



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 81 | Sayı: 2023/3 | ISSN 1300-9885

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

www.gelincikprojesi.org.tr

ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

GaziosmanpaŐa Mah. Sahil Cad. No:46 GölbaŐı-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara Bar Association
is being permanently indexed in law databases.*

Yıl/Year: 81, Sayı/Issue: 2023/3, ISSN: 1300-9885

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı
Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE
T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80
www.ankarabarusu.org.tr
abym@ankarabarusu.org.tr

**Ankara Barosu | Designer of the 100th Anniversary of the
Cumhuriyet'in 100. Yılı Logo Tasarımı | Turkish Republic Logo for the Ankara Bar Association**
Arda ENGİN (Ankara Barosu)

Kapak Tasarımı ve Mizanpaj | Book cover design & Page layout
Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing date
2023

Baskı Adedi | Print run
1500 adet | 1500 copies printed

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the journal.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2023
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed journal, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2023
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Mustafa KÖROĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN

Editör Yardımcıları / Assistant Editors

Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ

Dr. Arş. Gör. Hikmet BİLGİN

Dr. Öğr. Üyesi Erkan DUYMAZ

Arş. Gör. Ezgi Fulya AKKUŞ

Arş. Gör. Elif Gökçen TOKSOY

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ

ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Merkez Başkanı / Head of the Center
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER

Merkez Başkan Yardımcıları / Vice Presidents
Av. Songül KARATEKE ÖZTÜRK – Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Merkez Genel Sekreteri / Secretary
Av. Berkay YILMAZ

Merkez Saymanı / Bookkeeper
Av. Seçkin TÜRKOĞLU

Üyeler / Members

1. Av. İbrahim AKIN
2. Av. Abdulkadir ONAY
3. Av. Celal TOSUN
4. Av. Duyşen Selin KUZU KESİCİ
5. Av. Bülent DAĞSALI
6. Av. Taner EKEN
7. Av. Şeyma ERTAŞ
8. Av. Cemre MISIRLIOĞLU
9. Av. Ebubekir BAŞEL
10. Av. Elif BULUT
11. Av. Merve Nur KILIÇ
12. Av. Kübra ÜNLÜTÜRK
13. Av. Işıl Özge TAN
14. Av. Tuğçe TUNÇ
15. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
16. Av. Defne KARACA
17. Av. Cansu ÇIPLAK
18. Av. Esra YILDIZ
19. Av. Ayşe YARIMOĞLU
20. Av. Mehmet Şerif Furkan ÖZCAN
21. Av. İlayda BAŞBUĞA
22. Av. Ahmet COŞKUN
23. Av. Elif ŞAHİN
24. Av. Nesli Umay SEYDİOĞULLARI
25. Av. Ali Asker ELDEN
26. Av. Berkay AKAN
27. Av. Berkay ÖZDEMİR
28. Av. Elif BAYRAM
29. Av. Yaren Semina BAYRAKTAR
30. Av. Haluk Can ELMADAĞ
31. Av. Hatice ŞAKALAR
32. Av. Harun SAKINAN
33. Av. Özge AKTAŞ
34. Av. Alper ÇETİNER
35. Av. Anıl AKYOL
36. Av. Ahmet Can DULDA
37. Av. Emre CAN
38. Av. Veysel Göktuğ ÇAKMAK
39. Av. Batuhan YILMAZ

(Sicil numarasına göre)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
2. **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ**, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
3. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Almanya)
4. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
5. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
6. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
7. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
8. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
9. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Almanya)
10. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
11. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
12. **Prof. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN**, Akdeniz Üniversitesi
13. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varőova Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Polonya)
14. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Polonya)
15. **Prof. Dr. Sema TAŐPINAR AYVAZ**, TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
16. **Prof. Dr. Süha TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
17. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
18. **Prof. Dr. Gülriz UYGUR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
19. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
20. **Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
21. **Prof. Dr. Marek ZUBIK**, Varőova Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Polonya)
22. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
23. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
24. **Doç. Dr. Tolga CANDAN**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
25. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Polonya)
26. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
27. **Doç. Dr. Sunčana Roksandić VIDLIČKA**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Hırvatistan)
28. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
29. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
30. **Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES**, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
31. **Dr. Fatma KARAKAŐ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakóltesi (Almanya)
32. **Dr. Stephanie LEMKE**
33. **Av. Semih GÜNER**, Ankara Barosu

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dergimizin yayın politikası ve kuralları gereği özel sayılar hariç aynı yazar(lar)a ait farklı makaleler aynı sayıda ve/veya ardışık iki sayıda yayımlanamaz.
4. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
5. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadelere yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
6. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
7. Hakemli makale dışında kalan yazıların abym@ankarabarusu.org.tr adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
9. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.

- 10.** Yayınlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
- 11.** Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd> adresinden ulaşılabilir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gereksiz Kullanmayın

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atıf yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

Başkanın Mesajı | *President's Messages*XV
Av. Mustafa KÖROĞLU

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

- 1** Hukuk Devleti Bağlamında
Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejiminin Sınırları 1
Arş. Gör. Rıza ADIGÜZEL
- 2** An Assessment of the Acceptance of Meaningful Human Control
as a Norm of International Law in Armed Conflicts Using
Artificial Intelligence 49
Dr. Öğretim Üyesi Berkant AKKUŞ
- 3** Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması Çerçevesinde
İlaç Patentlerinde Zorunlu Lisans ve Covid-19 Döneminde
Yaşanan Bazı Gelişmeler 103
Arş. Gör. Ahunur AÇIKGÖZ
- 4** Vergi Yargılamasında Bilirkişilik Müessesesinin Önemi..... 187
Doç. Dr. Hakan ARSLANER
- 5** Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında
Kentsel Dönüşüm Uygulamalarından Kaynaklanan
Mülkiyet Hakkı Sorunları 229
Dr. Öğretim Üyesi Erkan DUYMAZ
- 6** Adli ve İdari Kolluk Sınırları Bakımından
Fizik Kimliğin Tespiti İşleminde Kişisel Veriler 263
Dr. Süleyman ÖZAR
- 7** Sanığın veya Hükümlünün Ölümü 289
Av. Ersin ŞARE

Makaleler*Articles*

- 1** Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların
İsnat Yeteneğinin Değerlendirilmesine Dair
ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri 335
Av. Coşkun ÖZBUDAK
- 2** Doğal Hukuk ve Hukuki Pozitivizm Anlayışlarının
Hukuka Aykırılık Kavramı Çerçevesinde Ceza Hukukuna
Yansımalarının Değerlendirilmesi 357
Ömer DEMİRTAŞOĞLU
Gülce Ecem UÇAR
- 3** İş Sözleşmesinde Eğitim Karşılığı Belirlenen Cezai Şart 381
Av. Barış KARAKURT



Yitirdiklerimiz | *In loving memory of our late colleagues.....* 403
(*Vefat tarihi esas alınarak hazırlanmıştır.*)



Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular,

Her birimiz dünyayı ve dünyada olup bitenleri adalet ilkesini referans alarak anlıyor, algılıyor ve ona göre değerlendiriyoruz. Yaşamın her anında adaletin bize pusula olmasını, yol göstermesini bekliyoruz.

Ekonomik zeminde kendimizi ayakta tutmaya çalışırken, bunun mücadelesini verirken; geleceğimiz adına adalet mücadelesinden asla vazgeçemeyiz. Başkasının sadece hakkını değil derdini dert edinen biz avukatların yaşam düsturu elbette bu olmalı. Mücadelemize devam edebilmek için ise birbirimize ve doğru sorulara ihtiyacımız var.

Adalet ilkesini hukukun tam merkezinde ebedi kılan şey nedir?

Çatışan çıkarlara bir denge bulması mı, yoksa etik ve politik bir bütünlük içinde ilke ve yasaların zeminini oluşturması mı? Bana göre adaletin tüm disiplinlere can vermesi, hak ihlallerinin ve eşitliği ortadan kaldıran her türlü davranışın olmayacağını garanti altına almasından ileri gelmektedir.

Adalet, bir devletin var olabilmesinin temel dayanağıdır. Yargının başta siyasal otorite olmak üzere hiçbir kimsenin etkisi, baskısı ve yönlendirmesi olmadan adil bir şekilde yürütülmesi, demokrasinin ve hukuk devleti olabilmenin ön koşuludur. Özellikle içinde bulunduğumuz ekonomik ve siyasi tartışmaların yaşandığı dönemde, temel ihtiyaçlarımızla uyumlu adalet standartlarının sağlanamadığı ekonomik ve sosyal anlayışın zararlarını doğrudan hisseden meslektaşlarım için, adaletsiz yaklaşımların giderileceği politikaların üretilmesinin öncelikli amaçlardan olması gerektiğini söyleyebilirim.

Konfüçyüs'ün "*Adalet kutup yıldızı gibi yerinde durur ve geri kalan her şey onun çevresinde döner.*" sözündeki merkezîyetçi kararlılıkla, insanca yaşamının mücadelesini veriyoruz.

Ve elbette her zaman, avukat olmadan önce insani değerleri, sevgiyi, ölüme karşı yaşamı savunan değerler için mücadelemizi sürdürmekteki kararlılığımızı bildiriyoruz.

Yeter ki her yorgunluğumuzda, umutsuzluğumuzda neyin mücadelesini verdiğimizi bilelim ve unutmayalım. Bu ülkede adaletle ihanetin yanında avukatlara da çok fazla haksızlık edildi ancak herkesin hakkını olduğu gibi kendi hakkımızı da yine kendimiz savunacağız ve kazanacağız. Çünkü

biz avukatlar olarak mesleki önceliğimizin ekonomik faaliyetten ibaret olmadığını; mesleğimizi insan hakları, hukuk, ahlak, adalet çerçevesinde değerlendirdiğimizi, savunma hakkının kullanılması için hiçbir fedakarlıktan kaçınmadığımızı, hukukun üstünlüğüne inanan birer adalet neferi olduğumuzu, kanunlardan aldığımız gücü cesarete çevirdiğimizi, yüzlerce davada, binlerce duruşmada ortaya koyduk.

Bu ülkenin biz avukatlara, avukatların da Atatürk ilke ve inkılaplarına, Cumhuriyetin kurucu değerlerine bağlı ve her türlü zihniyetten bağımsız bir ülkeye ihtiyacı var. Mücadelemiz işte bu olmalıdır!

Bu mücadele bilinci ile Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından hazırlanan Ankara Barosu Dergisi'nin 2023/3 sayısını sizlerle buluşturmanın gururu içerisindeyiz. Yazarlarımızın özenle kaleme aldığı makalelerin mesleki çalışmalarınıza ışık tutmasını temenni ediyor, çok değerli katkılar sunan Ankara Barosu Yayınları Merkezi başta olmak üzere, kıymetli yazarlarımıza, editörlerimize, hakem ve raportörlerimiz ile emeği geçen herkese sonsuz teşekkürlerimizi sunuyoruz.

İnsanın var olma cesareti gösterdiği ilham, insanın olduğu her yerdedir. Meslektaşlarımdan ilham aldığım sonsuz cesaretle...

Saygılarımla.

Temmuz 2023

Av. Mustafa KÖROĞLU
Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Hukuk Devleti Bağlamında Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejiminin Sınırları

Rıza ADIGÜZEL*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı (35. madde). adiguzelr8885@gmail.com. **ORCID:** 0000-0002-8886-2793.

Makale geliş tarihi: 9 Mayıs 2022 **Makale kabul tarihi:** 10 Mayıs 2023

Atf önerisi: Adigüzel, Rıza. “Hukuk Devleti Bağlamında Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejiminin Sınırları.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, (Temmuz 2023): 1-48. **DOI:** 10.30915/abd.1114504.

HUKUK DEVLETİ BAğLAMINDA TÜRKİYE’DE OLAğANÜSTÜ HAL REJİMİNİN SINIRLARI

ÖZ

Modern demokratik hukuk sistemlerinde olağanüstü hâl rejimleri, yürütmenin yetki alanını önemli ölçüde genişletmesine rağmen, hukuk dışı yönetim usulleri olarak kabul edilmemektedir. Bu dönemlerde yürütme her ne kadar temel hak ve özgürlükleri olağan dönemlere kıyasla daha geniş bir sınırlandırma rejimine tabi tutabilirse de bu sınırlamalar anayasa, kanun ve devletin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı olmamak zorundadır. Yürütmenin bu sınırlar içinde hareket etmesini sağlayacak olan şey ise etkili bir denetimdir. Burada karşımıza siyasal ve yargısal denetim mekanizmaları çıkmaktadır. Siyasal denetimin sınırları düşünöldüğünde ise olağanüstü hâl rejimlerini hukuki sınırlar içinde tutmakta yargısal denetimin önemi daha da artmaktadır. Bu çalışmada Türkiye’de olağanüstü hâl rejiminin sınırları ortaya konduktan sonra bu rejimin denetimi hukuk devleti bağlamında ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

olağanüstü hâl

hukuk devleti

insan hakları

siyasal denetim

yargısal denetim

LIMITS OF THE STATE OF EMERGENCY REGIME IN TURKEY IN THE CONTEXT OF RULE OF LAW

ABSTRACT

The state of emergency regimes in modern democratic law systems has been not accepted as unlawful governance procedures even though it significantly expanded the jurisdiction of the executive. Even though the executive can subject fundamental rights and freedoms to a wider restriction regime in their periods, these restrictions must not be contrary to the constitution, law, and international human rights conventions to which the state is a party. The thing that helps the executive to act in their limits is an effective control. Here we came across with political and judicial control mechanisms. When the limit of political control is considered, the importance of judicial control increases about keeping the state of emergency regimes into the legal limits. In this study, after bringing out the limits of state of emergency regime in Turkey, the control of this regime has been tried put forth in the context of rule of law and in the light of decisions of The Constitutional Court of the Republic of Turkey.

Keywords:

state of emergency

the rule of law

human rights

political control

judicial control

GİRİŞ

Modern insan hakları doktrinine göre insan, başka hiçbir neden aranmaksızın, sırf insan olduğu için dokunulmaz birtakım haklara sahiptir. Dokunulmaz olan bu hakların başlıca muhatabı ise devlettir. Devletin en temel görevi insan haklarını tanımak, saygı göstermek ve korumaktır. Devletin varlığının ve güvenliğinin tehdit altında olduğu durumlarda insan haklarının sınırlandırılmasının en önemli nedeni de budur. Olağanüstü hâl rejimleri devlet otoritesinin ve kamu düzeninin ortadan kalkma tehlikesinin olduğu dönemlerde kamu düzenini yeniden tesis etmek için öngörülmüş geçici dönemleri kapsamaktadır. Bu dönemlerde kabul edilen olağanüstü hâl rejimlerinin hukuk içinde olup olmadığı konusunda geçmişten günümüze çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Ancak günümüzde, en azından demokratik devletlerde, olağanüstü hâl rejimlerinin hukuki bir rejim olduğu noktasında güçlü bir mutabakat vardır.^[1]

Türkiye’de de uluslararası hukuka ve demokratik ülkelerdeki düzenlemelere paralel bir şekilde, olağanüstü hâl sınırlı ve geçici bir hukuki rejim olarak kabul edilmiştir. Ancak bu sınırların bir anlam ifade edebilmesi için yargısal bir denetimin varlığı şarttır. Hatta bu denetimin etkili olması zorunludur. Yürütmenin yetkilerinin olabildiğince genişlediği ve sınırlarının bulanıklaştığı bu dönemlerde etkili bir yargı denetiminin yapılamaması ülkeyi sınırsız bir iktidar gerçeğiyle baş başa bırakabilir. Türkiye’de bu tartışmalar 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi ardından ilan edilen olağanüstü hâl ile yeniden alevlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin içtihat değişikliğine giderek olağanüstü hâl kararlarının Anayasa’nın amir hükmü gereği^[2] kendisi

[1] Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 2. baskı (Ankara: Seçkin, 2020), 947; Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi*, (Ankara: Seçkin, 2017), 21; Gözler ise olağanüstü hâl yönetim usullerinin ancak anayasada düzenlendiği takdirde anayasal ve hukuki bir rejim olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, 13. baskı (Bursa: Ekin, 2020), 253-254.

[2] Anayasa Mahkemesinin referans verdiği 1982 Anayasası’nın 148. maddesinin ilgili birinci paragrafı şu şekildedir: “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü*

tarafından yargısal denetime tabi tutulamayacağına dair vermiş olduğu kararlar ise bu tartışmalara farklı bir boyut kazandırmıştır.

Bu çalışmada Türkiye’de olağanüstü hâl rejiminin kapsamı ve sınırları ortaya konduktan sonra bu rejimin yargısal denetimi sorunu hukuk devleti bağlamında ve güncel tartışmalar ışığında açıklanmaya çalışılacaktır. Kuşkusuz olağanüstü dönemlerde yürütmenin çıkarmaya yetkili olduğu olağanüstü hâl kararnameleleri yargısal denetim sorununda merkezi bir rol oynamaktadır.

I. OLAĞANÜSTÜ HÂLİN HUKUKİLİĞİ TARTIŞMASI

Olağanüstü hâlin genel geçer bir tanımı yapılamasa bile^[3] hemen tüm olağanüstü hâl tanım ve tartışmalarında kamu düzeni anahtar bir kavram olarak kullanılmaktadır.^[4] Kamu düzeni tehdit altında olduğu vakit ve bu

hâllerde ve savaş hâllerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

[3] Schmitt, bu zorluğu şu şekilde ortaya koymaktadır: “*Olağanüstü hâl, yani mevzu hukukta öngörülmemeyen hâl, ancak son derece tehlikeli, devletin varlığını tehdit edecek bir durum vb. olarak tanımlanabilir ama gerçeğe uygun olarak tarif edilemez. Ancak bu durum egemenliğin öznesine ilişkin soruyu güncel kılar. Ne acil bir durumun ne zaman söz konusu olduğu kesin olarak belirlenebilir, ne de böyle bir durumda nelerin meydana gelebileceği içeriksel olarak tek tek sayılabilir, hele gerçekten son derece acil bir durum ve bunun bertaraf edilmesi söz konusu olursa...*”. Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, çev. A. Emre Zeybekoğlu, 4. baskı (Ankara: Dost Kitabevi, 2014), 14; Agamben ise bu zorluğun temel nedenlerinden biri olarak istisna hâli (olağanüstü hâl) ile iç savaş, ayaklanma ve direniş arasındaki yakın bağa işaret etmektedir. Giorgio Agamben, *Olağanüstü Hâl*, çev. Kemal Atakay, (İstanbul: Varlık, 2008), 10; Olağanüstü hâlin tanımlanamamasının önemli nedenlerinden biri de kavramın multidisipliner bir kavram olmasıdır. Olağanüstü hâl kavramı sosyal bilimlerin farklı disiplinlerince ele alınmakta ve farklı boyutlarıyla analiz edilmektedir. Recep Narter ve Semih Batur Kaya, *Olağanüstü Hâl Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim*, (Ankara: Yetkin, 2020), 30.

[4] Örneğin Gözler, olağanüstü hâli şöyle tanımlamaktadır: “*İstisnaî hâl ya da kriz hâli, devletin varlığına ya da kamu düzenine karşı çok ağır, öngörülemeyen ve geçici nitelikte olan bir tehdit durumudur.*” Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, 252; Ayrıca Rousseau’nun, Machiavelli’nin, Schmitt’in ve Agamben’in ilerleyen sayfalarda verilen olağanüstü hâl tanımlarına bakılabilir. *Bkz.* Dipnot 11, 14, 17 ve 18.

tehdit olağan hukuk düzeni içerisinde bertaraf edilemediğinde^[5] olağanüstü hâl devreye girmektedir.^[6] Bu durum olağanüstü hâl rejimlerinde iki temel sonucu ortaya çıkarmaktadır. Bunların birincisi yürütme organının takdir yetkisinin ve düzenleme alanının genişlemesiyken ikincisi, birinci sonuçla bağlantılı olarak, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlere göre daha geniş bir şekilde sınırlandırılabilmesidir.^[7] Bu vakıa kuvvetler ayrılığı olarak bilinen ve hukuk devleti anlayışının da ayrılmaz bir uzantısı olan devlet organları arasındaki güç dengesini yürütme lehine bozmakta ve yetkilerin yürütme elinde yoğunlaşması gerçeği ortaya çıkmaktadır.^[8] Peki, yürütmenin yetkilerinin genişlemesi ve olağan hukuk düzenine aykırı bazı önlemlerin alınabilmesi olağanüstü hâl rejimini hukuk dışı bir yönetim haline getirir mi? Bu soruya günümüze kadar doktrinde farklı cevaplar verilmiştir. Modern öncesi dönemde^[9] bu soruya genellikle olumlu cevap verilmiş ve olağanüstü hâl döneminde mevcut hukuk düzeninin askıya alındığı ve yürütmenin hukukla bağlı olmadan her türlü tedbiri alabileceği savunulmuştur. İster Antik Yunan’ın “*seçilmiş tiran*”ını, ister Roma’nın “*diktatör*”ünü, isterse de

[5] İngiliz hâkim Lord Scrutton’un I. Dünya Savaşı’nda sarfettiği iddia edilen şu söz olağanüstü dönemlerde olağan hukuk düzeninin yetersizliğini vezir bir şekilde ifade etmektedir: “*Magna Carta prensipleriyle bir savaş yürütülemez.*” Akt. Munci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1981), 239.

[6] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 20. baskı (Ankara: Yetkin, 2020), 327.

[7] Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, (Ankara: Adalet, 2008), 43-46; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 327.

[8] Doehring, yürütmenin yetkilerinin genişlediği ve yoğunlaştığı bu dönemi “*yürütmenin gücünün saatinin gelmesi*” olarak adlandırmaktadır. Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, çev. Ahmet Mumcu, (İstanbul: İnkılâp, 2014), 246.

[9] Siyasi ve hukuki kuramda modern dönemin genel olarak Orta Çağ’da Batı Avrupa’da hüküm süren feodal yapılanmanın son bulmasıyla başladığına inanılır. Feodal yapının tasfiyesi tüm ülkelerde eş zamanlı gerçekleşmemiş ve uzun yıllara yayılmıştır. Feodal siyasal örgütlenmenin tasfiyesiyle birlikte merkezileşmiş ya da kurumsallaşmış siyasi iktidar olarak devlet doğmuştur. Batı Avrupa’da başlayan bu geçiş süreci Fransız Devrimi’nin de etkisiyle önce tüm Avrupa’ya ardından ise tüm dünyaya yayılmıştır. Bkz. Christopher Pierson, *Modern Devlet*, çev. Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan, 2. baskı (Ankara: Chiviyazıları, 2015), 47; Gianfranco Poggi, *Devlet-Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, çev. Aysun Babacan, 3. baskı (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2011), 47.

ortaçağdaki “*zaruret hâli*”ni ele alalım modern öncesi olağanüstü hâl rejimlerinde bu dönem genelde olağan dönemde yürürlükte olan hukuki sınırların geçici bir süre için ortadan kaldırıldığı bir yönetim olarak kurgulanmıştır.^[10]

Modern dönemde de farklı gerekçeler ve formlarda olsa bile, yukarıda değinilen anlayışın taşıyıcıları olmuştur. Özellikle Carl Schmitt ve Giorgio Agamben çalışmalarında olağanüstü hâli hukuk dışı bir rejim olarak değerlendirmişlerdir. Schmitt, olağanüstü hâlin hukukta öngörülemez bir durum olduğunu ve bu nedenle bu dönemde hukuk devleti anlayışına yer olmadığını belirtmektedir. Olağanüstü tedbirler siyasal olayların sonucu ise bunu hukuk perspektifinden anlamak mümkün değildir. Ancak Schmitt, egemenin hukuktan aldığı bir yetkiye dayanarak hukuku askıya aldığını da belirtmiş ve egemenin bir şekilde hukuk düzenine de ait olduğunu ifade etmiştir. Egemene olağanüstü hâle karar verme yetkisini veren şey olağan dönem hukuki düzenlemeleridir.^[11] Bu nedenle Schmitt’in olağanüstü hâl kuramında olağan hukuk düzeni askıya alınmış olsa bile hukuki anlamda yine de bir düzen vardır. Olağanüstü hâli kaos ve anarşiden ayıran şey de tam olarak budur.^[12] Paye, 11 Eylül saldırıları ile birlikte Batı’da sürekli bir hâl kazanan ve terörle mücadele adı altında meşrulaştırılan olağanüstü hâlin Schmitt’i haklı çıkardığını belirtmektedir. Bu süreçte siyasi iktidarlar tarafından alınan kararlar göstermiştir ki olağanüstü hâl ya da istisna hâli hukuk düzeninin bir parçası olmakla beraber hukuk düzeni istisnayı değil istisna hukuk düzenini kendi bünyesine katar. Olağanüstü hâlin var oldu-

[10] Ayrıntılar için bkz. Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 9-20.

[11] Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, 13-15.

[12] Schmitt, bu durumu şu şekilde açıklar: “*Olağanüstü hâl, anarşi ve kaostan farklı bir şey olduğu için hukuk düzeni değilse de, hukuki anlamda bir düzen hâlâ mevcuttur. Burada, devletin varlığı, hukuki normun geçerliliği karşısında tartışmasız üstünlüğünü kanıtlar. Karar, kendini tüm normatif bağlardan kurtarır ve gerçek anlamda mutlak hâle gelir. Olağanüstü hâlde devlet, hukuku, kendini koruma hakkına dayanarak askıya alır.*” Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, 19-20; Agamben, olağanüstü hâl ile hukuk düzeni arasındaki bu eklemlemeyi, Schmitt’in olağanüstü hâl kuramına olan en özgün katkısı olarak değerlendirir. Bununla birlikte bu bir paradokstur. “*Çünkü hukukun bünyesine katılması gereken şey, temel olarak onun dışında bir şeydir, hatta söz konusu olan, hukuk düzeninin kendisinin askıya alınmasıdır.*” Agamben, *Olağanüstü Hâl*, 46.

ğuna karar veren egemen aynı zamanda onu hukuk düzeninin sınırları içine katmış olur.^[13]

Agamben ise olağanüstü hâlin hukukun eşiğini ya da sınır kavramını oluşturduğunu belirterek olağanüstü hâli özel bir hukuki düzen olarak tanımlayan yaklaşımlarla arasına mesafe koyacaktır.^[14] Hukuk düzeninin askıya alındığı olağanüstü hâlde, Schmitt’in iddiasının aksine, hukuki anlamda bir düzenin varlığından söz edilemez.^[15] İstisna hukuk düzeninin dışında ve ondan bağımsız bir şekilde vardır. Bu nedenle hukuk düzeni ile bir boşluk ve yasadızlık hâli olan olağanüstü hâli birbirine eklemek mümkün değildir. Benjamin de saf şiddet olarak nitelendirdiği olağanüstü hâli mevcut hukuk düzeninin dışına yerleştirir ve olağanüstü hâli mutlak belirsizlik alanı olarak tanımlar. Şiddetin önceki hukuk düzeniyle değil sonraki hukuk düzeniyle bir ilişkisi kurulabilir. Benjamin’in ifadesiyle: “Şiddet, büyük suçluda somutlaşan bir tehditle hukukun karşısına çıkar: Yeni hukuk yaratma tehdidiyle.”^[16]

Rousseau ve Machiavelli gibi düşünürler de devletin varlığı ve kamu düzeni tehdit altındayken toplum yararının egemenin hukuk dışında hareket etmesini gerekli ve meşru kıldığını ileri sürmektedirler. Rousseau’ya göre bir devlette yasama organının önceden öngöremeyeceği bin bir çeşit sorunla karşılaşılabilir ve devletin zaman içerisinde öngöremeyeceği olaylarla karşılaşacağını önceden hesap etmesi gerekir. Bu nedenlerle yürürlükte olan yasalara göre hareket etmek kimi zaman devleti zor durumda bırakabilir hatta yıkıma bile sürükleyebilir. Kamu düzenini bozan ve ülke güvenliğini

[13] Jean Claude Paye, *Hukuk Devletinin Sonu*, çev. G. Demet Lüküslü, (Ankara: İmge, 2009), 230-241.

[14] Agamben, *Olağanüstü Hâl*, 46.

[15] Akal, Agamben’in olağanüstü hâl ile hukuki düzen arasındaki ilişkiyi reddederek Schmitt’in tezini radikal bir şekilde aştığını ifade eder ve şöyle der: *Schmitt’te karar, önceki hukuka göre her türlü normatif bağlılıktan koparak mutlak bir nitelik, sonraki hukuka göre de yasa öncesine denk düşen kesin bir bağımsızlık kazansa da varılacak yer, belirleyici olarak kısmi bir sıfır noktasıdır ya da kısmi olduğundan ona sıfır noktası denmez.* Cemal Bali Akal, *Hukuk Nedir*, (Ankara: Dost Kitabevi, 2017), 25.

[16] Walter Benjamin, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine,” içinde *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, çev. Ece G. Çelebi, der. Aykut Çelebi, (İstanbul: Metis, 2010): 24-27.

tehlike altına sokan bu tür öngörülemez durumlarda özel yönetim usullerini devreye almak gerekebilir. Tehlikenin görece daha az olduğu durumlarda tehlikeyi bertaraf etmek için yasalara dokunmadan yürütme gücü hükümetin bir ya da iki üyesine verilir. Yürürlükteki yasalara göre hareket etmenin ülkenin güvenliğini ve kamu düzenini sağlayamayacağı daha büyük tehlike durumlarında ise halkın egemenliği bir süre durdurulup bir diktatör başa getirilir. Sınırlı bir süre için göreve getirilen diktatör ülkede güvenliği yeniden tesis edebilmek için önceki yasalarla bağlı olmadan yasa çıkarabilme gücüne sahiptir. Rousseau'nun ifadesiyle “*halkın en birinci isteği devletin yok olmamasıdır.*”^[17] Machiavelli de Rousseau ile benzer kaygıları paylaşmaktadır. Acil ve öngörülemez durumlarda yasal prosedürlere göre hareket etmek zaman kaybına neden olur ve bu zaman kaybı neticesinde ülkenin güvenliğini tehdit eden olaylara karşı verilen mücadelenin gücü ve etkisi zayıflamış olur. Bazı önlemlerin zaman kaybına tahammülü yoktur ve bu ülkeyi bir yıkımla baş başa bırakabilir. Bu gerekçelerle olağanüstü durumlarda Romalıların yaptığı gibi yönetim yetkisini sınırlı bir süre için bir diktatöre devretmek en doğrusudur. Machiavelli'ye göre diktatörlük yasası Roma yasaları arasında takdir edilmeyi ve sayılmayı en çok hak eden yasadır. Bu yasa olmaksızın olağanüstü durumlarla baş etmek ve ülke güvenliğini sağlamak mümkün değildir. Sonuç olarak olağanüstü durumlarla olağan dönem yasal prosedürleri ile mücadele etmek mümkün değildir.^[18]

Günümüz demokrasilerinde de bu düşünürlerin sahip olduğu endişeler paylaşılmaktadır. Günümüzde de devletler kendi varlıklarını tehdit altında hissettiklerinde cari hukuk düzeninin bu tehdidi ortadan kaldırmak için yapılacak mücadeleyi zayıflatacağını ve bu nedenle olağanüstü hâl durumunda olağan hukuk düzeninin birtakım sınırlandırmalara tabi tutulması gerektiğini kabul etmişlerdir. Ancak şu önemli farkla ki olağanüstü hâl rejimleri bugün hiçbir şekilde hukuk dışı ve keyfi bir yönetim olarak kabul

[17] Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol, 11. baskı (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür, 2013), 119-120; Rousseau'ya göre Roma senatosu ülkenin güvenliğini sağlamak üzere yönetim görevini consullara verdiğinde birinci, consullardan biri diktatör olarak atandığında ise ikinci yola başvurmuş olurdu. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 120.

[18] Niccolo Machiavelli, *Söylevler*, çev. Alev Tolga, (İstanbul: Say, 2009), 133-135.

edilmemektedir.^[19] Hukuk devleti anlayışına uygun olarak olağanüstü hâl rejimleri de ulusal ve uluslararası hukukta birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Olağanüstü hâl rejimlerinin genel sonuçları olan yürütmenin yetkilerinin genişlemesi ve temel hak ve özgürlüklerin daha geniş bir şekilde sınırlandırılabilmesi bu dönemlerin gerekleri olarak kabul edilmekle birlikte bu durum yürütme erkine hiçbir şekilde sınırsız ve denetlenemeyen bir alan açmamaktadır.^[20]

Yukarıda anlatılanlar ışığında, en azından pozitif hukukta, olağanüstü hâli hukuk içinde geçici ve sınırlı bir rejim olarak kabul etmek gerekmektedir. Uluslararası insan hakları sözleşmeleri^[21] ve demokratik devletlerin anayasal ve yasal düzenlemeleri incelendiğinde bunu açık bir şekilde görmek mümkündür. Ancak olağanüstü hâl rejiminin pozitif hukuktaki sınırlarının bir öneminin olması için etkili bir denetim mekanizmasının varlığı gerekmektedir. Olağanüstü hâl rejimi sınırlı ve hukuk içinde bir yönetim olarak kurgulanmasına rağmen herhangi bir denetim öngörülmemişse olağanüstü hâlin fiili bir hukuk dışı yönetime dönüşmesi de an meselesidir. Bir yönetimi keyfi olmaktan çıkartan o yönetimin denetlenebilir olmasıdır. Bu noktada iki tür denetim karşımıza çıkmaktadır. Bunların ilki siyasi denetimken ikincisi ve en önemlisi yargısal denetimdir.

[19] Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 35; İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku I*, 7. baskı (Ankara: İmge, 2013), 101.

[20] Gözler, olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesini itfaiye erlerinin yangını söndürmek için bir evin camlarını kırması metaforu ile açıklamaktadır. Camın kırılması mülkiyet hakkını ihlal etmektedir ancak bu ihlal gerçekleştirilmezse evin tamamı yanacaktır. Bu nedenle bu dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler keyfi değil daha üstün bir değeri korumak için yapılmalıdır. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25. baskı (Bursa: Ekin, 2020), 134.

[21] Bu sözleşmelere Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme örnek verilebilir. Aşağıda Türkiye’de olağanüstü hâl rejiminin sınırları belirlenirken bu sözleşmelere ayrıca değinilecektir.

II. GENEL OLARAK OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİNİN DENETİMİ

A) SİYASAL DENETİM

Yukarıda da vurgulandığı gibi olağanüstü hâl dönemlerinde yürütme erkinin yetkileri ve düzenleme alanı ciddi bir şekilde genişlemektedir. Bu durumda olağanüstü hâl rejiminin denetimi bir anlamda özel olarak yürütme erkinin ve tasarruflarının denetimi olarak da anlaşılabilir. Hukuk devleti anlayışını benimsemiş modern demokrasilerde^[22] bu denetimin ilk aşaması yürütme erki tarafından ilan edilen olağanüstü hâlin yasama organı yani meclis tarafından denetlenmesidir. Yasama organı bu denetimini ilk olarak ilan edilen olağanüstü hâlin onaylanması aşamasında gerçekleştirmektedir. Benzer şekilde olağanüstü dönemlerde yürütme tarafından çıkarılan kararnameler de genel olarak yasama organının onayına sunulmaktadır.^[23] Bununla birlikte olağanüstü hâlin ve bu dönemde yürütme tarafından çıkarılan kararnamelerin yürürlüğe girmesi meclis onayına tabi değildir. Ancak bu kararnamelerin yürürlükte kalması yasama organının onayına tabidir. Bu nedenle ilan edilen olağanüstü hâlin henüz sonuçlarını doğurmadan yasama organı tarafından kaldırılması mümkündür. Bunun önemli bir denetim mekanizması olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte olağanüstü hâlin arkasında yürütme organının olması ve çoğu zaman yürütme erkine sahip olan bir partinin yasama organının da çoğunluğunu elinde bulundurması bu denetimi işlevsiz kılabilir. Bu olgu olağanüstü hâlin meclis tarafından yapılan siyasal denetiminin çoğu zaman bir formalite ve vakit kaybı olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

[22] Bu devletlere Almanya, İngiltere, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri örnek olarak verilebilir. Hukukla sınırlı devlet anlayışı Almanya'da *Rechtsstaat*, İngiltere'de *rule of law*, Fransa'da *etat droit* ve Amerika'da *due-process* kavramıyla ifade edilmektedir. Tüm bu farklı kavramlar, aralarında teknik olarak bazı ayrımlar yapılabilse de aşağı yukarı aynı anlamda kullanılmaktadır. Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, 208.

[23] Farklı uygulamalar söz konusu olmakla birlikte demokratik ülkelerin çoğunda olağanüstü hâlin ilanı yetkisi yasama ve yürütme organları tarafından birlikte kullanılır. Yürütme organı olağanüstü hâli ilan etmekte ya da bunu yasama organına önermektedir. Son tahlilde olağanüstü hâlin yürürlükte kalması çoğu zaman yasama organının onayına tabidir. İstisnai bir uygulama olarak Fransa da ise cumhurbaşkanı olağanüstü hâl ilan etmeden önce Anayasa Konseyi'ne danışmak zorundadır. Cumhurbaşkanı, Konsey'in kararıyla bağlı olmamakla birlikte Konsey'in kamuoyundaki etkisi ve gücü Konsey'e rağmen farklı bir karar alınmasını zorlaştırmaktadır. Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 35-6.

Ayrıca yasama organı tarafından yapılan denetim çoğu zaman hukuki bir motivasyon taşımaktan yoksundur. Hâl böyle olunca bu denetimden etkili sonuçlar beklemek yanlış olacaktır. Olağanüstü hâli hukuk içinde ve sınırlı bir rejim olarak tutma noktasında yargısal denetiminin önemi bu tespitler ışığında daha iyi anlaşılmaktadır.

B) YARGISAL DENETİM

Hukuk devletinin en temel ilkelerinden biri idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olmasıdır. Aynı zamanda bu denetimin amacına ulaşması için bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığı da yine hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir.^[24] Olağanüstü hâl de hukuki bir rejim olarak kabul edildiği için kendine özgü sınırlarıyla yargısal denetime tabi tutulabilmelidir. Bu dönemde özellikle anayasa yargısı ön plana çıkmaktadır. Olağanüstü hâl döneminde yürütme tarafından çıkarılan kararnamelerin yasama işlemi niteliğinde olması bu düzenlemelerin ancak anayasa mahkemeleri tarafından yapılabileceğini göstermektedir.^[25]

Olağanüstü hâlin sınırlı bir rejim olarak anlaşılması gerektiği hususunda bir şüphe yoktur. Bu sınırlar uluslararası insan hakları sözleşmelerine ve ilgili devletin anayasal ve yasal düzenlemelerine bakılarak tespit edilebilir.^[26] Bu

[24] Siyasi iktidarın sınırlandırılmasında anayasacılık akımlarının önemli bir kilometre taşı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulculuk gibi ilke ve değerlerin de iktidarın sınırlandırılmasında önemli etkileri olmuştur. Kuvvetler ayrılığı ile bölünerek tek bir erkte temerküz etmesinin önüne geçilen siyasi iktidar daha sonra hukuk devleti ile temel hak ve özgürlükler lehine birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Son olarak çoğulculuk ile toplumun tüm kesimlerini kucaklayacak bir yönetim şeklinin kurulması amaçlanır. Narter ve Kaya, *Olağanüstü Hâl Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim*, 325.

[25] Yeri gelmişken hatırlatmak gerekir ki, hukuk devleti üzerine yapılan çalışmaların çoğunda anayasa yargısının varlığı da artık hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle anayasa yargısını hukuk devletinin asgari şartlarından biri olarak kabul etmek gerekmektedir. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 363; Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 18. baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 284; Mustafa Erdoğan, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*, (İstanbul: Kesit, 2013), 94-95.

[26] Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 46.

sınırların bir anlam ifade edebilmesi için de yargısal bir denetimin varlığı zorunludur. Yargısal bir denetimin yasaklandığı ya da yapılamadığı bir yönetimi tam olarak hukuki bir rejim olarak değerlendirmek de mümkün değildir. Bunu sağlamak elbette tek başına yargısal denetimi öngörmekle sağlanamaz. Bu denetimi yapacak yargısal merciin aynı zamanda siyasi baskı altında da olmaması gerekir. Bağımsız ve tarafsız olmayan bir mahkemenin denetimi olağanüstü hâl döneminde çıkartılan düzenlemelerin hukuki meşruiyetinin sağlanmasının bir aracı olmaktan öteye gitmeyecektir. Son tahlilde yargısal denetimin etkin olması ancak hukuka bağlı bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin yerine getirebileceği bir iştir.

III. TÜRKİYE'DE OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİNİN SINIRLARI VE DENETİMİ SORUNU

Türkiye, geçmişten günümüze, birçok kez olağanüstü hâl uygulamalarına maruz kalmış bir ülkedir. Bu tecrübeler ışığında olağanüstü hâlin sınırları ve denetimi noktasında da çeşitli tartışmalar yapılmış ve yapılmaya devam edilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli uluslararası sözleşmeler ve 1982 Anayasası olağanüstü hâl dönemlerinde siyasi iktidarın hangi sınırlar içerisinde hareket etmesi gerektiğini göstermektedir.^[27] Ancak Anayasa'daki olağanüstü hâl kararlarının Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle götürülemeyeceği düzenlemesi bu rejimin hukuki bir rejim olduğu yönündeki tespitin üzerine gölge düşürmektedir.^[28] Her ne kadar Anayasa Mahkemesi

[27] Günümüzde olağanüstü hâl düzenlemeleriyle ilgili üç farklı sistemle karşılaşıldığı söylenebilir. Bunlar anayasalarında olağanüstü hâllerle ilgili herhangi bir hükme yer vermeyen devletler, olağanüstü hâllerin anayasalarda ana hatlarıyla düzenlendiği devletler ve olağanüstü hâllere anayasalarında ayrıntılı bir şekilde düzenleyen devletler olarak sıralanabilir. İlk sisteme benimseyen ülkelere Amerika ve İngiltere, son sistemi benimseyen ülkelere ise Almanya ve Fransa örnek olarak verilebilir. Ayrıntılar için bkz. Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, 248-257.

[28] Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen ilgili 148/1 maddesi şu şekildedir: “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hâllerde ve savaş hâllerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.*”

1990 yılından başlayarak vermiş olduğu kararlarda^[29] isabetli bir şekilde bu kararnemelerin denetlenebileceği içtihadını geliştirmiş olsa da 2016 yılında vermiş olduğu kararla bu içtihadından vazgeçmiş ve yürütme erki tarafından çıkarılmış olağanüstü hâl kararnemelerinin yargısal denetiminin yapılamayacağına karar vermiştir. Bu başlıkta öncelikli olarak Türkiye’deki olağanüstü hâl rejiminin sınırları belirlenecek daha sonra da bu sınırlar dâhilinde yapılması beklenen yargısal denetim sorunsalı Anayasa Mahkemesi kararları ışığında irdelenecektir.

A) OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİNİN SINIRLARI

Olağanüstü hâl yönetimi 1982 Anayasası’nın 119. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde şu şekildedir:

“Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hâllerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebilir.

Olağanüstü hâl ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhâl toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü hâlin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hâli kaldırabilir.

Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Savaş hâllerinde bu dört aylık süre aranmaz.

[29] AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10.01.1991, erişim 10 Aralık 2022, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1991-1-nrm.pdf>; AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03.07.1991, erişim 10 Aralık 2022, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1991-20-nrm.pdf>; AYM, E.2003/28, K.2003/42, 25.05.2003, erişim 10 Aralık 2022, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2003/42>.

Olağanüstü hâllerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.

Olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi hâlde olağanüstü hâllerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

Türkiye’de olağanüstü hâl yönetim usulü, ilan ve onay prosedürleri özetle bu şekildedir. Kuşkusuz bu dönemlerde temel hak ve özgürlükler noktasında en önemli husus bu dönemde çıkartılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Olağanüstü hâl dönemlerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa’nın 104. maddesine göre olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemeyen temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasal hak ve ödevler de düzenlenebilmektedir. Ancak bunu yürütme erkinin bu dönemde sınırsız ve keyfi düzenleme yapabileceği şeklinde değerlendirmemek gerekir. Nitekim gerek Anayasa ve gerekse de Türkiye’nin taraf olduğu bazı uluslararası insan hakları sözleşmeleri bu düzenleme alanının sınırlarını ortaya koymaktadır. Bu nedenle olağanüstü hâl dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi^[30] incelenirken Anayasa ve kanunlar dışında aynı

[30] Temel hak ve özgürlükler olağan dönemde de birtakım sınırlandırmalara tabi tutulabilir kuşkusuz. Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlıklı 13. maddesi olağan dönemde temel ve hak özgürlüklerin sınırlandırılmasının çerçevesini ortaya koymaktadır. Bu maddeye göre temel hak ve özgürlükler “özlerine dokunulmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü hâl döneminde sınırlandırılması ise Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlıklı 15. maddesinde

zamanda Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve ek protokolleri, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHİUS) gibi uluslararası insan hakları belgeleri de dikkate alınmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları da bu konuda yol gösterici olacaktır.

Olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi için ilk olarak 1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması başlığını taşıyan 15. maddesine bakmak gerekmektedir. İlgili madde şu şekildedir:

“Savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun filler sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

düzenlenmiştir. Bu maddeye göre olağanüstü dönemlerde “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Görüldüğü gibi olağanüstü hâl dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının iki boyutu vardır. İlk olarak bu dönemlerde olağan dönemde geçerli olan anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. İkinci olarak ise bu dönemlerde sınırlamanın ötesinde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulması da söz konusu olabilecektir. Sınırlama hakkın özüne dokunmadan hakkın kullanımının belirli ölçülerde kısıtlanması ya da zayıflatılmasıdır. Durdurma ise sınırlamanın aksine belli bir hakkın kullanımının geçici bir süreliğine de olsa dondurulmasıdır. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1982), 181; bu çalışmada olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ifadesi ile bu iki boyut birlikte vurgulanmaktadır.

İkinci olarak, AİHS'nin olağanüstü hâllerde yükümlülükleri azaltma (*derogation*)^[31] başlığını taşıyan 15. maddesine bakılabilir:^[32]

“Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hâlinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

Yukarıdaki hüküm, meşru savaş filleri sonucunda meydana gelen ölüm hâli dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.^[33]

Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterine tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirir.”^[34]

[31] AİHS'nin Türkçe çevirilerinde bu kavram genellikle askıya alma olarak çevrilmektedir. Bu nedenle doktrinde ve yargı kararlarında da çoğunlukla askıya alma kavramı kullanılmaktadır. Şirin’e göre bu çeviriye iki nedenden ötürü katılmak mümkün değildir. Birincisi askıya almanın İngilizce karşılığı *derogation* değil *suspension* kavramıdır ve bu kavrama AİHS metninde yer verilmemiştir. İkinci neden ise askıya alma kavramı zihinlerde *derogation* kavramından çok daha farklı çağrışımlara yol açmaktadır. Temel hakların askıya alındığı biçimindeki söylem başta kolluk güçleri olmak üzere kamu güçlerinin temel haklara keyfi müdahalelerde bulunabileceği şeklinde algılanmaktadır. Tolga Şirin, “1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hâl Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 5, no. 10 (2016): 479-81.

[32] Türkiye 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme’yi 04.11.1950 tarihinde imzalamış 10.03.1954 tarihli 6366 sayılı Onay Kanunu ile de onaylamıştır. Onay belgelerinin 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmesiyle Sözleşme Türkiye’de yürürlük kazanmıştır.

[33] Sözleşmenin 2. maddesinde yaşam hakkı, 3. maddesinde işkence yasağı, 4. maddesinin birinci fıkrasında kölelik ve kulluk yasağı ve 7. maddesinin de cezaların yasallığı ilkesi düzenlenmiştir.

[34] İnsan Hakları ve Temel Hakların Korunmasına İlişkin Sözleşme, erişim 6 Temmuz 2022, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf.

AİHS’ye ek protokollerde de olağanüstü hâl döneminde sınırlanamayan haklar düzenlenmiştir. Bu kapsamda olağanüstü hâl döneminde taraf devlet tarafından 6 No.lu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen “*barış zamanında ölüm cezasının kaldırılması*”, 13 No.lu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen “*ölüm cezasının kaldırılması*” ve 7 No.lu Protokolün 4. maddesinde düzenlenen “*aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı*” düzenlemelerine aykırı tedbirler düzenlenemez. 13 No.lu Protokol ile ölüm cezası koşulsuz bir şekilde yasaklandığı için 6 No.lu Protokolün bir anlam ve önemi kalmamıştır.

AİHM de Sözleşme metnini esas alarak 15. madde ile ilgili ihlal başvurularında genelde Sözleşme’nin 15. maddesinde belirtilen 3 husus üzerinde durur. Bunların ilki olağanüstü hâl ilanını haklı ve gerekli kılacak bir durumun var olup olmadığıdır. Olağanüstü hâli gerekli kılan koşullar henüz fiili olarak ortaya çıkmamasına rağmen böyle bir tehlikenin yakında gerçekleşeceğine dair güçlü işaretlerin olması durumunda da olağanüstü hâl ilan edilebilir. Madde metninde geçen savaş durumu tartışmaya çok açık olmamakla birlikte ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike hâli tartışmalı ve her somut olay için münhasıran değerlendirilmesi gereken bir kavramdır. Bu nedenle ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike hâlinin varlığı AİHM tarafından ilgili başvuru özelinde değerlendirilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHM ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığının tespiti ve bu tehlikenin bertaraf edilebilmesi için alınması gereken tedbirlerin kapsam ve içeriğinin belirlenmesi hususlarında ulusal makamların daha donanımlı olduklarını belirterek bu konuda devletlere, sınırsız olmamakla birlikte, geniş bir takdir yetkisi^[35] bırakmaktadır.^[36] Bununla birlikte AİHM *Lawless/İrlanda* kararında ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike hâli

[35] AİHM içtihatlarıyla geliştirilen takdir marjı doktrinine göre taraf devletler Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri bölgesel ve kültürel özelliklerine göre farklı yorumlayabilirler. Bununla birlikte taraf devletlere verilen bu takdir yetkisi orantısız ve keyfi bir şekilde kullanıma açık değildir. Takdir yetkisinin sınırları hakkın niteliği, kişi için önemi ve ilgili faaliyetlerin niteliğine göre değişmektedir. Hakkın önemi ve niteliği arttıkça takdir marjı daralırken tersi durumda marj genişlemektedir. Takdir marjı doktrininin AİHM içtihatlarındaki gelişimi için *bkz.* Tolga Şirin, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2013): 363-68.

[36] AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, B. No: 14553/89, 26.05.1993, Paragraf 43, erişim 12 Aralık 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819;>

ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine dair genel bir çerçeve çizmiştir. Buna göre tüm ülke nüfusunu etkileyen ve toplumsal düzeni tehdit eden istisnai kriz hâllerinde genel bir tehlike hâlinin varlığı kabul edilmektedir.^[37] Tüm ulusun etkilenmesinden kasıt olağanüstü hâl şartlarının tüm ülke sathında ortaya çıkması değildir. Ülkenin belirli bölgesinde baş gösteren bir kriz tüm ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike hâli olarak kabul edilebilir.^[38] Bu koşulların oluşmadığı durumlarda genel bir tehlikenin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan* raporunda 1967’de bir darbe sonucu iktidarı ele geçiren hükümetin (Albaylar Cuntası) AİHS’nin 15. maddesine dayanarak ilan ettiği olağanüstü hâli mevcut şartların ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikeyi doğrulamadığı gerekçesiyle onaylamamış ve AİHM de bu kapsamda alınan tedbir ve uygulamalarla ilgili ihlal kararları vermiştir.^[39]

AİHM’in kararlarında üzerinde durduğu ikinci husus ilan edilen olağanüstü hâl doğrultusunda alınan tedbirlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmadığıdır. Alınan önlemlerin ilan edilen olağanüstü hâl ile

AİHM, *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, B. No: 13237/17, 20.03.2018, Paragraf 91, erişim 12 Aralık 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181862>.

[37] AİHM, *Lawless/İrlanda (no. 3)*, B. No: 332/57, 01.07.1961, Paragraf 28, erişim 12 Aralık 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>.

[38] AİHM, *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18.12.1996, Paragraf 70, erişim 12 Aralık 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003>; AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 3455/05, 19.02.2009, Paragraf 205, erişim 12 Aralık 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>.

[39] AİHK, *Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/Yunanistan*, Komisyon Raporu, 05.11.1969, Paragraf 153; AİHS’nin ilk hâlinde taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini denetlemekle görevli iki organ öngörülmüştü. Bunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’du. Devletlerarası ya da bireysel başvurular öncelikle Komisyon’da görüşülür ve ancak Komisyon tarafından dinlenebilir (admissible) bulunursa son ve bağlayıcı kararı verecek olan Mahkeme’ye aktarılabilirdi. 1998 yılında yürürlüğe giren 11 sayılı Protokol ile Komisyon’un görevine son verilmiş ve AİHM yargısal denetim ile görevli tek organ hâline gelmiştir. Böylece başvurular doğrudan Mahkeme’ye yapılmaya başlamıştır. Bu protokol ile aynı zamanda Mahkeme geçici olmaktan çıkarılıp sürekli çalışan bir kuruma dönüştürülmüştür. Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2015), 150-51.

ilişkili olması ve olağanüstü hâl koşullarını ortadan kaldırma amacını taşıması gerekir. Ayrıca alınan tedbirin ve bu tedbir doğrultusunda gerçekleştirilen müdahalenin amaç ile orantılı olması gerekmektedir. Amacı gerçekleştirmeye matuf olamayan ya da amaçla uyumlu olmasına rağmen orantısız bir şekilde gerçekleştirilen müdahaleler Sözleşme’nin ihlali anlamına gelecektir.^[40] Bu doğrultuda daha hafif önlemlerle önlenmesi mümkün bir olaya daha ağır ve sert önlemlerle müdahale edilmesi ölçülülük ilkesinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Buradaki kilit soru taraf devletin başka bir alternatifinin olup olmadığıdır. Bu soruya verilen yanıt olumsuzsa taraf devletin olağanüstü hâl çerçevesinde aldığı tedbirlerin ölçülü olduğu söylenebilir. Bu açıdan taraf devletin herhangi bir hakkı sınırlandırırken “zorlayıcı toplumsal ihtiyacı” ortaya koyması gerekir.^[41] AİHM ölçülülük ilkesi uyarınca yaptığı denetimde olağanüstü hâle neden olan olayları, yükümlülüklerin azaltılan maddelerin etkilediği hakların niteliği ve olağanüstü hâlin süresi gibi hususları dikkate alır.^[42] Örneğin *Aksoy/Türkiye* davasında Mahkeme başvuranın terör faaliyetlerine karıştığı iddiasıyla herhangi bir yargı mercii karşısına çıkartılmadan on dört gün veya daha fazla süreyle hücre cezasıyla cezalandırılmasının içinde bulunulan koşullar kapsamında kesinlikle gerekli olduğuna kanaat getirmemiştir. Bu sürenin uzunluğu başvuranın özgürlük hakkına keyfi bir müdahale olup işkenceye karşı başvurunu savunmasız bırakmıştır.^[43] AİHM, *Altan/Türkiye* kararında da ülkenin içinde bulunduğu koşulların olağanüstü hâl ilanını haklı kıldığını kabul etmekle birlikte Anayasa Mahkemesi kararına rağmen tahliye edilmeyen başvuranın tutukluluğunun makul şüpheye dayanmadığını ve bu nedenle de hukuka ve kanuni bir usule uygun

[40] AİHM, *Lawless/İrlanda (no. 3)*, Paragraf 38; AİHM, *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18.01.1978, erişim 12 Aralık 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>.

