik tanıyan Suudi Arabistan, vatandaşlık hakkı tanımıştır. Dünyada vatandaşlığa sahip ilk robot olarak Sophia, Birleşmiş Milletler tarafından da unvan verilen ilk robottur. Çünkü ilk İnovasyon Şampiyonu olma özelliğine sahiptir. Bu olayla birlikte hukukçular arasında robotlar için hukuki kişilik tartışması başlamıştır³⁰. Bu kişiliğin özelde cezai sorumluluk açısından yapay zekâyı tasarlayan kişilere uygulaması önemli bir sorun olmuştur. Doğrudan

²⁸ Gizem Yılmaz, "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 28(1), 2020, s. 31-32.

²⁹ Yılmaz, *Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hakim Cübbesini Giyebilecek mi?*, s. 391.

³⁰ Yılmaz, *Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hakim Cübbesini Giyebilecek mi?*, s. 390-391.

uygulama ve yaptırımların yetersizliği, uluslararası hukuk çerçevesinde de önemli bir problem olarak görüldüğünü, yapay zekâyâ kişilik tanınmasının sorunları daha da çok artırdığını göstermektedir.

Ulusal güvenlik için siber risklerin belirlenmesi ve suçların önlenmesinde kullanılacak sistem olarak yapay zekâ, mücadelede önemli bir rol üstlenebilir. Sanal alanda güvenlik faktörü olarak siber risklerin azaltılması, siber suçların işlenme şekillerini bilmekle ilişkilendirilebilir. Truva atı, bukalemun, yerine geçme, mantık bombaları, artık toplama, gizli dinleme, süper darbe, salam tekniği, bilgi aldatmacası, ağ solucanları, bilgisayar virüsleri, istem dışı alınan elektronik iletiler, web sayfası hırsızlığı ve yönlendirmeler, phishing olarak gruplandırılan siber suçlar, yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasını amaçlayan uygulamaların her biri için güvenlik konusunu öne çıkarmaktadır³¹. Yapay zekâ sistemleriyle siber suçların önlenmesinin günümüze ilişkin mücadeledeki önemi, siber terörizmin ulusal güvenlik haline gelmesiyle de bağlantılıdır. Terörist gruplarının internetin sunduğu avantajlardan da yararlanması, günlük yaşamda hemen her konunun siber uzay içinde yer almasına neden olmuştur. Çevrimiçi platformlarda şiddetin görülmesi, devlete saldıran grupların varlığı gibi birçok unsur, siber güvenliğin daha geniş bir ölçekte ele alınmasını gerektirmiştir. Ulusal güvenlik mekanizmasına saldıran siber terörizmin etkisi, terör örgütü faaliyetlerinin internet ortamında görülmesinden dolayı risklidir. Dijital savaşların varlığıyla siber riskler, ulusal güvenlik platformu bağlamında değerlendirilir³². Siber terörizmin potansiyel tehdit yaratması, hükümete ve özel bilgisayar sistemlerine saldırı gerçekleştirmesi, askerî, finansal ve hizmet sektörlerine sorunlar yaratması gibi birçok faktörle bağlantılıdır. Siber mağduriyetin büyüklüğü, bilgisayar teknolojisine güvensizlik yaratmıştır³³. Dolayısıyla siber risk hem devlete hem de şirketlere güveni sarsabilir. Mağduriyetin büyüklüğü, yapay zekânın suçlarla mücadelede kullanılması gerektiğini göstermektedir.

³¹ Oğuz Turhan, *Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar (Siber Suçlar)*, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği Planlama Uzmanlığı Tezi, 2006, s. 47-58.

³² Altun Altun, "Siber Suçların Kriminolojik Analizi", *International Journal of Social, Humanities and Administrative Sciences*, 8(48), 2022, s. 95.

³³ Gabriel Weimann, "Cyberterrorism", *United States Institute of Peace*, Special Report, 2004, s. 1.

1. İç Güvenlik Yönetiminde Yapay Zekânın Uluslararası Hukukta Yeri

Güvenliği sağlama ve mücadele zorlukları, siber alan üzerinden incelendiğinde, küresel boyutta bir etkiye sahiptir. Uluslararası çalışmalar devletlerin hepsini kapsadığı takdirde, siber risklerin azaltılmasına daha yapıcı yaklaşılabilir. 2001 yılında ise Avrupa Konseyi bünyesinde Budapeşte’de kabul edilen Siber Suç Sözleşmesi, adli yardımlaşmalara ilişkin hükümleri içerir. Uluslararası yardımlaşma mantığı ise, iş birliğinin bu yönde sağlanmasında küresel bir ölçektir. Bu durum ulusal güvenlikte etkili bir adım olarak görülmeyle birlikte Türk hukuk sisteminde uygulanma durumu tartışmalıdır. Türk literatüründe ‘bilgi suçu’ yaygın düzeyde kullanılmış, ancak uzlaşının sağlanamadığı görülmüştür. Uluslararası alanda mutabakatın sağlanamadığı da söylenebilir³⁴. Siber suçlar uluslararası hukukta iş birliğine dayanan konu olsa da temelde ulusal güvenlik için mücadeleler, rekabet gücünün önemli bir parçasıdır. Bilgi ve iletişim sistemlerinin güvenliği, yaşanabilecek güvenlik zafiyetlerini ortadan kaldıracak ve verilerin kötüye kullanımı üzerinde önleyici faaliyetleri kapsayacak konu için önemlidir. Kamu düzenine ilişkin bozulma, ulusal güvenliğin ihlal edilmesine neden olacaktır. Büyük ölçekli ekonomik zararlar da yine iç güvenliğin sağlanmasında siber suçların önlenmesini ve mücadele edilmesini gerektirir³⁵. Siber güvenliğin uluslararası hukuktaki önemi ve yapılan çalışmalar incelendiğinde, ulusal güvenlik için etkisinin vazgeçilmez bir faktör olduğu görülmektedir. Bu nedenle siber suçları önlemede metot olarak yapay zekâ teknolojisi öne çıkar. Dijital alandaki suçların önlenmesi, bilgisayar ve makine öğrenimli araçlarla sağlanabilecektir.

a. Yapay Zekâ ve Siber Suçlar: Mücadelede Kullanıldığı Alanlar

Yapay zekâ, siber güvenlik için kullanımda henüz erken bir aşama olarak görülmektedir. Ancak büyük ölçekli firma ve kuruluşlar, güvenlik sistemlerini korumak amacıyla yapay zekâ sistemlerini geliştirmeye odaklanmışlardır. Siber saldırganların yetenek ve araçlarını devamlı geliştirmesi, yapay zekâ ve güvenlik algısının da artırılmasını gerektirmiştir. Buna bağlı çalışma

ve uygulamalar, yapay zekâ algoritmasının geliştirilmesini siber suçlarla mücadelede etkili bir araç olarak görmüştür³⁶. Siber suçlarla mücadelede yapay zekânın kritik bir rol üstlenmesi, siber istihbarattaki eksikliği sona erdirmek amaçlı bir uygulamadır. Bu konu için bir örnek, yapay zekânın siber risklere karşı korumada kullanım alanından iç güvenliği artırmaya ilişkin verilebilir. Yapay zekânın iç güvenlik yönetimine etkisi, siber suçlarla mücadele amaçlıdır. İç güvenliğin yönetiminde dengeleyici yaklaşım olarak yapay zekâ algoritmalarının geliştirilmesi hedeflenmiştir³⁷. Siber güvenlik ve denetim mekanizması, iç güvenliğin yapay zekâ sistemiyle birlikte denetlenmesi anlamına da gelmektedir. Yapay zekânın kullanım alanlarından denetim, siber risklerle mücadelede etkili araçlardan biridir. Siber istihbaratın sağlanması kapsamında yapay zekâ, çözüm odaklı bir faktör olabilmektedir.

Siber güvenlik odaklı denetim mekanizması, makine öğrenim algoritmalarında üç ayrı kategoride değerlendirilebilir. Bunlardan ilki olan denetimli öğrenme, siber suçlarla mücadele için insanların davranış kalıplarını öğrenme odaklı yapay zekâ motorunu eğitmektedir. Yapay zekâ motoru için denetimli öğrenme, örneğin güvenlik açıklıkları gibi bir işlemi, birden çok ikili uygulama kalıplarının anlaşılması için geliştirilebilir. Denetimsiz öğrenmede yapay zekâ motoru ise, sınıflandırılmayan-gruplandırılmayan öğrenme modelleri içerisinde oluşturulabilir. Böylece hem güvenlik uzmanı hem de kötü niyetli korsanlardan korunacak sistem yapısı oluşturulabilir. Güvenlik açıklıklarının giderilmesinde yapay zekâ motorunun bu özelliğinin kullanılması ve geliştirilmesi önemlidir. Diğer yapay zekâ öğrenme motoru ise, takviyeli öğrenmedir. Daha iyi veri kalitesini sağlamak için performans iyileştirme, çevreyle etkileşim sağlayarak elde edilmektedir³⁸. Diğer özelliklerde olduğu gibi bu son özellik de yapay zekânın birçok işlemi gerçekleştirebilecek güç ve potansiyele sahip olduğunu göstermektedir. Yapay zekâ sisteminin siber suçlarla mücadele için kullanımı, iç güvenliği sağlama, kamu ve özel sektörlerde veri güvenliğini artırma, hizmet sektörünü iyileştirme ve e-ticaret uygulamalarının güvenilirliğini sağlama gibi konulara ilişkin de incelenebilir. Ancak temelde sadece bu genel konularla sınırlı kalmayan, siber terörizme ortam hazırlayan dijital alan kullanıcılarını ortadan kaldırmayı amaçlayan birçok uygulama da yapay zekâ sistemlerinin mücadele

³⁴ Murat Önok, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 2013, s. 1230-1231.

³⁵ Merve Erdem/Gürkan Özocak, “Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68(1), 2019, s. 166-167.

³⁶ Efe, “Yapay Zekâ Odaklı Siber Risk ve Güvenlik Yönetimi”, s. 144.

³⁷ İrdem/Çobanoğlu, *Yapay Zekânın İç Güvenlik Yönetimi Üzerine Yansımaları: Siber Güvenlik*, s. 175.

³⁸ Efe, *Yapay Zekâ Odaklı Siber Risk ve Güvenlik Yönetimi*, s. 151-152.

için tercih edilebileceğini göstermektedir. İrdem ve Çobanoğlu hem devletin hem de özel sektörün bilgi güvenliğini korumada virüs programlarını örnek göstermişlerdir. Özellikle “hackleme” saldırılarında virüs programlarının etki potansiyeli, yapay zekâ yüklü sistemler aracılığıyla verilerin korunmasını sağlamaktadır. Bu yönde yapay zekâ teknolojileri olarak EDR, NDR, UEBA, TIP gibi uygulamaların kullanılması, bilgi güvenliği açısından etkili olabilir³⁹. Başka örnek ise ulusal güvenliği sağlamak için kullanılan sistemlerden biri olan ABD’deki “ses kayıt algoritmaları” için verilebilir. Sahil güvenlik birimlerinin kullandığı algoritmalar ise yapay zekânın siber suçlarla mücadelesinde önemli bir yer tutar. Ayrıca iç güvenlik, ulaştırma gibi alanlarda yasa dışı ve tehlikeli malların kontrolü, yapay zekâ algoritmasıyla yapılabilmektedir. Bu tür çalışmaların ABD’de artış gösterdiği bilinmektedir. Sınır güvenliğinin sağlanmasında da yine ABD, yapay zekâ sistemlerini siber güvenlik için sadece dijital alanla sınırlandırmayıp sistem üzerinden kontrolü sağlamaya çalışmaktadır. Ayrıca yapay zekâ otonom araçlarının da hava, kara, deniz kuvvetlerinde kullanımı, siber güvenliğin bir parçasıdır⁴⁰. Dolayısıyla yapay zekânın kullanım alanı oldukça çeşitli olup siber güvenlik için bir mücadele yöntemi şeklinde görülebilir.

b. Siber Suçlarla Mücadelede Geliştirilebilecek Yapay Zekâ Uygulamaları

Siber altyapı sistemleri, müdahale ve tehditlere karşı savunmasıdır. Fiziksel cihazların ve insan müdahalesinin yetersiz kaldığı sistemlerdir. Bu nedenle siber savunma sistemlerinin kullanımı esnek, uyarlanabilir ve sağlam olması gereken, akıllı gerçek zamanlı kararlar alabilen sofistike sistemleri gerektirmektedir. Yapay zekâ, siber güvenlik ve savunma sistemlerinin bu hedefler doğrultusunda kullanılabilirliği sistemlerdir⁴¹. Yapay zekâ sistemleri, teknoloji alanını daha kolay kullanma imkânı sunmaktadır. Hızlı ve kolay işlem imkânlarının yanı sıra güvenilir olması da beklenmektedir. Siber savunma mekanizmasında bu sistemlerin analiz etme süreçleri hızlı ve etkilidir. Böylece en kısa sürede tehdit oluşturan faktörleri belirleme ve

yüksek düzeyde bir koruma sağlayabilme gücüne sahiptir. Ancak böyle bir ortamda özellikle de siber uzayın bir sınırlılığı belirlenemediği için hukuki işlemlerin yapılması zorlaşmaktadır. Çünkü yargı yetkisini tespit etmek zordur⁴². Bu nedenle siber suçlarla mücadele için geliştirilebilecek yapay zekâ uygulamaları sınırlıdır. Hukuki düzenlemeler geliştirilmeden yapay zekâ sisteminin siber suçlarla mücadelede yetersiz kalacağı ifade edilebilir. Söz konusu hukuki düzenlemeler, bilişim suçlarının incelendiği maddelerden biri olan TCK m. 245 kapsamında incelenebilir⁴³. Yasak cihaz ya da programların kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlayan TCK m. 245/A hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Bilişim teknolojileri ve beraberindeki uygulamalar, kötüye kullanım çerçevesinde denetlenmesi gereken, ancak bu konuda yapay zekâ çalışmasının yetersiz kaldığı uygulamalardır. Yapay zekâ sistemlerinin en büyük tehlikelerinin güvenlik ve etik sorunu olması, bilişim sistemlerinin güvenliğinin test edilmesini önemli kılmaktadır. Bu kapsamda yapay zekâ testlerini her yönüyle değerlendirme amacıyla tercih edilebilecek sistemin geliştirilmesi, mevzuatlarla desteklenmesi, TCK m. 245/A hükmünün de bu mevzuata dâhil edilmesi önemli görülebilir. Dolayısıyla TCK m. 245/A’nın yapay zekâ uygulamalarında güvenilirliği sağlamada ve kontrol mekanizmasını oluşturmada etkili bir mevzuat olabileceği yorumlanabilir.

Yapay zekâ uygulamalarının siber güvenlikte uygulama alanı fazladır. Derin öğrenme, gözetimli ya da gözetimsiz öğrenme gibi çeşitlerden bahsedilebilmekle birlikte öncelikli olarak hangi alanda kullanılacaksa ona göre geliştirilmesi hedeflenmektedir. Temel amaçlardan biri güvenlik olmakla birlikte ulusal ve ulus ötesi yetkinliğin sağlanması önemlidir. Özellikle sınır

³⁹ İrdem/Çobanoğlu, *Yapay Zekânın İç Güvenlik Yönetimi Üzerine Yansımaları: Siber Güvenlik*, s. 186.

⁴⁰ Daniel Hoadly/Nathan Lucas, “Artificial Intelligence and National Security”, *Congressional Research Service*, Report, 2018, s. 10-13.

⁴¹ Selma Dilek/Hüseyin Çakır/Mustafa Aydın, “Applications of Artificial Intelligence techniques to Combating Cyber Crimes: A Review”, *International Journal of Artificial Intelligence & Applications*, 6(1), 2015, s. 21.

⁴² Akanksha Chauhan, “Role of AI in Cyber Crime and Hampering National Security”, *SSRN*, 9, 2022, s. 1.

⁴³ Nurşen Selen Agin, *Türk Ceza Hukuku’nda Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu (TCK m.158/1-f)*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 41.

anlayışının geniş olması, güvenliği sağlamayı zorlaştırmıştır. Yeni politika ve stratejiler, siber güvenlik alanını artırmada etkili metotlardan biridir. Örneğin siber istihbarat, terör, insan kaçakçılığı, uyuşturucu ticareti, yasa dışı göç gibi sorunlar, yapay zekâ sistemleriyle denetlenip önlenabilir. Yapay zekâ yeteneklerinin geliştirilmesi ve yönetişiminin sağlanması, çok disiplinli ve paydaşlı bir alandır. Bunun için politika önerileri, teknik ve hukuki hususların geliştirilmesi gibi konular, eşgüdümlü çalışma yapmayı gerektirmektedir⁴⁴. Bu kapsamda bir değerlendirme, uluslararası hukukta Siber Suç Sözleşmesi'nin yasak cihaz ve programların üretilmesi ya da elde bulundurulmasının sözleşmeye taraf devletlerden istenmesi yönüyle yapılabilir. Bu durum, yapay zekâ uygulamaları için de aynı şekilde taraf devletlerden bunun istenmesini zorunlu kılmaktadır. Bir görüşe göre ise, Siber Suç Sözleşmesi taraftarları, bilişim alanında işlenen suçlarla mücadele etmek için ulusal mevzuatlarını geliştirmeyi ve bazı suçlarla kanunlaştırmayı taahhüt etmektedir. Türkiye'nin 2010 yılında imzalamış olduğu bu sözleşme, 2014 yılında Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi adıyla yürürlüğe girmiştir. Bu amaçla birtakım değişikliklerin iç hukukta görüldüğü, bunun ise TCK m. 245/A olduğu dikkat çekmiştir. Bu madde, bilişim alanında suçlar bölümüne eklense de⁴⁵, söz konusu maddenin yapay zekâ uygulamaları için doğrudan kullanım odaklı olması önerilebilir. Maddenin bağımsız şekilde düzenlenmesi önemli bir gelişme olmakla birlikte siber suç ve yapay zekâ kapsamlı çalışmaların artırılması, uluslararası hukukta Siber Suç Sözleşmesi doğrultusunda bunun önemli olacağını göstermektedir. Siber saldırı ve mağduriyet çerçevesinde bu konu önemli bir yere sahiptir. Bir diğer görüşe göre, siber saldırıların önemli sonucu, siber mağduriyetleri yaşatmasıdır. Sektörel ve devlet özelinde bunun sonuçları olmakla birlikte online siber zorbalıklara maruz kalan bireylerin, siber travma yaşayabileceği, yeni mağduriyetlere maruz kalabileceği bilinmektedir. Yapay zekâ sistemleri, dinamik ve esnek yapıda olduğu için mağduriyetlerin önlenilebileceği uygulama ve çalışmaların da hedeflenmesi önemlidir⁴⁶. Siber zorbalıklarla mücadelede bu tür konular, yapay zekânın hem adalet hem de güvenlik kriterleriyle geliştirmeyi önemli gösterir. Yapay zekânın etik ilkelere

⁴⁴ Mustafa Kürşat Şahiner/Emrah Ayhan/Murat Önder, "Yeni Sınır Güvenliği Anlayışında Yapay Zekâ Yönetişimi: Fırsatlar ve Tehditler", *Uluslararası Çalışmalar Dergisi*, 5(2), 2021, s. 83.

⁴⁵ İslam Safa Kaya/Adem Çakır, "Yasak Cihaz veya Programlar Suçu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 38, 2020, s. 32.

⁴⁶ Görkem Derin/Erdinç Öztürk, *Yapay Zekâ Psikolojisi ve Sanal Gerçeklik Uygulamaları*, 1. Bası, Türkiye Klinikleri, 2020, s. 42-44.

bağlılığı ve siber suçlarla mücadele edecek düzeyde geliştirilmesi, hukuki prosedürle bunun bir zorunluluk olmasıyla sağlanabilir.

B. Siber Risklerle Mücadelede Bilişim Uygulamalarının Denetlenmesi

Bilişim uygulamalarının denetimi, siber riskleri önlenmede ve savunma mekanizmasını geliştirmede önemli bir faktördür. Siber risklerin önlenmesi amacıyla politikaların geliştirilmesi ve bu politikalar aracılığıyla teknolojik gelişmelerin hız kazanması söz konusudur. Dolayısıyla güvenlik için politikalar, öncelikli konular arasında yer almaktadır. Siber güvenlik için yenilikçi çalışmaların yapılması ve gerekli güvenlik politikalarının oluşturulması, siber alanda doğru bir stratejinin geliştirilmesiyle sağlanabilir. Bunun yanı sıra denetimde etkililik ve yaygınlık için uzaktan denetimin de aynı şekilde oluşturulması önemlidir⁴⁷. Yönetim ve denetim, bilişim uygulamaları için siber güvenlik odaklı oluşturulabilir. Siber tehditleri ortadan kaldırmanın ya da siber riskleri bilgi teknoloji sistemleri üzerinden hemen tespit etmenin gerekliliği, verileri korumayla bağlantılıdır. Çünkü başarısızlık durumunda finansal kayıpların oluşması ve güven kaybının yaşanması, mağduriyet yaratabilmektedir. Atakan çalışmasında ifade edilen uzaktan denetimin yanı sıra⁴⁸, Güngör çalışmasında belirtilen iç denetim⁴⁹ de önemlidir. Siber güvenliğinin bilgi ve iletişim teknolojileri açısından gerekliliği, uluslararası mekanizmanın bu konuda eksik kalması sonucuyla bağlantılı olup ülkelerin kendi hukuk ve kültür anlayışına bağlı birtakım çalışmalarla hukuksal düzenlemeye gidildiğini göstermiştir⁵⁰. Bu durum, siber riskleri önlemede kısmi ölçüde bir koruma sağlamaktadır. Kablosuz iletişim teknolojilerinin tehlikesi ve siber saldırı, devlet kurumları açısından askerî ya da siyasi saldırı yaratabilecek durumlarla incelendiğinde, çeşitli çözüm önerileri geliştirilir⁵¹. Bunlardan biri, bilişim uygulamalarının denetimidir. Uygulamaların denetimi

⁴⁷ Mehmet Atakan, "Siber Güvenlik Risklerinin ve Covid-19 Salgınının Uzaktan Denetim Üzerindeki Etkileri", *Denetim*, 22, 2021, s. 27-28.

⁴⁸ Atakan, *Siber Güvenlik Risklerinin ve Covid-19 Salgınının Uzaktan Denetim Üzerindeki Etkileri*, s. 28-29.

⁴⁹ Nevzat Güngör, *İç Denetimde Bilgi Teknolojileri ve Siber Güvenlik: Borsa İstanbul Şirketlerinde Bir İnceleme*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2021, s. 261-265.

⁵⁰ Nezir Yeşilmen, *Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Siber Politika & Siber Güvenlik*, Orion Kitabevi, 2018, s. 85-86.

⁵¹ Yuchong Li/Qinghui Liu, "A Comprehensive Review Study of Cyber-Attack and Cyber Security: Emerging Trends and Recent Developments", *Energy Reports*, 7, 2021, s. 8176.

ve siber riskle mücadele ilişkisi, şirketlere bu konuda yaptırımların hukuki ölçüde sunulmasını gerektirir. Bir başka ifadeyle denetimin iyileştirilmesi ve bir performansın kazanılması, siber güvenlik bağlamında yapılacak çalışmaların artırılması, eğitimlerin verilmesi ve bunun zorunlu tutulmasıyla sağlanabilir. Hukuki düzenleme açısından yetersizlik, şirketlere büyük sorumlulukların düştüğünü göstermektedir. Ayrıca Efe çalışmasında da vurgulandığı gibi, risk-tehdit analizlerinin yapılması ve değerlendirilmesi önemlidir. Bunun yanı sıra ise hesap verilebilirlik modelinin tanımlanması, kontrol mekanizma çevresinin oluşturulması, siber yetenek stratejisinin yeniden geliştirilmesi gibi çalışmalar, bilişim uygulamalarını denetleyerek siber riski azaltmada elverişli olacaktır⁵². Siber risklerin azaltılmasında genel sorumlulukların şirketler özelinde açıklandığı, bunun hukuki prosedürle zorunlu çalışmalara tabi tutulmadığı durumda kişisel verilerin yeterince korunup saklanmadığı sonucu karşımıza çıkacaktır.

1. Siber Güvenliğin Hukuksal Dayanımı ve Hukuki Prosedür Zorunluluğu

Devletlerin kendi mevzuatlarını oluşturmalarının ve yaptırım mekanizmasını ortaya koymalarının avantajları, siber uzayda egemenlik konusuyla öne çıkmaktadır. Uluslararası ve iç hukuk mekanizmalarında siber güvenlik, saldırıların uluslararası toplumu yakından ilgilendiren konu olması dolayısıyla küresel çapta gerekli önlemlerin alınmasını gerektirmiştir. Hukuki düzenlemelerde ise ABD, Avustralya, Çin, Küba gibi ülkeler, mevcut kuvvet kullanma yasağını uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde uygulamışlardır. Yine kuruluş ve örgütler uluslararası hukuk bağlamında yetkin prosedürleri oluşturmada etkilidir. Siber güvenlikle ilgilenen örgütler arasında Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO), Afrika Birliği, Şangay İş Birliği Örgütü, Avrupa Konseyi bulunmaktadır⁵³. Öne çıkan devletlerin kuruluş ya da örgütlerle birlikte sahada yer aldığı görülmektedir. Örneğin bir görüşe göre, büyük veri ve yapay zekâ teknolojilerinin her alanda karar vermede etkili olduğu, bunlardan birinin ise askerî karar verme süreçlerinde öne çıktığı söylenebilir. Sahadaki uygulamalara entegre olması, Askerî Karar Verme Süreçleri (AKVES) uygulamasıyla uzun vakit alan konuların hızlı bir şekilde

çözümlenebileceği bir saha çalışması başlamıştır⁵⁴. Siber risk ve savunma konusu, siber savaşların askerî alanda önemli yere sahip olduğunu göstermiş, bu konuda NATO çalışmaları dikkat çekmiştir. Siber risklere karşı çözüm bulmak ve siber savaşlarda kuvvet kullanımının nasıl olabileceğine yönelik metod geliştirmek birçok açıdan gayret göstermenin bir sonucu olmuştur. Bunlardan biri, NATO'nun 2013 yılında hazırladığı Tallinn El Kitabı'dır. Bu el kitabı kapsamında, siber güvenliğin hukuksal boyutu tartışılmıştır. Bu tartışma, Ortak Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi'nin 2009'da oluşturduğu uluslararası uzmanlardan oluşan grupla birlikte yapılmıştır. El kitabında siber savunma, kuvvet kullanma, meşru müdafaa hakkı ve kolektif güvenlik sistemi işlenmiştir. Bu kılavuza göre, siber eylemlere bağlı kuvvet kullanma konusu siber saldırının büyüklüğü ve etkinliği içerisinde ele alınmıştır. Siber saldırı klasik bir faaliyetle karşılaştırılabilecek oranda ise kuvvet kullanma olarak yorumlanmıştır. Bu durumda devlet bütünlüğü, egemenliği ya/ya da hürriyetine siber saldırı gerçekleştiği kabul edilmiş, hukuku aykırı olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla siber saldırının büyüklüğünü baz alan bir kılavuz, NATO tarafından siber suçlar çerçevesinde dikkate alınmıştır⁵⁵. Dolayısıyla örgüt ve kurumlar, yapay zekâ teknolojisini sahada stratejik düzeyde kullanmayı hedefleyen uygulamalara odaklanmakta, kılavuz yayınlamakta ve hukuksal olarak bunu gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Özellikle gelişmiş ülkelerde yapılan bu çalışmaların gelişmekte olan ülkelerde yetersiz kaldığı söylenebilir.

Türkiye'de kuruluş ve örgüt sayısının artırılması, hukuki düzenleme ve hukuki prosedürle birlikte daha etkili çalışmaları yapmak için önemlidir. Avrupa Birliği'nin siber güvenliği hukuk çerçevesinde incelendiğinde, Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu, teknoloji ürünlerinin kullanılmasında devletlere ufuk açıcı uygulamalardan oluşmaktadır. 58 maddeden ve 4 ana başlıktan oluşan kanun kapsamı, özellikle de siber saldırı, güvenlik açıklığına bağlı sorunları ele almaktadır. Bu kapsamda etik düşünce yapısına uygun ve siber riskleri azaltan uygulamaların tercih edilmesi ya da denetimden geçmesi konusu geliştirilmeye çalışılmaktadır. Yasanın omurgası, kanunun

⁵⁴ Ertuğrul Serkan Yalınpala/Özgür Körpe, *Sanal Görüş Sistemlerinin Askerî Karar Verme Süreçlerinde ve Kurmay Subay Eğitimlerinde Kullanımı, Harpte Yeni Kavramlar Operatif Sanat, Teknoloji ve Harp Hukukundaki Yansımalar*, Ed. Özgür Körpe, Milli Savunma Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 61.

⁵⁵ Hasan Temel, *Kuvvet Kullanma Hukuku Kapsamında Siber Saldırı Kavramı, Harpte Yeni Kavramlar Operatif Sanat, Teknoloji ve Harp Hukukundaki Yansımalar*, Ed. Özgür Körpe, Milli Savunma Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 133.

⁵² Efe, *Yapay Zekâ Odaklı Siber Risk ve Güvenlik Yönetimi*, s. 161.

⁵³ Erdem/Özocak, *Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü*, s. 127-133.

2. başlığında incelenen Avrupa Siber Güvenlik Ajansı'na birçok yetki ve sorumluluk yüklemiştir. Bu sorumluluklardan bazıları şunlardır⁵⁶:

- Siber güvenlik için uzmanlık merkezi görevini üstlenen ajans, bilimsel ve teknik kalite kapsamında çalışmalar yapmaktadır.
- Ajans, üye devletlerin siber güvenlik dâhilinde geliştirdikleri politikaları ve uygulamayı hazırlamaya yardımcı olmalıdır. Ajansın kapsamlı yetkiye sahip olduğu ve onu otoriter sahibi yaptığı bir açıklamadır.
- Üye devletler, sınır dışında bir olay yaşadıkları takdirde, siber tehditlerden korunmaları için gereken eylemler sunulacaktır. Siber güvenlik kapasitesini artırabilecekleri birçok durum için eylemlerin tanımlanması sağlanabilecektir.

Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu'nun kendini güncel tutması için sertifika süreleri daha kısa süreyle şirketlere sunulmuştur. Kanununun 47. 49. ve 51. maddelerinde işlenen konular, bu amaçla kanunu önemli kılmaktadır. Madde 47, sertifikanın şemasını ve özelliklerini ele almıştır. Bu yalnızca Avrupa Birliği için geçerli değildir, bunun yanında ulusal sertifikasyonun nasıl yapılacağına da değinilir. 51. maddede, bu amaçla bilgi iletişim ve teknoloji ürünleri için beş yıl şartı aranmıştır. Sertifika süreciyle, ürün ve hizmetlerin yeni teknolojilerle güvenliğinin artırılabilmesi amaçlanmıştır. İleri teknolojinin yanı sıra ileri güvenlik olarak bu uygulamalar hukuki prosedür zorunluluğuyla incelendiğinde, hukuki ve teknik adımların birbirini kapsadığı ifade edilebilir. Bununla birlikte dijital uygulama ve ürünlerin tamamında "siber güvenlidir" onayının alınması sağlandığı takdirde, güvenilirliğin sadece bir tercih sebebi olmayıp zorunlu tutulabileceği hukuksal bir dayanım haline dönüşeceği söylenebilir⁵⁷. Hukuki prosedür, kendini sürekli geliştirmeli ve yenilemelidir. Bunun önemi, özellikle bilişim teknolojilerini kullanan insanların güvenliğini sağlayabilmektir. Hukuki süreçler devamlı geliştirilmediği takdirde uygulamaların güvenli olup olmadığı sorgulanmaktadır. Süreçlerin daha hızlı olması, bilişim ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelerin yakalanması için çalışmaların artırılması, kanunun yanı sıra yönetmelik ihtiyacının da olduğunu göstermektedir. Yönetmeliklerle uyumu daha hızlı şekilde sağlama ve yakalamada etkili olabileceği, siber saldırıların

önlenmesinde ve yapay zekâ teknolojilerinin kullanılarak denetlenmesinde önemli bir sonuç yaratabilecektir.

Şirketlerin kendilerine yönelik politika ve sistem geliştirdiği söylenebilir. Bu konuda bir örnek, İş Bankası için verilebilir. Dijital dönüşümle hizmet ve süreçleri geliştirmek amacıyla İş Bankası, tehditlerle mücadelede yapıcı çalışmalar geliştirmiştir. Bunu ise herhangi bir hukuki mevzuata ihtiyaç duymadan yapmıştır⁵⁸. Yapay zekâ algoritmalarıyla bunun sağlanması ve siber güvenlik çalışmalarının artırılması, hukuki düzenleme olmadan büyük şirketlerin bu tür uygulamaları yapabileceğini göstermiştir. Bu ise kalitesiyle öne çıkan şirketlerin güvenlik için geliştirdikleri bir stratejidir. Ancak şirketlerin sadece küçük bir kısmının hukuki zorunluluk olmadan yapay zekâ algoritmalarını ve siber güvenliği artırdığı söylenebilir. Dolayısıyla siber güvenlik için yapay zekânın hukuksal dayanım zorunlu olmalıdır. Ancak yapay zekânın hukuk dünyasında nasıl olması gerektiği de tartışmalı konulardan biridir. Dülger, yapay zekâ teknolojisinin yaratabileceği mahremiyet ve gizlilik açıklıklarının dikkate alınıp hukuksal düzenlemenin yapılması gerektiğini belirtmiştir⁵⁹. Özellikle yapay zekâ performansının gün geçtikçe artması ve ülke içerisinde kullanımına izin verilen uygulamaların etik olmasına önemli bir kriterdir. Hukuki düzenleme ve mevzuat, uygulamaların güvenlik aşamalarından geçmesine ve etik olup olmadığının kullanım için değerlendirilmesine yardımcı olacaktır. Teknolojinin insan yararına kullanımını hedefleyen çalışmaların öncelikle hukuksal zeminde desteklenmesi, bu süreci kolaylaştırabilecektir. Ayrıca küresel geleceği etkileyebilecek sorunlar için şimdiden önlemlerin alınması, tehditleri azaltmada etkili olabilecektir. Etik/güvenlik sorunu, devletlerin bu çalışmalarının uluslararası hukukta yer almasının önemli ve tüm dünyaya mesaj veren konulardan biri olacağını unutmamalıdır. Bu amaçla bilişim suçları açısından TCK m. 245/A maddesi, yapay zekâ uygulamalarını denetlemede etkili olabilecektir. Bu maddenin yapay zekâ ve siber suçlar için kullanımının yetkinliği artırılmalıdır. Kanun kapsamında bir diğer düzenleme mantığı, Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu'na göre geliştirilebilir. 2014 yılından günümüze kadar yapılan çalışmaların az olduğu, kanunların bu yönde daha etkin ve yapıcı uygulamalarla desteklenmesinin önemli olduğu kabul edilebilir. Diğer yandan kanundaki düzenlemelerin

⁵⁶ Sena Nezgıtlı/Recep Benzer, "Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu", *Bilişim Sistemleri ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 2(1), 2020, s. 14-16.

⁵⁷ Nezgıtlı/ Benzer, "Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu", s. 15-16.

⁵⁸ Özen Akçakanat/Ozan Özdemir/Mehmet Mazak, "İşletmelerde Siber Güvenlik Riskleri ve Bilgi Teknolojileri Denetimi: Bankaların Siber Güvenlik Uygulamalarının İncelenmesi", *Mehmet Akif Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Dergisi*, 5(2), 2021, s. 264-265.

⁵⁹ Murat Volkan Dülger, "Yapay Zekâ Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli", *SSRN*, 2021, s. 1.

belirli bölümler halinde geliştirilmesi, örgüt ve kurumların oluşturulması, sivil toplum çalışmalarının toplumu siber suçlardan koruyacak faaliyetlere odaklanması ve insan haklarının hukuksal zeminde aranması/artırılması gerekebilir. Kanun düzenlemesi, en küçük faktörden en büyük soruna göre gruplandırılmalıdır. Örneğin NATO'nun hazırladığı kılavuz, askerî alanda ve savaşta, siber saldırılara karşı savunmada, kuvvet kullanmada ne tür bir metot benimseneceğini ele almaktadır. Bunun gibi örneklerin artırılması ve savunma sanayi özellikli uygulamaların hukuksal zeminle korunması önemlidir. Ayrıca Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu'nun bilişim suçları için kurduğu Avrupa Siber Güvenlik Ajansı gibi özel ajansların kurulması, sürecin daha hızlı şekilde takip edilmesi ve denetlenmesinde önemli yere sahiptir. Uluslararası hukukta, örgüt ve kurum çalışmalarına bakılarak yapılan düzenlemeler, yapay zekânın öncelikle sektör bazında ele alınarak sürecin takibe alındığı ve bir sonuç beklendiği uygulamalardan oluşabilir. Bununla birlikte doğrudan insan güvenliğini hedefleyen çalışma oranlarının artırılması ve hukuksal olarak korumanın geliştirilmesi, buna ilişkin bir diğer önemdir.

b. Yapay Zekâ Sistemine Yaklaşım ve Hukuki Güvenlik (ChatGPT Örneği)

Ülkelerde yapay zekâyla ilgili kanunlar, öncelikle sistemin özerk bir tüzel kişilik, ayrı bir hukuk ve kontrolüne yönelik ele alınmasını gerektirir. Buna göre hukuki düzenlemenin ayrı yapılması, hukuki yönüyle güvenilir sistemlerin kullanılması için önemlidir⁶⁰. Yapay zekâyla ilişkin hukuki düzenlemeler, siber güvenlik alanında kullanım için de gereklidir. Hukuki düzenlemelerin yapılması için bir örnek ise, sosyal medya uygulamaları için verilebilir. Sosyal medyanın kontrol altına alınması, öne çıkan gelişmiş ülke çalışmalarına bakılması etkili bir faktör olabilir. Burada gizlilik sözleşmesiyle başlayan ve müşteri üzerinde olumsuz etki yaratan sonuçların önlenmesi, hukuki düzenlemelerle hedeflenebilir⁶¹. Hukuk kapsamında düzenleme içeriği, dijital suçlara ve suçlarda etik konusuna bakılarak incelenmelidir. Siber uzay endişesi, çevrim içi suçların incelenmesinde etik, güvenlik, saldırı, kimliklerin taklit edilmesi, gönderilerin izinsiz kullanılması gibi birçok konuya yönelik

incelenebilir. Bu konular, dijital denetim, gözetleme, koruma gibi faktörlere ilişkin hukuksal düzenlemelerin yapılmasını önemli kılmaktadır. Siber etik kurallarının yetersiz olduğu kabul edilmekle birlikte, siber suçlara ilişkin yeni hukuki düzenlemelerin yapılması da önemli bir yere sahiptir. Etik dışı sorunların hukuksal düzeyde yaptırımlarının yanı sıra, ticari konulara, telif haklarına, kişilik haklarına saldırıya göre de yorumlanması gerekmektedir⁶². Bu çerçevede sosyal medya ve dolayısıyla uygulamaların kontrolü, siber güvenliği artırılmış ortamlar olarak hukuki güvenliğin de önemli olduğunu göstermektedir.

Yapay zekâ uygulamaları hem bireylerin kişisel kullanımları için hem de işletmelerin iş potansiyelini artırmaları için kullanılan sistemlerdir. Örneğin Türk şirketlerinde yapay zekânın önemi, envanterin optimize edilmesi amacıyla kullanılan sistemleri incelemek için geliştirilen bir çalışmayla açıklanabilir. Ekonomik verimin alınmasında yapay zekâ sisteminin stok riskini ve güvenliğini yönetmede etkili bir faktör olduğu, bu sistemleri kullananların yüksek düzeyde verim aldıkları belirlenmiştir⁶³. Bu örnekler çoğaltılabilmekle birlikte işgücü potansiyeli için yapay zekânın önemi, işletmelerin ne tür sistemleri tercih ettiklerini düşündürmektedir. Temel amaçlardan birinin güvenlik olması, siber güvenlik olmadan yapay zekâ sistemlerinin kullanım potansiyelinin etkili olamayacağını belirtmektedir. Özellikle de insansı robot davranışları, siber güvenlik ve etik konularını gündeme getirmektedir. Eğer hukuki düzenlemeler yetersiz ise bu tür sistemlere duyulan güven de azalmaktadır. Özellikle bazı ülkelerde, bireysel kullanımlarda bu tür uygulamaların etik sorun yaratabileceğine değinilmiş ve kullanılması yasaklanmıştır. Bu kapsamda bir örnek, son zamanlarda öne çıkan sürümüyle ChatGPT kapsamında incelenebilir. Dijital Dönüşüm Ofisi çalışmasına göre, ChatGPT'nin kullanımının yasaklanması, kullanım alanları içinde ele alınmıştır. Okul ve üniversitelerde bu uygulamanın yasaklanma düşüncesi, öğretmenler üzerinde yapılan çalışmaya göre, ev ödevlerini yapmak ve kopya çekmek amaçlı kullanıldığı için öngörülmüştür. Ocak 2023 tarihinde uygulamayı ilk yasaklayan okul, New York Devlet Okulları olmuştur. New York City eğitim departmanının sözcüsü Jenna Lyle, ChatGPT için güvenilirliğin olmadığı konusuna yönelik eleştiri ve yorum geliştirmiş,

⁶⁰ A. Atabekov/Oleg Aleksandrovich Yastrebov, "Legal Status of Artificial Intelligence Across Countries: Legislation on the Move", *European Research Studies Journal*, 21(4), 2018, s. 773.

⁶¹ Taylan Gülaslan, "Sosyal Medya Güncel Tartışmalar: Sosyal Medyanın Kontrolü & Sosyal Medya Hizmet ve Gizlilik Sözleşmeleri & Yerli ve Milli Sosyal Medya", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 4(1), 2021, s. 1-3.

⁶² Cengiz, "Siber Suçlar, Sosyal Medya ve Siber Etik", s. 407-417.

⁶³ Mohamed Mostafa, *Artificial Intelligence Applications in Supply Chain Management and Analysis in Turkey*, T.C. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 91-92.

öğrenciler için bunun uygun olmadığını öne sürmüştür. Yasaklar bu amaç doğrultusunda başlamış ve birçok bölgeyi de etkilemiştir. Longview Okul Bölgesi, Seattle Devlet Okulları, Kelso Okul Bölgesi, Baltimore Devlet Okulları da uygulamayı yasaklamıştır. Bu yasaklar, birçok bölge okullarıyla devam etmiştir⁶⁴. ChatGPT, şu anda en gelişmiş yapay zekâ sistemine sahip olarak insanların kolay şekilde eriştikleri ve birçok işte kullandıkları uygulamadır. Yasaklamada temel faktörlerden diğerinin ise, etik faktör ve güvenlik olabileceği söylenebilir. Sektörlerin tamamında kullanım kolaylığı sunan bu sistemlerin güvenlik açısından ne kadar kullanılabilir veya etik olduğu üzerine tartışmalar yapılmış, bazı ülkelerde doğrudan yasaklamaya gidilmiştir. Normalde; ChatGPT'nin güvenlik ve uçtan uca şifrelemede etkili olduğu ve siber saldırılara karşı korumada önemli bir fark yarattığı düşünülebilir. Dijital Dönüşüm Ofisi, güvenli oturum açma, yetkilendirme, bilgileri koruma, hizmetlere erişim gibi konularda bireye kişiselleştirilmiş bir ChatGPT sunulduğunu belirtir. Özellikle kimlik doğrulamanın kötü niyetli chatbotlar için olası tehlikeleri azalttığı bilinmektedir. Diğer yandan uçtan uca şifreleme ve kendi kendini imha eden mesajlar, gizlilik-güvenlik açıklığını önlemektedir⁶⁵. Uygulamanın siber saldırılara karşı savunma mekanizması, birçok yapay zekâ sisteminin bu sistem örneğinde olduğu gibi, yapay zekânın siber suçlarla mücadelede kullanılabileceğini de göstermiştir. Benzer uygulamaların verilerin korunması için geliştirileceği unutulmamakla birlikte dünyada hangi kısıtlamalara tabi tutularak uygulamanın kullanılabileceği tartışmalıdır. Özellikle de ChatGPT için etik sorunlar, insan odaklı yaklaşımda bilgilerin ne oranda internet ortamından intihal yapıp kullanıldığını ya da bilgilerin doğruluğunun neler olup olmadığını tartışılır düzeye getirmiştir. Doğal olarak uygulamanın öncelikle kısıtlama ya da sınırlama özelinde incelenip hukuki prosedürle denetlenmesi ve daha sonrasında kullanımına izin verilmesi gerekir.

Yapay zekâ sisteminin siber güvenlik için etkili mekanizmaya sahip olduğu bilinmekle birlikte uygulama özelliklerinin denetimden geçmesi önemlidir. Yapay zekânın etik boyutu ve denetlenmesi şirketlerde hem yapay zekânın kontrol edilmesini hem de bütünleşik yapay zekâ mantığıyla bu teknolojinin kendisinin denetlenmesini ifade eder. Bu şekilde iç denetim

ve iç kontrol mekanizmaları arasında ilişkisel bir mantık kurulabilecektir⁶⁶. Şirketlerin etik sorunu ve bu açıdan denetlemelerin gerekliliği, yapay zekânın kullanım amacına göre değişmektedir. Etik problemi çok yönlü olduğu için yapay zekânın öncelikle sektörel olarak değerlendirilmesi gereken problemleri vardır. Örneğin bir görüşe göre biyoetik sorun, cerrahi olarak kullanılacak robot sistemlerinin güvenliğinin tam ve yetkin olmasını gerektirmektedir⁶⁷. Etik sorunların ve yasakların getirildiği robotlar arasında insansı robotlar vardır. Bu robotlar, ChatGPT gibi birçok bilginin hızlı bir şekilde sunumunda etkili olan, ancak şüpheli olarak kabul edilen bilgilerin söz konusu varlığından şüphe duyulmasına yöneliktir. Bununla birlikte sosyal medyada insanların güvenliğini önleyen siber saldırılar vardır. Söz konusu sorunların ortadan kaldırılması, teknik çalışmaların artırılmasını ve bu amaçla yapay zekânın geliştirilmesini önemli kılmıştır. Yapay zekânın şirketlerde muhasebe, insan kaynakları gibi birçok alanda kullanılması yönünde etkisi, siber güvenliğin her ne olursa olsun önemli faktör olduğunu göstermektedir. Bunun için siber risk ve saldırılardan korunmanın yolu, hukuksal olarak ceza kanunundaki yaptırımın uygulanarak uluslararası düzeyde geçerlilik sağlanarak oluşturulması önemlidir.

Etik sorunların yaşanmasını önlemede yapay zekâ teknolojisine şüpheyle yaklaşılması ve siber mekanizmayla bu teknolojinin denetlenmesi, iç/dış kontrollerin yapıldığı uygulamaları gerektirmektedir. Bu durum bazı ülkelerde yapay zekâ uygulamalarının doğrudan kullanımına izin verilerek bazılarında doğrudan yasaklanarak bazılarında ise kısıtlamalarla yapılmaktadır. Genel güvenlik sürecinden geçmesinin elzem olduğundan bahsedilebilir. Dolayısıyla asıl sorun, uygulamanın güvenlik-etik konularıyla yapılan değerlendirmedeki yetersizlikten kaynaklıdır. Hukuksal açıdan çalışmalar, yapay zekânın yargı organlarında da kullanılabileceğine ilişkin değerlendirmeyi öne çıkarmaktadır. Bu kapsamda geliştirilen bir görüşe göre, her türlü hukuk metninin yapay zekâ sistem ve uygulamalarının temel parçası olabilecek şekilde düzenlemelere tabi tutulması önemli bir olay olarak yorumlanabilir. Hukuki uyuşmazlıkların giderilmesinde yapay zekâ teknolojisinin hukuk davalarında kullanılması değerlendirilmeye birlikte yapay zekânın hemen her açıdan yaşanabilecek

⁶⁴ Dijital Dönüşüm Ofisi, *Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği*, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı, 2023, s. 42-44.