[41] Muhammed Taha Büyüktavşan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin Sözleşme’den Kaynaklanan Yükümlülüklerinin Azaltılması (Derogasyon),” (Doktora Tezi, *Hacettepe Üniversitesi*, 2023): 217-18.

[42] AİHM, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, Paragraf 173; AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, Paragraf 43.

[43] AİHM, *Aksoy/Türkiye*, Paragraf 72-84.

olmayan bu tedbirin olağanüstü hâl koşulları içerisinde durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olmadığına hükmetmiştir.^[44]

AİHM'in üzerinde durduğu diğer bir husus ise taraf devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle aykırı davranıp davranmadığıdır. Burada AİHS dışında devletlerin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmeler devreye girmektedir. AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararında başvuranların Birleşik Krallık'ın taraf olduğu MSHİUS'ye aykırı bir biçimde resmî bir ilanda bulunmadan yükümlülüklerini azalttığını duyurmadığı ve bu nedenle uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırı hareket ettiği yönündeki iddialarını incelemiş ve parlamentoda İçişleri Bakanı'nın yaptığı beyanı resmî nitelikte bir ilan kabul ederek Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.^[45] Bu dava uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlali iddiasıyla AİHM'e gelen ilk dava özelliğini taşımaktadır.

Son olarak MSHİUS'nin olağanüstü durumda yükümlülük azaltma maddesi ise şu şekildedir^[46]:

“Ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması hâlinde, bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.

Bu hükme dayanılarak Sözleşme'nin 6, 7, 8 (1. ve 2. fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelerine aykırılık getirilemez.

Aykırılık hakkından yararlanmak isteyen bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, hangi hükümleri uygulamaktan kaçındıklarını ve bu davranışta bulunmalarına yol açan nedenleri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla, bu Sözleşme'ye Taraf

[44] AİHM, *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*.

[45] AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, Paragraf 67-73.

[46] Türkiye bu Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamış 04.06.2003 tarihli 4868 sayılı Onay Kanunu ile de onaylamıştır. Onay belgeleri 15.09.2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine tevdi edilen Sözleşme 23.12.2003 tarihi itibarıyla Türkiye'de yürürlük kazanmıştır.

diğer Devletlere derhâl bildireceklerdir. Böyle bir aykırılığı sona erdirdikleri tarih konusunda da yine aynı kanal aracılığıyla bir bildirimde bulunacaklardır.”^[47]

Sonuç olarak, yukarıda genel hatlarıyla ortaya konulan çerçeve esas alınarak, Türkiye’de olağanüstü dönemlerde yürütmenin sahip olduğu geniş düzenleme yetkisinin sınırları ortaya konabilir. En temel sınır olarak zaman ve konu unsurları sayılabilir. Olağanüstü hâle ilişkin düzenlemeler ancak olağanüstü hâl süresince çıkarılabilir. Zaman unsurunun diğer bir boyutu olağanüstü hâl döneminde çıkarılan düzenlemelerle olağanüstü hâl sonrasına etki edecek şekilde düzenleme yapılamamasıdır. Olağanüstü hâl özünde geçici bir dönemdir. Bu dönemde etkisi olağanüstü dönemle sınırlı kalmayacak ve temel olarak kanunla düzenlenmesi gereken konularda kalıcı düzenlemeler yapılması söz konusu değildir. Diğer temel sınır ise konu unsurudur. Olağanüstü hâl döneminde sadece olağanüstü hâlin ilan edilmesine neden olan konularla ilgili düzenleme yapılabilir. Olağanüstü hâl ile ilişkilendirilemeyen ve amacı olağanüstü hâl koşullarını ortadan kaldırmak olmayan konularda düzenleme yapılamaz. Olağanüstü hâl döneminde mevzubahis olan en önemli sınır sert çekirdek haklar olarak tanımlanan temel hak ve özgürlüklerdir. Bu haklar olağanüstü hâl döneminde dahi hiçbir şekilde herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulamaz. Sert çekirdek haklar Anayasa, AİHS ve ek protokolleri ve MSHİUS’de ayrı ayrı ve birbirini tamamlayıcı şekilde düzenlenmiştir.

Anayasa’da düzenlenen sert çekirdek haklar:

- Yaşam Hakkı;
- Maddi ve manevi varlığın bütünlüğü;
- Din, vicdan ve düşünce özgürlüğü;
- Suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi;

[47] Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, erişim 6 Temmuz 2022, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaralliskinSozlesme.pdf>; Sözleşmenin 6. maddesinde yaşam hakkı, 7. maddesinde işkence yasağı, 8. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında kölelik ve kulluk yasağı, 11. maddesinde borç nedeniyle hapis yasağı, 15. maddesinde cezaların kanuniliği ilkesi, 16. maddesinde kişi olarak tanınma hakkı ve 18. maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü düzenlenmiştir.

- Masumiyet karinesi;
- Ayrımcılık yasağı.

AİHS ve ek protokollerinde düzenlenen sert çekirdek haklar:

- Yaşam hakkı;
- İşkence yasağı;
- Kölelik ve kulluk yasağı;
- Cezaların yasallığı ilkesi;
- Aynı suçtan iki kez yargılanma ve cezalandırılma yasağı.

MŞHİUS'da düzenlenen sert çekirdek haklar:

- Yaşam hakkı;
- İşkence yasağı;
- Kölelik ve kulluk yasağı;
- Borç nedeniyle hapis yasağı;
- Cezaların yasallığı ilkesi;
- Kişi olarak tanınma hakkı;
- Din, vicdan ve düşünce özgürlüğü.

Yukarıdaki çerçeve esas alınarak Türkiye'de olağanüstü hâl dönemlerinde bile sınırlandırılmayan sert çekirdek haklar tek bir listede şu şekilde sıralanabilir:

- Yaşam hakkı;
- İşkence yasağı;
- Kölelik ve kulluk yasağı;
- İdam cezası yasağı;
- Aynı suçtan iki kez yargılanma ve cezalandırılma yasağı;
- Din, vicdan ve düşünce özgürlüğü;
- Suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi;
- Masumiyet karinesi;

- Maddi ve manevi varlığın bütünlüğü;
- Cezaların yasallığı ilkesi;
- Ayrımcılık yasağı;
- Borç nedeniyle hapis yasağı;
- Kişi olarak tanınma hakkı.

Bu sayılan sert çekirdek haklar dışında kalan hakların olağanüstü hâl dönemlerinde olağan dönemlere nazaran daha geniş bir sınırlandırma rejimine tabi tutulabileceği söylenebilir. Ancak bu hakların da sınırlandırılmasının sınırları vardır. Her şeyden önce yapılan sınırlandırma kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde (*ölçülülük ilkesi*)^[48] olmak zorundadır. Alınan olağanüstü tedbirlerin temel amacı olağanüstü hâl koşullarının bir an önce ortadan kaldırılıp olağan hukuk düzenine dönülmesidir. Bu nedenle olağanüstü dönemlerde alınan tedbirlerin bu amaçla uyum ve orantı içerisinde olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin diğer bir boyutu ise alınan tedbirlerin uygulanmasında kullanılan araçların bu tedbirlerle ulaşılmak istenen amaca uygun ve bu amaçlarla orantılı olması gereğidir. Alınan tedbir amaçla uyumlu olmasına rağmen bu tedbirin somut olaya uygulamasında kullanılan araçlar gerekli, elverişli ve orantılı değilse *ölçülülük* ilkesinin ihlali gündeme gelecektir.

Diğer bir sınır da uluslararası yükümlülüklerle aykırı düşecek şekilde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmamasıdır. Uluslararası yükümlülüklerden ne anlaşılması gerekmektedir? Bu konuda AİHS’nin tanınan insan haklarının korunması başlığını taşıyan 53. maddesi ufuk açıcı niteliktedir. İlgili madde şu hükmü haizdir:

“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlayamaz veya onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.”

Bu maddeden de açık bir şekilde anlaşılacağı gibi Türkiye’nin yasalarının ve taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin tanıdığı ve AİHS’de

[48] Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araç ile amacın orantısız olmamasını ifade eder. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 114.

düzenlenmeyen insan hakları da devletlerin uyması ve ihlal etmemesi gereken haklardır.^[49] Ancak ilgili uluslararası sözleşmeler olağanüstü hâl dönemlerinde temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma imkânı veriyorsa ve ilgili devlet de usulüne uygun bir şekilde bu hakları sınırlandırdığını duyurduysa o zaman artık bu hakların da olağanüstü hâl dönemlerinde sınırlandırılması mümkün olacaktır. Ayrıca AİHS ve MSHİUS’de düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için de bildirim şartı vardır. Taraf devlet olağanüstü hâl kararını ne zaman, hangi gerekçelerle aldığını ve bu kapsamda hangi haklara sınırlamalar getirdiği konusunda bildirimde bulunmalıdır. İlgili devlet bu bildirim yapmadıysa sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bildirim şartı bununla sınırlı değildir. Olağanüstü hâl koşullarının bittiği ve yükümlülüklerin yeniden tamamen geçerli hâle geldiği tarihin de bildirilmesi gerekmektedir.^[50]

[49] Gözler, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin sadece devletin taraf olduğu antlaşmaları değil aynı zamanda uluslararası hukuk ilkelerini de kapsadığını ileri sürmektedir. Kemal Gözler, “Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (1990): 571; Anayasa Mahkemesi de aynı kanaattedir. AYM, E.1990/25, K.1991/1,10.01.1991; AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03.07.1991.

[50] Son olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 29 numaralı Genel Yorum’unda *jus cogens* olarak bilinen uluslararası hukukun emredici kurallarının da olağanüstü dönemlerde sınırlandırılmayacağını kayıt altına almıştır. Komite ayrıca yorum yoluyla başka hakları da sınırlandırılmayan haklar alanına dâhil etmiştir. Ayrıntılar için bkz. Tolga Şirin, “1982 Anayasası,” 515-17; Büyüktavşan, “Avrupa İnsan Hakları,” 302; Kafadar, uluslararası insan hakları hukukunun yanı sıra silahlı çatışmalarda masum sivillerin haklarının korunmasını amaçlayan ve 1990’dan itibaren yargı kararlarıyla tanımı netleşmeye başlayan uluslararası insancıl hukukun da uluslararası hukuk kavramının içinde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Muhammed Fatih Kafadar, *Olağanüstü Hâllerde Deregosyan (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin Karşılaştırılması)*, (Ankara: Yetkin, 2020), 122-123.

B) OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİNİN DENETİMİ

1- Siyasal Denetim

Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilen olağanüstü hâlin ve yine cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü hâl boyunca çıkartılabilen kararnamelerin yürürlükte kalabilmesi için yasama organının onayına ihtiyaç duyulduğu daha önce ifade edilmişti. Meclis olağanüstü hâl ilanını onaylama, süresini değiştirerek onaylama ve kaldırma yetkisine sahiptir. Yine aynı şekilde Meclis cumhurbaşkanı tarafından bu dönemde çıkartılan kararnameleri onaylama, değiştirerek onaylama ve reddetme yetkilerine sahiptir. Meclis tarafından kaldırılan olağanüstü hâl ilanı ve reddedilen kararnameler bu kararların Resmî Gazete’de yayımlanmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Görüldüğü gibi yasama organı yürütme tarafından ilan edilen olağanüstü hâli ilanından çok kısa bir süre sonra kaldırabileceği gibi bu dönemde çıkartılan kararnameleri de reddederek yürürlükten kaldırabilir. Meclisin sahip olduğu yetkiler düşünüldüğünde gerçekten de bunun Meclise önemli bir denetim yetkisi ve imkânı verdiği ortadadır. Meclis bu yetkisini kullanarak yürütmenin yukarıda çizilen olağanüstü hâl rejimi sınırları dışına çıktığında ilgili karar ve düzenlemeleri yürürlükten kaldırabilecektir.

Türkiye’de olağanüstü hâl uygulamaları geçmişe dönük olarak incelendiğinde Meclisin bu yetkisini pek kullanmadığı bir vakıadır. Bu durumun olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kararnamelerin hukuka uygunluğundan kaynaklandığını söylemek güçtür. Yürütme, bu dönemlerde birçok kez temel hak ve özgürlükleri Anayasa ve uluslararası insan hakları hukukuna aykırı bir şekilde sınırlandırmıştır. Yine birçok kez tabiatı gereği geçici sonuçlar doğurması gereken olağanüstü hâl kararnameleriyle kalıcı sonuçlar doğuran ve kanunla düzenlenmesi gereken konularda düzenleme yapılmıştır.^[51]

[51] Bu konuda 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminden sonra ilan edilen olağanüstü hâl doğrultusunda çıkarılan olağanüstü hâl kararnamelerine bakıldığında bile birçok örnekle karşılaşılabılır. Birkaç örnek vermek gerekirse bu dönemde çıkarılan kararnamelerle ilan edilen olağanüstü hâl ile hiçbir ilişkisi olmayan ve kanun ile yapılması gereken rektör seçimi için yapılan seçimler kaldırılarak üniversitelerdeki rektör seçim usulü değiştirilmiş, Türkiye Varlık Fonu kurulmuş ve Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı (ÖYP) kapsamında üniversitelere atanan araştırma görevlilerinin özlük ve iş güvencelerini etkileyen düzenlemeler yapılmıştır. Bu dönemde ilan edilen olağanüstü hâl ile ilişkisi olmayan düzenlemelere verilebilecek en absürt örnek 687 sayılı Kararname ile yolcu ve eşya taşımada kullanılan araçlar için getirilen kış

Bu tabloyu temelde kuvvetler ayrılığı doktrininde iki ayrı ve bağımsız erk olarak kabul edilmiş yasama ve yürütme erkleri arasındaki iç içeliğe yorumlamak gerekmektedir.^[52] Bu Türkiye’ye özgü bir durum değildir. Özellikle tek partinin hükümeti kurabilecek çoğunluğa ulaştığı durumlarda bu iki erk arasındaki tüm sınırlar belirsizleşmektedir. Nihayetinde olağanüstü hâl kararnameleleri de hükümet tasarrufudur. Bu kararnameleleri onaylayacak yasama organında da hükümeti kuran parti veya partiler çoğunluğu oluşturmaktadır. Türkiye’deki parti disiplinini de düşündüğümüzde hükümetin arkasında olduğu bir düzenlemenin Mecliste reddedilmesi çok muhtemel görünmemektedir.

Görüldüğü gibi Türkiye’de olağanüstü hâl dönemlerinde meclis tarafından yapılması gereken siyasal denetim yukarıda özetlenen nedenlerle çoğu zaman gerçekleştirilememektedir. Modern kuvvetler ayrılığı doktrini temelde Locke ve Montesquieu’nun çalışmalarına dayandırılmakla beraber zaman içerisinde farklı bir boyut kazanmıştır. Locke’un kuvvetler ayrılığı teorisinde siyasi iktidar yasama, yürütme ve konfederatif kuvvetler olmak üzere üç ayrı erke bölünmüştür. Bu bölünmede üstünlük yasama erkindedir. Yürütme erki ise yasama erkinin çıkardığı yasaları uygulamakla görevlidir. Yargı erki ayrı bir erk olarak kabul edilmemiş ve yürütme erki içinde düşünülmüştür.^[53] Montesquieu’nun kuvvetler ayrılığı teorisinde de siyasi iktidar üç erke bölünmüştür. Bu erkler yasama, yürütme ve yargı erkleridir.^[54] Montesquieu, yargıyı her ne kadar bir erk olarak kabul etse de yargı erkine verdiği anlam günümüzde verilen anlamdan çok farklıdır. Montesquieu, yargıçları

lastiği takma zorunluluğudur. Yine bu dönemde sert çekirdek haklar olarak bilinen ve olağanüstü hâlde bile sınırlandırılmayan haklarla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıntılar için *bkz.* Kemal Gözler, “15 Temmuz Kararnameleri- Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme,” erişim 8 Temmuz 2022, <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>., 10-6; Metin Günay, “OHÂL, İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum,” *Ankara Barosu Dergisi* 76, no. 1 (2017), 31-2.

[52] Gözler, “Olağanüstü Hâl,” 585.

[53] John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı, 2. baskı (Ankara: Ebabel, 2012), 95-97.

[54] Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. Şevki Özbilen, (Ankara: Seçkin, 2014), 174-175.

“*kanunun lafzını tekrarlayan ağızlar*” olarak nitelendirmekte ve şu ifadeyi kullanmaktadır: “*Sözünü ettiğimiz bu üç yetkiden, yargılama yetkisi aşağı yukarı bir hiç sayılır. Şu halde temelli olarak iki yetki kalıyor demektir.*”^[55] Görüldüğü gibi modern kuvvetler ayrılığının teorisyenleri olarak kabul edilen Locke ve Montesquieu yargıyı gerçek anlamda bir erk olarak kabul etmemiş ve temel ayrılığın yasama ve yürütme erkleri arasında olduğunu vurgulamışlardır. Ancak modernitenin ilerleyen aşamalarında, özellikle hukuk devleti doktrininin ortaya çıkmasıyla, yargı erkinin siyasi iktidarın sınırlandırılmasındaki anlam ve önemi artmıştır. Yargı erkinin öneminin artmasındaki diğer bir önemli neden ise yasama ve yürütme organlarının fiilen birleşme eğilimi göstermeleridir. Siyasi iktidarı elinde bulunduran parti ya da partilerin meclis çoğunluğunu ellerinde bulundurdukları durumlarda yürütme erki ve yasama erki iç içe geçmekte ve yasama erkinin yürütme erki üzerindeki potansiyel denetim yetkisi işlevsiz bir hale gelmektedir.^[56] Böyle bir tabloda yürütmeyi dengeleyecek ve frenleyecek tek potansiyel güç yargı erki olarak belirir. Bu nedenle günümüzde modern kuvvetler ayrılığındaki asıl ayrımın, yasama erkinin yürütme erki ile birleşme eğilimi gösterdiği ölçüde, yürütme ve yargı erkleri arasındaki ayrılığa denk geldiği söylenebilir.^[57] Siyasal iktidarın sınırlandırılması noktasında yargısal denetim hayati bir role

[55] Montesquieu, *Kanunların Ruhunu Üzerine*, 178.

[56] Mustafa Kutlu, *Kuvvetler Ayrılığı-Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devleti'nin Kökenleri*, (Ankara: Seçkin, 2001), 154; Murat Yanık, *Yargının Yönetimi ve Denetimi*, (İstanbul: DR, 2014), 110; Nevin Ünal Özkorkut, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 1 (2008), 227.

[57] Hasan Dursun, *Nasıl Bir Yargı Reformu*, (Ankara: Adalet, 2009), 15; Turhan, yasama ve yürütme erkleri arasındaki ayrımın belirsizleşmesini siyasal partilerin disiplinine bağlamaktadır. Bu nedenle parlamenter sistemlerde gerçek ayrılığın yürütme erki ile yargı erki ve muhalefet partileri arasında ortaya çıktığı söylenebilir. Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet*, 2. baskı (Ankara, Naturel, 2013), 89; Literatürde farklı görüşler de vardır. Örneğin Teziç, erkler arasındaki ilişkilerden söz ederken yasama ve yürütme erklerinin esas alındığını belirtmektedir. Kuvvetler ayrılığı siyasi bir ilkedir ve bu ilkenin ancak siyasi fonksiyonlarda bir uygulaması olabilir. Yargı erki ise niteliği itibarıyla siyasi değil, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri temelinde hukuki bir faaliyet yürütmektedir. Bu nedenle bir ülkede siyasi rejim ya da hükümet şeklinin niteliğini belirleyen şey daima yasama ve yürütme erkleri arasındaki ilişkidir. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 23. baskı (İstanbul: Beta, 2019), 489.

sahiptir. Bu denetime duyulan ihtiyaç yürütmenin yetkilerinin genişlediği ve temel hak ve özgürlüklerin yoğun bir tehdit altında olduğu olağanüstü hâl dönemlerinde daha acil bir ihtiyaç hâline gelmektedir.

2- Yargısal Denetim

Olağanüstü hâl rejiminin yargısal denetimini iki başlık hâlinde ele almak mümkündür. Bunlardan birincisi olağanüstü hâl ilanı işleminin denetimi iken diğeri bu dönemlerde cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararnamelerin denetimidir. Olağanüstü hâl ilanı işleminin denetlenmesi de cumhurbaşkanının olağanüstü hâl ilanı kararının denetimi ve Meclis'in onay işleminin denetlenmesi olmak üzere ikiye ayrılır.

a) Olağanüstü Hâl İlanının Yargısal Denetimi

Cumhurbaşkanı tarafından ilan edilen olağanüstü hâl nitelik olarak idari bir işlemin özelliklerini taşımaktadır. Bu nedenle bu karar Meclis onayına kadar geçen süre içerisinde idari bir işlemin tabi olduğu yargılama rejimi içerisinde düşünülebilir.^[58] Bu yaklaşım bizi olağanüstü hâl ilanı kararının idari yargı tarafından denetlenebilir olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Ancak yürütmenin bu kararının kısa bir süre içerisinde Meclis onayına sunulması bir yasama işlemi hâline geleceği düşünüldüğünde idari yargının bu denetimi yapabileceğini söylemek kolay değildir. Olağanüstü hâl ilanına karşı idari yargıda bir dava açıldığını varsaysak bile Meclisin onayından sonra bu davanın konusuz kalacağı ortadadır.^[59] Bu durumda olağanüstü hâl ilanı kararının idari yargının denetimine tabi olduğunu iddia etmek zordur. Nitekim Danıştay Dava Daireleri Kurulu da (DDDK) bir sıkıyönetim ilanı kararının önüne getirilmesi sonucu vermiş olduğu bir kararda dava konusu kararın niteliği bakımından yasal bir tasarruf olması gerekçesiyle davayı reddetmiştir.^[60]

[58] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 333.

[59] Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 333

[60] DDDK, E.1970/419, K.1970/444, 03.07.1970, *Amme İdaresi Dergisi* 3, no. 3 (1970), 266-68; Danıştay ilgili kararında, Bakanlar Kurulu tarafından alınan sıkıyönetim kararının organik ve şekil bakımından idari bir tasarruf olarak görülmesine rağmen nitelik bakımından yasal bir tasarruf olduğunu belirtmiş ve görevsizlik kararı vermiştir.

Meclisin olağanüstü hâl ilanı kararını onaylaması işleminin yargısal denetimine gelinecek olursa öncelikle bu onay işleminin niteliğini ortaya koymak gerekmektedir. Burada Meclis İç Tüzüğü’nün 126. maddesi ile karşılaşılacaktır. Bu maddeye göre Meclis olağanüstü hâl ilanı kararını bir parlamento kararıyla onaylamaktadır. Benzer şekilde olağanüstü hâlin uzatılması ve kaldırılması kararları da parlamento kararı şeklinde alınmaktadır. İstisnai birtakım kararlar dışında kural olarak parlamento kararları Anayasa Mahkemesi denetimi dışında tutulmuştur. Gerçi Anayasa Mahkemesi iç tüzük değişikliği niteliğinde olan parlamento kararlarının denetiminin yapılabileceğine karar vermiştir. Ancak olağanüstü hâlin ilanı ve uzatılması kararları iç tüzük hükmü niteliğinde değerlendirilemeyeceğinden^[61] bu kararların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi mümkün görünmemektedir.^[62]

Yukarıdaki açıklamalar ışığında ne cumhurbaşkanının olağanüstü hâl ilanı kararının ne de bu kararı onaylayarak yasama işlemi niteliği kazandıran parlamento kararının yargısal denetime tabi olduğu söylenebilir.^[63] Bu kararların denetim dışında tutulması tartışılabilir. Ama olağanüstü dönemlerdeki esas sorun olağanüstü hâlin ilanı ve onaylanmasından çok bu dönemde yürütme erkinin sahip olduğu düzenleme yetkisidir. Özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında anayasal güvencelere aykırı

[61] Anayasa Mahkemesi kararı da bunu teyit etmektedir. AYM, E.1970/44, K.1970/42, 24.09.1970, erişim 10 Aralık 2022, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1970/42?EsasNo=1970%2F44>.

[62] Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 275-276; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 334-335.

[63] Doktrinde olağanüstü hâl ilanının Meclis tarafından onaylanması işleminin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerekip gerekmediğine dair farklı görüşler vardır. Olağanüstü hâl ilanının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerektiğini savunanların temel argümanı olağanüstü hâl ilanının onaylanmasıyla birlikte temel hak ve özgürlüklerin çeşitli müdahalelere maruz kalacağı bu nedenle de bu onay işleminin parlamento kararı niteliğinde olmadığı yönündedir. Örneğin Teziç’e göre Meclisin onay işlem kişi haklarını etkilediğinden kanun ile yapılmalı ve Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmelidir. Özbudun ise bu onay işleminin vatandaşlar için uyulması zorunlu normlar yaratmadığı gerekçesiyle kanun niteliğinde olmadığını bu nedenle de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyeceğini belirtmektedir. Parlamento kararlarının denetimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdal Abdulhakimoğulları, “Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetim Sorunu,” *Yasama Dergisi*, no. 5 (2007), 16-24.

düzenlemeler yapılabilmesi insan hakları açısından telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle olağanüstü hâl dönemlerinde çıkartılan karar-namelerin yargısal denetim dışında olduğunu ileri sürmek hukuk devleti düşüncesinde kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.

b) Olağanüstü Hâl Kararnamelerinin Yargısal Denetimi

1982 Anayasası'nın 148. maddesinin birinci fıkrasına göre cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü hâml döneminde çıkarılan karar-namelerin biçim ve esas açısından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava açılmamaktadır.^[64] Bu maddeyi nasıl yorumlamak gerekmektedir? Diğer yandan Anayasa'nın 15. maddesi olağanüstü hâl döneminde cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan karar-namelerin sınırlarını tayin etmektedir. Bu maddeye göre olağanüstü hâl döneminde dahi sert çekirdek haklar ve uluslararası yükümlülükler aykırı düzenleme yapılamamaktadır. Bunun dışında sert çekirdek haklar dışında kalan temel hak ve özgürlükler de ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve geçici olarak sınırlandırılabilir. Bu durumda Anayasa'nın yürütme organına temel hak ve özgürlüklerin hangi ölçüde sınırlandırılması gerektiği hususunda geniş bir takdir yetkisi verdiği ortadadır. Ancak diğer taraftan da bu takdir yetkisinin sınırları yine Anayasa'da ortaya konulmuştur. Anayasa'daki sınırların olağanüstü hâl karar-namelerine ilişkin

[64] Yüzbaşıoğlu, Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan “*dava açılmaz*” ibaresinin sadece iptal davasına münhasıran kullanıldığını ve bu maddenin olağanüstü hâl karar-namelerinin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesinin ününde bir engel teşkil etmediğini savunmaktadır. Bu görüş doktrinde genel olarak eleştirilmiş ve kabul görmemiştir. Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, (İstanbul: Beta, 1996), 194; Kuşkusuz Meclis onayından geçmiş ve yasalasmış karar-namelerin denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabilir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 393; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 249; Anayasa Mahkemesi de aynı kanaattedir. AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10.01.1991; Ancak Türkiye'de Meclis önüne onay için gelen bu karar-nameleri yasalastırmak için hiç acele etmemektedir. Hâl böyle olunca yürürlüğe giren ancak Meclis onayından geçmeyip yasalasmayan karar-nameler uzun süre Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulamamaktadır. Böylece bu karar-namelerle kabul edilen temel hak ve özgürlüklere aykırı düzenlemeler uzun süre yürürlükte kalıp uygulanabilmektedir. Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 278. Bu nedenle buradaki değerlendirmeler münhasıran henüz Meclis onayından geçmeyip yasalasılmamış ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenip denetlenemeyeceği tartışmalı olan karar-nameler ile ilgilidir.

olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Aksi takdirde Anayasa’nın yürütme organına olağanüstü hâl dönemlerinde sınırsız ve denetlenemez bir yetki verdiğini kabul etmek gerekir ki bu Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirttiği olağanüstü hâlin hukuki bir rejim olduğu ve keyfî bir yönetim usulü olarak anlaşılması gerektiği gerçeğiyle örtüşmemektedir.^[65] Bu noktada Anayasa’nın olağanüstü hâl kararlarının anayasa yargısı tarafından denetlenemeyeceği hükmünü^[66] Anayasa’daki sınırlar içerisinde kalınarak çıkartılmış kararlar için kabul etmek gerekir.^[67] Anayasa’nın lafzî ve ruhu bizi bu değerlendirmeye götürmektedir. Aksi bir değerlendirme olağanüstü hâli sınırlı ve hukuki bir rejim olmaktan çıkartacaktır. Anayasa Mahkemesinin 1991 yılında vermiş olduğu iki karar bu konuda zihin açıcı niteliktedir.^[68]

Anayasa Mahkemesi ilk kararında, olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kararların Anayasa’nın ilgili hükmü gereği şekil ve esas bakımından Anayasa’ya aykırı oldukları iddiasıyla dava edilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin önüne gelen yasama ya da yürütme işlemlerinin nitelemesini yapmak zorunda olduğu da anılan kararda ifade edilmiştir. Kararda Anayasa Mahkemesinin denetlenmesi istenilen metne verilen adla kendisini bağlı göremeyeceği, olağanüstü hâl kararname adı altında çıkarılan düzenlemelerin Anayasa’nın öngördüğü sınırlar içinde çıkartılan ve denetime tabi tutulmayan gerçek olağanüstü hâl kararları niteliğinde

[65] Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku I*, 104; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 264.

[66] Anayasa’nın en çok eleştirilen maddelerinden biri olan bu madde, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa Tasarısı’nın ilk metninde yer almamış ve metne Danışma Meclisi Genel Kurulu tarafından eklenmiştir. Öden, bugüne kadar Anayasa’da temel hak ve özgürlükler lehine birçok değişiklik yapılmasına rağmen, bu maddenin değiştirilmemesinde, Anayasa Mahkemesi’nin 1991 yılında oluşturduğu içtihatla olağanüstü hâl kararlarına karşı yargı denetiminin yolunu açmasının önemli rolü olduğu kanaatindedir. Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hâl ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 3 (2009), 661.

[67] Mehmet Turhan, “Olağanüstü Hâllerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnemeler,” *Amme İdaresi Dergisi* 25, no. 3 (1992), 34.

[68] Anayasa Mahkemesinin ilgili kararları için *bkz.* AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10.01.1991; AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03.07.1991.

olup olmadığına incelenmesi gerektiği ve bu nitelikte görülmeyen düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılabileceği kayıt altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi sadece olağanüstü hâl kararname niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulamayacağını hüküm altına almıştır.^[69] Mahkeme bu mülahazalar ışığında davaya konu düzenleyici işlemin olağan dönem kararname niteliğinde olduğu kanaatine ulaşmış ve yetki yasasına dayanmadığı için de iptal edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı yıl vermiş olduğu diğer kararında da olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kararnamelerin sahip olması gerektiği nitelikleri saymıştır. Olağanüstü hâl kararnameleri ile ancak olağanüstü hâl ilan edilen yerlerde, olağanüstü hâl süresince geçerli olmak üzere ve yine olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda düzenleme yapılabileceğinin belirtildiği kararda aksi düzenlemelerin olağanüstü hâl kararnamesi niteliğini haiz olamayacağı ifade edilmiştir.^[70]

Her iki kararda da görüldüğü gibi yüksek Mahkeme Anayasa'nın 148. maddesindeki denetim yasağını Anayasa'nın 15. maddesindeki sınırlamalar ışığında değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre bu sınırlar olağanüstü hâl kararnamesine içkindir ve bu sınırlar gözetilmeden çıkarılan düzenlemeler nitelik olarak bir olağanüstü hâl kararnamesi değil, olağan kararname olarak kabul edilmelidir. Burada da olağan dönem kararnameleri için öngörülen sınırlamalar gündeme gelmektedir. Anayasa Mahkemesi bu içtihadı ile birlikte olağanüstü hâl kararnamelerinin Meclis onayı öncesinde uzun bir süre denetim dışında kalmasının önüne geçmiştir. Böylece olağanüstü hâl döneminde çıkartılan ve temel hak ve özgürlükleri ölçsüz bir şekilde

[69] AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10.01.1991.

[70] AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03.07.1991; Anayasa Mahkemesi, 2003 yılında önüne gelen bir olağanüstü hâl kararnamesinin Anayasa'ya uygunluğunu incelerken de bu içtihadını tekrar etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "...Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerine göre çıkarılan KHK'ların Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanı dışında kalabilmesi için yalnız isimlerinin farklı olması ve düzenlenmelerinin değişik usul ve esaslara bağlı tutulması yetmez, içeriklerinin de olağanüstü hâl ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda sınırlı tutulması gerekir. Bu nedenle içeriğine bakılmaksızın sadece olağanüstü hâl veya sıkıyönetimin devamı süresince özel bir usul uygulanarak çıkarıldığı ve buna bağlı olarak isimlendirildiği için bir KHK'nın bu tür düzenleyici işlem olduğu kabul edilemez." AYM, E.2003/28, K.2003/42, 25.05.2003.

sınırlandıran veya yok eden düzenlemelerin iptali de olanaklı hâle gelmiştir. Hukuk devleti ilkesi de bunu gerektirmektedir.^[71] Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hâl kararlarının yargısal denetiminin önünü açan bu içtihadı doktrinde büyük çoğunlukla olumlu karşılanmıştır.^[72]

Anayasa Mahkemesi 2016 yılında önüne gelen ve bazı olağanüstü hâl kararlarının iptalinin istendiği davalarda ise yukarıda bahsedilen ve oturmuş içtihadından vazgeçmiş ve yaptığı lâfzî yorumla olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kararların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyeceğine karar vermiştir.^[73] Anayasa Mahkemesi her iki kararında öncelikle şu tespitte bulunmuştur:

[71] Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 285; Öden, “Anayasa Mahkemesi,” 688.

[72] Teziç, *Anayasa Hukuku*, 43 vd.; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 336 vd.; Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 2278 vd.; Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bu kararını eleştiren yazarlar da vardır. Örneğin Gözler, olağanüstü hâl kararlarının yargısal denetiminin yararlı olduğunu düşünmesine rağmen bu denetim yetkisinin Anayasa’da açık bir şekilde belirtilmesi gerektiğini ifade eder. Anayasa Mahkeme’ye böyle açık bir denetim yetkisi vermek şöyle dursun açık ifadelerle olağanüstü hâl kararlarının Mahkeme’nin yargısal denetimi dışında tutmuştur. Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, (Bursa: Ekin, 2000), 219-230; Anayasa Mahkemesi’nin olağanüstü hâl kararlarının yargısal denetiminin önünü kapatan içtihat değişikliği ile ilgili doktrindeki tartışmaların genel bir özeti için ayrıca *bkz.* Seniha Begüm Şentop, “Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetim Meselesi,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2022): 102-3.

[73] İlgili kararlar için *bkz.* AYM, E.2016/171, K.2016/164, 02.11.2016, erişim 10 Aralık 2022, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/164>; AYM, E. 2016/172, K.2016/165, 02.11.2016, erişim 10 Aralık 2022, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/165> ; Burada hemen belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi’nin kararı olağanüstü dönemde çıkarılan düzenleyici işlemler için geçerlidir. Bu düzenleyici işlemlerin somut uygulamalarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne götürülmesinin önünde bir engel yoktur. Anayasa Mahkemesi 2017 yılında bireysel başvuru yoluyla önüne gelen davada bu konuda bir ilke kararına imza atmıştır. AYM, Bireysel Başvuru No: 2016/22196, 20.06.2017, erişim 10 Aralık 2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22196>; Sağlam’a göre Mahkeme olağanüstü dönemde çıkarılan düzenleyici işlemlerden esirgediği denetimi bireysel işlemlerde kabul ederek bir nevi günah

“...demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa’da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın sonuçta hukuki bir rejimdir.”

Yine her iki kararda yer alan şu tespit de önemlidir:

“...olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkündür. Ancak 15. madde, bu konuda sınırsız bir yetki tanımamakta, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına üç ölçüt getirmektedir. Buna göre sınırlandırma; milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamalı, durumun gerektirdiği ölçüde olmalı ve 15. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hak ve özgürlüklere dokunmamalıdır.”

Buraya kadar bir problem yoktur. Anayasa Mahkemesi daha önce vermiş olduğu ve olağanüstü hâl kararlarına anayasal uygunluk denetimini açan kararlarında da bu hususlara temas etmiştir.^[74] Ancak Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında bu tespitleri olağanüstü hâl düzenlemelerinin önündeki yargısal denetim engelini kaldırmak için birer referans olarak kullanmışken bu sefer aynı tespitler ışığında farklı bir sonuca ulaşmıştır. Mahkeme olağanüstü hâl rejiminin hukuki bir rejim olduğunu ve bu dönemde yürütme organının ancak Anayasa’daki sınırlandırmalar çerçevesinde düzenleme yapabileceğini hatırlattıktan sonra şu sonuçlara ulaşmıştır:

“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Kanun hükmündeki düzenlemeler, yargı denetimine konu yapılabildikleri ölçüde temel hak ve özgürlükler etkili şekilde korunmuş ve güvence altına alınmış olur. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlere göre daha fazla sınırlandırıldığı olağanüstü dönem KHK’larının da bir

çıkartmaktadır. Fazıl Sağlam, “Devlet Güçlerinin OHÂL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no. 13 (2018), 74.

[74] AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10.01.1991; AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03.07.1991.

hukuk devletinde Anayasa’ya uygunluk denetimine açık olması gerektiği söylenebilir. Ancak bu durum, yargısal denetime istisna getiren anayasal hükümlerin varlığını ve uygulanmasını etkilemez...”

“Anayasa koyucunun olağan dönem KHK’larının denetiminin yasama organı tarafından yapılmasını istediği açıktır”

“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa’nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK’larının şekil ve esas bakımından Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında Anayasa’nın, anılan düzenlemelerin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu yapılması bakımından Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımadığı açıktır.”

“Olağanüstü hâl KHK’larının Anayasa’ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir.”

Anayasa Mahkemesi içtihat değişikliğinin gerekçesini açıklarken ise önceki içtihatlarını eleştirerek şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“...Bu yaklaşım, Anayasa’nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. Zira olağanüstü hâl KHK’larının yargısal denetimi mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi, aynı incelemeyi yapacak ve kuralı Anayasa’nın 125. maddesine aykırı bularak iptal edecekti. Bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK’sı niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmak mümkündür.”^[75]

Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen iki kararında da olağanüstü hâl kararlarının neden yargısal denetiminin yapılması gerektiği konusunda söylenmesi gereken hemen tüm şeyleri söylemiştir. Hukuk devletine, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması gereğine ve ancak bu şekilde temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabileceğine değinen Mahkeme, Anayasa’daki olağanüstü hâl kararlarının anayasaya uygunluk denetiminin yapılamayacağını düzenleyen 148. maddesini dar

[75] Türk’e göre Anayasa Mahkemesi’nin önceki içtihatlarını eleştirirken kullandığı argümanlar, tarihsel yorum yöntemiyle, Anayasa’nın 148. Maddesinde ifadesini bulan yargısal denetim yasağına dayanak oluşturma çabasını göstermektedir. Ender Türk, “Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri Üzerine Verdiği Son Kararlar Üzerine Bazı Gözlemler,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 5, no. 10 (2016), 561.

bir şekilde yorumlayarak, olağanüstü hâl kararlarının hiçbir şekilde anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulamayacağına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararını gerekçelendirmekte zorlandığı ortadadır. Mahkeme kararında Anayasa'nın lafzının açık olduğunu belirtmiş ve bu açık hükmün farklı bir değerlendirme yapma olanağı tanımadığını ifade etmiştir.^[76] Ancak Mahkeme'nin olağanüstü hâl kararlarını yargı denetimine açtığı içtihadını oluşturduğu dönemde de aynı maddenin Anayasa'da mevcut bulunduğunu unutmamak gerekir. Buradan da anlaşılacağı üzere sorun bir yorum meselesidir ve Mahkeme olağanüstü hâl kararlarının yargısal denetiminin yolunu açan yorumundan vazgeçmiştir.

Anayasa'nın sözüyle ve ruhuyla bir bütün olduğunu unutup sadece sözüne bakıldığında bile buradan olağanüstü hâl kararlarının hiçbir şekilde anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulamayacağı anlamını çıkartmak güçtür. Anayasa açık bir şekilde olağanüstü hâl kararlarının taşıması gereken nitelikleri saymıştır. Bu nitelikleri taşıyan bir olağanüstü hâl kararının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ne kadar Anayasa'ya aykırıysa bu nitelikleri taşımayan ve temel hak ve özgürlükleri ölçsüz bir şekilde sınırlandıran bir olağanüstü hâl kararının yürürlükte kalması da o kadar Anayasa'ya aykırıdır. Yürütme organı tarafından çıkarılan bir olağanüstü hâl kararının Anayasa'da çerçevesi çizilen sınırlar içinde çıkarılıp çıkarılmadığının ancak bir denetim sonucu ortaya çıkarılabilir olduğu izahtan varestedir.^[77] Bunu yapacak organ ise Anayasa Mahkemesidir. Ancak Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu son kararlar yürütme organına adeta keyfi bir düzenleme alanı yaratmıştır.^[78] Bu içtihat aynı zamanda

[76] Can ve Aktaş'a göre Anayasa Mahkemesi yeni içtihadıyla Anayasa'nın 148. maddesinin lâfzî ve tarihsel yorumunu esas almış ve katı pozitivist bir yaklaşımla önceki içtihadından sapmıştır. Osman Can ve Duygu Şimşek Aktaş, "Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararların Yargısal Denetimi Üzerine," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 1 (2017), 30.

[77] Sağlam'a göre Anayasa'nın 148/1 maddesinde belirtilen denetim yasağı Mahkeme'nin kanun hükmünde kararname üzerinde sahip olduğu genel denetim yetkisine getirilen bir istisnadır. Bu nedenle denetim yasağını öngören ilgili düzenlemenin Anayasa'nın diğer bağlayıcı kuralarıyla birlikte değerlendirilip dar yorumlanması gerekmektedir. Sağlam, "Devlet Güçlerinin," 72.

[78] Şirin, Anayasa Mahkemesi'nin denetimden kaçındığı bu içtihadıyla, olağanüstü hâl kararlarını adeta kanunların ve Anayasa'nın üzerinde konumlandığını

yürütme organı üzerinde var olan anayasal denetimin caydırıcı etkisini azaltacak ve olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlükler aleyhine yapılacak düzenlemeler konusunda yürütme organını cesaretlendirecektir.^[79] Bu düzenlemelerin Meclis onayından geçtikten sonra Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğu ve endişelenecek bir durum olmadığı itirazı ileri sürülebilir. Kuşkusuz kâğıt üzerinde Meclis’in önemli bir denetim yetkisi vardır. Bununla birlikte Türkiye’de olağanüstü hâl dönemlerinde çıkarılan hiçbir kararname, Meclis İç Tüzüğü’nde bunların öncelik ve ivedilikle 30 günlük süre içerisinde görüşülüp karara bağlanması gerektiği belirtilmesine rağmen bu süre içerisinde Meclis’e getirilmemiştir. Daha da önemlisi bazı kararname uzun yıllar Meclis tarafından görüşülmeden ve yasalaşmadan Anayasa ve kanunlara aykırı bir şekilde yürürlükte kalmıştır.^[80] Türkiye’deki hukuki pratik göz ününe alındığında Meclis’in olağanüstü hâl kararnamelelerini etkili bir şekilde denetlediğini söylemek mümkün değildir.^[81] 2017 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan olağanüstü hâl kararnamelelerinin 3 ay içinde Meclis’te görüşülüp karara bağlanması gerektiği aksi takdirde bu kararnamelelerin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hükmü getirilmiştir (m.119/7). Bu düzenleme önceki düzenlemeye nazaran kuşkusuz olumlu bir gelişmedir. Anayasa değişikliğinden önceki dönemde olağanüstü hâl kararnamelelerinin uzun süre Meclis’e sunulmamasının sonuçları hakkında bir belirsizlik vardı.^[82] Yeni düzen-

ve bu kararnamelelerin bir tür “*anayasa hükmünde kararname*” niteliği taşıdığını belirtmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin içtihat değişikliğinden sonra olağanüstü hâl kararnameleleri ile bir anayasa ya da daha önemlisi bir rejim değişikliği yapılmasının önünde bir engel olup olmadığı sorusu da sorulmalıdır. Tolga Şirin, “*Anayasa Hükmünde Kararnameleler,*” erişim 6 Temmuz 2022, https://www.academia.edu/29209473/Anayasa_H%C3%BCkm%C3%BCnde_Kararname_docx.

- [79] Olağanüstü hâl kararnamelelerinin denetimsiz kalmasının yaratacağı genel sorunlar için bkz. Can ve Aktaş, “Olağanüstü Hâl,” 36.
- [80] 2013 yılında yapılan bir respite göre o tarihe kadar yayımlanan 557 kararnamenin 247’si Meclis onayından geçmemesine rağmen yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Türk, “Anayasa Mahkemesinin,” 566.
- [81] Türk, “Anayasa Mahkemesinin,” 565-66; Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 278.
- [82] 2017 tarihli Anayasa değişikliğinden önce 30 gün içerisinde Meclis’e sunulmayan olağanüstü hâl kararnamelelerinin ne olacağıyla ilgili doktrinde farklı görüşler

lemeyle birlikte bu belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Bununla birlikte bu düzenleme olağanüstü dönemlerdeki yargısal denetim sorununu çözmekten uzaktır. Öncelikle olağanüstü hâl kararlarının Meclis'in önüne gelmesi için belirlenen 3 aylık süre uzun bir süredir. Meclis onayından sonra bu kararların Anayasa Mahkemesinde karara bağlanması için geçecek süre de hesaba katılırsa bu sürenin çok daha uzun süreceği ortadadır. Olağanüstü hâl koşullarında yürütme organının düzenlemelerinin bu kadar uzun bir süre denetimsiz kalması özellikle temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda telafisi güç zararlar ortaya çıkarabilir. Hukuk devletinde ya da hukuk devleti olduğu iddiasında olan bir ülkede yargı denetiminden muaf böyle bir dönemin varlığını kabul edilemez.^[83] Burada Anayasa Mahkemesinin denetim yasağını aşan içtihadının önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Olağanüstü hâl kararlarının ve genel olarak yürütme organının tüm tasarruflarının yargısal denetimi önünde daha büyük bir problem vardır. Bu problem yargısal denetimin öngörülmemesinden değil, etkili ve sonuç alıcı bir yargısal denetimin yapılabilme imkânlarının kısıtlanmasından ya da ortadan kaldırılmasından kaynaklanmaktadır. Biçimsel olarak var olan bir denetimin varlığı tek başına onu etkili hâle getirmekten uzaktır. Etkili bir denetimin varlığı ise en başta bağımsız ve tarafsız yargıdan geçer. Türkiye'de 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile parlamenter sistemden cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Yürütmenin tek elde toplandığı bu sistemde cumhurbaşkanı yasama ve yargı organları üzerinde çok önemli

vardı. Bir görüşe göre öngörülen 30 günlük süre içerisinde Meclis'e sunulmayan kararların kendiliğinden yürürlükten kalkması gerekirdi. Diğer bir görüşe göre ise bu kararlar Meclis'e sunulmadığı sürece hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam ederlerdi. Ayrıntılar için *bkz.* Taylan Barın, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Durdurulması ve Sınırlandırılması Arasında: Kanunlaşan OHÂL KHK'larının Yargısal Denetimi," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 75, no. 2 (2020), 563.

[83] Akartürk, Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihat değişikliğiyle olağanüstü hâl kararlarının süre, yer ve konu unsurları üzerinde var olan sınırlı denetimi de ortadan kaldırdığını ve olağanüstü hâl kararlarını mutlak denetimsiz bir alana yerleştirdiğini ifade etmektedir. Ekrem Ali Akartürk, "Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: OHÂL KHK'lerinin Hukukla İmtihani," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2016), 209.

yetkilere kavuşmuştur.^[84] Her şeyden önce cumhurbaşkanının Meclise karşı siyasal sorumluluğu bulunmamaktadır. Sadece cumhurbaşkanının değil, cumhurbaşkanının atadığı cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların da böyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bilindiği gibi parlamenter sistemde başbakan ve bakanların Meclise karşı siyasal sorumlulukları vardı. Başbakan ve bakanların göreve başlamaları için Meclisten güvenoyu almaları gerekiyordu. Ayrıca Meclis gensoru kurumu aracılığıyla bakanları denetleyebiliyordu. Diğer bir önemli değişiklik de cumhurbaşkanının, cumhurbaşkanı seçildikten sonra, partisiyle ilişkisini kesmek zorunda olmaması ve parti genel başkanlığına devam edebilmesidir. Bu cumhurbaşkanına Meclis üzerinde önemli bir güç tevdi etmektedir. Bu değişiklikler Türkiye’de zaten can çekişmekte olan kuvvetler ayrılığına ağır bir darbe vurmuştur. Böyle bir sistemde yasamanın denetim görevini etkili bir şekilde yerine getirmesi zordur. Kuvvetler ayrılığının büyük yara aldığı bu manzarada sadece yasama organının değil, yargı organlarının da etkili bir denetim yapabilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Sağlam’a göre Anayasa Mahkemesi bu içtihadıyla Anayasa’nın 119. maddesinin 5. fıkrasında^[85] düzenlenen ve olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağına veya geçici olarak durdurulacağına kanun ile düzenlenmesi gerektiği yönündeki güvenceyi de (*yasa kaydı güvencesi*) önemli ölçüde etkisiz kılmıştır. Anayasa’nın bu hükmünden anlaşılması gereken olağanüstü dönemlerde bu konularda münhasıran kanun ile düzenleme yapılması gerektiğidir. Anayasa Mahkemesinin olağanüstü dönem kararlarının yargısal denetiminin önünü açan önceki içtihadı bu kararlarla yasalarda değişiklik yapılmasının da önüne geçiyordu. Anayasa Mahkemesinin yeni içtihadıyla Meclis bir ölçüde saf dışı bırakılmış ve olağanüstü dönem kararlarıyla yasalarda değişiklik yapılmasının

[84] 2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilen yeni sistemde cumhurbaşkanının yasama ve yargı organları üzerindeki artan etkisinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Sağlam, “Devlet Güçlerinin,” 30-55; Sevtap Yokuş, “Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri,” *Anayasa Hukuku Dergisi* 6, no. 12 (2017), 676-82.

[85] İlgili fıkra şu şekildedir: “*Olağanüstü hâllerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.*”

önündeki engel kaldırılmıştır.^[86] Anayasa Mahkemesinin yeni içtihadı 2017 Anayasa değişiklikleri ile ülkede cari olan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte düşünüldüğünde olağanüstü hâl dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin yürütme organının insafına bırakıldığı söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin bu yeni içtihadını hukuk devleti anlayışı ve bu anlayışa mündemiç olan kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından sindirmek mümkün görünmemektedir. Bu durumda, yargısal denetim yasağı sorununu kökünden çözmek adına, yapılması gereken ilk şey Anayasa'nın olağanüstü hâl kararnamelelerine karşı yargı denetimini kapatan hükmünü (AY m.148) değiştirmek ve bu tartışmalara bir son vermektir.^[87] Eğer Anayasa'nın olağanüstü hâl kararnamelelerinin yargısal denetimini yasaklayan ilgili maddesi varlığını koruyacaksa en azından bu kararnamelelerin Meclis önüne gelmesi için gereken 3 aylık azami süre çok daha makul bir süreye çekilmeli ve temel hak ve özgürlükler açısından telafisi güç zararlar ortaya çıkmadan yargısal denetimin önü açılmalıdır. Aksi takdirde olağanüstü hâli modern öncesi olağanüstü hâl yönetim usulleri olan ve olağan hukuk sisteminin belirli ve geçici bir süre neredeyse tamamen devre dışı kaldığı “*seçilmiş tiranlık*”, “*diktatörlük*” ve “*zaruret hâli*”nden ayırt etmek mümkün değildir. Bir hukuk devletinde geçici bir süre bile olsa yargısal denetimin olmadığı ve fiilen keyfi bir yönetimin hüküm sürdüğü bir dönem düşünülemez.

[86] Sağlam, “Devlet Güçlerinin,” 44-5.

[87] Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*, 286; Öden, “Anayasa Mahkemesi,” 689.

SONUÇ

Çalışmada ısrarla vurgulandığı gibi olağanüstü hâl yönetim usulleri kesinlikle hukuk dışı, keyfi ve sınırsız yönetim usulleri olarak kabul edilmemektedir. Bu yönetim usullerinin genel sonuçları olan yürütmenin yetkilerinin genişlemesinin ve temel hak ve özgürlüklerin daha geniş bir sınırlandırma rejimine tabi tutulmasının amacı da tehdit ve tehlike altında olan kamu düzenini yeniden tesis etmektir. Ancak yürütmenin bu dönemlerde sahip olduğu geniş yetkiler olağanüstü hâli temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesinin bir aparatı hâline dönüştürebilir. Özellikle demokrasi standartları düşük devletlerde bu tehdit çok daha güçlü bir şekilde hissedilmektedir. Bu nedenle olağanüstü hâl rejimlerini etkili bir denetime tabi tutmak temel hak ve özgürlükler açısından hayati bir öneme sahiptir. Bu denetim siyasal ve yargısal olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilir. Siyasal denetimin sınırları düşünüldüğünde ise yargısal denetimin temel hak ve özgürlükleri koruma noktasındaki vazgeçilmezliği ortadadır.

Türkiye’de de olağanüstü hâl hukuk içinde bir yönetim usulü olarak belirlenmiş ve bu yönetim usullerinin sınırları Anayasa’da kayıt altına alınmıştır. Yine Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de benzer kayıtları görmek mümkündür. Ancak Anayasa’nın 148. maddesindeki olağanüstü hâl kararnamelelerinin Anayasa’ya uygunluk denetiminin yapılamayacağına dair hüküm olağanüstü hâl rejimlerinin sınırlarını anlamsız hâle getirecek şekilde yorumlanmaya açıktır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi 1990’lı yıllarda geliştirmiş olduğu içtihatla bu yargısal denetim yasağını aştıysa da 2016 yılında içtihat değişikliğine giderek olağanüstü hâl kararnamelelerinin hiçbir şekilde kendisi tarafından denetlenemeyeceğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı olağanüstü hâli fiili olarak keyfi bir yönetime dönüştürdüğü gibi temel hak ve özgürlükleri olağanüstü hâl dönemlerinde korunmasız ve güvencesiz bırakmıştır. Bu durumu ne Anayasa’da ifadesini bulan hukuk devleti ilkesiyle ne de günümüz demokrasi ve insan hakları standartlarıyla açıklamak mümkündür. Nitekim AİHM de kendisine yapılan bireysel başvurularda olağanüstü hâl düzenlemelerine dayanılarak yapılan eylem ve işlemleri denetlemekte ve ihlal kararları vermektedir.

Sonuç olarak olağanüstü hâl rejimi sınırlı, geçici ve hukuki bir rejim olarak kabul ediliyor ise bu ancak olağanüstü hâl düzenlemelerinin yargısal denetiminin yapılmasıyla mümkün hâle gelebilir. Anayasa Mahkemesinin

son kararından sonra ise, en azından şimdilik, Türkiye’de olağanüstü hâl rejiminin tam olarak hukuk içinde bir rejim olduğunu ileri sürmek güçtür.

KAYNAKÇA

Abdulahkimoğulları, Erdal. “Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetim Sorunu.” *Yasama Dergisi*, no. 5 (2007).

Agamben, Giorgio. *Olağanüstü Hâl*. Çeviren Kemal Atakay. İstanbul: Ayrıntı, 2018.

Akal, Cemal Bali. *Hukuk Nedir*. Ankara: Dost Kitabevi, 2017.

Akartürk, Ekrem Ali. “Sınırlı Denetimden Mutlak Denetimsizliğe: OHÂL KHK’lerinin Hukukla İmtihanı.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (2016).

Aybay, Rona. *İnsan Hakları Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2015.

Barın, Taylan. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Durdurulması ve Sınırlandırılması Arasında: Kanunlaşan OHÂL KHK’lerinin Yargısal Denetimi.” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 75, no. 2 (2020).

Benjamin, Walter. “Şiddetin Eleştirisi Üzerine.” içinde *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*. Çeviren Ece G. Çelebi. Derleyen Aykut Çelebi. İstanbul: Metis, 2010.

Büyüktavşan, Muhammed Taha. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin Sözleşme’den Kaynaklanan Yükümlülüklerinin Azaltılması (Derogasyon).” Doktora Tezi, *Hacettepe Üniversitesi*, 2023.

Can, Osman ve Aktaş, Duygu Şimşek. “Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Üzerine.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no. 1 (2017).

Doehring, Karl. *Genel Devlet Kuramı*. Çeviren Ahmet Mumcu. İstanbul: İnkılâp, 2014.

Dursun, Hasan. *Nasıl Bir Yargı Reformu*. Ankara: Adalet, 2009.

- Erdoğan, Mustafa. *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*. İstanbul: Kesit, 2013.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Güncellenmiş 2. Baskı. Ankara: Seçkin, 2020.
- Esen, Selin. *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi*. İstanbul: Adalet, 2008.
- Gözler, Kemal. *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*. Bursa: Ekin, 2000.
- Gözler, Kemal. “15 Temmuz Kararnameleri- Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejiminin İfşadı Hakkında Bir İnceleme.” erişim 8 Temmuz 2022. <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. 25. Baskı. Bursa: Ekin, 2020.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*. 13. Baskı. Bursa: Ekin, 2020.
- Gözler, Kemal. “Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (1990).
- Gözübüyük, Şeref. *Anayasa Hukuku*. 18. Baskı. Ankara: Turhan, 2011.
- Günday, Metin. “OHÂL, İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum.” *Ankara Barosu Dergisi* 76, no. 1, (2017).
- Kaboğlu, İbrahim. *Özgürlükler Hukuku I*. 7. Baskı. Ankara: İmge, 2013.
- Kafadar, Muhammed Fatih. *Olağanüstü Hâllerde Deregosyan (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin Karşılaştırılması)*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Kapani, Munci. *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1981.
- Kutlu, Mustafa. *Kuvvetler Ayrılığı-Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devleti’nin Kökenleri*. Ankara: Seçkin, 2001.
- Locke, John. *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*. Çeviren Fahri Bakırcı. 2. Baskı. Ankara: Ebabil, 2012.

- Machiavelli, Niccolo. *Söylevler*. Çeviren Alev Tolga. İstanbul: Say, 2009, İstanbul.
- Montesquieu. *Kanunların Ruhu Üzerine*. Çeviren Şevki Özbilen. Ankara: Seçkin, 2014.
- Narter, Recep ve Kaya, Semih Batur. *Olağanüstü Hâl Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim*. Ankara: Yetkin, 2020.
- Öden, Merih. “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hâl ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 58, no. 3 (2009).
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 20. Baskı. Ankara: Yetkin, 2020.
- Paye, Jean Claude. *Hukuk Devletinin Sonu*. Çeviren G. Demet Lüküslü. Ankara: İmge, 2009.
- Pierson. Christopher. *Modern Devlet*. Çeviren Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan. 2. Baskı. Ankara: Chiviyazıları, 2015.
- Poggi, Gianfranco. *Devlet-Doğası, Gelişimi ve Geleceği*. Çeviren Aysun Babacan. 3. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2011.
- Rousseau, Jean Jacques. *Toplum Sözleşmesi*. Çeviren Vedat Günyol. 11. Baskı. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür, 2013.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1982.
- Sağlam, Fazıl. “Devlet Güçlerinin OHÂL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, no. 13 (2018).
- Şentop, Seniha Begüm. “Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetim Meselesi.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2022).
- Şirin, Tolga. “*Anayasa Hükmünde Kararnameler*.” erişim 6 Temmuz 2022. https://www.academia.edu/29209473/Anayasa_H%C3%BCkm%C3%BCnde_Kararname_docx.

- Şirin, Tolga. “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2013).
- Şirin, Tolga. “1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hâl Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 5, no. 10 (2016).
- Schmitt, Carl. *Siyasi İlahiyat*. Çeviren A. Emre Zeybekoğlu. 4. Baskı. Ankara: Dost Kitabevi, 2014.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. 23. Baskı. İstanbul: Beta, 2019.
- Turhan, Mehmet. “Olağanüstü Hâllerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler.” *Amme İdaresi Dergisi* 25, no. 3 (1992).
- Turhan, Mehmet. *Anayasal Devlet*. 2. Baskı. Ankara: Naturel, 2013.
- Türk, Ender. “Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri Üzerine Verdiği Son Kararlar Üzerine Bazı Gözlemler.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 5, no. 10 (2016).
- Uygun, Oktay. *Hukuk Teorileri*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Ünal Özkorkut, Nevin. “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 1 (2008).
- Yanık, Murat. *Yargının Yönetimi ve Denetimi*. İstanbul: DR, 2014.
- Yokuş, Sevtap. “Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 6, no. 12 (2017).
- Yokuş, Sevtap. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türkiye’de Olağanüstü Hâl Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*. İstanbul: Beta, 1996.

Mahkeme Kararları

- AİHM. *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, B. No: 13237/17, 20.03.2018. erişim 12 Aralık 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181862>.
- AİHM. *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18.12.1996. erişim 12 Aralık 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003>.

- AİHM. *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 3455/05, 19.02.2009. erişim 12 Aralık 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>.
- AİHM. *Lawless/İrlanda (no. 3)*, B. No: 332/57, 01.07.1961. erişim 12 Aralık 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>.
- AİHM. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18.01.1978. erişim 12 Aralık 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>.
- AİHM. *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, B. No: 14553/89, 26.05.1993. erişim 12 Aralık 2022. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57819>.
- AYM. Bireysel Başvuru No: 2016/22196, 20.06.2017. erişim 10 Aralık 2022. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/22196>.
- AYM. E.1970/44, K.1970/42, 24.09.1970. erişim 10 Aralık 2022. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1970/42?EsasNo=1970%2F44>.
- AYM. E.1990/25, K.1991/1, 10.01.1991. erişim 10 Aralık 2022. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1991-1-nrm.pdf>.
- AYM. E.1991/6, K.1991/20, 03.07.1991. erişim 10 Aralık 2022. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1991-20-nrm.pdf>.
- AYM. E.2003/28, K.2003/42, 25.05.2003. erişim 10 Aralık 2022. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2003/42>.
- AYM. E.2016/171, K.2016/164, 02.11.2016. erişim 10 Aralık 2022. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/164>.
- AYM. E.2016/172, K.2016/165, 02.11.2016. erişim 10 Aralık 2022. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2016/165>.
- DDDK. E.1970/419, K.1970/444, 03.07.1970. *Amme İdaresi Dergisi* 3, no. 3 (1970).

An Assessment of the Acceptance of Meaningful Human Control as a Norm of International Law in Armed Conflicts Using Artificial Intelligence

Berkant AKKUŞ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
berkantakkus91@gmail.com; berkantakkus@gau.edu.tr. **ORCID:** 0000-0001-6652-2512.

Date of issue: 14th July 2022 **Date of acceptance:** 10th May 2023

Cite: Akkuş, Berkant. “An Assessment of the Acceptance of Meaningful Human Control as a Norm of International Law in Armed Conflicts Using Artificial Intelligence.” *Journal of Ankara Bar Association* 81, no. 3 (July 2023): 49-102. **DOI:** 10.30915/abd.1143722

AN ASSESSMENT OF THE ACCEPTANCE OF MEANINGFUL HUMAN CONTROL AS A NORM OF INTERNATIONAL LAW IN ARMED CONFLICTS USING ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT

One major area of concern in relation to the use of autonomous weapon systems is that it involves humans giving some, if not all, control over a weapon system to a form of computer. This idea relates to the concerns that a computer's ability to autonomously operate weapon systems puts the control of these systems beyond the bounds of the armed forces. This article examines the role that the concept of meaningful human control plays in the ongoing discourse, describes current perspectives of what meaningful human control entails, and reviews its value in the context of the analysis of AWS presented in this article. Within this article, as is the case in the wider debate, the term meaningful human control is used to describe a quality that is perceived to be essential for a given attack to be considered to be compliant with international humanitarian law rules. It does not denote a specific class of weapon systems that permit or require a minimum level of human control; rather, it infers that a weapon that is used in an attack that is legally compliant with international humanitarian law rules would essentially incorporate a meaningful level of human control.

Keywords:

meaningful human control

artificial intelligence

autonomous weapon systems

international humanitarian law

marten's clause

YAPAY ZEKANIN KULLANILDIĞI SİLAHLI ÇATIŞMALARDA ANLAMLI İNSAN KONTROLÜNÜN BİR ULUSLARARASI HUKUK NORMU OLARAK KABULÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

ÖZ

Otonom silah sistemlerinin kullanımıyla ilgili önemli bir endişe alanı, insanların bir silah sistemi üzerindeki kontrolünün tamamını olmasa da bir kısmını bir bilgisayara vermesini içermesidir. Bu fikir, bir bilgisayarın silah sistemlerini otonom bir şekilde çalıştırma yeteneğinin, bu sistemlerin kontrolünü silahlı kuvvetlerin sınırlarının ötesine koyduğu endişeleriyle ilgilidir. Bu makale, anlamlı insan kontrolü kavramının süregelen söylemde oynadığı rolü incelemekte, anlamlı insan kontrolünün neleri gerektirdiğine dair mevcut perspektifleri açıklamakta ve bu makalede sunulan otonom silah sistemleri analizi bağlamında değerini gözden geçirmektedir. Bu makalede, daha geniş tartışmada olduğu gibi, anlamlı insan kontrolü terimi, belirli bir saldırının uluslararası insancıl hukuk kurallarına uygun olarak kabul edilmesi için gerekli olarak algılanan bir niteliği tanımlamak için kullanılmaktadır. Asgari düzeyde insan kontrolüne izin veren veya bunu gerektiren belirli bir silah sistemleri sınıfını ifade etmez; daha ziyade, uluslararası insancıl hukuk kurallarına yasal olarak uygun bir saldırıda kullanılan bir silahın esasen anlamlı bir insan kontrolü düzeyi içereceği sonucunu çıkarır.

Anahtar Kelimeler:

anlamlı insan kontrolü

yapay zeka

otonom silah sistemleri

uluslararası insancıl hukuk

martens kaydı

INTRODUCTION

Consideration of what represents the legal use of autonomous weapon systems naturally provokes enquiry as to the methods by which it will be possible to ensure that autonomous weapon systems are used according to these legal stipulations. To this end, one of the most consistent elements of the AWS debate to date has focused on the materialisation of the concept of meaningful human control over AWS. As such, the autonomy of weapon systems must be controlled to some extent to make sure that they operate within legal and moral realms. Although this idea was initially prominent within the context of objections against increasing the level of autonomy associated with AWS, it has since been adopted by many academics, States, and NGOs as a means of framing the overall debate.^[1]

The essential reason for insisting on human control of weaponry is that humans must remain responsible for the deployment of force. International law details a direct link between control of weaponry and responsibility for the consequences of deployment. In various areas of international law, when exploring the concept of control in order to attribute responsibility, the essential question is who was holding power at the time an incident occurred.

Similarly, international criminal law and most domestic law attributes individual responsibility in terms of responsibility: *mens rea*. If weaponry can undertake these certain essential tasks, such as choosing a target, deciding whether its actions are legal, and launching attacks, without any human intervention, human responsibility may be compromised. When autonomous weaponry is deployed, it is problematic, or even impossible, to determine what the parties behind the deployment intended.

Thus, the law should demand levels of human control whereby the actions of the weaponry reflect the intentions of the deploying party and therefore attribute individual responsibility to them. In order to mirror human intentions, and so attribute responsibility, as targets are being selected the weapons system should be dependent upon real-time direct human control.

[1] Marc Canellas, Rachel Haga, “Lost in Translation: Building a Common Language for Regulating Autonomous Weapons,” *Technology and Society Magazine IEEE* 35, no.3 (September, 2016): 50-58; Filippo Santoni de Sio, Jeoen van den Hoven, “Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account,” *Front Robot AI* 5, no.15 (February, 2018): 14.

Within the context of autonomous weapon systems, the notion of meaningful human control was first expressed by the UK in NGO Article 36 in April 2013, in which it was argued that “a positive obligation in international law for individual attacks to be under meaningful human control.”^[2] This paper was published in response to broad apprehensions about the mounting military use of robotic and remote-controlled weapon systems and, specifically, to the statements that were issued in the 2011 Joint Doctrine Note on Unmanned Systems by the UK Ministry of Defence (MoD).^[3] Although States had committed to ensuring that weapons would remain under human control,^[4] the MoD highlighted how “attacks without human assessment of the target, or a subsequent human authorization to attack, could still be legal.”^[5]

Some missions may involve an unmanned aircraft conducting, monitoring, or surveying a given area to identify a target type before reporting the findings of the reconnaissance to a supervisor. Any human-authorized attack that took place following the activities of the unmanned aircraft would be no different from attacks that are carried out based on the data acquired by manned aircraft. Therefore, they should be fully compliant with international humanitarian law if the human decision maker involved was sure that, based on the information provided, the attack was aligned with international humanitarian law requirements and the existing rules of engagement. However, it would involve only a minor technical addition to create a system by which an unmanned aircraft could activate a weapon based solely on the data received by its sensors without any input from human authority. Provided the military organization involved could demonstrate that the principles of the international humanitarian law such as military necessity, humanity, distinction, and proportionality) were appropriately

[2] Richard Moyes, *Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons*, (London: Article 36, April 2013), 1.

[3] Ministry of Defence, *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems Joint Doctrine Note 2/11*, (London: Ministry of Defence, March 2011).

[4] Daniele Amoroso, & Guglielmo Tamburrini, “Toward a Normative Model of Meaningful Human Control over Weapons Systems,” *Ethics & International Affairs*, 35, no. 2, (2021) 245-272.

[5] Moyes, *Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons*, 1.

assessed by the systems of the unmanned aircraft and that the rules of engagement were satisfied, an attack of this nature could be entirely within the realms of the law.^[6]

The example provided above highlights how the current UK doctrine lacks clarity and there are some domains in which the policy needs to be clarified to avoid a situation in which the wording is so ambiguous that it is subsequently rendered meaningless. In particular, it is moral agency (i.e., the rules of proportionality and distinction) that are required of humans in combination with the freedom to make a decision as to whether or not to follow the rules that form the basis for the normative power of the law. Specifically, human beings must make cognisant, well-informed decisions about what use of force to apply in a given conflict, and entrusting a machine with such decisions would be fundamentally unacceptable. The human decisions that are made during a conflict should be made within the context of each discrete attack. Although it is acknowledged that an individual attack could involve a range of specific target objects, human control will no longer be meaningful if an autonomous weapon system is engaged in several attacks that necessitate precise judicious deliberation of the target, context, and expected effects.

Some of the weapon systems that are currently in use have a limited ability to operate autonomously. For example, the anti-missile systems that are mounted on ships and some certain sensor fuzed weapon systems. These weapons are legal on the basis that the use of the weapon relies on the relationship between the human operator's understanding of the function of the sensor and control over the context in which it is employed (the duration and/or location of sensor functioning).^[7]

However, regardless of the practices that are currently accepted, the concept of fully autonomous weapons remains ambiguous and this, in itself, could lead to calls for existing systems to be banned. While it may seem difficult to delineate a relationship between landmines and fully autonomous armed robots, they do, in fact, have a lot in common. Both landmines and

[6] Ministry of Defence, *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems Joint Doctrine Note 2/11*, 5.

[7] Merel Ekelhof, "Moving Beyond Semantics on Autonomous Weapons: Meaningful Human Control in Operation," *Global Policy* 10, no. 3 (September, 2019): 344.

autonomous weapon systems have the ability to use force to respond to an incoming signal, be it pressure from an external body, such as a foot, or a signal received by an infra-red sensor. Regardless of whether the system is stationary or portable, simple, or multifaceted, it is the ability of landmines and fully autonomous weapons to respond to a violent response without any human intervention at that moment that makes their use profoundly problematic.

There is an inherent need to prevent fully autonomous targeting. The first step toward achieving this may involve acknowledging that the prevention measures that are put in place must be effectively initiated across the board, from the basic systems involved in anti-vehicle landmines through to the state-of-the-art systems that are currently being developed.^[8] This article examines the potential solutions to these concerns and puts forth three proposals. First, the Government is asked to mandate meaningful control over individual attacks and elaborate upon what this concept actually means. Second, states should intensify their commitment to refrain from developing fully AWS that has the capability to initiate and complete attacks without meaningful human control. Third, there is a requirement for an international treaty to clarify and reinforce legal protection from fully autonomous weapons.

Since it was first introduced in 2013, the concept of meaningful human control^[9] as presented in Article 36 has continued to evolve, and it has since been adopted by several states and civil society actors. Unavoidably, the meaning of the concept, which was somewhat ambiguous at the outset, has evolved over time. Specifically, some factions have removed the qualifier over individual attacks, thereby introducing an element of uncertainty about what elements are to be subject to human control. For example, does the concept of human control apply to the discharge of every weapon? Or is it limited to select weapons? Is it relevant to attacks as a whole? Or certain elements of an attack? It is also worth noting that each individual term is

[8] Matthew Bolton, Thomas Nash and Richard Moyes, *Ban Autonomous Armed Robots*, (London: Article 36, March 2012), 5.

[9] Thompson Chengeta, "Defining the Emerging Notion of Meaningful Human Control in Autonomous Weapon Systems," *New York Journal of International Law & Politics* 49, no. 3 (2017): 833–90.

open to interpretation. For example, the concept of meaningful human control could be considered a priori to omit the use of autonomous weapon systems. On an intuitive level, this is frequently how it is understood. However, the extent to which this is the case in practice varies according to the way in which each individual word is interpreted. Meaningful is an intrinsically subjective concept and, like the notion of human control, it can be understood in a variety of different ways.^[10]

Ideas about meaningful human control and the implications this concept has for the ongoing development of autonomous weapon systems continue to change in response to the evolution of the debate; however, the absence of a unified understanding of the content of the concept has not prevented it from being adopted. Expert presenters at the Convention on Certain Conventional Weapons meetings on autonomous weapon systems and many State delegations have referred to meaningful human control in their discourse, and there is a broad level of support for the notion or, at a minimum, an interest in examining it in more depth.

For example, during the 2014 Informal Meeting of Experts, Germany highlighted the importance of MHC in anti-personnel attacks:

“It is indispensable to maintain meaningful human control over the decision to kill another human being. We cannot take humans out of the loop. We do believe that the principle of human control is already implicitly inherent to [IHL] ... And we cannot see any reason why technological developments should all of a sudden suspend the validity of the principle of human control.”^[11]

Norway unequivocally attributed full autonomy to a lack of meaningful human control and expressed apprehension about the aptitudes of autonomous technologies as opposed to focusing on the idea of delegating decisions pertaining to the use of principle of force to autonomous weapon systems:

[10] UNIDIR, *The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Considering How Meaningful Human Control Might Move the Discussion Forward*, (Geneva: United Nations Institute for Disarmament Research, 2014) 3.

[11] Germany (Opening Statement, CCW Meeting of Experts on LAWS: General Exchange, May 2014) 23.

“By [AWS] in this context I refer to weapons systems that search for, identify and use lethal force to attack targets, including human beings, without a human operator intervening, and without meaningful human control. ... our main concern with the possible development of [AWS] is whether such weapons could be programmed to operate within the limitations set by international law.”^[12]

A year later, numerous delegations highlighted how meaningful human control had evolved into a significant element of the ongoing discussion:

“[The 2014 CCW Meeting of Experts] led to a broad consensus on the importance of meaningful human control over the critical functions of selecting and engaging targets ... we are wary of fully autonomous weapons systems that remove meaningful human control from the operation loop, due to the risk of malfunctioning, potential accountability gap and ethical concerns.”^[13]

Meaningful human control continued to occupy a prominent position at the 2018 meetings, during which the delegates broadly agreed that the concept played a fundamental role in the comprehension and regulation of AWS:

“The elements, such as autonomy and meaningful human control (MHC), which were presented at the last four Informal Meetings are instrumental in deliberating the definition of [AWS].”^[14]

However, the usefulness of the concept of meaningful human control was also questioned. Undoubtedly, society will witness further in-depth discussions pertaining to human-machine interaction and the notion of meaningful human control. To date, many delegations and experts have highlighted how the phrase meaningful human control is subjective and, as such, difficult to comprehend and apply on a practical level. In the discussions presented in this article, we have expressed concerns of this nature

[12] Norway (Opening Statement, CCW Meeting of Experts on LAWS: General Exchange, May 2014) 1.

[13] Republic of Korea (Opening Statement, CCW Meeting of Experts on LAWS: General Exchange, April 2015) 1-2.

[14] Japan (Opening Statement, CCW Meeting of Experts on LAWS: General Exchange, April 2018) 1-2.

and questioned the extent to which meaningful human control represents a productive means of advancing the existing discussions. We perceive the optimization of the human/machine relationship to represent the principal technical challenge to the ongoing development of AWS and, as such, it is a critical concept that needs to be reviewed at the outset of any weapon system development process. On the basis that this human/machine relationship is of relevance throughout the development and implementation of a system and is not limited to the moment at which a decision is made to engage a target, it is perhaps more useful to examine what represents appropriate levels of human judgment.

The notion of meaningful human control over autonomous weapon systems has also been considered beyond the strict international humanitarian law context, for example, at the Convention on Certain Conventional Weapons meetings and other delegations. For instance, meaningful human control was incorporated into the African Commission on Human and Peoples' Rights General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights on the right to life (Article 4) of 2015:

“The use during hostilities of new weapons technologies ... should only be envisaged if they strengthen the protection of the right to life of those affected. Any machine autonomy in the selection of human targets or the use of force should be subject to meaningful human control.”^[15]

I. MEANING

Within the context of autonomous weapon systems (AWS), the notion of MHC (meaningful human control) was first expressed by the UK in NGO Article 36 in April 2013, in which it was argued that “a positive obligation in international law for individual attacks to be under meaningful human control.”^[16] The essential reason for insisting on human control of weaponry is that humans must remain responsible for the deployment of force.

[15] General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4), African Commission on Human and Peoples' Rights, 57th ordinary session (18 November 2015) 12.

[16] Moyes, *Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons*, 1.

The lack of a unified understanding of the MHC concept is somewhat expected given that it is not based on an affirmative notion of what is required of an AWS. Rather, it is derived from the fact that apprehensions pertaining to increasing autonomy are grounded in the human involvement that autonomy removes. As such, there is an inherent need to comprehend the human element as a starting point if we are to be in a position to assess the extent to which future or current technologies address the key areas of concern. Specifically, the interest in ensuring MHC over AWS is grounded in the acknowledgement that states are beginning to pursue a path of weapon development that seeks to minimize direct human involvement in attacks;^[17] however, it is not yet transparent how eradicating that human element can be taken into consideration in the legal and ethical decisions that are required during times of armed warfare.

The development of the concept of MHC was based on two basic ideas:

There is a general agreement that the deployment of a machine that is capable of applying force and functioning without any type of human input is not acceptable.

Situations in which a human performs a simple action, such as pressing a button to launch a missile, in response to input from a computer without any cognitive evaluation of that input or awareness of the data on which it is based, is not adequate to represent human control in a utilitarian sense.

The basic concept is that there is a need for a meaningful level of human control over the application of force and that the notion of human control should not be simply applied as a formality; humans must have sufficient influence over any acts of violence that are performed by a weapon system to make sure that such acts are only performed in strict alignment with human designs and legal and ethical limitations. The term that is of particular interest here as a means of representing the threshold of sufficiency is meaningful. MHC, therefore, signifies a domain for debate and negotiation. The word meaningful operates principally as an indication of the fact that the nature or form of human control should take need to be unilaterally defined in policy discourse. It is important that attention is not too closely directed to the exact meaning of the concept of meaningful in this context.

[17] Thomas Adams, "Future Warfare and the Decline of Human Decision-making," *Parameters* 31, no. 4 (2001): 57.

Other words may be as suitable in this domain as meaningful, for example, necessary, appropriate, sufficient, effective, etc. However, regardless of what term is applied, the same question remains: How can the international community demarcate what critical features of human control are required to meet legal and ethical criteria? The intention that underpins the discussion of MHC is to demarcate the aspects of human control that should be viewed as being critical in the application of force. In terms of IHL specifically, the basic failure to conserve MHC when deploying AWS jeopardizes weakening the central role of attacks as a means of regulating the application of weapons during warfare. However, as was accurately outlined in the African Group statement to the Group of Governmental Experts GGE, it does “not matter what name or term is used to describe human control” because “what matters is the substance and standards of that control.”^[18]

Judgements need to be made within the context of individual attacks. As such, attacks are an element of the structure of the law, in that they signify units of military action and human legal application. Under the provisions of Article 57, the Additional Protocol I obligates “those who plan or decide upon an attack” to take a set of precautions. The NGO argues that “humans must make a legal determination about an attack on a specific military objective based on the circumstances at the time”,^[19] and the combined implications of Articles 51, 52, and 57 of API are that machines should not be permitted to identify and launch an attack on a military target without some form of legal and ethical human judgment and control that is directly applied to the attack on that precise military objective at that given time. The idea that such a capacity can be pre-programmed into a machine represents a nullification of human legal agency and, thereby, breaches the case-by-case concept that underpins the structure of these legal rules.

In addition, the intent that motivated the concept was to necessitate that human personnel who are responsible for planning or making decisions pertaining to a military target should employ their judgment to adopt precautionary measures on an attack-by-attack basis. Humans are the agents

[18] Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) 9-13 April 2018 Statement by The African Group.

[19] Richard Moyes, *Key Elements of Meaningful Human Control*, (London: Article 36, April 2016), 3.

that parties within a given conflict rely upon to engage in hostilities and are the recipients of the written law.^[20] As such, the current legal structure infers certain limitations to the operation of independent machines. The use of AWS that have the ability to independently initiate attacks and select and engage targets without any type of human intervention, undermines the value of the legal structures that are in place.

Autonomy in some important functions of weapons systems could push the notion of an attack from the specifics of the tactical level, toward the operational and strategic levels. Specifically, the use of AWS in attacks that in their spatial, temporal, or conceptual boundaries go significantly beyond the units of military action over which specific legal judgement would currently be expected to be applied. However, by emphasising the requirement for MHC over attacks in the framework of AWS, states would be affirming a standard that is designed to safeguard the structure of the law as a useful framework for the solicitation of broader ethical and moral principles. With regards to the form of human control that would be meaningful within this context, four primary elements will be suggested:

Predictable, reliable, and transparent technology: On a technical level, the basic design of a given AWS should require human control. If a technology is unpredictable, unreliable, and lacks transparency by design, it goes without saying that it will be more difficult for humans to control it when it is in practical use.

Accurate user information on the target outcome, the technology, and the context in which it is used: Human operators should have access to sufficient data to evaluate the legitimacy of a given military objective at the time the attack is launched, and to assess a planned attack within the context of the existing legal rules; to have a solid understanding of the types of objects that will be targeted and the way in which kinetic force will be employed; and to have an in-depth comprehension of the environment in which the attack will be performed.

Judicious human judgement and action, and a potential for timely intervention: Human commanders must use their judgement when deciding

[20] Merel Ekelhof, "Complications of a Common Language: Why it is so Hard to Talk about Autonomous Weapons," *Journal of Conflict and Security Law* 22, no. 2, (Summer, 2017): 311–331.

whether to initiate the AWS. In the case of systems that are operational for a prolonged period, some faculty for timely intervention (e.g., the ability to halt the independent operation of the AWS) may be required to ensure it does not operate outside the realms of necessary human control.

A framework of accountability: Accountability structures should take into consideration the people involved in both specific attacks and those that span a wider system that programs and maintains the technology and analyses the data on the target objectives and the context in which the systems are used.

The management of individual assaults at a tactical level holds the key to controlling the application of force in armed conflict. The law mandates that the human personnel involved in each individual attack need to make sound legal judgements, and the design and application of AWS must not eliminate such judgements.

Other actors who have prescribed to the concept of MHC have different perceptions and have presented their own views on the criteria that are required for human control to be meaningful. In a statement on technical issues that was published at the 2014 CCW meetings,^[21] The International Committee for Robot Arms Control (ICRAC) articulated concerns about the significant technical challenges the developers of AWS are currently encountering and expressed support for MHC as a method of safeguarding that humans can counterbalance these limitations.

It is important that humans assert meaningful control over weapons systems as a means of offsetting the shortfalls of automation. According to ICRAC, the minimum conditions required for meaningful control are as follows:

First, a human operator or commander must have full contextual and situational awareness of the target area and be capable of detecting and reacting to any changes or unexpected circumstances that may have evolved since the attack was planned.

[21] Frank Sauer, *ICRAC Statement on Technical Issues to the 2014 UN CCW Expert Meeting*, (Geneva: International Committee for Robot Arms Control, May 2014), 8.

Second, humans must actively and cognitively participate in the attack and have adequate time to assess the nature of the target and its implications in terms of both the requirement and suitability of the attack, and the likely incidental and accidental outcomes of it.

Third, it must be possible to rapidly suspend or completely abort the attack.^[22]

It is worth noting that some of the conditions outlined above extend beyond the levels of direct involvement and awareness that commanders can secure with some existing weapon systems; that is, humans have been deploying weapons that they do not have direct control over in terms of the outcome and target area since the deployment of the catapult.^[23]

If we turn our attention to how we can maintain control over the potential harm caused to the people or objects who are the subject of the attack, it is widely accepted in the contemporary world that human personnel should maintain some element of control over the following factors: Who or what is being harmed, the time at which the force is employed, the level of harm that is caused, where the force is applied, the harm that is experienced, how the armed force is employed, and why someone or something is the subject of an attack.

According to MHC requirements, attackers need to have access to enough reliable information about the potential implications of an attack to reasonably anticipate what the outcome will be. It is only in situations in which attackers are able to anticipate the consequences of an attack that they will be able to make satisfactory legal evaluations of the use of force.^[24] Subsequently, the degree of autonomy that is afforded to a weapon system must be limited so that human personnel can be confident they have sufficient

[22] Sauer, *ICRAC Statement on Technical Issues to the 2014 UN CCW Expert Meeting*, 8.

[23] Michael Horowitz and Paul Scharre, *Meaningful Human Control in Weapon Systems: A Primer*, (Washington: Center for a New American Security, March 2015), 9.

[24] Kevin Neslage, "Does Meaningful Human Control Have Potential for the Regulation of Autonomous Weapon Systems?," *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review* 6, (2015): 151.

reliable information about the behaviour of the weapon system following its activation.

The Center for a New American Security (CNAS) specifies that the fundamental objective of the MHC should be to certify that human personnel are engaging in a conscious decision-making process about the use of force and that they have sufficient information available when making decisions to ensure that they are legally and morally responsible for any actions they take.^[25]

In attempts to respond to the question of why MHC is important, two general schools of thought have emerged. The first argument that is put forth is that MHC is not, and should not be, an isolated requirement; rather, it is a principle that should underpin the design and use of weapon systems as a means of warranting that their use complies with the laws of engagement. This can be traced back to the assumption that the rules of law that determine the extent to which the use of a weapon is legal are the same as those that govern a human being's direct use of force, use of a weapon from an unmanned system, or deployment of an AWS that independently chooses and attacks targets.^[26]

According to the second school of thought, MHC represents a separate legal concept that should be unequivocally acknowledged together with the existing principles of IHL. People who prescribe to this line of thinking argue that the current principles under the laws of war are crucial but not adequate to address the problems associated with increased autonomy; as such, the MHC represents a discrete and supplementary concept. Even if it were possible to deploy an AWS in a manner that is compliant with the existing laws of war, its use would be unlawful if it was unable to adhere to the additional standard of MHC.^[27]

[25] Horowitz and Scharre, *Meaningful Human Control in Weapon Systems: A Primer*, 11.

[26] Ingvild Bode, Hendrik Huelss, "Autonomous Weapons Systems and Changing Norms in International Relations," *Review of International Studies* 44, no. 3 (2018): 413.

[27] Thilo Maruhn, "Meaningful Human Control – and the Politics of International Law," in *Dehumanization of Warfare*, ed. Wolf Heintschel von Heinegg, Robert Frau and Tassilo Singer (Berlin: Springer, 2018), 217.

According to these arguments, it is contestable that the MHC concept incorporates three essential components:

1. Human operators need to make informed, cognisant choices about the application of weapons.
2. Human personnel needs to have access to sufficient, reliable information to ensure the action they are taking is lawful in light of the fact that they are aware of the target, the weapon, and the context in which the attack will be launched.
3. The weapon needs to be designed and tested according to a strict set of standards and human personnel need to be adequately trained to ensure they can maintain sufficient control over the use of the weapon.

Some further, more precise, proposals about what can potentially comprise MHC can be offered. The obligatory level of control could signify several factors: The amount of time between the last decision that was made by a human operator and the time at which force was exerted by the machine; the environment or area in which the machine is deployed with a specific focus on the potential presence of humans; the extent to which the machine is specifically designed to engage in defensive or offensive activities or apply lethal force; the extent of the training of the military personnel who have control of the machine; the extent to which military personnel can potentially intervene if the need arises to cease or pause the mission; and the application of precautions related to responsibility.^[28]

The level at which MHC should be applied is also worth examining. Although the majority of commentators place an emphasis on the commanders who are responsible for an attack at the tactical level, other personnel will be ideally positioned to certify that human personnel remains in control of AWS. At the highest level of abstraction, a commander who decides on the rules of engagement for a certain application of force is exercising MHC over the use of that force. Below that level, an individual commander orders a

[28] Robin Geiss, *The International-Law Dimension of Autonomous Weapons Systems*, (Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung, October 2015), 17.

specific attack against a precise target. Along an alternative axis, MHC can signify the way a weapon system is devised at the outset.^[29]

II. ALTERNATIVES

We have suggested alternatives to MHC. Although we do not oppose the fundamental idea that human personnel must retain control of, and be accountable for, the ultimate actions of an AWS, we believe that endeavouring to set an impartial and unequivocal standard of MHC does not represent the most effective approach.

The idea of appropriate levels of human judgement being applied within the operation of AWS, with appropriate representing a contextual standard: There is no universal standard pertaining to the appropriate level of human judgment to be applied when exercising the use of force with AWS. Generally speaking, AWS differ significantly according to their intended use and the context in which they are used. Specifically, the level of human judgment pertaining to the use of force that is employed will differ according to the functionality of the weapon system; the way in which the operator interacts with the system including the control mechanisms that are in place; the elements of the weapon system that are specific to the operating environment of the system for example, taking into consideration the vicinity of any civilians; the anticipated variability in, or changes to, the operational parameters of the weapon system; the type of risk associated with the use of the system; and the underlying mission objective of the weapon system. Furthermore, scientists and engineers will continue to introduce new technologies; as such, there is an inherent need for a fluid policy standard that facilitates an evaluation of the suitable level of human judgment for particular new technologies.^[30]

The measures that are employed to warrant that suitable levels of human judgement are exercised within the context of AWS operations would then take into consideration how weapon systems are engineered and tested,

[29] Chengeta, "Defining the Emerging Notion of Meaningful Human Control in Autonomous Weapon Systems," 833–90.

[30] Michael Meier, *U.S. Delegation Statement on Appropriate Levels of Human Judgment*, (Geneva: US Mission to International Organizations in Geneva, April 2016), 1.

end users are trained, the how the interface between the weapon and the end user is designed.

Lastly, it is preferable to view the picture from the perspective of state control over AWS as opposed to human control. If we were to acknowledge that MHC represents a starting point from which it is possible to develop national strategies that govern AWS, we could subsequently view MHC from the perspective of the affairs and goals of a given state and the outcomes of the actions it takes. In this regard, the concept of MHC could be adjusted to the exercise of meaningful state control (MSC). It is imperative that states are ultimately held responsible for their actions, especially in situations in which the use of dangerous weapons is delegated to its armed forces. The same is the case for AWS. States should be fully accountable for the use of these weapons, from development, production, and acquisition, through to handling, maintenance, storage, and use.^[31]

III. ARGUMENTS AGAINST MEANINGFUL HUMAN CONTROL

There is no disputing the general idea that human personnel need to maintain strict control over any weapons they deploy. Nonetheless, the efforts that have been made thus far to relate meaningful human control to international humanitarian law appear to be largely counterproductive. At best, meaningful human control could viably be perceived to represent a principle that guides the design and use of weapon systems as a means of ensuring the use of such systems is fully compliant with the laws of war. Even in that regard, however, it is a redundant inclusion; the existing rules of IHL already adequately regulate the use of AWS. The primary argument in contradiction of incorporating the notion of MHC into a debate on AWS and IHL, in its more extensive form as an independent standard or rule, is that it is derived from two false premises, one technical and one legal.

The false technical principle motivating the perceived requirement for MHC is that it assumes that the software and hardware components that form an AWS control system do not, in themselves, represent an exercise of MHC. One cannot logically express concerns that the autonomous capabilities of weapons should be limited as a means of ensuring that humans

[31] Poland (Text, CCW Meeting of Experts on LAWS: Characteristics of LAWS, April 2015) 1.

preserve adequate control over the systems if one comprehends the control system of the weapon to be the means by which human control is already sustained.

Machine autonomy represents a form of control; it does not necessarily represent a diminishment of control. AWS are developed by engineers who base designs on human operational understanding of how the targets will be determined and the attacks will be conducted and combine this with technical expertise on how weapons are operated and legal knowledge of the rules pertaining to IHL when programming AWS control systems. Responsible humans conduct weapon reviews through which they test and verify how the AWS function in the situations in which they are anticipated for use to make sure that they operate in full compliance with the relevant rules of weapons law. According to the existing rules of IHL, attack planners and commanders are required to “[t]ake all feasible precautions in the choice of means and methods of attack with a view to avoiding, and in any event to minimizing, incidental loss of civilian life, injury to civilians and damage to civilian objects.”^[32] As such, at a minimum, they should select AWS that have been tested and proven to function successfully in the conditions of the anticipated attack. Once an AWS has been activated, its control system, which has been tested by human personnel, takes responsibility for controlling the weapon system in the specific conditions for which it has been tested in the same way that the control systems of existing weapons perform. It is challenging to ascertain how any element of that process can be construed to lack an acceptable level of human control.

Apprehensions about sustaining an acceptable level of human control over AWS could best be comprehended as concerns about the incidents that can potentially occur following the activation of the weapon system during the course of an attack; for example, concerns that it could execute some illegal act, such as randomly attacking a civilian target. We have already examined the classification of civilian harm by an AWS. In the event such an unfortunate occurrence took place, it would be the outcome of a deliberate act of a human, an error within the AWS, or unavoidable collateral damage. Not one of these concerns are exclusive to AWS, and all are taken into consideration in the existing law; as such, there is no specific requirement for a new notion of MHC.

[32] API art 57(2)(a)(ii).

The deceptive legal principle that underpins meaningful human control is that it is based on the assumption that the prevailing rules of international humanitarian law do not warrant a sufficient level of human control over AWS that can effectively achieve the aims of the law. An evaluation of the existing targeting law highlights how this is not the case. It does not seem to be viable that a weapon system can function beyond human control without its application acting in violation of an existing rule. If the people who are responsible for planning an attack cannot guarantee that an AWS will only engage legal targets, then they are unable to meet their basic responsibilities under the principle of distinction.^[33] If they cannot safeguard that civilian harm will be minimised, and the AWS will abstain from launching an attack if the anticipated civilian harm is deemed to be extreme, they are unable to meet their responsibilities under the principle of proportionality.^[34] If they cannot certify that the AWS will abandon or pause an attack in response to changes in the conditions, they also fundamentally fail to conform to their obligations.^[35]

There appears to be a degree of confusion on this particular point. According to Human Rights Watch, the bans that have been placed on the use of a range of existing weapons stand as a testament to the need for acknowledgement of meaningful human control. While meaningful human control as an explicit term has not been mentioned in international arms treaties, the notion of human control is by no means new within the context of disarmament law. The acknowledgement of the requirement for some degree of human control is present in the vetoes on the use of mines and biological and chemical weapons. Such prohibitions were grounded, at least in part, in the inability of military personnel to influence who these weapons engage and when. For example, once a mine has been placed, military personnel can not have any degree of control over when it will be activated and by whom. Similarly, while a human can decide at what point the preliminary target of a chemical or biological weapons attack will commence, the effect of such weapons following their release is uncontrollable and can transcend space and time to cause an inadvertent number of injuries and

[33] API art 57(2)(a)(i).

[34] API art 57(2)(a)(iii).

[35] API art 57(2)(b).

deaths. The embargos on mines and biological and chemical weapons act as a precedent for banning the use of weapons that humans are not able to exert full control over.^[36]

An evaluation of the legal rules governing the use of mines,^[37] biological^[38] and chemical^[39] weapons indicates that they were each outlawed on the basis that they violated essential policies and laws that have long predated any idea of MHC as an isolated concept. Inasmuch as one could view the indiscriminate behaviour of a substance or weapon as evidence of the inability to exert full control, the bans could be accredited to a lack of control; however, in such a case, the notion of MHC does not appear to add to the prevailing standard of distinction. Mines are stringently controlled because a basic pressure switch represents a very inexact method of detecting a fighter; the use of chemical and biological weapons involves using toxic agents that have indiscriminate effects that operate in isolation of how the weapon system itself is controlled.

Beyond those two central issues, acknowledging MHC as a restriction on the development of novel control system technologies risks interfering with advances that may enhance an attacker's capacity to achieve military objectives with superior accuracy, and a reduced risk of causing harm to civilians than that currently possible. Human Rights Watch has acknowledged the important role precision weapons play in attacking targets in heavily populated areas;^[40] it appears questionable to propose that future developments in selecting and evaluating potential targets on board a weapon system following activation will not engender further prospects for avoiding civilian casualties.

[36] Human Rights Watch, *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, (New York: Human Rights Watch, 2012).

[37] Ottawa Convention, Preamble.

[38] Jean Marie Henckaerts and Louise Doswald Beck, *Customary International Humanitarian Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 256.

[39] Henckaerts and Beck, *Customary International Humanitarian Law*, 259.

[40] Human Rights Watch, *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, (New York: Human Rights Watch, December 2003).

Finally, even if concerns pertaining to a potential path of weapon development are perceived to represent a viable basis for regulation, it is not completely clear as to what development path proponents of MHC are apprehensive about: Are they concerned that AWS will be too intelligent, or not intelligent enough? Concerns that AWS will be too intelligent represent the basic fear that humans will not be able to reliably predict how they will behave in the multifaceted and frenzied conditions of an attack. On the flip side, concerns that AWS will not be intelligent enough equate to apprehensions that they will ultimately fail in a more predictable way, be it through failure to select the correct target or an alternative form of failure. Either way, the use of a weapon that is the object of such trepidations would violate prevailing preventative obligations.

IV. CONTROLLABILITY

The existing IHL does not consider any substantial level of autonomous competence in weapon systems. It indirectly assumes that every action performed by a weapon will be instigated by a human being and that, following the accomplishment of the action, the weapon will stop operating until the point at which a human operator originates an additional action. If the use of the weapon results in some type of failure, which results in the infringement of IHL, the broad assumption is that this was either due to a human failure further supposing that the weapon that was deployed not intrinsically illegal, or a failure of the weapon, the latter of which should be instantly obvious to the personnel operating it and, as such, contingency measures would be available to avert the failure and/or prevent it from continuing uncontrolled.

If an AWS is activated and subsequently fails in conditions in which it is not possible for personnel to take rapid intervention measures, the failure will represent the failure of a machine as opposed to the failure of a human. Opponents of AWS frequently cite the potential for a runaway failure when arguing against their use. Controllability represents a critical aspect of MHC. Military powers are not typically concerned with developing weapon systems that they risk losing control over. However, it is feasible that risk tolerance will vary from military to military. The pursuit of a strategic advantage on the battlefield could motivate militaries to construct weapons that exercise high degrees of autonomy that serve to reduce human control. Although

any type of weapon is prone to failure and causing accidents, AWS debatably add an additional facet in that a failure could, theoretically, result in the weapon system inaccurately choosing and engaging with a significant number of targets. As such, an area that is worthy of consideration relates to the development of weapons that are legal when they are functioning as per the design brief but are unsafe and have the potential to cause significant harm if they break down or encounter unexpected circumstances in the height of the action.

The deployment of AWS in situations in which a human is unable to rapidly intervene, such as on extended operations or in disputed areas, may modify the nature of the danger the non-combatants face. Controllability could be perceived to be no different to the need to be able to direct any weapon at a specific military objective, and all weapons systems carry some degree of risk of malfunction. To some degree, the various forms of risk that are associated with the failure of an AWS are simply standard elements that should be taken into consideration by attack planners when developing precautionary measures. However, if these risks serve to hinder the achievement of the benefits of AWS, one potential response could be to acknowledge the need for a failsafe mechanism, whether that takes the form of a method of human intervention or similar. While some systems may be purposely created to operate in a manner that exceeds human capabilities, there is a need for humans or an alternative system to intervene in a timely fashion.

V. LEGAL NATURE OF MEANINGFUL HUMAN CONTROL

The objective of this section is to examine MHC as a normative concept, the outputs of which will be imperative within the ongoing discussion. MHC is currently a legal requirement in its narrowest interpretation; that is, as requiring human intervention/presence at every deliberation associated with employing force against a human target). This would immediately preclude the use of AWS as previously defined. Therefore, the ongoing debate that can be observed at the relevant international fora would require the existing law to be reformulated (*de jure condito*) in a manner that refrained from the introduction of new regulations (*de jure condendo*). The idea of MHC can fit in three distinct categories: customary law, treaty law or general principles of international law.

A) TREATY AND CUSTOMARY LAW

Before progressing with the discussion, it is first worth examining the extent to which the current treaty or customary laws specify the requirement for MHC to be involved in every application of force against a human target.

According to the existing analysis, the existing IHL and IHRL-relevant agreements do not include explicit reference to MHC. Rather, it represents a notion that emerged during the discussions surrounding AWS.^[41] However, when delving into the detail in more depth and considering the deliberations that took place during the CCW forum, one can find rather dispersed references to MHC.^[42] This could be attributed to the fact that as well as being inherently imprecise, MHC represents a somewhat political concept. This idea has motivated the majority of debaters to argue that MHC could at best augment the current treaty obligations (such as IHL targeting rules) and, as such, represent a regulatory concept as opposed to an independent treaty norm.^[43]

The same is true of customary law, which combines the requirements of both *opinio juris* and general practice:^[44] neither of which attach with regards to MHC. States have developed conflicting ideas on what represents MHC; for example, as previously described, although pretty much all the States are in agreement that some degree of human control needs to be exercised during the execution of potentially fatal actions, a disparity can be observed in terms of the specific positions States adopt in terms of

[41] Marauhn, “Meaningful Human Control – and the Politics of International Law,” 217.

[42] The report of the 2013 CCW Meeting of High Contracting Parties uses the term only once; in the program of work for the 2015 MoE the term is referred to twice, while again in the Chair’s letter for the 2016 MoE only once.

[43] Daniele Amoroso, Frank Sauer, Noel Sharkey, Lucy Suchman and Guglielmo Tamburrini, *Autonomy in Weapon Systems The Military Application of Artificial Intelligence as a Litmus Test for Germany’s New Foreign and Security Policy*, (Berlin: Heinrich Böll Foundation, 2018), 45.

[44] ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands)* (Judgment), ICJ Rep. 3, 44, 20/02/1969 § 77.

AWS.^[45] As such, it is extremely difficult, if not impossible, to understand the existing declarations within the context of the *opinio juris*. MHC represents a political point of negotiation that plays a fundamental role in the restatement of broad agreement: As soon as it is declared a normative ruler, it is likely that it will be abandoned.

However, when one looks at the situation is more depth, it becomes apparent that at least one recent development is worth further investigation, if only for the purpose of highlighting how MHC is beginning to be incorporated in international law outside the customary fora. The African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) released General Comment No. 3 on the Right to Life (Art. 4 ACHPR) in November 2015. The Section that describes the use of force exercised during armed conflict declares: “[a]ny machine autonomy in the selection of human targets or the use of force should be subject to meaningful human control” (§ 35).^[46] To the best of our understanding, this inclusion represented the first time that MHC has been explicitly referenced General Comment to an IHRL treaty. While General Comments have no binding effect, they do guide the future application of the treaty within new cases and can be employed as a means of evaluating the development of customary law; to put it succinctly, the inclusion of an MHC reference within the General Comment could serve to promote it to treaty or even customary law.

However, the inclusion of the MHC requirement in an official document avails our initial view that MHC has yet to acquire an autonomous *locus standi* within international law as opposed to acting in contradiction to it. First, while the reference to MHC in a non-binding text could prompt the ACHPR's judicial bodies to consider it in review, this is not necessarily going to happen. At a bare minimum, there is no legally binding MHC agreement. Second, while the General Comment references MHC, it does not fully explain the associated concept; as such, an interpreter would find

[45] Justin Haner, Denise Garcia, “The Artificial Intelligence Arms Race: Trends and World Leaders in Autonomous Weapons Development,” *Global Policy* 10, no. 3 (September, 2019): 331-37.

[46] “General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4),” African Commission on Human and Peoples' Rights, accessed 11 July 2022, <http://www.achpr.org/instruments/general-comments-right-to-life/> § 35.

it very difficult to extract a definitive meaning from the text. Third, the paragraph of interest concludes: “[t]he use of such new technologies should follow the established rules of international law.”^[47] Again, the somewhat novel reference to MHC is *de facto* depotentiated by a closing comment that asserts the need to follow the pre-existing IHL/IHRL rules.

Two significant texts include a reference to MHC. First, a resolution in relation to AWS that was adopted by the European Parliament on September 12, 2018, called for the States to agree on a position in advance of the 2018 meeting of States party to the CCW.^[48] Within this resolution, the notion of MHC is referenced on three occasions; however, it is not concisely defined. That said, it is worth highlighting that given its position as the EU power centre that possesses the highest degree of democratic legitimization, the Parliament has adopted an unexpectedly strong stance against AWS: the matter is now left to the Council and the other EU institutions that participate in the meetings of the CCW to resolve. Development of this nature is yet to accepted as a fundamental aspect of the ongoing debate on AWS and reveals very little about the true status of the concept of MHC in contemporary international law. As well as remaining undefined, as previously described, the text takes the form of a resolution; as such, it is not legally binding within EU law. It is reasonable to assume that it may, therefore, have no tangible impact on how States conduct themselves. However, it is important not to underestimate the fact that, despite the fact it lacks true legal standing, MHC could influence ongoing State practice. In fact, some progress has already been observed at the domestic level.^[49]

To conclude, we can infer from the ongoing debate that MHC currently has no constitutional standing in either IHL or IHRL. Treaty and

[47] African Commission on Human and Peoples’ Rights, “General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples’ Rights: The Right to Life (Article 4).”

[48] European Parliament, *Resolution of 12 September 2018 on Autonomous Weapon Systems (2018/2752(RSP))*, P8_TA-PROV(2018)0341.