⁶⁵ Dijital Dönüşüm Ofisi, *Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği*, s. 33-34.

⁶⁶ Belde Duru Özcan/Mustafa Doğan, "Yapay Zekâ Denetim ve Kontrolü İçin Bütünleşik Yapay Zekâ Mantıksal Çerçevesi", *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi*, 57(4), 2022, s. 3160.

⁶⁷ Gülay Halidi, "Yapay Zekâ Etiği Tartışmaları İçin Bazı Tarihsel-Kavramsal Önbilgiler", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 9(4), 2022, s. 159.

sorunlara göre de denetlenmesi yine önemli bir unsur olabilir⁶⁸. Bunun yanında ceza kanununa ve kapsamına göre, esaslı yaptırımlar uluslararası düzenlemeler çerçevesinde de ele alınmalı, idare hukukunun etkisinin de bu yönde önemli bir sonuç yaratacağı düşünülmelidir. Teknolojinin hızlı gelişmesi, kanun düzenlemesine ek olarak mevzuatın ve idare hukukunun karar almadaki etkinliği, hızlı çözüm önerisi bağlamında etkili olabilecektir. Bunun yanında yapay zekânın kanun kapsamında da irdelenmesi önemli bir yere sahiptir. Örneğin TCK m. 245/A, bu konuda esaslı yaptırımların yapay zekâ teknolojisi için yeterli olmadığını göstermektedir. Bunun yanı sıra uluslararası ölçekte Avrupa Birliği Siber Suçlar Kanunu'nun ulusal hukuk düzenlemesinde yetersiz kaldığı, bunun ise sertifika süresi, içeriği, denetimi gibi birçok konuyla birlikte geliştirilmesi gerektiği belirtilebilir. Yapay zekâ sistemleri, siber suçlarla mücadelede bu uygulama örneklerinde görüldüğü gibi etkilidir, ancak hukuki güvenlik açısından inceleme kriterleri yetersizdir. Diğer yandan yapay zekânın insan zekâsının ürünü olduğu ve onu yönetmenin hem etik hem de hukuki prosedürle yönetilebileceği unutulmamalıdır.

SONUÇ

Yapay zekânın geliştirilmesinin desteklenmesi, güvenliliği ve etik algısı konusu, hukuki prosedürlerin oluşturulmasını gerektirmektedir. Teknolojinin gelişmesi, kullanım olanaklarının daha güvenilir kılınması için hukuksal dayanım elzem görülmelidir. Burada temel amacın neler olabileceği, yapay zekânın hukuk içerisinde nasıl yer alacağı gibi konular üzerinde durulması, öncelikle güvenlik ve etik kapsamlı inceleme yapmayı gerektirmektedir. Siber güvenlik konusu açısından ise bu husus, siber riskleri azaltma, saldırıları önleme ve savunma mekanizmalarını oluşturmada, yapay zekâ sistemlerinin geliştirilme ve sürüme koyulmada belirli kriterlere bağlı tutulmasını gerektirmektedir. Her şeyden önce ise ulusal güvenlik ve siber uzayda uluslararası yetkinlik, rekabet edebilecek bir potansiyel yaratmada yapay zekânın da geliştirilebilmesinin önemli olduğunu göstermektedir.

Hukuki prosedürlerde özellikle de Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu'nun incelenmesi, geliştirilen yapay zekâ uygulamalarında güvenlik sorunlarının nasıl çözümlendiği üzerine teknik çalışmaların yapılması (ChatGPT örneği) gibi kriterler, mevzuatta eksikliklerin olmasını önleyecek

gelişmeleri öne çıkarır. Bunun yanı sıra uluslararası kuruluş çalışmalarında virüs programlarının öne çıktığı, bu sistemlerin Türkiye'de sektörel gelişmeleri hızlandırmak ve işletmelerin büyümesini sağlamak için tercih edilebilecek bir gelişme olduğu söylenebilir.

Araştırma kapsamında siber uzayın bütün sektörler üzerinde etki yarattığı, ancak siber savunmanın siber terörizmden korunma amaçlı ulusal bir güvenlik sorunu haline gelmesinin daha önemli olduğu, konunun ciddi ele alınması gerektiği görülmüştür. Sadece kullanıcıya sunulan uygulamaların siber güvenlik mücadelesiyle sınırlı kalmadığı, ülke güvenliğini de etkileyen insansız araçların yapay zekâ sistemlerinde etkin güvenlik kapsamında oluşturulduğu söylenebilir. Dolayısıyla araştırma kapsamında bu konuların önemli olduğu kabul edilmekle birlikte öncelikle siber güvenlik için hukuki düzenlemelere değinilmesi, uluslararası hukuk incelemesinin de bu konuda önemli yere sahip olmasının bilinmesi gerekmektedir. Bunun dünya genelinde bir tehdit olduğunun bilinmesi, gelişmiş ülkelerin bu konuda öne çıkan devletler olacağı, bunun da ilerleyen dönemlerde siber uzayda arka planda kalacak devletlerin çoğunlukta olacağı söylenebilir.

Dünyayı etkileyen bir tehdit olarak yapay zekâ ve siber güvenlik, hukuki düzenleme ve cezai yaptırımların temelini yeterince oluşturulamaması halinde dünyanın sonunu getirebilecek bir sorun olarak görülebilir. Yeni küresel tehditlerden biri olabilecek bu konu, araştırma kapsamında yapay zekâ uygulama örneklerinin belirli ülkelerde yasaklanmasına ya da sınırlandırılmasına ilişkin değerlendirilen, hukuki önlemlerin teknolojinin gelişmesine katkı sunacak bir durum şeklinde görülmesinin önemli olduğunu göstermektedir. Bunun yanı sıra yapay zekâ ve siber güvenlik, ulusal güvenliğin en etkili unsurlarıdır. Siber uzayda savaşların bu konular içinde yaşanabileceği, dünyada bu konuda yapılan çalışmaların ve örgüt/kuruluş faaliyetlerinin de aynı şekilde sınırlı devletlerle kalabileceği belirtilebilir.

Devletlerin rekabet edebilecek teknoloji yetkinliği için öncelikle yapay zekâ çalışmalarına ve siber güvenliğe odaklanmaları gerektiği tüm dünya genelinde önemli bir meseledir. İnsanların topluca bir tepki gösteremediği dünyada, yapay zekânın olası bir tehdit yaratabileceği ve insanlık için risk oluşturabileceği söylenebilir. Ayrıca zamanla bu riskin artacağı düşünülmektedir. Bu çerçevede çözümleyici nitelikte çalışmaların yapılması ve konunun üzerinde ciddiyetle durulması, en önemli hukuk ve insanlık meselelerinden biri olarak görülebilir. Kanaatimce; cezai yaptırımların zorunlu olması ve yapay zekâ sistemlerinde aranan temel kriterlerden

⁶⁸ Ömer Faruk Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekânın İncelenmesi*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Yapı Sosyal Değişme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 1-3.

birinin siber suçlarla mücadele üzerine olması, sorunların daha hızlı şekilde çözümlenmesinde etkili olacaktır. Risklerin azaltılması, tehlikenin sonlandırılması, güvenliğin sağlanması ve ciddi savunma mekanizmalarının oluşturulması için dünya genelinde çalışmalar, kanun, mevzuatlar, teknik, idare hukuku gibi konularda öncelikle bu tür unsurlar baz alınarak yapılabilir.

KAYNAKÇA

- Agin, N S, *Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Dolandırıcılık Suçu (TCK m.158/1-f)*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Akçakanat Ö/Özdemir O/Mazak M, “İşletmelerde Siber Güvenlik Riskleri ve Bilgi Teknolojileri Denetimi: Bankaların Siber Güvenlik Uygulamalarının İncelenmesi”, *Mehmet Akif Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Dergisi*, 5(2), 2021, s. 246-270.
- Aldoori A., *Uluslararası Hukukta Siber Suçla Mücadele*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Alptekin G., “2008 Rusya-Gürcistan Savaşı ve Savaş Sonrası Büyük ve Bölgesel Güçlerin Tepki ve Politikaları”, *RUSAD*, 6, 2021, s. 110-130.
- Altun A, “Siber Suçların Kriminolojik Analizi”, *International Journal of Social, Humanities and Administrative Sciences*, 8(48), 2022, s. 91-99.
- Atabekov A/Yastrebov O, “Legal Status of Artificial Intelligence Across Countries: Legislation on the Move”, *European Research Studies Journal*, XXI(4), 2018, s. 773-782.
- Atakan M, “Siber Güvenlik Risklerinin ve Covid-19 Salgınının Uzaktan Denetim Üzerindeki Etkileri”, *Denetim*, 22, 2021, s. 27-39.
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, *Dijitalleşen Dünyada Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri*, 2022.
- Cengiz G, “Siber Suçlar, Sosyal Medya ve Siber Etik”, *İletişim Çalışmaları Dergisi*, 7(3), 2021, s. 407-424.

- Chauhan A, “Role of AI in Cyber Crime and Hampering National Security”, *SSRN*, 9, 2022.
- Çelik S, “Siber Uzay ve Siber Güvenliğe Multidisipliner Bir Yaklaşım”, *Academic Review of Humanities and Social Sciences*, 1(2), 2018, s. 110-119.
- Derin G/Öztürk E, *Yapay Zekâ Psikolojisi ve Sanal Gerçeklik Uygulamaları*, 1. Bası, Türkiye Klinikleri, 2020.
- Dijital Dönüşüm Ofisi, *Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği*, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı, 2023.
- Dilek S/Çakır H/Aydın M, “Applications of Artificial Intelligence techniques to Combating Cyber Crimes: A Review”, *International Journal of Artificial Intelligence & Applications*, 6(1), 2015, s. 21-39.
- Dülger M V, “Yapay Zekâ Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli”, *SSRN*, 2021, s. 1-9.
- Ebibli Ö F, *Hukuk Açısından Yapay Zekânın İncelenmesi*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Yapı Sosyal Değişme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Efe A, “Yapay Zekâ Odaklı Siber Risk ve Güvenlik Yönetimi”, *Uluslararası Yönetim Bilişim Sistemleri ve Bilgisayar Bilimleri Dergisi*, 5(2), 2021, s. 144-165.
- Erdem M/Özocak G, “Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68(1), 2019, s. 127-212.
- Erdoğan G, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, 66, 2021, s. 117-192.
- Ghundare S/Patil A/Lad R, “Importance of Cyber Security”, *International Journal of Engineering Research & Technology*, 8(5), 2020, s. 1-3.
- Gülaslan T, “Sosyal Medya Güncel Tartışmalar: Sosyal Medyanın Kontrolü & Sosyal Medya Hizmet ve Gizlilik Sözleşmeleri & Yerli ve Milli Sosyal Medya”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 4(1), 2021, s. 1-21.
- Güngör N, *İç Denetimde Bilgi Teknolojileri ve Siber Güvenlik: Borsa İstanbul Şirketlerinde Bir İnceleme*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2021.

- Halidi G, “Yapay Zekâ Etiği Tartışmaları İçin Bazı Tarihsel-Kavramsal Önbilgiler”, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 9(4), 2022, s. 155-163.
- Hoadly D/Lucas N, “Artificial Intelligence and National Security”, *Congressional Research Service*, Report, 2018, s. 1-38.
- İrdem İ/Çobanoğlu S, “Yapay Zekânın İç Güvenlik Yönetimi Üzerine Yansımaları: Siber Güvenlik”, *Kaytek Dergisi*, 2, 2021, s. 175-202.
- Karasoy A/Babaoğlu P, “Türkiye’de Siber Güvenlik: Yasal ve Kurumsal Altyapı”, *Yasama Dergisi*, 44, 2021, s. 123-155.
- Kaya İ S/Çakır A, “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 38, 2020, s. 32-55.
- Li Y/Liu Q, “A Comprehensive Review Study of Cyber-Attack and Cyber Security: Emerging Trends and Recent Developments”, *Energy Reports*, 7, 2021, s. 8176-8186.
- Mijwil M M/ Aljanabi M/ChatGPT, “Towards Artificial Intelligence-Based Cybersecurity: The Practices and ChatGPT Generated Ways to Combat Cybercrime”, *Iraqi Journal for Computer Science and Mathematics*, 4(1), 2023, s. 65-70.
- Mijwil M M/Sadikoğlu E/Cengiz E/Candan H, “Vergilendirme Sürecinin İdari İşlem Bağlamında İncelenmesi”, *Veri Bilimi Dergisi*, 5(2), 2022, s. 97-105.
- Mostafa M, *Artificial Intelligence Applications in Supply Chain Management and Analysis in Turkey*, T.C. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Nezgitli S/Benzer R, “Avrupa Birliği Siber Güvenlik Kanunu”, *Bilişim Sistemleri ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 2(1), 2020, s. 10-17.
- Önok M, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 2013, s. 1229-1270.
- Özcan B D/ Doğan M, “Yapay Zekâ Denetim ve Kontrolü İçin Bütünleşik Yapay Zekâ Mantıksal Çerçevesi”, *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi*, 57(4), 2022, s. 3160-3175.
- Özçelik B, “Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet

Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, *Adalet Dergisi*, 66, 2021, s. 87-116.

- Pirim H, “Yapay Zekâ”, *Journal of Yasar University*, 1(1), 2006, s. 81-93.
- Polat S, *Milli Güvenlik Açısından Siber Güvenlik*, T.C. Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Amme İdaresi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Selimoğlu S/Altunel M, “Siber Güvenlik Risklerinden Korunmada Köprü ve Katalizör Olarak İç Denetim”, *Denetim*, 19, 2019, s. 5-16.
- Singh G/Mishra A/Sagar D, “An Overview of Artificial Intelligence”, *SBIT Journal of Sciences and Technology*, 2(1), 2020, s. 1-4.
- Şahiner M K/Ayhan E/Önder M, “Yeni Sınır Güvenliği Anlayışında Yapay Zekâ Yönetimi: Fırsatlar ve Tehditler”, *Uluslararası Çalışmalar Dergisi*, 5(2), 2021, s. 83-95.
- Şenkaya Y/Adar U G, “Siber Savunmada Yapay Zekâ Sistemleri Üzerine İnceleme”, *Akademik Bilişim*, 2014, s. 1-7.
- Temel H, *Kuvvet Kullanma Hukuku Kapsamında Siber Saldırı Kavramı, Harpte Yeni Kavramlar Operatif Sanat, Teknoloji ve Harp Hukukundaki Yansımalar*, Ed. Özgür Körpe, Milli Savunma Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 122-159.
- Temitope A/Aderonke T/Ayoola F/ Owoyemi J, “Stop Cyber Attacks Before They Happen: Harnessing The Power of Predictive Analytics in Cybersecurity”, *Journal of Multidisciplinary Engineering Science and Technology*, 10(4), 2023, s. 15863-15874.
- Tosun Y/Gezginçi E/Göktaş S, “Siber Güvenlik: Sağlık Hizmetleri Ne Kadar Güvende?”, *JAREN*, 7(3), 2021, s. 157-161.
- Turhan O, *Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar (Siber Suçlar)*, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği Planlama Uzmanlığı Tezi, 2006.
- Ünal A/Kılınç İ, “Yapay Zekâ İşletme Yönetimi İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Yönetim Bilişim Sistemleri Dergisi*, 6(1), 2014, s. 51-78.
- Weimann G, “Cyberterrorism”, *United States Institute of Peace*, Special Report, 2004, s. 1-12.

- Yalınpala E S/Körpe Ö, *Sanal Görüş Sistemlerinin Askerî Karar Verme Süreçlerinde ve Kurmay Subay Eğitimlerinde Kullanımı, Harpte Yeni Kavramlar Operatif Sanat, Teknoloji ve Harp Hukukundaki Yansımalar*, Ed. Özgür Körpe, Milli Savunma Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 61-88.
- Yeşilmen N, *Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Siber Politika & Siber Güvenlik*, Orion Kitabevi, 2018.
- Yılmaz G, “Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 28(1), 2020, s. 27-55.
- Yılmaz O, “Küreselleşme Sürecinde Dönüşen Güvenlik Algısı ve Siber Güvenlik”, *Cyberpolitik Journal*, 2(4), 2019, s. 22-43.
- Yılmaz O G, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hakim Cübbesini Giyebilecek mi?”, *Adalet Dergisi*, 66, 2021, s. 379-415.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**KADININ ÜREME VE KENDİ GELECEĞİNİ BELİRLEME HAKKI
ÇERÇEVESİNDE GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINDA YASAL
SÜRELERİN BAŞLANGICI**

BEGINNING OF LEGAL LIMITS FOR TERMINATION OF
PREGNANCY WITHIN THE FRAMEWORK OF WOMEN'S
REPRODUCTIVE FREEDOM AND RIGHT TO SELF-DETERMINATION

Melike ŞENTÜRK TUR*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1209839](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1209839) 

Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılması bakımından yasal sürelerin sona erdiği zamana mevzuatta yer verilmekte ancak bu sürelerin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmemektedir. Başlangıç anı belirsiz olan sürenin bitiş zamanı da doğru hesaplanmadığından, bu durum mevzuatta yer alan sürelerin sona erdiği zamanın belirsiz olmasına yol açmaktadır. Bu belirsizlik, mevzuatta yer alan "gebelik süresi" ifadesinden kaynaklanmaktadır. Gebelik süresi, farklı disiplinlerde farklı başlangıç anı esas alınarak hesaplanmakta olduğundan, gebelik süresinin hesabında hangi gebelik hesaplama yönteminin esas alınacağına madde metninde açıkça yer alması, sürelerin doğru hesaplanması bakımından önem arz etmektedir. Çalışmamızda Türk hukukundaki mevcut yasal durum, gebeliğin başlangıç anını ve gebelik süresinin hesabında hukuken kabul edilen yöntemi açıkça düzenleyen Alman Ceza Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Ayrıca kural olarak yasal süreler içerisinde, hukuka uygun bir şekilde gebeliğin sonlandırılmasına cevaz veren Türk ve Alman ceza hukuku bakımından mevcut yasal durum ve bunun bireyin üreme özgürlüğüne ve kendi geleceğini belirleme hakkına etkisini yasal süreler bağlamında tartışılmıştır. Gebeliğin sonlandırılmasında, kadının embriyoyu rahminde taşıyan birey olarak kendi bedeni ve geleceği hakkında karar vermesi, yasal sınırlar içerisinde

* **Dr. Öğr. Görevlisi**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı /İSTANBUL, e-posta: melikesntrk@hotmail.com
ORCID: 0000-0003-0646-6832 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1209839

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



olmak ve yasal sınırların belirlilik ilkesine uygun düzenlenmesi kaydıyla mümkün olacaktır. Bu durum kadının üreme hakkının teminiyle doğrudan bağlantılıdır.

Anahtar Kelimeler: Gebeliğin sonlandırılması, Gebelik süresi hesaplama, Belirlilik ilkesi, Embriyo, Üreme özgürlüğü

ABSTRACT

The legal period of time during which a pregnancy may be terminated is specified in Turkish law, but it is not clearly indicated when this time span will commence to run. This issue raises doubts concerning the end times of the periods in the law since it is impossible to accurately determine the end time of a period whose starting moment is *recondite*. This uncertainty stems from the term “duration of pregnancy” in the legislation. Since the “duration of pregnancy” is calculated on the basis of different starting times in different disciplines, it is important to clearly specify in the text of the article which calculation method will be taken as a basis while determining the “duration of pregnancy”. In this study, the current legal situation in Turkish law has been comparatively examined within the framework of the provisions of the German Criminal Code, which clearly regulates the legally accepted method in calculating the onset of pregnancy and the pregnancy period. In addition, the current legal situation in terms of Turkish and German criminal law, which allows the termination of pregnancy under certain circumstances in accordance with the law, within legal periods as a rule, and its effect on the individual’s reproductive freedom and the right to self-determination are discussed in the context of legal periods. In the termination of pregnancy, it will be possible for the woman to make a decision about her own body and future as an individual carrying the embryo in her womb, provided that it is within the legal framework and that these legal limits are arranged in accordance with the principle of legal certainty. This situation is directly related to the assurance of the reproductive right of women.

Keywords: Termination of pregnancy, Duration of pregnancy, The principle of legal certainty, Embryo, Reproductive freedom

EXTENDED ABSTRACT

The purpose of this study is to determine whether the regulations in Turkish law regarding termination of pregnancy are of a sort to safeguard a women’s right to reproductive freedom and self-determination, given the legal time limit in the legislation. In the legislative regulations as to the termination of pregnancy, the legislator enacts a legal time limit for the termination of pregnancy (as a rule), yet the legislation only specifies the week of pregnancy at which the statutory periods end, and but it is not clearly indicated when this time period will commence to run. This issue raises doubts concerning the end times of the periods in the law since it is impossible to accurately determine the end time of a period whose starting moment is *recondite*. In practice, calculation of the periods in termination of pregnancy is

also left to the medical practitioners due to the lack of explicit and comprehensive legislative regulation on the matter. Since law and medicine utilize distinct methods to calculate the period of pregnancy, it is crucial to avoid assessing the periods as per multiple criteria. For this reason, this study addresses the issue of which calculation technique will be utilized to determine the starting time of legal periods.

In the termination of pregnancy, it will be possible for the woman to make a decision about her own body and future as an individual carrying the embryo in her womb, provided that it is within the legal framework and that these legal limits are arranged in accordance with the principle of legal certainty. This situation is directly related to the assurance of the reproductive right of women. In light of this, the individual’s right to self-determination in reproduction has been evaluated in the context of international conventions with respect to the human rights. As a consequence, it is discussed that the state not only has a negative obligation to not interfere with the individual’s reproductive health, but a positive obligation to ensure the individual’s right to reproduction, therefore the state must provide the necessary opportunities and amenities for individuals when they choose to use their reproductive rights. Termination of pregnancy at the request of a woman should also be considered within the scope of her right as a free individual to take her own decision concerning her body (thus, her right to self-determination); in this context, the legal arrangements should be clearly guaranteed by law, exempt from all kinds of doubts, vague concepts, and in a way that will not expose the individual to any form of pressure or discrimination.

To this end, first of all, the methods for calculating the duration of pregnancy are ascertained: Accordingly, the duration of pregnancy can be calculated from the moment of conception (*post conceptionem, p.c.*) or from the first day of the last menstruation (cycle) (*post menstruationem, p.m.*). The law does not explicitly specify which pregnancy calculation method (*p.m.* or *p.c.*) will be applied in terms of the beginning of the pregnancy period; therefore, it is according to the calculation method accepted in practice by medical practitioners and, hence, in the medical literature that the period is estimated starting from the date of the last menstrual period (*p.m.*). When the pregnancy period is determined in this manner, the woman will not have benefitted from the two weeks of the legal period guaranteed to her for the termination of pregnancy since the average two-week period in which fertilization has not yet started is included in the calculation of the pregnancy period. This means that termination of pregnancy at the request of the woman is only possible within 8 weeks after conception in Turkish law. In this context, the provisions of the German Penal Code, which clearly regulates the legally accepted starting time of pregnancy and the method in calculating the pregnancy period, is discussed in order to shed light on the aforementioned issues addressed by this study.

It is determined that this circumstance violates the concept of legality in the framework of the legal certainty principle given that it is impossible to precisely calculate the legal limits in the current situation. In order to remove any possible ambiguities in the

practice, the text of the article should explicitly specify that the technique based on the time criterion of "from fertilization" will be taken as the sole calculation method. Additionally, the article's phrasing ought to describe the beginning of pregnancy period (Nidation), as it does in the German Penal Code, and the text should make it clear at what point an act is regarded to be a pregnancy termination.

GİRİŞ

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuattaki düzenlemeler değerlendirildiğinde; kanun koyucu her ne kadar gebeliğin sonlandırılması bakımından (kural olarak) yasal süre sınırı öngörmekte ise de mevzuatta sadece sürelerin sona erdiği gebelik haftası belirtilmiş olup bu sürelerin hangi andan itibaren başladığına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasal sürelerin başlangıç zamanı konusundaki belirsizlik, sürelerin bitiş zamanının da belirsiz olmasına yol açmakta ve bu durum gebeliğin sonlandırılması bakımından belirtilen yasal sürelerin de doğru hesaplanamaması sonucunu doğurmaktadır.

Konuya ilişkin açık ve detaylı bir kanuni düzenleme yapılmaması sebebiyle, uygulamada gebeliğin sonlandırılmasında sürelerin hesaplanması tıp uygulayıcılarına bırakılmaktadır. Bu noktada hukuk ve tıp bilimleri gebelik süresi hesaplamada farklı yöntemler esas aldığı için, sürelerin farklı kriterlere göre hesaplanması mevzu bahis olup, bu durum yasal belirsizliğin de bir sonucu olarak hak ihlaline yol açmaktadır.

Çalışmamızda mevcut durum Türk ve Alman ceza hukuku kapsamında karşılaştırmalı olarak ele alınacak, Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması süreleri ve sürelerin hangi andan itibaren başlayacağı hususundaki belirsizlik Türk Ceza Kanunu Tasarısı şekillenirken model alınan Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenleme ışığında tartışılacak, daha açık ve detaylı bir norm gerekliliği ortaya konarak, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

I. BİREYİN ÜREME HAKKI VE DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Gebeliğin sonlandırılması, ahlaki ve hukuki statüsü hala tartışılmakta olan embriyonun yaşam hakkı ile kadının üreme ve kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında bir hak çatışması yaratmaktadır. Bu çatışmada, embriyonun canlılığının devam edip etmeyeceği yönündeki kararın, belli şartların mevcudiyeti halinde ve yasal süreler içerisinde, onu fiilen rahminde taşıyan

kadına bırakılması, kadının iradesine üstünlük tanındığı anlamına gelmektedir. Ancak Huxley'in 1932'de yayımlanan "Cesur Yeni Dünya" adlı eserinde tasvir edilen; aile, gebelik ve annelik hakkındaki geleneksel kabullerin yıkılıp yapay rahmin geliştirildiği ihtimalde, kadın ve embriyonun aynı bedendeki zorunlu birlikteliğinin ortadan kalktığı teknik ve tıbbi olanaklar oluştuğunda bu hak çatışması nedeniyle tartışılan mesele sona erecektir. Kadının ve doğmamış hayat olarak nitelendirilen embriyonun simbiyotik bağı var olduğu sürece ise bu tartışma devam edecektir.

Bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı, bireyin kimliğini geliştirmesinin merkezi bir görünümü olup aynı zamanda liberal toplumlardaki kabule göre; yaşamına temas eden menfaatler hususunda kendisi için en iyi ve doğruyu bilecek olanın birey olduğu anlamına gelmektedir.¹ Üreme otonomisi ya da bu konuda kişinin geleceğini belirleme hakkı dar anlamda herkese tanınan, çocuk sahibi olup olmama, çocuk sahibi olmak arzu ediliyorsa bunun zamanı ve sayısı hususunda bireyin kendisinin karar vermesi bakımından özgür olduğu bir haktır ve kişinin üremeye dair kararı, kişilik haklarından olup kişiye sıkı sıkıya bağlıdır.² Bu sebeple üreme konusunda karar verecek olan ancak kişinin kendisi olabilir.

Üreme otonomisi ve kişinin geleceğini belirleme hakkı, evvela gebelikten korunma yöntemlerinden faydalanma, gebelik oluşması halinde bunun güvenli ve gerekli sürede sona erdirilmesi hakkı olarak ileri sürülmüş, zaman içinde kişinin üremeye zorlanmaması ve istenmeyen gebeliklerin önlenmesi imkânının elde edilmesinin yanı sıra, ayrıca günümüzde embriyonun dölleneninde yardımcı yöntemlerin uygulanmasını talep etme hakkını da aşan bir hale gelmiştir.³

Bireyin üreme konusunda kendi geleceğini belirleme hakkını evvela insan hakları boyutunda değerlendirmek gerekmektedir. Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (ICCPR) 17. maddesinde, kişinin özel hayatına ve ailesine yönelen keyfî veya hukuka aykırı müdahalelere karşı korunmasının yanı sıra, 23. maddesinde evlenme ve aile kurma

¹ Beier Katharina/Wiesemann Claudia, "Reproduktive Autonomie in der liberalen Demokratie: Eine ethische Analyse", Claudia Wiesemann/Alfred Simon (ed.), *Patientenautonomie*, Mentis, 2013, s. 206.

² Andrea Büchler, "Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, 135, 2016, s. 355.

³ Büchler, s. 357.

hakkına sahip olması güvence altına alınmıştır. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.⁴ Kadın haklarının uluslararası anayasası olarak kabul edilen Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) de üreme hakkını ele alış yönünden önem arz eder; Sözleşmenin 16/1-e maddesi uyarınca kadınların çocuk sayısına ve çocukların ne zaman dünyaya geleceklerine serbestçe karar verme hakkı olduğu ve bu hakları kullanabilmeleri için bilgi, eğitim ve diğer vasıtalarla yararlanmada kadınlara eşit haklar sağlanacağı teminat altına alınmıştır. Sözleşmenin 12. maddesi taraf devletlerin, kadının erkekle eşit şekilde aile planlaması dahil sağlık hizmetlerinden faydalanmasına yönelik tedbir alma, ayrıca kadına gebelik konusunda (lohusalık ve doğum sonrası da dahil olmak üzere) uygun ve gerekli hizmeti sağlamak yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (ICESCR) 12. maddesi de sağlık hakkını düzenleyerek; sözleşmeye taraf devletlerin, herkese, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardından yararlanma hakkını tanıması ve bu hakkın kullanılması için gerekli önlemleri alması gerektiğini vurgulamaktadır.

Üreme otonomisi bakımından bunun açık bir biçimde insan hakkı olarak tanımlanması, 1968 yılında Tahran İnsan Hakları Konferansı'nın sonuç belgesinde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre: "Çiftlerin özgürce ve sorumluluğunu bilerek çocuklarının sayısı ve doğum aralığına karar vermeleri temel insan hakkıdır."⁵ Bu sonuç belgesiyle üreme otonomisinin temel insan hakkı olduğu kabul edilmiştir. 1994 yılında Kahire'de gerçekleşen Birleşmiş Milletler Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı'nda alınan kararların da bu hususta önemli bir yeri vardır;⁶ çünkü bu konferansla birlikte bir

⁴ AİHM kararında açıkça vurgulandığı üzere, sözleşmede teminat altına alınan özel hayat geniş bir kavram olup, bireylerin ebeveyn olma veya olmama yönündeki kararlarına saygı duyulması hakkını da kapsamaktadır, Evans/ Birleşik Krallık, B. No: 6339/05, 07/03/2006, § 57.

⁵ United Nations, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41, <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022, Resolution XVIII s. 14.

⁶ Konferansın neticesinde katılımcı ülkelerde uygulanması amacıyla 15 temel prensip kabul edilmiş, bunlardan 8. Prensip kapsamında; Tahran İnsan Hakları Konferansı'nda belirlendiği üzere, çiftlerin (ve bireylerin) özgürce ve sorumluluğunu bilerek çocuklarının sayısına ve doğum aralığına karar vermelerinin temel insan hakkı olduğu tekrar edilmiş; ayrıca buna yönelik bilgi edinme, eğitim ve imkâna sahip olma haklarının bulunduğu kayıt altına alınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. United Nations Population Fund, Programme of Action of the International Conference on Population Development Cairo, 5–13 September 1994,

paradigma değişimi karşımıza çıkmaktadır. Geleneksel nüfus politikalarından üreme haklarına ve kadınların sağlığına yönelik konferansta, uluslararası konferansın nüfus ve gelişim eylem planında⁷ ayrıca ardından 1995 yılında Pekin'de gerçekleşen Deklarasyon ve Eylem Platformunda⁸ paralel şekilde üreme sağlığı tanımlanmıştır. Buna göre: Üreme sağlığı; fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali olup yalnızca üreme sistemi, fonksiyonu ve işleyişiyle ilgili tüm hususlarda hastalık veya maluliyet halinin yokluğundan ibaret değildir. Bu sebeple üreme sağlığı, insanların tatmin edici ve güvenli bir cinsel hayata sahip olmalarının yanı sıra üreme ehliyetine ve üremeyi gerçekleştirip gerçekleştirilmeme, üremenin zamanına ve sıklığına karar verme özgürlüğüne sahip olmalarını da içerir. Görüldüğü üzere üreme sağlığı kapsamında her bir birey çocuk sahibi olmayı istememe, yani üreme hakkını kullanmayı tercih etmeme hakkına da sahiptir. Üreme sağlığının temin edilmesi için her türlü ayrımcılıktan uzak şekilde, devletin üreme sağlığını ve bununla birlikte üreme haklarını temin etme yükümlülüğü vardır. Buna göre, üreme sağlığı ve bireyin üreme hakkı kapsamında sayılan kişilerin üreme ve ürememe haklarını kullanmaları bakımından, devletin bireye müdahale etmemesi yönüyle devlete negatif bir yükümlülük yüklendiği, ayrıca üreme hakkının temini için devletin pozitif yükümlülüğü de olduğu, kişiler üreme haklarını kullanma yönünde tercihte bulduklarında onlara gerekli imkân ve hizmetlerin temin edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Kadının isteği üzerine gebeliğinin sonlandırılması da onun özgür bir birey olarak kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı (böylelikle kendi geleceğini belirleme hakkı) kapsamında değerlendirilmeli; bu bağlamda hakkını kullanabilmesi için gerekli yasal düzenlemeler her türlü kuşkudan, belirsiz kavramlardan uzak, baskı veya ayrımcılığa maruz bırakmayacak şekilde, yasayla açıkça teminat altına alınmalıdır.

Bu kapsamda, kural olarak yasal süreler içerisinde, hukuka uygun bir şekilde gebeliğin sonlandırılmasına cevaz veren Türk ve Alman ceza

20th Anniversary Edition, <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

⁷ United Nations Population Fund, Programme of Action of the International Conference on Population Development Cairo, 5–13 September 1994, 20th Anniversary Edition, <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2022, Ch. VII, Art. 7.2.

⁸ United Nations, Beijing Declaration and Platform for Action, Report of the Fourth World Conference on Women, Beijing China, 4-15 September 1995, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2022, Annex II, Ch. IV, Art. 94.

hukukundaki mevcut yasal durumu ve bunun bireyin üreme ve kendi geleceğini belirleme hakkına etkisini yasal süreler bağlamında tartışmadan önce gebelik süresi hesaplama yöntemlerine değinmek gerekmektedir.

II. GEBELİK SÜRESİ HESAPLAMA YÖNTEMLERİ

Üreme çağındaki kadınlarda ortalama 28 günde bir gerçekleşen âdet döngüsünde (menstrüel siklus) âdet kanamasının ilk günü bu döngünün başlangıcı olarak kabul edilir.⁹ Ortalama 28 günlük bu sürenin ilk yarısında yumurtalıklardan birinde bir yumurta hücresi olgunlaşır. Yeterli olgunluğa eriştiğinde, 14. siklus günü civarında, hormonların etkisiyle olgunlaşan folikül yumurta hücresini serbest bırakır ve bu hal ovulasyon (yumurtlama) olarak adlandırılır.¹⁰ Ovulasyon (ortalama, genelde) siklus ortasında gerçekleştiikten sonra serbest kalan yumurta hücresi, sperm hücresiyle birleştiğinde¹¹ dölleme tamamlanır. Dölleme yaklaşık olarak 24 saat sürmekte olup anlık bir olay değil, bir süreçtir.¹² Buna göre dölleme yaklaşık olarak son âdet başlangıcından 14 gün sonra gerçekleşir.¹³

Döllemeyi takip eden 6-7 gün içinde döllemiş yumurta hücresi (embriyo) fallop tüpünden (yumurta kanalı) geçerek uterus (rahim) boşluğuna ulaşır.¹⁴ Bu süreçte evvela hala bölünmekte olan döllemiş yumurta hücresi ilk 3 gün fallop tüpünde (yumurta kanalında) kalır ve morula evresine kadar bölünmeye devam eder.¹⁵ Bu gelişim evresinde görünüş olarak duta benzeten hücre topu, morula olarak adlandırılmakta olup zona pellusida¹⁶ adı verilen bir

tabaka ile çevrelenmektedir.¹⁷ Sonraki süreçte morula uterusu girer ve burada serbest hareket eder. Bu evrede morula blastosist olarak adlandırılan bir yapıya dönüşür.¹⁸ Blastosist yaklaşık 2 gün uterus (rahim) boşluğunda serbest şekilde kalmaya devam eder.¹⁹ Bu evrede asıl embriyoyu oluşturan tabaka olan iç hücre kitlesi (ilkel embriyoblast) ile embriyonun beslenmesinden sorumlu olacak trofoblast adı verilen dış hücre kitlesi farklılaşmaya başlar.²⁰ Zona pellusida giderek incelik ve çözülür, sonrasında, gelişimin yaklaşık 5. ila 6. günleri arasında, bu zamana kadar serbest hareket eden ve zona pellusidadan kurtulan (hatching) blastosist ilk kez rahim iç tabakasıyla (endometrium, rahim içindeki doku) temas eder ve ona yapışır.²¹ Nidasyonun bu fazında yavaş yavaş embriyonun yerleşme evresi başlar, bu blastosistin endometriuma girdiği süreçtir.²² Sonrasında nidasyonun tamamlanması için bir zaman penceresi söz konusudur. Doktrinde bunun en erken dölleme itibaren 12. günde²³ ve en geç yaklaşık 16. günde²⁴ gerçekleştiği tahmin edilmektedir. Bu yüzden istatistiksel ortalama olarak nidasyonun dölleme sonrası 14. günde tamamlandığı kabul edilir.²⁵ Bu nidasyonun tamamlandığı, özetle embriyonun kadının rahmine tamamıyla yerleştiği anlamına gelir. Döllemenin

(zar), bkz. Zuhâl Çankır, “Embriyolojik Terimler”, Murat Akkuş (ed.), *Sağlık & Bilim 2022: Genel Embriyoloji-1*, Efeakademi Yayınları, 2022, s. 15.

¹⁷ Miyase Erdoğan/Elvan Şahin/Seher Dinçel, “Embriyo İmplantasyonunun Moleküler Mekanizması” *Journal of Human Rhythm*, 5(4), 2019, s. 313.

¹⁸ Johannes W. Rohen/Elke Lütjen-Drecoll, *Funktionelle Embryologie. Die Entwicklung der Funktionssysteme des menschlichen Organismus, mit 9 Tabellen*, 4. überarb. u. erw. Aufl. ed., Schattauer Verlag 2012, s. 27; Susanne Schulze, *Kurzlehrbuch Embryologie: Kurzlehrbuch zum Gegenstandskatalog; mit 18 Tabellen*, Urban&Fischer Verlag 2006, s. 34; Ulrich Drews, *Taschenatlas der Embryologie*, 2. unveränd. Aufl. ed., Thieme 2006, s. 52.

¹⁹ Koester, s. 16.

²⁰ Drews, s. 60; Koester, s. 16.

²¹ Erdoğan/Şahin/Dinçel, s. 313; Moore/Persaud, s. 47; Rohen/Lütjen-Drecoll, s. 17 vd.; Willibald Pschyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, <<https://www.pschyrembel.de/nidation/K0F7M/doc/>>, Erişim Tarihi 9 Ekim 2022, Stichwort “Nidation”; Blastosistin endometriumla ilk kez en erken 7. gelişim gününde temas edebileceği yönünde bkz. Koester, s. 16.

²² Kaiser, ESchG, A II Rn. 40 vd.; Koester, s. 16.

²³ Koester, s. 16; Pschyrembel, <<https://www.pschyrembel.de/nidation/K0F7M/doc/>>, Erişim Tarihi 9 Ekim 2022, Stichwort “Nidation”.

²⁴ Christoph Viebahn, “Eine Skizze der embryonalen Frühentwicklung des Menschen”, G. Damschen & D. Schönecker (Hrsg.), *Der moralische Status menschlicher Embryonen. Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument*, 2011, s. 273.

²⁵ Patricia Jofer, *Regulierung der Reproduktionsmedizin, Fremdsamenspende, Ersatzmutterchaft und Umgang mit überzähligen Embryonen*, Nomos, 2014, s. 328.

⁹ Kay Goerke, *Taschenatlas der Geburtshilfe.*, 2. unveränderte Auflage, Georg Thieme Verlag, 2006, s. 12, s. 172. Adet döngüsünün ortalama 29 olduğu yönünde ve detaylı bilgi için bkz. Keith L. Moore/T. Vidhya N. Persaud, *Embryologie: Entwicklungsstadien-Frühentwicklung-Organogenese- Klinik*, 5. Auflage, Fischer, 2007, s. 34.

¹⁰ Goerke, s. 12.

¹¹ Birleşme sonucunda tek bir hücre meydana gelir, bu yeni hücre doğa bilimlerinde zigot olarak adlandırılır, Nebahat İnce, “Gelişimin Birinci Haftası”, Murat Akkuş (ed.), *Sağlık & Bilim 2022: Genel Embriyoloji-1*, Efeakademi Yayınları, 2022, s. 22.

¹² Peter Kaiser, ESchG, A II Rn. 38.

¹³ Paul J. Keller, “Physiologie des menstruellen Zyklus”, *Gynäkologisch-geburtshilfliche Rundschau*, 13(Suppl 1), 1973, s. 3 vd.

¹⁴ Kaiser, ESchG, A II Rn. 38.

¹⁵ Helmut Koester, “Zum Beginn der Schwangerschaft und des embryonalen Lebens”, Richard Kepp / Helmut Koester (Hrsg.), *Empfängnisverhütung aus Verantwortung, Zweiter ärztlicher Fortbildungskurs der medizinischen Fakultät der Justus-Liebig- Universität Gießen: über Fragen der Kontrazeption am 22./23. Juni 1968 ... ; 11 Tabellen*, Thieme, 1968, s. 15.

¹⁶ Zona pellusida: oosit (dışı üreme hücresi) çevreleyen glikoprotein yapısındaki membran

ve sonrasında nidasyonun tamamlanması bir yandan embriyonun gelişiminin hızla devam ettiği bir süreç olarak karşımıza çıkarken, diğer yandan gebeliğin sonlandırılmasında gebelik süresinin tespiti, embriyonun hangi gelişim evresine kadar bunun gerçekleştirilebileceği önem arz etmektedir. Bu sebeple çalışmamızda önem arz eden gebelik süresi hesabına değinmek gerekmektedir.

Gebelik süresinin hesaplanmasında temel olarak iki farklı yöntem kullanılmaktadır. Buna göre gebelik süresini döllenme anından itibaren (post conceptionem, p.c.) veya son âdet kanamasının (menstrüel siklus) ilk gününden itibaren hesaplamak (post menstruationem, p.m.) mümkündür. Kadının âdet döngüsünün düzenli olması halinde ovulasyon (yumurtlama) ve sonrasında döllenme son âdet tarihinden yaklaşık iki hafta sonra gerçekleşmekte, son âdet başlangıcından itibaren hesaplanan gebelik süresinden kural olarak 2 hafta çıkartıldığında, döllenmeden (konsepsiyon) itibaren embriyonun gerçek yaşı²⁶ elde edilebilmektedir.²⁷ Aradaki sürenin her zaman 14 gün olmayabileceği, değişebileceği de unutulmamalıdır.²⁸ Buna göre gebelik, son âdet tarihi başlangıcından sonra yaklaşık 40 hafta; döllenmeden itibaren hesaplandığında ise yaklaşık 38 hafta sürmektedir.²⁹

Tıp literatüründe ve uygulamasında gebelik süresi, yöntemin daha pratik olması sebebiyle son âdet kanamasının ilk gününden itibaren (p.m.) hesaplanır ve gebelik takibinde de bu süre dikkate alınır.³⁰ Bu yöntemle göre döllenmenin henüz gerçekleşmediği, embriyonun henüz oluşmadığı, son âdet tarihinden döllenme anına kadar geçen yaklaşık 14 günlük süre de gebelik haftası hesabına dahil edilir.

²⁶ Embriyologlar döllenmeden itibaren başlayan gelişim haftası kavramını kullanmaktadır. Bu kavram embriyonun gerçek yaşı anlamına gelmektedir. Buna göre; gebelik haftası ve gelişim haftası eş anlamlı kullanılmaz. Ulrike Bommas-Ebert/Philipp Teubner/Rainer Voß, *Kurzlehrbuch Anatomie und Embryologie*, 3. Auflage, Georg Thieme Verlag, 2011, s. 45.

²⁷ Bommas-Ebert/Teubner/Voß, s. 45; Moore/Persaud, s. 19; MünchKommStGB/Gropp, Vor §§ 218 ff. Rn. 76; Thomas W. Sadler, *Medizinische Embryologie: die normale menschliche Entwicklung und ihre Fehlbildungen*, 10. Korrigierte Aufl. ed., Thieme, 2003, s. 100.

²⁸ Sadler, s. 100.

²⁹ Goerke, s. 172; Jörg Baltzer, *Praxis der Gynäkologie und Geburtshilfe: das komplette Praxiswissen in einem Band; 321 Tabellen*, Georg Thieme Verlag, 2004, s. 180.

³⁰ Moore/Persaud, s. 19; MünchKommStGB/Gropp, Vor §§ 218 ff. Rn. 76; Schulze, s. 33. Ayrıca döllenmenin tam olarak hangi anda gerçekleştiği her zaman belirlenemediği, bundan dolayı bu yöntemin tercih edildiği yönünde bkz. Beth Elverdam & Hanne Wielandt, "The duration of a human pregnancy: medical fact or cultural tradition?", *The International journal of prenatal and perinatal psychology and medicine*, 6(2), 1994, s. 241.

Gebelik süresinin döllenme anından itibaren hesaplanması yönteminde, döllenme zamanının kesin olarak tespit edilememe ihtimali ortaya çıkar.³¹ Bu sebeple daha güvenilir olan son âdet tarihinden itibaren hesaplamak tıp bilimine göre daha somut ve uygun çözüm sunmaktadır. Ancak kadın son âdet tarihini hatırlamıyor veya yanlış hatırlıyor olabilir veya herhangi bir sebeple yumurtlama son âdet tarihinden sonraki olağan (yaklaşık 14. gün) yumurtlama tarihinde değil de daha erken veya geç gerçekleşmiş ve yumurtlama tarihi değişmiş olabilir. Bu ihtimalde gebelik haftası yanlış hesaplandığından, gebelik süresinin eksik/fazla hesaplanma durumu ortaya çıkabilmektedir.

Embriyonun kadın bedeninde doğal yolla oluşmasıyla birlikte süreç başlarken, üreme tıbbi yöntemlerinden faydalanılarak in-vitro fertilizasyon yöntemiyle embriyonun kadın rahmi dışında döllenmesi sonrasında, uygun embriyonun rahme transferinin gerçekleştirilmesiyle başlamaktadır. Bu ihtimalde, tüpte döllenmiş embriyo bakımından döllenmenin tamamlandığı andan onun rahme transferine kadar geçen sürelerde embriyonun henüz kadın bedeninde bulunmaması sebebiyle, tüpteki embriyonun -herhangi bir sebeple- rahme transfer edilmeyerek yok edilmesi halinde, mevcut bir gebelik söz konusu olmadığı için gebeliğin sona erdirilmesi hükümleri uygulama alanı bulmaz. Buna göre yapay döllenme söz konusu olduğunda, gebeliğin sona erdirilmesi ancak embriyonun kadının rahmine transfer edilmesinden sonraki süreçte tartışılabilir. Çünkü ancak bu şekilde kadın bedeninde, tek bedende ikilikle³² birlikte simbiyotik bağ olgusu karşımıza bir değerler çatışmasını çıkarmakta, kadının üreme özgürlüğü (otonomisi) ile kendi geleceğini belirleme hakkı ve embriyonun yaşam hakkı çatışmasında hangi değere üstünlük tanınacağı tartışılabilir olmaktadır.

III. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINDA YASAL SÜRELERİN BAŞLANGIÇ ZAMANININ KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Süreler

Gebeliğin sonlandırılması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "çocuk düşürme" başlıklı 99. ve "çocuk düşürme" başlıklı 100. maddelerinde suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 99/1'e göre, bir kadının çocuğunu kadının rızası olmaksızın düşürten kişinin eylemi, keza kadının rızasına dayalı olsa

³¹ Bommas-Ebert/Teubner/Voß, s. 45.

³² "Zweiheit in Einheit", BVerfGE 88, 203 (253).

bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının gebeliğinin tıbbi bir zorunluluk bulunmaksızın³³ sonlandırılması eylemi cezalandırılır. İkinci ihtimalde, gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın hakkında da hapis veya adli para cezasına hükmolunur (m. 99/2). Kanun koyucunun, kadının iradesini ve gebelik süresini esas alan bir anlayışla, gebelik süresi 10 haftadan fazla olmayan kadının rızasına dayanan gebeliğin sonlandırılması eylemini yetkili³⁴ bir kişinin gerçekleştirmesi halinde, suç olmaktan çıkardığı görülmektedir.³⁵ TCK m. 99/5 ise gebelik süresi on haftayı doldurmamış kadının rızasına rağmen, çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi eyleminin cezalandırılacağı hüküm altına almaktadır. Ayrıca kanun koyucu TCK m. 99/6'da bir cezasızlık nedeni düzenleyerek³⁶ kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, kadının rızasının olması ve gebelik süresinin yirmi haftadan fazla olmaması kaydıyla gebeliğin sona erdirilebileceğini, sona erdirene ceza verilmeyeceğini düzenlemiştir. Hükme göre, bu halde gebelik uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmelidir. TCK. m. 100'de ise çocuk düşürme suçu düzenlenmiş olup

³³ Tıbbi zorunluluk olduğu hallerde gebelik süresi 10 haftayı aşan kadının gebeliğin sonlandırılması ceza sorumluluğunu gerektirmez. Tıbbi zorunluluk bulunup bulunmadığı hususu tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir, Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/ Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, Adalet Yayınevi, 2021, s. 133; Serap Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 2013, s. 171; Tıbbi zorunluluk hususunda bkz. NPHK m. 5/2,3: "Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir."; Ayrıca Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 5 gereği gebelik süresi on haftayı aşan kadının gebeliği ancak Tüzük EK (2) sayılı listede yer alan hastalıklardan birinin bulunması halinde yetkili kişi tarafından sonlandırılabilir.

³⁴ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük 3'üncü maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre;

"Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarıncı yapılır.
Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler."

³⁵ Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 2021, Çocuk Düşürtme (Md. 99), s. 3654.

³⁶ Gökcan/Artuç, s. 3667.

buna göre gebelik süresi on haftadan fazla olan kadın, gebeliğini isteyerek sonlandırır, kadın hakkında hapis veya adli para cezasına hükmolunur, gebelik süresi 10 haftayı aşmamış kadının fiili ise suç teşkil etmez.

Görüldüğü üzere, ilgili suç tiplerinde "çocuk" kavramı kullanılmıştır. Bu kavram ise Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde "henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanır. Bu suçlarda henüz kadının rahminde bulunan bir varlık söz konusu olduğu için, bunun kanunda "çocuk" olarak ifade edilmesi doktrinde eleştirilmektedir.³⁷ Ünver'e göre de TCK'da "çocuk" düşürtme veya düşürme ifadelerinin kullanılması terminolojik bir hata olup; bu suçlarda henüz hukuksal anlamda bir kişi³⁸ yoktur, oluşmakta olan veya gelecekte doğacak bir cenin bulunmaktadır.³⁹ Bu görüşle paralel şekilde, öğretilerde bu suçlar bakımından terminolojik olarak çocuk yerine cenin kavramı kullanılmaktadır.⁴⁰ Cenin, TDK'da dölüt olarak tanımlanmış, dölüt ise "oğulcuğun gelişimini büyük ölçüde tamamladığı, bütün organ taslaklarının oluştuğu üçüncü aydan doğuma kadarki durumu, cenin, fetüs" olarak açıklanmıştır.⁴¹

Tıp literatüründe ise kadının rahminde gelişmekte olan canlının gelişim evrelerine göre bir ayırım söz konusu olup embriyo ve fetüs kavramları karşımıza çıkmaktadır.⁴² Embriyo kavramı döllemenin gerçekleşmesinden

³⁷ Burcu Dönmez, "TCK'da çocuk düşürtme suçu mukayeseli hukuk ve AİHM'nin bakış açısıyla ceninin yaşama hakkının sınırlandırılması tahlili" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2), 2007, s. 106; Burada kullanılan çocuk terimi bakımından TCK m.6/1-b'deki tanımın geçerli olmadığı yönünde bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 376; Kanunda çocuk teriminin kullanılmasının isabetli olmadığı ve terminolojik olarak "gebeliğin sonlandırılması" ifadesinin kullanılması gerektiği yönünde bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 304.

³⁸ Bu noktada, kanun koyucunun Türk Medeni Kanunu m. 28 kapsamında, kişiliğin çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağını ve çocuğun hak ehliyetini sağ doğmak kaydıyla kadının rahmine düşmesinden itibaren başlayarak elde edeceğini düzenleyerek, cenine hukuki koruma sağladığını ve ceninin kişilik kazanmasını tam ve sağ doğum şartına bağladığını belirtmek gerekmektedir.

³⁹ Yener Ünver, "Ceza Hukuku Yönünden Gebeliğin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu" *V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, 2014, s. 360.

⁴⁰ Kızıroğlu, s. 172.

⁴¹ <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 20 Ocak 2023.

⁴² Joseph Hyrtl, *Lehrbuch der Anatomie des Menschen: Mit Rücksicht auf physiologische Begründung und praktische Anwendung*, 20. Aufl. mit fortschrittsgemässen Zusätzen u. Änderungen ed., Wilhelm Braumüller, 1889, s. 18.

itibaren gebeliğin 8. haftasının (p.c.) bitimine kadar kullanılmakta, bu periyod embriyonal dönem olarak adlandırılmaktadır. Bundan sonraki 9. haftadan (p.c.) doğuma kadar olan gelişim sürecinde ise fetüs ifadesi kullanılmakta, vücut organları oluşan canlının bu periyodu fetal dönem olarak ifade edilmektedir.⁴³ Buna göre, döllemeden itibaren 9-38 haftalar arası; son adet tarihine göre ise 11-40 haftalar arası gelişmekte olan varlık fetüs olarak adlandırılır. İzah edildiği üzere tıp literatüründe embriyo ve fetüs eş anlamlı olarak kullanılmaz. TDK'nın tanımı dikkate alındığında cenin (dölüt) ve fetüsün eş anlamlı olduğu, canlının organlarının gelişmişlik düzeyine göre cenin ifadesinin kullanıldığı görülmekte; dolayısıyla tıp literatüründe hâkim olan terminolojik kullanımla paralel olan bu tanım gereğince, organların gelişimiyle birlikte embriyodan fetüs kavramına geçiş yapılan 9. gelişim haftasından (p.c.) itibaren bu canlının cenin olarak değerlendirildiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁴⁴

Cenin kavramı mevzuatımızda açıkça tanımlanmadığından dolayı, hukuken embriyonun hangi andan itibaren cenin olarak nitelendirileceği belirsizdir. Gebeliğin sonlandırılması bakımından kanunda kullanılan çocuk kavramı yerine doktrinde cenin kavramı kullanılmakta olduğundan, cenin sıfatının kazanılmasından önce gerçekleştirilen fiiller gebeliğin sona erdirilmesi olarak nitelendirilemeyeceği için, cenin sıfatının hukuken hangi andan itibaren kazanıldığına tespiti önem arz etmektedir. Bu hususta ceza hukuku doktrininde farklı görüşler savunulmaktadır. Bir görüşe göre bu anın nidasyon⁴⁵ olduğu, yani döllelenmiş yumurtanın kadının rahmine yerleşmesiyle (nidasyon, tutunma, implantasyon) gebeliğin başladığı ve artık bu canlının sağ olarak doğumuna kadar cenin olarak adlandırılacağı savunulmaktadır.⁴⁶ Buna göre bu andan önce gebeliği önlemeye yönelik tedbirler uygulanırsa⁴⁷ çocuk

düşürtme ve çocuk düşürme suçları gündeme gelmez.⁴⁸ Sağ doğumla birlikte cenin vasfı sona erer ve bu canlı artık insan olarak kabul edilir.⁴⁹ Diğer görüşe göre cenin döllemeden doğuma kadar geçen süreçte kadının rahminde bulunan varlıktır.⁵⁰ Bu görüş nazara alındığında; döllelenmenin tamamlanmasından sonra embriyoya etki eden fiillerin gebeliğin sonlandırılması olarak kabulü gerekecektir.

Yukarıda da izah edildiği üzere, kanun koyucu isteğe bağlı olarak kadının rızası⁵¹ ile gebeliğin sonlandırılması hususunda kural olarak 10 haftalık yasal süre öngörmüşken, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde bu yasal süreyi 20 hafta olarak belirlemiştir. Buna göre süre modelinde gebeliğin sona erdirilmesi için endikasyon aranmaz, kadının rızasıyla yetkili kişi tarafından gebelik 10 haftalık yasal süre içerisinde sonlandırıldığında fiil suç teşkil etmez. Hekim, gebeliği sonlandırmadan önce gebelik süresini tespit etmekle yükümlüdür.⁵² Bu noktada çalışmamızın ele aldığı asıl sorun olan, bu sürenin nasıl hesaplanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çocuk düşürtme (m. 99) ve düşürme (m. 100) suçları 27 Mayıs 1983 tarihli, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK)⁵³ esas alınarak düzenlenmiş, TCK m. 99 gerekçesine göre NPHK hükümleri, Türk Ceza Kanunu'nun düzenlendiği dönemin toplumsal ihtiyaçlarını karşıladığı kanaatine ulaşıldığından madde metninin

⁴⁸ Kızıroğlu, s. 172; Oktar, s. 179; Tezcan/Erdem/Önok, s. 376.

⁴⁹ Oktar, s. 5 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 376.

⁵⁰ Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 196.

⁵¹ Bu çalışmada gebeliğin sonlandırılması bakımından mevzuatta yer alan kadının rızasının, kadının kendi bedeni üzerinde -yasal süreler içinde olmak kaydıyla- serbestçe karar verme özgürlüğünün korunmasına yönelik olduğu, özellikle TCK m. 99 bağlamında bu suç tipiyle korunmak istenen hukuki değer kadının üreme ve ürememe özgürlüğü olduğu savunulmaktadır. Ayrıca gebeliğin sonlandırılması için kanunda kadının rızasının şart koşulmasıyla gebe kadının karar verme özgürlüğünün korunduğu ve böylelikle bu suç tipiyle korunmak istenen yararın kadının anne olmak hakkı olduğu yönünde bkz. Kızıroğlu, s. 170 vd.; Oktar, s. 172 vd.; Sahir Erman/Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, 1994, s.189 vd.

⁵² Gebelik süresinin kesin olarak tespit edilememesi halinde bu durum sanık lehine değerlendirilir. "Çocuk düşürme suçunun oluşumu için gebelik süresinin 10 haftadan fazla olması gerektiği, dosya kapsamı, doktor raporları, taraf beyanları ve sanık savunmasına göre gebeliğin 10. haftadan sonra sonlandığına dair delil bulunmadığı, sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi", 9. CD, 04.07.2022, E. 2021/18455, K. 2022/7329.

⁵³ RG. 27.05.1983, S. 18059. Kanun metnin devamında NPHK olarak kısaltılacaktır.

⁴³ Bernhard Hassenstein, "Lebensbeginn-Medizin", Albin Eser u.a. (Hrsg.), *Lexikon Medizin, Ethik, Recht. Darf die Medizin, was sie kann?*, Verlag Harder, 1989, s. 677; Drews, s. 32; Hyrtl, s. 18; Moore/Persaud, s. 7; Rohen/Lütjen-Drecoll, s. 1; Sadler, s. 95.

⁴⁴ Ceninin gebeliğin ilk 8 haftasında embriyo, sonraki gelişim sürecinde ise fetüs olarak isimlendirileceği, ayrıca ceninin, kadının yumurtlaması sonrasında oluştuğu, dolayısıyla ceninin yaşının son adet tarihinden itibaren hesaplanan gebelik süresinden (yaşından) 2 hafta küçük olduğu yönünde krş. İsmail Dölen, "Tıbbî Açısından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?" *V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, 2014, s. 35-40, s. 35.

⁴⁵ Nidasyonun döllelenmenin gerçekleşmesinden sonra yaklaşık olarak 14. günde gerçekleştiği ve nidasyon aşamaları hususunda detaylı bilgi için bkz. çalışmamızın s. 6 vd.

⁴⁶ Kızıroğlu, s. 172; Salih Oktar, *Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)*, On İki Levha, 2013, s. 5 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 376.

⁴⁷ Örn. Intrauterinpeşsar (IUP, spiral), ertesi gün hapı (Morning-after-Pille).

düzenlenmesinde esas alınmıştır.⁵⁴ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve bu kanunla aynı yıl çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük⁵⁵ ile gebeliğin sonlandırılması ve uygulama şartları düzenlenmiştir. NPHK'nın 5. maddesine göre, kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca doğurmadığı takdirde, gebelik, *gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar* istek üzerine sonlandırılabilir.⁵⁶

Mevzuatta süre şartı bakımından “gebelik süresi”ne işaret edilmiş olup, sürelerin başlangıç anına yönelik düzenleme yapılmamıştır. Kanunda gebelik süresinin başlangıcı bakımından hangi gebelik hesaplama yönteminin (p.m. ya da p.c.) uygulanacağı açıkça belirtilmemiş olduğundan gebelik süresi uygulamada tıp uygulayıcılarına ve dolayısıyla tıp literatüründe kabul gören hesaplama yöntemine göre son âdet tarihinden (p.m.) itibaren⁵⁷ başlatılarak

⁵⁴ Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan Türk Ceza Kanunu tasarisinin 151. maddesine göre “Söz konusu hükümlerin, bugünkü toplumsal ihtiyaçları karşıladığı kanaatinde bulunulduğundan, hükümlerin Tasarıya aktarılması uygun görülmüştür.”, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>>, Erişim Tarihi 04 Eylül 2022. Ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 133.

⁵⁵ RG. 18.12.1983, No: 18255.

⁵⁶ Madde uyarınca gebeliğin sonlandırılmasında kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığını tespiti de gerekmektedir.

⁵⁷ “Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu tarafından düzenlenen 1/9/2016 tarihli bilirkişi raporunun ilgili kısmı şöyledir: ‘Kişi adına SSK Ankara Doğumevi ve Kadın Hastanesince düzenlenmiş hasta dosyasının incelenmesinde; ... *son adet tarihine göre* 32 hafta 3 günlük gebeliği olduğu...’”, AYM, 16/11/2021, B. No: 2019/11174; R.G. Tarih ve Sayı:31/01/2022-31736; “Toplanan deliller ve Yüksek Sağlık Şurası'nın 21.12.1992 gün ve 176 Sayılı raporundan; 33 yaşında ve 2 yıl kısırlık tedavisi görerek gebe kaldığını açıklayan ..., *son adet tarihi* 15.2.1991 olması sebebiyle *muhtemel doğum tarihinin* 25.11.1991 olduğu”, 2. CD, 08.04.1994, E. 1994/738, K. 1994/2971; “ ... sanıklar üzerine yüklenen suç açısından öncelikle gebeliğin 10 haftadan fazla olup olmadığını belirlenmesinin gerektiği, ... dosya İstanbul Adli Tıp Kurumuna gönderilmiş ve 05/07/2017 tarihli 6. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporuna göre *Tıbbi uygulamada gebelik yaşının son adet tarihine göre belirlendiği* ancak annenin yumurtlama dönemine göre fetus gelişim haftasının değişebileceği ayrıca bu haftalarda USG ölçümlerinde (+/-)3-5 gün yanılma payıda olabileceğinin tıbben bilindiği, Hassa Devlet Hastanesinin 04/11/2013 tarihli USG, CRL: 46mm, 11 hafta 3 günlük gelişiminde olduğu, bu ölçüme göre (+/-)3-5 gün yanılma payı dikkate alındığında kürtajın yapıldığı tarihte gebeliğin 10-11 hafta sınırında olduğu tam tarihinin mevcut verilerle tıbben bilinmeyeceğinin oy birliği ile belirtildiği anlaşılmalıdır; katılan sanık Fatma A...’ın gebeliğinin 10 haftadan fazla olduğunun kesin olarak tespit edilemediği ve bu şüpheli durumun sanık ve katılan sanık lehine değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmalıdır sanığın üzerine atılı rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi 10 haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürme suçundan beraatine, katılan sanık Fatma A...’ın ise gebeliği 10 haftadan fazla olduğu kesin olarak tespit edilemediğinden çocuğun düşürülmesine rıza göstermeye ilişkin TCK 99/2-2. cümlesinde düzenlenen suç açısından beraatine”, Hatay 7. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2016/502, K. 2017/946.

hesaplanmaktadır.⁵⁸ Bu halde son âdet tarihinden yaklaşık 14 gün sonrasında dölleme gerçekleştiğinden dolayı, gebelik haftası ve embriyonun oluşma anı (embriyonun yaşı) arasında ortalama 14 günlük bir sapma ortaya çıkmaktadır. Mevzuat çerçevesinde gebeliğin sona erdirilmesinde gebelik süresi hesabı, tıp uygulamasındaki yöntemle son âdet tarihinden itibaren yapıldığında kadın, henüz döllemenin gerçekleşmediği ortalama 2 haftalık süre de gebelik süresinin hesabına dahil edildiğinden, gebeliğin sona erdirilmesi için kendisine tanınan kanuni sürenin 2 haftasından hiç faydalanamamış olacaktır.⁵⁹ Dolayısıyla tıbbi gebelik süresi hesaplama yöntemi uygulandığında, mevzuatta belirtilen yasal süreler, olması gerekenin 2 hafta eksiği olarak hesaplanacaktır. Netice itibarıyla bu durum kadın bakımından bir dezavantaja dönüşecek, kadın 10 haftalık yasal süreden fiili olarak ancak 8 hafta olarak yararlanabilecektir. Bu da kadının isteği üzerine gebeliğin sona erdirilmesinin, uygulamada ancak döllemenmeden itibaren 8 haftalık süre içinde mümkün olduğu anlamına gelmektedir.

Gebelik süresinin hesabı konusundaki terminolojik belirsizliğin yanı sıra kanun koyucunun 10 haftalık süreyi belirleme amacına kanun gerekçesinden ulaşmak mümkün değildir. Kanun çalışmalarına bakıldığında, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan Türk Ceza Kanunu tasarisinde, model alınan Alman Ceza Kanunundaki düzenlemeye paralel olarak, “gebeliğin on iki haftayı aşmamış bulunması” koşuluyla suç olmayacağı belirlenmiş,⁶⁰ ancak Alman Ceza Kanunundan farklı olarak fiilin hangi andan itibaren gebeliğin sonlandırılması olarak kabul edileceğine ve yasal süre sınırının başladığı ana dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Adalet Bakanlığınca hazırlanan tasarıda yasal süre 12 hafta olarak belirlenmesine rağmen, bu süre kanunlaşan metinde 10 hafta olarak kabul edilmiştir.⁶¹ Ayrıca Adalet Bakanlığının

⁵⁸ Atıl Yüksel/Hayri Ermiş/Alkan Yıldırım, “Populasyonumuzda 11-14. Hafta Fetal Baş-Popo Mesafesi Nomogramı” *Türkiye Klinikleri J Gynecol Obst*, 15, 2005, s. 304; Gebelik süresinin (yaşının) kadının son adet tarihinden itibaren başladığı, ayrıca tıp dünyasında ve hukukta embriyonun (ceninin) yaşının değil, gebelik yaşının dikkate alındığı yönünde bkz. Dölen, s. 35; Çocuğun kaç kaftalık olduğu hususunun tamamen tıbbi bir sorun olduğu yönünde bkz. Gökcan/Artuç, s. 3667.

⁵⁹ Muhtar Çokar, *Kürtaj*, Babil Yayınları, 2008, s. 218.

⁶⁰ Tasarının 151. maddesine göre “Kadının rızasıyla çocuk düşürme halinde ise, gebeliğin on iki haftayı aşmamış bulunması koşulu ile fiil suç oluşturmayacaktır.”, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

⁶¹ Aynı şekilde NPHK düzenlendiği dönemde de Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca hazırlanan 557 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun ile 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarisinde gebeliğin istek üzerine sona

hazırladığı kanun tasarısında kadının suç sonucu gebe kalması bakımından süre sınırı öngörülmemişken, bu süre Adalet Komisyonunda kabul edilen tasarıda indirilerek 20 hafta olarak kanunlaştırılmıştır.⁶²

1983 yılında düzenlenen NPHK hükümlerinin günümüz yaklaşımları ve bilimsel gelişmeler ışığında toplumsal ihtiyaçlara cevap verip vermediği tartışılması gereken bir husus olup, makalemizde de üzerinde durulan, bireyin üreme hakkı ve üreme özgürlüğü tartışmalarında NPHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki yıllarda paradigma değişiminin yaşanması ve bireyin temel insan hakkı olan üreme özgürlüğünü etkin bir şekilde kullanabilmesine yönelik uluslararası çalışmalar birlikte değerlendirildiğinde, Kanunun günümüz ihtiyaçlarına uygun olmadığı ve bireye tanınan hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını göz önünde tutmadığı söylenebilir. NPHK da yer alan 10 haftalık sürenin hangi kritere göre gebeliğin sonlandırılmasına esas teşkil ettiği anlaşılammakta,⁶³ hangi bilimsel verilere göre veya embriyonun hangi gelişimsel sürecini esas alarak bu sınırın getirildiği belirsiz olduğundan ve sürenin başlangıcı hususunda belirsizliğin de madde metnindeki ifadeden (başka bir ifadeyle kanun koyucunun sürenin hangi andan itibaren başlaması gerektiğine yer vermemiş olmasından) kaynaklandığı düşünüldüğünde NPHK hükümlerinin ve TCK'daki düzenlemelerin çağın ihtiyaçlarını karşılayan ve bireyin üreme özgürlüğünü temin eden düzeyde olduğu sonucuna varılamamaktadır.

erdirilmesi bakımından azami sınır 12 hafta olarak kabul edilmiştir ancak kanunlaşan metinde bu süre 10 hafta olarak belirlenmiştir. Danışma Meclisi, S. Sayısı: 347, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c016/dm_02016083ss0347.pdf>, Erişim Tarihi 9 Ekim 2022.

⁶² Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), S. Sayısı: 664, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>>, Erişim Tarihi 2 Kasım 2022.

⁶³ NPHK tasarısına ilişkin karşı görüş sunan A. Pulat Gözübüyük, gebeliğin on ikinci haftası doluncaya kadar çocuğun alınmasının annenin sağlığı ve hayatı için son derece tehlikeli olduğunu, bu konuda dünyadaki ünlü tıp ve ceza hukuku bilginlerinin görüş birliği olduğunu belirtmiştir. Kanun çalışmaları neticesinde Sağlık ve Sosyal İşler Komisyonu gebeliğin sonlandırılmasında yasal süre sınırına ilişkin maddelerdeki oniki hafta ibarelerini on hafta olarak değiştirmiştir. Ayrıca komisyon, tasarının çerçeve 10 uncu maddesine ilişkin yaptığı değişiklikte, metninde geçen oniki haftalık gebelik süresini fazla bulduğunu açıkça belirtmiş ve süreyi on hafta olarak değiştirmiştir. Taslak bu haliyle kanunlaşmıştır. Danışma Meclisi, S. Sayısı: 347, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c016/dm_02016083ss0347.pdf>, Erişim Tarihi 9 Ekim 2022.

B. Türk Hukukunda Yasal Sürelerin Belirlilik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Kanunilik ilkesi uyarınca, gebeliğin sona erdirilmesi bakımından, fiillerinin hangi ana kadar meşru zeminde, hangi andan itibaren kanunda belirtilen suç kapsamında kaldığını açıkça bilmesi bireyin özgürlüklerinin korunması kapsamındadır, ilke gerekli düzenlemeyi yapma yükümlülüğünü kanun koyucuya yüklemektedir; bu durum kanunilik ilkesiyle birlikte ceza hukukunun özgürlükleri sınırlayan yönünün yanı sıra özgürlükleri güvenceleyen bir alan olmasından kaynaklanmaktadır.⁶⁴ Ceza hukukunun güvence fonksiyonu olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bireyi devlete karşı koruma amacı taşımaktadır.⁶⁵ Kişi hak ve özgürlüklerinin devlet karşısında güvence altında olması için; hangi fiillerin suç teşkil ettiği, buna ilişkin yaptırımın ne olduğu önceden kanunda açıkça düzenlenmelidir.⁶⁶ Kanunilik ilkesinin davranışı şekillendirme işlevi olarak (Verhaltenbestimmungsfunktion des Gesetzlichkeitsprinzips)⁶⁷ anılan bu güvence sayesinde birey, kanunun yasakladığı fiilleri önceden bilebilir, özgürlük alanının sınırlarını öngörebilir.⁶⁸ Böylelikle yasak eylemleri önceden bilen kişinin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınabilir.⁶⁹

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca iç hukukumuzun bir

⁶⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Yaşar, *Das Gesetzlichkeitsprinzip, Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und türkischen Rechts*, Kovac, 2018, s. 17.

⁶⁵ Kayıhan İçel/Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap*, 3. Bası, Beta, 1999, s. 71.

⁶⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin, 2022, s. 56; Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da vurgulandığı üzere; "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.", AYM. 07.07.2011, E. 2010/69, K. 2011/116; RG. 21.10.2011 – 28091.

⁶⁷ Yaşar, s. 366.

⁶⁸ İçel/Donay, s. 73.

⁶⁹ İçel/Donay, s. 73.

parçası olan, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin suçun ve cezaların yalnızca kanun tarafından belirlenebileceğini düzenleyen kanunsuz ceza olmaz başlıklı 7. maddesi⁷⁰ nazara alındığında, suçların ve cezaların kanunla açık ve belirgin şekilde tanımlanması gerekliliği karşımıza çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre ise; kanun “erişilebilir” (accessibility) ve “öngörülebilir” (foreseeability) olacak şekilde niteliksel gereklilikleri sağlamalıdır ve bu gereklilikler hem bir suçun tanımı hem de suça verilecek ceza yönünden karşılanmalıdır, kişi ilgili hükmün lafzından ve gerekirse mahkemelerin yorumlarından da yararlanarak, hangi fiil ve ihmallerin kendisini cezai olarak sorumlu kılacağını ve işlenen fiil ve/veya ihmali nedeniyle kendisine hangi cezanın verileceğini bilmelidir.⁷¹ Mahkeme, aynı zamanda kanunların genel olduğu ve mutlak bir belirlilik taşıyabileceği yönünde vurgu yapmış, kanunların lafzının her zaman açık olmaması kanunların genel düzenlemeler içermesinin mantıksal bir sonucu olduğunu da hatırlatmıştır.⁷² Normların düzenlenmesinde ayrıntılı liste oluşturmanın standart yöntemlerden biri olmadığını, suç tipine ilişkin genel sınıflandırma yapıldığını ifade eden Mahkeme; kanunların ölçsüz şekilde esnek olmamasından kaçınma ve değişen koşullara ayak uydurma ihtiyacı sebeplerine dayanarak, bunun birçok yasanın kaçınılmaz olarak, az ya da çok muğlak terimlerle ifade edilmesi anlamına geleceğini, bu noktada kanunların yorumlanmasının ve hayata geçirilmesinin uygulamaya bırakıldığını belirtmektedir.⁷³

Suç tipinin düzenlendiği kanun metnlerinin açık olması, çok genişletilebilen ve farklı anlamlara gelecek ifadelerden kaçınılması gerekliliği iç hukukta TCK m. 2/1'de ifade edilmiş olup madde metninde “açıkça” ifadesi kullanılmıştır. Madde gerekçesine göre “Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir.

⁷⁰ AİHS m. 7: “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf>, Erişim Tarihi 22 Ocak 2023.

⁷¹ Kafkaris/ Kıbrıs, B. No: 21906/04, § 140, 12/02/2008; Cantoni/ Fransa, B. No: 17862/91, § 29, 11/11/1996.

⁷² Cantoni/ Fransa, B. No: 17862/91, §31, 11/11/1996.

⁷³ Cantoni/ Fransa, B. No: 17862/91, §31, 11/11/1996.

Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukuki sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.”⁷⁴ Buna göre, yukarıda izah edilen, bireyin temel hakkı olarak kabul edilen üreme hakkının sınırlandırılması anlamına gelen, gebeliğin sona erdirilmesinde yasal süre sınırı getiren düzenlemenin, madde metninde şeklen yer alması yeterli değildir. Kişi, ancak kanunda yer alan suç ve ceza içeren düzenlemelerin açık olmasıyla, hangi davranışının suç teşkil edeceğini (ve buna ilişkin yaptırımı) anlayabilecektir. Buna fiili hangi süreler içerisinde yasal olarak gerçekleştirmesine izin verildiğini açıkça bilmesi ve davranışının hangi andan itibaren suç oluşturduğunu anlayabilmesi de dahildir. Bu bağlamda, devletin hangi koşullarda gebeliğin sonlandırılabilirliğini somut bir şekilde düzenleme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁷⁵ Bu açık ve somut düzenlemelere uygun gerçekleştirildiği müddetçe, artık kadının kendi geleceğini belirleme özgürlüğüne dayanarak verdiği gebeliğin sonlandırılması kararında farklı bir şekilde kısıtlamaya gidilmesi mümkün değildir.

Kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesi bakımından durum değerlendirildiğinde, yasal sürelerin sona erdiği zamanın kanunda düzenlenmesi kanunun belirliliği için yetmemektedir. Belirlilik ilkesine uygun bir düzenlemeden söz edebilmek için, öncelikle sürelerin hangi andan itibaren işlemeye başladığının da kanun metninden tespit edilebilir olması gerekmektedir. Başlangıç anı bilinmeyen bir sürenin bitiş anını hesaplamak imkânsız olduğundan, kanun metninde belirsizlik söz konusudur. Mevcut durumda yasal sürelerin doğru hesaplanması mümkün değildir ve bu durum belirlilik ilkesi bağlamında kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Suçun kanuni tanımına bakıldığında “*gebelik süresi*” ifadesi karşımıza çıkmakta olup, bu sürenin işlemeye başlayacağı zamana ve sürenin hesaplanacağı usule ilişkin bir ifade mevcut değildir. Dolayısıyla gebelik süresinin hangi yöntemle göre hesaplanacağı ve bunun gebeliğin sonlandırılmasında azami süre hususunda belirleyici olacağı açık değildir.

⁷⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 26.

⁷⁵ Ayrıca gebeliğin sonlandırılması hususunda nazara alınması gereken, ancak konunun geniş olması sebebiyle makalemizde kısaca değineceğimiz, başka bir husus; AİHM'nin “herkes”in yaşam hakkının yasayla güvence altına alınacağını hüküm altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında, döllenmeden itibaren varlık kazanan embriyonun “herkes” kavramına dahil olup olmadığını belirlemekten imtina etmesi ve embriyonun Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yaşam hakkı korumasından yararlanıp yararlanamayacağı noktasında kesin karar verme yükümlülüğünün olmadığını hatırlatarak, bu hususu taraf devletlere bırakmış olmasıdır, bkz. R. H./ Norveç, B. No: 17004/90, 19/05/1992; Vo/ Fransa, B. No: 53924/00, 08/07/2004.

C. Alman Ceza Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Hesaplanması

Alman Ceza Hukukunda gebeliğin sonlandırılması § 218 StGB (Strafgesetzbuch-Alman Ceza Kanunu) uyarınca kural olarak hukuka aykırı ve cezalandırılan bir eylem olup bu bağlamda kanunda öngörülen, embriyonun iki ayrı gelişim evresine göre (nidasyon ve döllenme) dikkate alınması gereken süreler çalışmamız bakımından önem arz etmektedir. N i d a s y o n u n tamamlanmasından evvel rahimdeki embriyoya (döllenmiş yumurtaya) etki eden fiiller Alman Ceza Kanunu bakımından gebeliğin sona erdirilmesi suçuna vücut vermez (§ 218/1 StGB).⁷⁶ Bunun sonucu olarak, gebeliğin sonlandırılması, embriyonun korunması amacıyla⁷⁷ kural olarak, nidasyonun tamamlanmasından (embriyonun rahim duvarına tutunmasından)⁷⁸ sonra gerçekleştirildiği takdirde, cezalandırılır. Buna göre; Alman Ceza Kanunu StGB § 218/1 uyarınca,⁷⁹ hukuken gebeliğin başlangıç zamanı nidasyonun tamamlandığı an olarak kabul edilmiş,⁸⁰ bu aşamadan sonra embriyoya etki eden fiillerin gebeliğin sonlandırılması olacağı ve bunun ise kural olarak hukuka aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ancak bu fiillerin, § 218a/1 StGB hükmündeki şartların varlığı halinde, § 218 StGB’de düzenlenen gebeliğin sonlandırılması suçunun tipikliğini oluşturamaması ve cezalandırılmaması da söz konusu olabilir. Maddeye göre; kadın gebeliğin sonlandırılmasını talep eder ve hekime müdahaleden en az 3 gün evvel zorunlu danışmanlık hizmeti⁸¹ aldığını § 219/2 c.2 StGB’de

⁷⁶ Döllenmenin son âdet tarihinden yaklaşık 14 gün sonra gerçekleşmesi ve döllenmeden itibaren yaklaşık 14 gün sonra nidasyonun tamamlandığı göz önünde tutulduğunda, son âdet tarihinden sonraki yaklaşık ilk 4 haftada gebeliğin oluşumunun önlenmesine yönelik fiiller § 218 StGB bakımından suçun tipikliğini gerçekleştirilmeyecektir, Schönke/Schröder-Eser, StGB, Vorbem §§ 218 ff. Rn. 34.

⁷⁷ BVerfGE 39, 1.

⁷⁸ Nidasyonun gerçekleşen bir gelişim aşaması olmayıp, embriyonun yaklaşık 5.-6. gelişim gününde başlar ve döllenmeden ortalama 14 gün sonra tamamlanır, Jofer, s. 328; Nidasyonun döllenmeden sonraki 11. veya 12. günde tamamlanacağı yönünde, Psyhyrembel, <https://www.psyhyrembel.de/nidation/K0F7M/doc/>, Erişim Tarihi 9 Ekim 2022, Stichwort “Nidation”.

⁷⁹ § 218/1 StGB: “Gebeliği sonlandıran kişi 3 yıla kadar hapis cezası veya para cezasıyla cezalandırılır. Etkisi döllenmiş yumurtanın kadının rahmine tutunmasının tamamlanmasından evvel etki doğuran fiiller, bu kanun kapsamında gebeliğin sonlandırılması sayılmaz.”

⁸⁰ Schönke/Schröder-Eser, StGB, § 218 Rn. 6 f.

⁸¹ Kadının danışmanlık alma ve 3 gün bekleme (§ 218a/1 StGB) yükümlülüğü hususunda CEDAW komitesi ve ICESCR komitesi, tıbbi olarak gerekli olmayan, zorunlu koşulların Almanya’nın insan hakları yükümlülükleriyle bağdaşmadığını açıklamışlardır. Committee

belirtilen belgeyle ispatlarsa; gebeliğin sonlandırılması bir hekim tarafından gerçekleştirilirse ve döllenmeden itibaren (p.c.) 12 haftadan fazla süre geçmemişse, § 218 StGB’de düzenlenen gebeliğin sonlandırılması suçunun tipikliği oluşmaz (§ 218a/1 StGB). Böylelikle, Alman Ceza Kanundaki açık hüküm gereği, kadının rızası ile gebeliğin sonlandırılmasının *döllenmeden itibaren* 12. haftanın tamamlanmasına kadar mümkün olduğu, Alman kanun koyucunun yasal süre sınırının başlangıç ve bitiş zamanına kanunda açıkça yer verdiği görülmektedir. Buna göre, hukuken sürelerin hesaplanmasında tıp biliminde esas alınan hesaplama yönteminin (son adet tarihi, p.m.) değil, döllenme zamanının dikkate alınması gerekmektedir.⁸² İnsan gelişimi döllenmenin gerçekleşmesi ile başladığından dolayı, gebelik süresi de döllenmenin gerçekleşmesinden (p.c.) itibaren hesaplanmaktadır.⁸³

§ 218a/2 StGB’de düzenlenen bir diğer hal olan tıbbi endikasyon halinde de gebeliği sonlandıran kişiye ceza verilmeyecektir. Kadının yaşamına yönelik bir tehlikeyi veya kadının fiziksel veya ruhsal sağlık durumunun ağır şekilde zarara uğrama riskini önlemek için, tıbbi bilgiye göre hamile kadının mevcut veya gelecekteki yaşam koşulları nazara alınarak, gerekliyse ve bu tehlike kadın için katlanılabilir (beklenebilir)⁸⁴ olan başka bir yolla bertaraf

on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 22 on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22, 2 May

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TLM%2BP3HJPzjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3Ylzg>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022, § 41; CEDAW, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, 9 March 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/062/56/PDF/N1706256.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022, § 38 (b). Böyle bir kural Türk Hukukunda bulunmamaktadır. Bulunmaması isabetlidir çünkü son karar kendisine ait olsa dahi gebeliğin sonlandırılması için danışmanlık alma zorunluluğu kadının otonomisine devletin müdahale etmesi, bunu sınırlaması anlamına gelmektedir.

Ayrıca Alman hukukunda zorunlu danışmanlığın (kural olarak) aranmayacağı haller § 218a Abs.2/3 StGB de endikasyon şartına bağlı olarak düzenlenmiştir.

⁸² Uygulamada ise gebelik haftası son âdet tarihinden (p.m) itibaren hesaplanır ve buna göre yasal süre 14. gebelik haftasında sona erer. Doctors for Choice Germany e.V., Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch, <https://doctorsforchoice.de/unsere-arbeit/information/schwangerschaftsabbruch/rechtslage/>, Erişim Tarihi 30 Ocak 2023.

⁸³ MünchKommStGB/Gropp, Vor §§ 218 ff. Rn. 76.

⁸⁴ Kadın için katlanılabilirlik kriteri bakımından, kişinin kuvvetine/potansiyeline ve yaşam sevincine önemli ölçüde zarar veren tükenmişlik, korku halinin katlanılamayacak haller olarak değerlendirilmeyeceği yönünde bkz. Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*,

edilemiyorsa kadının rızasına dayanan ve bir hekim tarafından gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılması fiili hukuka aykırı değildir.⁸⁵ Görüldüğü üzere Alman kanun koyucu tıbbi endikasyon halinde gebeliğin sonlandırılması bakımından bir yasal süre sınırı belirlememiştir. Buna göre; doğum sancılarının başladığı ana kadar gebelik hukuka uygun şekilde sonlandırılabilir.⁸⁶

Ayrıca kriminolojik endikasyonu düzenleyen § 218a/3 StGB uyarınca § 218a/2 StGB’de belirtilen şartların geçerli olacağı hüküm altına alınarak; kadına karşı §§ 176-178 StGB (cinsel suçlar) hükümlerinde düzenlenen hukuka aykırı fiil işlenmişse, gebeliğin bu fiilden dolayı oluştuğunun kabulü yönünde tıbbi bilgiye göre kuvvetli sebepler varsa ve *döllenmeden itibaren* 12 haftadan fazla süre geçmemişse (son adet tarihinden itibaren 14 hafta) kadının rızasına dayanarak yetkili hekim gebeliği sonlandırabilecektir. Burada kanun koyucunun yasal süre sınırı düzenlediğini görmekteyiz.

Son olarak sağlıklı olmayan bir embriyonun/çocuğun yaşam hakkına daha az saygı gösterildiği ve bu sebeple gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun kılındığı yönünde yanlış bir algıya yol açtığı argümanı ile embriyopatik endikasyonun, § 218a StGB’de 1995 yılında yapılan düzenlemeyle kaldırıldığını belirtmek gerekmektedir.⁸⁷ O zamandan beri gebeliğin sonlandırılmasına yukarıda izah edilen sosyal, tıbbi veya kriminolojik endikasyon hallerinde izin verilmektedir ve uygulama şartları somut olayda gerçekleşmişse fiili gerçekleştiren kişi cezalandırılmamaktadır.

Bu bilgiler ışığında yasal süre bakımından değerlendirme yapılırsa; Alman kanun koyucu gebeliğin sonlandırılması hükümlerinin uygulama alanı bakımından farklı bir gelişim zamanını esas almış, § 218/1 c. 2 StGB’ye göre embriyonun kadının rahim duvarına tutunmasını (nidasyonu) gebeliğin başlangıcı olarak belirlemiştir.⁸⁸ Bu düzenlemeyle, döllenmenin gerçekleşmesinden ortalama 14 gün sonra tamamlanan nidasyondan⁸⁹ itibaren,

embriyonun ceza hukuku koruması altında olduğu, bundan önceki gelişim safhasında Alman Ceza Kanununun koruma kapsamına girmediği görülür. Bunun sonucu olarak, nidasyonun tamamlanmasına kadar gebelik önleyici araçların kullanılması⁹⁰ gebeliğin sonlandırılması suçuna vücut vermeyecektir. Kanundaki açık düzenlemenin sonucu olarak, gebelik önleyici metotların uygulanması bir haksızlık olarak değerlendirilemez ve buna yönelik cezai yaptırım uygulanamaz. Şayet bu hususta açık kanuni düzenleme olmasaydı; nidasyonun tamamlanmasından önce embriyo üzerinde gerçekleştirilen ve embriyoya etki eden fiiller, gebelikten korunma yöntemi olarak değil, gebeliğin sonlandırılması olarak nitelendirilecekti.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hükümlerin, ancak nidasyonun gerçekleşmesinden sonra uygulama alanı bulacağı yönündeki düzenleme, Alman kanun koyucunun kadının rahmindeki embriyoya (in vivo) derecelendirilmiş bir koruma konsepti öngördüğünü de göstermektedir. Buna göre embriyo, nidasyonun gerçekleşmesinden önce ceza kanununun koruma alanına girmezken,⁹¹ ancak nidasyonun tamamlanmasından sonra ceza hukuku korumasından faydalanır.⁹² Netice itibarıyla Alman hukukunda gebeliğin sonlandırılması fiiline ilişkin ceza tehdidi ancak embriyonun rahme tutunmasından sonra ve her halükârda döllenmeden itibaren, kural olarak 12 haftanın (p.c.) aşılması halinde söz konusu olacaktır.

SONUÇ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir neticesi olarak, yasaların belirlilik esasına uygun şekilde düzenlenmiş olması ceza hukuku bakımından önem arz etmektedir. Gebeliğin sona erdirilmesi fiilinin, yasal süreler içerisinde gerçekleştirilebilmesi bakımından, suçun kanuni tanımında “gebelik süresi” ifadesi tercih edilmiş olup bu ifade farklı usullerle (p.c. ya da p.m.) hesaplanan bir sürecin terminolojisini ifade etmektedir. Gebeliğin sona erdirilmesinde

5. Aufl., CF Müller, 2015, Rn. 804.

⁸⁵ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65. Aufl., C.H.Beck, 2018, § 218a Rn. 14.

⁸⁶ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65. Aufl., C.H.Beck, 2018, § 218 Rn. 2.

⁸⁷ Deutscher Bundestag, *Drucksache 13/1850. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss)*, 1995, <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/018/1301850.pdf>>, Erişim Tarihi 22 Ocak 2023.

⁸⁸ Schönke/Schröder-Eser, StGB, § 218 Rn. 6 f.

⁸⁹ Bkz. dipnot 78. Ayrıca nidasyon süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. çalışmamızın s. 6 vd.

⁹⁰ Örn. Intrauterinpressar (IUP, spiral), ertesi gün hapı (Morning-after-Pille). Günter Hirsch, “Die ‚Pille danach‘”, *MedR*, 1987, s. 12 vd.

⁹¹ Nidasyon öncesi dönemde embriyo, kadının rahmi dışında (in-vitro) veya içinde (in-vivo) olduğu süreçte 01.01.1991 tarihinde yürürlüğe giren Embriyoların Korunması Kanunu (ESchG) ile koruma altına alınmıştır.

⁹² Bu durum, kadının rahminde bulunan embriyonun (in-vivo), kadın rahmi dışında bulunan ve Alman Embriyoları Koruma Kanunu (ESchG) hükümleriyle müdahalelere karşı katı bir şekilde korunan embriyodan (in-vitro) daha zayıf bir koruma altında olduğunu gösterir, Jörn Ipsen, “Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro”, *Juristenzeitung*, 56, 2001, s. 992; Ulrich Schroth, “Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts”, *Juristenzeitung*, 2002, s. 173.

hukuki değerlendirme yapılırken, birbiriyle çatışan hukuken korunan iki değer in muhakeme edilmesi gerektiğinden, embriyonun yaşam hakkı ve kadının kendi geleceğini belirleme hakkı çatışmasında kadının embriyoyu rahminde taşıyan birey olarak kendi bedeni ve geleceği hakkında karar vermesi, yasal sınırlar içerisinde olmak ve yasal sınırların belirlilik ilkesine uygun düzenlenmesiyle kadının üreme hakkının teminiyle doğrudan bağlantılıdır. Yukarıda da izah edildiği üzere devletin temel bir insan hakkı olarak kabul edilen üreme hakkının temini yönünde yükümlülüklerine uygun davranma, iç hukukta gebeliğin sonlandırılmasına ve aile planlamasına yönelik düzenlemeleri bireyin üreme hakkını temin edecek ölçüde, keyfi sınırlamalardan uzak, açıkça kanunla düzenleme, ayrıca ilgili düzenlemeleri her türlü kuşku dan uzak şekilde, terminolojik belirsizlik oluşturmayacak şekilde net ve açık ifadelerle destekleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kanun düzenlemesinde kullanılan ifade dikkate alındığında, düzenlemenin belirlilik ilkesine uygun olduğunu söylemek güçtür. Gebelik süresinin, farklı disiplinlerde farklı başlangıç anı esas alınarak hesaplanması dolayısıyla, bu ifadenin anlamının disiplinden disipline değişiklik gösterdiği açıktır. Bu sebeple böyle bir ifadeyi suçun yasal süresinin sınırını ifade ederken kullanmak yeterli değildir, ayrıca belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak, bu aykırılığın hak ihlaline yol açabileceği, ayrıca bu konuda sınırın ceza kanununda kesin bir şekilde çizilmemesi sebebiyle ceza hukukunun bireyin özgürlüğünün güvencesini sağlayamadığının kabulü gerekir.