[49] “Proposition de resolution visant a interdire l’utilisation, par la Defense belge, de robot tueurs et de drones armes,” Chambre des Représentants de Belgique, accessed 07 June 2022, <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?lang=F&legislat=54&dosierID=3203>.

customary law have yet to develop to the point that MHC can be viewed to represent a legal requirement in situations in which lethal force is deployed. However, the analysis presented thus far is useful in that it highlights how more attention is being drawn to the application of MHC within AWS. The stances that have been adopted by the EU and Belgium are relatively telling in this regard. Whether such stances can be viewed as a push toward the development of a new norm remains questionable. Undoubtedly, within their capacity as State organs, legislative bodies have an entitlement to fulfil functions as lawmakers within international law. However, it is questionable as to the extent to which a practice can evolve when the underlying concept, in this case, MHC, has yet to be defined. As such, it appears that there is an underlying agreement for the various actors that are of relevance in the debate invest efforts in establishing and adopting a common view of MHC. At a minimal, this will facilitate their ability to elucidate on the purpose of the concept.

B) GENERAL PRINCIPLE OF INTERNATIONAL LAW

MHC has been described as a “principle ... that has historically been taken for granted – assumed but never stated”.^[50] This description highlights two interesting concepts: MHC represents a principle, not a rule, and the principle of MHC is implicit in nature.

Legal theory frequently distinguishes between rules and principles,^[51] and this distinction has also attracted significant interest from scholars focused on international law.^[52] International practice views “general principles

[50] Peter Asaro, “Jus Nascendi: Robotic Weapons and the Martens Clause,” in *Robot Law*, ed. Ryan Calo, Michael Froomkin, Ian Kerr (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016), 383.

[51] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (London: Harvard University Press, 1978), 24.

[52] Samantha Besson, “General Principles of International Law: Whose Principles?,” in *Les Principes en Droit Européen – Principles in European Law*, ed. Samantha Besson and Pascal Pichonnaz (Zurich: Schulthess, 2011), 19-64; Michelle Biddulph and Dwight Newman, “A Contextualized Account of General Principles of International Law,” *Pace International Law Review* 26, no. 2 (March, 2014): 286-344.

of law” as contributors to international law,^[53] as recognized *inter alia* by Art. 38(1)(c) of the ICJ Statute, in which there is a reference to “general principles of law recognized by civilized nations”. At a high level, the ICJ Statute involves two distinct types of principles: (1) the principles that are formally recognized in the legal orders of States; and (2) the principles that are deduced from the rules that underpin international law.^[54] Some scholars argue that the resulting dichotomy is inevitable due to the conflict between two fundamentally conflicting legal theories—natural law and legal positivism—that were in existence during the period in which the Statute of the PCIJ as drafted and arguably exist in the contemporary era.^[55] Specifically, general principles play a very important role in natural law, which is also frequently referred to as *neo-constitutionalism* or *neo-natural law*, on the basis that they are structurally exposed to extra-positive influences; for example, moral laws such as ethics or justice.^[56]

Before we can determine the extent to which (and if at all) MHC represents a principle of international law, there is a need to clarify the fact that we are concerned with the general principles that are inferred from the rules that are currently incorporated in international law. Specifically, it is the rules that pertain to the application of force against human subjects in and IHRL that will be examined. Now this is clarified, we will turn our attention to determine whether the features of MHC are comparable to those that are frequently viewed as the general international law principles. If we were to ascertain that this is the case, there would be a need

[53] Robert Kolb, “Principles as Sources of International Law with Special Reference to Good Faith,” *Netherlands International Law Review* 53, no. 1 (April, 2006): 4.

[54] Beatrice Bonafé, Paolo Palchetti, “Relying on General Principles in International Law,” in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, ed. Catherine Brölmann and Yannick Radi (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016), 176.

[55] Riccardo Pisillo Mazzeschi and Alessandra Viviani, “General Principles of International Law: From Rules to Values?,” in *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, ed. Riccardo Pisillo Mazzeschi and Pasquale De Sena (Berlin: Springer, 2018), 125.

[56] Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 22.

for international actors, including States, to approach MHC as a requisite element of international law.

A range of hypotheses has been published relating to the inclusion of general principles within international law.^[57] The majority of scholars are in overall agreement that the general principles relate to legal logic and are, therefore, applicable to both local and international legal systems, and that principles may be derived from prevailing treaty and customary laws. Per this perception, which pure legal positivists tend to instinctively favour,^[58] the general principles can be extracted from specific clauses or complicated amalgamations of specific rules. To put it more succinctly, the general principles remain implicit until they are discerned by a legal operator. When applying this notion to MHC, we can see that, thus far, attempts to establish a positive requirement for some form of human intervention at every stage in the process of using force is doomed for failure on the basis that asserting MHC would lay unstated in the prevailing rules of IHL and IHRL is somewhat of a rhetorical pretence. Surely such a stance cannot be supported on the basis that it deduces precisely that which it hopes to demonstrate.

Contrariwise, a more hopeful approach seems to emanate from a somewhat alternative perception of the general principles outlined in international law; namely, as aspects that constitute the “axiomatic premises”^[59] of the international legal order. The proponents of this theory frequently refer to the principles of justice, equity, *bona fides*, territorial sovereignty, equality of States, *pacta sunt servanda*, reciprocity, and proportionality.^[60] It has recently been proposed that the additional principles of human life and dignity and elementary considerations of humanity should be incorporated in this list on the basis that they seem to correlate with the contemporary

[57] Mazzeschi, “General Principles of International Law: From Rules to Values?,” 128; Mahmoud Bassiouni, “A Functional Approach to General Principles of International Law,” *Michigan Journal of International Law* 11, no. 3 (1990): 768-818.

[58] Christian Tomuschat, *International Law Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law*, (The Hague: M. Nijhoff, 2001):162.

[59] Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law*, 161.

[60] Vladimir Degan, *Sources of International Law*, (The Hague: Nijhoff, 1997), 548.

structure of the international legal order.^[61] When considering the contemporary landscape in which the general principles of international law exist, supporters exhibit a propensity to focus on methods of evidencing moral consistency as a prerequisite:^[62] as appropriately observed, general principles are expressive of the values that are inherent within the legal order within which they operate. However, placing a specific emphasis on this feature will not result in the complete omission of legal positivism from the debate, as the consent of the international community as a collective unit is preserved in the majority of the aforementioned theories.^[63]

According to this perspective, there is scope for MHC to exist as a general aspect of international law. On the one hand, it can be argued that MHC is aligned with an axiomatic premise of the international legal order on the basis that it incorporates an indisputable value-oriented content: we demonstrated that a predominantly resounding understanding of MHC is that it claims to protect the dignity of people who are the targets of AWS because they mandate human involvement and decisions pertaining to the specific application of force. It is undoubtable that MHC has strong roots in morality. However, on the other hand, although one could argue that the acceptance of MHC as a common denominator^[64] within the debate surrounding AWS is symptomatic of the fact that it has been recognised by actors of relevance, such as NGOs and States, it is important to recognise that the actors are not in agreement on the principle itself; that is, they have developed entirely different perceptions of it.

Per the theories described in the preceding debate, it is clear that the general principles of international law are different to customs on the basis

[61] Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law*, 355.

[62] Cancado Trindade, *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*, (The Hague: Nijhoff, 2010), 496.

[63] Cancado Trindade, “Some Reflections on the Principle of Humanity in its Wide Dimension,” in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, ed. Robert Kolb and Gloria Gaggioli (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013), 190.

[64] UNIDIR, *The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Considering How Meaningful Human Control Might Move the Discussion Forward*, 3.

that they are not contingent on general practice and *opinio iuris* as they depict the latter; rather, they are acknowledged, discovered or discernible to interpreters.^[65] That said, it's reasonable to question what is actually being discerned when such diverse perceptions of a single concept are in existence. In fact, one aspect of MHC that remains consistent throughout the ongoing debate is that it is too multiform and, as such, open to varied interpretations.

The lack of agreement on the concept of meaningful human control makes it difficult to delineate a base of recognition upon which MHC can be formally acknowledged as an international law principle. However, this does not imply that the ongoing discourse on MHC does not have any implications for the nature of that notion. It is likely that a more ethical debate on the morality associated with autonomous acts of war may ultimately enable States and other actors to develop a more holistic and universal understanding of MHC. However, even if this theory was universal, which it is not on the grounds that it is strongly opposed to the tenants of legal positivism, the issue with MHC would raise *a priori*: there is a lack of clarity in the ongoing discourse as to the immorality of autonomous killing in itself. It is only when the moral aspects of autonomous killing are clarified that it will be possible for debates surrounding MHC as a general principle of international law to be productive.

C) PROBLEMATIC PRINCIPLE

The ongoing discourse surrounding MHC can be positioned within the context of the ongoing contrast between the natural-law and positivist theories. However, in recent times, scholars have proposed that some of the general principles of international law may be limited to a programmatic effect; that is, as opposed to being legally binding, their universal recognition and acceptance would be *de jure condendo*.^[66]

[65] Mary O'Connell and Caleb Day, "Sources and the Legality and Validity of International Law—Natural Law as Source of Extra-Positive Norms," in *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, ed. Samantha Besson and Jean D'Aspremont (Oxford: Oxford University Press, 2017), 573.

[66] Mazzeschi and Viviani, "General Principles of International Law: From Rules to Values?," 155.

This class seems to be particularly suitable for MHC on the basis that it takes both openness to moral implications and the remaining undefined content into consideration in a manner that positive and natural lawyers may find acceptable. As a consequence of their programmatic disposition, however, their primary purpose would be to add momentum to the liberal development of international law. Once the moral substratum has been clarified and agreed to, they could then become binding.

In addition, even among the most staunch sceptics of AWS (i.e., those who would support a limited comprehension of MHC as already being preserved in positive law), the idea of MHC seems to be simply *de jure condendo*. It is frequently described as a “guiding principle”;^[67] a principle making the content of a “new legal norm” that still awaits adoption;^[68] an “emerging notion”.^[69] It is unsurprising, therefore, that the actors involved continue to invoke a legal instrument by which AWS can be prohibited.^[70] An imprecise concept of MHC that is based on moral, ethical, and value-orientated foundations will not be sufficient in itself; however, it can potentially inspire the evolution of positive law.

Jacques Maritain once highlighted how: “[w]e agree about the rights but on condition that no one asks us why [...] why is where the argument begins”.^[71] If we were to exchange the phrase the rights with MHC, we have a perfect depiction of the present status of the discourse on AWS.

Some commentators are concerned that insisting on MHC may be disadvantageous in terms of the ongoing protection of human beings

[67] Christof Heyns, “Autonomous Weapons in Armed Conflict and the Right to a Dignified Life: an African Perspective,” *South African Journal on Human Rights* 33, no. 1 (April, 2017): 70.

[68] Heyns, “Autonomous Weapons in Armed Conflict and the Right to a Dignified Life: an African Perspective,” 66.

[69] Chengeta, “Defining the Emerging Notion of Meaningful Human Control in Weapon Systems,” 835.

[70] Human Rights Watch, *Heed the Call. A Moral and Legal Imperative to Ban Killer Robots*, (New York: International Human Rights Clinic, August 2018).

[71] Jacques Maritain, *Human Rights: Comments and Interpretation*, (New York: Columbia University Press, 1949), 9.

and, as such, reject its inclusion as a legal requirement.^[72] Significantly, this particular position remains embedded in the ongoing discussions in the CCW forum.^[73] The most recent GGE Report, for example, does not contain any references to the concept of MHC and human control is only cited twice—once within the context of an explanation of the proposals of a legally-binding instrument and once within a political declaration on AWS.^[74] In contrast, while all States appear to pay lip service to the need to maintain MHC over weapons, there remains a significant lack of agreement as to what this means and involves. In the same way understandings of MHC can span a broad spectrum, as to can perceptions of the functions of MHC.

The discussion thus far has established that if the establishment of a shared understanding of MHC is required to ensure a robust system of accountability,^[75] it is not particularly indispensable; i.e., State accountability can do without. On the contrary, if the definitive objective is to maintain human input within every act of force against human targets, MHC may have an autonomous *locus standi* in IHL and IHRL. With respect to this particular element of MHC, the discussion has highlighted how: (i) an understanding of MHC of this nature is based in moral arguments; (ii) it will take further effort to translate these arguments into legal terms because MHC is not preserved in treaty and customary law and, as such, could present as a general principle of international law that is applicable to the use of force on the proviso that its purpose and meaning are fully clarified.

The current status of the discourse surrounding MHC is that it remains a *de jure condendo* principle; i.e., it is a programmatic treaty that could

[72] Rebecca Crootof, “A Meaningful Floor for Meaningful Human Control,” *Temple International and Comparative Law Journal* 30, no. 1 (December, 2016): 62.

[73] “The Report of the 2015 MoE,” Convention on Certain Conventional Weapons – Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, accessed 13 July 2022, <https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons/background-on-laws-in-the-ccw/>.

[74] “The August 2018 Report of the GGE,” Convention on Certain Conventional Weapons – Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, accessed 13 July 2022, https://meetings.unoda.org/section/ccw-gge-2022_documents_18542/.

[75] Chengeta, “Defining the Emerging Notion of Meaningful Human Control in Weapon Systems,” 835.

inspire later laws to prohibit AWS to assert force in the absence of MHC. In addition, those who contrast these weapons do not cease invoking an *ad hoc* treaty, as though moral imperatives – taking the shape of “principles of humanity” and “dictates of the public conscience” (as per IHL) as well as of the principle of “human dignity” (as per IHRL) – were not sufficient as such to legally proscribe a weapon. If one were to read between the lines, it is feasible to argue that legal positivism has emerged triumphant over natural-law theories.

We are of the opinion that a partially dissimilar reading is desirable. MHC fits best into the general principles of international law. While such principles are permeated by moral ambitions, they appropriately encompass the main notion of MHC in its narrowest denotation. However, the understanding of MHC is so diverse that it is not currently practicable to position it as a general principle of international law: the actors involved simply cannot reach a universal agreement on what it actually involves. As a result, we conclude that there is a requirement for a more principled discussion on MHC. Essentially, NGOs, States, and representatives from civil society need to become involved in debates to agree a universal understanding of the values that MHC aims to serve. Only then can the discourse progress and MHC can move toward becoming a binding general principle of international law.

VI. WHY MEANINGFUL HUMAN CONTROL SHOULD BE ELEVATED TO A PRINCIPLE OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Incorporating meaningful human control to the AP I and the preamble to the CCW would bring the principle to the forefront of standard considerations. It would make the need to consider humane behaviour and the views of the general public a formal requirement. In addition, it would also make formal the long-held moral principle that it is essential that weapons should be susceptible of control. This principle is incorporated into a number of IHL documents and is held to be true in many legal systems. Furthermore, including this principle in fundamental IHL documentation that underpins the ways in which combat should be regulated would establish it at the centre of the law of armed conflict. Its inclusion would place it on equal footing with long-accepted principles of IHL such as distinction and the need to avoid unnecessary suffering.

Including the principle in such documentation would give it more legal force. This will effectively rule that weapons that have no meaningful human control are in contravention of the law, which ought to make their deployment less likely. If meaningful human control was included in AP I then it would come under Article 36, whereby every party would be obliged to assess whether any new weaponry complied with AP I, effectively ensuring that all new weapons were subject to meaningful human control. If the principle was included in the preamble to the CCW this would lay valuable groundwork for any later protocol created regarding autonomous weaponry, because the preamble details the standard framework on which CCW regulations regarding prohibition of or restriction of particular types of weapons rest. This would make weaponry that lacked meaningful human control restricted or prohibited without the need to evaluate whether such weaponry was capable of distinction or avoiding unnecessary suffering; this will avoid the debate that has frequently provoked controversy in this area.^[76]

Including such regulations in the codification process would avoid the dead-end which is been reached through the CCW regarding this weaponry, moving the debate away from details and encapsulating an overarching principle. IHL generally evolves by initially establishing a basic principle and then going on to create regulations regarding particular weaponry at a later date. An abstract principle is useful in two ways, in that it can be regarded as more acceptable, and more applicable. Abstract principles can be more easily applied to a greater number of scenarios.^[77] This is extremely useful in terms of combat regulation, where a complex multiplicity of scenarios is possible and technology is rapidly evolving. Meaningful human control could vary for different forms of weaponry, so establishing it as a principle is essential to allow it to remain flexible and to develop in ways that allow it to adapt to developments in weaponry. Furthermore, abstract principles will probably prove more acceptable to interested parties as they are generally less restrictive and offer possibilities for the regulations to be interpreted to

[76] Adam Cook, *Taming Killer Robots: Giving Meaning to the Meaningful Human Control Standard for Lethal Autonomous Weapon Systems*, (Alabama: Air University Press Curtis E. LeMay Center for Doctrine Development and Education, 2019), 23.

[77] Steven Groves, *A Manual Adapting the Law of Armed Conflict to Lethal Autonomous Weapons Systems*, (London: Margaret Thatcher Center for Freedom The Heritage Foundation, April 2016), 4-6.

a degree. This is not to say that it is not extremely important to have clear definitions and precise regulation; incorporating the principles into regulation is not intended to fulfil such requirements; instead it would represent an initial move towards supporting the generally agreed moral principle and permitting more specifics to be introduced through legal debate at a later stage. Closer definitions of meaningful human control will doubtless develop as legal argument progresses and military documentation is reviewed.^[78]

Including such principles in documentation would demand some changes in the actors in the debate, which could lend new impetus to the discussion and new perspectives. Changes in the CCW preamble will involve negotiations including those parties who have already been involved in the discussion on the control of automated weaponry, however changes to AP I would require the participation of 60 additional states who are signatories to AP I but not signatories to the CCW. Bringing in more states would support the universal nature of the principal. Furthermore, changing the debate from a technical discussion of weaponry to a discussion of humanitarian principles could be fruitful.^[79]

The Additional Protocol I of the Geneva Convention, agreed in 1977, contains regulations with regard to the ways in which combat is conducted and how civilians may be protected. I propose that a demand for meaningful human control would be best inserted in Articles 35 and 57.^[80] Article 35

[78] Sean Welsh, “Regulating Lethal and Harmful Autonomy: Drafting a Protocol VI of the Convention on Certain Conventional Weapons,” (Proceedings of the 2019 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society, Oxford, 27 January 2019).

[79] Elvira Rosert, *How to Regulate Autonomous Weapons Steps to Codify Meaningful Humanitarian Control as a Principle of International Humanitarian Law*, (Frankfurt: Peace Research Institute Frankfurt Spotlight, December 2017), 2.

[80] Amendment procedures for AP I and the CCW: AP I has never been subject to amendment (though there were amendments to the Annexe in 1993). However, the procedure for amendment is stipulated in Article 97, which states that “Any contracting party (or several contracting parties) may submit a proposal (consisting of one or several amendments) to the Depositary of the Protocol. The Depositary will consult the contracting parties as well as the International Committee of the Red Cross by asking them for written comments, deciding on the basis of the comments whether to hold a conference to consider the amendment, and invite the parties to the conference in case of a positive decision.” The CCW was originally intended to

essentially imposes limitations on the rights of all combatants in the area of selecting the ways and means in which they conduct a combat and bans the deployment of weaponry which will cause unnecessary suffering, unnecessary injury, or environmental damage. I propose an additional cause should be added reading: It is not permitted to deploy weaponry that operates outside meaningful human control. Article 57 details the precautions that must be taken in combat, imposing an obligation for combatants to “a constant care (...) to spare the civilian population, civilians, and civilian objects.” Part of this article demands that combatants must do “everything feasible to ensure that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects.” I would add an additional clause to this, reading: Meaningful human control must be imposed at every stage of any combat operation. The CCW, which was agreed in 1980, comprises a general framework and five protocols, each one addressing a particular form of weaponry. The preamble details the fundamental principles of the Convention, which are that civilian populations must be protected, and unnecessary suffering avoided. I propose that an additional clause should be inserted into the preamble to include meaningful human control, reading: It is not permitted to deploy any form of this weaponry that operates outside meaningful human control.

VII. AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS AND MARTENS CLAUSE

Since the launch of the pro-ban efforts, the Martens Clause is frequently cited in calls to ban AWS. International lawyers are well versed on the historical background and content of Martens Clause. It was first inserted into the Preamble of the Second Hague Convention containing the Regulations on the Laws and Customs of War on Land in response to a proposal that was put forth by Fyodor Fyodorovich Martens, a Russian publicist. However, it was later included in several IHL mandates, including the CCW, it the

have a measure of flexibility and this intention has been fulfilled by the fact that a number of new protocols have been adopted. Thus far no amendments have been made to the preamble, but these are possible under the standard procedure detailed in CCW Article 8 (I) (a-b), which states: “Every party may propose amendments to the depositary, who will then determine whether a majority of the contracting parties agree to conduct a conference to discuss the amendment. However, considering the budgetary constraints, an additional conference is not necessarily needed. Instead, according to Article 30 of the CCW Rules of Procedure, amendments can also be submitted to the Chair of the Conference and discussed in one of the regular meetings.”

contemporary form of the Martens Clause. According to this article: “the civilian population and the combatants shall at all times remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience”.^[81]

Within the domain of AWS, the Martens Clause is often cited to support the view that any weapons systems that have the ability to engage in life-or-death decisions in the absence of any human intervention are against the “the principles of humanity” and “the dictates of public conscience” that are ingrained in international law.^[82] Specifically, delegating human responsibility to a machine to make decisions that could have lethal consequences would go directly against the notion of human dignity.^[83] This line of thinking is somewhat more far-reaching than those put forward previously on the basis that it is constructed upon the principles of human dignity and humanity, both of which are foundational in nature. Although this argument is underpinned by a straightforward position; i.e., the principles of human dignity/humanity are violated when a machine causes harm to a human being, it involves distinguishing between two variants.

The first of these variants is based on the assumption that it is possible to legally justify the suppression of human life if doing so is non-arbitrary; that is, based “on a considered and informed decision”.^[84] For the decision to be non-arbitrary, which is the point at which the underlying tenets of

[81] Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, opened for signature Dec. 12, 1977, Art.1 (2), 1125 UNTS 3; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, opened for signature Dec. 12, 1977, para. 4, 1125 UNTS 609.

[82] Diego Mauri, “The Holy See’s Position on Lethal Autonomous Weapons Systems An Appraisal through the Lens of the Martens Clause,” *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 11, no. 2 (June, 2020): 117.

[83] Amanda Sharkey, “Autonomous Weapons Systems, Killer Robots and Human Dignity,” *Ethics and Information Technology* 21, no. 2 (February, 2019): 83.

[84] Peter Asaro, “On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-making,” *International Review of the Red Cross* 94, no. 1 (June, 2012): 687.

humanity come into play, the action that results in the death of a human must be based on human judgment because it is only human cognitive processes that guarantee a full comprehension “of the value of individual life [and] the significance of its loss”.^[85]

The second variant was put forward by Christof Heyns, the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions.^[86] He argued that allowing robots to make potentially lethal decisions would blatantly fly in the face of human dignity on the basis that it would deny them a position from which they “have no venue, futile or not of appealing to the humanity of the enemy”. In fact, the decision as to whether or not to attack a target would have been made according to a set of hypothetical data that was established during the stage at which the AWS was programmed or by the machine’s own development in response to intelligent learning from past experiences. In this regard, the ultimate life-or-death decision could not be overruled at the point at which the AWS is on the verge of releasing force, and the outcome would be that the human target would be in some way written off without any opportunity to change the outcome.^[87]

This argument has been rebuffed on many levels. The main argument against both variants is that it draws from several implications’ connotations of the principles of humanity and human dignity that have yet to be demonstrated in practice. For example, the assumption that non-arbitrary use of lethal force needs to be an outcome of value judgements that are derived from human reason is often disputed. From a legal perspective, it is only necessary that the targeting decisions in themselves, regardless of the party that makes them, are in compliance with the objective requirements of IHL. Furthermore, it is also rational to argue that, from the perspective of the people that are the potential targets of lethal force, it does not actually

[85] Human Rights Watch, *Shaking the Foundations: The Human Rights Implications of Killer Robots*, (New York: Human Rights Watch, May 2014), 3.

[86] Heyns, “Autonomous Weapons in Armed Conflict and the Right to a Dignified Life: an African Perspective,” 68.

[87] Maya Brehm, *Defending the Boundary: Constraints and Requirements on the Use of Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian and Human Rights Law*, (Geneva: Geneva Academy of International Law and Human Rights, February 2017), 65.

matter “the threat they are exposed to comes from manned or unmanned weapons”, because it is highly dubious as to whether “the mere potentiality of a human commander’s mercy or compassion would make a difference if, in fact, this potentiality does not materialize”.^[88]

To some extent, these criticisms highlight the extent to which the arguments against AWS that are based exclusively on the “principles of humanity” elements of Martens Clause are constructed on *a priori* assumptions that fall apart when put under greater scrutiny. However, the counterarguments that are leveraged fail to take into consideration the fact that human dignity and humanity are not indisputable concepts; i.e., it is not possible to infer what specifically represents inhumane purely through a process of logical deduction. Rather, the notion of dignity is “a function of contemporary social understandings”.^[89]

This line of thinking is embodied in the reference to the “dictates of public conscience” that is included in Martens Clause. This pulls the intangible “principles of humanity” back to a more concrete form that is embedded in the way in which the international community responds to the realities of warfare on a social level.^[90] Undeniably, this aspect of the clause is perhaps one of the most contentious because there is an inherent lack of certainty as to whose conscience is of relevance.^[91] The opinions of the State and academics can differ somewhat in this regard because they vary from those that purely equate “public conscience” with *opinio iuris* to those that assert that

[88] Dieter Birnbacher, “Are Autonomous Weapon Systems a Threat to Human Dignity?,” in *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, ed. Nehal Bhuta, Susanne Beck, Robin Geiss, Hin-Yan Liu, Claus Kress (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 121.

[89] Robert Sparrow, “Robots and Respect: Assessing the Case Against Autonomous Weapon Systems,” *Ethics & International Affairs* 30, no. 1 (March, 2016): 109.

[90] Rupert Ticehurst, “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict,” *International Review of the Red Cross* 37, no. 3 (January, 1997): 134.

[91] Theodor Meron, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience,” *American Journal of International Law* 94, no. 1 (January, 2000): 85.

the Martens Clause promotes public opinion to an IHL source.^[92] It's also worth noting that the ICJ did not provide more transparent guidance when it addressed Martens Clause in the *Nuclear Weapons Advisory Opinion*.^[93]

The basic notion that AWS should not have the ability to make life-or-death decisions has been increasingly attracting consensus in more recent times across the international context as a whole. Specific evidence of this can be found across various documents and meetings; for example, in the States at the Human Rights Council's reaction to the presentation of the Heyns Report on Lethal AWS,^[94] at the UN General Assembly First Committee on Disarmament and International Security, and during CCW Informal Meetings of Experts;^[95] in parliamentary proposals that are directly designed to address this situation;^[96] in the publications of international human rights supervisory bodies;^[97] in the qualified criticism voiced in the Open Letters signed in 2015 and 2017, respectively, by renowned experts in the fields of robotics and artificial intelligence (AI) and founders and CEOs of AI and

[92] Meron, "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience," 93.

[93] *International Court of Justice (ICJ), Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 08/07/1996, § 226.*

[94] Christof Heyns, *Report by the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions UN Doc A/HRC/23/47*, (Geneva: UN, April 2013), 63-74.

[95] "Chris Carpenter, US Public Opinion on Autonomous Weapons," Convention on Certain Conventional Weapons – Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, accessed 13 July 2022, <https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons/background-on-laws-in-the-ccw/>.

[96] Stephan Kolossa, "Hasta la Vista, LAWS – Where Do We Stand on the Long-Debated Ban on Lethal Autonomous Weapon Systems?," *Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 1, no. 3 (September, 2018): 207.

[97] African Commission on Human and Peoples' Rights, "General Comment No 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)," 57th Ordinary Session 4-18 November 2015 para 35.

robotics companies;^[98] and in the results of opinion surveys.^[99] Although it would be largely speculative to come to a conclusion in this regard, it is clear that there is an overall movement toward prohibiting AWS.

However, even if the various movements were to become consolidated under the umbrella of “dictates of public conscience”, it is difficult to conceive what normative outcomes would result? Some factions argue that this would be entirely immaterial because the Martens Clause only comes into play when more specific regulation is unavailable, while the extant weapons law is presently awash with standards and tenets that have applications that can be readily extended to AWS.^[100] This notion, which serves to strip the Martens Clause of any relevance in modern-day contemporary international law, remarkably bears a resemblance to the argument put forward by the Russian Federation immediately prior to the ICJ during the advisory trials in the *Nuclear Weapons* case. At that time, it was argued that the Clause should be “formally be considered inapplicable”^[101] due to the basis of the implementation of a complete code of war with the Geneva Conventions and the Protocols. However, this argument was outright rejected by the ICJ, which highlighted how the Clause has ongoing relevance as “effective means of addressing the rapid evolution of military technology”.^[102] This *dictum* is even more relevant to contemporary technologies like AWS because their disruptive nature means that it is problematic to apply the tenets that were developed in relation to human-controlled weapons to systems of this nature.

[98] “An Open Letter to the United Nations Convention on Certain Conventional Weapons,” Future of Life Institute, accessed 14 July 2022, <https://futureoflife.org/autonomous-weapons-open-letter-2017>.

[99] “Three in Ten Americans Support Using Autonomous Weapons,” Ipsos, accessed 7 July 2022, www.ipsos.com/en-us/news-polls/three-ten-americans-support-using-autonomous-weapons.

[100] Michael Schmitt, “Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics,” *Harvard National Security Journal* 4, no.1 (February, 2013): 32.

[101] *International Court of Justice (ICJ), Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 08/07/1996, § 13.*

[102] *International Court of Justice (ICJ), Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 08/07/1996, § 78.*

That said, extensive antipathy, even if manifested into the “dictates of public conscience”, is not able to *ipso facto* prohibit the development and application of AWS. As per Theodor Meron’s stark warning, “the Martens clause does not allow one to build castles of sand”.^[103] Contrary to what proponents of the bro-ban movements may argue, states did not purposely include tenets of humanity and the edicts of public conscience in the considerations on which international humanitarian law was formed.^[104] However, as Meron highlighted, the Clause fulfils a more restricted, yet proportionately beneficial function because “[i]t serves as a powerful vehicle for governments and especially NGOs to push the law ever more to reflect human rights concerns. Where there already is some legal basis for adopting a more humanitarian position, the Martens clause enables decision makers to take the extra step forward”.^[105]

As a result of this observation, we can more effectively position the Martens Clause within the whole argumentative strategy that is put forward by the pro-ban campaign by determining its exact weight and role. In their current form, neither the “principles of humanity” nor the “dictates of public conscience” elements of the Clause serve as isolated cases against AWS because they do not represent formally recognized sources of international law. More accurately, they may strengthen the contentions examined in the previous sections and, thereby, provide pro-ban campaigners with further leverage to persuade cautious states to progress toward the acceptance of a Protocol that outlaws the potentially lethal applications of AWS.

[103] Meron, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience,” 88.

[104] Antonio Cassese, “The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?,” *European Journal of International Law* 11, no. 1 (February, 2000): 187.

[105] Meron, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience,” 88.

CONCLUSION

The aspiration to retain meaningful human control over the functions of autonomous weapon systems represents a response to the notion that increasing the autonomous competencies of weapon systems represents removing some human aspect from military operations. The perception that a formal mandate for meaningful human control may be acknowledged in, or incorporated within, existing international humanitarian law originated from civil society actors and is being adopted by an increasing number of the States who are involved in the Convention on Certain Conventional Weapons deliberations on autonomous weapon systems.

Regardless of the fact that the parties involved have yet to agree on a clear-cut definition of meaningful human control, the notion appears to be conceptually unsound. It depends on the inaccurate premise that autonomous technologies are inherently associated with a lack of human control and a mistaken perception that international humanitarian law does not already dictate that humans need to have adequate control over weapon systems.

From the viewpoint of the author, it may be possible to better rise to the challenges associated with the use of autonomous weapons systems by contextually applying the law in its current form as opposed to introducing new laws. The notion of meaningful human control facilitates the implementation of the law in its current form but does not add anything new to the existing standards. Rather, including this concept may introduce problems on the basis that it could distort some of the lucidity of the existing rules and, thereby, weaken existing law. As such, the law should not be modified, and the notion of meaningful human control should not be written into law. However, the term could serve alternative purposes if it is examined in more depth in the political and non-legal domains.

As described in the introductory section, the terminology is of high relevance. It may have a range of purposes; however, in the context of international law, it enables a more accurate determination of obligations and rights. The concept of meaningful human control is not suitable for such precise specifications. It highlights considerations that are of relevance and interest; however, if it were to be written into the law, there is a high risk that it would weaken international standards as opposed to reinforcing

them. To this end, while the concept may have application in the political domain, it should be avoided in the legal context.

REFERENCES

Adams, Thomas. "Future Warfare and the Decline of Human Decision-making." *Parameters* 31, no. 4 (2001): 57. <https://doi:10.55540/0031-1723.2058>.

African Commission on Human and Peoples' Rights. "General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4)." Accessed 11 July 2022. <http://www.achpr.org/instruments/general-comments-right-to-life/>.

Amoroso, Daniele, & Guglielmo Tamburrini. "Toward a Normative Model of Meaningful Human Control over Weapons Systems." *Ethics & International Affairs*, 35, no. 2, (2021): 245-272. <https://doi:10.1017/S0892679421000241>.

Amoroso, Daniele, Frank Sauer, Noel Sharkey, Lucy Suchman and Guglielmo Tamburrini. *Autonomy in Weapon Systems The Military Application of Artificial Intelligence as a Litmus Test for Germany's New Foreign and Security Policy*. Berlin: Heinrich Böll Foundation, 2018.

Asaro, Peter. "Jus Nascendi: Robotic Weapons and the Martens Clause." in *Robot Law*, Editors Ryan Calo, Michael Froomkin, Ian Kerr, 367-386. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

Asaro, Peter. "On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-making." *International Review of the Red Cross* 94, no. 1 (June, 2012): 687-709. <https://10.1017/S1816383112000768>.

Bassiouni, Mahmoud. "A Functional Approach to General Principles of International Law." *Michigan Journal of International Law* 11, no. 3 (1990): 768-818.

Besson, Samantha. "General Principles of International Law: Whose Principles?." in *Les Principes en Droit Europeen – Principles in European Law*, Editors Samantha Besson and Pascal Pichonnaz, 19-64. Zurich: Schulthess, 2011.

- Biddulph, Michelle and Dwight Newman. "A Contextualized Account of General Principles of International Law." *Pace International Law Review* 26, no. 2 (March, 2014): 286-344.
- Birnbacher, Dieter. "Are Autonomous Weapon Systems a Threat to Human Dignity?." in *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Editors Nehal Bhuta, Susanne Beck, Robin Geiss, Hin-Yan Liu, Claus Kress, 105-121. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- Bode, Ingvild, Hendrik Huelss. "Autonomous Weapons Systems and Changing Norms in International Relations." *Review of International Studies* 44, no. 3 (2018): 413. <https://doi:10.1017/S0260210517000614>.
- Bolton Matthew, Thomas Nash and Richard Moyes. *Ban Autonomous Armed Robots*. London: Article 36, March 2012.
- Bonafè, Beatrice, Paolo Palchetti. "Relying on General Principles in International Law." in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Editors Catherine Brölmann and Yannick Radi, 160-176. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.
- Brehm, Maya. *Defending the Boundary: Constraints and Requirements on the Use of Autonomous Weapon Systems Under International Humanitarian and Human Rights Law*. Geneva: Geneva Academy of International Law and Human Rights, February 2017.
- Canellas, Marc, Rachel Haga. "Lost in Translation: Building a Common Language for Regulating Autonomous Weapons." *Technology and Society Magazine IEEE* 35, no:3 (September, 2016): 50-58.
- Cassese, Antonio. "The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?." *European Journal of International Law* 11, no. 1 (February, 2000): 187-216. <https://doi.org/10.1093/ejil/11.1.187>.
- Chambre des Représentants de Belgique. "Proposition de resolution visant a interdire l'utilisation, par la Defense belge, de robot tueurs et de drones armes." Accessed 07 June 2022. <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?lang=F&legislat=54&dossierID=3203>.

- Chengeta, Thompson. “Defining the Emerging Notion of Meaningful Human Control in Autonomous Weapon Systems.” *New York Journal of International Law & Politics* 49, no. 3 (2017): 833–90.
- Convention on Certain Conventional Weapons – Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems. “The Report of the 2015 MoE.” Accessed 13 July 2022. <https://www.un.org/disarmament/the-convention-on-certain-conventional-weapons/background-on-laws-in-the-ccw/>.
- Convention on Certain Conventional Weapons – Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems. “The August 2018 Report of the GGE.” Accessed 13 July 2022. https://meetings.unoda.org/section/ccw-gge-2022_documents_18542/.
- Cook, Adam. *Taming Killer Robots: Giving Meaning to the Meaningful Human Control Standard for Lethal Autonomous Weapon Systems*. Alabama: Air University Press Curtis E. LeMay Center for Doctrine Development and Education, 2019.
- Crootof, Rebecca. “A Meaningful Floor for Meaningful Human Control.” *Temple International and Comparative Law Journal* 30, no. 1 (December, 2016): 62.
- Degan, Vladimir. *Sources of International Law*. The Hague: Nijhoff, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Harvard University Press, 1978.
- Ekelhof, Merel. “Complications of a Common Language: Why it is so Hard to Talk about Autonomous Weapons.” *Journal of Conflict and Security Law* 22, no. 2, (Summer, 2017): 311–331. <https://doi.org/10.1093/jcsl/krw029>.
- Ekelhof, Merel. “Moving Beyond Semantics on Autonomous Weapons: Meaningful Human Control in Operation.” *Global Policy* 10, no. 3 (September, 2019): 344. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12665>.
- European Parliament, *Resolution of 12 September 2018 on Autonomous Weapon Systems (2018/2752(RSP))*, P8_TA-PROV(2018)0341.

- Future of Life Institute. "An Open Letter to the United Nations Convention on Certain Conventional Weapons." Accessed 14 July 2022. <https://futureoflife.org/autonomous-weapons-open-letter-2017>.
- Geiss, Robin. *The International-Law Dimension of Autonomous Weapons Systems*. Berlin: Friedrich-Ebert-Stiftung, October 2015.
- Germany (Opening Statement, CCW Meeting of Experts on LAWS: General Exchange, May 2014).
- Group of Governmental Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) 9-13 April 2018 Statement By The African Group.
- Groves, Steven. *A Manual Adapting the Law of Armed Conflict to Lethal Autonomous Weapons Systems*. London: Margaret Thatcher Center for Freedom The Heritage Foundation, April 2016.
- Haner, Justin, Denise Garcia. "The Artificial Intelligence Arms Race: Trends and World Leaders in Autonomous Weapons Development." *Global Policy* 10, no. 3 (September, 2019): 331-37. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12713>.
- Henckaerts, Jean Marie and Louise Doswald Beck. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Heyns, Christof Heyns. "Autonomous Weapons in Armed Conflict and the Right to a Dignified Life: an African Perspective." *South African Journal on Human Rights* 33, no. 1 (April, 2017): 46-71. <https://doi.org/10.1080/02587203.2017.1303903>.
- Heyns, Christof. *Report by the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions UN Doc A/HRC/23/47*. Geneva: UN, April 2013.
- Horowitz, Michael and Paul Scharre. *Meaningful Human Control in Weapon Systems: A Primer*. Washington: Center for a New American Security, March 2015.
- Human Rights Watch. *Heed the Call. A Moral and Legal Imperative to Ban Killer Robots*. New York: International Human Rights Clinic, August 2018.

- Human Rights Watch. *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*. New York: Human Rights Watch, 2012.
- Human Rights Watch. *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*. New York: Human Rights Watch, December 2003.
- Human Rights Watch. *Shaking the Foundations: The Human Rights Implications of Killer Robots*. New York: Human Rights Watch, May 2014.
- ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany vs. Netherlands (Judgment))*, ICJ Rep. 3, 44, 20/02/1969 § 77.
- International Court of Justice (ICJ), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 08/07/1996, § 226*.
- Ipsos. “Three in Ten Americans Support Using Autonomous Weapons.” Accessed 7 July 2022. www.ipsos.com/en-us/news-polls/three-ten-americans-support-using-autonomous-weapons.
- Japan (Opening Statement, CCW Meeting of Experts on LAWS: General Exchange, April 2018).
- Kolb, Robert. “Principles as Sources of International Law with Special Reference to Good Faith.” *Netherlands International Law Review* 53, no. 1 (April, 2006): 1-36. <https://doi.org/10.1017/S0165070X06000015>.
- Kolossa, Stephan. “Hasta la Vista, LAWS – Where Do We Stand on the Long-Debated Ban on Lethal Autonomous Weapon Systems?.” *Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 1, no. 3 (September, 2018): 195-208.
- Marauhn, Thilo. “Meaningful Human Control – and the Politics of International Law.” in *Dehumanization of Warfare*, Editors Wolf Heintschel von Heinegg, Robert Frau and Tassilo Singer, 207-218. Berlin: Springer, 2018.
- Maritain, Jacques. *Human Rights: Comments and Interpretation*. New York: Columbia University Press, 1949.

- Mauri, Diego. "The Holy See's Position on Lethal Autonomous Weapons Systems An Appraisal through the Lens of the Martens Clause." *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 11, no. 2 (June, 2020): 116-147. <https://doi.org/10.1163/18781527-bja10001>.
- Mazzeschi, Riccardo Pisillo and Alessandra Viviani. "General Principles of International Law: From Rules to Values?." in *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Editors Riccardo Pisillo Mazzeschi and Pasquale De Sena, 125-160. Berlin: Springer, 2018.
- Meier, Michael. *U.S. Delegation Statement on Appropriate Levels of Human Judgment*. Geneva: US Mission to International Organizations in Geneva, April 2016.
- Meron, Theodor. "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience." *American Journal of International Law* 94, no. 1 (January, 2000): 78-89. <https://doi.org/10.2307/2555232>.
- Ministry of Defence. *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems Joint Doctrine Note 2/11*. London: Ministry of Defence, March 2011.
- Moyes, Richard. *Key Elements of Meaningful Human Control*. London: Article 36, April 2016.
- Moyes, Richard. *Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons*. London: Article 36, April 2013.
- Neslage, Kevin. "Does Meaningful Human Control Have Potential for the Regulation of Autonomous Weapon Systems?." *University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review* 6, (2015): 151.
- Norway (Opening Statement, CCW Meeting of Experts on LAWS: General Exchange, May 2014).
- O'Connell, Mary and Caleb Day. "Sources and the Legality and Validity of International Law—Natural Law as Source of Extra-Positive Norms." in *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Editors Samantha Besson and Jean D'Aspremont, 543-581. Oxford: Oxford University Press, 2017.

- Poland (Text, CCW Meeting of Experts on LAWS: Characteristics of LAWS, April 2015) 1.
- Republic of Korea (Opening Statement, CCW Meeting of Experts on LAWS: General Exchange, April 2015).
- Rosert, Elvira. *How to Regulate Autonomous Weapons Steps to Codify Meaningful Humanitarian Control as a Principle of International Humanitarian Law*. Frankfurt: Peace Research Institute Frankfurt Spotlight, December 2017.
- Sauer, Frank. *ICRAC Statement on Technical Issues to the 2014 UN CCW Expert Meeting*. Geneva: International Committee for Robot Arms Control, May 2014.
- Schmitt, Michael. "Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics." *Harvard National Security Journal* 4, no.1 (February, 2013): 1-37.
- Sharkey, Amanda. "Autonomous Weapons Systems, Killer Robots and Human Dignity." *Ethics and Information Technology* 21, no. 2 (February, 2019): 75-87. <https://doi.org/10.1007/s10676-018-9494-0>.
- Sio, Filippo Santoni de, Joen van den Hoven. "Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account." *Front Robot AI* 5, no:15 (February, 2018):1-14.
- Sparrow, Robert. "Robots and Respect: Assessing the Case Against Autonomous Weapon Systems." *Ethics & International Affairs* 30, no. 1 (March, 2016): 93-116. <https://doi:10.1017/S0892679415000647>.
- Ticehurst, Rupert. "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict." *International Review of the Red Cross* 37, no. 3 (January, 1997): 125-134. <https://doi.org/10.1017/S002086040008503X>.
- Tomuschat, Christian. *International Law Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law*. The Hague: M. Nijhoff, 2001.

- Trindade, Cancado. "Some Reflections on the Principle of Humanity in its Wide Dimension." in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Editors Robert Kolb and Gloria Gaggioli, 188-198. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.
- Trindade, Cancado. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. The Hague: Nijhoff, 2010.
- UNIDIR. *The Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies: Considering How Meaningful Human Control Might Move the Discussion Forward*. Geneva: United Nations Institute for Disarmament Research, 2014.
- Welsh, Sean. "Regulating Lethal and Harmful Autonomy: Drafting a Protocol VI of the Convention on Certain Conventional Weapons." Proceedings of the 2019 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society. Oxford, 27 January 2019.

Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması Çerçevesinde İlaç Patentlerinde Zorunlu Lisans ve Covid-19 Döneminde Yaşanan Bazı Gelişmeler

Ahunur AÇIKGÖZ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Arş. Gör., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Fikrî Mülkiyet Hukuku ABD, acikgozahu@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0002-8301-7072.

Makale geliş tarihi: 7 Temmuz 2022 **Makale kabul tarihi:** 17 Temmuz 2023

Atıf önerisi: Açıkgöz, Ahunur. “Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması Çerçevesinde İlaç Patentlerinde Zorunlu Lisans ve Covid-19 Döneminde Yaşanan Bazı Gelişmeler.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 3 (Temmuz 2023): 103-186. **DOI:** 10.30915/abd.1141298.

ÖZ

Çalışmamızda ilaç patentleri bakımından zorunlu lisans kurumu 1995 tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmada öncelikle ilaç patentleri ve sağlık hakkı arasındaki ilişki belirlenmiş ve ilaçların patentlenmesine ilişkin tarihsel sürece kısaca değinilmiştir. Ardından, Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması'na ilişkin genel bilgilere yer verilmiş ve anılan Anlaşma'da patentli ilaçlara erişimi artırmak üzere kullanılacak hükümler incelenmiştir. Bu hükümler arasından zorunlu lisansa ilişkin düzenlemeler ise ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Çalışmada ayrıca, kamu sağlığı ihtiyaçlarına cevap vermek üzere zorunlu lisans kurumuna ilişkin değişikliklere yol açan gelişmeler ve bu değişiklikler de anlatılmıştır. Çalışmanın son bölümünde ise COVID-19 pandemisi esnasında patentli ilaçlar bakımından zorunlu lisans kurumuna ilişkin dünya üzerinde yaşanan birtakım gelişmelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Zorunlu lisans

ilaç patentleri

COVID-19

TRIPS

Doha Deklarasyonu

COMPULSORY LICENSING OF DRUG PATENTS IN THE CONTEXT OF THE AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND SOME DEVELOPMENTS IN THE COVID-19 ERA

ABSTRACT

In this study, compulsory licensing of drug patents is examined in the context of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. First, the connection between drug patents and right to health is explained and a brief history of drug patenting is discussed. After that, some general informations on the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and its provisions that can facilitate access to patented drugs are stated. Among these provisions, the one about the compulsory licensing is analyzed in detail. Furthermore, some events that cause the amendments in the compulsory licensing to address the needs of the public health and also those amendments themselves are discussed. In the last part of the study, some developments related with the compulsory licensing of drug patents throughout the world during the COVID-19 era are introduced.

Keywords:

Compulsory licensing

drug patents

COVID-19

TRIPS

Doha Declaration

GİRİŞ

Sağlık hakkının en önemli alt başlıklarından biri olan ilaca erişim hakkı ile sahibine hukuk düzenince belirlenen bir süre boyunca tek haklı sağlayan patent hakları arasındaki ilişki ve denge hukukçuları her zaman meşgul eden bir konu olagelmıştır. Konunun toplum sağlığı ile olan bağlantısı, yalnızca hukukçuların değil farklı fikrî mülkiyet politikalarına sahip ülkelerin de zaman zaman karşı karşıya gelmesine yol açmıştır. Özellikle uluslararası anlaşmaların müzakereleri sürecinde az gelişmiş, gelişmekte olan ve gelişmiş ülkeler arasındaki tansiyonun yükseldiği ve ülkelerin izlediği farklı politikaların anlaşma metinlerine yansdığı görülmektedir.

Fikrî mülkiyet haklarının koruma şartlarını düzenleyen ve Dünya Ticaret Örgütü'ne üye devletlerin ulusal mevzuatlarının uyumlaştırılmasını amaçlayan Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)^[1] da ülkelerin kendi fikrî mülkiyet politikalarını dayatmaya çalıştığı bir iklimde imzalanmıştır. COVID-19 pandemisinin ortaya çıkması ile TRIPS anlaşmasındaki ilgili hükümlerin ilaca erişimi ve özellikle ilacın gelişmiş ülkelere geliştirmekte veya az gelişmiş ülkelere ihracını artırma konusundaki elverişliliği sorunu yeniden önem kazanmıştır. Gerçekten de Anlaşma hükümlerine başvurulduğu önceki pratikler de göstermektedir ki, bu hükümler ilaca erişimi artırma konusunda birçok açıdan yetersiz kalmaktadır. Bunun yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri gibi gelişmiş ülkelerin sahip olduğu ilaç pazarlama gücünün zayıflamasını engellemek için diğer ülkeler üzerindeki baskıcı ve caydırıcı politikalarına ilişkin geçmiş dönem tecrübeleri Anlaşma hükümlerinin işletilmesi bakımından önemli bir çekince olarak COVID-19 döneminde sıklıkla dile getirilmiştir. Bu durum göstermektedir ki, patent haklarının ilaca erişimi sınırlandırması sorunu yalnızca hukuki bir sorun olarak değil aynı zamanda politik bir sorun olarak da karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar COVID-19 pandemisinin etkisinin azaldığı görülmekteyse de yukarıda anılan sorunların, COVID-19 döneminde küresel çapta ilaca

[1] Türkiye'nin, 29.01.1995 tarih ve 22186 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4067 sayılı Kanunla DTÖ Kurucu Anlaşmasına katılması uygun bulunmuştur. 25.02.1995 tarihli ve 22213 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 95/6525 Bakanlar Kurulu Kararı ile Anlaşma, ekleri ile birlikte, ülkemiz açısından 31.12.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte RG'de yayımlanan ilgili Bakanlar Kurulu Kararı'nda DTÖ Kurucu Anlaşması'nın 1C numaralı eki olan TRIPS'in Türkçe metnine yer verilmemiştir.

erişimin artırılması bağlamında ne şekilde ele alındığı ve ne gibi çözüm önerilerinin sunulduğunun tespiti gelecekte ortaya çıkması muhtemel pandemiler bakımından alınacak uluslararası tedbirlerin aciliyetini ve önemini ortaya koymaktadır. Bu itibarla çalışmada, politik iklimin Anlaşma hükümlerinin uygulanmasını ne ölçüde etkilediğini gösteren somut örneklerin incelenmesi, TRIPS Anlaşması ve ilaçlar arasındaki bağlantıyı inceleyen literatür ve COVID-19 ve patent hakları ilişkisini ele alan literatürün taranması sonucunda Anlaşma hükümlerinin ve uluslararası mekanizmaların küresel çapta acil ilaç ihtiyacını karşılamada yetersiz olduğu sonucuna varılmıştır.

Yukarıda anılanlar çerçevesinde, çalışmada öncelikle ilaçlar ve patent hakları arasındaki ilişki ve ilaçların TRIPS Anlaşması ile patent koruması altına alınmasına giden tarihsel süreç ele alınmıştır. Bu tarihsel sürecin de yukarıda bahsedilen politik iklimden bağımsız bir şekilde gelişmediğinin tespiti esasında pandemi döneminde ilaca erişimin istenilen derecede sağlanamamasının nedenlerinin çok daha eski tarihlere dayandığını göstermektedir. Ardından çalışmada ülkelerin farklı fikrî mülkiyet politikalarının TRIPS Anlaşması'nın müzakere sürecine etkisi ve bunun da TRIPS'in ilaca erişimi kolaylaştıran hükümlerini nasıl şekillendirdiği incelenmiştir. Bu bağlamda özellikle ilacın az gelişmiş ve gelişmekte olan bazı ülkelere ihracatına imkan veren zorunlu lisans kurumu, Doha Deklarasyonu süreci ve ilgili TRIPS hükümleri çerçevesinde detaylandırılmıştır. Yine ilgili detaylandırmaların COVID-19 döneminde dile getirilen endişelerin anlaşılması açısından önemli olduğu düşünülmektedir. Çalışmanın son bölümünde ise patent haklarının COVID-19 pandemisinin etkisinin azaltılmasında gerçekten bir engel olup olmadığı, farklı ülkelerin küresel sağlık krizinin aşılmasında patent haklarının engel oluşturmasının önlenmesine yönelik sundukları uluslararası boyuttaki çözüm önerileri, yine ülkelerin ilaca erişim sorununa çözüm amacıyla ulusal mevzuatında gerçekleştirilen değişiklikler ve nihayet TRIPS Anlaşması'nın ihracatı kolaylaştıran zorunlu lisans hükümlerinin COVID-19 pandemisi döneminde uygulamaya geçirilmesine ilişkin teşebbüsler ve bu teşebbüslerin nasıl sonuçsuz kaldığı ele alınmıştır.

I. İLAÇ PATENTLERİ

A) İLACIN TANIMI, İLAÇ VE SAĞLIK HAKKI

1- Tanımı

AB hukukunda ilaç, 2004/27 sayılı Direktif^[2] m. 1’de tanımlanmıştır. İlgili maddeye göre ilaç (*medicinal product*), insan hastalıklarını önleme veya tedavi etme özelliklerine sahip olarak sunulan herhangi bir madde veya maddeler kombinasyonu veya tıbbi bir teşhis yapmak ya da farmakolojik, immünolojik veya metabolik bir işlem uygulanarak fizyolojik bir fonksiyonu eski haline getirmek, düzeltmek ya da değiştirmek amacıyla insanlarda kullanılabilen veya insanlara uygulanabilen madde veya maddeler kombinasyonudur.

Türk hukukunda ise birden fazla ilaç tanımına ve ilaçla eş anlamlı kullanılan birden fazla kelimeye rastlanmaktadır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla en eski tanım 1928 tarihli 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu^[3] m. 1’de yer almaktadır. Hükme göre “*Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafik muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar*” ismi verilmektedir. 1984 tarihli İthal Edilecek İlaç Ham, Başlangıç Maddeleri İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Yönetmeliği’nde^[4] ise İspençiyari ve Tıbbi Müstahzar ifadesinin “ilaç” anlamına geldiği belirtilmiş ancak kavrama ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır.

İlaç kavramının daha güncel bir tanımı ise, yukarıda anılan AB direktiflerinde yer alan düzenlemelerle paralel olacak bir şekilde 2013 tarihli İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’te^[5] yapılmıştır. Yönetmelik m. 4/1-p’ye göre ilaç veya beşeri tıbbi ürün, “(h)astalığı

[2] Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use, OJ. L. 136/34-57, 30.04.2004.

[3] RG 14.05.1928, S. 898.

[4] RG 01.11.1984, S. 18562.

[5] RG 13.04.2013, S. 28617.

önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu”dur. Görüldüğü üzere bu Yönetmelik’te de ilaç ifadesi ile beşeri tıbbi ürün ifadesi eş anlamlı olarak kullanılmıştır.^[6] Anılan tanımda yer alan ve ilaçların üretiminde kullanılan etkin madde ise 2017 tarihli Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği’nde^[7] tanımlanmıştır. Yönetmelik m. 4/1-d’ye göre ilaçların içerdiği etkin madde, “(b)ir beşeri tıbbi ürünün üretiminde kullanılması planlanan, üretiminde kullanıldığında fizyolojik fonksiyonları düzeltmek, iyileştirmek, değiştirmek veya tıbbi teşhis amacıyla farmakolojik, immünolojik veya metabolik etki göstermek üzere ürünün etkin bileşeni olan madde ya da maddeler karışımını” ifade etmektedir.

2- İlaç, Sağlık Hakkı ve İlaça Erişim Hakkı

İlaçlar bireylerin ve kamunun sağlığını garanti altına alan en temel ürünlerdir. Toplumun tüm kesimlerinin ilaçlardan istifade etmesinin kolaylaştırılması, bireylerin sağlığının korunmasının yanı sıra, uzak mesafelerin kısa zamanlarda kat edilebildiği ve değişen iş ve yaşam şartları ile paralel olarak fiziksel etkileşimin arttığı küreselleşen bir dünyada, bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi açısından da oldukça önemlidir.

Bireylerin ilaçlara erişiminin sağlanmasının neden önemli olduğuna ilişkin birden çok etik sebep ileri sürülebilir. Bununla beraber, ilaca erişimin önemi,

[6] İlaç kavramına ilişkin benzer bir başka tanım için bkz. İlaçların Güvenliği Hakkında Yönetmelik (RG 14.04.2014, S. 28973) m. 4/1-h. Beşeri tıbbi ürüne ilişkin benzer diğer bazı tanımlar için bkz. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik (RG 03.07.2015, S. 29405) m. 4/1-b; Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği (RG 21.10.2017, S. 30217) m. 4/1-b; Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği (RG 11.12.2021, S. 31686) m. 4/1-b. Özellikle 2021 tarihli Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nde yer alan tanımın 2004/27 sayılı Direktif’te yer alan tanımın aynısı olduğu söylenebilir. Türk hukukunda mevzuatta birden fazla ilaç tanımının yer alması eleştirilmiş ve AB mevzuatı ile uyum çalışmaları kapsamında ilaç kavramının tanımının yeknesaklaştırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Ayşegül Sezgin Huysal, *İlaç Patenti* (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2016), 10-11.

[7] RG 21.10.2017, S. 30217.

elbette ki bu etik sebeplerin de teşvikiyle, temel insan haklarına ilişkin uluslararası metinlerde de, dolaylı olarak, yazılı bir şekilde somutlaştırılmıştır.

Her şeyden önce, ilacın düzeltmeyi ve iyileştirmeyi hedeflediği sağlık, bir insan hakkı olarak güvence altına alınmıştır. İnsan hakkı olarak sağlık hakkı temelini 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi^[8] m. 25'ten almaktadır. Maddeye göre “Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır.”

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)’nün 7 Nisan 1948 tarihinde yürürlüğe giren Anayasası’nın^[9] önsözünde de, ulaşılabilecek en yüksek seviyede sağlık standartlarından faydalanmanın; ırkı, dini, siyasi görüşü, içinde bulunduğu ekonomik veya sosyal koşullar önemli olmaksızın, her insanın temel haklarından biri olduğu vurgulanmıştır.

1966’da Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde imzalanan, 1976’da yürürlüğe giren Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme^[10] m. 12/1’e göre de, Sözleşme’ye taraf devletler herkese “erişilebilir en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standardından yararlanma hakkını” tanımak zorundadırlar.

İşte, temel ilaçlara (*essential medicines*^[11]) erişimin sağlanması, yukarıda anılan uluslararası düzenlemelerle garanti altına alınan sağlık hakkının

[8] Beyannamenin orijinal metni için bkz. “Universal Declaration of Human Rights,” United Nations, erişim 1 Temmuz 2022, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

[9] Orijinal metin için bkz. “Constitution of the World Health Organization,” WHO, erişim 1 Temmuz 2022, <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>.

[10] Sözleşme’nin orijinal metni için bkz. “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,” United Nations, erişim 1 Temmuz 2022, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>. Türkiye’nin 04.06.2003 tarihli, 4867 sayılı Kanunla Sözleşme’ye katılması uygun bulunmuş, katılmanın onaylanmasına ilişkin 10.07.2003 tarih, 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve Sözleşme’nin Türkçe metni 11.08.2003 tarihli 25196 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

[11] Temel ilaçlar, halkın öncelikli sağlık ihtiyaçlarını karşılayan ilaçlardır. DSÖ tarafından 2021 yılı için belirlenen temel ilaçların listesi için bkz. “WHO model list of essential

bir parçası olarak kabul edilmektedir.^[12] Bu itibarla, “temel ilaçlara erişim hakkı”, sağlık hakkının bir görünümünü oluşturmaktadır.^[13] Temel ilaçlara erişimin sağlanması ilaçların; yeterli miktarlarda, uygun dozlarda, garanti edilmiş bir kalitede, bireylerin mali gücünü aşmayacak bir bedel karşılığında topluma sunulmasını ifade etmektedir.^[14] Dolayısıyla devletlerin sağlık hakkına ilişkin taahhütlerini yerine getirmesi, toplumun özellikle gelir seviyesi düşük ve zayıf kesiminin ilaçlara erişimini temin edecek tedbirler almasını gerektirmektedir. Bununla beraber, sağlık hakkı bütün insanlara tanınan bir hak olduğu için, ilaçlara herkes tarafından erişilebilmesinin sağlanması, ilaç üretiminin yoğunlaştığı gelişmiş devletlerle, ilaca yeterli seviyede erişimin sağlan(a)madığı gelişmemiş ya da az gelişmiş devletlerin iş birliği içerisinde çalışmasını ve bu konuda küresel politikaların belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede de ilaca erişim, kurulduğundan beri, uluslararası bir örgüt olan DSÖ’nün gündeminde güncelliğini koruyan bir konu olmuştur.

medicines-22nd list, 2021,” WHO, erişim 1 Temmuz 2022, <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-MHP-HPS-EML-2021.02>.

- [12] “Right to Health,” Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights/World Health Organization, erişim 1 Temmuz 2022, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>. World Health Organization/World Intellectual Property Organization/World Trade Organization, “Promoting Access to Medical Technologies and Innovation,” 49. https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/who-wipo-wto_2020_e.pdf erişim 1 Temmuz 2022.
- [13] Adnan Özdemir, “Patent Yönünden Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşmasının Temel İlaçlara Ulaşımında Getirdiği Kısıtlamalar,” *Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 35, no. 2 (2016): 40.
- [14] World Health Organization, “Access to Essential Medicines,” 60. [https://www.who.int/healthinfo/systems/WHO_MBHSS_2010_section4_web.pdf?ua=1#:~:text=Essential%20medicines%20are%20intended%20to,community%20can%20afford%20\(2\)](https://www.who.int/healthinfo/systems/WHO_MBHSS_2010_section4_web.pdf?ua=1#:~:text=Essential%20medicines%20are%20intended%20to,community%20can%20afford%20(2)) erişim 1 Temmuz 2022.

B) İLAÇLARIN PATENTLENEBİLİRLİĞİNE İLİŞKİN TARİHSEL SÜRECE KISA BİR BAKIŞ

1- Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)^[15] Öncesi ve Sonrası

a) TRIPS Öncesi

Patent en genel ifadesiyle, teknik bir soruna teknik bir çözüm getiren, belli özellikleri taşıyan buluşlara verilen ve sahibine, üçüncü kişilerin, patent konusu buluşu ticari olarak kullanmasını belli bir süreyle engelleme yetkisi veren belgedir.^[16] Patent belgesi elde eden kişinin sahip olduğu hak, patent hakkıdır. Patent hakkı, kişinin gayrimaddi malvarlığı üzerindeki haklarından olması itibarıyla, bir başka temel insan haklarından olan, mülkiyet hakkının kapsamında kalmaktadır.^[17]

Kamu sağlığı ile yakından ilişkili olması sebebiyle, dünyada ilaçların, sahibine buluşu ticari amaçlı kullanma konusunda tekeli bir yetki veren patent hakkına konu edilmesi, oldukça geç tarihli bir döneme rastlamaktadır. Özellikle, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)'nün Kurucu Anlaşması'nın 1C numaralı eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*)'nin imzalandığı 1994 yılına kadar, ülkeler, ilaç patentlerine ilişkin farklı politikalar izlemekte serbesttiler. Bu tarihe kadar ilaçlara patent koruması sağlanmasının uluslararası düzeyde zorunlu olmaması, ilaçların kamu sağlığı açısından önemi sebebiyle, bazı ülkelerde patent koruması dışında bırakılmasına yol açmıştı.

[15] Türkiye'nin, 29.01.1995 tarih ve 22186 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4067 sayılı Kanunla DTÖ Kurucu Anlaşmasına katılması uygun bulunmuştur. 25.02.1995 tarihli ve 22213 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 95/6525 Bakanlar Kurulu Kararı ile Anlaşma, ekleri ile birlikte, ülkemiz açısından 31.12.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte RG'de yayımlanan ilgili Bakanlar Kurulu Kararı'nda DTÖ Kurucu Anlaşması'nın 1C numaralı eki olan TRIPS'in Türkçe metnine yer verilmemiştir.

[16] Engin Erdil, *Fikrî Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınevi, 2016), 171.

[17] Sınai hakların, mülkiyet hakkı kapsamında olduğu konusunda bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, E. 2016/148, K. 2016/189, Kt. 14.12.2016, RG.06.01.2017-29940.

İlaçların patent hakkına konu olması Japonya’da 1976, İsviçre’de 1977, İspanya, Portekiz, Yunanistan ve Norveç’te ise ancak 1992 yılında gerçekleşmiştir.^[18] 1980’lerin sonuna kadar gelişmekte olan yaklaşık kırk ülke, ilaçlara patent koruması sağlamamaktaydı.^[19] İlaçların patentlenmesi konusundaki çekincenin temel sebebi, bunların patent hakkına konu edilerek üretiminin bir kişinin tekeline verilemeyecek kadar önemli ürünler olması ve patent sahibinin tekel hakkını kötüye kullanması durumunda kamu sağlığının olumsuz etkilenme ihtimalinin olmasıdır.^[20]

b) TRIPS’e göre ilaçların Patentlenebilirliği

Ülkelerin ilaçları patent hakkı ile koruması zorunluluğu, fikrî mülkiyet hakları konusunda DTÖ’ye üye devletlerin uyması gereken asgari standartları belirleyen^[21] TRIPS Anlaşması ile ortaya çıkmıştır. TRIPS m. 27/1’e göre; yeni olan, buluş basamağını içeren ve sanayiye uygulanabilir, *teknolojinin bütün alanlarındaki* (“*in all fields of technology*”) buluşlara, usul veya ürün olması fark etmeksizin, patent koruması sağlanmalıdır. Teknolojinin bütün alanlarındaki buluşlara patent koruması sağlanmasını zorunlu kılan

[18] Colleen Chien, “Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation,” *Berkeley Technology Law Journal* 18, no. 3 (2003): 864; Alberto do Amaral Junior, “Compulsory Licensing and Access to Medicine in Developing Countries,” *Seminario en Latinamerica de Teoria Constitucional y Politica Papers* 47 (2005): 67.

[19] do Amaral Junior, “Compulsory Licensing,” 67.

[20] Chien, “Cheap Drugs,” 865.

[21] TRIPS m. 1’e göre üyeler Anlaşma’da öngörülen hükümleri uygulamak zorunda olup, üyelerin Anlaşma ile sağlanan korumadan daha geniş bir koruma sağlama konusunda herhangi bir yükümlülükleri yoktur. Bu hükmün ilk kısmında ülkeler tarafından kabul edilen fikrî mülkiyet korumasının sağlanması gereken “asgari standartlar” belirlenmiş, ikinci kısmında ise Anlaşma ile sağlanan korumadan daha geniş koruma sağlanması (*TRIPS-plus*) üye devletlerin inisayitifine bırakılmıştır. Bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book on TRIPS and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPS Agreement* (ABD 2005), 17. https://unctad.org/system/files/official-document/ictsd2005d1_en.pdf erişim 1 Temmuz 2022.

bu hüküm çerçevesinde, ilaçlar genel olarak ya da özel bir grubu ile sınırlandırılarak^[22] patent koruması dışında bırakılamayacaktır.^[23]

TRIPS Anlaşması incelendiğinde Anlaşma'daki iki hükmün ilaçların patent koruması dışında bırakılmasına elverişli hükümler olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla ilaçların patentlenebilirliği meselesinde bu iki hükmün ayrıca anılmasında fayda vardır.

İlk olarak; TRIPS m. 27/2'ye göre, üye devletler, insan sağlığının korunması da dahil olmak üzere, kamu düzeni veya genel ahlakın korunmasının gerektirdiği durumlarda buluşun ticari dolaşımını engellemek amacıyla bazı buluşları patent verilebilir buluşlar dışında bırakabilirler. İlgili hüküm uyarınca, bir buluşun patent koruması dışında bırakılabilmesinin ön şartı, buluşun ticari dolaşımının kamu düzeni veya genel ahlak açısından engellenmesinin gerekmesidir.^[24] Eğer buluşun kamuya yayılması (örneğin; insan sağlığı açısından) toplumun menfaatine ise bu durumda genel ahlak veya kamu düzeni sebepleriyle buluşun patent kapsamı dışında bırakılması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, üye devletler eğer bir buluşun, ülke içerisinde ticari dolaşımına izin vermekte iseler, bu buluşu TRIPS m. 27/2 çerçevesinde patent koruması dışında bırakabilmeleri mümkün değildir.^[25] Bu itibarla, insan sağlığı açısından önemli bir yeri olan ilaçların hem ülke içerisinde satılmasına ve dağıtılmasına izin verilip hem de patentlenemeyeceği aynı anda kabul edilemeyecektir.^[26]

İlaçları patentlenebilir buluşlar dışında bırakmaya elverişli ikinci hüküm ise TRIPS m. 8'dir. Hükme göre, üyeler fikrî mülkiyete ilişkin ulusal düzenlemelerini TRIPS hükümlerine uyumlu bir şekilde oluştururken veya değiştirirken, Anlaşma'daki hükümlerle çelişmeyecek şekilde, kamu sağlığını korumak için gerekli olan birtakım önlemler alabilecektir. Hükümde vurgulanan

[22] Örneğin, DSÖ tarafından belirlenen “temel ilaçlar” patent koruması dışında bırakılamayacaktır.

[23] Carlos M. Correa, “Public Health and Patent Legislation in Developing Countries,” *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property* 3 (2001): 9; ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 356.

[24] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 376.

[25] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 376.

[26] Correa, “Public Health,” 9.

“Anlaşma’daki hükümlerle çelişmeyecek şekilde” ibaresi ilaçların, TRIPS m. 27/1’e aykırı olacak şekilde patentlenebilir buluşlar dışında bırakılmasını engellemektedir. Bu çerçevede, ilaçları genel olarak patentlenemez buluşlardan kabul etmek Anlaşma’ya aykırı olacakken, aciliyet gerektiren spesifik bir durumun varlığı halinde ilaçların patent kapsamı dışında bırakılması, aciliyet hali devam ettiği sürece TRIPS m. 8 ile uyumlu olabilecektir.^[27]

c) TRIPS Sonrası

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, TRIPS ile DTÖ’ye üye devletlerde ilaçlara patent koruması sağlanması zorunlu hale gelmiş olup farklı ülkelerde ilaçların patentlenebilirliğine ilişkin farklı politikalar izlenemeyecektir. Ancak, ilaçların patentlenebilirliğine ilişkin politikaların üye devletlerde TRIPS’in kabulü anında yeknesaklaştığı da söylenemez. Nitekim TRIPS’te, üye devletlerde Anlaşma’nın uygulanması için gelişmiş, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler açısından bazı geçiş süreleri öngörülmüştür.^[28]

TRIPS m. 65/1’e göre, tüm üyeler Anlaşma’nın yürürlüğe girmesinden (1 Ocak 1995)^[29] itibaren bir yıllık sürenin sonuna kadar Anlaşma hükümlerine uymak zorunda değillerdir. Bu çerçevede gelişmiş ülkeler 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren ilaçlara patent koruması sağlamak zorunda olacaklardır.

Gelişmekte olan ülkeler ise 65/2’ye göre, bu süreyi dört yıl daha uzatabilirler. Madde 65/4’te ise gelişmekte olan ülkelerin, Anlaşma’nın yürürlüğe girdiği tarihte patentlenebilir buluşlar kapsamında kalmayan ürünleri patent

[27] Correa, “Public Health,” 10.

[28] TRIPS’te hangi ülkelerin gelişmiş, hangi ülkelerin gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerden sayılacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Üye devletler kendileri, DSÖ’ye gelişmiş veya gelişmekte olan ülke olduklarını bildirebilirler. Ancak diğer üye devletler, kendisini gelişmekte olan ülke olarak bildiren üye ülkenin gelişmekte olan ülkeler için öngörülen TRIPS hükümlerinden faydalanmamaları gerektiği konusunda itiraz edebilirler. Bkz. “Who are the developing parties in the WTO,” WTO, erişim 1 Temmuz 2022, https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm. TRIPS açısından az gelişmiş ülkeler ise Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen az gelişmiş ülkelerdir. Az gelişmiş ülkeler listesi için bkz. “Least-developed countries,” WTO, erişim 1 Temmuz 2022, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm.

[29] Bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 30.

korumasına alma konusundaki yükümlülüklerini kendilerine tanınan dört yıllık geçiş süresine ek olarak, beş yıl daha erteleyebilecekleri kabul edilmiştir. O halde Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarihte ilaçları patentlenebilir buluşlar olarak değerlendirmeyen gelişmekte olan ülkeler, 1 Ocak 2005'e kadar bu ilaçları patent koruması dışında bırakabileceklerdir.^[30]

Az gelişmiş ülkeler ise Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 1995'ten itibaren on yılın sonuna (1 Ocak 2005'e) kadar TRIPS hükümlerine uymak zorunda değillerdir. Az gelişmiş ülkelere tanınan bu geçiş süresi, ilaçlara sağlanacak patent koruması bakımından önce 1 Haziran 2016 tarihine ardından 1 Ocak 2033 tarihine kadar ertelenmiştir.^[31]

Bu itibarla, az gelişmiş ülkeler açısından başka bir erteleme kararı alınmazsa, 1 Ocak 2033 tarihi itibarıyla halihazırda DTÖ'ye üye 164 ülkenin^[32] tamamında ilaçlara patent koruması sağlanmış olacaktır.

TRIPS'te düzenlenen bu geçiş hükümlerinin yanı sıra Anlaşma m. 70/8'de ilaçlara ilişkin patent başvuruları hakkında özel bir düzenleme yer almaktadır. TRIPS m. 70/8-a'ya göre, Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarihte ilaçlara, (geçiş süreleri sayesinde) m. 27'ye uygun olarak patent koruması sağlamayan ülkeler, Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren patent başvurularını kabul etmek zorundadırlar. Bu çerçevede üye devletler, 1 Ocak 1995 tarihinden itibaren ülkelerinde ilaç patentleri başvurularını kabul etmek yükümlülüğü altındadırlar.^[33] TRIPS m. 70/8-c'ye göre ise, bu başvurulara patent verilmesi halinde, fiili koruma daha geç tarihte başlasa bile, patent süresi, Anlaşma m. 33'te belirtildiği üzere, başvuru tarihinden itibaren yirmi yıl olarak hesaplanacaktır.

[30] Bu konuda bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 714.

[31] Ertelemeye ilişkin kararlar için sırasıyla bkz. Council for TRIPS: IP/C/25 sayılı, 01.07.2002 tarihli karar ve IP/C/73 sayılı, 06.11.2015 tarihli karar.

[32] Üye ülkeler için bkz. "Members and Observers," WTO, erişim 1 Temmuz 2022, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.

[33] Yalnızca ilaçlar için kabul edilen bu kural "mailbox" kuralı olarak anılmaktadır. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 386.

2- Türk Hukuku

Türk hukukunda patentlere ilişkin ilk kanuni düzenleme olan 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'nda ilaçlara patent koruması sağlanmamaktaydı.^[34]

Mülga 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname (KHK^[35])de ise, geçici madde 4'ün ilk halinde ilaçlara KHK kapsamında sağlanacak patent korumasının 1 Ocak 2005 tarihinde başlayacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla, Türkiye TRIPS m. 70/8 uyarınca 1 Ocak 1995 tarihinden itibaren ilaç patenti başvurularını kabul etmiş,^[36] ancak 27 Haziran 1995 tarihli, mülga 551 sayılı KHK çerçevesinde (TRIPS m. 65/4'teki geçiş süresinden faydalanarak) bu patentlere 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren koruma sağlamayı kabul etmiştir. Bununla beraber, Gümrük Birliği'ne ilişkin AB ile gerçekleştirilen müzakerelerin sonucunda 6 Mart 1995'te imzalanan, 31 Aralık 1995'te yürürlüğe giren 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı^[37] Ek 8'deki taahhütler nedeniyle, ilaçlara sağlanacak patent korumasının daha erken bir tarihe çekilmesi gerekmiştir.^[38] Mülga 566 sayılı KHK^[39] ile, mülga 551 sayılı KHK geçici madde 4 değiştirilerek ilaç patentlerine sağlanan korumanın 1 Ocak 1999 tarihinden itibaren başlayacağı kabul edilmiştir. Sonuç olarak, Türk hukukunda ilaçlara 1 Ocak 1999 tarihinden itibaren patent hakkı ile koruma sağlanmıştır.

[34] İhtira Beratı Kanunu m. 3'e göre "terkibâtı saydelâniyeye ve her nevi edviyeye ve mualecata berat itası caiz olmaz." Maddede geçen "terkibâtı saydelâniye" eczacılığa ait bileşimler "edviye ve mualecat" ise devalar ve ilaçlar anlamına gelmektedir. Bkz. Ünal Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 548.

[35] RG 27.06.1995, S. 22326.

[36] Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet*, 549; Uğur Yalçiner, "İlaç ve Patent – Türkiye'de ve Dünyada Son Gelişmeler," *Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 2, S. 3 (2001): 18.

[37] OJ. L. 35/1-15, 13.02.1996.

[38] Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet*, 549. Bu konuda bazı bilgiler için bkz. Burcu G. Özcan Büyüktanır, "Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bakış," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, S. 2 (2012): 78-9.

[39] RG 22.09.1995, S. 22412.

Patentlere ilişkin yürürlükteki düzenleme olan 2017 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK^[40]) kapsamında da ilaçlar patent ile korunabilmektedir. SMK m. 82/1, TRIPS m. 27/1 ile paralel olacak şekilde “teknolojinin her alanındaki” buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilebileceğini düzenlemektedir. Yine, patentlenemeyecek ürün veya usullerin sayıldığı SMK m. 82/2-3’te de ilaçları patent kapsamı dışında bırakan bir düzenleme yer almamaktadır. Aksine, m. 82/6’da tedavi ve teşhis yöntemlerinde kullanılan ürünlerin, madde ve terkiplerin patent kapsamı dışında olmadığı açıkça belirtilmiştir.

C) İLAÇLARIN PATENTLENMESİNİN VE İLAÇ PATENTLERİ BAKIMINDAN DENGE SAĞLANMASININ ÖNEMİ

Belli bir yatırım ve emek sonucunda ortaya çıkmış buluşların patent hakkı ile koruma altına alınmasının birden fazla işlevi vardır. Her şeyden önce, patent hakkı elde edilebilmesi için buluşun açıklanması zorunluluğu,^[41] tekniğe katkıda bulunan buluşun toplumla paylaşılmasını sağlar. Toplumla paylaşılan bu buluş, yeni buluşların geliştirilmesinde bir basamak olarak kullanılabilir.^[42] Buluşun açıklanmayarak ticari sır olarak saklanması, bazı durumlarda fiilî anlamda çok daha uzun süreli bir tekel yetkisi yaratacakken,^[43] buluşun açıklanması karşılığında sağlanan patent korumasının sona ermesi halinde buluş kamununun malı sayılacaktır.^[44] Yine, patent hakkı ile elde edilen, buluşu ticari amaçla kullanım konusundaki teknelci yetki, buluşun ortaya çıkarılması için harcanan yatırımların amorti edilmesini sağlayacaktır. Böylece hem buluş sahibi ödüllendirilmiş olacak hem de yatırımların bu şekilde dönüşünün sağlanacağı konusunda patent sistemine güven duyan toplum, yeni buluşların geliştirilmesi konusunda

[40] RG 10.01.2017, S. 29944.

[41] Bkz. TRIPS m. 129; SMK m. 92, m. 138/1-b.

[42] Feyzan Hayal Şehirli Çelik, “Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, S. 3 (2008): 150.

[43] Bu konuda bkz. Şehirli Çelik, “Patent Sistemi,” 117.

[44] SMK m. 140/2.

teşvik edilecektir.^[45] Bu itibarla, esasında patent sistemi, serbest piyasa ekonomisine yabancı bir şekilde patent hakkı sahibine tekeli bir yetki verse de, uzun vadede toplum refahını, sosyal, ekonomik ve kültürel gelişmeyi artırmayı amaçlayan bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda belirtilen işlevlerin tamamı ilaçların patentlenmesi durumunda da söz konusu olacaktır. Ancak ilaçların patent hakkı ile koruma altına alınması, bu ürünler bakımından araştırma- geliştirme (AR-GE) faaliyetlerinin diğer endüstrilere nazaran yüksek maliyetli, uzun soluklu ve riskli olduğu^[46] düşünüldüğünde çok daha önem kazanmaktadır. Patent koruması sayesinde, ilaç endüstrisinin AR-GE faaliyetleri için gerçekleştirdiği yatırımların dönüşü sağlanmakta ve yeni ilaçlar geliştirme konusunda şirketler teşvik edilmektedir.^[47] Yatırımların amorti edilmesine imkan veren belli bir süre ile sınırlı tekeli korumanın olmaması halinde, bu alanda yapılacak yatırımlar önemli derecede azalacaktır.^[48] Hastalıkların tedavisinde kullanılacak yeni ilaçların geliştirilememesi de toplum sağlığını olumsuz etkileyecektir. Yine, buluşun kamuya açıklanmasını zorunlu kılan patent sistemi sayesinde, ileride geliştirilecek ilaçların AR-GE faaliyetleri için gerekli bilgi de ilaç geliştiricilerine sunulmuş olacaktır.^[49]

[45] Patent sisteminin işlevleri konusunda detaylı olarak bkz. Şehirli Çelik, “Patent Sistemi,” 103 vd.

[46] Chien, “Cheap Drugs,” 865; Bryan C. Mercurio, “Trips, Patents and Access to Life-Saving Drugs in the Developing World,” *Marquette Intellectual Property Law Review* 8, no. 2 (2004): 251; Yalçın, “İlaç ve Patent,” 15; do Amaral Junior, “Compulsory Licensing,” 67.

[47] Rosalyn S. Park, “The International Drug Industry: What the Future Holds for South Africa’s HIV/AIDS Patients,” *Minnesota Journal of International Law* 11 (2002): 129.

[48] Alan O. Skyes, “TRIPS, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha Solution,” *Chicago Journal of International Law* 3, no. 1 (2002): 60. AR-GE harcamalarının patent sayesinde dönüşü olmasaydı COVID-19 sürecinde kısa sürede geliştirilen aşuların belki hiç geliştirilmeyeceği konusunda bir görüş için bkz. Bryan C. Mercurio, “WTO Waiver from Intellectual Property Protection for COVID-19 Vaccines and Treatments: A Critical Reviews,” *Virginia Journal of International Law Online* 62 (2021): 17.

[49] WHO/WIPO/WTO, *Promoting Access*, 9.

Öte yandan, patent hakkının sahibine sağladığı tekелci yetkinin olumsuz sonuçları ilaç patentleri bakımından kamu sağlığını yakından ilgilendirmektedir. Patent sahibine tanınan tekелci yetki sebebiyle rekabetin azalması sonucunda ilaç fiyatlarının arttığı bir gerçektir.^[50] Patent konusu ilacın, üçüncü kişiler tarafından, (AR-GE maliyetleri olmaması nedeniyle) daha düşük bedelli jenerik versiyonlarının^[51] üretilmemesi halkın yüksek bedelli orijinal ilaca erişimini zorlaştırmaktadır. İlaçların patent hakkı ile korunmasının kamu sağlığı üzerinde yol açacağı bu olumsuz sonuçlar özellikle gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler açısından ciddi bir sorun teşkil etmektedir.^[52]

Bu cümleden olmak üzere, AR-GE faaliyetlerinin ve sermayenin yoğunlaştığı gelişmiş ülkelerde, hastalıkların tedavisinde kullanılacak yeni ilaçların geliştirilmesinin teşvik edilmesi açısından bu ürünlere patent koruması sağlanması^[53] ile gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerde ve hatta bazı

[50] Sezgin Huysal, *İlaç*, 61; do Amaral Junior, “Compulsory Licensing,” 67; Martin Khor, “Patents, Compulsory Licences and Access to Medicines: Some Recent Experiences,” *Intellectual Property and Access to Medicines: Papers and Perspectives* 8 (2009): 87. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/205351/B4552.pdf#page=96> erişim 1 Temmuz 2022.

[51] “Jenerik ilaçlar orijinal ilaçlarla aynı özelliklere sahip olan, hasta üzerinde aynı tedaviyi sağlayan ve orijinal ilaçların koruma süreleri bittikten sonra satışa sunulan ürünlerdir.” Bkz. Alper B. İskit, “Jenerik ve Biyobenzer İlaçlar,” (Antalya: 2004) 51’den naklen, <https://www.thd.org.tr/thdData/Books/889/jenerik-ve-biyobenzer-ilaclar-alper-b-iskit.pdf> erişim 1 Temmuz 2022. Jenerik ilaçlar ayrıca eşdeğer ilaçlar olarak da anılmaktadır.

[52] Bu noktada belirtmek gerekir ki, gelişmekte olan ülkeler ve az gelişmiş ülkelerdeki sağlık sorunlarının tek sebebi ilaçların patent koruması altında olmasından kaynaklanmamaktadır. Bu ilaçların jenerik versiyonları üçüncü ülkelerden daha uygun bir bedel karşılığında ithal edilebilse dahi, ilacın ülkeye ulaştırılması ve bireyler üzerinde uygulanması çoğu durumda çok daha maliyetli olmaktadır. Kaldı ki, TRIPS’ten önce ilaçlara patent koruması sağlamayan az gelişmiş ülkelerde HIV/AIDS gibi hastalıkların tedavisinde kullanılacak ilaçlar bakımından tedarik sorunları devam etmekteydi. Mercurio, “Trips,” 249.

[53] Özellikle gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerde görülebilecek epidemik hastalıklar bakımından gelişmiş ülkelerdeki ilaç endüstrisinin bu hastalıkların tedavisinde kullanılacak ilaçları geliştirme konusunda AR-GE faaliyetleri yürütmesi, hastalıkların görüldüğü ülkelerde kendilerine patent koruması sağlanması durumunda ancak mümkün olabilir. Aksi takdirde, ilacın, hitap ettiği pazarda patentle korunmaması,

durumlarda gelişmiş ülkelerde,^[54] bireylerin (sağlık hakkı çerçevesinde), yeterli miktarda, uygun bedelli ilaçlara erişiminin sağlanması arasında bir dengenin kurulması oldukça önem taşımaktadır.^[55]

Belirtmek gerekir ki, TRIPS'in üye devletleri ilaçlara da patent koruması sağlamak zorunda bırakması, bir üye ülkede patent koruması elde eden bir ilacın diğer ülkelerde de doğrudan korunacağı anlamına gelmez. Ülkesellik ilkesi gereği,^[56] ilaç hangi ülkede korunmak isteniyorsa o ülkenin mevzuatına uygun bir şekilde her bir ülke için ayrı ayrı koruma elde edilmelidir. Dolayısıyla ilacın, gelişmiş ülkelerde (kuvvetle muhtemel) patent koruması altında olması ancak az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerde patent koruması altında olmaması mümkündür. Böylesi bir ihtimalde dahi TRIPS'in özellikle az gelişmiş ülkelerde ilaçlara erişimi zorlaştırdığı söylenebilir. Şöyle ki; esasında ilaç ülke içerisinde patentli olsun olmasın, üretim kapasitesi olmayan az gelişmiş ülkelerde ilaçların jenerik versiyonları zaten üretilemeyecektir. Az gelişmiş ülkelerin 2033'e kadar TRIPS'e uyma yükümlülükleri olmadığı dikkate alındığında, üretim kapasitesi olmayan bu ülkeler tarafından daha ucuz ilaca erişim için kullanılacak diğer seçenek jenerik firmalar tarafından üretilen ilacın ülke içerisine ithalinin gerçekleştirilmesidir. Bununla beraber, TRIPS ile ilaçların patentlenebilir buluşlar kapsamına alınması, ilaçların daha fazla ülkede patentli olması ve ihracının da patent sahibinin tekelinde olması ile sonuçlanacaktır. Dolayısıyla, ülkeler gerekli olduğu durumlarda patentli ilaçlara erişimin artırılması için TRIPS'te

buluş için gerçekleştirilen AR-GE yatırımlarını karşılıksız bırakacağından gelişmiş ülkelerdeki ilaç endüstrisi bu hastalıkların tedavisi için yatırım yapmaktan imtina edeceklerdir. Bkz. Mercurio, "Trips," 253.

[54] İlaçlar üzerindeki patent hakları özellikle COVID-19 sürecinde gelişmiş ülkeler açısından da endişe yaratmış, ülkeler bu endişeleri ortadan kaldırmak amacıyla bazı önlemler almıştır. Bu konuda bkz. aşağı. IV. başlığı.

[55] İlaça sağlanacak patent korumasında gözetilmesi gereken ilkelere ilişkin bkz. Tekin Memiş, "İlaçların Patentlenmesi," içinde *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu* 8-9 Mayıs 2009, ed. Murat Şen ve Ahmet Başözen (Kayseri: 2009), 210.

[56] Ülkesellik ilkesine ilişkin bkz. Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002), 101 vd.

öngörülen istisnalara, Anlaşma'ya uygun bir biçimde başvurmanın yollarını arayacaklardır.

II. TRIPS ANLAŞMASINDA PATENTLİ İLACA ERIŞİMİ KOLAYLAŞTIRACAK DÜZENLEMELER VE ÖZELLİKLE ZORUNLU LİSANS KURUMU

A) TRIPS ANLAŞMASI'NA GENEL BİR BAKIŞ

1- TRIPS'e Giden Yol ve TRIPS Müzakere Sürecinde Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkelerin Fikrî Mülkiyet Korumasına İlişkin Yaklaşımları

1995 yılında imzalanan TRIPS Anlaşması, DTÖ'ye üye devletlerin kendi ülkelerinde fikrî ürünlere sağlanacak korumaya ilişkin uymakla yükümlü oldukları asgari standartları düzenleyen ilk uluslararası anlaşmadır.

1995'ten önce fikrî mülkiyet hakları ile ilgili, 1883 tarihli Sınai Hakların Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi^[57] ve 1885 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi^[58] olmak üzere iki önemli uluslararası anlaşma zaten mevcuttu. Bu anlaşmalar, taraf devletleri fikir ürünlerine koruma sağlama konusunda yükümlü tutmakla beraber; korumanın konusunu ve şartlarını belirleyen hükümler içermemekteydi. Fikir ürünlerine sağlanacak korumanın şartları ve kapsamı büyük ölçüde ülkelerin kendi takdirlerine bırakılmıştı.^[59] Nitekim, daha önce de belirtildiği gibi, bazı devletlerde ilaçların patentlenebilir konular kapsamında görülmemesi bu farklı uygulamaların bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.^[60] Yine, bu dönemde ilgili anlaşmaların uygulanması bakımından ülkeler arasında

[57] Anlaşma metni için bkz. https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/paris/trt_paris_001en.pdf erişim 1 Temmuz 2022. Anlaşma'ya üye devletler için bkz. https://wipo.lex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=2 erişim 1 Temmuz 2022.

[58] Anlaşma metni için bkz. https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/berne/trt_berne_001en.pdf erişim 1 Temmuz 2022. Anlaşmaya üye devletler için bkz. https://wipo.lex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=15 erişim 1 Temmuz 2022.

[59] Mercurio, "Trips," 215.

[60] TRIPS Anlaşması imzalanana kadar elliye yakın ülkede ilaçlara patent koruması sağlanmamaktaydı. Bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 353.

çıkan ihtilafın çözümü için etkili bir anlaşmazlık çözüm mekanizması da bulunmamaktaydı.^[61]

TRIPS Anlaşması imzalanana kadar ulusal düzenlemeler aracılığıyla belirlenen fikrî mülkiyet korumasının kapsamı ülkelerin gelişmişlik seviyeleri ile doğru orantılı olmuştur. Gelişmiş ülkelerde fikrî mülkiyet korumasının seviyesi yüksekken, geliştirmekte veya az gelişmiş ülkelerde korumanın seviyesi düşük tutulmuştur.^[62] Bu durum, fikrî bir ürün ortaya koymak için gerekli sermayeyi elinde bulunduran gelişmiş ülkelerde üretilen ürünlerin, düşük seviyede fikrî mülkiyet koruması sağlayan ülkeler tarafından taklit edilip kopyalanmasına yol açmaktaydı. Böylece, gelişmiş ülkelerin kendi ülkelerinden diğer ülkelere gerçekleştirilen teknoloji transferini önlemeleri için adım atması ihtiyacı doğmuştu.^[63]

Küresel ticaretin norm haline geldiği bir dönemde ülkeler arasında asgari koruma bakımından yeknesak bir uygulamanın ve fikrî mülkiyet haklarına ilişkin anlaşmaların uygulanması bakımından etkili bir anlaşmazlık çözüm mekanizmasının olmaması gelişmiş ülkelere, meseleyi uluslararası ticaret ile ilişkilendirmenin en iyi çözüm yöntemi olduğunu düşündürmüştü ve böylece fikrî mülkiyet tartışmaları da WIPO bünyesinden Gümrük Tarifeleri ve

[61] Mercurio, “Trips,” 216; Julian Arnold Gianna, “International Compulsory Licensing: The Rationales and the Reality,” *The Journal of Law and Technology* 33, no. 4 (1993): 369.

[62] Bu konuda bazı örnekler için bkz. Robert Weissman, “Long, Strange Trips: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries,” *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 17, no. 4 (1996): 1072-76; Mercurio, “Trips,” 215. Ülkelerin gelişmişlik seviyesi ve sağlanan fikrî mülkiyet koruması arasındaki ilişki için bkz. Gianna, “International,” 355.

[63] Behrang Kianzad, Jakob Blake Wested, “No-one is Safe Until Everyone is Safe – Patent Waiver, Compulsory Licensing and COVID-19,” *European Pharmaceutical Law Review* 5, no. 2 (2021): 78.

Ticaret Anlaşması (General Agreement on Tariffs and Trade-GATT)'nın 1986-1993 yılları arasında gerçekleştirilen Uruguay Turu'na^[64] taşınmıştır.^[65]

Burada özellikle konuyla da ilgili olmak üzere belirtmek gerekir ki, TRIPS öncesinde özellikle Brezilya, Arjantin ve Hindistan gibi işgücünün fazla olduğu ülkelerde ilaçlara patent koruması sağlanmamaktaydı.^[66] Patent korumasının olmamasının bir sonucu olarak bu gibi ülkelerde üretilen jenerik ilaçlar sebebiyle, yoğun AR-GE faaliyetlerinin gerçekleştirildiği ABD'de ilaç sektörünün ciddi miktarlarda kar kaybına uğraması da TRIPS müzakerelerinin başlatılmasında önemli bir etken olmuştur.^[67]

TRIPS müzakerelerinde, gelişmekte olan ve gelişmiş ülkelere teknoloji transferini engellemek için Amerika Birleşik Devletleri (ABD), İsviçre, ve Japonya yüksek seviyede fikrî mülkiyet korumasını desteklemiştir.^[68] Özellikle Brezilya gibi gelişmekte olan ülkeler ise, yüksek seviyede fikrî mülkiyet korumasının, ürünlerin kullanıcıları olan toplumun menfaatlerinden ziyade yalnızca hak sahiplerinin menfaatlerini koruyacağını belirterek ABD gibi ülkelerin yaklaşımına karşı çıkmıştır.^[69] O dönemde ilaçlara yirmi yıllık bir süre ile patent koruması sağlayan ve mevzuatında zorunlu lisans kurumuna yer vermeyen ABD^[70] özellikle patentler bakımından gelişmiş

[64] 1947'de 23 devlet tarafından imzalanan ve 1948'de yürürlüğe giren Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Anlaşması, Uruguay Turu sonucunda 15 Nisan 1994'te imzalanan ve 1995'te yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Kurucu Anlaşması (Marakeş Anlaşması) çerçevesinde yerini Dünya Ticaret Örgütü'ne bırakmıştır. Bu konuda detaylı olarak bkz. "Legal texts: the WTO agreements," WTO, erişim 1 Temmuz 2022, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#Introduction.

[65] Mercurio, "Trips," 219; Gianna, "International," 369; ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 3.

[66] Park, "Drug Industry," 130-140; Weissman, "Long," 1072.

[67] Park, "Drug Industry," 130.

[68] Mercurio, "Trips," 216, dn. 19.

[69] James T. Gathii, "The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention of the Law of Treaties," *Harvard Journal of Law and Technology* 15 (2002): 294.

[70] Weissman, "Long," 1072.

ilaç endüstrisinin çıkarlarını önceleyen katı bir tavır sergilemiştir.^[71] TRIPS müzakere sürecinde ABD; Brezilya, Tayland ve Hindistan gibi gelişmekte olan üçüncü dünya ülkeleri üzerinde, dengeli pozisyonlarından vazgeçmeleri hususunda ciddi baskılar kurmuştur. ABD, özellikle, TRIPS Anlaşması'nın uygulanma sürecinde de sıklıkla başvuracağı bir enstrüman olan, 1974 tarihli Ticaret Kanunu^[72] Bölüm 301'i^[73] kullanarak düşük seviyede fikrî mülkiyet korumasını destekleyen ülkeleri, ticari yaptırımlar uygulama konusunda tehdit etmiş ve TRIPS müzakereleri böyle bir ortamda gerçekleştirilmiştir.

2- TRIPS Anlaşması'nda Bireysel ve Toplumsal Menfaatler Arasındaki Denge

ABD'nin Bölüm 301 aracılığıyla gerçekleştirdiği baskılar sonucunda, gelişmekte olan ülkelerin ABD'nin dayattığı standartları kabul ettiği ve böylece TRIPS'in güçlü bir fikrî mülkiyet koruması sağlaması konusunda mutabakata varıldığı ifade edilmektedir.^[74] Bununla beraber, TRIPS müzakereleri sürecinde, ABD'nin agresif ve baskıcı tutumlarına rağmen, Anlaşma'da fikrî mülkiyet haklarına ilişkin korumanın, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin çıkarları arasındaki dengeyi, başka bir ifadeyle, bireysel ve toplumsal menfaatler arasındaki dengeyi sağlayacak şekilde öngörüldüğü söylenebilir. Bu çerçevede, Anlaşma'da yalnızca hak sahiplerini koruyan hükümlere yer verilmemiş, bireysel menfaatlerin yanı sıra toplumsal menfaatlerin de fikrî

[71] Weissman, "Long," 1084.

[72] Trade Act of 1974, Pub. L. No. 93-618, 88 Stat. 1978.

[73] Bölüm 301'e göre, haksız ve makul olmayan ve ABD ticaretini olumsuz etkileyen davranışlarda bulunan ülkelere Birleşik Devletler Ticaret Temsilciliği (*United States Trade Representative* – USTR) tarafından ticari yaptırımlar uygulanabilir. USTR 301 olarak da anılmaktadır. Diğer ülkeler tarafından, TRIPS Anlaşmasına uygun olmakla beraber, fikrî mülkiyet haklarına yeterli ve etkili koruma sağlanamaması ABD ticaretini olumsuz etkileyen davranışlar olarak değerlendirilmekte dolayısıyla da bu tür davranışlar Bölüm 301 yaptırımlarını meşrulaştıran davranışlar olarak kabul edilmektedir. Madde metni için bkz. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2016-title19/pdf/USCODE-2016-title19-chap12-subchapIII-sec2411.pdf> erişim 1 Temmuz 2022. ABD'nin TRIPS öncesi dönemde ve TRIPS müzakere sürecinde Bölüm 301 uygulamaları için bkz. Weissman, "Long," 1078.

[74] Deepika Sekar, H. Aishwarya, "A Re-Look into Compulsory Licensing: After Natco v. Bayer," *Indian Journal of Intellectual Property Law* 5 (2012): 73.

mülkiyet sistemi inşa edilirken dikkate alınması gerektiğini vurgulayan hükümlere de yer verilmiştir.

Her şeyden önce Anlaşma'nın önsözünde, fikrî mülkiyet haklarının kapsamı ve kullanımı belirlenirken uygun (*adequate*) standart ve ilkelerin sağlanması gerektiği belirtilmektedir.^[75] Önsözde yer alan bu ifadenin (*adequate*), fikrî mülkiyet koruması belirlenirken hak sahiplerine azami derecede koruma sağlayan bir yaklaşımdan ziyade, toplumun bilgi ve teknolojiye ulaşmasındaki menfaatleri ile hak sahiplerinin menfaatleri arasındaki dengeyi vurguladığı ifade edilmektedir.^[76] Benzer şekilde TRIPS m. 7 ve m. 8 de Anlaşma'nın dengeyi gözeten önemli hükümlerindedir.

“Amaçlar” başlığını taşıyan TRIP m.7'ye göre fikrî mülkiyet haklarının uygulanması ve korunması, sosyal ve ekonomik refaha elverişli ve haklar ve yükümlülükler arasında denge kuracak bir şekilde, teknolojik yeniliklerin artmasına ve teknoloji transferi ile teknolojinin yaygınlaştırılmasına, teknolojik bilginin üreticileri ve kullanıcılarının müşterek menfaatlerine katkı sağlamalıdır. Gelişmekte olan ülkelerin gelişmiş ülkelere üretilen teknolojilerin kullanıcıları olduğu düşünüldüğünde^[77] bu madde farklı gelişmişlik seviyesine sahip ülkelerin TRIPS müzakerelerinde dile getirdikleri endişeleri giderebilecek bir niteliğe sahiptir.

“İlkeler” başlığını taşıyan TRIPS m. 8'e göre ise üyeler, fikrî mülkiyete ilişkin düzenlemeleri esnasında, kamu sağlığının ve beslenmenin korunması ve ülkelerinin sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişimi için hayati öneme sahip sektörlerde toplumun menfaatlerini incelemek için Anlaşma'ya uygun gerekli tedbirleri alabileceklerdir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; TRIPS m. 66'da gelişmiş ülkelerin, az gelişmiş ülkelerin teknolojik altyapısının oluşturulması amacıyla bu ülkelere gerçekleştirilecek teknoloji transferlerini teşvik etme ve artırma konusunda kendi ülkelerindeki işletme ve teşebbüsleri destekleyeceği belirtilmiştir.

[75] “Members, Recognizing, to this end, the need for new rules and disciplines concerning: the provision of adequate standards and principles concerning the availability, scope and use of trade-related intellectual property rights.”

[76] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 10-11.

[77] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 126.

3- TRIPS'te Patentlere İlişkin Hükümler

TRIPS Anlaşması'nda patent hakları 27-35 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Paris Sözleşmesi'nden farklı olarak TRIPS m. 27, korumanın şartları konusunda asgari standartları belirlemektedir. Buna göre, yeni, buluş basamağını içeren ve sanayiye uygulanabilir, teknolojinin her alanındaki ürün veya usuller patent hakkı ile koruma altına alınabilecektir. Madde 28'e göre, patent koruması elde eden bir ürün hakkında patent sahibi, ürünün üretimi, kullanımı, satış için teklif edilmesi, satışı ve ithalatına yönelik üçüncü kişilerin eylemlerini engelleme konusunda münhasır bir hakka sahiptir. Patent koruması elde eden bir usul hakkında ise patent sahibi patentli usulün kullanımı ve doğrudan bu usulün kullanılması sonucunda elde edilmiş ürünlerin kullanımı, satış için teklif edilmesi, satışı ve ithaline yönelik üçüncü kişilerin eylemlerini engelleme konusunda münhasır bir hakka sahiptir. TRIPS m. 33'te ise patent sahibine başvuru tarihinden itibaren yirmi yıl süreyle koruma sağlanacağı kabul edilmektedir.

Yukarıda anılan hükümler çerçevesinde TRIPS, patentlere ilişkin hak sahiplerinin menfaatlerini güvence altına alırken ayrıca TRIPS m. 7 hükmünün somutlaştırılmış düzenlemeleri olarak nitelendirilebileceğimiz şekilde patent hakları bakımından iki istisnaya yer vermiştir. Bunlardan ilki "Hak Sahibine Verilen Hakların İstisnaları" başlığı ile TRIPS m. 30, diğeri ise "Hak Sahibinin İzni Olmadan Gerçekleştirilecek Diğer Kullanımlar" başlığını taşıyan TRIPS m. 31'dir. Her ne kadar TRIPS m. 31 metninde "zorunlu lisans" ifadesine yer verilmemiş olsa da bu hüküm patent hakları bakımından zorunlu lisans kurumunu düzenleyen hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.^[78]

TRIPS m. 27'nin ilaçları da patentlenebilir buluşlar kapsamında kabul etme konusunda üye devletleri zorunlu tuttuğu ve bu durumun üye devletleri patentli ilaca erişimi kolaylaştıracak TRIPS hükümlerine başvuru konusunda bir arayışa yönlendireceği daha önceden belirtilmişti. Bu noktada TRIPS'te patentli ilaca erişimi kolaylaştıracak hükümler, şu şekilde sıralanabilir: paralel ithalatı mümkün kılan TRIPS m. 6, patent hakkına ilişkin genel istisna hükmü TRIPS m. 30 ve TRIPS m. 31'de düzenlenen zorunlu lisans (*compulsory license*) kurumu. Öncelikle, TRIPS m. 6 ve m. 30'dan kısaca bahsedilecek ardından TRIPS m. 31'de düzenlenen zorunlu lisans kurumu detaylı bir şekilde incelenecektir.

[78] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 461.

B) PATENTLİ İLACA ERİŞİMİ KOLAYLAŞTIRABİLECEK TRIPS M. 6 VE TRIPS M. 30 HÜKÜMLERİ

“Tükenme” başlığını taşıyan TRIPS m. 6’ya göre, TRIPS m. 3 ve 4’e uygun olarak anlaşmazlıkların çözümlenmesi^[79] amacıyla Anlaşma’daki hiçbir hüküm fikrî mülkiyet haklarının tükenmesi konusunu ele almakta kullanılamayacaktır. Tükenme ilkesine ilişkin meselelerin anlaşmazlıkların çözümü mekanizmasıyla DTÖ’ye taşınamayacağını düzenleyen bu hükümün, üye devletleri fikrî mülkiyet haklarının tükenmesi ve paralel ithalatı düzenleme konusunda serbest bıraktığı kabul edilmektedir.^[80]

Tükenme ilkesi uyarınca; fikrî mülkiyet hakkının somutlaştığı ürünün, hak sahibi veya onun rızasıyla üçüncü kişiler tarafından ilk defa ticari dolaşıma koyulması ile dolaşıma konulmuş münhasır ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet hakları tükenmekte ve ürünün takip eden dolaşimleri hak sahibi tarafından engellenmemektedir. Tükenme ilkesi ulusal, bölgesel ve uluslararası olmak üzere üç alt başlıkta incelenmektedir.^[81] TRIPS m. 6 uyarınca üye devletler, diledikleri tükenme rejimini benimseyebileceklerdir. Bu çerçevede, dünyanın herhangi bir yerinde hak sahibinin rızasıyla ilk defa satışa çıkarılan ürünler açısından hakkın tükenmesi sonucunu doğuran uluslararası tükenme ilkesinin benimsenmesi halinde o ülke açısından paralel ithalat mümkün hale gelecektir.

Paralel ithalat, hak sahibi veya onun rızası ile üçüncü ülkelerde satışa çıkarılan bir ürünün, hakkın korunduğu ülkeye ithal edilmesi anlamına gelmektedir.^[82] Bu itibarla, patentli ilaca erişimi kolaylaştırmak amacıyla paralel ithalat yoluyla daha ucuz ilaçlar ülke pazarına ithal edilebilecektir.^[83]

[79] TRIPS’te öngörülen anlaşmazlıkların çözümlenmesi mekanizması için bkz. TRIPS m. 64.

[80] Correa, “Public Health,” 39; Park, “Drug Industry,” 131; Lorelei Garagancea, “Access to Medicines: The Interplay Between Parallel Imports, Compulsory Licensing, and Voluntary Licensing,” *European Pharmaceutical Law Review* 5, no. 1 (2021): 41.