Gebelik sürelerin hesaplanmasındaki belirsizliğin ortadan kaldırılması için izah edilen bilgiler ışığında; hukuk alanında kabul edilen hesaplama usulünün madde metninde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Herhangi bir duraksamaya mahal vermeyen, açık ve net bir düzenleme ile söz konusu belirsizliği giderecek şekilde mevzuattaki ilgili maddelerin yeniden düzenlenmesi, sürenin başlangıç ve bitişinin, ayrıca fiilin hangi andan itibaren gebeliğin sonlandırılması olarak nitelendirileceği de kanunla ve belirlilik ilkesine uygun bir biçimde belirtilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda ortaya konulan sorun, gebelik süresinin hesabında hangi disiplinin hesaplama usulünün esas alınması gerektiğidir. Uygulamadaki karmaşanın ortadan kaldırılması için “döllenmeden itibaren” süre hesabını esas alan hesaplama usulünün ölçüt alınacağı, açıkça madde metnine eklenmeli, ayrıca Alman Ceza Kanunundaki şekilde gebeliğin başlangıç anına (nidasyon) madde metninde yer verilmeli, fiilin hangi andan itibaren gebeliğin sonlandırılması olarak değerlendirileceği maddede açıkça yer almalıdır. Aksi takdirde gebelikten korunma yöntemlerinin uygulanmasına yönelik

uygulamalar ceza hukuku bakımından belirsizlik oluşturacak, korunma yöntemlerine yönelik fiillerin kanunun belirttiği yasal süreler içerisinde gerçekleştirilmeleri sebebiyle, bunların gebeliğin sonlandırılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Önerilen düzenlemelerle, gebeliğin hukuken başlangıç zamanı belirlenerek, fiilin hangi andan itibaren gebeliğin sonlandırılması olarak değerlendirileceği kanunda açıkça düzenlenmiş olacak, ayrıca gebelik süresinin hesaplanmasında farklı ölçütlerin kullanılmasının önüne geçilerek, uygulamadaki belirsizlik ortadan kaldırılacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk M E / Gökçen A / Alşahin M E / Çakır K, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Baltzer J, *Praxis der Gynäkologie und Geburtshilfe: das komplette Praxiswissen in einem Band; 321 Tabellen*, Georg Thieme Verlag, 2004.
- Beier K / Wiesemann C, “Reproduktive Autonomie in der liberalen Demokratie: Eine ethische Analyse”, Claudia Wiesemann / Alfred Simon (ed.), *Patientenautonomie*, Mentis, 2013, s. 205-221.
- Bommas-Ebert U / Teubner P / Voß R, *Kurzlehrbuch Anatomie und Embryologie*, 3. Auflage, Georg Thieme Verlag, 2011.
- Büchler A, “Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, 135, 2016, s. 349-492.
- CEDAW, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the combined seventh and eighth periodic reports of Germany, CEDAW/C/DEU/CO/7-8, 9 March 2017, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/062/56/PDF/N1706256.pdf?OpenElement>>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 22 on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22, 2 May 2016, <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/r.x?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAEkmaOwDOWsUe7N8TLm%2BP3HJPzjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg>>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.
- Çankırı Z, “Embriyolojik Terimler”, Murat Akkuş (ed.), *Sağlık & Bilim 2022: Genel Embriyoloji-1*, Efeakademi Yayınları, 2022, s. 7-19.
- Çokar M, *Kürtaj*, Babil Yayınları, 2008.
- Deutscher Bundestag, *Drucksache 13/1850. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuß)*, 1995, <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/018/1301850.pdf>>, Erişim Tarihi 22 Ocak 2023.

- Doctors for Choice Germany e.V., Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch, <<https://doctorsforchoice.de/unsere-arbeit/information/schwangerschaftsabbruch/rechtslage/>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2022.
- Dölen İ, “Tıbbî Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?” *V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, 2014, s. 35-40.
- Dönmez B, “TCK’da çocuk düşürtme suçu mukayeseli hukuk ve AİHM’nin bakış açısıyla ceninin yaşama hakkının sınırlandırılması tahlili” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2), 2007, s. 99-142.
- Drews U, *Taschenatlas der Embryologie*, 2. unveränd. Aufl. ed., Thieme, 2006.
- Elverdam B / Wielandt H, “The duration of a human pregnancy: medical fact or cultural tradition?”, *The International journal of prenatal and perinatal psychology and medicine*, 6(2), 1994, s. 239-246.
- Erdoğan M / Şahin E / Dinçel S, “Embriyo İmplantasyonunun Moleküler Mekanizması” *Journal of Human Rhythm*, 5(4), 2019, s. 311-322.
- Erman S / Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, 1994.
- Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65. Aufl., C.H.Beck, 2018.
- Goerke K, *Taschenatlas der Geburtshilfe*, 2. unveränderte Auflage, Georg Thieme Verlag, 2006.
- Gökcan H T / Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 2021.
- Günther H L, Taupitz J / Kaiser P (Hrsg.), *Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen*, 2., neu bearb. Auflage, 2014. (Atıf: Yazar, ESchG § Rn.)
- Hakeri H, *Tıp Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Hassenstein B, “Lebensbeginn-Medizin”, Albin Eser u.a. (Hrsg.), *Lexikon Medizin, Ethik, Recht. Darf die Medizin, was sie kann?*, Verlag Harder, 1989, s. 673-681.
- Hirsch G, “Die ‚Pille danach‘”, *MedR*, 1987, s. 12-16.
- Hyrtl J, *Lehrbuch der Anatomie des Menschen: Mit Rücksicht auf*

- physiologische Begründung und praktische Anwendung*, 20. Aufl. mit fortschrittsgemässen Zusätzen u. Änderungen ed., Wilhelm Braumüller, 1889.
- Ipsen J, “Der „verfassungsrechtliche Status“ des Embryos in vitro”, *Juristenzeitung*, 56, 2001, s. 989-996.
- İçel K / Donay S, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap*, 3. Bası, Beta, 1999.
- İnce N, “Gelişimin Birinci Haftası”, Murat Akkuş (ed.), *Sağlık & Bilim 2022: Genel Embriyoloji-1*, Efeakademi Yayınları, 2022, s. 21-36.
- Joecks W & Miebach K (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Bd. 4), §§ 185-262 StGB, 3. Auflage, C.H. Beck 2017. (Atıf: MünchKommStGB/Yazar, § Rn.)
- Jofer P, *Regulierung der Reproduktionsmedizin, Fremdsamenspende, Ersatzmutterchaft und Umgang mit überzähligen Embryonen*, Nomos, 2014.
- Keller P J, “Physiologie des menstruellen Zyklus”, *Gynäkologisch-geburtshilfliche Rundschau*, 13(Suppl 1), 1973, s. 3-17.
- Kızıroğlu S K, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 2013, s. 165-190.
- Koca M / Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin, 2022.
- Koester H, “Zum Beginn der Schwangerschaft und des embryonalen Lebens”, Richard Kepp / Helmut Koester (Hrsg.), *Empfängnisverhütung aus Verantwortung, Zweiter ärztlicher Fortbildungskurs der medizinischen Fakultät der Justus-Liebig- Universität Gießen: über Fragen der Kontrazeption am 22./23. June 1968 ... ; 11 Tabellen*, Thieme, 1968, s. 14-25.
- Moore K L/ Persaud T V N, *Embryologie: Entwicklungsstadien-Frühentwicklung-Organogenese- Klinik*, 5. Auflage, Fischer, 2007.
- Oktar S, *Türk Ceza Kanunda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)*, Onikilevha 2013.
- Özbek V Ö/ Doğan K/ Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Pschyrembel W, *Klinisches Wörterbuch*, <<https://www.pschyrembel.de/nidation/K0F7M/doc/>> , Erişim Tarihi 9 Ekim 2022.
- Rohen J W / Lütjen-Drecoll E, *Funktionelle Embryologie. Die Entwicklung der Funktionssysteme des menschlichen Organismus, mit 9 Tabellen*, 4. überarb. u. erw. Aufl. ed., Schattauer Verlag 2012.
- Sadler T W, *Medizinische Embryologie: die normale menschliche Entwicklung und ihre Fehlbildungen*, 10. Korrigierte Aufl. ed., Thieme, 2003.
- Schönke A / Schröder H, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, C.H. Beck, 2006. (Atıf: Schönke/Schröder-Yazar, StGB, § Rn.)
- Schroth U, “Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts”, *Juristenzeitung*, 2002, s. 170-179.
- Schulze S, *Kurzlehrbuch Embryologie: Kurzlehrbuch zum Gegenstandskatalog; mit 18 Tabellen*, Urban&Fischer Verlag, 2006.
- Tezcan D/ Erdem M R/ Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Ulsenheimer K, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., CF Müller, 2015.
- United Nations, Beijing Declaration and Platform for Action, Report of the Fourth World Conference on Women, Beijing China, 4-15 September 1995, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.
- United Nations, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41, <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf>, Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.
- United Nations Population Fund, Programme of Action of the International Conference on Population Development Cairo, 5–13 September 1994, 20th Anniversary Edition, <https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf>, Erişim Tarihi 1 Kasım 2022.

- Ünver Y, “Ceza Hukuku Yönünden Gebeliğin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu” *V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, 2014, s. 359-394.
- Viebahn C, “Eine Skizze der embryonalen Frühentwicklung des Menschen”, G. Damschen & D. Schönecker (Hrsg.), *Der moralische Status menschlicher Embryonen. Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument*, 2011, s. 269- 278.
- Yaşar E, *Das Gesetzlichkeitsprinzip, Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und türkischen Rechts*, Kovac, 2018.
- Yüksel A/ Ermiş H/ Yıldırım A, “Populasyonumuzda 11-14. Hafta Fetal Baş-Popo Mesafesi Nomogramı” *Türkiye Klinikleri J Gynecol Obst*, 15, 2005, s. 304-308.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

HABERMAS'IN SİYASAL KATILIM HİYERARŞİSİ VE DİJİTAL İLETİŞİMİN EŞİTLİKÇİ KAMUSAL ALAN VAADİ

THE HIERARCHY IN HABERMAS' POLITICAL PARTICIPATION
UNDERSTANDING AND THE EGALITARIAN PUBLIC SPHERE
PROMISE OF DIGITAL COMMUNICATION

Selen TUNÇ* 

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1241839](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1241839) 

Habermas, seçkin demokrasi kuramlarına karşı katılımcı bir demokrasi anlayışı geliştirmeyi hedefler. Ne var ki siyasal failliğe dair kavrayışı nedeniyle eşitler arası siyasal katılım idealini ihlal eder. Habermas'ın siyasal katılım anlayışı merkezde aktif katılımcıların, çevrede pasif katılımcıların yer aldığı iki katmanlı bir katılım hiyerarşisi yaratır. Özel çıkarlarını geride bırakan rasyonel müzakereci, kamusal alanın aktif katılımcısı statüsündedir. Bu şartları sağlayamayan kişiler anonim izleyici kitlesini teşkil edecek pasif katılımcılardır. Eşitler arası katılım idealinin ihlali, ortak yarara ilişkin konsensüs hedefinin Habermas için öncelikli olmasıyla açıklanabilir. Kamusal alanın hedefi ortak yarara yönelik rasyonel konsensüs olarak belirlenince, benimsenen rasyonalite anlayışı doğrultusunda katılımcıları farklı statülere yerleştirmek kaçınılmaz hale gelir. Habermas'ın dijital iletişim aracılığıyla oluşan yeni kamusallık biçimlerine yönelik eleştirisi de aynı kaygıdan beslenir. Dijital iletişim kamusal katılım rollerine meydan okuyarak her kullanıcının "yazar" statüsünde olmasına olanak sağlar. Habermas'a göre, siyasal katılım rollerindeki bu yenilik eşit katılım ideali için umut verici olsa da ortak yarara dair konsensüs hedefini tehlikeye atar.

* **Arş. Gör.** Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı/ BURSA, **e-posta:** selentunc89@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-8753-4301 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1241839

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Anahtar Kelimeler: Dijital iletişim, kamusal alan, müzakereci demokrasi, Habermas, eşitlikçi siyasal katılım.

ABSTRACT

One of the many concerns of Habermas is to advance a participatory democracy understanding against elitist democracy theories. However, his conception of political agency hardly enables egalitarian political participation. The double-layered hierarchy positioning participants to particular participation roles can be related to the rational consensus expectation of Habermas on public issues. The rational debaters who direct their attention to the public good over their self-interests act as active participants at the center of the public sphere. The passive participants lacking the required rationality conditions and so constitute the anonymous audience are at the periphery of the public sphere. Since Habermas determines the function of the public sphere as reaching a rational consensus, it is inevitable to classify participants by adopted rationality criteria. Habermas' critique of the new forms of public spheres created through digital communication grounds the same concern. Digital communication dramatically challenges political participation roles by allowing each cyber citizen to be an "author" who can share opinions in their unique style of rhetoric about what matters in terms of the public good. According to Habermas, this transformation of political participation roles makes the egalitarian political sphere conceivable at the expense of consensus regarding public interests.

Keywords: Digital communication, public sphere, deliberative democracy, Habermas, egalitarian political participation.

EXTENDED ABSTRACT

Habermas explains his public sphere model via the elements of openness to each concerned private person and being towards a consensus about the public interest, which cannot be considered as the sum of the interests of each private person. He makes a significant contribution to the theory of democracy by underlining the importance of inclusive political participation for contemporary pluralist societies. At the same time, his work also indicates that an inclusive democracy theory can violate its fundamental egalitarian principle through specified participation requirements and create a theoretical mechanism of exclusion. The implicit asymmetry between participants of public deliberation can be discerned in Habermas' understanding of the public sphere. It tacitly builds a double-layered hierarchy that cast those lacking deliberative skills as passive participants.

It has become possible to see Habermas' assumptions that prepare the ground for unequal political participation more clearly in his interpretation of the new publics created by digital media. His concerns over the new forms of the public sphere created by digital communication can be evaluated through his answers to three essential questions: The questions of who is included in the public sphere, what content is

worthy of discussion regarding the public interest, and in which way speakers should explain their ideas in a public debate.

The principle of equal participation as Habermas argues, shows that the identity of participants is irrelevant to the quality of participation by answering the who question as everyone concerned. It doesn't pay attention to participation roles in public deliberation, either. The questions of what and how to discuss are more important than the role assigned to any given participant. Thus, the important questions of the Habermasian public sphere model are the what, concerning the subject of the debate, and the how regarding the appropriate communication procedures. However, an exclusivist explanation for the political agency is hidden in the answers to these questions. Therefore, it is essential to ask explicitly who are the participants of the public debate to understand who is actually included in the public sphere.

Habermas' principle of equal participation is damaged by a double-layered inner hierarchy that ends up assigns participants fixed positions. It creates passive participants who are not allowed to open the common interest up for discussion because of procedural conditions. On the other hand, there are active participants who can fulfill the argumentative terms of the deliberation, which is designated as the appropriate procedure for public communication. The latter retain the power to set the agenda of the public debate. It could be argued that Habermas advocates a kind of democratic elitism based on the concept of public intellectual rather than a participatory democracy model.

Habermas' model of the deliberative public sphere implies a pedagogical approach that demands the public education of the people who are only capable to pursue their self-interest. The distinction between the speaker who has mastered the negotiation procedures, and the anonymous audience allows us to define the public sphere as a universal political school rather than a space where political and social equality is claimed. It is not clear whether citizens come into the public sphere to convey claims about the public good or to take a continuous argumentation lecture.

The problem with Habermas' understanding of political participation is the confinement of those considered irrational according to almost unattainable criteria of rationality to the role of listener. Identifying the equality-breaching implications of this inclusive public sphere model makes visible the link between Habermas' critique of publicity created by digital communication and his double-layered understanding of the political agent. Habermas' criticisms of digital public spheres are related to the transformation of the dynamics of political agency. His main concerns are perhaps the most promising aspects of digital communication.

GİRİŞ

Burjuva kamusalının doğuşunu, gelişimini ve çöküşünü inceleyen eseri *Kamusalın Yapısal Dönüşümü*'nden 60 yıl sonra Habermas, kamusalın dijital medyanın etkisiyle bir kez daha yapısal dönüşüm geçirdiğini öne süren bir makale yayımlamıştır. Dijital iletişim çağında kamusal alanın, müzakereci demokrasi ve iletişimsel eylem kuramı aracılığıyla yetkinleştirdiği kamusal alan idealini karşılamaya yeterli olup olmadığını tartıştığı bu yazıda 60 yıl önce temelini attığı kamusal alan modeline bağlılığını yineler. Modern demokrasilerde siyasal kurumları ve karar alma süreçlerini meşrulaştırma işlevi özgür ve eşitler arası kamusal müzakereci gerçeğe göre kamusal alana tahsis edilir¹. Alınan siyasal kararlara her yurttaşın çıkarımının eşit derecede gözetilmesi temelinde riayet edilmesi isteniyorsa, söz konusu kararların özgür ve eşit yurttaşların kamusal müzakere süreçlerine açık olması elzemdir².

Ortak yarara ilişkin konsensüsü hedefleyen müzakereci demokrasi anlayışının çağdaş demokrasilerde rasyonalite, özgürleşim ve meşruiyetin ölçütü olması, siyaset teorisinin güncel siyaset karşısında pedagojik bir rol oynamasından kaynaklanmaz. Müzakereci demokrasi, uyarınca hareket edilmesi gereken ilkeleri sunan uzak bir idealden ziyade çoğulcu toplumların varoluşsal önkoşuludur³. Kamu yararına ilişkin konularda tahakkümsüz ve eşitler arası bir müzakere sürecine katılmış olduklarına dair inanç, yurttaşların oy verme kabinesinde “özgür iradeleriyle” aldıkları kararları motive edebilecek güce sahiptir⁴. Yurttaşlar ortak yarara yönelik doğruluk savlarının uygun iletişim formlarıyla ileri sürüldüğü, tartışıldığı ve sonunda eleştirilebilir iletişimsel doğruluğa ulaşılan bir kamusal müzakereci kendi siyasal kararlarına yanıtacak bir rasyonalite edindikleri gibi, kamusal tartışmaya iştirak ettikleri algısına da sahip olurlar. Çoğunluk kararları “bir sorunun doğru çözümüne yönelik karar alma baskısı altında geçici sonuca bağlanmış bir tartışmanın rasyonel saikli ama yanlılanabilir neticesi olarak bir geçerliliğe” sahiptir⁵.

¹ Jürgen Habermas, “Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 146.

² Seyla Benhabib, “Müzakereci Bir Demokratik Meşruiyet Modeline Doğru”, Zeynep Gürata/ Cem Gürsel (Çev.), Seyla Benhabib (Ed.), *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, 1. Bası, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s. 105.

³ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 149.

⁴ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 150.

⁵ Jürgen Habermas, “1990 Baskısına Önsöz”, *Kamusalın Yapısal Dönüşümü*, Tanıl Bora/ Mithat Sancar (Çev.), 11. Bası, İletişim Yayınları, 2013, s. 47.

Müzakere sonunda çoğunluğa ulaşan görüş ne olursa olsun, kamusal alanda tartışma nihai olarak sonlanmaz. Müzakereci nihai olarak sonlanmaması, azınlıkta kalan kişilerde tüm yurttaşları ilgilendiren kamusal meselelere dair süregiden bir tartışmanın parçası olduğu algısını oluşturur.

McCarthy, Habermas'ın kamusal alan modelinin demokrasinin imkânı hakkında düşünmek için verimli bir araç olduğu kanaatinde⁶. Farklılıkların tanınmasına yönelik kimlik hareketlerinin ve azınlık hakları fikrinin güçlendiği 1990'lı yıllarda siyasal katılıma ilişkin tartışmaların ana ekseninde Habermas'ın iletişimsel eylem ve kamusal alan kuramının bulunması tesadüf değildir. Habermas, ilgili herkesi ilkece kapsayan siyasal katılımın çağdaş toplumlar için taşıdığı önemi hatırlatarak demokrasi kuramına büyük bir katkı sunar. Aynı zamanda, eşit katılım idealini savunan bir demokrasi kuramının belirlediği siyasal katılım şartlarıyla kendi nirengi noktasını ihlal edebildiğini ve kamusal katılımdan dışlayıcı kuramsal mekanizmalar yaratabildiğini teşhir etmeye olanak sağlar. Habermas'ın siyasal katılım anlayışının ima ettiği dışlama biçimlerini tartışmak, çoğulcu toplumlarda kamusallık üzerine düşünmek için faydalı bir başlangıç noktasıdır.

Habermas'ın eşitsiz siyasal katılıma zemin yaratan varsayımlarını, dijital medyanın yarattığı yeni kamusalılıklara ilişkin yorumu aracılığıyla daha açık şekilde görmek mümkün hale gelmiştir. Dijital iletişimin yarattığı yeni kamusal alan modeline ilişkin kuşkuları, kamusal müzakereci katılımına dair *kim*, içeriğine dair *ne* ve usulüne dair *nasil* sorularına verdiği cevaplar ve bu üç soru arasındaki bağa ilişkin yorumu aracılığıyla değerlendirilebilir. Habermas kamusal alan modelini, devlet ve ekonomiden özerklik, ilgili herkesin (özel kişilerin) katılımına açıklık, tartışılan önerilerin özel kişilerin çıkarlarının toplamı olarak değerlendirilemeyecek kamu menfaatine dair olması unsurlarıyla tanıtır. Kişisel özelliklerin ve özel çıkarların geride bırakılması zorunluluğu kamusal tartışmayı sürdürenin kimliğine ilgisizliği gerektirir. Bu ilgisizlik, herkese açık katılım varsayımının bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Eşit katılım ilkesi, *kim* sorusuna *ilgili herkes* cevabını vererek müzakereci kimliğini soruşturmanın katılımın sağlığı için faydasız olduğunu gösterir. Kamusal müzakereci katılım rolleri ile de ilgilenilmez. Kimin konuşmacı, kimin dinleyici yahut kimin yazar, kimin okur olduğundan ziyade neyin, nasıl tartışıldığı önemlidir. Dolayısıyla Habermasçı kamusal alan modelinin önemli soruları, müzakereci konusuna ilişkin *ne* ve uygun iletişim prosedürlerine

⁶ Thomas McCarthy, “Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü'nün 1989 İngilizce Baskısına Giriş”, Meral Özbek (Çev.), Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, 1. Bası, Hil Yayın, 2004, s. 92.

ilişkin *nasıl* sorularıdır. Ne var ki bu sorulara verilen cevaplar, *kim* sorusunu, dolaylı olarak, *ilgili herkes* belirlemesinden farklı şekilde yanıtlar. Katılım şartları aracılığıyla sınırlanan siyasal katılımın kimi kapsadığına ilişkin sorunun hatırlanması önemlidir. Zira *kim* sorusu üzerine düşünmek, kimin kamudan sayıldığını, kimin her daim kamunun görünmeyeni ya da tanımlayıcı ötekisi olduğunu gözler önüne sererek kapsayıcılığı artırmaya hizmet edebilir⁷.

Habermas'ın eşit katılım ilkesi, katılımcılara sabit konumlar atamakla sonlanan iki katmanlı bir içsel hiyerarşi ile bozulur. Kamusal iletişim için uygun prosedür olarak belirlenen müzakerecinin tartışmacı şartlarını yerine getirebilen ve gündemi belirleme yetkisini elinde bulunduran aktif katılımcılara karşı, kamusal tartışmadan açıkça dışlanmayan fakat ortak yararı tartışmaya açma yetkisi prosedürel şartlarla dolaylı şekilde elinden alınmış pasif katılımcılar yaratır. Habermas'ın katılımcı bir demokrasi modelinden ziyade müzakere sürecinde üstlendikleri kamusal aydın rolü nedeniyle entelektüel seçkinlerin hayati önem teşkil ettiği bir tür demokratik seçkinciliği savunduğu ileri sürülebilir. Herkesin erişimine açık kapsayıcı kamusal alan fikrinin katılım eşitliğini bozan imalarını tespit etmek, dijital iletişimin yarattığı kamusalallığa yönelik Habermas eleştirisinin iki katmanlı siyasal özne kavrayışıyla bağını görünür kılar. Habermas'ın dijital kamusalallığa yönelik eleştirileri, esasen, siyasal öznenin *kim* olduğu sorusuna verilen cevapla ilişkilidir.

Birinci bölümde, teorik bir çerçeve oluşturmak amacıyla Habermas'ın kamusal alana dair normatif beklentileri ele alınacaktır. Eşit katılım idealine yönelik Habermasçı kamusal alanın, bu ideali gerçekleştirmeyi engelleyecek başka kaygılara sahip olduğu öne sürülecektir. Uygun iletişim yolu ile ortak yarara ilişkin rasyonel konsensüse ulaşmak, kamusal alana yüklenen temel işlevdir. Eşitler arası kamusal katılım ilkesi, müzakereci usul şartı ve kamusal - özel ayrımını gerektiren ortak yarara ilişkin konu şartı nedeniyle avantajsız toplumsal grupların üyeleri açısından eşitsiz katılım ya da katılımdan dışlanma tehlikesi doğurur.

İkinci bölümde, Habermas'ın dijital kamusal ortamını oluşturan platformlara ilişkin fikirleri normatif kamusal alan modeli ile bağlantılı şekilde değerlendirilecektir. Habermas'ın normatif teorisinin siyasal özne konumlarına ilişkin içerimine dijital medyanın nasıl meydan okuduğu ele alınacaktır. Dijital medyanın aktif - pasif siyasal katılım rollerine ya da yazar - okur iki-

⁷ Martin Seeliger/ Paula-Irene Villa Braslavsky, "Reflections on the Contemporary Public Sphere: An Interview with Judith Butler", *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 72.

liğine ilişkin yapıyı yerle bir etmesinin sunduğu eşitlik vaadi tartışılacaktır. Dijital platformların ticari niteliği ve platform kullanıcılarına siyasal öznenin ziyade özel tüketici muamelesi yapılması yeni medyanın eşitlikçi görüntüsüne gölge düşüren unsurlardır. Ne var ki bu çalışma, sadece siyasal öznenin teşkilinde katılım rollerinin sabitlenmesi ile ilgilendiğinden Habermas'ın da dile getirdiği bu türden isabetli eleştirilere layıkıyla yer verilememiş, değinilmeye yetinilmiştir.

I. HABERMAS'IN KAMUSAL ALANINDA EŞİTLER ARASI KATILIM İDEALİNİN HİYERARŞİK YAPISI

Habermas'ın başlıca kaygılarından biri, siyasal kararlara halk katılımını olumsuzlayan seçkinci demokrasi anlayışıdır. Müzakereci demokrasi kuramı, siyaseti araçsal akılla çözülebilecek teknik meseleler sahası haline getirip uzmanların yönetimini meşru kılan teknokrazi tezi ve halkı siyasetten yoksun bırakan demokratik seçkinciliğe karşı koruma sağlayan bir halk katılımı prosedürü önerme gayesindedir⁸. Ancak kamusal müzakereye katılım şartlarının tarifi, seçkinciliğe karşı çıkan Habermas'ın müzakereci demokrasi kuramına da seçkinci anlayışın sızmış olduğunu, bu nedenle kendi belirlediği katılımda eşitlik idealini gerçekleştirmek için uygun bir zemin yaratamadığını düşündürür.

Habermas'ın müzakereci demokrasi modeli, kamusal katılımın merkezini teşkil eden aktif katılımcı ile çevrede kalan pasif katılımcı arasında bir ayırım inşa ederek çevreden merkeze geçişin bir hayli zor olduğu ve böyle bir geçiş kaygısının öncelikli olmadığı iki katmanlı bir siyasal katılım hiyerarşisi yaratır. Bu siyasal katılım hiyerarşisinin ana hatlarını çizmek üzere (A.) ideal konuşma durumunun siyasal özneliğe dair seçkinci imaları ve (B.) kamusal katılımın usul ve konu şartları aracılığıyla yaratılan siyasal katılım rolleri incelenecektir.

A. İdeal Konuşma Durumunun Seçkinci Siyasal Özne İmaları

Habermas kamusal müzakereye eşit katılım fikrini, katılımcıların eşitliği varsayımını geçersiz hale getirecek şekilde düzenlemiştir. İlgili herkese açık katılım ideali, dilsel pratiklerin evrensel varsayımı olduğu söylenen ve konsensüs hedefi ile tanımlanan ideal konuşma durumu aracılığıyla açıklanır. İdeal konuşma durumu, toplumsal eşitsizlikler ya da kültürel farklılıklar dikkate alınmaksızın katılımcıların birbirini eşit konuşmacılar statüsünde görmesini

⁸ Habermas, "Önsöz", s. 49.

gerektirir. Ortak iyiye yönelik güçlü bir konsensüsü ifade eden “kamuoyu” ancak böyle bir varsayımın temelinde yattığı bir müzakerenin sonucu olabilir⁹.

İdeal konuşma durumu tarifinde belirli bir kültür kesimine ait konuşma alışkanlıklarına evrensellik atfedilmesi ve eşit katılımcılar fikrinin bu kesimin özellikleri aracılığıyla somutlaştırılması, avantajlı ya da güçlü durumda bulunan toplumsal grupların güçsüz kişiler ve gruplar üzerinde tahakkümüne yol açma potansiyeli taşır. Özel konuları, toplumsal eşitliksizlikleri ve kültürel farklılıkları dikkate alınmayan her kamusal alan katılımcısının ideal konuşma durumu aracılığıyla ifade edilen rasyonel insan doğasının potansiyelini gerçekleştirilmesi beklenir. Belirlenen rasyonalite koşullarının herkes tarafından gerçekleştirilemeyecek olması, ilgili herkesin kamusal alanda hazır bulunduğu ama konuşma hakkına sahip olmadığı pasif katılım biçimlerine zemin hazırlar. Habermas'ın demokrasi kuramına ideal konuşma durumu aracılığıyla sızan seçkinciliği anlamak için (1.) kamusal müzakereye katılımın ideal konuşma durumu aracılığıyla nasıl yorumlandığını ve (2.) kamusal müzakere katılımcılarının rollerine ilişkin sabitleyici unsurları kısaca ele almak gerekir.

1. Herkese Açık Katılım İdeali: İdeal Konuşma Durumu

Habermas, özgür ve eşit failer arasında tahakkümsüz tartışma durumunu anlatmak için “ideal konuşma durumu” terimini kullanır¹⁰. İdeal konuşma durumu, konuşmaya katılanların geçerlilik iddialarını savunurken hiçbir dışsal zorlamayla karşılaşmadığı, herkesin müzakereye katılmak için eşit şansa sahip olduğu, muhtemel ilgililerin eksiksiz kapsandığı durumdur¹¹. Kamusal alanın herkesçe erişilebilir olması, vazgeçilemez başlangıç varsayımdır. Burjuva kamusal alanının olduğu dönemde kamusal alanın katılımcıları mülk sahibi erkeklerle sınırlıyken, Habermas'ın kamusal alan modelinde toplumsal

⁹ Nancy Frazer, “Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Varolan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı”, Meral Özbek (Çev.), Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, 1. Bası, Hil Yayınları, 2004, s. 106.

¹⁰ Raymond Geuss, *Eleştirel Teori: Habermas ve Frankfurt Okulu*, Ferda Keskin (Çev.), 1. Bası, Ayrıntı Yayınları, 2002, s. 100; Ülker Yükselbaba, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusal Alanın İktisadi ve İletişimsel Kamusal Alanı Geçiş*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 176.

¹¹ Habermas, “Önsöz”, s. 47; Anthony Giddens, “Jürgen Habermas”, Ahmet Demirhan (Çev.), Quentin Skinner (Ed.), *Çağdaş Temel Kuramlar*, 2. Bası, İletişim Yayınları, 2015, s. 168; Eveline T. Feteris, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gereçlendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma*, Ertuğrul Uzun (Çev.), 1. Bası, Paradigma Yayıncılık, 2010, s. 108.

normların ve politik kararların tüm muhatapları potansiyel katılımcıdır¹².

İdeal konuşma durumunun koşulları, katılımcıların konuşma sırasında birbirlerini nasıl gördüklerine ilişkindir. Görüş ileri süren ve başkalarının ileri sürülen görüşleri eleştiren katılımcıların birbirlerini engellemeleri ve eşit kabul etmeleri gerektiğini vurgularlar¹³. Konuşmaya katılan kişiler savlarını ileri sürmek, gerekçelendirmek ve başka savlara itirazlarını sunabilmek için eşit fırsata sahiplerse, iletişimin tahakkümsüz olduğu varsayılır¹⁴. Eşitlik varsayımı, özel çıkarlarını, dışsal zorlamaları ve toplumsal önyargılarını geride bırakmış kişilerin birbirlerini eşit konuşmacılar olarak göreceği faraziyesinde saklıdır. Katılımcıların kamusal alana beraberlerinde getirdikleri özel çıkarlarını sorgulayıp aşmaları ve ortak yarara ilişkin iddiaları değerlendirirken tarafsız olmaları iki ön koşuldur. Bu ön koşulların yerine getirilmesi her savlama praksi için rutin haline getirilmelidir¹⁵. Kamusal müzakere ileri sürülen iddiaların doğruluğuna ilişkin karar, ideal konuşma durumu altında ulaşılan konsensüsün geçici sonucu olacaktır.

Her konuşma durumunda en az bir dinleyici ve en az bir konuşmacı olacağı kuşkusuzdur. Kamusal alanın dönüştürücü potansiyelini gerçekleştirebilmesi için en az bir konuşmacı ile en az bir dinleyici buluşmalı ve konuşmacı ile dinleyicinin iletişimsel alışverişi dönüştürücü öğrenme süreçlerini tetiklemelidir¹⁶. Habermas'ın ideal konuşma durumunda eşit katılım tarifine göre konuşmacı ve dinleyici konuları kaygan olmalı ve kalıcı roller haline gelmemelidir. “Hem söz sahibi kılan bir dile hem de iştebilir hale getiren bir kulağa sahip”¹⁷ katılımcılar, kamusal iletişimin karşılıklı ve eşitler arası hale gelmesini sağlar. Habermas'ın kamusal alan modelinde kural olarak her katılımcının söz sahibi kılan bir dile ve iştebilen bir kulağa aynı anda sahip olduğu varsayılır. İnsanları eşit konuşmacılar olarak varlık göstermekten alıkoyan her şey, ideal konuşma durumu aracılığıyla kuramsal düzeyde çözülmüş görünür.

¹² Ali Yaşar Sarıbay, *Kamusal Alan, Diyalojik Demokrasi, Sivil İtiraz*, 1. Bası, Alfa Yayınları, 2000, s. 6.

¹³ Feteris, s. 121.

¹⁴ Feteris, s. 108.

¹⁵ Habermas, “Önsöz”, s. 46.

¹⁶ Martin Seeliger/ Sebastian Seignani, “A New Structural Transformation of the Public Sphere? An Introduction”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 9.

¹⁷ Hartmut Rosa, “Social Media Filters and Resonances: Democracy and the Contemporary Public Sphere”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 20.

İdeal konuşma durumu fiili bir kamusal karşılaşmayı değil, insan iletişimine dair bir ideali anlatır. Yerleşik etkileşim biçimlerinin insan iletişiminin asli doğasına ulaşmaktaki yetersizliğini açığa çıkaran ve fiili tartışmanın ideal rasyonaliteden nasıl uzaklaştığını belirleyebilen eleştirel bir ölçüt sunar¹⁸. Ne var ki bu eleştirel ölçüt, insan iletişimine dair olumsal bir temenninin keyfi ifadesi değildir. Dilin ve insan iletişiminin doğasında asli olarak bulunan kaçınılmaz bir kabul olması dolayısıyla evrenseldir¹⁹. Habermas'a göre insan olmak, ideal konuşma durumu ile tarif edilen bir konuşma cemaatinin potansiyel katılımcısı olmaktır²⁰. Ancak toplumsal yaşamdan kaynaklı kısıtlamalarımızı ve özel çıkarlarımızı bir yana bırakıp rasyonel özümüze tam erişim sağlamamızın imkansızlığı, ideal konuşma durumunun düzenleyici bir fikir olmasına neden olur²¹. *Konuşma hakkı* olarak adlandırabileceğimiz kamusal müzakereye aktif katılım yetkisi, ideal konuşma durumunun varsaydığı rasyonel insan doğasını mümkün merteye gerçekleştirmeye yarayacak belli prosedürlerin yerine getirilmesine bağlıdır. Rasyonaliteden kasıt, iletişimsel eylemde bulunan herkesin evrensel geçerlilik iddiası öne sürmesi ve bu iddianın yanlışlanabilirliğini varsaymasıdır²². Rasyonel kişi, tartışmaya açtığı doğruluk iddiasının daha iyi argümanın gücüyle geçersiz kılınabileceğini bilen kişidir.

Habermas'ın ideal konuşma durumu, kamusal konuşmaya katılanların eşitliğini varsaymasına rağmen eşitsizliği daha ilk aşamada üretmeye başlar. İçsel doğalarını gerçekleştirmeye yaklaşan rasyonel tartışmacıların, kendileri kadar başarılı olamayan diğerlerine karşı nasıl bir tavır geliştireceklerine ilişkin yorumu katılımcılar arası eşitsizliği gösterir. Tanımlanan rasyonalite şartı, konuşma hakkının herkese açık olmasını ilkece engellemez. Zira dili kullanan herkes rasyonel olma *potansiyeline* sahiptir. Habermas'ın iletişimsel eylem kuramı, kamusal alanda her türden tahakkümü yasaklamış ve sadece daha iyi argümanın zorlamasız gücüne alan açmış olduğu için zor kullanımını meşru görmez. Habermas, birine neyin onun rasyonel doğasına hizmet ettiğini açıklama ve ikna etmeye dayalı “aydınlanma süreçleri”ne güvenir²³. Her fail ideal

konuşma durumunu “kurmak” için doğuştan bir kapasiteye sahip olmalıysa, bu kapasiteye bugün sahip olmayanların doğru bir rehberlik ve teşvik süreci ile ideal bir konuşma durumunu tanıma fırsatı olabilir²⁴.

Habermas, kamusal müzakereyi gerektirdiği rasyonel doğaya erişim için doğru türden rehberlikle yönlendirilen aydınlanma süreçlerine sağaltıcı “söylemler” olarak atıfta bulunur. Söylem sözcüğü tırnak işareti içindedir zira bunların tam anlamıyla söylem olmadığını, katılımcılar arasındaki ilişkinin başlangıçta psikanalitik bir diyalogda olduğu gibi eşitsiz olduğunu gösterir²⁵. Habermas, kamusal alanda rasyonel doğasına erişimi olan katılımcı ile rasyonel doğasının taleplerini karşılaması gerektiğinden habersiz ya da bunun için henüz yetersiz katılımcı arasında eşitsiz bir ilişkiyi kamusal konuşmaya dair ilk varsayımında inşa etmiş olur.

2. “Katılım Ne Kadar Eşitlikçi?": Katılım Rollerine İlişkin Endişeler

Müzakereci demokrasi, müzakereyi kültürel tarafsızlığı ve evrenselliği üzerinde ısrarcıdır²⁶. Geuss, doğruluğun ideal konuşma durumunda ulaşılan konsensüs olduğu ve her konuşma ediminin de uzlaşmaya yöneldiği iddiasını garip bulur. İdeal konuşma durumunda ulaşılan konsensüsün nesnesi olan bir inancı “doğru” kabul etme icadının, Almanya ve ABD’de yaşayan birkaç profesyonel felsefeciyeye ait olduğunu düşünür²⁷. Rorty de, her izleyici önünde haklı çıkarılabilecek inançlara sahip olduğumuzu kanıtlamaya yönelik müzakereci kaygıyı ilginç bulanların ağırlıklı olarak felsefe profesörlerinden oluşan küçük bir azınlıkla sınırlı olduğunu söyleyerek ideal konuşma durumuna evrensellik atfetmenin yerindeliğini sorgulayan düşünürlerdendir²⁸. İdeal konuşma durumu aracılığıyla ulaşılabilecek konsensüs fikrine bağlılık insanlıktan daha dar bir ortaklığı, belirli bir kültürel kesimi tanımlar. Habermas, böylesi bir bağlamsallığı kabul etmekten kaçınarak, ideal konuşma durumunda açığa çıkacak doğruluğun evrensel rasyonalitesini vurgulamanın önemli olduğunu

rican Political Science Review, 74(4), 1980, s. 1012.

²⁴ Geuss, s. 101.

²⁵ White, s. 1012.

²⁶ Iris Marion Young, “İletişim ve Öteki: Müzakereci Demokrasinin Ötesinde”, Zeynep Gürata/ Cem Gürsel (Çev.), Seyla Benhabib (Ed.), *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, 1. Bası, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s. 178.

²⁷ Geuss, s. 101-102.

²⁸ Richard Rorty, “Universality and Truth”, Robert B. Brandom (Ed.), *Rorty and His Critics*, 1. Bası, Blackwell Publishers, 2000, s. 6.

¹⁸ Giddens, s. 168; Feteris, s. 122.

¹⁹ Taner Timur, *Habermas'ı Okumak*, 2. Bası, Yordam Kitap, 2012, s. 161.

²⁰ Geuss, s. 99.

²¹ Chantal Mouffe, *Demokratik Paradoks*, A. Cevdet Aşkın (Çev.), 3. Bası, Epos Yayınları, 2015, s. 93.

²² Ahmet Çiğdem, *Bir İmkân Olarak Modernite: Weber ve Habermas*, 5. Bası, İletişim Yayınları, 2015, s. 200.

²³ Stephen K. White, “Reason and Authority in Habermas: A Critique of the Critics”, *The Ame-*

düşünür²⁹. Herkesi kapsadığı öne sürülen konuşma sürecinin bağlamsallığı, kapsayıcılığın koşulları hakkında şüphe doğurur. Bağlamsal olan, insan doğasının ve kamusal iletişimin ölçütü haline gelir. Belirli bir kültürel kesimin konuşma alışkanlıklarının ve hedeflerinin evrensel olduğunu varsaymak, farklı konuşma alışkanlıklarının ve hedeflerinin bir arada var olduğu çoğulcu toplumlarda eşitlikçi katılım vurgusuna gölge düşürür.

Habermas'ın eşit katılım anlayışında aktif katılımcıların kimliğine ilişkin dolaylı bir belirleme gizlidir. İdeal konuşma durumu varsayımını insanlığın ortak özü haline getirip belirli bir kültürel kesimin alışkanlıklarını siyasal faillik için kıstas kabul etmek kamusal katılıma dair dışlayıcı bir imada bulunmaktadır. İnsana siyasal öznellik veren evrensel öz, pratikte bir kültürel kesimin iletişim anlayışı ile sınırlıdır. Habermas'ın, “her dil kullanıcısının pratikleri tarafından varsayıldığı için evrensel ve kaçınılmaz olan bir şeyin tanımına kendi toplumsal pratiklerimizi gizlice sokmaya çalışmak” suçlaması ile karşılaşması kaçınılmazdır³⁰. Amaç dışlayıcı bir kamusal alan yaratmak olmasa da belirlenen rasyonel ölçütü, fiili konuşma durumlarında katılım rollerinin sabitlenmesi riskini taşır. Habermas'ın teorisi, niyetinden bağımsız bir tür seçkinliği işler hale getirir.

Her konuşma durumunun hedefi insan özünden ötürü konsensüs ise, konsensüsçü anlayışa yönelik her türden muhalefetin irrasyonellik emaresi olarak görülmesi mümkün hale gelir³¹. Müzakereci konuşma normlarına ve konsensüs hedefine bağlı olmamak, kamusal tartışmadaki konumları tartışılır kılar. Katılımcılar, kamusal tartışmada aktif rol oynayabilmek için ideal konuşma durumu aracılığıyla açığa çıkacak rasyonel konsensüse ulaşmayı hedeflemeli ve bu hedef doğrultusunda müzakereci konuşma normlarına riayet etmelidir. Bağlamsallığın aşıldığı evrensel konuşma normlarına riayet fikrindeki sorun, kişiyi başkalarının sesiyle konuşmak, buna ehil değilse başka katılımcıların kendisi yerine konuşmasına onay vererek susmak zorunda bırakmasıdır. İdeal konuşma durumunun ön varsayımlarının benimsenmesi, bu ön varsayımların reddettiği konuşma alışkanlıklarına ve inançlara sahip kimseleri de kapsayacak şekilde genişletildiğinde “A kişinin B kişinin terimleriyle yeniden be-

timlenmesi” davranışından ayırt edilemez hale gelir³².

Siyasal kamusal alanın, tüm yurttaşları “potansiyel bir izleyici kitlesi” olarak kapsadığını söyleyen Habermas ekler: “Kamusal alan için kurucu olan şey söyleme aktif ve pasif katılım arasındaki farklılık değil, ortak ilgiyi hak eden konular (...) hakkında karşılıklı anlayışı teşvik eden katkıların profesyonel olarak incelenmiş biçimi ve rasyonelitesidir”³³. Konsensüs hedefine hizmet eden biçim ve rasyonelite koşullarının kurucu olduğu kamusal alanda izleyici sıfatıyla bulunmak, eşit katılım hedefi için yeterlidir. Yurttaşları “kabul görmüş standartlara uygun şekilde kendi kararlarını vermeye teşvik etmek” ve “tüm yurttaşların dikkatini aynı konulara yönlendirmek” misyonu³⁴ biçilen aktif kamusal alan katılımcılarının, kamusal aydın sıfatını haiz olduklarını söylemek mümkündür. Kapsayıcı kamusal alanın çok sesliliği, bir entelektüel seçkinler topluluğu içinde gerçekleşen ve dışarıdan müdahale edilemeyen tartışmaları yansıtmaya yatkındır. Habermas'ın müzakereci demokrasi anlayışı aktif - pasif kamusal katılım ayrımını önemsemeyerek yurttaşları anonim izleyiciler topluluğuna eşitlediğinde, kamusal aydınının aktif katılımına dayalı seçkinlik ortaya çıkar. Habermas'ın kamusal alanı, aydınının aktardığı enformasyonla kararını şekillendirecek yurttaş tablosu sunar. Bu durumda, müzakereci demokrasinin katılımcı ve özgürleştirici potansiyeline ilişkin soru işaretlerinin doğması olağandır.

İletişim yurttaşların politik rüştnü gerçekleştirdiği özgür bir toplumda, “herkesin herkesle iktidar içermeyen diyalogunda açınır” ya da “siyasal işlem gören bir kamu (...) kültürel geleneklerin ve toplumsallaşma kalıplarının müsait olmasına ve özgürlüğe alışık bir halkın siyasal kültürüne muhtaçtır” gibi ifadeler, kamusal alanda yürütülmesi beklenen müzakere sürecinin belirli şartlar dahilinde mümkün olduğuna dair açık kabuldür³⁵. Habermas'ın kamusal alanı, tarif edilen bağlamsal siyasal kültürü yaratabilecek bir konsensüs okulu olarak belirir. Görüş birliği sağlamaya yönelik başarılı bir kamusal müzakere süreci, kişileri sahip olduğu görüşlere ilişkin eleştirel düşünmeye sevk ederek bakış açılarının tutarlı hale gelmesini ve başkalarının perspektifine daha du-

²⁹ Rorty, “Universality and Truth”, s. 2.

²⁹ Rorty, “Universality and Truth”, s. 2.

³⁰ Rorty, “Universality and Truth”, s. 2.

³¹ Chantal Mouffe, *Siyasal Üzerine*, Mehmet Ratip (Çev.), 3. Bası, İletişim Yayınları, 2015, s. 98-99.

³² Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 165.

³³ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 165.

³⁴ Jürgen Habermas, “İdeoloji” Olarak Teknik ve Bilim, Mustafa Tüzel (Çev.), 10. Bası, Yapı Kredi Yayınları, 2019, s. 121.

yarlı ve açık olmayı teşvik eder³⁶.

Habermas'ın modeline göre kamusal alan, ya müzakere usulünü iyi bilen entelektüellerin ortak meseleler üzerine tartıştığı bir kulüp ya da aktif katılımcı rolüne uygun görülen kamusal aydınların pasif katılımcı yurttaşlar topluluğuna neyi, nasıl düşünmesi ve söylemesi gerektiğini öğrettiği bir siyasal okuldur. Kamusal alanın her halükârda, “ortak problemler hakkında tartışan aydınlanmış zihinlerden kurulu bir şebeke”³⁷ olarak görüldüğünü söyleyebiliriz. Spaemann'a göre, insanın rasyonel doğası tahakkümsüz iletişim normlarına riayet aracılığıyla açığa çıkacağından herkesin bu normlara uyum göstermesi gerektiğini öne sürmek, kabul edilen iletişim normlarına hâkim bir azınlıkla rasyonel iletişimden bihaber çoğunluk arasında bir doktor-hasta modeli inşa etmektir. İletişimsel eylem teorisi, “hastalar”ı, toplumsal yaşamlarından kaynaklanan ve rasyonel iletişimin önünde duran tikel engelleri aşırp ideolojik bağlarından kurtulmuş şekilde iletişime geçmeye zorlamak için kendini meşru kılan bir entelektüel seçkin yönetimi doktrinidir³⁸.