[81] Detaylı olarak bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 94.

[82] Adem Aslan, *Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, (İstanbul, Beta Yayınevi, 2004), 48.

[83] Skyes, “TRIPS,” 53; Correa, “Public Health,” 37 vd.; Mercurio, “Trips,” 219; Park, “Drug Industry,” 131; Khor, “Patents,” 89.

Örneğin, uluslararası tükenme ilkesini kabul eden X ülkesinde patentli ilaç 10 TL'ye satılmakta iken Y ülkesinde 5 TL'ye satılmakta ise patentli ilaçlar Y ülkesinde ilk defa hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarıldığı takdirde, satışa çıkarılan bu ürünler X ülkesine ithal edilebilecektir.^[84] İlgili ürünler üzerindeki haklar tükenmiş olduğundan hak sahibi bu ilaçların ithaline engel olamayacaktır. Böylece, patentli olması sebebiyle fiyatı da artan ilaçlar, üçüncü bir ülkeden ithalat yoluyla tedarik edilerek daha düşük bir fiyatla piyasaya sunulabilecektir.^[85]

Patent hakları bakımından menfaatler dengesini sağlayan bir diğer hüküm olan TRIPS m. 30'da üye devletlerin hak sahibinin patent haklarını sınırlandırabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu hüküm, hangi hallerin istisna kapsamında olduğunu açıkça belirtmekten ziyade genel bir niteliğe sahip olup, istisnaları ve bu istisnaların kapsamını belirleme konusunda üye devletleri serbest bırakmıştır.^[86] TRIPS m. 30'a göre üye devletler tarafından belirlenecek istisnalar şu üç koşulu sağlamak zorundadır: (1) istisna hükümleri sınırlı olmalı, (2) istisnalar patentin normal kullanımı ile makul olmayacak şekilde çelişmemeli, (3) patent sahibinin yasal menfaatlerine makul olmayan ölçüde zarar vermemelidir.

İlaç patentleri bakımından TRIPS m. 30'un en önemli uygulamasını, "Bolar İstisnası"^[87] olarak anılan, patentli ilacın, jenerik ilaca yönelik ruhsat başvurusu için gerekli test ve deneylerde kullanımına ilişkin istisna^[88]

[84] Bu noktada belirtmek gerekir ki, tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için ilk satışın hak sahibi tarafından gerçekleştirilmesi şarttır. Dolayısıyla, üçüncü ülkelerdeki jenerik firmalar tarafından üretilen ve daha düşük bir fiyatla piyasaya sunulan ilaçların, hakkın korunduğu ülkeye hak sahibinin rızası olmaksızın ithal edilebilmesi mümkün değildir.

[85] Paralel ithalat, rekabeti artırarak ülke içerisindeki ilaç fiyatlarının azalmasını da sağlamaktadır. Paralel ithalatın ilaçlara erişime etkileri hakkında bkz. Garagancea, "Access," 43 vd.; Sezgin Huysal, *İlaç*, 200 vd.

[86] Correa, "Public Health," 34.

[87] Bu istisna ismini ABD'de görülen 1984 tarihli *Roche Products Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co.* (733 F.2d 858, Fed. Cir. 1984) davasından almıştır. İstisnaya ilişkin geniş bilgi için bkz. Sezgin Huysal, *İlaç*, 181 vd.

[88] Bkz. Correa, "Public Health," 36; ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 438. Bu istisnaya ilişkin AB ve Kanada arasındaki bir uyuşmazlık, DTÖ Anlaşmazlıkların

oluşturmaktadır. Bu istisna sayesinde, jenerik ilacın ruhsatlandırılmasına ilişkin işlemler, orijinal ilacın patent süresi içerisinde tamamlanabilmekte, ve jenerik ilaç orijinal ilacın patent koruması süresi sona erer ermez, daha düşük bir fiyatla piyasaya sunulabilmektedir.^[89]

Gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerde, gelişmiş ülkelerde üretilen patentli ilaçlara makul fiyatlarda erişimi kolaylaştırmak için TRIPS m. 30'un pek elverişli bir hüküm olmadığı ifade edilmiştir.^[90] Gerçekten de TRIPS m. 30 ("makul olma" şartı gibi) nispeten belirsiz şartlara tabi olup bu madde uygulamalarının çoğu durumda, uyuşmazlıkların çözümü mekanizması çerçevesinde DTÖ önüne getirileceği söylenebilir.^[91]

C) ZORUNLU LİSANS KURUMU – TRIPS M. 31

1- Kavram ve Paris Sözleşmesi'ndeki Düzenleme

TRIPS m. 28/2'ye göre, patent sahibinin patentten doğan haklarının lisans sözleşmesine konu olabilmesi mümkündür. Lisans sözleşmesi, patentin sahibine sağladığı hakları kullanma yetkisinin lisans alana devredildiği sözleşmedir.^[92] Sözleşme serbestisi uyarınca, patent sahibi lisans sözleşmesi imzalayıp imzalamama konusunda ve sözleşmenin karşı tarafını seçmesi konusunda özgürdür. Zorunlu lisans kurumu, sözleşme özgürlüğü ve patent sahibinin serbest iradesiyle lisans ilişkisi içine girebilme kuralının bir

Çözümü Organı'na taşınmıştır. Organ, patentli ilacın, jenerik ilaca ilişkin başvurular için gerekli testler için kullanımının TRIPS m. 30'a uygun olduğuna ancak jenerik ilacın üretiminin ve depolanmasının (*stockpiling*) TRIPS m. 30'a aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. "WT/DS114/R, 17 March 2000," WTO erişim 1 Temmuz 2022, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm.

[89] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 438.

[90] Skyes, "TRIPS," 52. Yazar, AB ve Kanada arasındaki uyuşmazlıkta, ilacın üretiminin ve depolanmasının TRIPS m. 30 ile uyumlu bir istisna olmadığına ilişkin DTÖ'nün WT/DS114/R sayılı kararına atıf yaparak TRIPS m. 30'un dar yorumlandığını ve gelişmekte olan ülkelerin ilaç patentlerine ilişkin sorunların çözümü için ilgili maddeye başvurmayı tercih etmeyeceklerini belirtmektedir.

[91] Weissman, "Long," 1108; Correa, "Public Health," 35.

[92] Patent haklarına yönelik lisans sözleşmeleri için geniş bilgi için bkz. Saadet Hande Özsoy, *Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011).

istisnasını oluşturmaktadır.^[93] Zorunlu lisans, en genel tanımıyla, bir devletin, kendisi tarafından belirlenen şartların varlığı halinde, patent sahibini, patentten doğan belirli haklarını üçüncü kişilere kullandırtmak zorunda bırakmasıdır.^[94] Böylece, patent sahibinin, koruma süresi içerisinde buluşu ticari amaçla kullanma konusundaki tekeli devlet tarafından sınırlandırılmış olmakta ve buluş, patent sahibinin rızası olmaksızın ticari amaçla kullanılabilir. Devlet tarafından patent sahibinin maruz bırakıldığı zorunlu lisans kurumu, devletin maddi malvarlıkları üzerindeki kamulaştırma yetkisine benzetilmiştir.^[95]

Zorunlu lisans, kamu menfaatleri ve bireysel menfaatler arasındaki dengeyi sağlamak üzere patent hakkı sahibine tanınan münhasır haklara getirilen istisnalardan, başka bir deyişle, patent hakkının sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Bazı durumlarda, teknik bilgiye bir an önce erişimin sağlanmasındaki kamu menfaatlerinin patent sahibinin münhasır haklarından doğan bireysel menfaatlerinden üstün tutulması gerekebilir.^[96] İşte, zorunlu lisans kurumu da toplumsal menfaatlerin bireysel menfaatlere üstün tutulmasının gerektiği bu durumlarda kullanılacak önemli bir enstrümandır. Zorunlu lisans kurumu özellikle, kamu sağlığı ile ilişkisi sebebiyle ilaç patentleri bakımından ise ayrı bir önemi haizdir.^[97]

TRIPS Anlaşması'nın imzalanmasından önce, Paris Sözleşmesi'nde zorunlu lisans kurumuna yer verilmişti. Bununla beraber, Paris Sözleşmesi'nde zorunlu lisansa ilişkin hükümler bazı belirsizlikler içermekteydi.

Paris Sözleşmesi m. 5/A-2'ye göre; Sözleşme'ye taraf devletler, patentin sağladığı münhasır hakların kullanımından kaynaklanan, patentli buluşun

[93] Arslan Kaya, "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 67, no. 1 (1995-1996): 337.

[94] Tarun Jain, "Compulsory Licenses under TRIPs and its Obligations for Member Countries," *Icfai Journal of Intellectual Property* 8, no. 1 (2009): 30.

[95] Jain, "Compulsory Licenses," 31.

[96] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 461.

[97] Ayşe Odman Boztosun, "İlaçta Zorunlu Lisans Patenti," içinde *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009*, ed. Murat Şen ve Ahmet Başözen (Kayseri: 2009), 231.

kullanılmaması gibi suiistimalleri önlemek üzere, zorunlu lisans verilmesini sağlayan yasal önlemler alma hakkına sahiptir. Paris Sözleşmesi m. 5/A-4'e göre ise, patent başvurusu yapıldığı tarihten itibaren dört, patentin verilmesinden itibaren ise üç yıl içerisinde, buluşun kullanılmaması ya da kullanımının yetersiz olması nedeniyle zorunlu lisansa hükmedilemez. Yine aynı maddeye göre, zorunlu lisans verilmesini gerektiren bir durum ortaya çıkmış olmasına rağmen patent sahibi haklı bir gerekçe ileri sürerse zorunlu lisansa hükmedilemeyecektir.

Anılan düzenleme incelendiği takdirde Paris Sözleşmesi'nde yer alan zorunlu lisans kurumunun sınırlarının, patent sahiplerinin menfaatlerini yeterince gözetmeyecek şekilde, belirsiz olduğu görülmektedir. Şöyle ki; Sözleşme'de zorunlu lisansa hükmedilmesi bakımından öngörülen tek sınır üç ve dört yıllık süreler olup bu süre sınırlarının dışında, Sözleşme'de zorunlu lisansın kapsamı ve usulüne ilişkin sınırlandırıcı herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Örneğin, gıda ve ilaç patentleri bakımından, TRIPS'ten önce, Kanada ve Hindistan gibi ülkelerde, Paris Sözleşmesi'nde öngörülen sürelerin dolmasından itibaren patentin kullanımında menfaati olan herkes otomatik olarak zorunlu lisans elde edebilmekteydi.^[98] Benzer şekilde, Paris Sözleşmesi, hak sahibinin zorunlu lisans karşılığında uygun bir lisans bedeli elde etmesi konusunda da taraf devletleri yükümlü tutmamıştır.

Paris Sözleşmesi çerçevesinde zorunlu lisansın sınırlarının belirsiz olması, bu kurumun TRIPS müzakerelerine taşınması ile sonuçlanmış^[99] ve TRIPS m. 31 ile zorunlu lisansa ilişkin genel esaslar ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmıştır.

2- TRIPS m. 31 Hükmüne Genel Bir Bakış

TRIPS m. 31 hükmünde zorunlu lisans ifadesine yer verilmediği daha önce de belirtilmişti. Hükmün başlığında "Hak Sahibinin İzni Olmaksızın Gerçekleştirilecek Diğer Kullanım" ("*Other Use Without Authorization of the Right Holder*") ibarelerine yer verilmiştir. Hükmeye ilişkin dipnotta ise

[98] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 462.

[99] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 463.

“Diğer Kullanım” ifadesinin TRIPS m. 30 uyarınca gerçekleştirilmesine izin verilen kullanımlardan başka kullanımları ifade ettiği belirtilmiştir.^[100]

Hemen belirtmek gerekir ki, TRIPS m. 31 üye ülkeleri, mevzuatlarında zorunlu lisans kurumuna yer vermek zorunda bırakmamaktadır. Benzer şekilde, ilgili maddede zorunlu lisansa hükmedilebilecek haller de sınırlandırılmamaktadır.^[101] Bu açıdan üye devletler mevzuatlarında zorunlu lisans kurumuna yer vermek ve zorunlu lisansa hükmedilebilecek hallerle ilişkin belirlemeler yapmakta serbesttiler. Ancak TRIPS m. 31, bir üye devletin zorunlu lisans kararı verirken uyması gereken asgari şartları belirtmektedir. Dolayısıyla, bir üye devletin TRIPS’ten doğan yükümlülüklerine yerine getirebilmesi için, (eğer mevzuatında öngörülmüşse) zorunlu lisansa hükmederken, TRIPS m. 31’deki usulü izlemesi gerekecektir.^[102]

3- TRIPS m. 31’e Göre Zorunlu Lisansa Karar Verilirken Uyulması Gereken Asgari Şartlar

Zorunlu lisansa karar verilmesi aşamasında üye devletler tarafından uyulması gereken şartlar TRIPS m. 31/a, b ve c bentlerinde düzenlenmektedir.

TRIPS m. 31/a’ya göre, üye devletler zorunlu lisansa hükmederken her bir durumu somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek zorundadırlar. Bu hükümle birlikte, TRIPS m. 31’de öngörülen diğer koşulların yerine getirilmesi halinde otomatik olarak zorunlu lisansa hükmedilmesinin önüne geçilmiştir.^[103] Ancak bu şart, zorunlu lisansa hükmedilebilecek hallerle iliş-

[100] “*Other use’ refers to use other than that allowed under Article 30.*” Madde başlığında “zorunlu lisans” ifadesine yer verilmemesinin sebebinin politik nedenlerden kaynaklandığı belirtilmektedir. Sanayileşmiş ve AR-GE faaliyetlerinin yoğunlaştığı ülkeler tarafından zorunlu lisans kurumunun, kamulaştırma ile eş anlamı olarak algılanabilme ihtimali sebebiyle TRIPS müzakerelerinde “zorunlu lisans” gibi katı bir kavramın kullanılmaması tercih edilmiştir. Bkz. Enrico Bonadio, “Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case,” *European Intellectual Property Review*, no. 10 (2012): 720.

[101] “*Where the law of a Member allows for other use of the subject matter of a patent without the authorization of the right holder, including use by the government or third parties authorized by the government ...*”.

[102] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 468; Correa, “Public Health,” 45.

[103] Bonadio, “Compulsory Licensing,” 724; Jain, “Compulsory Licenses,” 37.

kin üye devletler tarafından bazı karineler kabul edilmesine engel değildir. Örneğin, patentli ürünün makul fiyatlarda yerel pazara tedarik edilmiyor olması, zorunlu lisansa hükmedilebilecek hallerden biri olarak kabul edilebilir. Bu durumda patent sahibi aksini ispat ederek zorunlu lisans kararı verilmesinin önüne geçebilecektir.^[104]

TRIPS m. 31/b'de ise zorunlu lisansa hükmedilmeden önce, müstakbel lisans alanın, hak sahibinden, makul ticari şartlar ve hükümler altında izin almak için gerekli çabayı sarf etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Lisans alanın bu çabasına rağmen, makul bir süre içerisinde hak sahibinden isteğe bağlı bir lisans (*voluntary license*) elde edilememişse ancak zorunlu lisansa hükmedilebilir. Hak sahibi tarafından yetkilendirilmek için beklenmesi gereken makul süre her bir somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Örneğin, aciliyet gerektiren bir durumda patentli bir ilacın üretimi için gerçekleştirilecek müzakerelerin, bir olmanın üretimi için gerçekleştirilecek müzakerelerden daha kısa sürede tamamlanması gerekecektir.^[105] Yine, zorunlu lisans adli veya idari bir süreç sonrasında rekabete aykırı olduğu karar verilen bir durumu düzeltmek için verilmekte ise, lisans alanın hak sahibi ile önceden müzakerelerde bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır (TRIPS m. 31/k).

TRIPS m. 31/b'ye göre, üç durumda hak sahibi ile önceden müzakere etmek zorunlu değildir. Bunlar: (1) ulusal bir aciliyet durumu, (2) olağanüstü aciliyet gerektiren diğer durumlar ve (3) ticari amaçlı olmayan kamusal kullanımlardır. Anlaşma'da her üç duruma ilişkin de bir belirleme yapılmamış olup, hangi durumların bu üç hale yol açacağına üye devletler kendileri karar verebilecektir.^[106] Önceden müzakere gerektirmeyen hallerin ortaya çıkması durumunda üye devletler hak sahiplerini mümkün olan en kısa sürede bilgilendirmelidir.

TRIPS m. 31/c'ye göre, zorunlu lisansın kapsamı ve süresi, zorunlu lisansın amacıyla sınırlı olarak belirlenecektir. Bu çerçevede, örneğin, bir uçak parçaları tedarikçisine askeri uçakların parçalarını üretmesi için verilen zorunlu lisans, lisans alana bu parçaların sivil araçlarda kullanımı için satışı yetkisini

[104] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 468.

[105] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 470.

[106] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 471.

vermeyecektir.^[107] Benzer şekilde, zorunlu lisans çerçevesinde patent sahibine TRIPS m. 28 çerçevesinde tanınan bütün yetkilerin lisans alan tarafından kullanılabilmesi mümkün olmamalıdır. Zorunlu lisansın kapsama, zorunlu lisansı haklılaştıran amacın gerçekleştirilmesi için kullanılması gereken yetkilerle sınırlı olmalıdır.^[108] Yine, süre sınırı bakımından üye devletler, doğrudan patent süresi boyunca zorunlu lisansa karar veremeyecek olup zorunlu lisansa yol açan durumun ortadan kalkması ile beraber zorunlu lisansın da sona ermesi gerekecektir.^[109]

TRIPS m. 31'in diğer bentleri, a, b ve c bentlerine uygun olarak zorunlu lisans hükmedilmesi halinde devletlerin uyması gereken asgari şartları belirlemektedir.

TRIPS m. 31/d ve e'ye göre, zorunlu lisans münhasır olmamalı ve başkasına devredilememelidir.

TRIPS m. 31/f'ye göre ise “esas olarak” (*“predominantly”*) zorunlu lisansa karar veren üye devletin iç pazar ihtiyacını karşılamak amacıyla zorunlu lisansa hükmedilmelidir. Bu hükümde yer alan “esas olarak” ifadesi, zorunlu lisans uyarınca gerçekleştirilen üretimin yüzde ellisinden fazlasının iç pazara tedarik edilmesini zorunlu kılmaktadır.^[110] Dolayısıyla, üretilen ürünlerin ihraç edilmesi tek başına, üye devletin TRIPS'ten doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığını göstermez.^[111] Esas olarak iç pazara tedarik amacıyla verilmiş olması şartıyla, ihracat için üretim amacıyla da zorunlu lisansa hükmedilebilecektir.^[112] Zorunlu lisansın “esas olarak” iç pazar ihtiyacını karşılaması hükmü çerçevesinde, ithalat amacıyla zorunlu lisansa hükmedilebileceği açıktır. Bu lisans sayesinde üye devletler, üçüncü ülkelerdeki patent koruması olmayan ürünleri hak sahibinin rızası olmaksızın ithal edebileceklerdir. Aşağıda görüleceği üzere, özellikle ilaç patentleri bakımından TRIPS m. 31/f hükmü, yeterli üretim kapasitesine sahip olmayan

[107] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 472.

[108] Jain, “Compulsory Licenses,” 39.

[109] Jain, “Compulsory Licenses,” 38.

[110] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 474.

[111] Jain, “Compulsory Licenses,” 40; Correa, “Public Health,” 48.

[112] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 474.

ülkelerin patentli ilaca erişimi artırmak için zorunlu lisans kurumunu etkin bir şekilde kullanamamasına yol açmaktadır.^[113]

Yine, zorunlu lisans adli veya idari bir süreç sonrasında rekabete aykırı olduğu karar verilen bir durumu düzeltmek için verilmişse, lisansın esas olarak iç pazar ihtiyacını karşılamak üzere verilmesi zorunluluğu yoktur (TRIPS m. 31/k).

TRIPS m. 31/g'ye göre, zorunlu lisansa yol açan koşullar ortadan kalkmış ve zorunlu lisanstan beklenen amaç gerçekleşmişse zorunlu lisans kararı sona erdirilmelidir. Yetkili mercii, talep üzerine bu koşulların devam edip etmediğini inceleyebilecektir.

TRIPS m. 31/h'de zorunlu lisans karşılığında hak sahibine uygun bir bedel ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bedelin “uygunluğu” ise, yetkilendirmenin ekonomik değeri de dikkate alınarak, her bir somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir.^[114] Dolayısıyla, üye devletler zorunlu lisans karşılığında hak sahiplerine ödenecek bedele ilişkin sabit ve genel bir kural öngöremezler.^[115]

TRIPS m. 31/i'ye göre, zorunlu lisansa ilişkin her türlü kararın hukuki geçerliliği ile TRIPS m. 31/j'ye göre zorunlu lisansın karşılığında belirlenen bedel, yargı denetimine veya üye devlette daha üst bir makam tarafından gerçekleştirilecek bağımsız bir denetime tabi tutulacaktır. Bu hükümlerle amaçlanan zorunlu lisans kurumunun kötüye kullanılmasının önüne geçmektedir.^[116]

TRIPS'in son fıkrası olan l fıkrasında ise patent konularının bağımlılığı halinde uygulanacak ek bazı şartlar öngörülmüştür.

[113] Bkz. aşa. II. C) 5- başlığı.

[114] Bedelin belirlenmesi bakımından kullanılabilir bir yöntem, hak sahibinin isteğe bağlı lisans akdettiği normal koşullarda ödenmesini bekleyebileceği bedelin tespit edilmesidir. Bunun için örneğin, piyasada akdedilen benzer lisans sözleşmelerinde belirlenen lisans bedelleri yol gösterici olabilir. Zorunlu lisans karşılığında hak sahibine ödenmesi gereken bedele ilişkin detaylı bilgi için bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 475 vd.

[115] Jain, “Compulsory Licenses,” 41.

[116] Jain, “Compulsory Licenses,” 41.

4- İlaç Patentleri Bakımından TRIPS m. 31 Hükümünün Değerlendirilmesi

Zorunlu lisans kurumu, patentli ilacın ülke içerisinde satılmadığı, fiyatının makul olmadığı ya da olağanüstü aciliyet gerektiren durumlarda ilaca erişimi artırmak amacıyla kullanılabilir etkili bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.^[117] İlaç patentleri bakımından, hak sahibinin tekeli yetkisini sınırlandıran zorunlu lisans kurumunun amacı, ülkelerin patentli ilacın daha düşük maliyetli jenerik versiyonlarını üretebilmesine imkan tanımak ve böylece toplum tarafından patentli ilaca erişimi artırmaktadır.^[118] Zorunlu lisans aracılığıyla jenerik ilaçların üretilmesinin yanı sıra, üretilen jenerik ilaçların piyasaya çıkmasıyla beraber rekabet de artmakta ve böylece orijinal ilaç fiyatlarında da ciddi bir düşüş yaşanmaktadır.^[119] Hatta bazı durumlarda yalnızca zorunlu lisans tehdidinin varlığı, patentli ilaç sahibini, fiyatları azaltma, ilacı ülkeye tedarik etme ya da isteğe bağlı lisans sözleşmesi akdetme konusunda da teşvik edebilecektir.^[120]

Zorunlu lisans, çoğu durumda isteğe bağlı lisans sözleşmesi akdetmekten imtina edecek, sermayenin ve AR-GE faaliyetlerinin yoğunlaştığı gelişmiş ülkelerde ortaya çıkarılan buluşların, gelişmekte olan ülkelerde de kullanılabilmesini sağlayarak teknoloji transferinin gerçekleştirilmesine (TRIPS m. 66/2) hizmet eder.^[121] Bununla beraber zorunlu lisansa, yeni buluşların geliştirilmesi için AR-GE faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve gerekli yatırımın yapılması konusunda patent sisteminin teşvik işlevini ortadan kaldıracığı gerekçeleriyle karşı çıkmaktadır.^[122] Özellikle, AR-GE faaliyetlerinin yoğunlaştığı ilaç endüstrisi tarafından zorunlu lisans kurumu ciddi bir

[117] Bonadio, “Compulsory Licensing,” 721.

[118] Mercurio, “Trips,” 220; Park, “Drug Industry,” 131.

[119] do Amaral Junior, “Compulsory Licensing,” 74. Somut örnekler için bkz. Khor, “Patents,” 93 vd.

[120] Friedrich Karl Beier, “Exclusive Rights, Statutory Licenses and Compulsory Licenses in Patent and Utility Model Law,” *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 30 (1999): 260; Bonadio, “Compulsory Licensing,” 727.

[121] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 487.

[122] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 488; do Amaral Junior, “Compulsory Licensing,” 73.

şekilde eleştirilmektedir.^[123] Gelişmekte olan ülkeler ise gelişmiş ülkelerde gerçekleştirilen buluşlar bakımından yabancılara verilen tekelci yetkileri daraltarak yurtdışına bağımlılığı azaltmak ve yeni istihdam alanları yaratmak gibi çeşitli nedenlerle zorunlu lisans kurumunun destekçisi olmuşlardır.^[124]

Zorunlu lisans sebebiyle AR-GE faaliyetleri ve yatırımlar konusundaki teşvikin azalabileceği endişelerinin yanı sıra, buluşun üretimi için gerekli know-how bilgisini içermeyen zorunlu lisansın ilaçların üretimi konusunda beklenen işlevi göstermeyebileceği de belirtilmektedir.^[125] Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, buluşun, patent koruması elde edilebilmesi için teknik alanda uzman kişi tarafından uygulanabilmesini sağlayacak şekilde *yeterince* açık ve tam olarak açıklanması gerekir.^[126] Bununla beraber bazı durumlarda, yeterince açıklanan bu buluşun ticari anlamda sanayiye uygulanabilmesi know-how bilgilerinin de elde edilmesine bağlıdır.^[127] Özellikle aşı gibi kompleks ürünlerin üretimi patent konusu buluşun yanı sıra teknoloji transferi, veri ve know-how bilgilerinin de lisans alan tarafından bilinmesini gerektirecektir.^[128] Ancak, zorunlu lisans buluşun gerçekleştirilmesi için gereken know-how bilgisini ve teknoloji transferini içermeyecek olup, buluş sahibinin de zorunlu lisans çerçevesinde lisans alana buluşun üretimi için gerekli teknik bilgileri gönüllü bir şekilde vereceği söylenemez.^[129] Böyle

[123] Correa, “Public Health,” 43. Dünya pazarını hedefleyen ilaçlar bakımından zorunlu lisansın AR-GE yatırımları üzerinde olumsuz etkisinin olmayacağı, bununla beraber yerel hastalıkların tedavisi için geliştirilecek ilaçlar bakımından zorunlu lisans tehdidinin AR-GE yatırımları üzerinde olumsuz etkisi olacağı konusunda bkz. do Amaral Junior, “Compulsory Licensing,” 75.

[124] Gianna, “International,” 356-7.

[125] Richard Li-dar Wang, “Ancillary Orders of Compulsory Licensing and Their Compatibility with the TRIPS Agreement,” *Marquette Intellectual Property Law Review* 18, no. 1 (2014): 95; Bonadio, “Compulsory Licensing,” 728; Kianzad, Wested, “No-one,” 81.

[126] TRIPS m. 29.

[127] Wang, “Ancillary,” 95; Bonadio, “Compulsory Licensing,” 728.

[128] Mercurio, “COVID-19,” 15.

[129] Wang, “Ancillary,” 95.

bir durumda, ilacın üretimi için verilen zorunlu lisans tek başına toplumun ilaca erişimini sağlayamayacaktır.

TRIPS'te düzenlenen zorunlu lisansa ilişkin bir diğer eleştiri ise zorunlu lisans sürecinin çok fazla formalite gerektirmesi ve bu formalitelerin zorunlu lisansa başvuru konusunda caydırıcı bir niteliğe sahip olabileceğidir.^[130]

5- Patentli İlacın TRIPS m. 31/f Hükümü Çerçevesinde İthal ve İhracı

Zorunlu lisans kurumunun yukarıda anıldığı şekilde olumsuz birtakım yönleri olmakla beraber, patent sahibinin tekeli yetkilerine getirilen bu sınırlamanın, patentli ilaca erişim konusunda üye devletlerin başvurabileceği önemli araçlardan biri olduğu da yadsınamaz. TRIPS uyarınca patentlenebilir buluşlar kapsamına dahil edilen ilaçlara erişimi artırmak için üye devletler, lisansın esas olarak iç pazar ihtiyacını gidermek için verilebileceğini öngören TRIPS m. 31/f çerçevesinde zorunlu lisans kurumunu iki şekilde kullanabilir.

İlk olarak, üye devletler zorunlu lisans yöntemiyle ilacın ülke içerisinde üretilerek iç pazara arzını sağlayabileceklerdir. Ülkesellik ilkesi gereğince, üçüncü kişilere verilen zorunlu lisans yalnızca ilgili ülkenin sınırları içerisinde gerçekleştirilecek eylemler bakımından hüküm ifade edebilir. Bir başka deyişle, patentli ilacın zorunlu lisans aracılığıyla yalnızca zorunlu lisansa karar veren ülke içinde üretimi mümkün olacaktır. Bu itibarla, yeterli üretim kapasitesine sahip olmayan az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerin ilacın ülke içerisinde üretilerek iç pazara arzını sağlamak amacıyla zorunlu lisans kurumuna başvurması pek muhtemel bir durum değildir.

Zorunlu lisans aracılığıyla ilaca erişimi artırmak için, özellikle yeterli üretim kapasitesine sahip olmayan ülkeler tarafından izlenebilecek ikinci yol ise; patentli ilacın ithali amacıyla zorunlu lisansa hükmedilmesidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, TRIPS m. 28 uyarınca patent konusu ürünün ithali patent sahibinin münhasır haklarındandır. Patent sahibinin izni olmaksızın patentli ilacın ithal edilebilmesi mümkün değildir. Ancak zorunlu lisans elde eden üçüncü kişi, patent sahibinin iznine gerek duymaksızın, üçüncü ülkelerdeki jenerik ilaç üreticileri aracılığıyla patentli ilacı ithal edebilecektir.

Patentli ilacın ithali üçüncü bir ülkeden sağlandığı için üçüncü ülkede ilacın patent koruması altında olup olmadığı önem taşımaktadır. İlacın

[130] Correa, "Public Health," 47.

patentle korunmadığı, başka bir deyişle, ilacın serbestçe üretilebildiği ve ihraç edilebildiği üçüncü ülkelerden, daha düşük bedelli jenerik ilaçlar kolayca ithal edilebilecektir.^[131] Ancak, ilaç üçüncü ülkede de patent koruması altındaysa üretim ve ihraç yetkisi yine patent sahibinin tekelinde olduğu için, ithalin, patent sahibinin izni olmaksızın bu ülkeler vasıtasıyla gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla ilacın patentle korunduğu üçüncü ülkelerden ithali, bu ülkelerde de zorunlu lisansa hükmedilmesini gerektirmekte ancak TRIPS m. 31/f hükmü uyarınca, bu ülkelerden ihraç edilebilecek ilaç miktarı oldukça sınırlı kalmaktadır.

TRIPS'in üye devletleri ilaçlara patent koruması sağlanması konusunda yükümlü tutması, ilacın jenerik versiyonlarının hak sahibinin rızası olmaksızın ihraç edilebileceği bağımsız kaynakların varlığını da ortadan kaldırmaktadır.^[132] İlaçların daha fazla ülkede patentle korunması, ihraç edilebilecek ilaç miktarını sınırlandıran TRIPS m. 31/f hükmü nedeniyle, özellikle yeterli üretim kapasitesine sahip olmayan ülkeler bakımından zorunlu lisans kurumunun işlevsiz kalmasına yol açmaktadır.^[133] İşte bu mesele, TRIPS hükümlerinin kamu sağlığı çerçevesinde değerlendirildiği 2001 tarihli Doha Deklarasyonu^[134] ile ortaya konmuş ve sonrasında TRIPS m. 31 *bis* hükmü ile çözüme kavuşturulmuştur.

[131] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 474.

[132] Correa, "Public Health," 48.

[133] Khor, "Patents," 90; Mercurio, "Trips," 222; Correa, "Public Health," 48; do Amaral Junior, "Compulsory Licensing," 70.

[134] "Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2," 20 November 2001, WTO, erişim 1 Temmuz 2022, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=35766&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

III. DOHA DEKLARASYONU VE TRIPS M. 31bis HÜKMÜ

A) DOHA DEKLARASYONU

1- Deklarasyona Zemin Hazırlayan Politik İklim

1990'ların sonuna doğru HIV/AIDS pandemisinin yaygınlaşması ile patent haklarının temel ilaçlara erişime etkilerine yönelik gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki tartışmalar tekrar alevlenmiştir.^[135] Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin patent koruması ve TRIPS'in yorumlanması konusundaki farklı bakış açıları, DTÖ'ye üye ülkeler arasında, Doha Deklarasyonu'nun ilan edilmesiyle sonuçlanan bir politik iklim oluşturmuştur.

O dönemde gelişmekte olan bazı ülkeler HIV/AIDS salgını ile mücadele amacıyla TRIPS'te düzenlenen istisnalara başvurmanın yollarını aramaktaydılar. Gelişmiş ülkeler, özellikle ABD ise gelişmekte olan ülkeler tarafından ilaçlara erişimi artırmak üzere zorunlu lisans ya da paralel ithalat aracılığıyla başvurulmuş tedbirlerin fikrî mülkiyet haklarının ihlali anlamına geldiğini belirtmekte ve TRIPS istisnalarına başvuran ülkelere karşı birtakım caydırıcı önlemler almaktaydılar. Bu önlemler, genellikle ABD tarafından Bölüm 301 aracılığıyla ticari yaptırımların uygulanması tehdidi ile uyumsuzlukların çözümü mekanizması aracılığıyla DTÖ'ye başvuruda bulunma tehdidi olmuştur.^[136]

Bu noktada, uluslararası kamuoyunun dikkatini çeken ilk önlem, Güney Afrika'nın 1997 tarihli, patentli ilaçların zorunlu lisanslanmasına izin veren yasasının, ABD menşeli İlaç Üreticileri Derneği (*Pharmaceutical Manufacturers' Association-PMA*) tarafından 2000 yılında, Güney Afrika'da yargıya taşınması olmuştur.^[137] Ancak, ilaç şirketlerinin bu hareketi kamuoyunda eleştirilmiş, Güney Afrika'yı destekleyen kampanyalar yürütülmüş

[135] Gathii, "The Legal Status," 294; Skyes, "TRIPS," 53.

[136] Bu konuda bkz. Park, "Drug Industry," 134 vd.

[137] Mercurio, "Trips," 223; Skyes, "TRIPS," 47; Park, "Drug Industry," 137; South Centre, "The Doha Declaration on TRIPS and Public Health Ten Years Later: The State of Implementation," *Policy Brief* 7, no. 7 (2001): 2.

ve yaşanan birtakım gelişmeleri takiben dava ABD tarafından, 2001 yılında geri çekilmiştir.^[138]

Aynı dönemde, ABD tarafından alınan bir diğer önlem ise Brezilya'ya karşı olmuştur. ABD, Brezilya mevzuatında yer alan zorunlu lisans hükümlerini anlaşmazlıkların çözümü mekanizması aracılığıyla DTÖ önüne taşımıştır.^[139] Daha sonra bu uyuşmazlık da, Brezilya'nın zorunlu lisansa karar vermeden önce ABD'ye danışacağını taahhüt etmesi karşılığında sona ermiştir.^[140] Yine ABD'nin Bölüm 301 baskısı, 1999 yılında Tayland'ın mevzuatını paralel ithalata izin vermeyecek ve zorunlu lisans hükümlerini daraltacak şekilde revize etmesi ile sonuçlanmıştır.^[141]

HIV/AIDS salgını esnasında TRIPS'e bağlı yaşanan gelişmeler meselenin Birleşmiş Milletler tarafından da ele almasına yol açmıştır. 21 Haziran 2001 tarihinde Birleşmiş Milletler Ekonomi ve Sosyal Konseyi tarafından hazırlanan raporda ilaçlara erişim hakkının insan hakkı olduğu vurgulanmış ve TRIPS'in ilaçlara erişimi kolaylaştıracak esneklikte yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.^[142]

Bu ve benzeri gelişmelerin ardından, gelişmekte olan ülkeler, TRIPS uyarınca ilaçlara sağlanan fikrî mülkiyet korumasının esnetilmesi ya da en azından açıklığa kavuşturulması gerektiği konusunda; gelişmiş ülkeler ise TRIPS'e ilişkin katı yorumlarını devam ettirme konusunda ısrarcı olmuşlardır.^[143] En nihayetinde kamu sağlığı ve TRIPS ilişkisi Katar'ın başkenti Doha'da gerçekleştirilen müzakerelerde ele alınmış ve 20 Kasım 2001 tarihli

[138] South Centre, "The Doha Declaration," 2; Mercurio, TRIPS, s. 224. Detaylı bilgi için bkz. Park, "Drug Industry," 136 vd.

[139] Skyes, "TRIPS," 46; Mercurio, "Trips," 224.

[140] Skyes, "TRIPS," 53; Mercurio, "Trips," 224.

[141] Park, "Drug Industry," 135-6.

[142] "Report of the High Commissioner of the Human Rights Commission on Economic, Social and Cultural Rights, The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights," 27 June 2022, United Nations, erişim 2 Temmuz 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/446005#record-files-collapse-header>.

[143] Skyes, "TRIPS," 48; South Africa, s. 2.

“Kamu Sağlığı ve TRIPS Hakkında Deklarasyon” (“Doha Deklarasyonu”) ilan edilmiştir.

2- Doha Deklarasyonu ve Anlamı

Görüldüğü üzere, gelişmekte olan ve gelişmiş ülkelerin TRIPS’e ilişkin yorum farklılıkları Doha Deklarasyonu’nun ilan edilmesine yol açmıştır.

Deklarasyon’un ilk üç paragrafında, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerdeki kamu sağlığı sorunlarına ve ilaçlara ilişkin fikrî mülkiyet hakları bakımından toplumsal menfaatler ve bireysel menfaatler arasındaki dengeye dikkat çekilmiştir. Dördüncü paragrafta, TRIPS Anlaşması’nın kamu sağlığı sorunları için gereken önlemleri alma konusunda üye devletleri engellemediği ve engellememesi gerektiği; Anlaşma’nın üye devletlerin kamu sağlığını koruma haklarını destekleyici ve toplumun ilaçlara erişimini artırmasına elverişli bir şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiş ve bu amaca ulaşmak için üye devletlerin TRIPS’teki istisnaları kullanma hakları olduğunun altı çizilmiştir. Beşinci paragrafta TRIPS’te mevcut istisnalara ilişkin bazı belirlemelerde bulunulmuştur. Bu çerçevede özellikle, üye devletlerin zorunlu lisansa karar verme haklarının bulunduğu ve zorunlu lisansa karar verilebilecek hallerin belirlenmesinin üye devletlerin takdirinde olduğu; TRIPS m. 31/b’de belirtilen “ulusal aciliyet” ve “olağanüstü aciliyet gerektiren” diğer durumları belirleme konusunda üye devletlerin serbest olduğu ve bu çerçevede kamu sağlığı sorunlarının aciliyet gerektiren durumlardan sayılabileceği ve her ülkenin tükenme rejimini seçme konusunda özgür olduğu vurgulanmıştır. Deklarasyon’un altıncı paragrafında ise, yeterli veya hiç üretim kapasitesine sahip olmayan ülkelerin TRIPS’te öngörülen zorunlu lisans kurumunu etkin bir şekilde kullanamadıkları kabul edilerek bu sorunun çözümüne ilişkin bir konsey oluşturulduğu ve bu konseyin de 2002’nin sonuna kadar Genel Konsey’e meseleye ilişkin çözüm önerisi sunacağı belirtilmiştir. Son paragrafta ise TRIPS m. 66/2’de az gelişmiş ülkelere tanınan geçiş süreleri uzatılmıştır.^[144]

Doha Deklarasyonu ile gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin, kamu sağlığı çerçevesinde fikrî mülkiyet haklarına farklı yaklaşımları arasında denge

[144] Bu konuda bkz. yuk. I. B) 1- c) başlığı.

sağlanması amaçlandığı söylenebilir.^[145] Doha Deklarasyonu bağlayıcı olmayıp yalnızca, Anlaşma'nın, kamu sağlığına üstünlük tanınacak şekilde yorumlanması gerektiğini ortaya koyan bir metin olarak karşımıza çıkmaktadır.^[146] Deklarasyon'da, halihazırda TRIPS'te düzenlenen (ancak gelişmiş ülkeler tarafından uygulanabilecek yaptırımlar sebebiyle gelişmekte olan ülkelerin uygulamaktan imtina ettiği^[147]) istisnaların varlığı vurgulanmış ve bu istisnaların tüm üye devletler tarafından aynı şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği garanti altına alınmıştır.^[148] Özellikle, Deklarasyon'un beşinci paragrafı çerçevesinde, üye ülkelerin tükenme rejimini belirleme konusunda serbest olduğu hatırlatılarak, TRIPS'in paralel ithalata engel olacak şekilde yorumlanmaması gerekliliği ortaya konmuştur.^[149] Yine Deklarasyon yeterli üretim kapasitesine sahip gelişmekte olan ülkeleri zorunlu lisans aracılığıyla patentli ilaçlara erişimi artırma konusunda da teşvik etmiştir.

TRIPS m. 31/f'nin yeterli üretim kapasitesine sahip olmayan ülkeler açısından zorunlu lisans yönteminin kullanımını işlevsiz hale getirmesi meselesi de Deklarasyon'un altıncı paragrafı çerçevesinde çözümlenmiştir.

[145] Gathii, "The Legal Status," 301.

[146] Mercurio, "Trips," 228.

[147] Friedrich M. Abbott, Jerome H. Reichman, "The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines Under the Amended TRIPS Provisions," *Journal of International Economic Law* 10, no. 4 (2007): 956. Belirtmek gerekir ki, Doha Deklarasyonu'ndan sonra da gelişmekte olan ülkeler, yaptırım tehdidi altında kalmamak için zorunlu lisans kurumunu kullanmaktan imtina etmeye devam etmişlerdir. Bkz. Donald (II) Harris, "TRIPs after Fifteen Years: Success or Failure, as Measured by Compulsory Licensing," *Journal of Intellectual Property Law* 18, no. 2 (2011): 387-92; Abbott, Reichman, "The Doha Round," 954.

[148] Garagancea, "Access," 48.

[149] Hakan Koçak, "TRIPS Anlaşması'nda İlaç Patentlerinin Zorunlu Lisansı," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, S. 41 (2020): 285.

3- TRIPS m. 31/f Çözümüne Farklı Yaklaşımlar ve Paragraf 6 Kararı

Doha Deklarasyonu'nun altıncı paragrafında ortaya konan sorunun çözümlenmesi yaklaşık iki yıl süren müzakere sürecinin sonunda ancak mümkün olabilmiştir.^[150]

Daha önce de ifade edildiği üzere, TRIPS m. 31/f, üretim kapasitesi yetersiz olan ve TRIPS m. 27 nedeniyle ilacın ithal edilebileceği bağımsız bir kaynak bulmakta zorlanan ülkelerin, zorunlu lisans kurumunu etkin bir şekilde kullanabilmesi engelleyen bir hükümdür. Deklarasyon'un uygulanması için gerçekleştirilen müzakerelerde TRIPS m. 31/f'nin yol açtığı bu soruna ilişkin gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler tarafından farklı çözüm önerileri ileri sürülmüştür.^[151]

Gelişmekte olan ülkeler, sorunun çözümünün TRIPS m. 30 çerçevesinde gerçekleştirilmesini savunmuşlardır.^[152] Buna göre, ihracatçı ülke, ilaç kendi ülkesinde patentli olmasına rağmen, kamu sağlığı sorunlarının varlığı halinde, ilacın üretimi ve ihracı için üreticiyi yetkilendirebilecektir. Böylece, üretici hak sahibinin rızası gerekmeksizin ilacı üretip, kamu sağlığı sorunlarının yaşandığı ithalatçı ülkeye ihraç edebilecektir. Gelişmiş ülkeler ise ihraç edilecek ilacın miktarına ilişkin sınırlama getiren TRIPS m. 31/f hükmünün değiştirilmesini ve meselenin zorunlu lisans hükmü çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir.^[153]

[150] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 484.

[151] Geniş bilgi için bkz. Amir Attar, "The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Access to Pharmaceuticals, and Options under WTO Law," *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 12, no. 3 (2002): 868 vd.

[152] "Submission by the African Group, Bangladesh, Barbados, Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Haiti, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistan, Paraguay, Philippines, Peru, Sri Lanka, Thailand, and Venezuela, 18 September 2001," WTO, erişim 2 Temmuz 2022, <http://www.cptech.org/ip/wto/africagroup09182001.html>; "Submission by Bolivia, Brazil, Cuba, China, Dominican Republic, Ecuador, India, Indonesia, Pakistan, Peru, Sri Lanka, Thailand and Venezuela," WTO, erişim 2 Temmuz 2022, <http://www.cptech.org/ip/wto/southsubmission.html>.

[153] "Draft Communication from the European Communities and its Member States to the TRIPs Council Concept Paper relating to paragraph 6 of the Doha Declaration

Bununla beraber, gelişmiş ülkelerin önerdiği çözüm, TRIPS m. 31'in çok fazla bürokratik işlem gerektirmesi, sürecin yavaş işlemesi, dolayısıyla TRIPS m. 30 çözümünün çok daha pratik bir çözüm olacağı gerekçeleriyle Sivil Toplum Kuruluşları tarafından eleştirilmiştir.^[154] Gerçekten de TRIPS m. 30 çözümü sayesinde, zorunlu lisans kararının olağan ve sık tercih edilen bir yöntem olmadığı düşünüldüğünde,^[155] ihracatçı ülke zorunlu lisans kararı vermek zorunda olmadan patentli ilacı üretip ihraç edebilecektir. Yine, zorunlu lisans teşebbüslerinin, zayıf tarafın tavizleri sonucunda anlaşma ile sonuçlandığı ya da ticari yaptırım tehditleri vasıtasıyla tarafların caydırıldığı da daha önce ifade edilmişti. Bu çerçevede doktrinde, meselenin TRIPS m. 31 çerçevesinde çözümlense dahi ihracat amacıyla zorunlu lisans kurumunun çok nadiren kullanılacağı belirtilmiştir.^[156]

Müzakereler sonucunda, TRIPS m. 31'in halihazırda üzerinde mutabakata varılmış, dengeyi tesis edici şartlar içerdiği; zorunlu lisans çözümünün, fikrî mülkiyet hakları korunurken gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin ihtiyaçlarına cevap verme konusunda en uygun çözüm olduğu konusunda üye devletlerin çoğu arasında ittifak sağlanmıştır.^[157] Doha Deklarasyonu altıncı paragraf uyarınca kurulan Genel Konsey'in, 30 Ağustos 2003 tarihinde "TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Doha Deklarasyonu'nun Altıncı Paragrafının Uygulanması" başlıklı, WT/L/540 sayılı kararı^[158] ile

on the TRIPs Agreement and Public Health," 01 March 2002, erişim 2 Temmuz 2022 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122248.pdf.

[154] "Joint Letter to the TRIPS Council January 2002," MSF, Oxfam, CPT, Third World Network, Essential Action, Health GAP, 27 February 2002, erişim 2 Temmuz 2022 <https://msfaccess.org/joint-letter-trips-council-january-2002>.

[155] Paragraf altı çözümü için gerçekleştirilen müzakare döneminde (2001-2002), TRIPS altı yıldır yürürlükte olmasına rağmen zorunlu lisans kurumu yalnızca bir defa kullanılmıştır. Bkz. Mercurio, "Trips," 232.

[156] Attar, "The Doha," 870. Gerçekten de TRIPS m. 31 *bis* hükmüne yalnızca bir defa başvurulmuş ve hüküm çerçevesinde ihracatın gerçekleştirilmesi oldukça uzun bir zaman almıştır. Bu konuda bkz. aşa. III. B) 7- başlığı.

[157] Mercurio, "Trips," 231.

[158] "WT/L/540," 30 August 2003, WTO, erişim 2 Temmuz 2022, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=51809,2548,53071,70701&CurrentCatalogueIdIndex=1 (Paragraf 6 kararı olarak anılacaktır).

TRIPS m. 31/f'nin yol açtığı sorunlar çözüme kavuşturulmuştur. Karara göre, olağanüstü koşulların varlığı halinde eczacılık ürünleri (*pharmaceutical products*) bakımından TRIPS m. 31/f ve h bentleri uygulanmayabilecektir. Başka bir deyişle, bu ürünler bakımından zorunlu lisans, belirli koşulların sağlanması şartıyla, dış pazar ihtiyacını karşılamak üzere, başka bir deyişle ihracat amacıyla da verilebilecektir.

Paragraf 6 kararı ile kabul edilen çözüm, DTÖ Genel Konseyi'nin 8 Aralık 2005 tarihli, WT/L/641 sayılı Protokolü^[159] ile TRIPS'te yapılan değişiklik sonucunda TRIPS m. 31 *bis* hükmü ve (TRIPS m. 73'ten sonra gelmek üzere) TRIPS m. 31 *bis* hükmü ile ilişkilendirilen *Annex* ve *Appendix* bölümleri Anlaşma'ya eklenmiştir. Söz konusu değişiklik, 23.01.2017 tarihinde, Marakeş Anlaşması^[160] m. X/3 uyarınca üye devletlerin üçte ikisinin değişikliği onaylaması sonucunda yürürlüğe girmiştir.^[161] Bununla

[159] "WT/L/641," 08 December 2005, WTO, erişim 2 Temmuz 2022, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=225408,121046,96083,96293,69009,58276&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

[160] Bkz. yuk. dn. 64.

[161] Türkiye'nin 30.04.2013 tarihli, 6471 sayılı Kanunla (RG 22.05.2013, S. 28654) bu Protokol'e katılması uygun bulunmuş, katılmanın onaylanmasına ilişkin 27.01.2014 tarih, 2014/5893 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve Protokol metni 15.03.2014 tarihli 28942 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bununla beraber 2017 tarihli 6769 sayılı SMK'nın kabul edilmesine kadar ülkemizde ihracat amacıyla zorunlu lisansla hükmedilememekteydi. Şöyle ki; mülga 551 sayılı KHK m. 102'de "*Patent konusu buluşun ihraç edilmesi durumu zorunlu lisans gerekeşi olarak kabul edilmez*" hükmü yer almaktaydı. Hukukumuzda KHK döneminde zorunlu lisansla ilişkin bazı açıklamalar için bkz. Başak Bak, "İlaçta Zorunlu Lisans Patenti," *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3 (2011): 112 vd. SMK m. 129/1-ç'ye göre ise; "30/4/2013 tarihli ve 6471 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokolde belirtilen şartların sağlanması hâlinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatının söz konusu olması" halinde artık ihracat amacıyla zorunlu lisans kararı verilebilecektir. SMK m. 129/9'da ise, TRIPS m. 31/f hükmü ile paralel bir şekilde, bu bent haricinde verilecek zorunlu lisansın "esas olarak" yurtiçi pazara arz için verilebileceği düzenlenmiştir. SMK çerçevesinde zorunlu lisansla ilişkin genel bilgiler için bkz. İbrahim Bektaş, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Zorunlu Lisans – Değişiklikler ve Eksiklikler," içinde *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, ed. İsmail Kırca, Başak Şit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş ve

beraber, Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği 2017 tarihine kadar üye devletlerin bu prosedürü kullanma imkanı olmadığı söylenemez. Şöyle ki; söz konusu değişiklik yürürlüğe girene kadar Paragraf 6 kararı bütün üye ülkeler tarafından kullanılabilir olacak olup^[162] bu karar üye devletler açısından icrai nitelik taşımaktadır.^[163] Anlaşma'nın yürürlüğe girmesiyle, Anlaşma'yı onaylayan devletler bakımından Paragraf 6 kararının icrai niteliği sona ererek bu ülkeler bakımından anılan kararın yerini TRIPS m. 31 *bis* hükmü alacak;^[164] Anlaşma'yı henüz onaylamayan devletler açısından ise Paragraf 6 kararının icrai niteliği devam edecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, TRIPS'te yapılan değişiklik üye devletleri, ihracat amacıyla zorunlu lisans kurumuna yer verme konusunda bir yükümlülük altına sokmamaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, zorunlu lisansa karar verilebilecek nedenleri belirleme konusunda üye devletler tamamen serbesttir. TRIPS değişikliği yalnızca, belirli koşulların varlığı halinde ihracat amacıyla zorunlu lisansa karar verilmesinin, üye devletlerin TRIPS m. 31/f hükmünden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davrandığını göstermeyeceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, değişiklik çerçevesinde zorunlu lisans aracılığıyla gelişmekte olan ülkelerin sağlık sorunlarının azaltılması, yine ihracatçı ülkenin bu konudaki isteğine, takdirine^[165] ve ayrıca ulusal hukuk düzenlemelerine^[166] bağlı olacaktır.

Merve İrem Yener (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 277 vd.; Uğur Çolak, *Türk Patent Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 686 vd.

[162] Paragraf 6 kararı, para. 10.

[163] Bkz. Koçak, "TRIPS," 287.

[164] Paragraf 6 kararı, para. 11.

[165] Abbott, Reichman, "The Doha Round," s. 930.

[166] Carlos, Correa, "Implementation of the WTO General Council Decision on Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement And Public Health, WTO 2004," 5-8, erişim 2 Temmuz 2022, [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/68743/WHO_EDM_PAR_2004.4_\(2\).pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/68743/WHO_EDM_PAR_2004.4_(2).pdf); South Centre, "The Doha Declaration," 6. Örneğin; AB, TRIPS hükümleriyle uyumlu olarak, eczacılık ürünleri bakımından zorunlu lisans kurumunun ihracat amacıyla kullanılabilmesine yönelik 2006 yılında bir Tüzük kabul etmiştir. Bkz. Regulation (EC) No 816/2006 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on compulsory

B) TRIPS M. 31*bis* HÜKMÜ

1- Genel Olarak

TRIPS m. 31*bis*, patentli ilaçların jenerik versiyonlarını ithal edecek ülkelerin (ithalatçı ülkeye yeterli ya da makul fiyatlarda ilaç tedarikinde bulunmayan^[167]) patent sahibinden bağımsız bir kaynak bulmasını kolaylaştırmak için, üçüncü ülkelerin TRIPS m. 31/f hükmünü ihlal etmeksizin, ihracat amacıyla zorunlu lisansa karar verebilmesine imkan vermektedir. Hüküm, ayrıca ithal eden ülke bakımından, zorunlu lisans karşılığında patent sahibine uygun bir bedel ödenmesini zorunlu kılan TRIPS m. 31/h hükmünün de istisnasını oluşturmaktadır. Bu itibarla, TRIPS m. 31*bis*, hangi şartlarda, ihraç eden devletin TRIPS m. 31/f, ithal eden devletin ise TRIPS m. 31/h hükmü ile bağlı olmayacağını düzenlemektedir.

TRIPS m. 31*bis* ile ilişkilendirilen *Annex* bölümünün altıncı paragrafında ihracatçı ve ithalatçı ülkelerin madde ile öngörülen zorunlu lisans mekanizmasını, yeterli veya hiç üretim kapasitesine sahip olmayan üye devletlere teknoloji transferini gerçekleştirme amacına hizmet edecek şekilde kullanmaları gerektiği vurgulanmıştır.

2- Hükme Başvurulabilecek Haller

TRIPS m. 31*bis* hükmünün temel işlevi, ihracatçı üye ülkenin, TRIPS m. 31/f hükmünden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmeksizin patentli ürünün ihracı amacıyla zorunlu lisansa karar verebilmesidir. Bu çerçevede hükmün uygulama alanı bulmasının ön koşulu da patentli ilacın ihracatçı ülkede patentle korunuyor olmasıdır.

Ürünün patentle koruma altında olduğu ihracatçı ülke TRIPS m. 31'de öngörülen istisnalar sayesinde ithalatçı ülkenin ihtiyacını karşılayamamakta ise TRIPS m. 31*bis* hükmüne başvurulabilecektir.^[168] Bu itibarla, ihracatçı ülkede zorunlu lisans TRIPS m. 31/f hükmü uyarınca “esas olarak” ihracatçı ülke ihtiyacını karşılamak üzere verilmişse, bu lisans çerçevesinde üretilen

licensing of patents relating to the manufacture of pharmaceutical products for export to countries with public health problems, OJ. L. 157/1-7, 09.06.2006.

[167] Correa, “Implementation,” 6.

[168] Correa, “Implementation,” 9.

ürünlerin “esas olmayan” kısmı halihazırda ithalatçı ülkenin ihtiyacını karşılıyorsa TRIPS m. 31 *bis* hükmüne başvurmak gerekmez. Benzer şekilde, TRIPS m. 31 çerçevesinde verilen zorunlu lisans rekabete aykırı bir durumu düzeltmek için verilmişse, lisansın esas olarak iç pazar ihtiyacını karşılamak üzere verilmesi zorunluluğu da olmadığından TRIPS m. 31 *bis* hükmüne başvurulmasına ihtiyaç da yoktur (TRIPS m. 31/k).

Hükmün uygulanabilmesi için ürünün ithalatçı ülkede patentle korunuyor olması zorunlu değildir. Bununla beraber, ürün ithalatçı ülkede patentle korunmuyor olsa dahi, aşağıda da görüleceği üzere, ihracatçı ülkenin ihracat amacıyla zorunlu lisansa karar verebilmesini sağlayabilmek için TRIPS m. 31 *bis* hükmünde öngörülen mekanizmanın işletilmesi gerekecektir. Ürünün ayrıca ithalatçı ülkede de korunuyor olması halinde, ithalatçı ülke TRIPS m. 31'e uygun olarak, ithalat amacıyla, ayrıca zorunlu lisansa karar vermelidir (*Annex, 2/iii*).

3- Hüküm Kapsamındaki Ürünler

TRIPS m. 31 *bis* hükmü yalnızca eczacılık ürünleri (*pharmaceutical products*) açısından uygulanabilir. *Annex* bölümünde verilen tanıma göre, zorunlu lisansa konu olabilecek eczacılık ürünleri, kamu sağlığı sorunlarının üstesinden gelmek için gerekli, eczacılık sektöründe kullanılan her türlü patentli ürün ya da patentli usulün kullanılması sonucunda elde edilmiş ürünlerdir. Bu ürünler ayrıca, ürünlerin, elde edilmesi için gereken etkin maddeleri ve kullanılması için gereken teşhis kitlerini de içermektedir. Anılan tanım çerçevesinde, zorunlu lisansa konu edilebilecek ürünlerin kapsamı, spesifik bir hastalığa atıf yapılmaksızın geniş bir şekilde belirlenmiştir. Anlaşma'daki tanım uyarınca aşılarda TRIPS m. 31 *bis* aracılığıyla zorunlu lisansa konu edilebilecek ürünlerdendir.^[169] Öte yandan, ürünlerin kapsamının geniş tutulmasının bazı belirsizliklere yol açtığı da ileri sürülmektedir.^[170]

[169] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 484; Correa, “Implementantation,” 11.

[170] Mercurio, “Trips,” 239.

4- İthalatçı Ülke ve Sürecin Yürütülmesi

Anlaşma'nın *Annex* bölümü paragraf 1/b uyarınca, hükümden ithalatçı ülke olarak yararlanabilecek ülkeler iki başlık altında sınıflandırılabilir: (1) az gelişmiş ülkeler, (2) TRIPS m. 31 *bis* hükmünden ithalatçı ülke olarak yararlanmak istediği hususunda TRIPS Konseyi'ne bildirimde bulunan her üye devlet.

Bu itibarla, az gelişmiş ülkeler TRIPS m. 31 *bis* hükmünden bildirim şartı aranmaksızın otomatik olarak yararlanabileceklerdir. Az gelişmiş ülkeler dışındaki bütün ülkeler de hükümden faydalanabilecek olmakla beraber, bu ülkelerin hükümden faydalanabilmesi bildirimde bulunmaları şartına bağlanmıştır. Hükümden faydalanmak için bildirim şartı yeterli olup bildirim takiben DTÖ tarafından onay vb. diğer işlemlerin yapılması gerekmektedir.^[171] Yine bildirim genel bir bildirim olabileceği gibi; üye devlet tarafından hükmün, ulusal bir aciliyet hali, diğer olağanüstü aciliyet halleri veya toplumun ticari olmayan amaçlı kullanımını gibi hallerle sınırlı olarak kullanılacağı da bildirilebilir.

Bazı üye ülkeler, TRIPS m. 31 *bis* hükmünden ithalatçı ülke olarak yararlanmayacaklarını bildirmişlerdir. Bunlar; Avustralya, Kanada, AB ve AB'ye üye devletler, İzlanda, Japonya, Yeni Zelanda, Norveç, İsviçre ve ABD'dir.^[172]

Bazı üye ülkeler ancak ulusal aciliyet ya da diğer olağanüstü aciliyet hallerinde hükümden ithalatçı ülke olarak yararlanacaklarını bildirmişlerdir. Bunlar ise: Hong Kong, Macao, İsrail, Kore, Kuveyt, Meksika, Katar, Singapur, Tayvan, Penghu, Kinmen, Matsu, Türkiye ve Birleşik Arap Emirlikleri'dir.^[173]

Üye ülkelerin sistemi kullanmayacaklarına veya sınırlı hallerde kullanacaklarına ilişkin bildirimle bağlayıcı bir nitelik atfetmenin muhtemel olmadığı, bu ülkelerin diledikleri zaman, sistemden faydalanacaklarını belirten tek taraflı bir bildirimle sistemden ithalatçı ülke olarak yararlanabilecekleri

[171] Annex, para. 1/b, dn. 2.

[172] Annex, para. 1/b, dn. 3.

[173] "General Council Chairperson's Statement," WTO General Council, 13 November 2003, erişim 2 Temmuz 2022, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/gc_stat_30aug03_e.htm.

kabul edilmektedir.^[174] Gerçekten de *Annex* bölümünde, bildirimde bulunan her üye devletin (*any other Member that has made a notification*) ithalatçı devlet olarak sistemden yararlanabileceği belirtilmektedir.

Az gelişmiş ülkeler dışındaki ülkelerin sistemden ithalatçı ülke olarak faydalanmak istediklerine ilişkin bildirimde ek olarak, az gelişmiş ülkeler de dahil olmak üzere ithalatçı ülke tarafından DTÖ'ye yapılması gereken ikinci bir bildirim vardır.^[175] Bu bildirimde, ülke içerisinde ihtiyaç duyulan ürünün ismi ve talep edilen miktar belirtilecektir. Ürünün ismi ve talep edilen miktara ilişkin bildirim DTÖ'nün bu sistem için kurulan internet sayfasından kamuya duyurulacaktır.^[176] Ayrıca bu bildirimde, az gelişmiş ülkeler dışındaki ülkeler, ilgili ürüne ilişkin hiç veya yeterli üretim kapasitesine sahip olmadıklarını göstermek zorundadırlar.^[177] Bu itibarla, az gelişmiş ülkelerin, yeterli veya hiç üretim kapasitesine sahip olmadıkları *per se* kabul edilecekken, gelişmekte olan ve gelişmiş ülkelerin neden sistemden faydalandıklarını, ilgili ürüne ilişkin yeterli veya hiç üretim kapasiteleri olmadıklarını göstererek meşrulaştırmaları gerekmektedir. Sistemden yararlanmak isteyen üye devletin yeterli veya hiç üretim kapasitesine sahip olmadığını belirleme yetkisi ithalatçı ülkenin takdirinde olup bu belirlemeye itiraz edilebilmesi ya da TRIPS Konseyi tarafından denetlenmesi söz konusu değildir.^[178] Yine, patentli ilaç az gelişmiş ülkeler de dahil olmak üzere üye devlette patent korumasını haizse, ithalatçı ülkenin ithalat amacıyla TRIPS m. 31'e uygun

[174] Mercurio, "Trips," 242; Thana C. De Compas Rudinsky, "Intellectual Property and Essential Medicines in the COVID-19 Pandemic," *International Affairs* 97, no. 2 (2021): 533.

[175] Annex, para. 2/a.

[176] Annex, para. 2/a-i, dn. 5.

[177] Annex, para. 2/a-ii. Az gelişmiş ülkeler dışındaki ülkeler sistemi iki durumda kullanabilecektir. Bunlardan ilki ithalatçı ülkenin hiç üretim kapasitesine sahip olmaması durumudur. İkincisi ise, ithalatçı ülkenin üretim kapasitesi olmakla beraber, patent sahibinin kontrolünün dışındaki üretim kapasitesinin ülkedeki ihtiyaçları karşılamak için yeterli olmamasıdır. Eğer yeterli bir kapasitesi varsa, üye devlet ithalatçı ülke olarak sistemden faydalanamayacaktır. Zira, TRIPS m. 31'de ülkenin ihtiyaçlarını karşılayacak bir istisna zaten mevcuttur. Bkz. Appendix to the Annex to the TRIPS Agreement.

[178] Correa, "Implementation," 29.

olarak zorunlu lisans kararı verdiğini ya da vereceğini (*it has granted or intends to grant a compulsory licence*) DTÖ'ye bildirmesi gerekmektedir.^[179]

İthalatçı ülke tarafından verilecek zorunlu lisans TRIPS m. 31'e uygun bir şekilde verilmek zorunda olmakla beraber, eğer aynı ürüne ilişkin ihracat amacıyla verilen zorunlu lisans kapsamında patent sahibine ihracatçı ülke tarafından ödeme yapılmışsa, ithalatçı ülke bakımından TRIPS m. 31/h hükmü uygulanmaz. Başka bir deyişle, ithalatçı ülke zorunlu lisans karşılığında patent sahibine ödeme yapmak zorunda değildir (TRIPS m. 31**bis**/2). Bu hüküm ile amaçlanan, patent sahibinin hem ithalatçı hem de ihracatçı ülkeden aynı ürünler için iki defa lisans bedeli elde etmesini önlemektir.^[180] Yine TRIPS m. 31**bis**/5 uyarınca; ithalatçı ülkenin, h bendi hariç olmak üzere, TRIPS m. 31'den kaynaklanan yükümlülükleri devam ettiği için, zorunlu lisansa karar verilmeden önce patent sahibi ile ithalat amacıyla isteğe bağlı lisans sözleşmesi kurulması için TRIPS m. 31/b'ye uygun olarak görüşmelerde bulunulması gerekecektir.

İthalatçı ülke tarafından yapılacak yukarıda belirtilen içerikteki bildirimler yalnızca bilgilendirme amaçlı olup üye ülkenin ithalat amacıyla verilen zorunlu lisansın TRIPS m. 31'e uygun olarak verildiğini kanıtlaması gerekmez.^[181]

5- İhracatçı Ülke ve Sürecin Yürütülmesi

Annex paragraf 1/c'ye göre, ihracatçı ülke eczacılık ürünlerini üreterek ithalatçı ülkeye ihraç etmek üzere TRIPS m. 31**bis**'teki sistemi kullanan ülkedir. Bu çerçevede üye ülkelerin tamamı ihracatçı ülke olabilir. Ancak, pratik anlamda az gelişmiş ülkelerin sistemi ihracatçı ülke olarak kullanamayacağı da açıktır.

TRIPS m. 31**bis**/5 uyarınca ihracatçı ülke tarafından verilecek zorunlu lisanslar bakımından, f bendi dışında TRIPS m. 31'deki şartlar uygulanmaya devam edeceğinden, zorunlu lisansa karar verilmeden önce patent sahibi ile ihracat amacıyla isteğe bağlı lisans sözleşmesi kurulması için TRIPS m.

[179] *Annex*, para. 2/a-iii.

[180] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 477.

[181] Correa, "Implementation," 19.

31/b'ye uygun olarak görüşmeler yapılması gerekir.^[182] Görüşmelerin başarısız olması halinde jenerik ilaçları üreterek ihraç etmek isteyen kişi/kişiler bu konuda, zorunlu lisansa hükmedilmesi için ihracatçı ülkedeki yetkili otoriteye başvurmalıdırlar.^[183] Tekrar hatırlatmak gerekir ki, bu başvurunun olumlu bir şekilde sonuçlanması ilgili ülkenin ihracat amacıyla zorunlu lisans kurumuna ulusal düzenlemelerinde yer vermesi şartına bağlıdır.

İhracatçı ülkede zorunlu lisansa hükmedilmesi halinde patent sahibine TRIPS m. 31/h'ye uygun olarak bir bedel ödenmelidir. İhracatçı ülke tarafından ödenecek lisans bedeli zorunlu lisans ile yetkilendirilen kullanımın ithal eden ülkedeki ekonomik değeri gözetilerek belirlenmelidir (TRIPS m. 31/bis/2). Bu çerçevede lisans bedeli, ithal eden ülkenin finansal kapasitesi ve gelişmişlik düzeyine göre belirlenmeli, ihraç eden devletin gelişmişlik seviyesi lisans bedeli belirlenirken dikkate alınmamalıdır.^[184]

İhracatçı ülke tarafından ihracat amacıyla verilen zorunlu lisansın sınırları ithal eden ülkenin ihtiyaçlarına göre belirlenmektedir. Bu çerçevede, bu zorunlu lisans uyarınca yalnızca ithal eden ülkenin ihtiyaçları çerçevesinde belirttiği miktarda üretim yapılabilecek olup üretilen ürünlerin tamamının ithal eden ülkeye ihracı gerekmektedir.^[185] Ayrıca, üretilen ürünlerin, etiketlendirme veya işaretleme yöntemiyle, TRIPS m. 31/bis'teki sistem kapsamında üretildiği ürün üzerinde açıkça tespit edilmiş olmalıdır. Yine, bu lisans kapsamında üretilen ürünlerde, eğer mümkünse ve fiyatlandırmayı önemli derecede etkilemeyecekse, farklı bir şekilde paketleme ve/veya renklendirme/şekillendirme yöntemleri kullanılmalıdır.^[186] Böylece, zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünler ile zorunlu lisans kapsamında

[182] İthalatçı ülkede, verilecek zorunlu lisans çerçevesinde patent sahibi ile görüşmeler yapılmışsa, ihracatçı ülke bakımından patent sahibi ile ayrıca görüşmeler yapılmasının gerekmediği hakkında bkz. Brook K. Baker, "Arthritic Flexibilities for Accessing Medicines: Analysis of WTO Action Regarding Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health," *Indiana International & Comparative Law Review*, 14, no. 3 (2004): 676; Koçak, "TRIPS," 288, dn. 59.

[183] Correa, "Implementation," 21.

[184] ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 477.

[185] Annex, 2/b-i.

[186] Annex, 2/b-ii.

olmayan ürünlere farklı bir görünüm kazandırılacaktır.^[187] Zorunlu lisans çerçevesinde üretilen ürünlerin ithal eden ülkeye sevkiyatı başlatılmadan önce lisans alan tedarikçi, her bir varış noktasına (*each destination*) gönderilecek ürün miktarını ve bu ürünleri diğer ürünlerden ayırt eden özellikleri kendi internet sitesinde veya DTÖ'nün ilgili internet sayfasında ilan etmelidir.^[188]

Lisans alan tedarikçinin bildirimine ek olarak ihracatçı ülke de zorunlu lisans verdiğini ve zorunlu lisansa ilişkin şartları TRIPS Konseyi'ne bildirmelidir.^[189] TRIPS Konseyi'nin ilgili zorunlu lisansa ilişkin şartları inceleme, bazı şartların yerine getirilmemesi sebebiyle zorunlu lisansı reddetme gibi yetkileri bulunmamaktadır.^[190] İhracatçı ülkenin zorunlu lisansa ilişkin bildirim de DTÖ'nün ilgili internet sayfasında kamuya duyurulmalıdır.^[191] İhracatçı ülke tarafından yapılacak bildirim; lisans alanın ismi ve adresi, zorunlu lisansa konu ürünler ve miktarları, ürünlerin ihraç edileceği ülke/ülkeler, lisans süresi ve lisans alanın internet adresine ilişkin bilgileri de içermelidir.^[192]

6- İthalatçı ve İhracatçı Ülke Tarafından Alınması Gereken Önlemler

TRIPS m. 31*bis* çerçevesinde, TRIPS m. 31/f'de öngörülen kuralın uygulanmamasını meşrulaştıran durum, yeterli veya hiç üretim kapasitesine sahip olmayan ülkelerin kamu sağlığı sorunlarının çözülmesidir. Bu itibarla, TRIPS m. 31*bis* ile kabul edilen sistemin yalnızca hükmün varlığını

[187] Nicholas G. Vincent, "TRIP-ing Up: The Failure of TRIPS Article 31*bis*," *Gonzaga Journal of International Law* 24, no. 1 (2020): 17-18. Bu sayede zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlere ayırt edicilik kazandırılarak, tüketicilerin bilinçli bir tercih yapmaları da sağlanmaktadır. Bkz. Bonadio, "Compulsory Licensing," 726. Bununla beraber, bu düzenleme ile esas olarak amaçlanan, zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlerin, paralel ithalat yoluyla ithalatçı ülkeden başka ülkelerde dolaşımının engellenmesi ve patent sahibinin menfaatlerinin korunmasıdır. Bu konuda bkz. aşağıda III. B) 6- başlığı.

[188] Annex, 2/b-iii.

[189] Annex, 2/c.

[190] Correa, "Implementation," 24.

[191] Annex, 2/c, dn. 9.

[192] Annex, 2/c.

meşrulaştırılan nedenlerle sınırlı olarak kullanılmasının temin edilmesi amacıyla, sistemden faydalanan üye devletler açısından birtakım önlem alma yükümlülükleri kabul edilmiştir.

Bu noktada temel mesele, zorunlu lisans kapsamında üretilerek ihraç edilen ürünlerin, bu ürünleri ithal eden ülke tarafından, paralel ithalata izin veren ihracatçı ülkeye veya üçüncü ülkelere ihraç edilmesinin önüne geçilmesidir. Şöyle ki; zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlerin ihracatçıyla birlikte patent sahibinin ilgili ürünler üzerindeki hakkı tükeneceğinden^[193] bu ürünlerin takip eden dolaşımına, dolayısıyla da hakkın korunduğu ihracatçı ülke veya bir başka ülke tarafından ithal edilmesine hak sahibi engel

[193] Ancak bu noktada ilaçların zorunlu lisans kapsamında üretilerek piyasaya sunulmasının, tükenme ilkesinin ilk şartı olan hak sahibinin rızasıyla piyasaya sunulma şartını sağlayıp sağlamadığı düşünülebilir. Her şeyden önce, her ne kadar, tükenme ilkesi hak sahibinin rızasıyla piyasaya sunulan ürünleri kapsayacak şekilde tanımlanmaktaysa da bu tanım TRIPS'ten kaynaklanan bir tanım değildir. TRIPS m. 6 yalnızca üye devletlerin tükenme ilkesini düzenleme konusunda serbest olduklarını öngörmektedir. Dolayısıyla ulusal düzenlemelerde tükenme ilkesi, açıkça zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünleri de kapsayacak şekilde tanımlanabilir ve böylece bu kapsamda üretilen ürünlerin paralel ithalata konu olabileceği konusunda da herhangi bir şüphe kalmaz. Bkz. M. Friedrick Abbott, "The DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO," *Journal of International Economic Law* 5, no. 2 (2002): 495. Yaygın olduğu üzere bu yönde bir tanımın tercih edilmemesi halinde dahi zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlerin tükenme ilkesine konu olmayacağı kabul edilmemelidir. Tükenmenin gerçekleşmesi için aranan rıza şartıyla esasen, baştan itibaren ihlal oluşturan bir eylemi takiben hak sahibinin ilgili ürünler üzerindeki kontrolünü kaybetmesi engellenmektedir. Zorunlu lisans tıpkı rıza şartında olduğu gibi ürünlerin piyasaya sürülmesine ilişkin ilk eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Bu açıdan zorunlu lisansın yerini devlet otoritesi almakta ve her ikisi de eylemi hukuka uygun hale getirmektedir. Dolayısıyla ürünlerin zorunlu lisans alan tarafından piyasaya sürülmesi başka bir deyişle, hukuka uygun bir piyasaya sunulma eylemi sonucunda, tükenme ilkesi gereğince hak sahibinin takip eden dolaşımlara engel olamaması gerekir. Yine, ilaçların kamu sağlığı ile ilişkisi, ilacın piyasada dolaşımını kolaylaştıran tükenme ilkesinin toplumsal menfaatleri koruyan yönünün göz ardı edilmesini de engellemektedir. Kaldı ki, zorunlu lisans kapsamında olmayan ürünlerin ikincil piyasalarda dolaşımını devam ederken zorunlu lisans kapsamındaki ürünlerin yeniden satışının engellenebilmesi de pratik anlamda mümkün olmayacaktır.

olamayacaktır.^[194] Zorunlu lisans kapsamında üretilen jenerik ilaçların fiyatı, paralel ithalat yoluyla ilacı temin eden ülkedeki orijinal ilaçların fiyatından daha düşük olacağı için bu durumun ilgili ülkedeki ilaç sektörü ve de hak sahiplerinin menfaatleri üzerinde olumsuz bir etki doğuracağı açıktır.^[195] Kamu sağlığı sorunlarının çözümü için kabul edilen ihracat amacıyla zorunlu lisans kurumunun böyle bir duruma zemin hazırlamaması gerekmektedir.

Bu çerçevede, *Annex* bölümü üçüncü paragrafa göre, ithalatçı üye, zorunlu lisans kapsamında ithal ettiği ürünlerin, ihracatçı ülkeye veya üçüncü bir ülkeye yeniden ihraç edilmesini engellemek için kendi idari kapasiteleri ile orantılı ve makul önlemler almak zorundadır. İthalatçı üyenin gelişmekte olan veya az gelişmiş bir ülke olması halinde, bu ülke tarafından söz konusu önlemler alınmıyorsa, talep üzerine, ve hüküm ve koşullara ilişkin uzlaşma sağlanması durumunda gelişmiş ülkeler, ithalatçı ülkelerle gerekli önlemlerin alınması için iş birliği yapabileceklerdir.^[196] Yukarıda belirtildiği üzere, zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlere ayırt edicilik kazandırmak için farklı paketleme ve renklendirme yöntemlerinin kullanılması gerekliliği de bu amaca hizmet etmektedir.^[197]

Annex bölümü dördüncü paragrafta ise, sistemin amacına uygun kullanımını temin amacıyla, ihracatçı ve ithalatçı ülkeler dışındaki üye ülkeler açısından bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, üye ülkeler zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlerin, TRIPS Anlaşması'ndaki hükümlerin (örneğin, paralel ithalata izin veren TRIPS m. 6) kullanılarak ithal edilmesini

[194] TRIPS Anlaşması'nda yer alan hükümlerin bu sonucu doğuracak şekilde kullanılabilceği konusunda bkz. Mercurio, "Trips," 246. Önemle belirtmek gerekir ki, bu ihtimal ancak üçüncü ülkenin ulusal düzenlemelerinde paralel ithalata izin veriliyor olması durumunda gündeme gelebilir. Aksi takdirde, hakkın korunduğu ülkede hak sahibinin ilgili ilaçlar üzerindeki tekeli hakları sona ermiş olmayacağından, ilaçların ithali de patent sahibi tarafından engellenebilecektir.

[195] Vincent, "TRIP-ing," 18. Bu mesele, Paragraf 6 kararına ilişkin çözümler tartışılırken, gelişmiş ülkeler tarafından da dile getirilmiştir. Bkz. Jain, "Compulsory Licenses," 52.

[196] Gelişmiş ülkeler tarafından önlem alınmasının ithalatçı ülkenin talebine ve üzerinde mutabakata varılmış hüküm ve koşullara bağlanmasının, önlem alma yükümlülüğünün etkinliğini ortadan kaldırdığı konusunda bkz. Mercurio, "Trips," 247.

[197] Vincent, "TRIP-ing," 18; Correa, "Implementation," 22-23.

engellemek üzere etkili hukuki yöntemlerin varlığı konusunda garanti vermemelidir. Bu yöntemlerin yetersiz olduğu konusunda herhangi bir ülkenin itirazı olması halinde bu itiraz TRIPS Konseyi tarafından incelenecektir.

7- TRIPS m. 31bis'in Dünyadaki Tek Uygulaması: Kanada-Ruanda Örneği

TRIPS m. 31bis hükmü; çok fazla bürokratik işlem gerektirmesi sebebiyle sürecin işletilmesinin uzun zaman alacağı, özellikle sürecin olumlu bir şekilde tamamlanmasının garantisiz olmadığı da düşünüldüğünde ihracatçı ve ithalatçı ülkeler açısından oldukça külfetli ve masraflı olacağı ve dolaşısıyla da gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerin kamu sağlığı ihtiyaçlarına cevap verme konusunda etkili bir çözüm sunmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir.^[198]

TRIPS m. 31bis çerçevesinde kabul edilen sistem, tespit edebildiğimiz kadarıyla, şu ana kadar ithalatçı ülke Ruanda, ihracatçı ülke ise Kanada olmak üzere, anılan eleştirilerin de haklılığını teyit eder bir şekilde yalnızca bir defa uygulanmıştır. Sistemin tek örneğini oluşturan bu zorunlu lisans, sürecin ne kadar yavaş işlediğini ve sürecin işletilmesinin hem ithalatçı hem de ihracatçı ülke açısından ne kadar külfetli olduğunu göstermesi^[199] açısından burada anılmaya değerdir.

Ruanda 19 Temmuz 2007 tarihinde Paragraf 6 kararından ithalatçı ülke olarak yararlanmak istediğini, *Annex* bölümü paragraf 2/a uyarınca DTÖ'ye bildiren ilk üye ülke olmuştur.^[200] 2007 yılında Ruanda, Kanada'daki jenerik ilaç üreticisi olan Apotex Inc. tarafından üretilen ve AIDS hastalığının tedavisinde kullanılan antiretroviral ilaçlardan^[201] 260.000

[198] South Centre, "The Doha Declaration," 8; Baker, "Arthritic," 654; Mercurio, "Trips," 248; Vincent "TRIP-ing," 22 vd.

[199] Harris, "TRIPS," 390; Holger Hestermeyer, "Canadian-made Drugs for Rwanda, 2007," erişim 2 Temmuz 2022, https://www.researchgate.net/publication/306379083_Canadian-made_Drugs_for_Rwanda.

[200] Abbott, Reichman, "The Doha Round," 938.

[201] Anti-HIV olarak da adlandırılan antiretroviral (ARV) ilaçlar, HIV gibi retrovirüslerin yol açtığı hastalıkların tedavisinde kullanılan ilaçlardır. Bkz. "HIC/AIDS Glossary", Clinical Info, erişim 2 Temmuz 2022, <https://clinicalinfo.hiv.gov/en/glossary/antiretroviral-arv>.

paket ithal etmek istediğine ilişkin bir bildirimde bulunmuş ve bu bildirim DTÖ'nün ilgili internet sayfasında yayımlanmıştır.^[202] Apotex, ilgili ilaçları üreterek Ruanda'ya ihraç etmek üzere Kanada'da zorunlu lisans başvurusunda bulunmuştur. Kanada, Ruanda'nın bildiriminden iki hafta sonra, jenerik ilaç üreticisi Apotex tarafından talep edilen ilaçların üretimi ve ihracı için zorunlu lisansa karar vermiştir.^[203] Bu kararın ardından Kanada, 5 Kasım 2007 tarihinde, ilgili ilaçları Ruanda'ya ihraç etmek üzere zorunlu lisans kararı verdiğini usulüne uygun bir şekilde DTÖ'ye bildirmiştir.^[204]

Sistemin işletilmesi bu şekilde başlatılmış olmakla beraber, zorunlu lisans kapsamında üretilen ilaçların Ruanda'ya teslimi yaklaşık iki yıl sürmüştür. Zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünlerin ilk teslimi 28 Kasım 2008 tarihinde, ikinci ve son teslimi ise 17 Ekim 2009 tarihinde gerçekleştirilmiştir.^[205]

İlaçların ithalatçı ülkeye gönderilmesinin yanı sıra, henüz uluslararası süreç başlatılmadan, Apotex'in ulusal boyutta söz konusu patentli ilaçların Kanada'da (TRIPS m. 31 çerçevesinde) jenerik versiyonlarını üretme konusunda zorunlu lisans elde etmesi de oldukça uzun bir zaman almıştır. Buna ilişkin süreç 2004'te başlamış, zorunlu lisans kararı için Kanada'nın, ulusal düzenlemelerinde birtakım değişiklikler yapması gerekmiş, Apotex'in zorunlu lisans kararı elde ederek üretim onayı alması ancak 2006 yılında mümkün olmuştur.^[206] Bu çerçevede, bildirim tarihinde ulusal düzenlemelerde henüz değişiklik yapılmamış olsaydı, gerekli değişikliklerin, talep

[202] "Rwanda, Notification Under Paragraph 2(a) of the Decision of 30 August 2003 on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Circulated," WTO Council for TRIPS, 17 July 2007, IP/N/9/RWA/1.

[203] Hestermeyer, "Canadian."

[204] "Canada, Notification Under Paragraph 2(C) Of The Decision of 30 August 2003 on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement And Public Health," WTO Council for TRIPS 5 October 2007, IP/N/10/CAN/1.

[205] "Annual Review of the Decision on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Report to the General Council," WTO Council for TRIPS, 4 December 2009, IP/C/53.

[206] Bu konuda detaylı olarak bkz. George Tsai, "Canada's Access to Medicines Regime: Lessons for Compulsory Licensing Schemes under the WTO Doha Declaration," *Virginia Journal of International Law* 49, no. 4 (2009): 1077 vd.

edilen ilaçların Ruanda'ya ihraç edilmesini neredeyse iki yıl kadar daha geciktireceği söylenebilirdi.

TRIPS m. 31*bis*'in tek uygulaması olan Kanada-Ruanda örneğinde, ulusal ve uluslararası anlamda sürecin başlatılması ve tamamlanması arasındaki sürenin oldukça uzun olması, üye devletlerin sistemin etkinliği ve verimliliği konusundaki endişelerini artırmıştır.^[207] Gerçekten de zorunlu lisans hükmüne başvuru ihtiyacını ortaya çıkaran kamu sağlığı sorunlarının ulusal aciliyet gerektiren bir durum olduğu düşünüldüğünde, sürecin tamamlanmasının uzun zaman almasının hükmün öngörülme amacıyla çeliştiği söylenebilir.^[208]

IV. COVID-19 PANDEMİSİ SÜRECİNDE PATENTLİ İLAÇLAR VE ZORUNLU LİSANS KONUSUNDA DÜNYADA YAŞANAN BAZI GELİŞMELER

A) GENEL OLARAK

COVID-19 vakalarının dünya üzerinde hızla artması sonucunda DSÖ tarafından 30 Ocak 2020'de uluslararası kamu sağlığı acil durumu,^[209] 11 Mart 2020'de ise pandemi durumu ilan edilmiştir.^[210]

Pandeminin başlangıcında, dünya üzerinde virüsün hızla yayılması sebebiyle, COVID-19 tedavisi için gerekli ilaçların; teşhis kitleri, tıbbi maskeler,

[207] Vincent, "TRIP-ing," 20. Üye devletlerin dile getirdiği endişeler için bkz. "Annual Review of the Decision on the Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Report to the General Council," WTO Council for TRIPS, 10 December 2010, IP/C/57.

[208] Vincent, "TRIP-ing," 21.

[209] "Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)," WHO, 30 January 2020, erişim 2 Temmuz 2022, [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

[210] "WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19—11 March 2020," WHO, 11 March 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19—11-march-2020>.

koruyucu ekipmanlar ve solunum cihazları gibi diğer tıbbi malzemelerin tedariki konusunda ciddi sıkıntılar yaşanmıştır. Bu süreçte az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin yanı sıra ABD gibi gelişmiş ülkelerde dahi ilaç tedariki konusunda endişeler ortaya çıkmıştır.^[211]

Henüz COVID-19 aşılarının geliştirilmediği dönemde, COVID-19'un tedavisi için; grip tedavisinde kullanılan Favipiravir, HIV/AIDS tedavisinde kullanılan (Kaletra ismi ile satışa sunulan) Lopinavir ve Ritonavir ve özellikle Gilead Şirketi tarafından geliştirilen Remdesivir gibi antiviral ilaçlara başvurulmaktaydı.^[212] Yüksek miktardaki COVID-19 vakalarına ek olarak bu ilaçların esas olarak kullanılmak üzere geliştirildiği hastalıkların tedavisinde de rol oynaması, ilaçların tedarikinde bazı sıkıntılar yaşanmasına yol açabilecek bir durum olarak nitelendirilmekteydi.^[213] Yeni geliştirilecek ilaçların ve özellikle aşuların ise bir an önce, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler de dikkate alınarak makul fiyatlarda ve yeterli miktarlarda dünyanın her yerine ulaştırılması gerekmektedir.^[214]

[211] Christina M. Bookwalter, "Drug Shortages Amid the COVID-19 Pandemic," *US Pharmacist* 46, no. 2 (2021): 25 vd.; "Report Details COVID-19 Drug Shortages—and Solutions," CIDRAP, 21 October 2021, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.cidrap.umn.edu/news-perspective/2020/10/report-details-covid-19-drug-shortages-and-solutions>.

[212] Samantha Silver, Lindsay Maclean, "COVID-19 Vaccine Development and Compulsory Licensing," 14 May 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://kennedyslaw.com/thought-leadership/article/covid-19-vaccine-development-and-compulsory-licensing/>. COVID-19 pandemisinin başlangıcında tedavi amacıyla başvuru alan ilaçlar için bkz. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi, COVID-19, ed. Osman Memikoğlu, Volkan Genç, (Ankara: 2020): 91 vd, erişim 2 Temmuz 2022, <http://www.medicine.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/121/2020/05/COVID-19-Kitap.pdf>.

[213] Viviana Munoz Tellez, "The COVID-19 Pandemic: R&D and Intellectual Property Management for Access to Diagnostics Medicines and Vaccines," *South Centre*, no. 73 (2020): 3, erişim 2 Temmuz 2022 https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/04/PB73_The-COVID-19-Pandemic-RD-and-Intellectual-Property-Management-for-Access-to-Diagnostics-Medicines-and-Vaccines_EN-3.pdf.

[214] COVID-19 tedavisi için gerekli ilaçlar, know-how bilgileri, testler ve diğer teknolojilere erişimi dünya çapında artırmak amacıyla uluslararası düzeyde, DSÖ önderliğinde bazı girişimlere rastlanmaktadır. Bunlardan ilki, COVID-19 Teknolojileri Erişim Havuzu (*COVID-19 Technologies Access Pool-C-TAP*), diğeri ise aşuların adil şartlarda uygulanmasını sağlamak üzere kurulan COVAX sistemidir. Sırasıyla bkz. WHO

Tüm dünyanın olumsuz bir şekilde etkilendiği pandemi sürecinde, patent sistemi, bir yandan COVID-19 tedavisinde kullanılacak etkili ilaç ve aşıların geliştirilmesi için ilaç sektörünü AR-GE faaliyetleri konusunda teşvik edecekken, diğer yandan zaten talebin artması sonucu tedarik sorunlarının yaşandığı bir dönemde patent sahiplerinin patentli ilaç üzerindeki tekel hakları sebebiyle, ülkelerin ilaçlara erişimini de zorlaştıracaktır. Bu durum, pandemi esnasında, patentli ilaçlara erişimi artırmak amacıyla zorunlu lisans kurumunun önemini tekrar gündeme getirmiştir. Nitekim, esasında pandemi hali rahatlıkla “aciliyet gerektiren bir durum” olarak da nitelendirilebileceği için olağanüstü durumlarda kullanılan zorunlu lisans yönteminin, patentli ilaçlara erişimi artırmak amacıyla kullanılacak yöntemlerden akla ilk geleni olduğu söylenebilir.

B) COVID-19 DÖNEMİNDE ZORUNLU LİSANS KURUMUNUN ETKİNLİĞİ HAKKINDA BAZI GÖRÜŞLER

COVID-19 sürecinde, zorunlu lisans kurumunun varlığının, dünyada yaşanan tedarik sıkıntılarının giderilmesi açısından etkili bir araç olacağı görüşlerinin^[215] yanı sıra kurumun, işleyişindeki bazı aksaklıklar sebebiyle, bu süreçte etkili ve verimli bir şekilde kullanılamayacağı da ileri sürülmüş-

COVID-19 Technology Access Pool,” WHO, <https://www.who.int/initiatives/covid-19-technology-access-pool>; “Working for global equitable access to COVID-19 vaccines,” WHO, erişim 2 Temmuz 2022 <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax>. Yine, 2015 yılında özellikle az gelişmiş ülkelerde ilaçlara erişimi artırmak amacıyla, kamu sağlığı örgütü olarak kurulan İlaç Patentleri Havuzu (*Medicines Patent Pool*-MPP) da COVID-19 pandemisi ile mücadele anlamında önemli bir yere sahiptir. MPP hak sahipleri ile lisans anlaşmaları imzalamakta ve bu lisans anlaşmasında belirlenen şartlar altında jenerik firmalarla alt lisans anlaşması akdetmektedir. Pfizer gibi öne çıkan ilaç şirketlerinin pandemi döneminde MPP ile lisans anlaşmaları akdettiği görülmektedir. COVID-19 döneminde MPP tarafından akdedilen lisans anlaşmalarının tamamı için bkz. “COVID-19,” Medicines Patent Pool, erişim 2 Temmuz 2022, <https://medicinespatentpool.org/covid-19>.

[215] Compas Rudinsky, “Intellectual,” 526; Nataliia Serohina, Olena Pikhurets, Svitlana Iasechko, Elvira Yevlakhova, Stepan Lytvyn, Ivan Miroshnykov, “Application of Compulsory Licensing in the Context of the Covid-19 Coronavirus Pandemic,” *Systematic Reviews in Pharmacy* 2, no. 1 (2021): 337; Hilary Wong, “The Case for Compulsory Licensing During COVID-19,” *Journal of Global Health* 10, no. 1 (2020): 4.

tür.^[216] Söz konusu aksaklıklar daha önceki bölümlerde de görüldüğü üzere özellikle; aşı ve ilaçların üretimi için gereken know-how bilgisinin elde edilememesi; sürecin yürütülmesinin masraflı olması, çok fazla bürokratik işlem gerektirmesi ve uzun zaman alması ve gelişmiş ülkelerden gelebilecek yaptırım tehditlerinin caydırıcılığı olarak özetlenebilir. Anılan aksaklıkların yanı sıra, özellikle aşılardan bakımından, COVID-19 aşılarının üretiminin çok sayıda önceki tarihli patentli teknolojinin kullanımını gerektirdiği ve her bir patentli ürün için ayrı ayrı gerçekleştirilmesi gereken zorunlu lisans süreçlerinin bu aşılardan pratik anlamda zorunlu lisansa konu edilmesini imkansızlaştıracığı da belirtilmiştir.^[217]

İlacın piyasaya sunulmak üzere ruhsat elde edebilmesi için gereken test ve deney verilerinin, ilacın piyasaya sürüleceği ülkede belli sürelerle veri

[216] Alexandra H. Farquhar, “Redefining the TRIPS Agreement to Accommodate en Masse Compulsory Licensing of Vaccines & Other Pharmaceuticals for the Treatment of COVID-19,” *North Carolina Journal of Law & Technology* 22, no. 2 (2020): 268; Kianzad, Wested, “No-one,” 90; MSF Briefing Document, “Compulsory Licenses The TRIPS Waiver and Access to COVID 19 Medical Technologies,” May 2021, erişim 2 Temmuz 2022, https://msfaccess.org/sites/default/files/2021-05/COVID_TechBrief_MSF_AC_IP_CompulsoryLicensesTRIPSWaiver_ENG_21May2021_0.pdf.

[217] Andreas Oser, “The COVID-19 Pandemic: Stress Test for Intellectual Property and Pharmaceutical Laws,” *GRUR International Journal of European and International IP Law* 70, no. 9 (2021): 850.

imtiyazı koruması^[218] altında olması ihtimali de^[219] pandemi halinde zorunlu lisans kurumundan etkin bir şekilde yararlanılmasını engelleyen bir diğer durumdur.^[220] Zira patent konusu ilaca ilişkin zorunlu lisans elde edilmiş olsa da kural olarak bu durum, ruhsat başvurusu aşamasında orijinal ilaç üreticisinin test ve deney verilerine referans verilebileceği, başka bir deyişle, kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Böyle bir halde, zorunlu lisans elde eden jenerik ilaç üreticisi ya veri imtiyazı süresinin dolmasını beklemeli ya orijinal üreticiden test ve deney verilerinin kullanılması konusunda bir izin elde etmeli ya da yine uzun bir zaman ve masraf gerektiren test ve deneyleri bizatihi kendisi gerçekleştirmelidir. Dolayısıyla, ulusal mevzuatta veri imtiyazı koruması ile ilaç patentleri bakımından zorunlu lisans kurumu uyumlaştırılmadığı sürece, bu koruma türü, acil çözüm gerektiren pandemi hali bakımından zorunlu lisans kurumundan beklenen sonucun elde edilebilmesinin önünde ciddi bir engel teşkil edecektir.

Öte yandan, uygulamada, fikrî mülkiyet korumasının geniş olması gerektiğini katı bir biçimde savunan gelişmiş ülkelerin dahi, pandemi sürecinde, özellikle yukarıda belirtilen ilaçların tedarikini artırmak amacıyla, zorunlu lisans kurumunu kullanmak üzere gerçekleştirdikleri bazı girişimlere de

[218] Veri imtiyazı koruması TRIPS m. 39/3'ün bazı ülkelerce farklı yorumlanması sonucunda ortaya çıkmış bir koruma türüdür. Bkz. ISCTS-UNCTAD, *Resource Book*, 521-532. Bu koruma türüne göre orijinal ilaç üreticisi, ruhsat elde edebilmek için gerçekleştirdiği test ve deney verilerine belli bir süreyle jenerik ilaca ilişkin ruhsat başvurularında referans verilmesini engelleyebilir. Öngörülen sürenin sona ermesiyle birlikte jenerik ilaç üreticisi orijinal ilaç üreticisinin test ve deney verilerine referans vermek suretiyle kısaltılmış ruhsat başvurusunda bulunabilmektedir. Veri imtiyazı koruması ve TRIPS m. 39/3 ile ilişkisi hakkında bkz. Charles Clift, "Data Protection and Data Exclusivity in Pharmaceuticals and Agrochemicals," in *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, ed. Anatole Krattiger, Richard T. Mahoney, Lita Nelsen, Jennifer A. Thomson, Alan B. Bennett, Kanikaram Satyanarayana, Gregory D. Graff, Carlos Fernandez, Stanley P. Kowalski (MIHR/PIPRA Press 2007), 431-35.

[219] Belirtildiği üzere bu koruma türü TRIPS m. 39/3'ün farklı yorumlanması sonucunda ortaya çıkmış bir koruma türü olduğundan üye devletlerde veri imtiyazı koruması sağlanması TRIPS'ten kaynaklanan bir yükümlülük değildir. Dolayısıyla bu ihtimal her bir ülkenin kendi mevzuatına göre değerlendirilmelidir.

[220] Oser, "The COVID-19," 852-3.

rastlanmaktadır. Her ne kadar, aşıların geliştirilmesiyle beraber pandeminin etkisinin nispeten azalması sebebiyle^[221] pandemi ve zorunlu lisans kurumuna ilişkin tartışmalar güncelliğini bir miktar yitirmiş olsa da, bu süreçte gerçekleştirilen zorunlu lisans pratikleri, TRIPS'te mevcut istisnaların, küresel düzeydeki ihtiyaçlara ne ölçüde cevap verebileceğini göstermesi açısından önemlidir. Bu pratikleri incelemeye geçmeden önce fikrî mülkiyet hukuku alanında dikkatleri çeken, ürünler üzerindeki tekeli hakların uygulanmasına ilişkin öneriden kısaca bahsetmekte fayda vardır.

C) PATENT HAKLARINA İLİŞKİN TRIPS HÜKÜMLERİNİN UYGULANMAMASI ÖNERİSİ

2 Kasım 2020 tarihinde Güney Afrika ve Hindistan tarafından, TRIPS Konseyi'ne "COVID-19'un Önlenmesi, Sınırlanması ve Tedavi Edilmesi için TRIPS Anlaşması'nın Belirli Hükümlerinin Uygulanmaması" başlık bir öneri sunulmuştur.^[222] Öneride, COVID-19 hastalığının önlenmesi ve tedavisi için kullanılan tıbbi malzemelerin tedarikinde küresel bir sıkıntı yaşandığı, bu durumdan az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin orantısız bir şekilde etkilendiği ve özellikle fikrî mülkiyet haklarının etkili ilaçların makul fiyatlarda hastalara ulaşmasını engellediği belirtilmiştir. Yine, öneride TRIPS Anlaşması'nda yer alan istisna hükümlerin gelişmekte olan ülkeler tarafından verimli bir şekilde kullanılmadığı, yeterli üretim kapasitesine sahip olmayan ülkelerin külfetli ve uzun zaman alan TRIPS m. 31*bis* sistemini kullanmaları gerektiği, bu durumun ise patentli ilacın ithalini ve ihracını zorlaştırdığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak, anılan ülkeler tarafından, tüm dünyada aşılama işlemleri tamamlanana ve dünya nüfusunun büyük bir çoğunluğu hastalığa karşı bağışıklık kazanana kadar TRIPS Anlaşması'nın,

[221] Belirtmek gerekir ki bu durum özellikle gelişmiş ülkeler açısından geçerli bir tespittir. Şöyle ki; 2 Temmuz 2022 tarihi itibarıyla en az bir doz aşı uygulanan toplam kişi sayısı 5.252.217.475'tir. Dünya nüfusunun sekiz milyona yakın olduğu düşünüldüğünde hala yaklaşık üç milyon kişiye aşı uygulanmamıştır. DSÖ tarafından paylaşılan bilgiler ışığında, aşı uygulanmayan nüfusun yoğunlaştığı ülkeler ise Güney Afrika'daki ülkeler gibi az gelişmiş ülkelerdir. Bkz. "WHO Coronavirus Dashboard," WHO, erişim 2 Temmuz 2022, <https://covid19.who.int/>.

[222] "Communication from India and South Africa, Waiver From Certain Provisions Of The TRIPS Agreement For The Prevention, Containment and Treatment Of COVID-19," WTO Council for TRIPS, 2 October 2020, IP/C/W/669.

patentlere ve açıklanmamış bilgilere^[223] ilişkin hükümler de dahil olmak üzere, birtakım hükümlerinin uygulanmasının durdurulması önerilmiştir.

Bu öneri 25 Mayıs 2021’de Hindistan ve Güney Afrika’ya ek olarak Pakistan, Mısır, Endonezya, Kenya gibi diğer bazı ülkelerin de desteğiyle, TRIPS Anlaşması’nın ilgili hükümlerinin sağlık ürünleri ve teknolojileri ile sınırlı olarak uygulanmasının durdurulması şeklinde revize edilmiştir.^[224]

Öneri, az gelişmiş ve gelişmiş ülkeler tarafından desteklenmişse de Kanada, Avustralya, Japonya, AB, ABD gibi gelişmiş ülkeler tarafından halihazırda TRIPS’te gerekli istisnaların varlığı gerekçeleriyle öneriye karşı çıkmıştır.^[225] Bununla beraber, 6 Mayıs 2021’de ABD Başkanı Joe Biden öneriyi desteklediklerini açıklamış;^[226] 4 Haziran 2021’de ise AB tarafından gelişmekte olan ülkelerin endişelerinin haklı olduğu belirtilerek, COVID-19 sürecinde TRIPS’teki istisnaların kullanılmasının kolaylaştırılması gerektiği önerilmiştir.^[227] Özellikle AB önerisinde, zorunlu lisanslar bakımından, pandeminin ulusal aciliyet olarak kabul edilebileceği ve bu çerçevede de TRIPS m. 31/b hükmü uyarınca hak sahibi ile isteğe bağlı lisans sözleşmesi için müzakerelerde bulunulması gerekmeyebileceği; gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerde makul fiyatlarda aşı üretimi için yerel üreticilerin zorunlu lisans aracılığıyla desteklenebileceği ve zorunlu lisans karşılığında hak sahibine ödenecek bedelin de daha makul bir bedel olabileceği; TRIPS

[223] Bkz. TRIPS Anlaşması, Bölüm 7, Açıklanmamış Bilgilerin Korunması (TRIPS m. 39). TRIPS’in ilgili bölümünde, Paris Sözleşmesi uyarınca ticari sırlar haksız rekabet çerçevesinde korunurken üye devletlerin; açıklanmamış bilginin, bilgiyi kontrol altında tutan gerçek veya tüzel kişinin rızası olmaksızın, dürüst ticari kullanımlara aykırı bir şekilde açıklanmasını engelleyebilecekleri düzenlenmiştir.

[224] “Waiver From Certain Provisions Of The TRIPS Agreement For The Prevention, Containment and Treatment Of COVID-19, Revised Decision Text,” WTO, Council for TRIPS, 25 May 2021, IP/C/W669 Rev 1.

[225] Kianzad, Wested, “No-one,” 85.

[226] “Biden Decided to Support IP Waiver for Vaccines-White House,” Reuters, 6 May 2021, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.reuters.com/business/healthcare-pharmaceuticals/biden-made-decision-support-ip-waiver-covid-19-vaccines-white-house-2021-05-06/>.

[227] “Communication from the European Union to the Council For TRIPS, Urgent Trade Policy Responses to the COVID-19 Crises: Intellectual Property,” WTO Council for TRIPS, 4 June 2021, IP/C/W/680.

m. 31 *bis* hükmü çerçevesinde, ihracatçı ülkenin tek bir bildirimle birden fazla ülkeye ihracat yapabileceği vurgulanmıştır.

Üzerinde henüz mutabakata varılmadığı için^[228] öneri halihazırda TRIPS Konseyi bünyesinde gerçekleştirilen toplantılarda görüşülmeye devam etmektedir.

Görüldüğü üzere, zorunlu lisans kurumu COVID-19 sürecinde sağlık ürünleri ve teknolojileri üzerindeki patent haklarının kaldırılmasına yönelik tartışmalarda yine tartışmanın merkezini oluşturan konu olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili ürünler üzerindeki patent haklarının kaldırılmasının önerilmesinde zorunlu lisansın uygulanmasında yaşanan zorlukların kurumun etkinliğini azaltması belirleyici etken olmuştur. Pandemi sürecinde TRIPS'teki istisnaların işlevselliği ve elverişliliği gerçekten tartışılabilir olmakla beraber, ilgili ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarının tamamen kaldırılmasının; ileride yaşanacak muhtemel bir pandemide AR-GE faaliyetleri gerçekleştirme konusunda ilaç sektörü nezdindeki teşviki ciddi şekilde azaltacağı,^[229] tekelci haklar ortadan kaldırılsa bile zaten yeterli veya hiç üretim kapasitesine sahip olmayan ülkelerin bu durumdan faydalanamayacağı,^[230] yine patentlerle beraber know-how bilgileri üzerindeki koruma kaldırılrsa bile bu bilgilerin teknik yönünün anlaşılmasının kolay olmaması sebebiyle açıklamanın işlevsiz kalacağı^[231] gibi gerekçelerle etkili bir yol olmadığı da belirtilmektedir.

[228] Marakeş Anlaşması m. IX/3 uyarınca olağanüstü hallerde üye devletlerin dörtte üçünün mutabakata varması şartıyla, üye devletler Anlaşma'dan doğan bazı yükümlülüklerinden muaf tutulabileceklerdir.

[229] Mercurio, "COVID-19," 30; Kianzad/Wested, s. 91.

[230] Garagancea, "Access," 53. Bununla beraber, yalnızca gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkeler bakımından değil üye ülkelerin tamamı bakımından tekelci haklar ortadan kalkacağı için ilgili ürünlerin gelişmiş üçüncü ülkelerdeki jenerik ilaç firmaları tarafından üretimi mümkün olacağından bu itirazın haklılığı tartışılabilir. Bkz. Fatou Diagne Mbaye, Agus Sardjono, "The Patent Sytem During Global Pandemic and the Access to Medications and Vaccines," *Sriwijaya Law Review* 6, no. 1 (2022): 64.