B. Kamusal Katılım Şartları Aracılığıyla Siyasal Özneliği Yeniden Kurmak: Siyasal Okuldan Polemik Ortak Yere Kamusal Alan

Rancière'in *polis* - politika ayrımı, eşitler arası siyasal katılıma özgülenmiş bir kamusal alanı ve Habermas'ın modelinin bu standarttan nasıl saptığını anlamaya yardım eder. *Polis*, edimde bulunma, var olma ve söyleme tarzlarını tanımlayan, böylece bir etkinliğin görünürliğini gözetken, bir konuşmanın söylem mi uğultu mu olduğunu kararlaştıran görünür-olanın ve söylenir-olanın düzenidir³⁹. Görünür olmayı görünür, bir zamanlar uğultudan ibaret olan söylemi işitilir, uğultu olarak işitilene anlaşılır kılan demokratik hareket ise politikanın safi anlamıdır⁴⁰. *Polis* mantığı ile politik mantık zıt işleyişlere sahiptir. *Polis* terimi düzenleme ve yönetme sürecini, birbirinin yerine kullanılan eşitlik ya da politika terimi özgürleşme sürecini anlatır⁴¹. Kamusal alan,

³⁶ Benhabip, s. 107-108.

³⁷ Jacques Rancière, *Uyuşmazlık: Politika ve Felsefe*, Hakkı Hünler (Çev.), 1. Bası, Aralık Yayınları, 2005, s. 77.

³⁸ Spaemann, Robert, “Die Utopie der Herrschaftsfreiheit”, *Zur Kritik der politischen Utopie*, Ernst Klett, 1977, s. 120-121'den aktaran White, s. 1010.

³⁹ Rancière, *Uyuşmazlık*, s. 52.

⁴⁰ Rancière, *Uyuşmazlık*, s. 53.

⁴¹ Jacques Rancière, *Siyasalın Kıyısında*, Aziz Ufuk Kılıç (Çev.), 1. Bası, Metis Yayınları, 2007, s. 71.

polis aracılığıyla görünmez kılınanların varoluşlarına dair iddiada bulunmalarına zemin hazırlayarak ilgili herkesin görünürliğini hedeflediğinde, eşitliği gözetken bir siyasal katılımın yeri haline gelir. Politikaya açılan bir kamusal alanda katılımcıların kimlerden ibaret olduğu sorusu, kamusal konuşmanın konusuna ve usulüne ilişkin kaygılardan ayrılamaz. Zira bu anlayışta kamusal alanın öznesi, özel ile kamusal ve uğultu ile söylem arasındaki farkın ne şekilde inşa edildiğini ifşa eden ve bu inşanın koşullarında değişim talep edendir. Kamusal alan, uygun katılım usullerinin ve gündeme alınan meselelerin durmaksızın tartışma konusu edildiği polemik ortak mekânıdır.

Habermas, halkın siyasetten ve özgürleşimden yoksun bırakılmasına dair kaygılarına rağmen, kamusal alan modelinin konu ve usul şartlarıyla politikadan ziyade *polis*'i andıran bir sürece atıfta bulunur. Gerekliliğine ve kuruculuğuna inandığı katılım şartlarıyla görünmez olanı görünür kılacak bir siyasal süreçten ziyade, pasif katılımcının görünmezliğini ve sessizliğini pekiştirecek bir düzenleme ve düzene uyum talep etme sürecini anlatır. Kamusal alan, pasif siyasal özneye ortak yarardan sayılan meselelerin ve kamusal katılıma uygun söylemlerin aktif siyasal failce öğretildiği ve öğretilene riayet edilmesinin beklendiği bir siyasal okul olarak anlaşılır. Kamusal alanı hem bir siyasal okul hem de eşitler arası siyasal katılım yeri olarak tasarlamak mümkün müdür? Siyasal okul olarak kamusal alan fikri, kişinin kendi katılım süreçlerinden siyasal katılım kültürü edinmesi anlamına geldiğinde eşitler arası vurguya gölge düşmeyeceği farz edilebilir. Demokratik sürecin başkalarınca öğretilmeyeceği kabulüne uygun hareket edildiğinde öğrenci – hoca ikiliğine dayanan kamusal katılım hiyerarşisinden uzaklaşılır. Yurttaşlar, entelektüel seçkinler tarafından uygun görülen biçimlere dönüştürülecek âtil madde rolüne atanıp edilgen araçlar haline getirilmez⁴². Demokratik katılımı başka katılımcılardan öğrenme zorunluluğu yaratan Habermasçı kamusal alan modeli ise, hedeflediği eşitler arası katılımı gerçekleştirebilecek düşünsel araçlara sahip değildir.

İnsanlarla *tartışmak* ile insanları *eğitmek* arasında, insanların argümanlarını takip edeceklerini varsaymak ile bunu yapamayacaklarını bilmek ve onları yapabilecek şekilde değiştirebilmeyi ummak arasında bir ayrım vardır⁴³. Habermas'ın kamusal alanı kapsayıcı bir karşılıklı konuşma durumundan ziyade tarafların eşit katılımcılar olarak görülmediği ve günün birinde eşit katılımcılar olarak kabul edilmelerini sağlayabilecek eğitimi aldıkları bir si-

⁴² Alasdair MacIntyre, *Herbert Marcuse: An Exposition and A Polemic*, 1. Bası, The Viking Press, 1970, s. 105.

⁴³ Rorty, “Universality and Truth”, s. 19.

yasal okula benzemektedir. Siyasal öznenin *kim* olduğu sorusuna *ilgili herkes* cevabını verebilmek ya da böyle bir cevabı kapsayıcı bir kamusal alan kuramı dahilinde hiçbir zaman veremeyeceğimizi ve her kapsayıcı anlayışın kendi dışlama biçimlerini de yarattığını görmek için (1.) kamusal katılımın usulüne ilişkin Habermasçı şartları ele alıp, bu hususta evrenselleştirici kabullerden vazgeçmenin ve farklı katılım türleri arasında hiyerarşik ya da dışlayıcı bir tavır takınmamanın gerekliliği (2.) kamusal katılımın konusuna ilişkin Habermasçı cevabın niteliğine ilişkin dönüşüm talepleri (3.) Habermas'ın kapsayıcı kamusal alan ideali aracılığıyla dışarıda bırakılan söylemlerin iştiril hale geldiği çoğul yahut karşı kamusalılıkların yaratabileceği kesişimsel kamusalılık fikri değerlendirilecektir.

1. Habermas'ın Müzakere Şartının Eşitler Arası Siyasal Katılma Etkisi

Habermas'ın kamusal alan modelinde temel varsayım, kamusal iletişimin eşitler arasında gerçekleştiğidir. Her katılımcı kendi görüşünü temellendirerek diğerlerini ikna etmeye çalışabilir. İkna süreci çoğunluğun söz konusu görüşü benimsemesiyle sonlanabilir. Başka bir katılımcı daha güçlü bir karşı argüman geliştirdiğinde önceki kararın geçerliliği de sona erer⁴⁴. Müzakere usulünde azınlıklar için de bir imkân bulunur. Azınlıkta kalan bir birey ya da grup, rasyonel olduğu ölçüde, çoğunluğu ikna edip konsensüsün içeriğini belirleyebilir. Habermas, fiili konuşma durumlarında azınlıkların bu teorik imkândan yararlanmasını engelleyen eksik kamusal katılımdan yakını. Marjinalleştirilenlerin, sömürülenlerin, ezilenlerin, alt kültürlerin ve sayılarak tüketilemeyecek dezavantajlı grupların eksik katılımı nedeniyle ideal konuşma durumu, eksikliği vasıtasıyla sürekli kendini hatırlatan bir önkoşuldur⁴⁵. Ne var ki müzakere şartı ile yarattığı aktif – pasif katılım ilişkisinin de eksik katılımın bir türünü teşkil ettiğini düşünmez. Katılım rollerine erişim şanslarını belirleyen müzakere şartlarının ve katılım rollerine atanma şeklinin eşit katılım ilkesini ihlal ettiğini kabul etmez. Eksik katılım, fiili kamusal konuşmanın Habermas'ın belirlediği iletişim idealinden uzaklaşması ile ilgilidir.

İdeal konuşma durumu varsayımlarının benimsenmesi eşit katılım sorununu zaten çözmüştür. Oysaki bu varsayımların benimsenmesi ve kamusal müzakerelerde eşitsizliklerin parantez içine alınması, müzakere şartı fiili

⁴⁴ Jürgen Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı Cilt:1, Eylem Rasyonelliği ve Toplumsal Rasyonalleşme*, Mustafa Tüzel (Çev.), 1. Bası, Kabalıcı Yayınları, 2001, s. 39-47.

⁴⁵ Habermas, "Transformation of the Political Public Sphere", s. 148.

konuşma durumlarına uyarlandığında oluşacak dışlama pratiklerinin ortadan kalkmasını sağlamaz⁴⁶. Habermas'ın kamusal konuşmanın uygun biçimi olarak belirlediği müzakerenin dışlayıcı imalarını tespit etmek için (a.) kamusal alanın temel işlevi olarak anlaşılan konsensüs hedefini ve (b.) bu hedefe yönelmiş müzakereci usulün yarattığı katılım hiyerarşisini görmek gerekir.

a. Konsensüse yönelik müzakere hedefi

Habermas'a göre, kamusal konuşmanın amacı "daha iyi argümanın gücü" ile eleştirilebilir geçerliliğe sahip bir hakikat üzerinde konsensüse varmak olmalıdır. Bir önerme, "*rasyonel söylemin zorlu koşulları altında onu çürütmeye yönelik tüm girişimlere direniyorsa*" doğrudur⁴⁷. Konsensüs hedefi, şiddetle bölünmeyen bir kamusal yaşam için sav alışverişine dayalı iletişim modelinin önemini anlatır. Argümantasyon, her türden şiddeti ve baskıyı dışlayarak iletişimsel ilişkilerin sürekliliğini mümkün kılar⁴⁸. Söylemler, yönetsel iktidarın yerine geçmeyen iletişimsel bir iktidar üretirler. İletişimsel iktidar, meşruiyet sağlama ve meşruiyetten yoksun bırakma ile sınırlıdır⁴⁹. Söylemler, etkisi meşruiyet durumu ile sınırlı iletişimsel iktidardan başka bir baskı yahut egemenliğin kaynağını oluşturmaz. Geuss, konsensüse ulaşma hedefinin de bir tür zorlama olduğunu göstermek için Habermas'ın konsensüse ulaşma amacındaki rasyonel tartışmacılar grubunu hayal etmemizi önerir. Bu grubun içindeki faillerin sadece farklı değil aynı zamanda çelişkili iki tasviri vardır. Bilinç biçimleri özerktir; failler bu bilinç biçimini tam özgürlük durumunda oluşturmuştur⁵⁰. Öte yandan "üzerinde anlaşmaya yazgılı oldukları" bir görüş vardır. Rasyonel olmaya devam ettikleri sürece nihai olarak hangi görüşü oluşturacakları konusunda gerçek bir seçimleri yoktur. Bu sebeple, daha iyi argümanın "zorlamasız" gücünün de bir tür zorlama olduğunu kabul etmek gerekir⁵¹.

Konsensüs hedefine yönelen kamusal alan, farklı söylemlerin rasyonelite kaygısıyla engellendiği bir baskı alanına dönüşebilir. Bir söyleme belirlenen rasyonelite koşullarını karşılama kapasitesi uyarınca evrensel doğruluk

⁴⁶ Frazer, s. 109.

⁴⁷ Jürgen Habermas, "Richard Rorty's Pragmatic Turn", Robert B. Brandom (Ed.), *Rorty and His Critics*, 1. Bası, Blackwell Publishers, 2000, s. 46.

⁴⁸ Giddens, s. 169; Yükselbaba, s.183.

⁴⁹ Habermas, "Önsöz", s. 50.

⁵⁰ Geuss, s. 109.

⁵¹ Geuss, s. 110.

atfetmek, kamusal katılımın tek sesli hale gelmesi ve diğer sesleri bu temelde bastırma tehlikesinin önünü açar. Kamusal katılımın özgürleştirici gücü konsensüs hedefiyle askıya alınır. Onu çürütmeye yönelik *tüm girişimlere* direnen bir önermenin doğru olduğu fikri, farklı rasyonalite anlayışlarının farklı doğrular üretebileceğini öne süren çoğulculuğu onaylamaz. Katılımcılar doğruluk iddialarını müzakere sürecinin başından itibaren paylaşılan bir referansa başvurarak açıklar gibi görünürler⁵². Her ne kadar konsensüsün iletişim süreci sonunda ortaya çıkacağı söyleniyorsa da özerk katılımcının katkısı geriye dönük bir onaylama eylemi haline gelir.

Habermas, kastettiği konsensüsün belli bir konu üzerinde tartışmasız fikir birliği olarak anlaşılması gerektiğini söyler. Kamusal alan modelinin, öznelerarasılığı esas alan çerçevesi nedeniyle “birlik ve tümlüğün bildik çağrışımlarını bertaraf ettiğini” belirtir⁵³. Kamusal alanın agonistik niteliğini vurgular. Bu alan, çeşitli görüşler için savlama sürecinin her daim devam ettiği ve tartışmanın mutlak olarak kapanmaya direndiği bir yere işaret eder. Siyasal söylemin konsensüs hedefine yönelik olduğu varsayımından, ileri sürülen görüşler ve alınan kararlar üzerine çekişmenin sonlanmasının arzu edildiği sonucunun çıkarılmaması için uyarır. Söylem kuramında demokratik sürecin “şenklikli bir üniversite semineri” gibi hayal edilmediğini, aksine rasyonel katılımcıların hakikate ve öne sürdükleri kanaatlerin doğruluğuna yönelişinin siyasal anlaşmazlıkların ateşini daha da körükleyeceğini ve kamusal alana temelde agonistik karakter kazandıracağını belirtir⁵⁴. Ne var ki eleştiriler, Habermas'ın toplumsal yaşamda çoğulluğun ve çatışmanın varlığını reddetmesine ilişkin değildir. Kamusal alanın hedefini konsensüs olarak belirleyerek çoğulculuğun doğasını ıskaladığı üzerinedir. Kamusal katılımın amacı konsensüs olarak belirlendiğinde, toplumsal farklılıkların aşılması gereken unsurlar olarak ele alındığı düşünülür⁵⁵.

Mouffe, agonistik demokrasi kuramı ile müzakereci demokrasinin dışlamasız konsensüs inancını hedef alır. Siyasal karar, ihtimallerin açıklığı karşısında bir kapanma anını ifade eder. Her kapanma anı gibi, dışarıda bırakılan olasılıklar ve alınan karar nedeniyle temsil edilmeyenler konsensüsün bir dış-

⁵² Young, s. 183.

⁵³ Habermas, “Önsöz”, s. 42.

⁵⁴ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 151-152.

⁵⁵ Yükselbaba, s. 187.

lama biçimi olduğunu kabul etmeyi zorunlu hale getirir⁵⁶. Habermas'ın yaklaşımı, konsensüsün hegemonik doğasını ve mecburi dışlayıcılığını kavramayı başaramadığından ve demokratik irade oluşumuna eleştirilebilir doğruluk iddialarına ilişkin epistemik bir işlev atfettiğinden anti-siyasaldır⁵⁷. Agonistik siyaset anlayışı, dışlama biçimlerini rasyonalite söylemi ardına gizlemeye çalışmadan demokratik ihtilafı canlı tutmayı amaçlar⁵⁸.

Rancière, kamusal alanı bir konsensüs mekânı olarak tarif etmenin imkansızlığını ve bu tarif mümkün olsaydı dahi tercihe şayan olmadığını *uyuşmazlık* başlığı ile anlatan diğer bir düşündürdür. Uyuşmazlık tabirini, çıkarların ya da kanıların karşı karşıya gelişini anlatmak için kullanmaz. Rancière için uyuşmazlık ya da siyaset, daha önce görünmeyen bir dünyayı dünya olarak gösteren dışavurumdur⁵⁹. Örneğin, siyaset, fabrikanın kamusal bir yer olduğu dünya ile onun özel bir yer olduğu dünyayı karşı karşıya getirdiğinde fabrika, ötekinin kamusal ortak yer niteliğinde göremediği bir dünya olarak açılır. Bu siyasal dışavurumda, iletişimsel eylem modelinin kuralları geçerli olamaz⁶⁰. Zira ücret meselesinin kamusal nitelikte olduğunu öne süren işçi, her şeyden önce argümanının bir argüman olarak var olduğu dünyayı açığa vurmaya zorundadır. Siyasal dışavurum işlemi, kurulu ortak bir iletişim çerçevesine sahip olmayanlara hitaben yapıldığından, Habermas'ın düşündüğünün aksine ne tartışmanın nesnesi ne de sahnesi halihazırda kuruludur⁶¹. Siyasal argümantasyon, kurulu bir ortamda geçerlilik iddialarının ortaya atılması değil “bir-birinden ayrı dünyaları bir araya koyan paradoksal bir dünyanın inşası”dır⁶².

Amacı özgürleşim olan bir mekânın hedefi konsensüs değil, kendi sesini bulma ve görünme hakkını gerçekleştirmeye yönelik bir uzlaşsızlıktır. Kamusal tartışma, herhangi bir sav için mevcut katılımcılardan geçerlilik talebinde bulunmadan ve iletişimsel hakikate yönelmeden önce, tartışma yeri, nesnesi ve öznesi hakkında çekişilen ve bunların sınılandığı bir tartışmadır⁶³.

⁵⁶ Mouffe, *Demokratik Paradoks*, s. 109.

⁵⁷ Mouffe, *Siyasal Üzerine*, s. 101; Chantal Mouffe, *Dünyayı Politik Düşünmek: Agonistik Siyaset*, Murat Bozluolcay (Çev.), 1. Bası, İletişim Yayınları, 2015, s. 31.

⁵⁸ Mouffe, *Demokratik Paradoks*, s. 107-108.

⁵⁹ Rancière, *Siyasalın Kıyısında*, s. 152.

⁶⁰ Rancière, *Siyasalın Kıyısında*, s. 152.

⁶¹ Rancière, *Siyasalın Kıyısında*, 152.

⁶² Rancière, *Siyasalın Kıyısında*, 152.

⁶³ Rancière, *Uyuşmazlık*, s. 84.

Kamusala niteliğini veren de bu çekişmedir. Kamusal alan Habermas'ın dü-şündüğü gibi bir konsensüs arayışı ya da diyalogun yeri değil, haksızlığın ele alındığı, eşitliğin kanıtlandığı bir polemik ortak yerdir⁶⁴. Kamusal alan katılımcılarını, parlamento ya da mahkeme heyeti gibi, ortak bir karara varmak üzere toplanmış insanlar olarak görmek, böylesi bir uyumun kimi sessiz bırakacağı üzerinde düşünmeden öylece kabul edilemez.

b. Müzakere etmeyen siyasal özneler ve eşit siyasal katılım

Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*'nda rasyonel konuşmacının sahip olması gereken temel özellikleri belirlemiş, rasyonelliği “konuşmaya katılanların, tartışmalı geçerlilik iddialarını konu edindikleri ve argümanlar yoluyla bu iddiaların doğruluğunu kanıtlamaya ya da onları eleştirmeye çalıştıkları konuşma türü” olan argümantasyona dayandırmıştır⁶⁵. Argümantasyon bazı mantıksal gereklilikleri yerine getirmeli ve katılımcılar bazı diyalektik kuralara uymalıdır. İletişimsel pratiğe katılanların rasyonelliği, anlatımlarını “uygun koşullarda” temellendirebilmelerine bağlıdır⁶⁶.

Habermas'ın rasyonalite koşullarını kimlerin sağlayabileceğini sorduğumuzda, eşit katılım idealini ihlal eden dışlama mekanizmalarıyla yeniden karşılaşırız. Rasyonel insan “ne duygularına boyun eğen ne de doğrudan kendi ilgilerini izleyen”⁶⁷ biri olarak tarif edilir. Rasyonalite, tarafsız bir bakış açı-sından görüş birliğine katkıda bulunmaya çalışan konuşmacının durumudur⁶⁸. Young'a göre, kamusal meselelerin konuşulmasına ilişkin uygun biçimleri serinkanlılıkla özdeşleştirmek ve duygusal ifadeden arınmışlık ile tanımlamak, beyaz, orta sınıf ve eğitilmiş erkeklerin konuşma kültürünü kamusal konuşmanın meşru biçimi haline getirmektedir⁶⁹. Bu konuşma kültürünün bir parçası olmayanların ürettiği söylemlerin ne kadar ciddiye alınacağı tartışmaya açıktır. Fiili konuşma durumlarında önermeden sonuca ilerleyip çıkarımı dayanaklarla ispat etmeye yönelik “düzgün anlatım” olanaklarından yoksun kişiler için “güçlü susturucu” olarak işlev görebilecek müzakere normları, kamusal

alanın herkese eşit ölçüde açık olduğu iddiasına gölge düşürür⁷⁰.

Konsensüse yönelik eleştirilebilir geçerlilik iddiasını Habermas'ın serimlediği prosedürel şartlara uygun şekilde öne süremeyenlerin pasif katılımcı rolüne sıkışması olasıdır. Müzakere usulüne aşına olmayan insanların konuşmaya hakkı olmadığına dair içselleştirilmiş baskı ya da bazı kişilerin konuşma üslubunu değersiz görmeye yönelen kültürel kodlar insanların eşit katılımcılar olarak var olmasının önünde ciddi engeller yaratır⁷¹. Habermas'ın söylem kuramına göre kamusal tartışmanın katılımcıları bir doğruluk iddiası öne sürmüyorsa, dayanak göstermeksizin ne istediklerini belirtiyorlarsa ciddiye alınmayacaklardır⁷². Belirlenen usul şartlarını yerine getirmemek, bir iddianın geçerliliğini reddetmek için yeterlidir.

Müzakereci iletişimin temelini teşkil eden argümantasyon, esas olarak Aydınlanma kurumlarının karara ulaşma yöntemidir. Habermas'ın da kabul ettiği gibi, komisyonlar, parlamentolar ve mahkemeler gibi münferit organlar da bile “müzakereci nitelik”in operasyonel hale gelmesi zordur⁷³. Müzakereci idealin, belli oranda uzlaşmaya ihtiyaç duyulan bu kurumların işleyişinde ölçüt olarak kullanılması makuldür. Ne var ki bu kurumlarca üretilen dil pratiklerinin bağlamsallığını, özgül bir tarihsel sürecin sonunda oluşan bir söylem türü olup evrensel insan özünü yansıtmadığını ve “bazı insanların konuşmasını kesen ve önemsiz gören iktidar biçimleri” teşkil edebildiklerini görmek önemlidir⁷⁴. Kamusal konuşmacı olabilmek için müzakere zorunluluğu dayatmak, çoğulcu toplumlarda siyasetin doğasına ilişkin bir anlayışsızlığın işaretidir. Çağdaş demokrasilerde katılımcı bir kamusal hedefine yaklaşmak bakış açılarının ve konuşma üsluplarının çoğulluğunun kabul edilmesini gerektirir⁷⁵.

Kamusal iletişimin belirli bir kesiminin konuşma üslubu aracılığıyla rasyonelleştirilebileceğini iddia etmek, bağlamsal olana söylemsel asimilasyona neden olacak şekilde nötr bir merceğe rolü biçmektir⁷⁶. Young müzakereci usulde erkek konuşma üsluplarına daha yakın olan “iddiacı ve kapışmacı

⁷⁰ Young, s. 180.

⁷¹ Young, s. 178.

⁷² Young, s. 182.

⁷³ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 158.

⁷⁴ Young, s. 179.

⁷⁵ Young, s. 193.

⁷⁶ Frazer, s. 121.

⁶⁴ Rancière, *Siyasalın Kıyısında*, s. 73-76.

⁶⁵ Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, s. 41-42.

⁶⁶ Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, s. 41.

⁶⁷ Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, s. 42.

⁶⁸ Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, s. 42-43.

⁶⁹ Young, s. 181.

konuşma'nın, kesinlikten uzak görünen ve doğruyu bulmayı değil kendini ifade etmeyi ya da paylaşmayı amaçlayan konuşmadan daha değerli bulunduğunu belirterek genişletilmiş bir iletişim anlayışının çağdaş demokrasilere sunacağı katkıyı vurgular. İletişimsel demokrasi ismini verdiği demokrasi kuramıyla selamlaşma, retorik ve öykü anlatmaya dönük iletişim biçimlerini, eleştirel savın yanı sıra siyasal tartışmaya katkı sunabilecek ifade biçimleri olarak önerir. Bunlar, konuşmacıların bedenselliklerini ve özgüllüklerini tanıyarak çoğulluğu kuran ve koruyan iletişim tipleridir⁷⁷.

Aktif siyasal katılımcının müzakere yeteneği aracılığıyla tanımlanması, Habermas'ın insan varoluşunu değerlendirme biçimiyle ilgilidir. Habermas'ın siyasal öznesi bedensel yönlerinden ziyade bilişsellik, dil ve etkileşim aracılığıyla rasyonel insan sıfatını kazanır⁷⁸. Halbuki beden, kamusal dünyaya açılmak ve siyasal eşitlik talebini iletmek için önemli bir araç olabilir. Butler, Arendt'in görünme hakkını kamusal alanda *bulunma hakkı* olarak da yorumlayabileceğimizi söyler. Butler'a göre görünme hakkı, yalnızca söz ya da yazı aracılığıyla bir dil ediminde bulunma hakkına değil, kamusal ortamlarda var olma özgürlüğüne sahip bir bedene de örtük olarak atıfta bulunur⁷⁹. Söz edimine dayanmadan, sadece *orada bulunmak* yoluyla kamusal katılım gerçekleştirilebilir. İnsanların sessizce bir arada durmasına dayanan katılım biçimleri ya da sokak protestosu gibi daha aktif eylemler yeni bir siyasal gerçeklik yaratma girişiminde bulunan bedensel eylemlerdir⁸⁰. Kanında 1/16 oranında "Kafkasyalı olmayan" kan bulunan kişilerin otobüsün belirli yerlerine oturmasını yasaklayan Alabama eyaleti düzenlemesine karşı oturmaya hakkı olmayan yerde oturan siyahi kadın bedensel katılımın en güzel örneklerinden birini yaratır⁸¹.

2. Eşitsiz ve Çoğul Toplumlarda Kamusal İlgil Şartının Yorumu

Habermas'ın kamusal tartışmanın içeriğine yönelik tek koşulu, ileri sürülen doğruluk iddialarının ortak yarara ilişkin olmasıdır. Katılımcıların kamusal alanda özel çıkarlarını geride bırakarak hareket etmesi beklenir. Ortak

ilgi konusu olan meseleler katılımcıların perspektifinden belirlenecektir⁸². Konuşulan meselelerin ortak yarara ilişkin olup olmadığı hakkındaki karar tamamen iletişim topluluğuna bırakılmıştır. Habermas özel ile kamusal arasındaki ayrımın mekânsal metaforunun yanıltıcı olmaması gerektiğini belirtir. Özel meseleler ile kamusal meseleler arasındaki siyasal olarak tartışılmalı eşitlik algılanması, kamusal ilgi şartının yerine getirilmesidir⁸³.

Habermas, ortak yararın kamusal alandaki failer tarafından karara bağlanacağını söylese de özele ve kamusala dair anlayışına burjuva kamusalının yapısal dönüşümü anlatısında rastlarız. Habermas ekonomiyi özel çıkar kategorisinde sınıflandırır. Liberal kamusal alanın İngiltere'de Çartist Hareket ve Fransa'da Şubat Devrimi ile birlikte ekonominin kamusal tartışmanın asli bir parçası olacak şekilde biçim değiştirmeye başlamasının, kamusal gövdenin toplumsal dışlayıcılığı yitirmesi anlamına geldiğini belirtir⁸⁴. Habermas'ın bu gelişmeyi eşit katılım idealine yaklaşmak olarak görüp kutlaması beklenebilir. Ancak toplumsal dışlayıcılığın yitirilmesine eşlik eden diğer "kayıp" Habermas'ı endişelendirir: burjuva toplumsal kurumlarının yüksek eğitim aracılığıyla yaratılmış tutarlılığı⁸⁵.

Katılımın artmasıyla çalışma süreçlerine dair meselelerin kamusal görünürlük kazanmasını, o zamana kadar özel alana hapsedilmiş konuların kamusal alanı işgal etmesi olarak görür. İhtiyaçları serbest piyasa tarafından karşılanmayan çalışanları temsil eden büyük örgütler devlet düzenlemesi talep etmeye yönelmiş, kamusal alanı devlete yönelen bu taleplerin aracısı haline getirmiştir. Özel çıkarları ifade eden bu taleplerin şiddetli çatışmalara sebep olması ve devletin kamusal müzakere aracılığıyla değil "sokakların baskısı" altında yasa yapmak zorunda kalması kamusal alanın yapısal dönüşümü anlamına gelir⁸⁶. Rancière, 19. yüzyıl işçi hareketlerinin çalışma hakkı savunusunun, kamusal alanı devletin müdahalesine açacak şekilde refah devletinden yardım talep etmekle ilgisiz olduğunu söyler. Bu hareketler, çalışmanın özel alandan kurtarılması ve kamusal yaşama ilişkin bir yapı olmasının sağlanması ama-

⁷⁷ Young, s. 188.

⁷⁸ Richard J. Bernstein, "Fred Dallmayr's Critique of Habermas", *Political Theory*, 16(4) 1988, s. 591.

⁷⁹ Martin Seeliger/ Paula-Irene Villa Braslavsky, s. 71.

⁸⁰ Martin Seeliger/ Paula-Irene Villa Braslavsky, s. 71.

⁸¹ Jacques Rancière, *Demokrasi Nefreti*, Utku Özmakas (Çev.), 2. Bası, İletişim Yayınları, 2015, s. 69-70.

⁸² Frazer, s. 124.

⁸³ Habermas, "Transformation of the Political Public Sphere", s. 165.

⁸⁴ Jürgen Habermas, "Kamusal Alan", Meral Özbek (Çev.), Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, 1. Bası, Hil Yayın, 2004, s. 100.

⁸⁵ Habermas, "Kamusal Alan", s. 100.

⁸⁶ Habermas, "Kamusal Alan", s. 100-101.

cına yöneliktir⁸⁷. Habermas'ın özel - kamusal ayrımının sınırlarına meydan okurlar. İşçi mücadelesinden doğan dayanışma ve yardım gruplarını korumacı refah devletinin ürünü olarak görmek, yüksek eğitilmiş ve seçkin aktif yurttaşlarınkinden farklı bir müştereklik alanının yarattığı huzursuzluğu gösterir⁸⁸.

Kamusal - özel ayrımının inşası, bazı yurttaşların önem atfettikleri meselelerin kamusalıktan yoksun olduğu fikrini dayatan tahakkümcü bir mantığın işlenmesine izin verir. Katılımcıların kişisel meselelerini dışarıda bırakıp ortak yarara yönelmesini salık vermek, zorlu prosedürel şartlar göz önüne alındığında, ayrıcalıklı aktif katılımcıların özel meselelerinin ortak meseleler olarak duyulmasını kolaylaştırır. Kamusal alanın bütün özel çıkarlardan arı olması gerekliliği ifade edildiğinde, avantajlı konumdakilerin özel çıkarlarının kamusal önemi haiz olarak sunulmasına tanık olunması şaşırtıcı değildir⁸⁹. Kamusal - özel ayrımını bir dışlama mekanizmasına çevirmek için, özel çıkarları kamusal söylem arkasına gizlemeyi iyi bilmek önem kazanır. Vergiye bağlı oy hakkı sistemi savunucularının, mülk sahibini ekonomik çıkarların ötesini görebilme vasfına sahip kamusal insanla özdeşletirmesi duruma güzel bir örnektir⁹⁰. Kamusal yaşamdan ayrı olduğu düşünülen mekanlara özgülenen ilişkiler, konular ve kişiler kolaylıkla siyasal nitelikten mahrum bırakılabilirler. Kadınların ev içi ilişkilere dair şikayetlerini politikleştirmek istemesi karşısında, iddialarının acı ve öfke ifadesi olarak duyulması tanıdık bir öyküdür⁹¹.

Özel çıkar muamelesi gören kimi meselelerin kamusal alanın gündemine girmesi için mücadele vermek, kamusal alanın yapısını bozan bir unsur olmadığı gibi demokratik hareketin önemli bir parçasıdır. Bireysel ile kolektif, özel ile kamusal, tekil ile evrensel arasındaki ayrımın muğlaklaştırılması kamusal alanın “herkese ve herhangi bir kimseye ait olduğunu” göstererek özel - kamusal ayrımının dışlayıcılığını gözler önüne serer⁹². Söz söylemede eşitlik talebinden uzak olan Habermasçı eşit katılım idealinin, kamu hayatı ile ilgilenmeye muktedir aktif katılımcılar ile özel çıkarlarından başkasını düşünmeye ehil olmayan ve sadece dinleyip öğrenmesi gereken pasif katılımcılar arasındaki hiyerarşik ayrımını sorgulamak için zemin sağlar. Neyin argüman-

⁸⁷ Rancière, *Demokrasi Nefreti*, s. 65.

⁸⁸ Rancière, *Demokrasi Nefreti*, s. 91.

⁸⁹ Rancière, *Demokrasi Nefreti*, s.65.

⁹⁰ Rancière, *Demokrasi Nefreti*, s. 65.

⁹¹ Rancière, *Siyasalın Kıyısında*, s. 151.

⁹² Rancière, *Demokrasi Nefreti*, s. 66, 70.

tatıf bir konuşma sayılacağı da kamusal-özel sınıflandırmasından bağımsız değildir. Çalışma dünyasını oluşturan ilişkilerin özel alana ait olduğu bir kez belirlendikten sonra bu alandan hiçbir argüman kamusal alana taşınmaz. Bir işçi grevinde “yalnızca bir isyan, azgına dönmüş bedenlerin uğultusu” görülür⁹³. Oysa ki işçi grevi, greve çıkanların akıl sahibi konuşan canlılar olduğunu, iş bırakma ediminin acı durumuna verilen ve şiddet içeren bir tepkiyi değil bir *logos*'u ifade ettiğini gösterir⁹⁴. Çalışma mekanını kamusallaştırır; “uğultu (makinelere, bağırıp çağırma ya da acıyla inleme) ile argümantatif konuşma arasındaki ilişkinin (...) statüsünün yeniden şekillendirilmesini” gerektirir⁹⁵.

Habermas'ın kamusal katılım anlayışı, merkezde yer alan entelektüel seçkinlerden oluşan aktif katılımcılar ile çevrede yer alan anonim alıcılardan oluşan pasif katılımcıları sınıflandıran içsel bir hiyerarşi üretir. İlgili herkesin kamusal alana aktif şekilde dahil oluşunun müzakere kalitesini ve kamusal ilgi koşulunu bozduğu düşüncesi ile karşılaşırız. Ancak aktif yahut pasif rol atanmış tüm katılımcıların, katılım rolleri göz önüne alınmaksızın, kamusal tartışmanın parçası olduğu varsayımı siyasal sisteme demokratik meşruiyet kazandırmaya devam eder. Kamusal ve özelin sınırlarına ilişkin mesele siyasal olarak tartışmalı eşğin algılanmasından ziyade eşğin sorun haline getirilmesi olarak belirlendiğinde, Habermas'ın katılımcılara biçtiği kamusal ve özelin sınırlarını algılayan pasif katılımcı rolünden uzaklaşıp bu sınırları sorun haline getirip dönüştürme girişiminde bulunan aktif katılımcı olarak siyasal özne kavrayışına ulaşabiliriz. Bu kavrayış kamusal katılım rollerine ilişkin *kim* sorusu ile kamusal ilgi şartının bağlantısını gösterir. Anonim bir dinleyici ya da okuyucu kitlesinin parçası olarak kalmaya devam edecek kişilerin kendisi kamusal alana dahil değilken ortak yarar iddialarını kamusal alana nasıl dahil edeceği kuşkuludur. Habermas aktif - pasif kamusal katılım rollerinin kamusal alan için kurucu olmadığını düşünse de, ortak ilgiyi belirlemede katılım rollerinin önemi kuşkusuzdur.

3. Siyasal Katılımı Çoğul ve Karşı Kamusalılıklarla Düşünmek: Kapsayıcı Kamusal Alan Modelinden Kesişimsel Kamular Fikrine Geçiş

Habermas'ın kamusal alan modeli eşit ve kapsayıcı katılım idealini öne çıkarsa da gerek idealin kendisinden gerekse modelin fiili kamusal konuşma durumlarına uyarlanmasından kaynaklanan bir eşitsizlik sorunu doğurur. Bu

⁹³ Rancière, *Uyuşmazlık*, s. 81.

⁹⁴ Rancière, *Uyuşmazlık*, s. 81.

⁹⁵ Rancière, *Uyuşmazlık*, s. 66.

eşitsizliğin teşhir edilebileceği, eksik katılımın giderilebileceği karşı kamusallık ve çoğul kamusalılık anlayışları Habermas'ın kapsayıcı ve üniter kamusal alan ısrarına yapılmış yerinde müdahalelerdir. Frazer, üniter kamusal alandan dışlananların kendi ihtiyaçlarını formüle etmeye yarayan karşı-söylemleri türettiği alternatif kamusal alanlara “madun karşı-kamular” ismini verir⁹⁶.

Habermas, kamusal müzakerenin tek ve kapsayıcı bir kamusal alan aracılığıyla yürütülmesini demokrasinin işleyişi için önemli bulur. Böylelikle farklı fikirlerin karşılaşması ve rekabet etmesi mümkün olacaktır. İnsanlar farklı olanla karşılaşmak zorunda kalacak, fikirleri ve kararları dönüşüme açık olacak, ortak iyiye ilişkin eleştirilebilir doğruluğa ulaşma şansı yükselecektir. Kamusal alanların çoğalması ise demokrasinin gerçekleşmesine yönelik bir adımdan ziyade ondan uzaklaşma olarak düşünülür⁹⁷. Zira sadece benzer düşüncelerle karşılaşıldığı için rasyonel konsensüsü değil önsel örtüşmeyi besleyen “yankı odaları” parçalı kamusalılık aracılığıyla yaratılır⁹⁸. Yankı odası tabiri, çoğul kamusalılığa ilişkin pejoratif imalarla yüklüdür. Her karşı ya da çoğul kamu zorunlu olarak demokratik ve eşitlikçi olmasa da⁹⁹ kapsayıcı ve üniter kamusal alanın dışında faaliyet gösteren tüm kamuların “yankı odası” olarak değerlendirilmesi toptancı bir bakış açısıdır.

Bir sözün semantik otorite elde edebilmesi için paylaşılan bir pratiğin parçası olması gerekir. Semantik otorite arayışı, kapsayıcı her alanın dışlayıcı da olması sebebiyle, çoğul yahut karşı kamusalılıkların varlığına ihtiyaç oluşturur. Karşı kamular söylemsel alanı genişleten, egemen kamusal alanda müzakere dışı tutulan hususları gündeme getiren ve kamusal tartışmanın parçası kılan kamusalılık biçimlerini yaygınlaştırır¹⁰⁰. Kapsayıcı kamusal alandan kopan ve kendi kamusalılığını geliştiren grubun konuştuğu dil, yavaş yavaş genel dil kodlarının içine dokundukça grubun üyeleri, “ciddi meseleler üzerine müzakereye katılma hakkı olmayan (...) varlıklar olarak değil, tam teşekküllü insanlar olarak muamele görmeye başlar”¹⁰¹. Alternatif kamusal alan fikrinin pratikteki tezahürüne örnek gösterilebilecek feminist hareketin kazanımları,

⁹⁶ Frazer, s. 118.

⁹⁷ Frazer, s. 116.

⁹⁸ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 159, 165.

⁹⁹ Frazer, s. 118.

¹⁰⁰ Frazer, s. 119.

¹⁰¹ Richard Rorty, *Feminism and Pragmatism*, (The Tanner Lectures on Human Values, December, 7 1990), <https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/r/rorty92.pdf> Erişim tarihi 12 Aralık 2022, s. 32.

bu fikrin benimsenmesini kolaylaştırır. Feministler, alternatif kamusal alanlarında geliştirdikleri söylemler ve oluşturdukları yeni dil ile cinsiyet ayrımcılığı, çifte sömürü, cinsel taciz, evlilik içi ya da aile içi tecavüz gibi burjuva kamusal alanın ortak yarar fikrinden uzak konuları gündem haline getirebilmişlerdir. Feminist kamular, “geleceğin kadınlarının şimdilik ulaşılabılır olmayan bir dille kendini tanımlamasını” kolaylaştırmıştır¹⁰².

Çoğul yahut karşı kamuların birbirinden kopuk yankı odaları teşkil ettiği fikri gerçekçi değildir. Alternatif kamusalılıklar, aralarındaki bağlantıyı öne sürecektir kavramsal araçlara sahip olmadığında ya da böylesi bir kesişimin üzerine düşünmediğinde bile birlikte yaşamaya devam ederler¹⁰³. Bu hareketlerin tek bir kamusal ortamı paylaşmalarını ve farklı şekilde ifade etmeye ihtiyaç duydukları problemleri tek bir gösterenle öne sürmelerini beklemenin yeri yoktur. Kesişimsel bir kamusalılığın imkânı farklılıkların paranteze alınması ile değil, farklılıkların siyasal tercümesi ile iletişimin önünün açılması sayesinde mümkün hale gelir¹⁰⁴. Kamusal katılım farklı hareketlerin bir sentezinden ziyade devam eden bir bağlantı ve tercüme süreci olarak görülmelidir. Kişinin yerleşik düşünme çerçevesinin bir başkası tarafından alt üst edilmesi ve yeniden formüle edilmesi her daim dinamik ve katılıma açık bir kamusalılık için gereklidir¹⁰⁵. Katılıma açık kamusalılık için kapsayıcılıktan ziyade kesişimsellik hedeflendiğinde, farklı kamusal kaygıların temsil edilme ve iştilir hale gelme şansı anti-demokratik kapalı topluluklara mahal vermeden artabilir.

II. DİJİTAL İLETİŞİMİN EŞİTLİKÇİ SİYASAL KATILIM VAADI

Habermas'ın dijital iletişime ilişkin rahatsızlığının sebebi, kamusal müzakere okur - yazar dinamiğinin değişmiş olmasıdır. İtibarsız gördüğü şahsi kanaatlerin iletilir ve görünür hale gelmesini rahatsız edici bulur. Denetimden geçmemiş ve profesyonel şekilde filtrelenmemiş şahsi kanaatlerden değerli bir yorum çıkabileceği fikrini reddediyor gibidir. Kamusal alan, kamuoyunu oluşturacak iletişimsel akımları yöneten, medya ve yayınevleri için çalışan, yazarlık, editörlük ve yönetim işlerini yerine getiren uzmanlar gerektirir¹⁰⁶. Bu uzman kadroya atfedilen rol, ortak yarara ilişkin önermelerin kapsamını ve

¹⁰² Rorty, *Feminism and Pragmatism*, s. 30.

¹⁰³ Martin Seeliger/ Paula-Irene Villa Braslavsky, s. 73.

¹⁰⁴ Frazer, s. 122.

¹⁰⁵ Martin Seeliger/ Paula-Irene Villa Braslavsky, s. 74.

¹⁰⁶ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 157.

müzakerenin kalitesini belirlemektir. Habermas geleneksel medyanın kitlesel sadakat ve itaat üretimine dönük manipülatif kullanımına aşınadır¹⁰⁷. Buna rağmen, müzakerenin kalitesini yükseltmek ve kamusal iletişim akışını sağlamak için bu sistem dahilinde var olan uzmanların önemli olduğunu düşünür. Profesyonel medya, kamusal alanı besleyen girdiyi oluşturan enformasyonu rasyonel şekilde filtreler. Bu filtrelenmiş enformasyon ve fikir çoğulculuğu ortamı, her yurttaşta kendi görüşünü oluşturma ve rasyonel bir seçimde bulunma şansı verir¹⁰⁸. Kamuoyu, kanaat ile bilgi arasında ayırım yapmaya yarayan muhakeme usullerini takip eden bir kamunun öncüllüğü altında varlık kazanabilir¹⁰⁹.

Habermas'ın müzakereci kamusal alan modelinde, demokratik bireyciliğe karşı cumhuriyetçi seçkinciliğin devrede olduğunu söylemek mümkündür. Kamusal müzakereye yakıştırdığı yukarıdan ve tek yönlü iletişim akışları, kamusal alana aktif katılım standardını oluşturan bir yetkinlik yahut yetersizlik mekanizması olarak işler. Failliği genişletecek iletişimsel becerilerin kazanılması fırsatlarını sınırlayarak “madun olma becerileri” kazandırır¹¹⁰. Geleneksel medyanın madunu iken sosyal medya aracılığıyla “yazar” sıfatı kazanmış dijital platform kullanıcısı, demokratik bireyciliğin figürü olarak gösterilebilir. “Kant ve Platon’a karşı kendi kanaatine sahip olmak isteyen liseli”nin parmakla gösterilip kınandığı, egemen uzlaşmadan her türlü kopuş ya da uzaklaşmanın cehaletle damgalandığı bir kamusal katılım anlayışının, demokrasi karşıtı bir entelektüel öfke olmaktan öte bir işlevi, katılımcı demokrasiye herhangi bir katkısı yoktur¹¹¹.

Herkesin yazar olabildiği filtresiz iletişim biçimlerini yaygınlaştıran dijital medya, editoryal denetimden uzak olduğundan Habermas'ın üzerinde ısrarcı olduğu usul ve konu unsuru da dönüşüme açık hale gelir. Dijital kamusal alan, aktif ve pasif katılım rollerini sonlandırma yeterliliği, farklı söylem türlerine ve katılım biçimlerine açıklığı ve geleneksel kamusal alana alternatif kamusal alanlar yaratma gücü değerlendirildiğinde, Habermas'ın kamusal alan için belirlediği müzakere usulü ve kamusal ilgi şartlarının ve bu şartlar tarafından

¹⁰⁷ Habermas, “Önsöz”, s. 51.

¹⁰⁸ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 151.

¹⁰⁹ Habermas, “Kamusal Alan”, s. 96.

¹¹⁰ Sebastian Sevignani, “Digital Transformations and the Ideological Formation of the Public Sphere: Hegemonic, Populist, or Popular Communication?”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 101.

¹¹¹ Rancière, *Demokrasi Nefreti*, s. 88, 93.

dolaylı şekilde oluşturulduğunu öne sürdüğümüz iki katmanlı katılım hiyerarşisinin ihlalini teşkil eder. Yeni medya, prensipte, tüm kullanıcılara bağımsız ve eşit haklara sahip yazarlar olmaları için yetki verdiğinden kamusal alanda önceden baskın olan iletişim modelini kökten değiştirir¹¹². Bu kökten değişim, kamusal müzakereye okur - yazar ikiliğinin baltalanması ve iki katmanlı siyasal katılım anlayışına meydan okunması olarak tanımlanabilir. Önemli kamusal meselelerin nelerden ibaret olduğunu, bunlar üzerine nasıl eğilmek gerektiğini açıklamaktaki ayrıcalıklı konumunu yitiren kamusal aydınların medya tekeli¹¹³, dijital medyanın yeni iletişim modelleri ile kırılır. Dijital iletişimin eşit siyasal katılım açısından ne ifade ettiğini ve Habermas'ın yeni iletişim modellerine yönelik kaygılarını anlamak için internet platformlarının (A.) siyasal özne rollerinin değişkenliği ve (B.) farklı siyasal söylem ve davranışları mümkün kılan alternatif kamusal alanlar üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

A. Siyasal Özne Konularında Dönüşüm

18. yüzyılda haberlerin toplanması ile basılması sürecine aracılık eden editörler kadrosunun ortaya çıkışı¹¹⁴, Habermas'ın kamusal alan anlayışı için son derece önemlidir. Zira bu entelektüel ve profesyonel kadro kamusal tartışmaların girdisini oluşturacak enformasyonun müzakere usulüne uygun ve kamusal yararlarla ilgili hale getirilmesine aracılık ederek kamusal tartışmanın kalitesi üzerinde belirleyici etkiye sahip olur. Dijital medyanın getirdiği yenilik, kamusal alanın editoryal aracılıktan yararlanmayan platform karakterine sahip olmasıdır. Platformlar, geleneksel medya tarafından gerçekleştirilen gazetecilik arabuluculuğu rolünden vazgeçer. Habermas'ın yorumuyla bu vazgeçiş, dijital medyanın yerleşik anlamda medya olmadığını gösterir¹¹⁵.

Habermas yayınlar (*broadcast*) ile platformlar arasındaki ayırım aracılığıyla dijital kamusal alana dair endişesini özetler. Yayınlar, yayıncı ile birçok potansiyel alıcı arasında doğrudan ve tek yönlü bağlantı kurar. Taraflar birbirleriyle farklı rollerde karşılaşır. Dolayısıyla Habermas'ın aktif - pasif kamusal katılım ikiliğini ihlal etmezler. Bir yanda bilinen yapımcılar, editörler ve yayınlardan sorumlu yazarlar, diğer yanda anonim bir dinleyici veya izleyici kitlesinin bulunması katılım rollerinin gereğini yerine getirir¹¹⁶. Dijital

¹¹² Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 159.

¹¹³ Rancière, *Demokrasi Nefreti*, s. 93-94.

¹¹⁴ Habermas, “Kamusal Alan”, s. 99.

¹¹⁵ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 159.

¹¹⁶ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 159.

iletişimin yoğunlukla sürdürüldüğü platformlar ise tek yönlü ve doğrusal değil, ağ oluşturmaya yönelik çok yönlü bir iletişim modelini benimser¹¹⁷. Dijital medya tek yönlü, doğrusal ve merkezi bir iletişim akışından katılımcı, etkileşimli, ağ benzeri ve merkezi olmayan bir iletişim sürecine geçişi temsil eder¹¹⁸. Kitle iletişim araçlarındaki tek yönlü bağlantılara sahip merkez ve bileşen mimarisinden çok yönlü bağlantılara sahip dağınık iletişim mimarisine geçiş, kamusal alanın pasif okuyucuları, dinleyicileri yahut izleyicileri olanların aktif katılımcı olma şansını artırmıştır¹¹⁹. İnternetin sunduğu platformlarda katılımcılar yazar - okur ikiliği aracılığıyla değil rollerin değişkenliğiyle tanımlanırlar. Yayıncılar ile alıcılar arasındaki asimetrik ilişkiye karşı merkezi olmayan karşılıklı bir iletişim akışı yaratırlar¹²⁰. Dijital kamusal alanın siyasal özne konumlarını dönüştürme kabiliyetini değerlendirmek için katılım rollerini sabitleyen (1.) müzakereci usul şartını nasıl ihlal ettiği ve (2.) kamu – özel ayrımının sınırlarını nasıl bulanıklaştırdığı incelenecektir.

1. Müzakere Ölçütünden Eşitlikçi Sapma

İnternet, kullanıcıların yazar sıfatıyla sahiplenebilecekleri, özgürce erişilebilen kamusal alanlar yaratır. Bu kamusal alanlara giriş “editoryal kamusal alana giriş şartlarını sağlayamayan kimseler” için de mümkün hale gelmiştir¹²¹. Editoryal kamusal alan, siyasal kamunun tartışmaya açacağı konuları belirleyen ve ideal iletişim durumuna yaklaşmayı sağlayan rasyonel tartışma kurallarına hâkim kimselerin dahil olabileceği bir kamusal alandır. Dijital kamusal alan, bu gereklilikleri yerine getirmeden de dinleyiciye ya da okuyucuya hitap etmeyi ve ileri sürülen görüşlere onay istemeyi mümkün hale getirir. Sabitlenmiş katılım rollerini alaşağı eden sosyal medya platformlarının yazar haline getirdiği kişiler kendilerinden sorumludur. Paylaşımlarının içeriği profesyonel filtreler olmadığı için düzenlenmemiştir¹²². Dijital platformların yazı işleri ofisi bulunmadığından geleneksel gazetecilik anlamında bir kalite kontrolü süreci sanal iletişime yabancıdır¹²³. Dijital kamusal alanın iletişim

¹¹⁷ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 159.

¹¹⁸ Sevignani, s. 91.

¹¹⁹ Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, 1. Baskı, Yale University Press, 2006, s. 212.

¹²⁰ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 159.

¹²¹ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 166.

¹²² Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 159.

¹²³ Sevignani, s. 104.

modeli, iletilerin kalitesinin kamuya açık tartışmalarla paylaşımından sonra kanıtlanmasını teşvik eder¹²⁴. Paylaşım sonrası güvenilirlik ve kalite onayının demokratik yollarla tesisi için yeni yolların icadı mümkündür. Bu amaca yönelik faydalı bir öneri, *World Wide Web*'in mucidi Tim Berners-Lee tarafından sunulan “*Oh, Yeah?*” (“Öyle mi?”) butonudur¹²⁵. Her tarayıcı, paylaşılan iletinin internet kullanıcıları tarafından güvenilir bulunup bulunmadığına dair makul bir tahmin önerecek “*Oh, Yeah?*” butonu ile donatılabilir. Butona tıklanıldığında, internet kullanıcıların içerik hakkındaki yorumlara ulaşabilmesi ve butona ilgili herkesin katkıda bulunabilecek olması dijital medyanın kamusal ve eşit katılım vaadi için son derece faydalı olabilir. Dijital medya yazarlarının amatör paylaşımlarının profesyonellerce düzenlenmediğinden kalitesiz olacağını varsaymak için ise bir gerekçe yoktur.

Dijital içerik üretimi, Habermas'ın müzakereci kalitesini uzmanların belirleyeceğine ilişkin umudu ile taban tabana zıt olsa da geleneksel medyanın editoryal denetiminin ne kadar güvenilir olduğu sorusu havada asılıdır. Habermas entelektüel basının inanç gazeteciliğinden ticari gazeteciliğe geçişini İngiltere, Fransa ve ABD için hemen hemen aynı döneme, 1830'lara özgüler¹²⁶. O halde, kamusal yarara özgülenmiş müzakereci editoryal çalışmanın altın günlerinin yaklaşık yüz yıllık bir süre zarfında sonlandığını söyleyebiliriz. Kapitalizm eleştirilerinin gazetelerin sanat ve kültür sayfalarında ara sıra yer alırken ticaret bölümünde veya borsa haberlerinde nadiren veya hiç yer alması örneğinde olduğu gibi, kitle iletişim araçlarının kalite ölçütleri pratiği, bazı çıkarların “önemli sessizlikler” olarak temsil yokluğu ile karşılaşması anlamına gelmiştir¹²⁷.

Habermas iletişim bilimi, seçim sosyolojisi ve siyaset bilimindeki araştırmalara göre, dijitalleşmeden önce kamusal tartışmanın müzakereci niteliğinin tatmin edici olmadığını belirtir¹²⁸. Ne var ki eski editoryal vesayet, kamusal alanın girdisini oluştururken müzakereci şartı yerine getirmekte dijital

¹²⁴ Sevignani, s. 92.

¹²⁵ Michael C. Socolow, “The Button That Could Have Changed the Internet”, 3 Aralık 2022, <https://slate.com/technology/2022/12/oh-yeah-button-tim-berners-lee.html?utm_medium=email&utm_source=pocket_hits&utm_campaign=POCKET_HITS-EN-DAILY-RECS-2022_12_09&sponsored=0&position=8&scheduled_corpus_item_id=083023e1-66c7-4f73-be1a-23eb350fcc74> Erişim Tarihi 13 Aralık 2022

¹²⁶ Habermas, “Kamusal Alan”, s. 100.

¹²⁷ Sevignani, s. 96.

¹²⁸ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 157.

medyaya göre üstün konumdadır. Matbaacılığın herkesi potansiyel bir okuyucu haline getirmesiyle, dijital medyanın herkesi potansiyel yazar haline getirmesini karşılaştıran Habermas sorar: “Herkesin okumayı öğrenmesi ne kadar sürmüştü?”¹²⁹. Aktif katılımın prensip olarak herkese açık hale gelmesi, müzakere prosedürlerine ehil olmayan kimselerin de yazar olabilmesi anlamına gelir. Sosyal medyada “dağıtılan” yazar sıfatını gerçekten haiz olmak ve fikir beyanında bulunmak için Habermas’ın istediği rasyonalite kriterlerine uygun bir yazar olmayı öğrenmek gerekir. Siyasal tartışmalarda yer almaya uygun bir yazar, kendi bilgi düzeyindeki eksiklerin farkında olan ve bu eksikleri gidermeye yönelendir¹³⁰.

Anonim bir okuyucu kitlesine hitap eden basılı materyalin kompozisyonu için özel yazışmalardan farklı standartlar gerekir¹³¹. Kamusal iletişimin aktif katılımcıları tarafından anonim pasif katılımcılara iletilecek yazılı görüş, denetimden geçen, kamusal müzakerenin rasyonalite kriterlerini karşılayacak düzeyde incelenmiş ise tahrif edilmemiş iletişim koşullarına uygun bulunur. Sosyal medyanın platform ortamı ise “kullanıcılarını özlü mesajlar üretmeye zorlayan Twitter”¹³² örneğinde olduğu gibi müzakere standartlarını karşılamayan iletişim biçimlerini yaygınlaştırır. Yazılı iletişimi temel alan yazarlık modelinin kamusal alan katılımı için tek model olamayacağı düşünüldüğünde yazarlığı bir metafor olarak kullanarak demokrasiyi kendini geliştirme hakkı aracılığıyla tanımlamakta bir sakınca yoktur. Ama kamusal alanı salt kendini geliştirmeye özgülemek ve bunda başarısız olana sansür uygulamak, eşit katılım kaygısından uzaklaşılmasına vesile olur. Fikirlerini belirli bir tipte örgütleyemeyen kişilerin söyleyeceklerini önemsiz saymak, katılım eşitsizliklerinin artmasına hizmet eder.

Habermas, kamusal alanın editoryal aracılıktan çıkarılmasını yurttaşların iletişimsel yeterliliklerini haddinden fazla zorlayan bir durum yaratacağı için sorunlu bulur¹³³. Habermas’ın bu seçkin telâşına karşı Fishkin ve Luskin’in “sıradan insanların da müzakere edebildiğini, bundan fayda sağladığını ve sürecin onların görüşlerini ne önyargılı ne de kutuplaştırıcı hale getirdiğini” kay-

deden çalışmasını hatırlatmak gerekir¹³⁴. Habermas’ın övgüyle andığı iletişimsel yeterlilikleri edinmek ve geliştirmek için pasif dinleyici, izleyici ya da okur rolünden fazlasını ifade eden aktif katılımcılığı deneyimlemek gerekir. Dijital kamusal, siyasal failliğin kişisel katılım süreçlerinden öğrenilmesi imkânı sağlayabilecek araçlar sunar¹³⁵. Yalnızca bir dinleyicinin aksine potansiyel bir konuşmacı olma deneyimi, kamusal iletişimin dijital iletişimle yaşadığı niteliksel dönüşümü temsil eder¹³⁶. Bireylerin kendilerini pasif okuyuculardan aktif katılımcılara dönüştürmelerine olanak tanıyan ağ tipi iletişim, demokratik katılım kültürüne katkıda bulunur.

2. Kamusal – Özel Sınırının Tartışmaya Açılması

Habermas, yurttaşların siyasi kararlarını kişisel çıkarları ile ortak yarar arasındaki gerilimin etkisi altında verdiğini belirtir. Kamusal iletişimin dijitalleşmesi, hayatın özel ve kamusal alanları arasındaki sınır algısını, bu gerilimin çözülemeyeceği derecede bulanıklaştırır¹³⁷. Dijital kamusal iletişime kolay erişimin sonucu kamusal alanın genişlemesi ise bu genişlemenin etkilerinden biri bireysel iletişim, grup ve kitle iletişimi arasındaki sınırları bulanık hale getiren, özel alan ve kişisel meselelerle etkileşim içinde bir yarı-kamusal iletişim biçiminin yaygınlık kazanması olmuştur¹³⁸. İletişimin editoryal kanallardan akması, kamusal alanı tüm özel bağlantılardan ve iş bağlantılarından ayırırken sosyal medyada tuhaf bir anonim yakınlık havası kol gezer. Önceki standartlara göre ne kamusal ne de özel denebilecek bu alanlarda iletişim, özel haberleşmeye ayrılmış ama şimdi kamusal iletişimin içine sızmış biçimlerle yürütülür¹³⁹. Sosyal medya kamusal olmak için fazla kişisel, özel olmak için fazla anonimdir. Habermas’ın yarı-kamusal alan olarak nitelendirdiği dijital kamusal, artık doğruluk iddialarının söylemsel açıklığa kavuşturulması için kapsayıcı bir alan olarak algılanamaz¹⁴⁰. Dijitalleşme, sosyal medya kullanıcıları arasında çarpık bir kamusal alan algısının yerleşmesine vesile olur.

Dijital iletişimin kamusal nitelikte olmayıp özel çıkarlar çokluğunu yan-

¹³⁴ James S. Fishkin/ Robert C. Luskin, “Experimenting with a Democratic Ideal: Deliberative Polling and Public Opinion”, *Acta Politica*, 40, 2005, s. 284.

¹³⁵ Seignani, s. 92.

¹³⁶ Benkler, s. 213.

¹³⁷ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 153.

¹³⁸ Martin Seeliger/ Sebastian Seignani, s. 10.

¹³⁹ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 166.

¹⁴⁰ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 166.

¹²⁹ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 161.

¹³⁰ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 161.

¹³¹ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 165.

¹³² Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 164.

¹³³ Seignani, s. 92.

sıtan bir iletişim modelini teşvik ettiği eleştirisi, Benkler tarafından dijital kamusal iletişime yönelik ilk kuşak eleştiri olarak kategorize edilir. İnternet kullanımına ilişkin yeterli verinin mevcut olmadığı 1990'lı yıllarda dijital iletişimin demokratik tartışmaya etkisinin parçalanmış özel bir çokluk yaratmak ve kamusal tartışmayı dağıtmak olacağı öngörülmüştür. Birinci kuşak dijital iletişim eleştirisine göre herkesin yazar olabildiği bir kamusal iletişim modelinde, siyasi tartışma platformunda asla bir araya gelmeyen özel gündemler çokluğu bir kamu gündeminin oluşmasını engeller¹⁴¹. Siyasal katılım rolünün geleneksel medyaya göre çok daha fazla sayıda insan için okurluktan yazarlığa yükselmesi, kamusal tartışma sürecini besleyen kaygıların çeşitlenmesine vesile olmuştur¹⁴². Bu gelişmenin demokratik katılımı olumsuz etkileyeceği yönündeki endişe, internette herkesin eşit konuşma şansına sahip olmasının bir dikkat sorunu yaratacağıdır. Habermas kimin konuştuğunun, kimin dinlediğinin belli olmadığı bir iletişim modelini, kamusal meselelerin tespiti ve tartışılması açısından verimsiz bulsa da¹⁴³ kamu gündemini belirlemek konusunda ayrıcalıklı bir unsurun bulunmaması siyasal katılımın çok sesliliğine katkı anlamına gelir. Ortak yarara ilişkin iddiaların daha geniş bir kesimin söz sahibi olduğu açık bir tartışmada değerlendirilmesi, kamusal - özel ikiliğinin yeniden tanımlanmasını gerektireceğinden dijital kamusal alan, geleneksel kamusal alan modeline göre daha demokratik görünmektedir.

2000'li yıllarla beraber internetin gerçek kullanım modellerine ilişkin kapsamlı ampirik ve teorik çalışmalar, dijital iletişimin demokratikleştirici etkisine ilişkin ikinci nesil eleştirilere yol açmıştır. Birinci nesil eleştirinin aksi istikametteki ikinci nesil eleştiriye göre, dijital iletişim dikkat dağınıklığından, özel gündemlerin çokluğunu üretmekten ziyade dikkatin merkezileşmesine yol açar¹⁴⁴. Bu eleştiriye göre, dijital iletişim, demokratik tartışmada duyulma ve dikkate alınma ölçütü sunan *eşit dikkat hakkı* ihlal edilecek şekilde işler. "İnternette dikkatin merkezileşmesi" tabiri ile ifade edilen bu durum, çok az sayıda internet sitesinin yüksek düzeyde takip edilmesi ve geri kalan platformlarda yer alan "konuşmacıların" büyük çoğunluğunun duyulmaması anlamına geldiğinden internetin demokratik potansiyeli kaybolur¹⁴⁵. İnternet 1990'lı yıllarda iddia edildiği gibi eşitlikçi ve ağ biçimi bir iletişim modelini

¹⁴¹ Benkler, s. 238.

¹⁴² Martin Seeliger/ Sebastian Seignani, s. 11.

¹⁴³ Benkler, s. 238.

¹⁴⁴ Benkler, s. 238.

¹⁴⁵ Benkler, s. 238.

benimsemekten ziyade birkaç kanal daha eklenmiş bir kitle iletişim modelini kopyalar. İkinci kuşak eleştiri ile Habermas'ın endişesinin aksine, katılımın kitle iletişim araçları aracılığıyla sesini duyuramayanları kapsayan daha demokratik bir katılıma doğru yapısal bir dönüşümünün gerçekleşmediği vurgulanmıştır¹⁴⁶.

Kitle iletişim modelinde olduğu gibi dijital iletişimde de az sayıda insanın konuştuğu ve çok sayıda insanın dinlediği, aktif ve pasif katılıma ilişkin köklü bir değişimin gerçekleşmediği yönündeki eleştiriler, editöryal denetimin platform arabuluculuğu ile ikame edildiği yönündedir. Dijital medyanın yükselişi kitle iletişim araçları sisteminin kapı bekçisi paradigmasını aşındırırken Facebook ve Twitter gibi ağırlıklı olarak ticari sosyal medya platformlarının yeniden arabuluculuk rolünü üstlenmesine neden olmuştur¹⁴⁷. Dijital kamusal alan, reklam odaklı iş modelleri ve altyapıları ile büyük çevrimiçi platformların hâkim olduğu bir iletişimsel alandır¹⁴⁸. Dijital iletişim, kamusal tartışmayı geliştirmek için değil platformlardaki içeriklerle veya kullanıcılarla etkileşimimizi artırmak için dikkatimizi çekmek üzere optimize edilmiştir¹⁴⁹. Seignani'ye göre, dijital platformlar kamusal tartışmaya aktif katkıda bulunan katılımcıların sayısını geleneksel aktif katılımcılar pahasına artırırsa da "eşit olmayan şekilde dağıtılmış dikkat" şimdilik galip gelmiş görünür¹⁵⁰. Kullanıcıların dikkatini belli alanlara yönelten algoritmalar uyarınca işleyen platform iletişimi, her kullanıcının eşit derecede dikkati üzerine toplayabilme ihtimalini azaltır. Platformların ticari ve artan şekilde politik çıkarlarına göre filtreleme, kişiselleştirme ve sıralama gibi açık ya da örtük algoritmik öneriler iletişim fırsatlarını büyük oranda belirler¹⁵¹.

Benkler, kitle iletişim araçlarının sağladığından daha demokratik bir söylem sağlamak için ya fazla kaotik ya fazla merkezi bulunan dijital kamusal alana yönelik eleştirilerin somut duruma tekabül etmediğini düşünür. Dijital ağın kullanımını kusursuz bir demokratik iletişim ortamı sunmasa da kitle ileti-

¹⁴⁶ Benkler, s. 235.

¹⁴⁷ Seignani, s. 103.

¹⁴⁸ Mathias Vermeulen, *Regulating the Digital Public Sphere: Limits and Opportunities of Market Interventions*, Open Society Foundations, 2021, s. 10, <<https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/26fac926-c4ce-415e-ae85-a09fcbel10ba4/regulating-the-digital-public-sphere-report-20210617.pdf>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.

¹⁴⁹ Vermeulen, s. 10.

¹⁵⁰ Seignani, s. 104.

¹⁵¹ Seignani, s. 104.

şim araçlarının egemen olduğu kamusal alandan daha cazip bir kamusal alan modeli yapılandırır¹⁵². Mevcut veriler, internetin herkesin yazar olabileceği bir dijital iletişim modelini hayata geçirdiği imajını doğrulamayan bir düzen sergilediğini fakat bu düzenin kitle iletişim modelini kopyalamadığını ortaya koyar¹⁵³. Hala şekillenme sürecinde olan dijital iletişim modelinde sınırlı sayıda kişi aktif katılımcı olmaya devam eder. Ne var ki orta düzeyde okunan site kümelerinin, kitle iletişim ortamında duyulandan çok daha fazla sayıda konuşmacı için platform sağladığı görülür¹⁵⁴.

Butler internetin ürettiği ortak temsil alanının eşitsizliğini teknolojiye erişim şansı aracılığıyla değerlendirerek eşit katılıma ilişkin bir diğer eleştiriyi dile getirir. Teknolojiye erişim, ulusların görece zenginliği, her bir ulus-devletin teknolojiyi kendi kamularına sunmaya verdiği öncelik gibi ölçütler dikkate alındığında teorik olarak herkesin yazar olmasına açık platformlara erişim sağlamada karşılaşılan güçlükler aşıkardır¹⁵⁵. Dijital kamusal alana erişimde yaşanan sıkıntılar, dikkatin dağılımına ve platformların ticari arabuluculuğuna ilişkin endişeler katılımı eşitliğe ilişkin temel endişelerdir.

B. Dijital İletişimin Çoğul Kamusalılığa Etkisi

Toplumsal bağların anlamlı bir kamusal katılımı engelleyecek şekilde bozulmasında dijital medyanın etkisi Habermas'ın endişelerinden biridir. Müzakere usulü ve kamusal ilgi ölçütleri uyarınca düzenlenmiş kapsayıcı kamusal alandan sapan yarı-özel, yarı-kamusal dijital iletişim alanları kendi içine kapalı ve parçalı iletişim biçimleri oluşturur¹⁵⁶. Eşitlikçi ve düzenlenmemiş doğası aracılığıyla kullanıcıları spontane paylaşımlar yapmak konusunda cesaretlendirmenin bir özgürleşme vaadi olduğunu kabul ettiği onların hemen ardından Habermas, bu vaadin nasıl bozulduğunu ekler. Dijital medyanın özgürleşme vaadi, “kendi içine kapalı yankı odalarındaki ıssız kakofoni tarafından boğulur”¹⁵⁷.

Toplumsal bağların bozulması, kutuplaşma ve kamusalılığın çöküşü çağdaş demokrasi tartışmalarında ele alınan tanıdık bir endişedir. Örneğin,

¹⁵² Benkler, s. 239.

¹⁵³ Benkler, s. 239.

¹⁵⁴ Benkler, s. 242.

¹⁵⁵ Martin Seeliger/ Paula-Irene Villa Braslavsky, s. 69.

¹⁵⁶ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 146.

¹⁵⁷ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 159.

Dahrendorf, yerelleşme (glokalleşme) olarak nitelendirdiği türdeşlik arayışını demokrasinin bunalımlarından biri olarak gösterir. Türdeşlik hedefi, dışa karşı saldırganlığın ve grup içi hoşgörüsüzlüğün beslenmesi için ideal ortamı sunar¹⁵⁸. Sennett, kamusalılığın çöktüğü mahrem toplumun önemli bir özelliğini, tanınmayanların ve farklı olanların kaçınılacak yaratıklar olarak algılanmasına izin veren “yıkıcı topluluk”ların yükselişi olarak belirleyenlerdendir¹⁵⁹. Habermas, dijital medyanın yarattığı iletişim adacıklarının toplumsal parçalanma, dışarıda bırakma ve tikelleşme etkisini yoğunlaştırarak kamusalılığın sonunu getirdiğinden bahisle bu tartışmayı dijital medya açısından tekrarlar.

Habermas'ın iddiası, dijital iletişimin toplumsal parçalanmayı ve yerelciliği teşvik ettiği, beslediği ve güçlendirdiğidir. Parçalanmış kamusal alanlar, yorumların ve görüşlerin döngüsel karşılıklı onaylanmasını teşvik eder¹⁶⁰. Toplumsal parçalanmanın ve yerelciliğin dijital ortamların temel işleyişi haline gelmesi, bu platformların kamusal iletişimin ortamı olmasına engel teşkil eder. Habermas dijital medyanın kamusal iletişime zarar veren kapalı topluluk biçimleri ürettiği eleştirisinde yalnız değildir. Rancière de sosyal ağların eşitlikçi bir konuşmayı özgürleştirdiğine inanmaz. Siyaset farklı mekanlarda yaşayan ve farklı görünürlüklere sahip insanlar arasında karşılaşmaları gerektirir. Muazzam bir bilgi yığını sağlayan ama yarattığı konuşma türü küskünlük ve paranoya karışımı olan dijital medya, kamusal karşılaşmanın mekânı olamamıştır¹⁶¹. Byung-Chul Han, kamusal karşılaşmanın gereği olan farklılık ve direncin yeni medyada sık rastlanan bir özellik olmadığını düşünenlerdendir. Sanal dünyada kişinin “öncelikle ve hep kendine rastladığı” ve sosyal medya platformlarının kullanıcılarına narsist bir benlik sunumu sağladığı tespiti Habermas'ın eleştirisine benzerdir¹⁶². Sosyal medyadaki karşılaşmalar kamusal bir tartışmanın gerektirdiği farklılığın temsilinden ziyade kişinin kendini içerik tüketicilerine sergilemesi gibi görüldüğünden sahici bir kamusal karşılaşma sayılamaz. Han'ın açıklamalarından nitelikten yoksun onayı, dijital

¹⁵⁸ Ralf Dahrendorf, *Demokrasinin Bunalımları: Antonio Polito ile Bir Söyleşi*, A. Emre Zeybekoğlu (Çev.), 1. Bası, İthaki Yayınları, 2015, s. 30.

¹⁵⁹ Richard Sennett, *Kamusal İnsanın Çöküşü*, Serpil Dural/ Abdullah Yılmaz (Çev.), 5. Bası, Ayrıntı Yayınları, 2016, s. 280, 335.

¹⁶⁰ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 165.

¹⁶¹ Jacques Rancière, “The Issue is to Manage to Maintain Dissensus”, *Interview with Jacques Rancière*, 10 Ağustos 2021, <<https://www.versobooks.com/blogs/5132-jacques-ranciere-the-issue-is-to-manage-to-maintain-dissensus>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.

¹⁶² Byung-Chul Han, *Şiddetin Topolojisi*, Dilek Zaptçioğlu (Çev.), 1. Bası, Metis Yayınları, 2016, s. 42; Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 164.

medya iletişiminin özeti olarak gördüğü anlaşılır. Dijital iletişimin sunduğu kamusal alan, ortak eylemin ya da eleştirinin alanı olma niteliğinden tamamen çıkıp teşhir alanı haline gelmiştir. Dijital medya kamusal alandan ziyade ötekini yaratacağı olumsuzluğun dışlandığı mahrem alana benzer¹⁶³.

Habermas, dijital platformlarda yazar olarak yetkilendirilen kullanıcıların sosyal medya mesajlarıyla başlayan iletişim ağını iletişim baloncukları olarak nitelendirir. İzole iletişim baloncuklarında yürütülen iletişim süreçleri, farklılıklar arasında anlamlı bir karşılaşma yerine güçlü bir toplumsal parçalanmayı ve bu parçalanmaya eşlik eden özelleşme eğilimini teşvik eder. Kullanıcının mesajını takiben takipçilerinin beğenileri ve yorumlarıyla kapalı bir iletişim odası yaratılır. Habermas, bu iletişim baloncukların daha geniş bir iletişim ağı oluşturmaya yönelik geçirgenlik yönünden geleneksel kamusal alandan farklı olmadıklarını belirtir. Yine de geleneksel kamusal alanın kapsayıcılığından farklı olduklarını düşünür¹⁶⁴. Geçirgenlik yönü onaylanan dijital kamusal alanın, kapsayıcılık yönünden geleneksel kamusal alandan farklılaştığı fikrinin dayanağı açık değildir. Dijital platformların geleneksel kamusal alandan daha kapalı iletişim adalarına zemin hazırladığı fikrini kendi gözlemine mi yoksa bir araştırma verisine mi dayanarak öne sürdüğünü anlayamayız. Bir önermede bulunmaktan ziyade olgularla desteklenmeyen bir kanaati dile getiriyor gibi görünür. İnsanların yalnızca benzer düşünenlerle iletişime geçtiği yankı odalarının ortaya çıkışı dijitalleşme ve sosyal medya ile ilişkili kılınır¹⁶⁵. Yankı odalarının toplumsal gerçekliğinden söz edeceksek bile bu gelişmeyi doğrudan dijital iletişime bağlayabilmek mümkün değildir. Nitekim, Sennett çağdaş dünyada kamusal alanın kaybının televizyon, radyo benzeri iletişim araçlarının ortaya çıkışından önceye tekabül ettiğini belirtir¹⁶⁶. Aynı tespiti dijital medyanın yükselişi için de rahatlıkla tekrarlayabiliriz. Kamusal iletişim kültürleri Twitter ve Facebook çağında hızlı ve önemli bir dönüşüm geçirmişse de bu dönüşümün sebeplerini sadece sosyal medya iletişiminin kurulmasında aramak yanıltıcıdır¹⁶⁷. Toplumsal parçalanmayı veri kabul eden ampirik çalışmalarda dahi kamusal alanın kaybının günahı sosyal medyaya yıkılmamakta,

¹⁶³ Byung-Chul Han, *Şeffaflık Toplumu*, Haluk Barışcan (Çev.), Metis Yayınları, 2017, s. 54.

¹⁶⁴ Habermas, "Transformation of the Political Public Sphere", s. 166.

¹⁶⁵ Silke van Dyk, "Post-Truth, the Future of Democracy and the Future of Democracy and the Public Sphere", *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 42.

¹⁶⁶ Sennett, s. 356.

¹⁶⁷ Rosa, s. 19.

aksine, sosyal medyanın fiziksel dünyayı yansıttığı belirtilmektedir¹⁶⁸. Çevrimiçi iletişim ağlarının çevrimdışı iletişim alışkanlıklarını yansıttığına dair çalışmalar, yaşam dünyalarının fiziksel ayrılığının sanal dünyada yeniden ürettiğini tespit etmiştir.

Birbirinden tamamıyla yalıtılmış kamusal alanlara ilişkin "güçlü parçalanma" tezi şimdiye kadar yeterli ampirik temel bulamamıştır¹⁶⁹. Rosa, yalıtık "yankı odaları"nın ya da "filtre balonları"nın ortaya çıkışına tanık olduğumuz iddiasının tamamen yanlış olmasa bile fazlaca basit olduğunu belirtir¹⁷⁰. İhmal edilebilecek marjinal gruplar dışında siyaseten muhalif görüşe sahip olanlar arasında sosyal medya etkileşimlerinin oldukça yoğun olduğuna dair çalışmalar mevcuttur¹⁷¹. Dolayısıyla insanların dijital medya aracılığıyla birbirinden kopuk ve kapalı topluluklar inşa ettiği ve farklı olanlarla karşılaşmadığı iddiasının ampirik bir temeli bulunmamaktadır. Bunun yanında, dijital medyada farklı fikirlere erişimin nedenleri ve sonuçları hakkında kuşklar mevcuttur. Sosyal medyada farklı olanla karşılaşmanın karşılıklı öğrenme ve dönüşme sürecini teşvik etmekten ziyade kutuplaşmaya hizmet ettiğini gösteren çalışmalar mevcuttur¹⁷². İnsanların farklı fikirlere erişimi, bu fikirleri kınamak ve bu yolla kendi kimliklerini onaylamak için gerçekleşiyor gibidir¹⁷³. Farklı fikirlere erişimin, sahip olunan kanaatleri daha iyi ifade edilebilir hale getirmek için kullanılmasında eleştirilenin ne olduğunu anlamak güçtür. Zira daha dar ve ortak bir amaç doğrultusunda bir araya gelmiş kamusal topluluklarda muhalif görüşün eleştirilmesi yoluyla kendi görüşünü sağlamlaştırmak ve onu daha iyi tanımlayıp sunabilecek kavramsal araçlar geliştirmek dijital medyaya özgü olmadığı gibi çoğulcu toplumlarda siyasetin doğasına içkindir.

Kamusal alanı ideal bir yurttaş kardeşliği mekânı olarak değil hegemonik bir alan olarak görmek alt yahut karşı kamulara bakış açısını kökten değiştirir. Dijital medyanın, kamusal görünürlüğü herkes için mümkün hale getiren demokratikleştirici etkisi nedeniyle, radikal görüşlerin de daha çabuk yayıl-

¹⁶⁸ Bkz. Leila Hedayatifar/ Rachel A. Rigg/ Yaneer Bar-Yam/ Alfredo J. Morales, "U.S. Social Fragmentation at Multiple Scales", *Journal of The Royal Society Interface*, 16(59), 2019, ss. 1-24 ve Leila Hedayatifar/ Alfredo J. Morales/ Yaneer Bar-Yam, "Geographical Fragmentation of the Global Network of Twitter Communications", *Chaos*, 30(7), 2020, s. 1-14.

¹⁶⁹ Martin Seeliger/ Sebastian Seivignani, s. 12.

¹⁷⁰ Rosa, s. 25.

¹⁷¹ Rosa, s. 25.

¹⁷² Martin Seeliger/ Sebastian Seivignani, s. 12; Rosa, s. 25.

¹⁷³ Rosa, s. 25.

ması ve daha rahat örgütlenmesi için fırsat sunduğu doğrudur. Sosyal medyanın sunduğu eşit katılım fırsatı, sadece demokratlar tarafından değil nefret grupları tarafından da kullanılmaktadır. İnternet aracılığıyla tarihsel olarak marjinalize edilmiş gruplara yönelik “gücendirici” olmanın ötesine uzanan çevrimiçi taciz ve nefret söylemi eşit katılım idealinin karanlık yüzünü gösterir¹⁷⁴. Habermas, yeni medyanın sunduğu dünya çapındaki örgütsel potansiyelin, “Lukashenko’ya karşı biteviye protestolarında cesur Belaruslu kadınların yanı sıra radikal sağcı ağların hizmetinde” olduğunu vurgulamakta haklıdır¹⁷⁵. Ne var ki burada mesele demokratik eşitlik için umulmadık bir fırsat sunan dijital medyanın aşırı görüşleri de duyulur ve görünür kılmasını engellemek için getirilecek ileri tedbirlerin demokratların da sesini kısıp kısımayacağıdır.

Farklı toplumsal gruplara ve bu grupların temsilcilerine karşı saldırganlığı besleyen kapalı toplulukların yaygınlaşması kamusal iletişim kültürünün sonlanması tehlikesini barındırır. Ancak tüm kapalı grupların benzer olduğunu ya da bu türden bir yerleşme ürettiğini söylemek kötude eşitleyen toptancı ve karikatürize edici bir yaklaşımdır. “Yankı odaları”nda çoğul, karşı ya da alt kamusallık tarif edilen türden bir kamusal iletişim için imkân olup olmadığını dikkate almak gerekir. Çoğul kamusalılığı teşvik eden alt kamusalılık türleri ile farklı olana düşmanlıkla sonlanan “yıkıcı topluluk” türleri karıştırılmamalıdır. O halde, sorulması gereken soru dijital medyanın farklılıkların karşılaşması anlamına gelen çoğul kamusalılığı mı, kamusalılığı baltalayacak şekilde “yıkıcı topluluk” buluşmalarını mı teşvik ettiği, dijital ortamın, fiziksel dünyada olduğu gibi, iki eğilimi de teşvik edecek unsurlar barındırdığını düşünmek için makul nedenlerimiz var mıdır? Dijital iletişimin, karşılaşmayı teşvik edecek, farklılıkların fark olarak görülmesini ve duyulmasını sağlayacak geniş ve demokratik kamusal tartışma ihtimalini tamamen dışarıda bırakıp bırakmadığına karar vermek için aceleci davranmamak yerindedir. Dijital medyanın eşit siyasal katılım vaadini gerçekleştirmedi ne ölçüde elverişli bir ortam sunduğu üzerine düşünmek ve sağladığı avantajları geliştirmeye yönelik önerilerde bulunmak katılımcı bir demokrasi anlayışı için öncelikli olmalıdır.

SONUÇ

Habermas'ın geliştirdiği kamusal alan modeli, ideal iletişim durumunda konuşan rasyonel özne kabulü aracılığıyla ve kapsayıcı tek bir kamusal alan

¹⁷⁴ Vermeulen, s. 12. Ayrıca bkz. Bharath Ganesh, “The Ungovernability Of Digital Hate Culture”, *Journal of International Affairs*, 71(2), 2018, s. 30-49.

¹⁷⁵ Habermas, “Transformation of the Political Public Sphere”, s. 160.

ısrarıyla kuramsal dışlama mekanizmaları barındırır. Eşit katılım ideali, ideal konuşma durumunun ölçütleri nedeniyle inşa edilmiş dahi dışlayıcıdır. Dijital iletişim çağında kamusal alanın bir kez daha yapısal dönüşüm geçirdiğinden bahisle kaleme aldığı 2022 tarihli makalede aynı dışlayıcı yapı korunur. Herkesin katılımına açık kamusal alan ideali, okur - yazar ikiliği aracılığıyla bir hiyerarşi varsayar. Kamusal alanın bir kez daha yapısal dönüşüm yaşadığı günümüzde Habermas'ın seçkin katılım anlayışının yıllara meydan okuduğunu görürüz. Dışlayıcı pratiklerin daha etkili olduğu geçmiş günleri özlemle anmaya adanmış bu makalede değerli tespitler vardır. Ancak bu tespitler okur - yazar ikiliğine dayanan bir dışlama mekanizması yaratmaya hizmet etmiştir. Habermas'ın müzakereci demokrasi modeli, katılımcı demokrasiye yönelik bir katkıdan çok demokratik seçkinliğin halk katılımını olumsuzlayan tezlerinden birini yankılıyor gibidir. Rancière'in uyumsuzluğa dayanan politika anlayışı, seçkin katılım anlayışlarına iyi bir karşılık olarak okunabilir. Eşit katılım ideali, zihinlerin eşitliği ilkesini gerektirir. Siyasal katılımda eşitliği varsayıp rasyonel iletişimin gerekli olduğu düşünülen koşulları uyarınca okur - yazar ikiliği gibi birtakım dışlama mekanizmaları işletilmekteyse, en başından beri herkesin katılımına açık bir kamusal alandan ziyade herkesin katılımına açık bir kamusal alan bulunduğu algısı yaratmanın amaçlandığını düşünmek mümkün hale gelir.

Habermas kendi müzakereci demokrasi modelini açıklamak için liberal ve cumhuriyetçi modellerden ayrılığını vurgular¹⁷⁶. Ne var ki Habermas, Rancière'in “konuşan varlıkların eşitliği”ni savunurken eleştirdiği cumhuriyetçi katılım ve eşitlik anlayışına çok yaklaşır. Toplumun pedagojikleştirilmesi ismini verdiği eğilime sahip cumhuriyetçi yazarlar halkın katılımını arzulamakla birlikte, egemen halk maddi çıkarlarını savunmak dışında bir şey bilmediğinden “kendi tikelliklerine sıkışıp kalmış bireylere kamusal aklın ve kudretin evrenselliği dersi” verilmelidir¹⁷⁷. Zihinlerin eşitliği ilkesini reddeden bu öğretisi, toplumu oluşturan bireylerin çocuklaştırılması anlamına gelir¹⁷⁸. Politikanın tümü erişkin insanlık ile çocukça insanlık zıtlığını bildi-

¹⁷⁶ Bkz. Jürgen Habermas, “Demokrasinin Üç Normatif Modeli”, Zeynep Gürata/ Cem Gürsel (Çev.), Seyla Benhabib (Ed.), *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, 1. Bası., Demokrasi Kitaplığı, 1999, ss. 37-50.

¹⁷⁷ Jacques Rancière, *Cahil Hoca: Zihinsel Özgürleşme Üstüne Beş Ders*, Savaş Kılıç (Çev.), 6. Bası, Metis Yayınları, 2016, s. 44, 129.

¹⁷⁸ Rancière, *Cahil Hoca*, s. 131.

ren bir siyasal antropolojiye sıkıştırılır¹⁷⁹. Habermas'ın müzakereci kamusal alan modeli, cumhuriyetçi yazarların arzuladığı “iyi eşitlik” kavrayışlarında olduğu, gibi sadece şahsi çıkarlarının peşinden koşmayı bilen halkın kamusal eğitimini talep eden pedagojik bir yaklaşımı ima eder. İki katmanlı eşit katılım idealinin merkezinde bulunan müzakere usullerine hâkim konuşmacı ile çevrede yer alan anonim dinleyici kitlesi ayrımı, kamusal alanı hak taleplerinin tartışıldığı ve eşitlik iddiasında bulunulan bir alandan ziyade evrensel bir siyasal okul olarak tanımlamaya izin verir. Bu alana hak taleplerini iletmek için mi yoksa sürekli bir argümantasyon dersi almak için mi çıkarılır, belli değildir. Habermas'ın eşit katılım ideali siyasal özneye dair kavrayışıyla, kamusal katılımın prosedürel koşulları ve kamusal ilgi ölçütüyle çeşitli dışlama biçimlerini olanaklı hale getirir. Katılımcı bir demokrasi modeli savunusunu yapılırken, esasen seçkin bir demokrasi anlayışına yaklaşılar. Dijital kamusal alan bahsinde Habermas'ı rahatsız edenin ne olduğunu bu teorik çerçeve sayesinde anlamak kolaylaşır.

Habermas tarafından yeterince rasyonel bulunmayan kimselerin okur rolünden yazar rolüne geçmesinin hor görülmesi ve gerçekleştirilmesi neredeyse imkânsız rasyonalite ölçütleri uyarınca irrasyonel kabul edilen “okur”lara yazar rolünün yasaklanması eşitlikçi katılım anlayışında bir problem teşkil eder. Habermas'ın dijital iletişime ilişkin kaygısı katılıma dair rollerin dönüşmesi ve kapsayıcı kamusal alana meydan okuyan karşı ya da çoğul kamusalılıkların görünür şekilde türemesidir. Habermas'ın temel kaygıları belki de dijital iletişime dair en umut veren yönlerdir. İletişim sürecinin editoryal aracılıktan bağımsızlaşması ve kapsayıcı kamusal alanın dışlama biçimlerini teşhir edebilecek çoğul ve karşı kamusalılıklar yaratılması direnç gösterilmesi gereken eğilimler olarak görülmemelidir. Ne var ki siyasal katılım hiyerarşisine meydan okuması, dijital iletişime ilişkin tüm endişelerin yersiz olduğu anlamına gelmez. Dijital medya aracılığıyla kamusal iletişimi güçlendirmek için kuram, politika ve medya altyapıları üretmek acil bir ihtiyaçtır¹⁸⁰. Ticari algoritma sistemine karşı eşit dikkat hakkını temin edebilecek yeni medya altyapılarının düşünülmesi ve hayata geçirilmesi elzemdir. Dijital kamusal alanda baskın platformların dışında bağlantı kurulabilecek alternatif sosyal medya ağları için gerçek olasılıkların düşünülmesi önemlidir¹⁸¹. İfade özgürlüğü korunurken nefret söyleminin engellenmesi, temel sınavlardan bir diğeridir.

¹⁷⁹ Rancière, *Demokrasi Nefreti*, s. 36.

¹⁸⁰ Sevigani, s. 107.

¹⁸¹ Vermeulen, s. 9.

İnternetin sunduğu dijital kamusal alanın, kamusalılık için yegâne fırsat olmadığını hatırlamakta da fayda vardır. Dijital kamusal alan, iletişim ağlarını genişletmek ve egemen kamusal alandan dışlanana görünürlük kazandırmak için etkili bir ortamdır. Ne var ki kamusalılığı dijital ortamlarda gerçekleşmesine borçlu olmayan birçok etkinlik biçimi hala mevcuttur. Yüz yüze toplantılar, gösteriler ve bu nitelikte birçok etkinlik dijital ortama aktarıldıktan sonra “kamuya açık” hale gelmez; halihazırda kamusaldir¹⁸². İnternetin sunduğu kamusal iletişim fırsatlarının önemini vurgularken, geleneksel kamusalılıkların tükendiğine dair umutsuzluğa kapılmamayı öğrenmek önemlidir. Fiziksel dünyadaki karşılaşma biçimleri üzerine düşünmeye devam etmek, dijital iletişimden beklentileri düzenlemek için de faydalıdır.

¹⁸² Martin Seeliger/ Paula-Irene Villa Braslavsky, s. 69.

KAYNAKÇA

- Benhabib S, “Müzakereci Bir Demokratik Meşruiyet Modeline Doğru”, Zeynep Gürata/ Cem Gürsel (Çev.), Seyla Benhabib (Ed.), *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, 1. Bası, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s. 101-139.
- Benkler Y, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, 1. Bası, Yale University Press, 2006.
- Bernstein R J, “Fred Dallmayr’s Critique of Habermas”, *Political Theory*, 16(4), 1988, s. 580-593.
- Çiğdem A, *Bir İmkân Olarak Modernite: Weber ve Habermas*, 5. Bası, İletişim Yayınları, 2015.
- Dahrendorf R, *Demokrasinin Bunalımları: Antonio Polito ile Bir Söyleşi*, A. Emre Zeybekoğlu (Çev.), 1. Bası, İthaki Yayınları, 2015.
- Dejean M/ Lalanne J, “The Issue is to Manage to Maintain Dissensus”, *Interview with Jacques Rancière*, 10 Ağustos 2021, <<https://www.ver-soobooks.com/blogs/5132-jacques-ranciere-the-issue-is-to-manage-to-maintain-dissensus>> Erişim Tarihi 10 Aralık 2022.
- Feteris E T, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçeleştirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma*, Ertuğrul Uzun (Çev.), 1. Bası, Paradigma Yayıncılık, 2010.
- Fishkin J S/ Luskin R C, “Experimenting with a Democratic Ideal: Deliberative Polling and Public Opinion”, *Acta Politica*, 40, 2005, s. 284-298.
- Frazer N, “Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Varolan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı”, Meral Özbek/ Cemal Balcı (Çev.), Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, 1. Bası, Hil Yayın, 2004 s. 103-132.
- Ganesh B, “The Ungovernability Of Digital Hate Culture”, *Journal of International Affairs*, 71(2), 2018, s. 30-49.
- Geuss R, *Eleştirel Teori: Habermas ve Frankfurt Okulu*, Ferda Keskin (Çev.), 1. Bası, Ayrıntı Yayınları, 2002.
- Giddens A, “Jürgen Habermas”, *Çağdaş Temel Kuramlar*, Ahmet Demirhan (Çev.), Quentin Skinner (Ed.), 2. Bası, İletişim Yayınları, 2015, s. 157-178.

- Habermas J, “İdeoloji” Olarak Teknik ve Bilim, Mustafa Tüzel (Çev.), 10. Bası, Yapı Kredi Yayınları, 2019.
- Habermas J, *İletişimsel Eylem Kuramı Cilt I: Eylem Rasyonelliği ve Toplumsal Rasyonelleşme*, Mustafa Tüzel (Çev.), 1. Bası, Kabalcı Yayınları, 2001.
- Habermas J, “1990 Baskısına Önsöz”, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, Tanıl Bora/ Mithat Sancar (Çev.), 11. Bası, İletişim Yayınları, 2013, s. 13-56.
- Habermas J, “Kamusal Alan”, Meral Özbek (Çev.), Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, 1. Bası, Hil Yayın, 2004, s. 95-102.
- Habermas J, “Demokrasinin Üç Normatif Modeli”, *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, Zeynep Gürata/ Cem Gürsel (Çev.), Seyla Benhabib (Ed.), *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, 1. Bası, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s. 37-50.
- Habermas J, “Richard Rorty’s Pragmatic Turn”, Robert B. Brandom (Ed.), *Rorty and His Critics*, 1. Bası, Blackwell Publishers, 2000, s. 31-55.
- Habermas J, “Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 145–171.
- Han B, *Şiddetin Topolojisi*, Dilek Zaptçioğlu (Çev.), 1. Bası, Metis Yayınları, 2016.
- Han B, *Şeffaflık Toplumu*, Haluk Barışcan (Çev.), 1. Bası, Metis Yayınları, 2017.
- Hedayatifar I/ Rigg R A/ Bar-Yam Y/ Morales A J, “U.S. Social Fragmentation at Multiple Scales”, *Journal of The Royal Society Interface*, 16(59), 2019, s. 1-24.
- Hedayatifar L/ Morales A J/ Bar-Yam Y, “Geographical Fragmentation of the Global Network of Twitter Communications”, *Chaos*, 30(7), 2020, s. 1-14.
- MacIntyre A, *Herbert Marcuse: An Exposition and A Polemic*, 1. Bası, The Viking Press, 1970.
- McCarthy T, “Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü’nün 1989 İngilizce Baskı-

- sına Giriş”, Meral Özbek (Çev.), Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, 1. Bası, Hil Yayın, 2004, s. 91-93.
- Mouffe C, *Demokratik Paradoks*, A. Cevdet Aşkın (Çev.), 3. Bası, Epos Yayınları, 2015.
- Mouffe C, *Siyasal Üzerine*, Mehmet Ratip (Çev.), 3. Bası, İletişim Yayınları, 2015.
- Mouffe C, *Dünyayı Politik Düşünmek: Agonistik Siyaset*, Murat Bozluolcay (Çev.), 1. Bası, İletişim Yayınları, 2015.
- Rancière J, *Demokrasi Nefreti*, Utku Özmakas (Çev.), 2. Bası, İletişim Yayınları, 2015.
- Rancière J, *Uyuşmazlık: Politika ve Felsefe*, Hakkı Hünler (Çev.), 1. Bası, Aralık Yayınları, 2005.
- Rancière J, *Siyasalın Kısıyında*, Aziz Ufuk Kılıç (Çev.), 1. Bası, Metis Yayınları, 2007.
- Rancière J, *Cahil Hoca: Zihinsel Özgürleşme Üstüne Beş Ders*, Savaş Kılıç (Çev.), 6. Bası, Metis Yayınları, 2016.
- Rorty R, *Feminism and Pragmatism* (The Tanner Lectures on Human Values, December, 7 1990), <https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/r/rorty92.pdf> Erişim Tarihi 12 Aralık 2022.
- Rorty R, “Universality and Truth”, Robert B. Brandom (Ed.), *Rorty and His Critics*, 1. Bası, Blackwell Publishers, 2000, s. 1-30.
- Rosa H, “Social Media Filters and Resonances: Democracy and the Contemporary Public Sphere”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 17-35.
- Sarıbay A Y, *Kamusal Alan, Diyalojik Demokrasi, Sivil İtiraz*, 1. Bası, Alfa Yayınları, 2000.
- Seeliger M/ Seignani S, “A New Structural Transformation of the Public Sphere? An Introduction”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 3-16.
- Seeliger M/ Villa Braslavsky P, “Reflections on the Contemporary Public Sphere: An Interview with Judith Butler”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 67-74.
- Sennett R, *Kamusal İnsanın Çöküşü*, Serpil Dural/ Abdullah Yılmaz (Çev.), 5. Bası, Ayrıntı Yayınları, 2016.
- Sevignani S, “Digital Transformations and the Ideological Formation of the Public Sphere: Hegemonic, Populist, or Popular Communication?”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 91-109.
- Socolow M C, “The Button That Could Have Changed the Internet”, 3 Aralık 2022, <https://slate.com/technology/2022/12/oh-yeah-button-tim-berners-lee.html?utm_medium=email&utm_source=pocket_hits&utm_campaign=POCKET_HITS-EN-DAILY-RECS-2022_12_09&sponsored=0&position=8&scheduled_corpus_item_id=083023e1-66c7-4f73-be1a-23eb350fcc74> Erişim Tarihi 13 Aralık 2022.
- Spaemann Robert, “Die Utopie der Herrschaftsfreiheit”, *Zur Kritik der politischen Utopie*, 1. Bası, Ernst Klett, 1977.
- Timur T, *Habermas'ı Okumak*, 2. Bası, Yordam Kitap, 2012.
- van Dyk S, “Post-Truth, the Future of Democracy and the Future of Democracy and the Public Sphere”, *Theory, Culture & Society*, 39(4), 2022, s. 37-50.
- Vermeulen M, *Regulating the Digital Public Sphere: Limits and Opportunities of Market Interventions*, Open Society Foundations, 2021, <<https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/26fac926-c4ce-415e-ae85-a09fcbel0ba4/regulating-the-digital-public-sphere-report-20210617.pdf>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2022.
- White S K, “Reason and Authority in Habermas: A Critique of the Critics”, *The American Political Science Review*, 74(4), 1980, s. 1007-1017.
- Young I M, “İletişim ve Öteki: Müzakereci Demokrasinin Ötesinde”, Zeynep Gürata/ Cem Gürsel (Çev.), Seyla Benhabib (Ed.), *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, 1. Bası, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s. 174-196.
- Yükselbaba Ü, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusal Alanından, İletişimsel Kamusal Alanına Geçiş*, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

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

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Temmuz / July 2023 Sayı / No. 3

**CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE BAĞLI, İLGİLİ
VE İLİŞKİLİ KURULUŞLAR**

AFFILIATED, RELEVANT AND RELATED INSTUTIONS IN THE
PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM

Ceren ŞAKAR*  

ÖZET

[-10.34246/ahbvuhfd.1253535](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1253535) 

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş terim(ler)i, merkezi yönetim teşkilatı ile değişen ölçüde ilişki içerisinde bulunan kurum ve kuruluşları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu ilişkinin ne ölçüde yoğun veya zayıf olduğunu bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların ilgili mevzuatlarındaki düzenlemelere bakarak değerlendirmek mümkündür. Tek başına yeterli olmamakla birlikte, kamu tüzel kişiliğine sahip olmak, bu ilişkinin yoğunluğunu belirleyen temel kriterlerden biridir. Ancak bu hususta başka kriterler de mevcuttur. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesinde yürürlükte olan mevzuatta bağlı kuruluş ve ilgili kuruluşun tanımı yapılmışsa da; artık yürürlükte olmayan bu tanımlardan yola çıkılarak bu kuruluşlar hakkında bir değerlendirme yapmak olanaklı değildir. Bu bağlamda bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar hakkında bir değerlendirme yapabilmek için düzenlendikleri Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve ilgili mevzuatları incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Bağlı kuruluş, ilgili kuruluş, ilişkili kuruluş, kamu tüzel kişiliği, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi.

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** ceren.sakar@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-0205-9511 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1253535

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*



ABSTRACT

The term(s) affiliated, relevant and related institutions are used to express institutions and organizations that have varying degrees of relationship with the central government organization. It is possible to evaluate how intense or weak this relationship is by looking at the regulations in the relevant legislation of affiliated, relevant and related institutions. Although not sufficient on its own, having a public legal entity is one of the main criteria that determines the intensity of this relationship. However, there are other criteria in this regard. Although the definition of affiliate and relevant institution was made in the legislation in force before the presidential government system; It is not possible to make an assessment about these institutions based on these definitions that are no longer in effect. In this context, Presidential decrees and relevant legislation should be examined in order to make an assessment about affiliated, relevant and related institutions.

Keywords: Affiliated institution, relevant institution, related institution, public legal entity, presidential government system.

EXTENDED ABSTRACT

The concepts of affiliated, relevant and related organizations are used to express institutions that are positioned according to the intensity of the relationship established between them and the central government organization within the administrative organization. From a conceptual point of view, it is thought that these concepts constitute three different groups of institutions that differ from each other in terms of certain characteristics, due to the characterization made using three different concepts as “affiliated”, “relevant” and “related” in terms of these institutions. Nevertheless, considering their current legal situation, it is difficult to say that affiliated, relevant and related institutions constitute three separate groups that differ from each other in terms of certain characteristics.

The presidential government system, which made significant changes in the structuring of the central government organization, also significantly affected the legal status of affiliated, relevant and related institutions. In the period before the presidential government system, the concepts of affiliated and relevant institutions were defined by law. Although the concept of related institution is not defined by law, it is used for regulatory and supervisory institutions. After the transition to the presidential government system, the provisions of the law defining the affiliated and relevant institutions were repealed. Comprehensive regulations have been made regarding affiliated, relevant and related institutions. Legislation on this subject continues to evolve with new regulations. The aim of this study is to determine the legal status of affiliated, relevant and related institutions after the presidential government system, to determine the legal problems related to the concepts of affiliated, relevant and related institutions in the face of current legislation and to present solutions for them.

The Presidential Decree No. 4 which were issued after the transition to the presidential

government system is very important from the point of our work in terms of bringing comprehensive regulations regarding directly affiliated, relevant and related institutions. Nonetheless, the regulations made regarding affiliated, relevant and related institutions are not limited to this. New affiliated, relevant or related institutions have been established by different presidential decrees and sometimes by law. Some affiliated, relevant and related institutions have also been related to some ministries or the presidency by the presidential circulars.

Although it's not sufficient on its own, having a public legal personality is an important criterion in determining the relations of affiliated, relevant and related institutions with the central administration. As a result of the regulations made, it is seen that some of the affiliated institutions have public legal personality, while some of them don't have it. Beside it is seen that all relevant and related institutions are regulated as having public legal personality.

Affiliated institutions without public legal personality are included in the state public legal personality and are subject to the hierarchical control of the central administration. Affiliated institutions with public legal personality and relevant and related institutions are included in the decentralization organization as they have separate public legal personality. Affiliated institutions with public legal personality and relevant institutions are functionally decentralized institutions (decentralized institutions in terms of service) within the decentralization organization and in this respect, they are subject to the administrative tutelage control of the central administration. While some of the affiliated institutions are in the central government organization; some of them are in the functionally decentralized institutions. Therefore there is no unity between affiliated institutions. In addition, it's not possible to determine according to which criteria some affiliated institutions and relevant institutions both of which are among the functionally decentralized institutions, are qualified as affiliated or relevant.

The concept of related institution is used for regulatory and supervisory institutions today as it was in the past. However, in the current legislation, there are some institutions that are regulated as related institutions even though they aren't regulatory and supervisory institutions. These institutions are functionally decentralized institutions and they are regulated as related institutions. When viewed from this aspect, it's not possible to determine according to which criteria these institutions, which are all among the functionally decentralized institutions, are regulated as affiliated, relevant or related institution.

It doesn't seem possible to clearly distinguish the concepts of affiliated, relevant and related institutions from each other. In the current situation which this distinction cannot be made, the existence of institutions that have the same characteristics but are expressed with different concepts may lead to a confusion of concepts. This conceptual confusion may also create problems in terms of determining the limits and scope of the central administration's control over these institutions. On the other hand, the central

government has been given by a provision of law the authority of supervision over the affiliated, relevant and related institutions. However, while regulating this supervisory authority, no distinction was made in terms of these institutions. In order to use three different concepts as affiliated, relevant and related institution, these three concepts must be clearly distinguished from each other. Our recommendation is to limit the affiliated institutions with institutions who lack public legal personality, to organize functionally decentralized institutions as relevant institutions and to determine the regulatory and supervisory institutions as related institutions. Thus, these three concepts can be clearly distinguished from each other. After this distinction, it would be appropriate to determine the limits and scope of this supervision for the institutions that will be subject to administrative tutelage control.

GİRİŞ

İdari teşkilatımızda bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar köklü bir geçmişe sahiptir. Bu kuruluşlar, merkezi yönetim teşkilatı ile kurdukları bağ dolayısıyla bağlı kuruluş, ilgili kuruluş veya ilişkili kuruluş ismini almaktadır. Dolayısıyla söz konusu kuruluşlar bakımından bağlı, ilgili ya da ilişkili kuruluş şeklindeki ayırım geçmişten bugüne önemini korumaktadır.

Merkezi yönetim teşkilatı üzerinde önemli değişiklikler yapan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, bağlı kuruluş, ilgili kuruluş ve ilişkili kuruluşların hukuki durumunu da etkilemiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemde, bağlı kuruluş ve ilgili kuruluş kavramları mevzuatta tanımlanmış¹; ilişkili kuruluş kavramı ise mevzuatta tanımlanmamakla birlikte, düzenleyici ve denetleyici kurumlar için, bu kurumların kuruluş kanunlarında² veya söz konusu kurumların düzenleme alanına ilişkin olarak

¹ 3046 sayılı Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un mülga 10 ve 11. maddeleri bağlı kuruluş ve ilgili kuruluşlar hakkındaydı. Kanunun 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 41. maddesiyle değiştirilmeden önceki adı "Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun"dur.

² Örneğin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun kuruluş kanunu olan 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasında, "Kurum'un ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma Bakanlığı" olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu da, kendi kuruluş kanunu olan 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasına göre; "Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığıdır."

çıkarılan kanunlarda³ kullanılmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle birlikte, bağlı kuruluş ve ilgili kuruluşu tanımlayan hükümler yürürlükten kaldırılmış ve bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri⁴ ve Cumhurbaşkanlığı genelgeleriyle⁵ yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile ilgili olarak kapsamlı düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, bu konudaki mevzuat yeni düzenlemelerle gelişmeye devam etmektedir⁶. Bu bağlamda çalışmanın amacı, yeni sistemde bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile ilgili düzenlemelerin değerlendirilerek, söz konusu kuruluşların mevcut hukuki durumlarının tespiti.

Cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenleyen 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde (CBK)⁷, bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar açısından en kapsayıcı düzenleme 4 sayılı CBK'dir⁸. Bu Kararnamede pek çok bağlı kuruluş, ilgili kuruluş ve ilişkili kuruluşun teşkilatı, görevleri ve bağlılık, ilgililik ve ilişkililik durumları düzenlenmiştir. Diğer taraftan Kararnamede yer almayan bağlı kuruluş, ilgili kuruluş ve ilişkili kuruluşlar da mevcuttur. Bu kuruluşların bir kısmı, yalnızca bunlara özgü olarak çıkarılan CBK'ler ile kurulmuşlardır. Örneğin yakın tarihte çıkarılan 117 sayılı CBK ile Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olarak düzenlenen "Uludağ Alan Başkanlığı" bunlardan biridir⁹. Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların

³ Örneğin Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun'un 20. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, Ticaret Bakanlığıdır." Benzer şekilde Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanun'un 19. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Kurum Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkilidir."

⁴ Bugüne dek 1, 4, 7, 11, 12, 13, 23, 34, 38, 47, 95 ve 117 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar hakkında düzenlemeler yapılmıştır.

⁵ 2018/1 sayılı ve 2018/2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgeleri ile bazı bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar, bazı Bakanlıklar ile ilgilendirilmişlerdir.

⁶ Örneğin yakın zamanda, 21. 03.2023 tarih ve 32139 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 7441 sayılı Afet Yeniden İmar Fonunun Kurulması Hakkında Kanun ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bağlı, tüzel kişiliği haiz Afet Yeniden İmar Fonu kurulmuştur.

⁷ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete Tarihi - Sayısı: 10.07.2018 – 30474. "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" terimi, bundan böyle metin içerisinde "CBK" kısaltması ile kullanılacaktır.

⁸ 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete Tarihi – Sayısı: 15.07.2018 – 30479.

⁹ 117 sayılı Uludağ Alan Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete

diğer bir kısmı ise kendi kanunlarında veya CBK’lerde bağlı kuruluş, ilgili kuruluş veya ilişkili kuruluş olarak nitelendirilmiş ve Cumhurbaşkanlığı genelgeleriyle bakanlıklarla ilgilendirilmişlerdir. Örneğin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 19. maddesinde “Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili” olarak düzenlenen Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile Adalet Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir. Bir başka örnek olarak, 4 sayılı CBK’de ilişkili kuruluş olarak düzenlenen Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu (TRT) verilebilir. Kurum, 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı ile ilişkilendirilmiştir.

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların, yeni sistemdeki hukuki statülerinin ve ilişki içerisinde oldukları bakanlıklarla ilişkilerinin tahlil edilebilmesi için öncelikle, söz konusu kuruluşların Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesindeki hukuki durumlarının incelenmesi gerekmektedir. Böylelikle bu kuruluşların eski sistemdeki anlam ve kapsamını koruyup korumadığı ve varsa değişen yönleri daha iyi anlaşılacaktır. Bu kapsamda çalışmamızda bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi ve sonrası olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenecek ve söz konusu kuruluşların yeni sistemdeki durumları bu karşılaştırma neticesinde belirlenmeye çalışılacaktır.

I. BAĞLI KURULUŞ, İLGİLİ KURULUŞ VE İLİŞKİLİ KURULUŞ KAVRAMLARI

Bağlı kuruluş ve ilgili kuruluş kavramları, mülga 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun’da karşımıza çıkmaktadır. Kanunun 3. maddesinde Başbakanlık teşkilatının merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlardan meydana geldiği ifade edilmiştir. 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun’un¹⁰ mülga 10 ve 11. maddelerinde bakanlık bağlı kuruluşlarının ve bakanlık ilgili kuruluşlarının tanımı yapılmıştır.

Tarihi – Sayısı: 26.01.2023 – 32085.

¹⁰ Kanunun şu anki adı “Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun”dur. Metin içerisinde bu Kanun’un, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemdeki adı kısaltılarak kullanılmıştır. Kanunun eski adının tamamı, “Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun” şeklindedir.

Bu Kanun’un mülga 10. maddesinde bakanlık bağlı kuruluşları şu şekilde ifade edilmiştir: “**Bağlı kuruluşlar** bakanlığın hizmet ve görev alanına giren anahizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlardır.” Kanunun mülga 11. maddesine göre ise “**İlgili kuruluşlar**; özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlenir.” 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnamenin (KHK)¹¹ ekinde ise bakanlıklar ile ilgili iktisadi devlet teşekkülleri (İDT) ve kamu iktisadi kuruluşları (KİK) gösterilmiştir.

İlişkili kuruluş kavramı mevzuatta tanımlanmamış; ancak Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesinde düzenleyici ve denetleyici kurumlar için kullanılmıştır. Nitekim yasalaşmamış 5227 sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun’un Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde (TBMM) kabul edilen hâlinin 26. maddesine göre: “İlişkili kuruluşlar; piyasalara ilişkin düzenleyici ve denetleyici görev yapan, kamu tüzel kişiliği ile idarî ve malî özerkliği haiz, özel kanunla kurulan kuruluşlardır. Bu kuruluşların ilişkili olduğu bakanlık, kuruluş kanununda gösterilir.” Bu kanun yürürlüğe konulmadığından, doktrinde ilişkili kuruluş kavramının pozitif dayanağının şaibeli olduğu ifade edilmiştir¹². Bu düzenleme yasalaşmamış olsa da; ilişkili kuruluş kavramı, düzenleyici ve denetleyici kurumların özel kanunlarında kullanılmıştır. Örneğin Rekabet Kurumu’nu düzenleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 20. maddesinin 2. fıkrasında, kurumun ilişkili olduğu bakanlık Gümrük ve Ticaret Bakanlığı olarak gösterilmiştir¹³.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesi sonrasında 3056 sayılı Kanun ve Başbakanlık Teşkilatı, 703 sayılı KHK’nin¹⁴ 218. maddesi ile kaldırılmıştır. Aynı KHK’nin 41. maddesi ile 3046 sayılı Kanunun 10 ve

¹¹ Metin içerisinde “kanun hükmünde kararnameyi” ifade etmek üzere bundan böyle “KHK” kısaltması kullanılacaktır.

¹² Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1*, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, 2009, s. 283.

¹³ Kanunda 2020 yılında yapılan değişikliklerle “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı” ibaresi kaldırılmış, kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, “Ticaret Bakanlığı” olarak düzenlenmiştir.

¹⁴ KHK’nin tam adı: “Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”dir.

11. maddeleri de ilga edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerdeki bağlı kuruluş ve ilgili kuruluş tanımları artık yürürlükte değildir. Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş kavramları, 1 sayılı CBK'nin 524. maddesinde, “*Bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlar kendi kanunları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerindeki hükümlere tabidir.*” şeklinde yer almaktadır.

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların, bugünkü hukuki statülerini değerlendirebilmek ve geçmişteki durumları ile farklarını ortaya koyabilmek adına Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesindeki hukuki durumları değerlendirilmelidir.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ ÖNCESİ DÖNEMDE BAĞLI, İLGİLİ VE İLİŞKİLİ KURULUŞLARIN HUKUKİ DURUMU

2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde, Anayasanın 8. maddesine göre, Cumhurbaşkanı yürütme yetkisini Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanmaktadır. Bu bakımdan iki başlı bir yürütme sistemi söz konusudur¹⁵. Bu sistemde bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar, Başbakanlık ve bakanlıklar ile ilişkilendirilmişlerdir.

A. Başbakanlık Teşkilatı ile Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar

Her bakanlık, belli bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenmektedir¹⁶. Başbakanlık ise bakanlıklar arası kolektif çalışma ve eşgüdümü sağlamayı amaçlayan bir makamdır. Ancak Başbakanlık kendisine bağlanan pek çok kurum sayesinde, bu kurumlarca yürütülen hizmetlerden sorumlu bir yürütme organı durumuna gelmiştir¹⁷.

Başbakanlık teşkilatı 3056 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Bu Kanunda bağlı kuruluş ve ilgili kuruluş tanımlanmamıştır. Bakanlıkların teşkilat yapılarını düzenleyen 3046 sayılı Kanunda ise bağlı kuruluş ve ilgili kuruluş kavramları tanımlanmış ve bağlı kuruluş ve ilgili kuruluşların bakanlıklar ile ne şekilde ilişkilendirileceği, söz konusu Kanuna 643 sayılı KHK'nin 2. maddesi ile eklenen bir madde ile düzenlenmiştir. Buna göre; “*Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil),*

¹⁵ Bülent Tanör, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, 2014, s. 321.

¹⁶ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, 10. Bası, Turhan Kitabevi, 2014, s. 180.

¹⁷ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 97.

Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakanlıkla veya diğer bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Söz konusu kuruluşların özel kanunlarında bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevler ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılır ve yerine getirilir”¹⁸.

2017 Anayasa değişikliği öncesinde Başbakanlığa bağlı kuruluşlar; Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Başkanlığı (Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı, Türk Dil Kurumu Başkanlığı, Türk Tarih Kurumu Başkanlığı), Başbakanlık Kriz Yönetim Merkezi, Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı, Hazine Müsteşarlığı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, Yurt Dışı Türkler ve Akraba Toplulukları Başkanlığı’dır¹⁹. Başbakanlığa bağlı kuruluşların bir kısmının ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmaktayken; diğer bir kısmının ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Başbakanlık ile ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip bağlı kuruluşları arasında vesayet; Başbakanlık ile ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan bağlı kuruluşları arasında hiyerarşi ilişkisi bulunmaktadır²⁰.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemde Başbakanlığın ilgili kuruluşları; Anadolu Ajansı T.A.Ş. Genel Müdürlüğü, Basın-İlan Kurumu Genel Müdürlüğü, T.C. Ziraat Bankası Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü, Türkiye İhracat Kredi Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü (EXİMBANK), Türkiye Kalkınma A.Ş. Genel Müdürlüğü, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü, Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım

¹⁸ 3046 sayılı Kanun madde 19/A. Süleyman Arslan/Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *İdare Hukuku Mevzuatı*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 175. Metinde yer verilen bu hüküm, 3046 sayılı Kanunun 19/A maddesinin, 2017 yılında yapılan Anayasa Değişikliği öncesindeki halidir. 2017 yılı Anayasa Değişikliği neticesinde, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildikten sonra çıkarılan 703 sayılı KHK'nin 218. maddesi ile Başbakanlık teşkilatı kaldırılmış ve “*mevzuatta Başbakana yapılan atıfların Cumhurbaşkanlığına veya görev ve faaliyet alanlarına göre ilgili bakanlıklara ve kuruluşlara yapılmış sayılacağı*” hükmüne bağlanmıştır.

¹⁹ Onur Ender Aslan/Ali Çakıroğlu/Ozan Zengin/Serkan Yıkarbaba/Doğan Durna, *Türkiye Cumhuriyeti Devlet Teşkilatı Rehberi*, 2. Baskı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 2015, s. 22-23.

²⁰ Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 269.

Ajansı Başkanlığı'dır²¹. Başbakanlığın ilgili kuruluşlarının tümü kamu tüzel kişiliğini haizdir; bu sebeple Başbakanlık ile aralarındaki ilişki vesayet ilişkisidir²².

Aynı dönemde Başbakanlığın ilişkili kuruluşları ise; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Başkanlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'dur²³. Bunlar arasında; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Başkanlığı, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkanlığı, Sermaye Piyasası Kurulu Başkanlığı, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun III sayılı cetvelinde gösterilen düzenleyici ve denetleyici kurumlardandır. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ise 5018 sayılı Kanunda sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında değildir. Fon, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesinde "kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip" olarak düzenlenmiştir.

B. Bakanlık Teşkilatı ile Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar

Bakanlıklar, devletin sorumluluğundaki hizmetleri konularına göre uzmanlaşmış birimler olarak yerine getiren kurumlardır²⁴. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemde, bakanlıkların teşkilatları, görev ve yetkileri 3046 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Bu Kanunun mülga 10. maddesinde bağlı kuruluşlar, bağlı oldukları bakanlıkların görev alanındaki hizmetlerde uzmanlaşmış kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Kanuna göre, bağlı kuruluşlar bakanlığın hizmet alanında uzmanlaşmış kuruluşlar sayılacağından, başbakanlığa bağlı kuruluşların hangi alanda uzmanlaşmış olduğu veya başbakanlığa hangi alanda uzmanlaşmış kuruluşların bağlanabileceği sorusu akla gelmektedir. Başbakan, bakanlıklar gibi doğrudan belli bir kamu hizmetini fiilen sunmamaktadır. Ancak kendisine bağlanan ve kendisiyle ilişkilendirilen kuruluşlar neticesinde, bu kuruluşların yaptığı hizmetler bakımından bir "hizmet bakanlığı" haline gelmiştir²⁵. Bu bağlamda, bağlı ve ilgili kuruluşların bakanlıklarla ilişkilendirilmesinde, bakanlığın ilgili olduğu kamu hizmeti türü belirleyici olurken; Başbakanlıkla ilişkilendirilmesinde bizzat bu kuruluşların

²¹ Aslan/Çakıroğlu/Zengin/Yıkarbaba/Durna, s. 23.

²² Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 269.

²³ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015, s. 118.

²⁴ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 83.

²⁵ Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 267; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 97-98.

Başbakanlığın sorumluluk alanını belirlediği söylenebilir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemdeki bazı bakanlıkların bağlı kuruluşlarına; İçişleri Bakanlığına bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü, Ulaştırma Bakanlığına²⁶ bağlı Karayolları Genel Müdürlüğü²⁷, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına bağlı Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü²⁸ örnek verilebilir.

Bakanlıkların bağlı kuruluşlarının bir kısmı kamu tüzel kişiliğine sahipken; bir kısmı ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olmayıp devlet kamu tüzel kişiliği içerisinde yer almaktadır. Devlet kamu tüzel kişiliği içerisinde yer alan bağlı kuruluşlar, merkezi yönetim teşkilatı içerisinde; ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan bağlı kuruluşlar ise hizmet yönünden yerinden yönetim teşkilatı içerisinde bulunmaktadır²⁹. Bağlı kuruluş ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip değilse bakanlığın hiyerarşik denetimi; ayrı kamu tüzel kişiliğine sahipse idari vesayet denetimi söz konusu olmaktadır³⁰. Dolayısıyla devlet kamu tüzel kişiliği içerisinde yer alan bağlı kuruluş ile bakanlık arasındaki ilişki hiyerarşik denetim ile sağlanırken; devlet kamu tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan bağlı kuruluş ile bakanlık arasındaki ilişki idari vesayet denetimi ile sağlanmaktadır³¹.

3046 sayılı Kanunun mülga 11. maddesinde ilgili kuruluşların, kamu iktisadi teşebbüslerini (KİT) veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarını ifade ettiği düzenlenmiştir. Maddede ilgili kuruluşlar, bağlı kuruluşlardan farklı olarak, yaptıkları hizmet değil hukuki statüleriyle tanımlanmıştır. Buna göre ilgili kuruluşlar, idari ve mali özerkliğe sahip, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlardır. Bu bakımdan

²⁶ Bugünkü adıyla "Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı".

²⁷ Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 281.

²⁸ İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Der Yayınları, 2013, s. 312.

²⁹ Ozan Zengin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi", *Emek Araştırma Dergisi*, 10 (15), 2019, s. 8.

³⁰ Oğuz Sancakdar/Eser Us/Mine Kasapoğlu Turhan/Lale Burcu Önüt/Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 107.

³¹ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 269.

bakanlığın ilgili kuruluşları, bakanlığın vesayet denetimine tabi³² olup bakanlık, ilgili kuruluşları üzerinde hiyerarşik yetki kullanamamaktadır³³. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemde bazı bakanlıklar ve ilgili kuruluşlarına; Milli Savunma Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın³⁴ ilgili kuruluşu Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü örnek verilebilir³⁵.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesinde ilişkili kuruluş kavramı mevzuatta tanımlanmamıştır. İlişkili kuruluş adının, bakanlıklar ile ilgili kuruluşları arasındaki ilişkiden daha az yoğunlukta bir ilişkiyi kastetmek ve düzenleyici ve denetleyici kurumları işaret etmek üzere kullanıldığı; fakat yine de kavramın kapsamının tam anlamıyla belirgin olmadığı ifade edilmiştir³⁶. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemde bazı bakanlıklar ve ilişkili kuruluşlarına: Maliye Bakanlığı'nın ilişkili kuruluşu Kamu İhale Kurumu, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın ilişkili kuruluşu Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın³⁷ ilişkili kuruluşu Rekabet Kurumu örnek verilebilir³⁸. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemde mevcut olan ilişkili kuruluşların tamamı kamu tüzel kişiliğini haizdir ve ilişkili kuruluş kavramı düzenleyici ve denetleyici kurumları ifade etmek üzere kullanılmıştır.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE BAĞLI, İLGİLİ VE İLİŞKİLİ KURULUŞLARIN HUKUKİ DURUMU

2017 Anayasa değişikliği sonrasında ülkemizde, parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Bu değişikliğin idari teşkilat üzerinde önemli etkileri olmuştur. Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Yeni sistemde bakanlar; Anayasanın 104. maddesinin 8. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadırlar ve

³² Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 274.

³³ R. Cengiz Derdiman, *İdare Hukuku*. 3. Baskı, Alfa Aktüel Yayınevi, 2010, s. 168.

³⁴ Bugünkü adıyla "Tarım ve Orman Bakanlığı".

³⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku (2017)*, s. 270.

³⁶ Gözübüyük/Tan, s. 184.

³⁷ Bugünkü adıyla "Ticaret Bakanlığı".

³⁸ Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 283.

106. maddenin 5. fıkrasına göre Cumhurbaşkanına karşı sorumludurlar. Eski sistemde yasama organının içinden çıkan ve ona karşı sorumlu olan Bakanlar Kurulu varlığını sürdürmemektedir. 703 sayılı KHK'nin 218. maddesi ile Başbakanlık Teşkilatı da kaldırılmıştır.

Başbakanlık teşkilatının kaldırılması üzerine, önceki sistemde Başbakanlığa bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılıkları değişmiştir. Bunlardan bir kısmı doğrudan Cumhurbaşkanlığı ile (Diyaret İşleri Başkanlığı gibi); diğer bir kısmı ise bakanlıklarla ilişkilendirilmiştir. Örneğin eskiden Başbakanlığın bağlı kuruluşu durumundaki Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, günümüzde İçişleri Bakanlığının bağlı kuruluşu haline getirilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, merkezi idare teşkilatı ve bu teşkilatın bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları, büyük oranda 1 sayılı CBK ve 4 sayılı CBK ile düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı teşkilatını da düzenleyen 1 sayılı CBK'de, bakanlıkların teşkilatları, görev ve yetkileri hüküm altına alınmıştır. Kararnamenin 37. maddesinin 1. fıkrasında Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlar belirlenmiştir. Bunlar; Devlet Arşivleri Başkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu, Diyanet İşleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı, Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı, Savunma Sanayi Başkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı ve Türkiye Varlık Fonu'dur.

Bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının büyük bir kısmı ise 4 sayılı CBK'de düzenlenmiştir. Ancak Kararnamenin kapsamına alınmayan bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar da bulunmaktadır. Yeni sistemde; bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar, Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilişkilendirilebilmektedir³⁹.

C. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar

4 sayılı CBK'de, bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların büyük bir kısmı, tek tek bölümler altında, teşkilat yapıları ve görevleri belirtilerek düzenlenmiştir. Söz konusu kuruluşların hangi bakanlık ile bağlı, ilgili ve ilişkili olduğu da Kararnamede ifade edilmiştir. Kararname bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar bakımından kuruluşların bağlılıklarını ifade etmekle birlikte; söz konusu kavramları tanımlamamıştır.

³⁹ 3046 sayılı Kanun madde 19/A'nın 703 sayılı KHK ile değişik hali.

Kararname kapsamındaki bağlı kuruluşlar incelendiğinde, bunların tamamını kapsayan bir tanım yapabilmek olanaklı görünmemektedir⁴⁰. Örneğin Adalet Bakanlığı'nın bağlı kuruluşu olan Adli Tıp Kurumu'na kamu tüzel kişiliği verilmemiş ve Kararnamenin 5. maddesinin 2. fıkrasında, kurumun giderlerinin Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağı düzenlenmiştir. Oysa aynı Kararnamede, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın bağlı kuruluşu olan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, kamu tüzel kişiliğini haiz ve özel bütçeli bir kurum olarak düzenlenmiştir. Kararnamede düzenlenen bağlı kuruluşlar incelendiğinde, Adli Tıp Kurumu, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü gibi bazı bağlı kuruluşların kamu tüzel kişiliğinin olmadığı; Türkiye Ulusal Ajansı, Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü gibi başka bazı bağlı kuruluşların ise kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlar olarak düzenleme altına alındıkları görülmektedir. Dolayısıyla Kararname kapsamındaki bağlı kuruluşların, kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadığı, idari ve mali özerkliği, idari teşkilattaki yeri ve bu kuruluşlar üzerinde merkezi idarenin ne tür bir denetim yetkisinin bulunduğu hususunda, her bir bağlı kuruluşun Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve kendi özel kanunlarındaki durumu incelenerek değerlendirme yapılabilecektir.

Kararnamede düzenlenen ilgili kuruluşların tümünün kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu görülmektedir. Bu bakımdan 3046 sayılı Kanunun mülga 11. maddesindeki ilgili kuruluş tanımı ile paralellik mevcuttur. Ancak kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın haricinde, Kararname kapsamındaki ilgili kuruluşlar arasında bir birlik bulunmaktadır. Örneğin Ticaret Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu Helal Akreditasyon Kurumu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu Sosyal Güvenlik Kurumu, Yükseköğretim Kurumu'nun ilgili kuruluşu Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Başkanlığı Kararnameye göre idari ve mali açıdan özerktir. Ancak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu ve Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığına mali özerklik tanınmamıştır. Aynı Kararnamede, Sağlık Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olan Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı, "kamu tüzel kişiliğine, bilimsel ve idari özerkliğe sahip, özel bütçeli" bir

⁴⁰ Doktrinde Zengin tarafından, bağlı kuruluşlarla ilgili olarak, 3046 sayılı Kanunun mülga 10. maddesinden yola çıkılarak bir tanım yapılmıştır. Buna göre: "bakanlığın ya da (yeni sistemde) Cumhurbaşkanlığının hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere özel kanunla ya da (yeni sistemde) CK ile kurulan, ayrı kamu tüzel kişiliği yoksa genel bütçeli, ayrı kamu tüzel kişiliği varsa özel bütçeli kuruluşlardır." Zengin, s. 15-16.

kuruluş olarak nitelendirilmiştir. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olan Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) "tüzel kişiliğe, bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli" bir kuruluş olarak tanımlanmış; Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı'ndan farklı olarak "mali özerklik" vurgusu yapılmıştır. Bu sebeple Kararnamede düzenlenen ilgili kuruluşlar ile ilgili olarak yorum yaparken, her biri için Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlendiği bölümdeki hükümlere ve kendi özel kanunlarındaki hükümlere bakılmalıdır.

4 sayılı CBK'de "ilişkili kuruluş" adı altında düzenlenen yalnızca iki kurum bulunmaktadır. Bunlar; TRT ve Türkiye İstatistik Kurumu'dur (TÜİK). Kararnamenin 533. maddesinin 1. fıkrasına göre TRT, "tarafsız bir kamu tüzel kişiliğine" sahiptir. TÜİK ise Kararnamenin 598. maddesine göre, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğine sahip, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın ilişkili kuruluşudur. Kararnamenin 599. maddesinde TÜİK'in bilimsel ve teknik özerkliğe sahip olduğu düzenlenmiştir⁴¹. TÜİK için kullanılan "bilimsel ve teknik özerklik" ifadesi ile TRT için kullanılan "tarafsız" ifadesi sadece bu kurumları nitelemek üzere kullanılmıştır. Dolayısıyla bu nitelikleri, ilişkili kuruluşların tümüne yönelik olarak genellemek mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce bu ifadelerle, merkezi yönetimin bu iki kuruluş üzerindeki etkisinin sınırlılığına dikkat çekilmek istenmiştir.

D. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Kapsamının Dışındaki Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların büyük bir kısmı 4 sayılı CBK'de düzenlenmiştir. Bununla birlikte 4 sayılı CBK'de düzenleme altına alınmayan bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar da mevcuttur. 4 sayılı CBK'nin kapsamı dışında bırakılan bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bir kısmı, yine başka bazı Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmiştir. Bunlardan biri 7 sayılı CBK⁴² ile düzenlenen Savunma Sanayii Başkanlığı'dır. Kararnamenin 3. maddesinin 1. fıkrasına göre Savunma Sanayii Başkanlığı, Cumhurbaşkanına bağlı ve tüzel kişiliği haizdir. Maddede kamu tüzel kişiliği yerine "tüzel

⁴¹ 4 sayılı CBK'nin 599. maddesinin başlığı "bilimsel ve teknik özerkliktir". Maddeye göre: "10/11/2005 tarihli ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanununda belirtilen Programın uygulanmasında, Kurum çalışanları ile diğer uygulayıcı birimlere veri kaynakları, istatistikî yöntem ve süreçlerinin seçimi, dağıtımın içerik, şekil ve zamanı ve istatistikî gizliliğin uygulanması başta olmak üzere, hiçbir konuda talimat verilemez."

⁴² 7 sayılı Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi. Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi – Sayısı: 15.07.2018 - 30479.

kişilik” ibaresi tercih edildiği görülmektedir. Benzer durum 4 sayılı CBK’de düzenlenen bazı kuruluşlarda da mevcuttur. Örneğin 4 sayılı CBK’nin 23. bölümünde düzenlenen Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü için, “Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı, özel bütçeli ve tüzel kişiliği haiz” ifadesi kullanılmıştır. 4 sayılı CBK’de başka birtakım bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar için ise “kamu tüzel kişiliğini haiz” ifadesi kullanılmıştır. “Kamu tüzel kişiliği” ve “tüzel kişilik” olmak üzere iki ayrı kavram seçilmesi, yürütme organının özel bir tercihi olabileceği gibi; bu iki kavramın genel olarak “kamu tüzel kişiliğini” ifade etmek üzere kullanılmış olması da mümkündür. Akyılmaz, Sezginer, Kaya’ya göre, “Anayasamıza göre CBK’ların yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabileceği ve kamu tüzel kişiliğinin de kanun veya CBK ile kurulabileceği dikkate alındığında, sadece tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilen bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların da (bir kısım faaliyetlerinde özel hukuka tabi olsalar dahi) kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.”⁴³ Bizim de katıldığımız bu görüş doğrultusunda, kararnamelerde kullanılan “tüzel kişilik” ibaresinin de, “kamu tüzel kişiliği” kavramını ifade etmek üzere kullanıldığı söylenebilir.

Bir başka bağlı kuruluş olan Devlet Arşivleri Başkanlığı, 11 sayılı CBK’de⁴⁴ düzenlenmiştir. Kararnamenin 3. maddesinin 1. fıkrası ile Devlet Arşivleri Başkanlığı’nın, Cumhurbaşkanlığına bağlı olduğu belirtilmiştir. Hemen belirtelim ki Devlet Arşivleri Başkanlığı’nın kamu tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Buna göre 4 sayılı CBK dışında kalan mevzuatta düzenlenen bağlı kuruluşların da; bir kısmı kamu tüzel kişiliğine sahipken, diğer bir kısmının kamu tüzel kişiliğine sahip olmadığı görülmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenen ilgili kuruluşlar açısından kamu tüzel kişiliğini haiz olma özelliği bakımından bir birlik söz konusudur. Örneğin 23 sayılı CBK⁴⁵ ile Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’nın ilgili kuruluşu olarak düzenlenen Türkiye Uzay Ajansı; Kararnamenin 3. maddesinin 1. fıkrasına göre; “tüzel kişiliği haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçelidir.” 34 sayılı CBK’de⁴⁶ Adalet Bakanlığı’nın ilgili kuruluşu olarak

⁴³ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Savaş Yayinevi, 2022, s. 238.

⁴⁴ 11 sayılı Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi. Yayınlandıği Resmi Gazete Tarihi – Sayısı: 16.07.2018 – 30480.

⁴⁵ 23 sayılı Türkiye Uzay Ajansı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi. Yayınlandıği Resmi Gazete Tarihi – Sayısı: 13.12.2018 - 30624.

⁴⁶ 34 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi. Yayınlandıği

düzenlenen Türkiye Adalet Akademisi, “kamu tüzel kişiliğini haiz, bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip ve özel bütçelidir.” Yine bir ilgili kuruluş olan Uludağ Alan Başkanlığı, 117 sayılı CBK ile düzenlenmiştir. 117 sayılı CBK’nin 3. maddesinin 1. fıkrasına göre, “kamu tüzel kişiliğini haiz ve özel bütçeli” olan Uludağ Alan Başkanlığı’na, Türkiye Uzay Ajansı ve Türkiye Adalet Akademisi’nden farklı olarak mali özerklik tanınmamıştır. Bu bakımdan 4 sayılı CBK dışında kalan mevzuatla düzenlenen ilgili kuruluşlar açısından da, kamu tüzel kişiliğine sahipliğin haricindeki özellikler bakımından farklılıklar gözlenmektedir.

İlgili kuruluşlara ilişkin olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, 233 sayılı KHK’nin ekinde düzenlenen KİT’lerin günümüzdeki hukuki statüsüdür. 3046 sayılı Kanun’un mülga 11. maddesinde KİT’ler ilgili kuruluşlar arasında gösterilmiştir. 233 sayılı KHK ekinde de buna paralel olarak KİT’ler düzenlenmiştir. Her ne kadar 3046 sayılı Kanun’un KİT’leri ilgili kuruluş olarak sayan 11. maddesi yürürlükte olmasa da, 233 sayılı KHK ekinde KİT’lerin düzenlendiği kısımda “ilgili bakanlık” ibarelerinin bulunması, söz konusu kuruluşların ilgili kuruluş olarak değerlendirilmeye devam edilmesini gerektirmektedir. Ayrıca KİT’lerin ana statülerinde ilgili bakanlıklar gösterilmekte olduğundan, bu düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷.

İlişkili kuruluş kavramı, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesinde düzenleyici ve denetleyici kurumlar için kullanılmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinden sonra da söz konusu kavram, bazı düzenleyici ve denetleyici kurumlar için kullanılmaya devam edilmiştir. Örneğin; Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu (BTİK)⁴⁸, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)⁴⁹, Kamu İhale Kurumu (KİK)⁵⁰, Rekabet Kurumu⁵¹, Kişisel

Resmi Gazete Tarihi – Sayısı: 02.05.2019 - 30762.

⁴⁷ Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, s. 133.

⁴⁸ BTİK, 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanununun 4. maddesinin 3. fıkrasına göre, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının ilişkili kuruluşudur.

⁴⁹ EPDK, 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 4. maddesinin 4. fıkrasına göre, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilişkili kuruluşudur.

⁵⁰ KİK, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesinin a bendinin 2. fıkrasına göre, Hazine ve Maliye Bakanlığının ilişkili kuruluşudur.

⁵¹ Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasına göre, Ticaret Bakanlığı’nın ilişkili kuruluşudur.

Verileri Koruma Kurumu (KVKK)⁵², Nükleer Düzenleme Kurumu (NDK)⁵³, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu (SEDDK)⁵⁴ ilgili mevzuatlarında açıkça ilişkili kurum olarak düzenlenmiştir.

Bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK)⁵⁵, 2018/2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile Kültür ve Turizm Bakanlığı ile ilgilendirilmiştir. Genelgede bakanlıklara bağlı/ilgili/ilşkili kurum ve kuruluşların listede karşılarında belirtilen bakanlıklarla ilgilendirildiği⁵⁶ ifade edilmiş; ancak söz konusu kurum ve kuruluşların bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlardan hangisini teşkil ettiği açıklanmamıştır. RTÜK ile ilgili diğer mevzuat incelendiğinde de, bu konuda bir açıklamaya rastlanmamaktadır⁵⁷. Genelge ile ilgilendirildiği Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın resmi internet adresinde ise RTÜK, bakanlığın bağlı ve ilgili kuruluşları listesinde gösterilmiştir. Benzer durum, yine bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) için de söz

⁵² KVKK, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanunun 19. maddenin 2. fıkrasına göre ilişkili kuruluştur. İlişkili olduğu bakanlık, 2018/2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesine göre Adalet Bakanlığı'dır.

⁵³ NDK, 95 sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesinin 1. fıkrasına göre, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilişkili kuruluşudur.

⁵⁴ SEDDK, 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3. maddesinin 1. fıkrasına göre Hazine ve Maliye Bakanlığının ilişkili kuruluşudur.

⁵⁵ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'ndaki III sayılı Cetvel'e göre Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar şunlardır: 1) Radyo Televizyon Üst Kurulu 2) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu 3) Sermaye Piyasası Kurulu 4) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu 5) Enerji, Piyasası Düzenleme Kurumu 6) Kamu İhale Kurumu 7) Rekabet Kurumu, 8) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu 9) Kişisel Verileri Koruma Kurumu 10) Nükleer Düzenleme Kurumu 11) Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme Kurumu.

⁵⁶ Genelgede "ilgilendirme" ifadesi kullanılmış olması, kanaatimizce RTÜK'ün ilgili kurum olarak düzenlenme isteğine delalet etmemektedir. Bu ifade 3046 sayılı Kanunun 19/A hükmü gereğidir. Zira 3046 sayılı Kanunun 19/A maddesine göre; "*Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ... Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilgilendirilebilir*". Nitekim yine Cumhurbaşkanlığı Genelgesinde belli bakanlıklarla "ilgilendirildiği" belirtilen bazı kurumlar da, ilgili mevzuatlarında "ilişkili kuruluş" olarak düzenlenmiştir. Örneğin Adalet Bakanlığının ilişkili kuruluşu olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu.

⁵⁷ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 34. ve devamı maddelerinde RTÜK düzenlenmiştir. Kanunda, Kurulun "idari ve mali özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği" olduğundan bahsedilmiş; ancak bağlılık/ilgililik/ilşkिलik durumu ile ilgili bir bilgiye yer verilmemiştir.

konusudur⁵⁸.

Bir başka düzenleyici ve denetleyici kurum olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun (BDDK) durumu da incelemeye değerdir. BDDK, 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile Hazine ve Maliye Bakanlığı ile ilgilendirilen kurumlardan bir diğeridir. BDDK'nin düzenlendiği 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 83 ve devamı maddelerinde; "ilişkili bakanlık" ifadesi kullanılmıştır. Bu kapsamda "ilişkili kuruluş" olduğu düşünülen BDDK, ilgilendirildiği Hazine ve Maliye Bakanlığının resmi internet sitesinde ise Bakanlığın ilgili kuruluşları arasında sayılmıştır. Yine aynı Cumhurbaşkanlığı Genelgesinde Hazine ve Maliye Bakanlığı ile ilgilendirilen Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun da (KGK) benzer bir durumu söz konusudur. Kurumun düzenlendiği 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 3. maddesinde, kurumun "Bakanlıkla ilişkili" olduğu ifade edilmiştir. Fakat BDDK ile benzer şekilde KGK de, Hazine ve Maliye Bakanlığının resmi internet sitesinde ilgili kuruluşlar arasında sayılmıştır. Bu durumda 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesindeki "ilgilendirme" ifadesinin ilgili kuruluşları ifade etmek üzere kullanılmış olabileceği ihtimali akıllara gelmektedir. Ancak aynı Genelgede yer alan ve listede karşılarında yazan bakanlıklarla ilgilendirildiği ifade edilen başka bazı kurumlar da, ilgili mevzuatlarında ilişkili kuruluş olarak düzenlenmişlerdir⁵⁹. Bu sebeple kanaatimizce, 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesindeki "ilgilendirme" ifadesi, tıpkı 2018/2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesindeki "ilgilendirme" ifadesi gibi, 3046 sayılı Kanunun 19/A maddesinin gereğidir. Bu ifade ile ilgili kuruluş kavramı kastedilmemektedir.

Gerek 4 sayılı CBK gerek diğer mevzuat değerlendirildiğinde, bir kuruluşu bağlı, ilgili ya da ilişkili kuruluş haline getiren özellikler arasında bir birlik tespit edilememektedir. Nitekim bağlı kuruluşların bir kısmı kamu

⁵⁸ SPK, 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesinde, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile ilgilendirilmiş; ancak kurulun bağlı/ilgili/ilşkili kurumlardan hangisini teşkil ettiği belirtilmemiştir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun SPK'yi düzenleyen 117. maddesinde SPK ile ilgili olarak "kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip" denilmiş; ancak bağlılık/ilgililik/ilşkिलik durumu hakkında bilgi verilmemiştir. Genelge ile ilgilendirildiği Hazine ve Maliye Bakanlığının resmi internet adresinde ise SPK, Bakanlığın ilgili kuruluşları arasında sayılmıştır.

⁵⁹ Örneğin 95 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen Nükleer Düzenleme Kurumu. Kararnamenin 3. maddesinin 1. fıkrasına göre kurum, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilişkili kuruluşudur.

tüzel kişiliğine sahipken; diğer bir kısmı kamu tüzel kişiliğine sahip değildir. İlgili kuruluşların tamamının kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu görülmektedir. Bununla birlikte ilgili kuruluşlar, kamu tüzel kişiliği dışındaki özellikleri bakımından birbirinden farklılaşmaktadır. Aynı durum ilişkili kuruluşlar açısından da söz konusudur. Tıpkı ilgili kuruluşlar gibi ilişkili kuruluş olarak nitelenen kuruluşların da tamamı kamu tüzel kişiliğine sahiptir. Ancak ilişkili kuruluşlar arasında da, kamu tüzel kişiliğine sahip olmak özelliği dışında kalan özellikler bakımından bir birlik bulunmamaktadır. İlişkili kuruluş kavramı, bugün için de düzenleyici ve denetleyici kurumlar için kullanılmakla birlikte, 4 sayılı CBK’de düzenleyici ve denetleyici kurum olmadıkları halde ilişkili kuruluş olarak düzenlenen kuruluşlar bulunmaktadır. Diğer mevzuatla düzenlenen bazı düzenleyici ve denetleyici kurumların ise ilişkili kuruluş olup olmadıkları yeterince açık değildir.

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların mevcut durumu, Akyılmaz, Sezginer, Kaya tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde mevzuatta ‘bağlı kuruluş’, ‘ilgili kuruluş’ ve ‘ilişkili kuruluş’ların tanımları yapılmamış; hangi idarelerin bağlı kuruluş, ilgili kuruluş ya da ilişkili kuruluş olacağı hususunda kriterler belirlenmemiştir. Bu nedenle söz konusu kurum ve kuruluşlarla ilgili bir değerlendirme yapılırken söz konusu kavramlara anlam yüklemek yerine bu kuruluşların kendi kuruluş kanunlarında ve ilgili mevzuatta hukuki statülerinin nasıl düzenlendiğine bakılmalıdır.”⁶⁰ Benzer şekilde Ulusoy’a göre de, “Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar arasında bu ayırımın neye göre yapıldığı ve bu ayırımın ölçütü belli değildir”⁶¹. Hakikaten yürürlükteki mevzuatta tanımları bulunmayan bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların, her biri özelinde, bu kuruluşları oluşturan kategorik özellikler tespit edilememektedir. Bu sebeple Akyılmaz, Sezginer, Kaya’nın ifade ettiği üzere bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların değerlendirilmesinde, bu kuruluşların ilgili mevzuatlarında düzenleniş biçimleri esas alınmalıdır⁶². Nitekim 1 sayılı CBK’nin 524. maddesine göre; “Bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlar kendi kanunları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerindeki hükümlere tabidir.” Bu durumda bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile ilgili yorum yapılırken, tabi oldukları Cumhurbaşkanlığı kararname ve kendi kanunları değerlendirilmelidir.

⁶⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku* (2022), s. 238.

⁶¹ Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019, s. 183.

⁶² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku* (2022), s. 238.

IV. BAKANLIKLAR İLE BAĞLI, İLGİLİ VE İLİŞKİLİ KURULUŞLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar, idari teşkilat içerisinde merkezden yönetim veya yerinden yönetim içerisinde yer alabilirler. Merkezden yönetimde tek bir tüzel kişilik vardır, o da devlet kamu tüzel kişiliğidir. Dolayısıyla ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan kamu kurum ve kuruluşları, merkezden yönetim teşkilatı içerisinde yer alırlar. Yerinden yönetim idareleri ve kurumlarının ise ayrı bir kamu tüzel kişiliği vardır. Bu bakımdan, devlet kamu tüzel kişiliğinden farklı bir kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurum ve kuruluşları, yerinden yönetim teşkilatı içerisinde yer alırlar.

Anayasamızın 123. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür*”. İdarenin bütünlüğü, aynı tüzel kişiler içinde hiyerarşik denetim ile sağlanırken; merkezden yönetim kuruluşları ile yerinden kuruluşları arasında vesayet denetimi ile sağlanır⁶³. Bu bağlamda bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar; idari teşkilattaki yerlerine ve hukuki özelliklerine göre, idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince bu iki denetim yetkisinden birinin muhatabı olacaklardır. Bu başlık altında öncelikle bakanlıklar ile bağlı ve ilgili kuruluşları arasındaki ilişki, hiyerarşi ve idari vesayet açısından incelenecektir. Bakanlıklar ile ilişkili kuruluşları arasındaki ilişki ise ilişkili kuruluşların arz ettiği özel durumlar sebebiyle ayrı bir başlıkta değerlendirilecektir.

E. Bakanlıklar ile Bağlı ve İlgili Kuruluşları Arasındaki İlişki

Mevzuatta düzenlendikleri üzere bağlı kuruluşların, bir kısmının kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu; diğer bir kısmının ise kamu tüzel kişiliğine sahip olmadığı görülmektedir. Bu bakımdan bakanlıklar ile kamu tüzel kişiliği bulunmayan bağlı kuruluşlar arasındaki ilişki hiyerarşi ilişkisi olacaktır. Zira her ikisi de, devlet kamu tüzel kişiliği içerisinde yer almaktadır. Aynı kamu tüzel kişiliği içerisinde hiyerarşi yetkisi kapsamında üst asta; emir ve talimat verebilir, astın işlemleri üzerinde hukukilik ve yerindelik denetimi yapabilir, bu işlemleri kaldırıp, geri alabilir⁶⁴. Hiyerarşik yetkilerin kullanılması için kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur⁶⁵. Ancak üst makamın astı üzerindeki; atama, görevden alma, cezalandırma ve sicil yetkilerinin kanunla düzenlenmiş

⁶³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku* (2022), s. 185.

⁶⁴ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 144.

⁶⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017, s. 83.

olması gerekmektedir⁶⁶.

İlgili kuruluşların tamamı kamu tüzel kişiliğini haiz olarak düzenlenmişlerdir. İlgili kuruluşlar ve ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz olması dolayısıyla bazı bağlı kuruluşlar, yerinden yönetim teşkilatı içerisinde yer almaktadırlar. Bu durumda ilgili kuruluşlar ve kamu tüzel kişiliği tanınmış bağlı kuruluşlar üzerinde bağlı ya da ilgili oldukları bakanlıkların hiyerarşi yetkisi kullanması mümkün değildir. Yerinden yönetim kuruluşları, merkezi yönetimden ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlardır ve bunlar merkezi yönetimden belirli oranda bağımsızlığa sahiptirler; ancak bu tam bir bağımsızlık anlamına gelmeyip merkezi yönetimin idari vesayet denetimine tabiyeti gerektirmektedir⁶⁷. İdari vesayet yetkisi bizzat Anayasa tarafından tanımlanmıştır. Anayasamızın 127. maddesinin 5. fıkrasına göre: “*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.*” Bu yetki yerinden yönetim idarelerinin işlemleri, organları ve bizzat personeli üzerinde kullanılabilir⁶⁸.

Anayasadaki düzenlenişine bakıldığında idari vesayet yetkisi, merkezi idarenin yalnızca mahalli idareler üzerinde kullanabileceği bir yetkiymiş gibi görünmektedir. Doktrinde, aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte⁶⁹, merkezi idarenin, hem yerel yönetimler hem de hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idari vesayet denetimi yetkisine sahip

olduğu ifade edilmektedir⁷⁰. Örneğin Günday’a göre, merkezi idarenin daha özerk niteliğe sahip yerel yönetimler üzerinde kullanabildiği idari vesayet yetkisinin, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde öncelikle kabulü gerekmektedir ve bu kabul idarenin bütünlüğü ilkesinin de bir gereğidir⁷¹. Ulusoy’a göre idari vesayet denetimi, uygulamada, merkezi idarenin, devlet kamu tüzel kişiliği dışında kalan kamu tüzel kişileri üzerinde, idarenin bütünlüğü ilkesi gereği yaptığı denetimdir⁷². Atay’a göre de, idarenin bütünlüğü ilkesinin hem mahalli idareleri hem de hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarını içine alan anayasal bir ilke olması dolayısıyla, merkezi idarenin hem mahalli idareler hem de hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idari vesayet yetkisinin bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir⁷³. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, doktrine paralel bir şekilde, Anayasanın 127. maddesinde düzenlenen idari vesayeti şu şekilde açıklamıştır: “*Anayasa’nın 127. maddesinde, ‘Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.’ denilerek idari vesayete cevaz verilmiştir. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisine sahip olduğu hususu belirtilmemiş; ancak, mahalli idareler üzerinde bu yetki var ise hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarında da var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan idarenin bütünlüğü ilkesi de bu hususu destekler niteliktedir.*”⁷⁴

⁶⁶ Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku* 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 32.

⁶⁷ Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, 2018, s. 56-57.

⁶⁸ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt II*, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 625.

⁶⁹ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s. 37: “*Anayasa Mahkemesinin kararlarından da esinlenerek, merkezi idare ile hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları ilişkisini ya da yerinden yönetim kuruluşları arasındaki denetimi, bir başka kavramla ifade etmek mümkündür. Ancak idari vesayet kavramı, kamu tüzel kişilerinin denetlenmesinde kullanılan yerleşmiş bir kavram olduğu için, yerinden yönetim idareleri arasında kurulan denetim ilişkisinin de idari vesayet olarak nitelendirilmesinde sakınca bulunmamaktadır.*” Muhammed Savaş Bayındır, *İdari Denetim Olarak İdari Vesayet*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 47: “*1982 Anayasasının açık hükmü karşısında idari vesayet denetiminin, mahalli idarelerden başka hizmet yerinden yönetimleri ve hatta iki kamu tüzel kişisi arasındaki denetim ilişkisini kapsayacak biçimde yorumlanması isabetli değildir.*”

⁷⁰ Fatma Ebru Gündüz, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet Yetkisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (33), 2015, s. 76; Onar, s. 622; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 60; Günday, s. 85; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2018, s.173; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 146; Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, s. 105.

⁷¹ Günday, s. 85. Aynı yönde Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 209.

⁷² Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 146.

⁷³ Atay, s. 173.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 03.04.2013, E. 2011/142, K. 2013/52 sayılı Kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2011-142-k-2013-52-t-3-4-2013>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023. Anayasa Mahkemesi’nin benzer yönde kararları için bakınız: Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 14.02.2013, E. 2011/63, K. 2013/28 sayılı Kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2011-63-k-2013-28-t-14-2-2013>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023: “*Spor federasyonlarının, 3289 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlenen kuruluşları, mali yapıları, denetimleri ve kararlarına karşı üyeleri Genel Müdürün teklifi ve Gençlik ve Spor Bakanının onayı ile görevlendirilen*

Kamu tüzel kişiliğini haiz olmayan bağlı kuruluşlar merkezi yönetim teşkilatı içerisinde yer alırken; ilgili kuruluşlar ve ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz bağlı kuruluşlar yerinden yönetim teşkilatı içerisinde hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer almaktadır. İdari vesayet denetimine tabi hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının bir kısmının bağlı kuruluş, diğer bir kısmının ise ilgili kuruluş olarak düzenlendiği görülmektedir; ancak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının, hangi kritere göre bağlı kuruluş ya da ilgili kuruluş olarak adlandırıldığı anlaşılamamaktadır⁷⁵.

Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının üzerinde kullanılacak idari vesayet yetkisinin kapsamı değişiklik gösterebilir. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları, ifa ettikleri hizmetlerin özellikleri gereği, diğer kamu kurumlarına

oranla daha özerk bir yapıya sahiptirler⁷⁶. Bunlara Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı (ÖSYM), Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Kurumu (TÜBİTAK) ve TÜBA örnekleri gösterilebilir⁷⁷. Örneklenen üç kurum da ilgili kuruluştur. Bu tür kamu kurumları üzerinde kullanılacak idari vesayet yetkisinin, diğer kamu kurumlarına oranla daha zayıf olması beklenir. İdari vesayet denetiminin yoğunluğu açısından oluşabilecek bu fark, bağlı ve ilgili kuruluşlar arasında değil; olsa olsa bazı ilgili kuruluşlar ile diğer bazı ilgili kuruluşlar ve kamu tüzel kişiliğini haiz bağlı kuruluşlar arasında bir ayırım yaratabilecektir.

F. Bakanlıklar ile İlişkili Kuruluşları Arasındaki İlişki

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemde, ilişkili kuruluş kavramı düzenleyici ve denetleyici kurumları ifade etmek üzere kullanılmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi sonrasındaki mevcut düzenlemelere bakıldığında ise ilişkili kuruluş kavramının düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile sınırlı tutulmak istenmediği görülmektedir. Örneğin 4 sayılı CBK'de TÜİK ve TRT, ilişkili kuruluş olarak düzenlenmiştir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, 5018 sayılı Kanun'da III sayılı Cetvel'de listelenmiştir ve ne TRT ne de TÜİK bu listede bulunmamaktadır. Zira Hem TÜİK hem de TRT, bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları olarak, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer almaktadır. 4 sayılı CBK'de TÜİK, "bilimsel ve teknik özerkliğe" sahip olarak düzenlenmiştir. Keza TRT'nin de "tarafsızlık" özelliği vurgulanmıştır. Bazı bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları "ilgili kuruluş" olarak düzenlenirken; TÜİK ve TRT'nin birer bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumu olarak "ilişkili kuruluş" kategorisinde düzenlenmesi, kanaatimizce ilgili ve ilişkili kuruluş kavramları arasındaki sınırları belirsizleştirmektedir. Doktrinde bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşlar ile ilgili olarak ortaya konulan bir görüş bu anlamda dikkat çekicidir: "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile idari teşkilatımızda yeniden yapılan düzenleme sonrasında artık 'bağlı kuruluş', 'ilgili kuruluş' ve 'ilişkili kuruluş' kavramları, önceki dönemde olduğu gibi 'belli' idareleri ifade etmemektedir. Bu çerçevede bağlı kuruluş, ilgili kuruluş ya da ilişkili kuruluş olarak nitelendirdiğimiz idarelerin tamamı için tek bir kavram; 'bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş' kavramı kullanmak uygun olacaktır."⁷⁸

*Tahkim Kuruluna başvurulabilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, bunların hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları oldukları sonucuna varılmaktadır... İdari vesayet yetkisi kanundan kaynaklandığına ve kanunla sınırlı olduğuna göre, vesayet makamlarının yetkileri kendilerine bu amaçla kanunla verilmiş yetkilerden ibarettir. İdari vesayet makamlarının vesayet yetkileri ilgili kişiler üzerinde olabileceği gibi spor federasyonlarında olduğu üzere yapılan işlemler üzerinde de olabilmektedir."*Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 04.02.2010, E. 2008/28, K. 2010/30 sayılı Kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2008-28-k-2010-30-t-4-2-2010>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023: "İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır. İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idari vesayet kullanılmaktadır. Bunlardan idari vesayet, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamakta, ayırmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir." Anayasa Mahkemesi'nin aksi yöndeki bir kararı için bakınız: Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 02.06.2011, E. 2008/88, K. 2011/85 sayılı Kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2008-88-k-2011-85-t-2-6-2011>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023: "Dava dilekçesinde 'yerinden yönetim ilkesi', 'idari vesayet' ve 'özerklik' kavramlarının açıklanmasında Anayasanın 127. maddesine ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadına atıflar yapılmıştır. Oysa, Anayasa'nın 127. maddesi münhasıran 'mahalli idareler'le ilgilidir. TÜBİTAK ise bir mahalli idare birimi değil, bir hizmet yerinden yönetim kuruluşudur. Bu itibarla, organlarının göreve geliş biçimi, görev süreleri, görevlerinin niteliği, özerklik dereceleri vs. bakımından birbirinden farklı iki kategoriye oluşturan mahalli idareler ile hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının aynı kapsamda değerlendirilmesi isabetli değildir."

⁷⁵ Ulusoy da, bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar arasındaki bu ayırımın neye göre yapıldığı ve bu ayırımın ölçütü belli değildir. Zira bağlı ve ilgili kuruluşlardan bazılarının kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları, bazılarının ise sahip olmadıkları görüldüğünden, bunların ayırımında kamu tüzel kişiliğine sahip olma ölçütü de kullanılamamaktadır. Bu itibarla neden bazı kuruluşlara 'bağlı kuruluş', bazılarına 'ilgili kuruluş' ismi verildiğinin objektif ölçütü anlaşılamamaktadır." Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 183.

⁷⁶ Günay, s. 552.

⁷⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku* (2022), s. 323.

⁷⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku* (2022), s. 237.

İlişkili kuruluş ifadesi, bu kuruluşların ilişkili oldukları bakanlıklarla aralarındaki bağlantının daha gevşek olduğunu belirtmek amacıyla kullanılmaktadır⁷⁹. Mevzuatta ilişkili kuruluş olarak düzenlenen kuruluşların tamamı, kamu tüzel kişiliğini haizdir. İlişkili kuruluşlar devlet kamu tüzel kişiliğinden farklı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olduğundan, bu kuruluşlar üzerinde merkezi idare tarafından hiyerarşi yetkisi kullanılamaz⁸⁰. Merkezi idare, ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları dolayısıyla yerinden yönetim teşkilatı içerisinde yer alan ilişkili kuruluşlar üzerinde, idari vesayet denetimi yetkisini kullanabilir. Merkezi idare, idari vesayet yetkisini, yalnızca kanunda düzenlendiği hallerde ve kanunun belirlediği sınırlar dahilinde kullanabilir⁸¹. Bu çerçevede ilişkili kuruluşlar, kanunda düzenlenmiş olmak kaydıyla ve kanunun çizdiği sınırlar dahilinde, merkezi idarenin idari vesayet denetimine tabidir.

Mevzuatta ilişkili kuruluş olduğu belirtilen kuruluşların büyük bir kısmı, düzenleyici ve denetleyici kurumlardır⁸². Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, mahalli idare veya hizmet bakımından yerinden yönetim kurumu olmayıp, yerinden yönetim teşkilatı içerisinde ayrı bir kategoriye oluştururlar⁸³. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde merkezi idarenin denetimi hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Örneğin Günday, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile ilişkili oldukları bakanlık arasındaki ilişkinin idari vesayet ilişkisi olduğu düşünülebilir olsa da, özel kanunlarında bu kurumların işlemleri üzerinde ilişkili olduğu bakanlığa idari vesayet yetkisi tanınmadığını ve hatta aksine bazı düzenleyici ve denetleyici kurumların özel kanunlarında görevlerini bağımsız olarak yerine getireceklerinin, hiçbir makam, merci veya kişinin bu kurumların nihai kararlarını etkilemeye yönelik

emir ve talimat veremeyeceğinin düzenleme altına alındığını ifade etmiştir⁸⁴. Duran, düzenleyici ve denetleyici kurumlarla ilgili olarak "... tüzel kişiliğe sahip, özellikle yakın tarihlerde oluşturulan Sermaye Piyasası Kurulu, Radyo, Televizyon Üst Kurulu, Rekabeti Koruma ve Tüketicinin Korunması Kurulları oldukça bağımsız yetkilerle donatılmış BİO sayılabilir...Fakat bu durum uygulamada, işlemleri üzerinde ilgili Başbakanlık veya bakanlıkların etkili olmayacağı anlamına gelmez. Sadece bu kuruluşların, kural olarak, merkezi idarenin hiyerarşi ve vesayet denetimleri dışında kaldığı söylenebilir."⁸⁵. Atay'a göre, idarenin bütünlüğü gereği faaliyet sahalarına uygun olarak bir bakanlıkla ilişkilendirilen düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde ilişkili bakanlığın hiyerarşi ve vesayet yetkisi yoktur⁸⁶. Ulusoy'a göre, idarenin bütünlüğü ilkesi gereği, idare içerisinde yer alan hiçbir kurumun, idari denetim dışında bırakılması mümkün değildir⁸⁷. Yazara göre düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile merkezi idare arasında zayıf bir idari vesayet ilişkisi bulunmaktaysa da; düzenleyici ve denetleyici kurumların kurul üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi, mali denetimlerinin Sayıştay tarafından yapılması, ilgili veya ilişkili bakanlıklarca kurul başkan ve üyeleri hakkında ceza soruşturmasına izin verilmesi gibi yetkilerin varlığı anayasal temelde idari bütünlüğü minimum da olsa sağlamaktadır⁸⁸. Gözler ve Kaplan, düzenleyici ve denetleyici kurumların merkezi idarenin vesayet denetimine tabi olmadığı yönündeki görüşleri isabetsiz bulmakta; bu kurumların devlet tarafından kamusal kaynaklar kullanılarak ve esasen merkezi idarenin faaliyet sahasında bulunan bir faaliyeti yerine getirmeleri amacıyla kurulduğunu ve düzenleyici

⁷⁹ Gözübüyük/Tan, s. 184.

⁸⁰ Günday, s. 400.

⁸¹ Akylmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku (2022)*, s. 202.

⁸² TRT ve TÜİK, 4 sayılı CBK'de ilişkili kuruluş olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte her iki kurum da, düzenleyici ve denetleyici kurum değildir.

⁸³ Günday, s. 575. *Aynı yönde*: Ali D. Ulusoy, "Bağımsız İdari Kurumlar", *Danıştay Dergisi*, 29 (100), 1999, s. 13; Dilhun Ayaydın, "Kamu Hizmeti ve Regülasyon Kavramları Özelinde Ülkemizde Bağımsız İdari Otoriteler", Metin Günday/M. Artuk Ardıçoğlu/Metin Kayaçağlayan/K. Burak Öztürk/M. Ayhan Tekinsoy/H. Gökçe Zabunoğlu (Ed.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2011, s.75; Gökhan Erdoğan, "Bağımsız İdari Otoriteler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 7 (24), 2016, s. 584. *Farklı yönde*: Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 582: Yazar düzenleyici ve denetleyici kurumları, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olarak değerlendirmektedir.

⁸⁴ Günday, s. 400. Bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan BDDK'yi düzenleyen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 82. maddesinin 2. fıkrasında şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: "Kurum, bu Kanunla ve mevzuatla kendisine verilen düzenleme ve denetlemeyle ilgili görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Kurumun kararları yerindelik denetimine tâbi tutulamaz. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez." Diğer düzenleyici kurumların ilgili kanunlarında da benzer düzenlemeler mevcuttur. Örneğin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre: "Kurul, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye veya telkinde bulunamaz."

⁸⁵ Lütfi Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", *Amme İdaresi Dergisi*, 30(1), 1997, s. 6.

⁸⁶ Ender Ethem Atay, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1-2), 2006, s. 282.

⁸⁷ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 251.

⁸⁸ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 251.

ve denetleyici kurumların bağımsız kurumlar olsalar da üyelerinin merkezi idare tarafından atandığını belirtmektedirler⁸⁹. Benzer şekilde Kalabalık da, düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlık ve özerklik özelliklerinin, bu kurumların idari vesayet denetimine tabi olmalarına engel olmadığını ifade etmektedir⁹⁰. Yıldırım ve Çınarlı'ya göre, düzenleyici ve denetleyici kurumlar idari vesayet denetimine tabidir; zira bu kurumların organlarında görev alan kamu görevlileri merkezi idare tarafından atanmaktadır⁹¹. Çırakoğlu da, düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş kanunlarında idari vesayet denetimini içerisinde bulunduran denetim biçimlerinin var olduğunu; ancak bu denetim biçimlerinin söz konusu kuruluşlara tanınan güvenceler ile uyum içerisinde olmadığını belirtmektedir⁹².

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde merkezi idarenin denetimi hususu yargı içtihatlarına da konu olmuştur. Danıştay 5. Dairesi bir kararında, idari vesayet denetimini düzenleyici ve denetleyici kurumlar açısından şu şekilde değerlendirmiştir: “Ülkemizde son yıllarda merkezi idare yapılanmasının dışında üst kurullar kurulmaya başlanmıştır. Öncelikle bu kuruluşlar özerk olup Devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı birer kamu tüzel kişisi olarak kurulmuşlardır. Ayrıca, bağımsız kuruluş olduklarından tesis ettikleri idari işlemler merkezi idare makamlarının hiyerarşik ve vesayet denetimine tabi tutulmamıştır. Üst kurulların bağımsız yapılarına uygun olarak kuruluş yasalarında bunların Başbakanlık yada diğer bakanlıklarla ‘ilişkilendirildikleri’ görülmektedir. Yasa koyucu tarafından yapılan bu nitelendirme idari vesayeti içinde barındırmaması nedeniyle üst kurulların özerk ve bağımsız yapılarına da uygun düşmektedir.”⁹³. Danıştay İdari Dava

⁸⁹ Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, Ekin Kitabevi, 2015, s. 248-249.

⁹⁰ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt I*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 400.

⁹¹ Ramazan Yıldırım/Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt I*, 1. Baskı, Astana Yayınları, 2018, s. 172.

⁹² Melikşah Çırakoğlu, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Denetlenme Şekillerinin İdari Vesayet Bakımından Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (2), 2016, s. 115-116: Yazara göre, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların kuruluş kanunlarında yer verilen denetlenme şekilleri incelendiğinde; bunlardan bazılarının söz konusu güvencelere uyum gösterdiği söylenebilir de bazılarının aynı nitelikte olmadığı görülmekte; hatta idari vesayet denetimini bünyesinde barındıran denetim şekillerinin varlığı dikkat çekmektedir. İdari vesayet denetiminin organlar; işlemler; bütçeler ya da personel üzerindeki kullanılış biçimlerine benzeyen bu usullerin; yapılacak çeşitli değişikliklerle, Düzenleyici ve Denetleyici Kurullara tanınan güvencelerle daha uyumlu hale getirilebilmesi mümkündür.”

⁹³ Danıştay 5. D., T. 07.11.2008, E. 2006/532, K. 2008/5466 sayılı Kararı, <5. D., E. 2006/532

Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından verilen bir kararda ise, ilişkili kuruluş ve idari vesayet ilişkisiyle ilgili olarak şöyle bir açıklama yapılmıştır: “...Bankanın ancak Başbakanlık ile ‘ilişkili’ bir kuruluş olduğu söylenebilir ki, yasakoyucu tarafından yapılan bu nitelendirme, idari vesayeti içinde barındırmaması nedeniyle Bankanın bağımsız ve özerk yapısına daha uygun düşmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının, doktrinde ‘bağımsız idari otorite’ olarak nitelendirilen kuruluşlara benzer şekilde görev ve yetki alanı ile ilgili olarak merkezi idareden bağımsız kabul edilmesi ve bu açıdan ‘ilişkili kuruluş’ şeklinde değerlendirilmesi, Anayasada yerini bulan idarenin bütünlüğü ilkesini zedeleyici bir özellik arz etmemektedir.”⁹⁴ Danıştay’ın düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde idari vesayet denetimini uygun bulmadığı yukarıda alıntılanan kararlarının aksine, Anayasa Mahkemesi bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Kamu İhale Kurumu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında şöyle bir belirlemede bulunmuştur: “Kamu İhale Kurumunun statüsünün ve özerkliğinin düzenlenmesi hususunda Anayasa’da kanun koyucuyu sınırlayan bir kural bulunmamaktadır. Bu itibarla, Kamu İhale Kurumunun özerkliğinin hangi unsurları içereceği, Kamu İhale Kurulu üyelerinin ve Başkanının hangi yöntemle göreve getirileceği ve bu süreçlerde vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı hususlarında

K. 2008/5466 T. 7.11.2008 - Danıştay Kararı | LEXPERA (hacibayram.edu.tr)> Erişim Tarihi: 9 Nisan 2023. Bu kararın devamında, merkezi idarenin düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerindeki denetimi hususunda şu noktalara değinilmiştir: “Üst kurulların ‘ilişkili kuruluş’ olarak nitelendirilmeleri, Anayasada yerini bulan idarenin bütünlüğü ilkesini zedelememelidir. Diğer taraftan idarenin bütünlüğü ilkesini gerçekleştirmek adına merkezi idarenin sahip olduğu ve kullandığı yetkiler de, üst kurulların özerk ve bağımsız yapılarına ters düşmemelidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki merkezi idarenin üst kurulların kural olarak karar organları (organik) ile işlemleri üzerinde (işlevsel) denetim yetkisi bulunmamalıdır. Diğer bir anlatımla, üst kurulların ‘regülasyona’ ilişkin kararlarının merkezi idarenin müdahale alanının dışında kalması bu kurulların özerklik ve bağımsızlıklarının doğal bir sonucudur. Bunun dışındaki konularda ise merkezi idarenin yapacak olduğu denetimin her somut olayda yargı organınca ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.”

⁹⁴ Danıştay İDDK, T. 15.06.2006, E. 2005/1846, K. 2006/746 sayılı Kararı, < İDDK., E. 2005/1846 K. 2006/746 T. 15.6.2006 - Danıştay Kararı | LEXPERA (hacibayram.edu.tr)> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023. Danıştay İDDK tarafından, bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurumu hakkında verilen bir kararda ise aksi yönde bir karşı oy belirtilmiştir. Söz konusu karşı oyun ilgili kısmı şu şekildedir: “Bu hükümlerle ne yerel ne de yerinden yönetim kuruluşlarının hiçbirisi anayasal idari sistemin ve idarenin bütünlüğü ilkesinin dışında tutulmamış, adı geçen tüm yönetimler üzerinde nitelikleri yönünden farklılıklar gösterse de merkezi idareye vesayet, gözetim ve denetim yetkisi tanınmıştır. Nitekim Rekabet Kurumu da 4054 sayılı Kanunla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile ilişkilendirildiği gibi.” Danıştay İDDK T. 16.06.2005, E. 2003/695, K. 2005/2176 sayılı Kararı Karşı Oy, <İDDK., E. 2003/695 K. 2005/2176 T. 16.6.2005 - Danıştay Kararı | LEXPERA (hacibayram.edu.tr)> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.

kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu kabulü gerekir.”⁹⁵

Birer yerinden yönetim kuruluşu olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar kanaatimizce, kanun ile düzenlenmek kaydıyla ve kanunun belirlediği sınırlar dahilinde merkezi idarenin idari vesayet denetimine tabi olabilir; ancak hem kanun ile idari vesayet denetiminin düzenlenmesinde, hem de bu yetkinin kullanılmasında düzenleyici ve denetleyici kurumların özellikleri dikkate alınmalıdır.

Bakanlıklar ile bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları arasındaki ilişki konusunda, 3046 sayılı Kanun’un 19/A maddesinde önemli bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre: “*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.*” Bu hükümde bakana verilen “her türlü faaliyet ve işlemi denetleme yetkisi” çok geniş bir yetkidir. Bu yetkinin kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan bağlı kuruluşlar ve kamu tüzel kişiliğine sahip bağlı kuruluşlar ile ilgili kuruluşlar ve ilişkili kuruluşlar açısından ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan bağlı kuruluşlar ile bağlı olduğu bakanlık arasında hiyerarşi ilişkisi bulunduğundan, 3046 sayılı Kanun’un 19/A maddesinde bakana verilen bu geniş denetim yetkisi, bu kuruluşlar bakımından herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. Bununla birlikte ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları sebebiyle, kamu tüzel kişiliğine sahip bağlı kuruluşlar ile ilgili kuruluşlar ve ilişkili kuruluşlar üzerinde, ilgilendirildikleri bakanlık hiyerarşik denetim yetkisi kullanamamaktadır. Kamu tüzel kişiliğine sahip bağlı kuruluşlar ile ilgili kuruluşlar ve ilişkili kuruluşlar üzerinde ilgilendirildikleri bakanlık idari vesayet yetkisi kullanabilmektedir. Bu durumda 3046 sayılı Kanun’un 19/A maddesinde bakana tanınan denetim yetkisinin, kamu tüzel kişiliğine sahip bağlı kuruluşlar ile ilgili kuruluşlar ve ilişkili kuruluşlar açısından “idari vesayet denetimi yetkisi” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. İdari vesayet yetkisi, ancak kanunda düzenlenmesi durumunda, kanunun belirlediği sınırlar dahilinde kullanılabilen bir yetkidir⁹⁶. Ancak 3046 sayılı Kanun’un 19/A maddesinde “her türlü faaliyet ve işlemleri denetleme yetkisi” şeklinde ifade edilen bu yetkinin ne şekilde ve hangi sınırlar dahilinde kullanılacağı belirtilmemiştir. 3046 sayılı Kanunun 19/A maddesinde bakana verilen bu denetim yetkisi, 1 sayılı CBK’nin 503. maddesinde de hüküm altına alınmıştır.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 17.01.2013, E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı Kararı, <GK, E. 2011/143 K. 2013/18 T. 17.1.2013 - Anayasa Mahkemesi Kararı | LEXPERA (hacibayram.edu.tr)> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.

⁹⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku* (2022), s. 202.

1 sayılı CBK’nin 503. maddesinin 1. fıkrasına göre: “*Bakan, ... bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir.*” Bakana verilen “her türlü faaliyet ve işlemlerini denetleme” yetkisi, doktrinde Akyılmaz, Sezginer ve Kaya tarafından şu şekilde eleştirilmiştir: “*Bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlarla ilgili olarak bakana verilen ‘her türlü faaliyet ve işlemlerini denetleme’ yetkisi, ayrı kamu tüzel kişiliğe sahip bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlar bakımından idari vesayet denetimi sınırlarını aşarak hiyerarşik denetimi çağrıştırmaması nedeniyle, bu kurum ve kuruluşların idari özerkliklerini zedelemektedir.*”⁹⁷

3046 sayılı Kanun’un 19/A maddesindeki bu hükmü düzenleyici ve denetleyici kurumlar açısından ele alan Sancakdar, Us, Kasapoğlu Turhan, Önüt ve Seyhan, söz konusu hükümde bakana verilen denetim yetkisinin sınırlarının belirlenmediğini, idari vesayet yetkisinin gereği olarak bu yetkinin konu ve kapsamı ile ne şekilde kullanılacağına kanunda açıkça düzenlenmesinin gerektiğini, aksi durumda bu yetkinin hiyerarşi yetkisine benzeyen bir yetkiyi ortaya çıkaracağını ve bu durumun düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlık özelliğine zarar vereceğini belirtmişlerdir⁹⁸. Yazarlara göre söz konusu hükümde belirlenen denetim yetkisinin sınırlarının, düzenleyici ve denetleyici kurumların ilgili mevzuatında ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir⁹⁹. 3046 sayılı Kanun’un 19/A maddesinde bakana verilen bu denetim yetkisi, doktrinde başka yazarlar tarafından da eleştirilmiştir. Gözler ve Kaplan’a göre, 3046 sayılı Kanun’un 19/A maddesindeki “her türlü faaliyet ve işlemleri denetleme” yetkisi hiyerarşi yetkisini andırması bakımından hatalıdır; çünkü bakanlıklar ile düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında hiyerarşi ilişkisi mevcut değildir¹⁰⁰. Düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlık özelliği¹⁰¹ bu kuruluşlar açısından kanun ile düzenlenen idari vesayet yetkisinin sınırlarının ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Diğer taraftan idari vesayet denetiminin sınırlarının kanun ile çizilmesi, zaten idari vesayet yetkisinin kullanılabilmesi için bir zorunluluktur. Dolayısıyla merkezi idarenin idari vesayet denetiminin muhatabı olabilecek; kamu tüzel kişiliğine sahip bağlı kuruluşlar, ilgili kuruluşlar ve ilişkili kuruluşlar açısından, 3046 sayılı Kanun’un 19/A maddesinde ve 1 sayılı CBK’nin 503. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen denetim yetkisinin sınırlarının açık ve

⁹⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku* (2022), s. 239.

⁹⁸ Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, s. 134.

⁹⁹ Sancakdar/Us/Kasapoğlu Turhan/Önüt/Seyhan, s. 134.

¹⁰⁰ Gözler/Kaplan, s. 249.

¹⁰¹ Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, s. 587.

ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle birlikte, idari teşkilatta önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Merkezi yönetim teşkilatındaki değişiklikler, bunların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarını da etkilemiştir.

Bağlı kuruluş ve ilgili kuruluş kavramları, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi öncesi dönemde 3046 sayılı Kanun'da tanımlanmıştır. Ancak günümüzde bu tanımların yer aldığı maddeler yürürlükte değildir. İlişkili kuruluş kavramı ise ne önceki dönemde ne de günümüzde mevzuata dayalı bir tanıma sahip değildir.

4 sayılı CBK doğrudan bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile ilgili bir düzenleme olması ve bu kuruluşların pek çoğu hakkında kapsamlı düzenlemeler getirmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte 4 sayılı CBK dışında, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile ilgili düzenlemeler getiren başka CBK'ler ve kanunlar söz konusudur. Mevcut mevzuata bakıldığında, bağlı kuruluşların bir kısmının; ilgili kuruluş ve ilişkili kuruluşların ise tamamının kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu görülmektedir.

Kamu tüzel kişiliğini haiz olmayan bağlı kuruluşlar, devlet kamu tüzel kişiliği içerisinde olup merkezi idarenin hiyerarşisine tabidir. Kamu tüzel kişiliğini haiz bağlı kuruluşlar ile ilgili kuruluşlar, hizmet yönünden yerinden yönetim teşkilatı içerisinde yer alıp merkezi idarenin idari vesayet denetimine tabidir. Kamu tüzel kişiliğini haiz olmaları dolayısıyla hizmet yönünden yerinden yönetim kapsamında değerlendirilen söz konusu kuruluşların bir kısmı mevzuata göre bağlı kuruluşken; diğer bir kısmı ilgili kuruluştur. Bu bakımdan kamu tüzel kişiliğini haiz söz konusu kuruluşların hangi kritere göre bağlı kuruluş ya da ilgili kuruluş olarak düzenlendiği tespit edilememektedir. Merkezi idarenin idari vesayet denetimine tabi olmak bakımından, kamu tüzel kişiliğini haiz bağlı kuruluşlar ile ilgili kuruluşlar arasında bir fark bulunmamaktadır. Diğer tarafta ise kamu tüzel kişiliği tanınmamış bazı bağlı kuruluşlar mevcuttur ve bunlar merkezi idarenin hiyerarşik denetimine tabidir. Bu sebeple bağlı kuruluşlar arasında bir birlik bulunmadığı gibi; kamu tüzel kişiliğini haiz bağlı kuruluşlar ile ilgili kuruluşlar arasında bir ayrım yapılamamaktadır.

İlişkili kuruluşların büyük bir kısmı, eski sistemde olduğu gibi düzenleyici ve denetleyici kurumlardan oluşmaktadır. Bununla birlikte düzenleyici ve denetleyici kurum olmayan TRT ve TÜİK'in 4 sayılı CBK'de ilişkili kuruluş

olarak düzenlenmesi, yeni sistemde ilişkili kuruluşların düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile sınırlı tutulmak istenmediğini göstermektedir. TRT ve TÜİK, birer kamu kurumu olarak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşudur. Mevcut mevzuatta, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının bir kısmı bağlı kuruluş, diğer bir kısmı ilgili kuruluş olarak düzenlenmekteyken; TRT ve TÜİK'in ilişkili kuruluş olarak belirlenmesi, bağlı ilgili ve ilişkili kuruluşlar arasındaki sınırları belirsizleştirmektedir.

Mevcut durumda bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları birbirinden net bir şekilde ayırt etmek mümkün görünmemektedir. Bu kuruluşlar ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde, 1 sayılı CBK'nin 524. maddesindeki, *"Bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlar kendi kanunları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerindeki hükümlere tabidir"* hükmü yol göstermektedir. Buna göre bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar ile ilgili olarak yorum yapılırken, söz konusu kuruluşların tabi oldukları Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve kendi kanunları incelenmelidir.

Bağlı kuruluş, ilgili kuruluş ve ilişkili kuruluş olmak üzere üç ayrı kavram kullanılabilmesi için söz konusu kavramların özelliklerinin birbirinden net bir şekilde ayırt edilebilmesi gerekmektedir. Bu ayrımın net bir şekilde yapılamadığı mevcut durumda, idari teşkilat içerisinde aynı niteliklere sahip olmalarına rağmen farklı adlar altında ifade edilen kuruluşların varlığı, bir kavram karmaşasına yol açabilecektir. Bu kavram karmaşası, merkezi idarenin bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar üzerinde yapacağı denetimin sınırlarının belirlenmesi açısından da zorluklar yaratabilecektir. Kanaatimizce; bağlı kuruluşların kamu tüzel kişiliğini haiz olmayan kuruluşlarla sınırlı tutularak, kamu tüzel kişiliğini haiz olup hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alan kuruluşların ilgili kuruluş olarak belirlenmesi ve düzenleyici ve denetleyici kurumların ilişkili kuruluş olarak düzenlenmesi, söz konusu üç kavramın birbirinden net bir şekilde ayrılmasını sağlamak açısından uygun olacaktır. Şayet böyle bir düzenleme yapılırsa; bağlı kuruluş, ilgili kuruluş ve ilişkili kuruluş kavramlarının hem idari teşkilattaki yerleri hem de tabi olacakları denetim açısından birbirilerinden ayrılmaları mümkün olacaktır. Böyle bir senaryoda ayrıca, 3046 sayılı Kanun'un 19/A maddesinde yer alan *"Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir"* hükmü yerine; merkezi idarenin denetim yetkisinin, idari vesayet denetimine tabi kuruluşlar bakımından ilgili mevzuatlarında belirlenmesi yoluna gidilmesi de, idari vesayete tabi olacak kuruluşlar açısından merkezi idarenin denetimin kapsamının ve sınırlarının ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi açısından uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, 2022.
- Akyılmaz B/Sezginer, M/Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 02.06.2011, E. 2008/88, K. 2011/85 sayılı Kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2008-88-k-2011-85-t-2-6-2011>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 03.04.2013, E. 2011/142, K. 2013/52 sayılı Kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2011-142-k-2013-52-t-3-4-2013>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 04.02.2010, E. 2008/28, K. 2010/30 sayılı Kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2008-28-k-2010-30-t-4-2-2010>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 14.02.2013, E. 2011/63, K. 2013/28 sayılı Kararı, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2011-63-k-2013-28-t-14-2-2013>> Erişim Tarihi 6 Nisan 2023.
- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, T. 17.01.2013, E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı Kararı, GK, <E. 2011/143 K. 2013/18 T. 17.1.2013 - Anayasa Mahkemesi Kararı | LEXPERA (hacibayram.edu.tr)> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.
- Arslan S/Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, *İdare Hukuku Mevzuatı*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aslan O. E/Çakıroğlu A/Zengin O/Yıkarbaba S/Durna D, *Türkiye Cumhuriyeti Devlet Teşkilatı Rehberi*, 2. Baskı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 2015.
- Atay E. E, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 (1-2), 2006, s. 259-293.

Atay E. E, *İdare Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2018.

- Ayaydın D, “Kamu Hizmeti ve Regülasyon Kavramları Özelinde Ülkemizde Bağımsız İdari Otoriteler”, Metin Günday/M. Artuk Arıdoğulu/Metin Kayaçağlayan/K. Burak Öztürk/M. Ayhan Tekinsoy/H. Gökçe Zabunoğlu (Ed.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2011, s. 61-83.
- Bayındır M. S, *İdari Denetim Olarak İdari Vesayet*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Çirakoğlu M, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurulların Denetlenme Şekillerinin İdari Vesayet Bakımından Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (2), 2016, s. 89-119.
- Danıştay 5. D., T. 07.11.2008, E. 2006/532, K. 2008/5466 sayılı Kararı, <5. D., E. 2006/532 K. 2008/5466 T. 7.11.2008 - Danıştay Kararı | LEXPERA (hacibayram.edu.tr)> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.
- Danıştay İDDK T. 16.06.2005, E. 2003/695, K. 2005/2176 sayılı Kararı Karşı Oy, <İDDK., E. 2003/695 K. 2005/2176 T. 16.6.2005 - Danıştay Kararı | LEXPERA (hacibayram.edu.tr)> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.
- Danıştay İDDK, T. 15.06.2006, E. 2005/1846, K. 2006/746 sayılı Kararı, <İDDK., E. 2005/1846 K. 2006/746 T. 15.6.2006 - Danıştay Kararı | LEXPERA (hacibayram.edu.tr)> Erişim Tarihi 9 Nisan 2023.
- Derdiman R. C, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Alfa Aktüel Yayınevi, 2010.
- Duran L, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 30(1), 1997, s. 3-10.
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Erdoğan G, “Bağımsız İdari Otoriteler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 7 (24), 2016, s. 565-598.
- Giritli İ/Bilgen P/Akgüner T/Berk K, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Der Yayınları, 2013.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt I*, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, 2009.
- Gözler K, *Mahalli İdareler Hukuku*, 1. Baskı, Ekin Kitabevi, 2018.
- Gözler, K/Kaplan, G, *İdare Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, Ekin Kitabevi, 2015.

- Gözübüyük A. Ş/Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, 10. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, 2014.
- Günday M, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017.
- Gündüz F. E, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet Yetkisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (33), 2015, s. 63-89.
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri Cilt I*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Onar S. S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt II*, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Sancakdar O/Us E/Kasapoğlu Turhan M/Önüt L/Seyhan S, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Tan T, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015.
- Tanör B, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, 2014.
- Ulusoy A. D, “Bağımsız İdari Kurumlar”, *Danıştay Dergisi*, 29 (100), 1999, s. 3-17.
- Ulusoy A. D, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019.
- Yıldırım R/Çınarlı S, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt I*, 1. Baskı, Astana Yayınları, 2018.
- Yıldırım T/Yasin M/Kaman N/Özdemir E/Üstün G/Okay Tekinsoy Ö, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Zengin O, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi”, *Emek Araştırma Dergisi*, 10 (15), 2019, s. 1-24.