[231] Kianzad, Wested, "No-one," 87. Bu noktada *Mercurio* özellikle know-how bilgilerinin de paylaşılmasını destekleyen C-TAP, MPP gibi uluslararası girişimlerin halihazırda varlığı nedeniyle, ilgili ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarının uygulanmamasının mantıklı bir çözüm olmadığını belirtmektedir. Bkz. Mercurio, "COVID-19," 22-23.

D) ÜLKELERİN ZORUNLU LİSANS İSTİSNASINA İLİŞKİN BAZI GİRİŞİMLERİ

1- Yasal Düzenlemeler

Pandemi sürecinde COVID-19'un önlenmesi ve tedavisi için ihtiyaç duyulan mevcut veya gelecekte geliştirilecek ilaçlara erişimi artırmak amacıyla, ülkelerin ulusal düzenlemelerinde zorunlu lisans istisnasının kullanımının kolaylaştırılmasına ilişkin bazı değişiklikler yaptığı gözlemlenmektedir.^[232]

17 Mart 2020'de Şili Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilen önergeyle pandemi halinin zorunlu lisans istisnasının kullanımını meşrulaştırmak için yeterli bir sebep olduğu belirtilerek Şili hükümetine, COVID-19'un önlenmesi ve tedavisinde kullanılan aşular, ilaçlar ve diğer her türlü ilgili teknolojiye ilişkin zorunlu lisansa hükmedebilme yetkisi verilmiştir.^[233] Benzer şekilde 20 Mart 2020'de Ekvador Ulusal Meclisi tarafından kabul edilen önergeyle, COVID-19 tedavisi, teşhisi için gerekli ilaç ve teknolojilere erişimi kolaylaştırmak amacıyla Sağlık Bakanı'na söz konusu ürünler üzerindeki patentler bakımından zorunlu lisansa karar verebilme yetkisi verilmiştir.^[234]

23 Mart 2020'de Fransa'da, Kamu Sağlığı Kanunu'nda yapılan değişikliklerle Fransa Başbakanı'na kamu sağlığını ilgilendiren bir afet durumunda, afetin önlenmesi amacıyla geniş yetkiler verilmiştir. Bu yetkiler kapsamında Fransa Başbakanı halihazırda mevzuatta öngörülen zorunlu lisansa ilişkin

[232] DTÖ'ye üye ülkeler tarafından 1 Nisan 2022 tarihi itibarıyla, COVID-19 pandemisi sürecinde fikrî mülkiyet hakları ile ilişkili alınan tedbirlerin tamamı için bkz. "COVID-19: Measures Regarding Trade-Related Intellectual Property Rights," WTO, erişim 2 Temmuz 2022 https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_related_ip_measure_e.htm.

[233] Luis Gil Abinader, "Chilean Chamber Of Deputies Approves Resolution For Compulsory Licenses For Patents Relating to the Coronavirus Virus," 17 March 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.keionline.org/32385>.

[234] Luis Gil Abinader: "Legislative Committee in Ecuador Approves Resolution on Compulsory Licensing of Patents Relating to the Coronavirus," 20 March 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.keionline.org/32429#:~:text=Legislative%20Committee%20in%20Ecuador%20approves,the%20coronavirus%20%2D%20Knowledge%20Ecology%20International>.

usul ve şartlara uymaksızın, çok daha kolay bir şekilde zorunlu lisansa karar verebilecektir.^[235]

25 Mart 2020'de Kanada C-13 sayılı Kanun Tasarısı'nı onaylamıştır.^[236] Kanun ile Kanada'nın Patent Kanunu'nda değişiklik yapılarak, patent verilmesi konusunda yetkili kişiye; sağlık bakanının talebi üzerine Kanada hükümetine veya sağlık bakanının talebinde gösterdiği üçüncü bir kişiye patent konusu buluşu kamu sağlığına ilişkin bir aciliyet halinde tedarik etme konusunda, lisans verme yetkisi verilmiştir. Söz konusu değişiklikte patent sahibinin menfaatlerinin korunması için gerekli önlemler de alınmıştır. Buna göre, patent sahibi lisans karşılığında lisans bedeli elde edecek, lisans süresi sınırlı olacak, patent sahibi lisans konusunda bilgilendirilecek ve lisansın amacı dışında kullanılması halinde patent sahibi yetkili otoriteler nezdinde hakkını arayabilecektir.

27 Mart 2020 tarihinde Almanya'da Ulusal Önemi Haiz Epidemiyi Durumunda Nüfusun Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiş ve bu Kanun ile İnsanlarda Bulaşıcı Hastalıkların Önlenmesi Hakkında Kanun'da bazı değişiklikler yapılmıştır. 1 Nisan 2021 tarihine kadar geçerli olacak düzenleme çerçevesinde, ulusal önemi haiz bir epidemiyi durumunun ilan edilmesi halinde, kamu menfaatinin gerektirmesi durumunda Sağlık Bakanı'na patent haklarını sınırlandırabilme yetkisi verilmiştir.^[237] Bu değişiklik uyarınca Sağlık Bakanı ulusal epidemiyi hali ile mücadele için gerekli tıbbi ürünlere ilişkin patentler hakkında zorunlu lisansa karar verebilecektir.^[238]

[235] Bu konuda bkz. Steven Cattoor, Ine Letten, "Legislative Initiatives on Compulsory Licensing in Light of COVID-19," 08 May 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.lexgo.be/en/papers/ip-it-telecom/intellectual-property-law/legislative-initiatives-on-compulsory-licensing-in-light-of-covid-19,136382.html>.

[236] "Canada: Bill C-13 (An Act Respecting Certain Measures in Response to COVID-19), Notification of Laws and Regulations Under Article 63.2 of the TRIPS Agreement," WTO Council for TRIPS, 23 April 2020, IP/N/1/CAN/30-IP/N/1/CAN/P/19.

[237] "Germany: Act on the Protection of the Population in the Event of an Epidemic Situation of National Importance," WIPO, 27 March 2020, erişim 2 Temmuz 2022, https://www.wipo.int/news/en/wipolex/2020/article_0008.html.

[238] Xiangxiu, Wang/Yiying, Wang: Exploring the Compulsory Licensing System for Pharmaceutical Patents During the COVID-19 Pandemic, JWC 2021, vol. 11, no. 2, s. 71.

16 Mayıs 2020’de ise Macaristan’da 40/2020 sayılı bir Kararname yayımlamıştır.^[239] Bu Kararname uyarınca, Macaristan Fikrî Mülkiyet Ofisi kamu sağlığı nedeniyle zorunlu lisansa karar verebilecektir. Kararname’ye göre, zorunlu lisans, tıbbi cihazlar da dahil olmak üzere patent ile korunan tıbbi ürünler ve bu tıbbi ürünlerin üretimi için gerekli her türlü ekipman, araç ve usuller hakkında olabilir. Anılan zorunlu lisans kapsamında üretilen ürünler yalnızca ülke içi ihtiyacı karşılamak üzere kullanılabilir olup ilgili ürünlerin zorunlu lisans kapsamında üretildiği ürünün paketi üzerinde açıkça belirtilmeli ve patent sahibi tarafından üretilen ürünlerden farklı bir işaretleme yapılmalıdır.

Rusya’da ilk olarak 15 Aralık 2020’de Medeni Kanun’da yapılan değişiklik ile savunma ve ülkenin güvenliğine ilişkin çıkarların gerektirdiği durumlarda zorunlu lisansa hükmedilebileceği kabul edilmiştir.^[240] Ardından ise 30 Nisan 2021’de yürürlüğe girmek üzere, Federal Yasa ile yine Medeni Kanun’da değişiklik yapılarak, Federal Hükümete aciliyet veya olağanüstü aciliyet gerektiren diğer durumlarda patentlere ilişkin zorunlu lisans kararı verebilme yetkisi tanımıştır.^[241] Patent sahibine lisans bedeli olarak, lisans alanın zorunlu lisans kapsamında bir yıl süresince elde ettiği gelirin %0,5’i ödenecektir.^[242] 22 Haziran 2021’de yürürlüğe girecek bir yasa ile de TRIPS m. 31*bis* hükmüne uygun olarak ihracat amacıyla zorunlu lisansa karar

[239] “Hungary: Government Decree 212/2020 (16 May) on Public Health Compulsory Licences for Exploitation Within Hungary, Notification of Laws and Regulations Under Article 63.2 of the TRIPS Agreement,” WTO Council for TRIPS, 4 June 2020, IP/N/1/HUN/3–IP/N/1/HUN/P/3.

[240] Osipenko, Natalia, “Russia to Expand Grounds for Granting Compulsory Licenses,” 29 January 2021, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.petosevic.com/resources/news/2021/01/4419>.

[241] “Russian Federation: The Federal Law on Amendments to Article 1360 of Part 4 of The Civil Code of The Russian Federation, Notification of Laws and Regulations Under Article 63.2 of the TRIPS Agreement,” WTO Council for TRIPS, 20 January 2022, IP/N/1/RUS/5–IP/N/1/RUS/D/1–IP/N/1/RUS/L/1–IP/N/1/RUS/P/2.

[242] “Russian Federation: Government Approves Nonconsensual Use of Patents in Emergency Situations,” Library of Congress, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-12-30/russian-federation-government-approves-nonconsensual-use-of-patents-in-emergency-situations/>.

verilebileceği düzenlenmiştir^[243]. Anılan değişikliklerden önce Rusya’da yalnızca bağımlı patent ve patent konusu buluşun kullanılmaması halinde zorunlu lisansa karar verilebilmekteydi.^[244]

Yine, 6 Mayıs 2021’de Brezilya Senatosu 12/2021 sayılı Kanun Tasarısı’nı onaylamıştır.^[245] Buna göre, iki aşamalı bir zorunlu lisans süreci öngörülmüştür. İlk aşamada, bir aciliyet durumu ilan edilmeli ve bu aciliyet durumuna cevap verebilecek ilgili patentli ürün ve usullerin bir listesi yapılmalıdır. Ancak, eğer ilgili ürün ve usuller halihazırda Brezilya içerisinde usulüne uygun ve doğrudan araştırılıyorsa veya patent konusu isteğe bağlı lisans sözleşmelerine konu edilmişse ya da patent kapsamındaki ürünün satışı konusunda şeffaf sözleşmeler varsa bu tür patentler söz konusu listeye alınmayacaktır.^[246] İkinci aşamada ise otuz günlük süre içerisinde ilk aşamada listeye dahil edilen patentlere yönelik zorunlu lisans kararı verilebilecektir. Zorunlu lisans karşılığında patent sahibi zorunlu lisans kapsamında satışa sunulan ürünlerden elde edilen net gelirin %1,5’ine karşılık gelen bir lisans bedeli elde edecektir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, ilgili tasarının ilk halinde zorunlu lisansın daha verimli bir şekilde kullanılabilmesi için patent sahibinin know-how bilgisini, teknik hususları, biyolojik materyalleri, test sonuçlarını ve ilgili diğer verileri de lisans alana sunması zorunluluğu öngörülmüştü. Bununla beraber, bu husus, uygulanmasının güçlüğü ve ülke içerisindeki AR-GE yatırımlarını azaltacağı gerekçeleriyle kabul edilmemiştir.^[247]

Son olarak belirtmek gerekir ki, pandeminin ilaç ve diğer tıbbi malzemelere olan ihtiyacı küresel çapta artırması nedeniyle, üye ülkelerin, TRIPS

[243] Vsevolod Tyupa, Anton Bankovskiy, Daria Dzahafarova, “Russia Expands Grounds for Issuing Compulsory Licences in Healthcare,” 22 June 2021, erişim 2 Temmuz 2022 <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/06/russia-expands-grounds-for-issuing-compulsory-licences-in-healthcare>.

[244] Neemesh Chheda, “Russia Compulsory License,” 12 July 2021, erişim 2 Temmuz 2022, <http://patentblog.kluweriplaw.com/2021/07/12/russia-compulsory-license/>.

[245] Louis Lozouet, “New Compulsory Licensing Rules for Patents in Brazil,” 17 September 2021, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.mondaq.com/brazil/patent/1111706/new-compulsory-licensing-rules-for-patents-in-brazil>.

[246] Lozouet.

[247] Lozouet.

m. 31*bis* hükmünden ithalatçı ülke olarak yararlanmayacaklarına ilişkin bildirimlerinden vazgeçmeleri ve DSÖ'ye sistemi ithalatçı ülke olarak kullanacaklarını bildirmeleri önerilmiştir.^[248] Öneriye göre, küresel bir aciliyet durumunda, ilgili ülkelerde de başka ülkelerde üretilen tıbbi ürünlere ihtiyaç duyulabileceği^[249] gibi sistemden ithalatçı ülke olarak yararlanmamak diğer ülkelerin menfaatlerine de aykırı olabilir. Şöyle ki; ülkeler ithalat amacıyla TRIPS m. 31*bis*'te kabul edilen sistemi kullanarak, diğer ülkelerde zorunlu lisans kapsamında lisans alan ve üretim kapasitesine sahip olan üçüncü kişileri de ekonomik anlamda desteklemiş olacaklardır. Nitekim, ilgili ürünler ithal edilmezse bu kişiler tarafından üretilen ürünlerin satıldığı pazar daralacak, bu da ürünlerin fiyatının artmasına ya da ürünün artık üretilmemesine yol açacaktır. Başka bir deyişle, üçüncü ülkelerdeki jenerik firmaların ekonomik anlamda desteklenmesi ve faaliyetlerini devam ettirebilmeleri için bu ülkelerden ilaçların ithal edilmesi gerekmektedir.

[248] “Open Letter Asking 37 WTO Members to Declare Themselves Eligible to Import Medicines Manufactured Under Compulsory License in Another country, Under 31bis of TRIPS Agreement,” Keionline, 7 April 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.keionline.org/32707>.

[249] Gerçekten de etkin maddeler büyük ölçüde Çin ve Hindistan'da üretilmektedir. Bu nedenle birçok ülke ilaç ihtiyacını ithalat yoluyla karşılamaktadır. Örneğin; Birleşik Krallık Ulusal Sağlık Sistemi (*National Health Service-NHS*) ilaç tedarikinin %80-90'ını yurtdışından sağlamaktadır. Bkz. Ellen 't Hoen, “COVID-19 and the Comeback of Compulsory Licensing,” 23 March 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://medicineslawandpolicy.org/2020/03/covid-19-and-the-come-back-of-compulsory-licensing/>.

2- Zorunlu Lisans Uygulamaları

COVID-19 döneminde ilk zorunlu lisans 24 Mart 2020'de İsrail tarafından uygulanmıştır^[250]. Bu zorunlu lisansa konu ürün pandeminin başlarında COVID-19 hastalığının tedavisinde etkili olabileceği düşünülen Kaletra adı altında satışa sunulan ilaçlardır. Patent sahibi AbbVie isimli şirkettir. AbbVie'nin patentli ilaçları ülkeye yeterli miktarda tedarik edememesi sonucunda, söz konusu ilaçların jenerik versiyonlarının, patent koruması olmayan Hindistan'dan^[251] ithal edilebilmesi için İsrail Sağlık Bakanı tarafından zorunlu lisansa karar verilmiştir.^[252] Ardından ise AbbVie, HIV/AIDS ve coronavirüs tedavisinde kullanılan lopinavir/ritonavir etkin maddeleri üzerindeki patent haklarını tüm dünyada uygulamayacağını ilan etmiştir.^[253]

2020'nin sonlarında Macaristan'da, yukarıda anılan yasa değişikliği çerçevesinde Gilead Şirketi tarafından patentlenen Remdesivir isimli ilaçların üretimi için Richter Şirketi'ne zorunlu lisans verilmiştir.^[254] Bu zorunlu lisans kapsamında Richter, üç bin hastanın tedavisine yetecek miktarda Remdesivir üretmiştir.^[255]

Aralık 2020'de Rusya'da, lisans vermeyi kabul etmeyen Gilead Şirketi'nin Remdesivir isimli ilacının jenerik versiyonlarının üretimi için, yine yukarıda

[250] MSF Briefing Document, "Compulsory," 5; Wong, "The Case," 3.

[251] Ephraim Heiliczer, "Israel's Generic COVID-19 Drug Licensing Lacks Due Process," 26 March 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.law360.com/articles/1256783>.

[252] Compas Rudinsky, "Intellectual," 528.

[253] MSF Briefing Document, "Compulsory," 5.

[254] MSF Briefing Document, "Compulsory," 5. Remdesivir adlı ilacın jenerik versiyonunun üretimine ilk defa Bangladeş tarafından 2020 Mayıs ayında izin verilmiştir. Bangladeş, Doha Deklarasyonu paragraf 7'de az gelişmiş ülkelere tanınan geçiş süresi sayesinde 2033 yılına kadar ilaçlara patent koruması sağlamak zorunda olmayan ülkelerden birisidir. Bu konuda bkz. Ed Silverman, "First Generic Version of Gilead's Remdesivir Will Be Sold by a Bangladesh Drug Maker," 22 May 2020, erişim 2 Temmuz 2022 <https://www.statnews.com/pharmalot/2020/05/22/gilead-remdesivir-covid19-coronavirus-beximco-patent/>.

[255] "Hungary's Richter Has Manufactured Remdesivir for 3,000 COVID-19 Patients," Reuters, 7 October 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-remdesivir-richter-idUSKBN26S283>.

anılan yasa değişiklikleri çerçevesinde, Pharmasynitez'e zorunlu lisans verilmiştir.^[256] Gilead, söz konusu ilaçları yeterli derecede tedarik ettiği gerekçesiyle karara karşı mahkemeye başvurursa da Rusya Yüksek Mahkemesi, zorunlu lisans kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir.^[257]

Zorunlu lisans örneklerinin yanı sıra COVID-19 döneminde hak sahipleri tarafından isteğe bağlı lisansların da verildiği görülmektedir. Örneğin; ABD menşeli Gilead Şirketi 2020 Mayıs ayında, Remdesivir'in jenerik versiyonlarının üretimi için Hindistan ve Pakistan'da bulunan beş adet jenerik ilaç firması ile lisans anlaşması imzalamıştır. Bu lisans kapsamında üretilen ilaçlar anlaşmalarda belirlenen 127 ülkeye tedarik edilebilecektir. İlgili ülkeler daha çok az gelişmiş ülkeler olup Rusya, AB ülkeleri ve Brezilya gibi ülkelere ilaçların ihraç edilebilmesi mümkün değildir.^[258]

Zorunlu lisansa konu edilen bu ilaçların daha sonra COVID-19 tedavisinde etkisiz olduğu DSÖ tarafından kabul edilmiştir.^[259] Bu çerçevede, yukarıda anılan lisans uygulamaları geçerliliğini yitirmiş olmakla ve yine bu girişimlerin ülkeler tarafından başarıya ulaşip ulaşmadığı ayrı bir inceleme konusu olmakla beraber, gerek ülkelerin mevzuat değişiklikleri gerekse bu mevzuatlar uyarınca gerçekleştirilen zorunlu lisans uygulamaları, kurumun, aciliyet halinde ilaçlara erişimi artırmak amacıyla, başvurulabilecek önemli bir enstrüman olduğunu göstermektedir.

[256] "Russian Government Issues Its First Health-Related Compulsory License," Make Medicines Affordable, 13 January 2021, erişim 2 Temmuz 2022, <https://makemedicinesaffordable.org/russian-government-issues-its-first-ever-compulsory-license-for-covid-19-treatment/>.

[257] "Russian Supreme Court Backs Government In Patent Dispute Over Remdesivir COVID Treatment," RFERL, 27 May 2021, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.rferl.org/a/russia-remdesivir-patent-covid-supreme-court-gilead/31277004.html>.

[258] Sohini Das, "Gilead Enters Licensing Pact with 5 Drug Firms in India, Pak for Remdesivir," 13 May 2020, erişim 2 Temmuz 2022, https://www.business-standard.com/article/companies/gilead-enters-licensing-pact-with-5-drug-firms-in-india-pak-for-remdesivir-120051300233_1.html.

[259] "Solidarity Therapeutics Trial Produces Conclusive Evidence on the Effectiveness of Repurposed Drugs for COVID-19 in Record Time," WHO, 15 October 2020, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.who.int/news/item/15-10-2020-solidarity-therapeutics-trial-produces-conclusive-evidence-on-the-effectiveness-of-repurposed-drugs-for-covid-19-in-record-time>.

Ayrıca pandemi döneminde, Bolivya, 17 Şubat 2021’de, TRIPS m. 31*bis*’ten, ithalatçı ülke olarak faydalanacağını *Annex* bölümü paragraf 1/b’ye uygun olarak DSÖ’ye bildiren ilk ülke olmuştur.^[260] 10 Mayıs 2021’de ise Bolivya TRIPS Anlaşması *Annex* bölümü paragraf 2/a’ya uygun olarak DSÖ’ye bildirimde bulunmuştur.^[261] Bu bildirimde göre, Bolivya üretim kapasitesine sahip olmayıp on beş milyon doz COVID-19 aşısı ithal etmek istemektedir. 11 Mayıs 2021’de Kanada menşeli Biolyse Şirketi TRIPS m. 31*bis* çerçevesinde talep edilen aşılarda üretim ve ihrac etme kapasitesine sahip olduğunu ve isteğe bağlı ya da zorunlu lisans elde etmesi halinde ilgili ürünleri Bolivya’ya ihrac edebileceği konusunda Bolivya ile anlaşmıştır. Biolyse söz konusu aşılarda üretim ve ihrac etmek için patent sahibinden lisans almayı talep etse de patent sahibi bu teklifi kabul etmemiştir.^[262] Dolayısıyla, Biolyse’in talep edilen aşılarda Bolivya’ya ihrac edebilmesi için Kanada’da zorunlu lisansla hükmedilmesi şarttır. Tıpkı Ruanda örneğinde olduğu gibi, Kanada mevzuatında zorunlu lisansla hükmedilebilecek ilaç listesi sınırlı bir şekilde belirlendiği için Bolivya tarafından talep edilen ilaçların ihracı amacıyla zorunlu lisans elde edilmesi yine Kanada’nın ulusal düzenlemelerinde değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.^[263] Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda henüz bir gelişme yaşanmamıştır.

[260] “Notification of Intention to Use the Special Compulsory Licensing System As An Importing Member, Notification Under the Amended TRIPS Agreement,” WTO Council for TRIPS, 19 February 2021, IP/N/8/BOL/1. Belirtmek gerekir ki, 2007 yılında Ruanda tarafından bu bildirim yapılmamıştır. Nitekim Ruanda, Bolivya’nın aksine BM’nin az gelişmiş ülkeler listesinde olduğu için Ruanda’nın *Annex* paragraf 1/b çerçevesinde bildirim yapmasına gerek yoktur.

[261] “Notification of Need to Import Pharmaceutical Products Under the Special Compulsory Licensing System, Notification Under the Amended TRIPS Agreement,” WTO Council for TRIPS, 11 May 2021, IP/N/9/BOL/1.

[262] “Bolivia and Biolyse Sign Landmark Agreement for Export of COVID-19 Vaccines,” CISION, 12 May 2021, erişim 2 Temmuz 2022, <https://www.newswire.ca/news-releases/bolivia-and-biolyse-sign-landmark-agreement-for-export-of-covid-19-vaccines-832670191.html>.

[263] Detaylı olarak bkz. Muhammad Zaheer Abbas, “Canada’s Political Choices Restrain Vaccine Equity: The Bolivia-Biolyse Case,” *South Centre Research Paper* 136 (2021): 9, erişim 2 Temmuz 2022, https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/09/RP136_Canadas-Political-Choices-Restrain-Vaccine-Equity-The-Bolivia-Biolyse-Case_EN-1.pdf.

17 Mayıs 2021’de ise Antigua ve Barbuda ülkesi TRIPS m. 31*bis*’ten, ithalatçı ülke olarak faydalanacağını *Annex* bölümü paragraf 1/b’ye uygun olarak DSÖ’ye bildirmiştir.^[264] Yine tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda da henüz bir gelişme yaşanmamıştır.

SONUÇ

İlaçların patent ile koruma altına alınması 1995 yılında TRIPS Anlaşması imzalanana kadar ülkeden ülkeye farklılık göstermekteydi. Paris Sözleşmesi’nin fikrî mülkiyet haklarının düzenlenmesi konusunda taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınması, özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin, kamu sağlığı endişeleriyle, ilaçları patentlenebilir buluşlar kapsamına dahil etmemesine yol açmıştır. Güçlü fikrî mülkiyet korumasını destekleyen gelişmiş ülkelerin girişimleri sonucunda imzalanan ve koruma bakımından asgari standartları belirleyen TRIPS Anlaşması ile DTÖ’ye üye ülkeler, ilaçlara da patent koruması sağlanması konusunda yükümlülük altına girmişlerdir. Bu yükümlülük, az gelişmiş ülkeler bakımından 2033 yılına kadar ertelenmiş olmakla beraber, TRIPS’in şu an için dünya üzerinde patentli ilaçların sayısını artırdığı yadsınamaz.

Gelişmiş ülkelerin girişimleri sonucunda imzalanmış olsa da TRIPS’in bireysel ve toplumsal menfaatler arasındaki dengeyi temin edecek şekilde inşa edildiği görülmektedir. Bu bakımdan TRIPS m. 7 ve 8 dengeyi tesis eden genel hükümler olarak karşımıza çıkmaktayken patentler bakımından TRIPS m. 30 ve 31 hükümleri patentli ilaca erişimi artırmak amacıyla başvurulabilecek önemli istisna hükümleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Paris Sözleşmesi’ndeki düzenlemenin aksine, TRIPS m. 31’de üye ülkelerin zorunlu lisansa hükmederken uyması gereken asgari şartlar belirlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, TRIPS üye devletleri mevzuatlarında zorunlu lisans istisnasına yer verme yükümlülüğü altına sokmadığı gibi zorunlu lisansa başvurulabilecek nedenleri belirleme konusunda da üye ülkeleri serbest bırakmıştır. Bununla beraber, özellikle patentli buluşun kullanılmaması ve patent konularının bağımlılığı durumlarının üye devletler tarafından zorunlu lisansa yol açabilecek nedenler arasında düzenlendiği görülmektedir.

[264] “Notification of Intention to Use the Special Compulsory Licensing System As An Importing Member, Notification Under the Amended TRIPS Agreement,” WTO Council for TRIPS, 17 May 2021, IP/N/8/ATG/1.

TRIPS m. 31'in zorunlu lisansın iç pazar ihtiyacını karşılamak üzere verilebileceğini öngören f bendinin, ilaçlar bakımından hiç veya yeterli üretim kapasitesine sahip olmayan ülkelerin zorunlu lisans kurumundan verimli bir şekilde faydalanabilmesine engel olduğu itirazları az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler tarafından sıklıkla dile getirilmekteydi. Bu sorun, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin Anlaşma'ya ilişkin yorum farklılıklarını ortadan kaldırmak üzere ilan edilen, TRIPS'in ilk kez kamu sağlığı ışığında yorumlandığı Doha Deklarasyonu'nun altıncı paragrafında vurgulanmıştır. Ardından eczacılık ürünleri bakımından ihracat amacıyla da zorunlu lisans kararı verilmesini mümkün kılan Paragraf 6 kararı kabul edilmiş ve bu karar Anlaşma'ya TRIPS m. 31 *bis* hükmü olarak eklenmiş ve hüküm gerekli ulusal onaylamaların akabinde 2017'de yürürlüğe girmiştir. Benzer şekilde hüküm üye ülkeleri mevzuatlarında ihracat amacıyla zorunlu lisansa yer verme konusunda yükümlü tutmamakta yalnızca bu yönde bir zorunlu lisansa karar verilmesi halinde uyulması gereken yöntemi belirlemektedir. Bu itibarla da, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde ilaçlara erişimi artırmak hâlâ üye devletlerin mevzuatlarında bu kuruma yer verip vermeme tercihlerine bağlı olarak değişecektir.

TRIPS m. 31 *bis* hükmü çok fazla usûlî işlem gerektirmesi, uygulanmasının uzun zaman alması ve masraflı olması sebebiyle sıklıkla eleştirilen bir hüküm olmuştur. Gerçekten de, hüküm ihracat amacıyla yalnızca bir defa kullanılmış ve sonuç elde edilmesi yaklaşık üç yılı almıştır.

Tarihsel süreç incelendiğinde sermayenin yoğunlaştığı ve patent sayısının fazla olduğu gelişmiş ülkelerin zorunlu lisans kurumuna ihtiyatlı bir şekilde yaklaştığı görülmektedir. Bu noktada özellikle, zorunlu lisansın, ilaç sektöründe, oldukça maliyetli ve uzun soluklu AR-GE faaliyetleri gerçekleştirme konusundaki teşviki azaltacağı endişesi ön plana çıkmaktadır. Bu ve benzeri endişeler, gelişmiş ülkelerin, zorunlu lisans kurumuna başvuran üçüncü ülkeleri caydırma amacıyla, bazı yaptırım tehditlerine başvurmaya yol açmaktadır. Söz konusu yaptırım tehditlerinin zorunlu lisansın etkin bir şekilde kullanılması önünde ciddi bir engel oluşturduğu ifade edilmektedir. İlave olarak, ilaçların ve aşıların üretimi için gereken know-how bilgisinin zorunlu lisans ile elde edilememesi ve sürecin işletilmesinin masraflı ve külfetli olması da zorunlu lisansın verimli bir şekilde kullanılmamasına yol açmaktadır.

COVID-19 pandemisi sonucunda küresel çapta ilaç tedarikinde sıkıntılar yaşanması patent hakları ve zorunlu lisans tartışmalarını da yeniden gündeme getirmiştir. Her ne kadar verimli ve işlevsel bir şekilde kullanılamayacağı sıklıkla dile getirilse de, zorunlu lisans pandemi döneminde patentli ilaçlara erişimi artırmak açısından ülkelerin gündeminde olan bir istisna olmuştur. Bu dönemde, birçok ülkenin, zorunlu lisans istisnasının kolay bir şekilde kullanılabilmesi için, mevzuatında güncellemeler yaptığı görülmektedir. Yine bu dönemde, (Ruanda'dan sonra) Bolivya TRIPS m. 31 *bis* hükmü aracılığıyla ilaç ithal etmek isteyen ikinci ülke olmuştur. Ancak bu çalışmanın yapıldığı tarihte talep edilen ilaçları Bolivya'ya ihraç etmek amacıyla zorunlu lisans verdiğini DTÖ'ye bildiren bir ülke henüz olmamıştır. Pandeminin aciliyet gerektiren bir durum olduğu ve Bolivya'nın 17 Şubat 2021'deki bildiriminden itibaren yaklaşık bir buçuk yıl geçtiği düşünüldüğünde, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde ilaçlara erişimi artırmak amacıyla TRIPS m. 31 *bis*'in etkili ve verimli bir yöntem olmadığına ilişkin eleştirilere hak vermemek mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Abbas, Muhammad Zaheer. “Canada’s Political Choices Restrain Vaccine Equity: The Bolivia-Biolyse Case.” *South Centre Research Paper* 136 (2021). https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/09/RP136_Canadas-Political-Choices-Restrain-Vaccine-Equity-The-Bolivia-Biolyse-Case_EN-1.pdf.
- Abbott, Friedrich M. “The DOHA Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO.” *Journal of International Economic Law* 5, no. 2 (2002) 469-506.
- Abbott, Friedrich, M., Reichman Jerome H. “The Doha Round’s Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions.” *Journal of International Economic Law* 10, no. 4 (2007): s. 921-87.
- Abinader, Luis Gil. “Chilean Chamber Of Deputies Approves Resolution For Compulsory Licenses For Patents Relating to the Coronavirus Virus.” 17 March 2020, <https://www.keionline.org/32385>.
- Abinader, Luis Gil. “Legislative Committee in Ecuador Approves Resolution on Compulsory Licensing of Patents Relating to the Coronavirus.” 20 March 2020, <https://www.keionline.org/32429#:~:text=Legislative%20Committee%20in%20Ecuador%20approves,the%20coronavirus%20%2D%20Knowledge%20Ecology%20International>.
- Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi. COVID-19. Editörler Osman Memikoğlu ve Volkan Genç, Ankara, 2020. <http://www.medicine.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/121/2020/05/COVID-19-Kitap.pdf>.
- Aslan, Adem. *Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Attar, Amir. “The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Access to Pharmaceuticals, and Options under WTO Law.” *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 12, no. 3 (2002): 859-86.
- Bak, Başak. “İlaçta Zorunlu Lisans Patenti.” *Ankara Barosu Dergisi* 68, no. 3 (2011): 105-27.

- Baker, Brook K. “Arthritic Flexibilities for Accessing Medicines: Analysis of WTO Action Regarding Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health.” *Indiana International & Comparative Law Review* 14, no. 3 (2004): 613-715.
- Beier, Friedrich Karl. “Exclusive Rights, Statutory Licenses and Compulsory Licenses in Patent and Utility Model Law.” *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 30 (1999): 251-74.
- Bektaş, İbrahim. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Zorunlu Lisans – Değişiklikler ve Eksiklikler.” içinde *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, Editörler İsmail Kırca, Başak Şit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş ve Merve İrem Yener, 277-316. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Bonadio, Enrico. “Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case.” *European Intellectual Property Review*, no. 10 (2012): 719-28.
- Bookwalter, Christina M. “Drug Shortages Amid the COVID-19 Pandemic.” *US Pharmacist* 46, no. 2 (2021): 25-8.
- Clift, Charles. “Data Protection and Data Exclusivity in Pharmaceuticals and Agrochemicals.” In *Intellectual Property Management.* In *Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, edited by Anatole Krattiger, Richard T. Mahoney, Lita Nelsen, Jennifer A. Thomson, Alan B. Bennett, Kanikaram Satyanarayana, Gregory D. Graff, Carlos Fernandez and Stanley P. Kowalski, 431-35. Oxford/California: MIHR/PIPRA Press, 2007.
- Chheda, Neemesh. “Russia Compulsory License,” 12 July 2021, <http://patentblog.kluweriplaw.com/2021/07/12/russia-compulsory-license/>.
- Chien, Colleen. “Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation.” *Berkeley Technology Law Journal* 18, no. 3 (2008): 853-908.
- Compas Rudinsky, Thana C. De. “Intellectual Property and Essential Medicines in the COVID-19 Pandemic.” *International Affairs* 97, no. 2 (2021): 523-37.

- Correa, Carlos M. "Public Health and Patent Legislation in Developing Countries." *Tulane Journal of Tecnology and Intellectual Property* 3 (2001): 1-54.
- Correa, Carlos. "Implementation of the WTO General Council Decision on Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement And Public Health, WTO 2004." [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/68743/WHO_EDM_PAR_2004.4_\(2\).pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/68743/WHO_EDM_PAR_2004.4_(2).pdf).
- Çolak, Uğur. *Türk Patent Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Das, Sohini. "Gilead Enters Licensing Pact with 5 Drug Firms in India, Pak for Remdesivir, 13 May 2020." https://www.business-standard.com/article/companies/gilead-enters-licensing-pact-with-5-drug-firms-in-india-pak-for-remdesivir-120051300233_1.html.
- do Amaral Junior, Alberto. "Compulsory Licensing and Access to Medicine in Developing Countries." *Seminario en Latinamerica de Teoria Constitucional y Politica Papers* 47 (2005): 65-80.
- Erdil, Engin. *Fikrî Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınevi, 2016.
- Farquhar, Alexandra H. "Redefining the TRIPS Agreement to Accommodate en Masse Compulsory Licensing of Vaccines & Other Pharmaceuticals for the Treatment of COVID-19." *North Carolina Journal of Law & Technology* 22, no. 2 (2020): 259-92.
- Gathii, James T. "The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention of the Law of Treaties." *Harvard Journal of Law and Technology* 15 (2002): 291-317.
- Garagancea, Lorelei. "Access to Medicines: The Interplay Between Parallel Imports, Compulsory Licensing, and Voluntary Licensing." *European Pharmaceutical Law Review* 5, no. 1 (2021): 37-56.
- Gianna, Julian Arnold. "International Compulsory Licensing: The Rationales and the Reality." *The Journal of Law and Technology* 33, no. 4 (1993): 349-400.

- Harris, Donald (II). “TRIPs after Fifteen Years: Success or Failure, as Measured by Compulsory Licensing.” *Journal of Intellectual Property Law* 18, no. 2 (2011): 367-400.
- Heiliczer, Ephraim. “Israel’s Generic COVID-19 Drug Licensing Lacks Due Process.” 26 March 2020, <https://www.law360.com/articles/1256783>.
- ISCTS-UNCTAD. *Resource Book on TRIPs and Development: An Authoritative and Practical Guide to the TRIPs Agreement*. ABD: 2005. https://unctad.org/system/files/official-document/ictsd2005d1_en.pdf.
- İskit, Alper B. “Jenerik ve Biyobenzer İlaçlar.” (Antalya: 2004) <https://www.thd.org.tr/thdData/Books/889/jenerik-ve-biyobenzer-ilaclar-alper-b-iskit.pdf>.
- Jain, Tarun. “Compulsory Licenses under TRIPs and its Obligations for Member Countries.” *Icfai Journal of Intellectual Property* 8, no. 1 (2009): 30-63.
- Kaya, Arslan. “551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 67, no. 1-2 (1995-1996): 335-68.
- KeinOnline. “Open Letter Asking 37 WTO Members to Declare Themselves Eligible to Import Medicines Manufactured Under Compulsory License in Another country, Under 31bis of TRIPs Agreement.” 7 April 2020, <https://www.keionline.org/32707>.
- Khor, Martin. “Patents, Compulsory Licences and Access to Medicines: Some Recent Experiences.” *Intellectual Property and Access to Medicines: Papers and Perspectives*, no. 8 (2009): 87-105 <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/205351/B4552.pdf?page=96>.
- Kianzad, Behrang, Wested, Jakob Blake. “No-one is Safe Until Everyone is Safe – Patent Waiver, Compulsory Licensing and COVID-19.” *European Pharmaceutical Law Review* 5, no. 2 (2021): 71-91.
- Koçak, Hakan. “TRIPs Anlaşması’nda İlaç Patentlerinin Zorunlu Lisansı.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11. No. 41 (2020): 277-306.

- Library of Congress. “Russian Federation: Government Approves Nonconsensual Use of Patents in Emergency Situations.” <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-12-30/russian-federation-government-approves-nonconsensual-use-of-patents-in-emergency-situations/>.
- Mbaye, Fatou Diagne, Sardjono, Agus. “The Patent Sytem During Global Pandemic and the Access to Medications and Vaccines.” *Sriwijaya Law Review* 6, no. 1 (2022): 55-69.
- Mercurio, Bryan C. “Trips, Patents and Access to Life-Saving Drugs in the Developing World.” *Marquette Intellectual Property Law Review* 8, no. 2 (2004): 211-54.
- Mercurio, Bryan C.: “WTO Waiver from Intellectual Property Protection for COVID-19 Vaccines and Treatments: A Critical Reviews.” *Virginia Journal of International Law Online* 62 (2021): 9-32.
- Memiş, Tekin. “İlaçların Patentlenmesi.” içinde *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8 -9 Mayıs 2009*, Editörler Murat Şen ve Ahmet Başözen, 207-221. Kayseri: 2009.
- MSF Briefing Document. “Compulsory Licenses The TRIPS Waiver and Access to COVID 19 Medical Technologies.” May 2021, https://msfaccess.org/sites/default/files/2021-05/COVID_TechBrief_MSF_AC_IP_CompulsoryLicensesTRIPSWaiver_ENG_21May2021_0.pdf.
- Odman Boztosun, Ayşe. “İlaçta Zorunlu Lisans Patenti.” içinde *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Mayıs 2009*, Editörler Murat Şen ve Ahmet Başözen 223-236, Kayseri: 2009.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights/World Health Organization. “Right to Health.” <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>.
- Oser, Andreas. “The COVID-19 Pandemic: Stress Test for Intellectual Property and Pharmaceutical Laws.” *GRUR International Journal of European and International IP Law* 70, no. 9 (2021): 846-55.

- Osipenko, Natalia. “Russia to Expand Grounds For Granting Compulsory Licenses.” 29 January 2021, <https://www.petosevic.com/resources/news/2021/01/4419>.
- Özcan Büyüktanır, Burcu G. “Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bakış.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2012): 76-88.
- Özdemir, Adnan. “Patent Yönünden Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşmasının Temel İlaçlara Ulaşımında Getirdiği Kısıtlamalar.” *Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 35, no. 2 (2016): 25-54.
- Özsoy, Saadet Hande. *Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Park, Rosalyn S. “The International Drug Industry: What the Future Holds for South Africa’s HIV/AIDS Patients.” *Minnesota Journal of International Law* 11 (2002): 125-54.
- Reuters. “Hungary’s Richter Has Manufactured Remdesivir for 3,000 COVID-19 Patients.” 7 October 2020, <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-remdesivir-richter-idUSKBN26S283>.
- Saraç, Tahir. *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- Sekar, Deepika, Aishwarya H. “A Re-Look into Compulsory Licensing: After Natco v. Bayer.” *Indian Journal of Intellectual Property Law* 5 (2012): 67-80.
- Serohina, Nataliia, Pikhurets, Olena, Iasechko, Svitlana/Yevlakhova, Elvira, Lytvyn, Stepan, Miroshnykov, Ivan. “Application of Compulsory Licensing in the Context of the Covid-19 Coronavirus Pandemic.” *Systematic Reviews in Pharmacy* 2, no. 1 (2021): 334-42.
- Sezgin Huysal, Ayşegül. *İlaç Patenti*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Skyles, Alan O. “TRIPS, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha Solution.” *Chicago Journal of International Law* 3, no. 1 (2002): 47-68.
- Silver, Samantha, Maclean, Lindsay. “COVID-19 Vaccine Development and Compulsory Licensing.” 14 May 2020.

<https://kennedyslaw.com/thought-leadership/article/covid-19-vaccine-development-and-compulsory-licensing>.

Silverman, Ed. “First Generic Version of Gilead’s Remdesivir Will Be Sold by a Bangladesh Drug Maker.” 22 May 2020. <https://www.statnews.com/pharmalot/2020/05/22/gilead-remdesivir-covid19-coronavirus-beximco-patent/>.

South Centre. “The Doha Declaration on TRIPS and Public Health Ten Years Later: The State of Implementation.” *Policy Brief* 7, no. 7 (2001): 1-12.

Şehirali Çelik, Feyzan Hayal. “Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, no. 3 (2008): 103-154.

‘t Hoen, Ellen. “COVID-19 and the Comeback of Compulsory Licensing.” 23 March 2020, <https://medicineslawandpolicy.org/2020/03/covid-19-and-the-come-back-of-compulsory-licensing/>.

Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

Tellez, Viviana Munoz. “The COVID-19 Pandemic: R&D and Intellectual Property Management for Access to Diagnostics Medicines and Vaccines.” *South Centre*, no. 73 (2020): 1-8. https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/04/PB73_The-COVID-19-Pandemic-RD-and-Intellectual-Property-Management-for-Access-to-Diagnostics-Medicines-and-Vaccines_EN-3.pdf.

Tsai, George. “Canada’s Access to Medicines Regime: Lessons for Compulsory Licensing Schemes under the WTO Doha Declaration.” *Virginia Journal of International Law* 49, no. 4 (2009): 1063-98.

Tyupa, Vsevolod, Bankovskiy, Anton, Dzahafarova, Daria. “Russia Expands Grounds for Issuing Compulsory Licences in Healthcare.” 22 June 2021, <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/06/russia-expands-grounds-for-issuing-compulsory-licences-in-healthcare>.

United Nations. “Report of the High Commissioner of the Human Rights Commission on Economic, Social and Cultural Rights, The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of

Intellectual Property Rights on Human Rights, E/CN.4/
Sub.2/2001/13.” 27 June 2001, [https://digitallibrary.un.org/
record/446005#record-files-collapse-header](https://digitallibrary.un.org/record/446005#record-files-collapse-header).

Vincent, Nicholas G. “TRIP-ing Up: The Failure of TRIPS Article 31 *bis*.”
Gonzaga Journal of International Law 24, no. 1 (2020): 1-38.

Wang, Richard Li-dar. “Ancillary Orders of Compulsory Licensing and Their
Compatibility with the TRIPS Agreement.” *Marquette Intellectual
Property Law Review* 18, no. 1 (2014): 87-105.

Weissman, Robert. “Long, Strange Trips: The Pharmaceutical Industry
Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the
Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World
Countries.” *University of Pennsylvania Journal of International
Economic Law* 17, no. 4 (1996): 1069-126.

WIPO. “Germany: Act on the Protection of the Population in the Event of
an Epidemic Situation of National Importance.” 27 March 2020,
https://www.wipo.int/news/en/wipolex/2020/article_0008.html.

Wong, Hilary. “The Case for Compulsory Licensing During COVID-19.”
Journal of Global Health 10, no. 1 (2020): 1-5.

World Health Organization, World Intellectual Property Organization, World
Trade Organization. *Promoting Access to Medical Technologies
and Innovation*, 2. Edition, [https://www.wto.org/english/res_e/
booksp_e/who-wipo-wto_2020_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/who-wipo-wto_2020_e.pdf), İsviçre: 2020.

Xiangxiu, Wang, Yiyang, Wang: Exploring the Compulsory Licensing System
for Pharmaceutical Patents During the COVID-19 Pandemic,
Journal of WTO and China 2021, vol. 11, no. 2, s. 62-82.

Yalçın, Uğur. “İlaç ve Patent – Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler.”
Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 2,
S. 3 (2001): 15-44.

Vergi Yargılamasında Bilirkişilik Müessesesinin Önemi

Hakan ARSLANER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doç. Dr., Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk ABD, harslaner@adu.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0003-2588-5434.

Makale geliş tarihi: 7 Kasım 2022 **Makale kabul tarihi:** 26 Mayıs 2023

Atıf önerisi: Arslaner, Hakan. "Vergi Yargılamasında Bilirkişilik Müessesesinin Önemi." *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 3 (Temmuz 2023): 187-228. **DOI:** 10.30915/abd.1200706.

ÖZ

Vergi yükümlüsü ile idare arasında yaşanan hukukî uyuşmazlıkların vergi mahkemeleri açısından etkin, maddi ve usul hukukuna uygun ve hakkaniyetli bir şekilde çözümlenebilmesi için hâkimin, karine olarak kabul edilen hukuk bilgisi dışında her bir somut olayın çözümünde, teknik, özel veya uzmanlık gerektiren bir bilgiye ihtiyaç duyması gayet doğaldır. Hukuk kurallarının olgular üzerine yazılması ayrıca genel olarak kabul edilen delil serbestisi ilkesi uyarınca farklı uyuşmazlık konuları ile karşılaşan yargı organları uyuşmazlık konusu ile maddi hukuk arasında bir bağ kurmaya çalışırken hukuk bilgisinin dışında birtakım bilgilere de ihtiyaç duyarlar. Bilirkişinin görüşüne ihtiyaç duyulan uyuşmazlık konularından biri de vergi uyuşmazlıklarıdır. Hem sistemin olağan idarî işlemleri hem de olağanüstü durumlarda kişilere yapılan vergisel işlemler sonrası açılan davalarda başta vergi mahkemeleri olmak üzere (iptal davaları ve tam yargı davaları), vergisel işlemlerle alakalı olarak suç niteliğindeki eylemler için ceza mahkemeleri (vergi kaçakçılığı davaları) ve kimi durumlarda da hukuk mahkemeleri (haciz sırasında öne sürülen istihkak iddialarına karşı açılan davalar, tasarrufun iptali davaları gibi) görevli olmaktadır. Vergilendirme işlemlerinin kendisi zaten teknik birtakım uygulamalara dayalıdır. Bu sebepten hukuk bilgisi olan ancak vergi konularında teknik ve özel bilgi eksikliği olan hâkimlerin bu eksikliğini, bilirkişiler sundukları görüşleri ile gidermektedirler. Bu çalışma, doğrudan ya da dolaylı olarak uyuşmazlık konusu vakıanın ya da yapılan işlemlerin vergiye dayalı olması durumunda bilirkişilere başvurmanın önemini ve bunların sunmuş oldukları görüşlerin yargılamanın hukuka uygun bir şekilde sonlandırılmasındaki rolünü ortaya koymaya çalışmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

vergi uyuşmazlıkları

vergi davaları

teknik bilgi

bilirkişi

usul hukuku

IMPORTANCE OF EXPERT WITNESS IN TAX CASES

ABSTRACT

In order for disputes between the taxpayer and the administration to be resolved effectively, in accordance with the substantive and procedural law and in a fair manner in terms of tax courts, It is natural that the judge needs technical, special or knowledge that requires expertise in the resolution of each concrete case, apart from the legal knowledge accepted as presumption. In addition to writing legal rules on facts, judicial bodies that encounter different disputes in accordance with the generally accepted principle of circumstantial evidence, need some information other than legal knowledge when trying to establish a link between the subject of dispute and substantive law. Tax disputes are one of the disputed issues that require expert opinion. Criminal courts (tax evasion cases) for tax offences in relation to taxation and in some cases civil courts (claims throughout procedure in collection of taxes via attachment, cancellation of asset cases etc.) are in charge of, especially tax courts (action for annulment and full-remedy action), in cases filed after both the ordinary administrative procedures of the tax system and the tax transactions made to in extraordinary situations. The taxation process itself is already based on a number of technical applications. For this reason, the judges, who have legal knowledge but lack technical and special knowledge in tax matters, make up for this deficiency with expert's opinions. This study, directly or indirectly, tries to reveal the importance of applying to experts in case the disputed case or transactions are tax-based and the role of their opinions in the conclusion of the proceedings in accordance with the law.

Keywords:

tax disputes

tax cases

technical information

expert

procedure law

GİRİŞ

Uyuşmazlıkların olağan çözüm yolu olan yargı yolunda muhakemenin sağlıklı yürütülebilmesi ve esas veya usulden hukuka en doğru ve hakka-niyetli karar verilebilmesi için yargı makamları, taraf iddiaları dolayısıyla veyahut yargılama sırasında re'sen gelişen olayların ve sunulan delillerin değerlendirilmesi için özel, bilime dayalı veya teknik bir bilgiye ihtiyaç duyabilirler. Hâkimin uyuşmazlığı sonlandırması için hukuk bilgisi dışında ihtiyaç duyduğu bu özel, teknik veya uzmanlık gerektiren bilgiler, bilirkişilerce tamamlanmaktadır. Temyiz mercileri hariç bilirkişilik kurumu tüm yargılamalarda kullanılabilir. Türk usul hukukunda hukuk ve ceza muhakemelerinde düzenlenmiş bu kurumun mahkemelerce uygulanması aşamasında bir yeknesaklık sağlanması adına 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu (BK) ve akabinde Bilirkişilik Yönetmeliği (BY) kabul edilmiştir. Hukuk ve ceza muhakemeleri kanunlarında bilirkişilik ile ilgili düzenlemeler hâlen yürürlükte olmakla birlikte; yeni düzenleme ile tüm mahkemelerde görevlendirilen bilirkişileri ilgilendiren bilirkişilerin sorumlulukları, bilirkişi olabilecekler, yargılama sistemine uyum açısından bilinmesi gerekenler ve bilirkişi eğitimi zorunluluğu gibi genel konulara yer verilmiştir. Bu sayede muhakeme sisteminde önemli bir rol oynayan bilirkişiler ile ilgili temel düzenlemeler bir çatı altında toplanmıştır.

Farklı yargı rejimlerine tâbi her mahkemede uyuşmazlıkların çözümünü için özel veya teknik bir bilgiye ihtiyaç duyulabilir. Uyuşmazlık konuları ya da sunulan delillere göre de ihtiyaç duyulan uzmanlık bilgisi değişiklik gösterebilecektir. Vergi işlemlerinin mer'i hukuka göre yapıldığı ve bireysel nitelikli işlemlerden oluştuğu gözetildiğinde ilk başta, vergi hukuku bilgisi ile uyuşmazlıkların çözümlenebileceği düşünülse de bu bireysel nitelikli işlemlerin çoğu bir uygulamaya dayalı yapılmaktadır. Örneğin denetim sonrası vergi ziyat tespit edilmesi hâlinde vergi ziyatının gerçekten var olup olmadığı, muhasebe kayıtlarının nizamlı bir şekilde olup olmadığı, sahte ya da içerik itibarıyla yanıltıcı belge kullanılıp kullanılmadığı veya vergiyi doğuran olayların olup olmadığı şeklinde tespitlerin yapılması, bu olaylara dayalı vergisel işlemlerin de doğru olup olmadığını kanaatinin uyanmasında etkin rol oynayacaktır. Vergi mahkemeleri, vergi kaçakçılığı nedeniyle başlatılan bir soruşturmada Cumhuriyet Savcısı ve yapılan bir ceza yargılamasında ceza mahkemesi ayrıca hukuk mahkemelerinde vergi temelli bir uyuşmazlık çözümünde hukuk mahkemesi her zaman bu özel ve teknik bilgiye ihtiyaç

duyarlar. Bu özel ve teknik bilginin hâkime aktarılması konusunda da bilirkişilere görev düşmektedir.

Çalışmada vergi uyuşmazlıklarının çözümünde bilirkişilik müessesesinin etkinliği üzerinde durulacaktır. Ayrıca bilirkişinin ve sunmuş olduğu görüşlerin hukukî niteliği tartışılarak, yargı kararları ışığında bilirkişi raporlarının nasıl olması gerektiği konusunda değerlendirmeler yapılacaktır.

I. BİLİRKİŞİ KAVRAMI

Son yüzyıl içerisinde insanoğlunun edindiği bilgi miktarının, insanlığın başlangıcından beri edindiği bilgi miktarına yakın olduğu iddia edilmektedir. Son yüzyılda bilim ve teknolojinin hızlı ve büyük bir şekilde gelişmesi ve gelişmeye de devam etmesi bu iddiayı doğrular niteliktedir. Gelişen bilim ve teknoloji sonunda insanlar bir alanda uzmanlaşma ihtiyacı duymuş, insanların bilgi düzeyi artmış ve bunun sonucunda da meslekler çok daha karmaşık bir hal almıştır.^[1] Bilirkişiliğin tarihçesi Roma Dönemine kadar dayanmaktadır. O çağlarda öncelikle tıbbi bilirkişi ihtiyacı oluşmuş iken günümüzde hemen hemen her konuda yargılama sırasında özel veya teknik bir bilgi ya da çözümü uzmanlık gerektiren konularda bilirkişilere başvurulmaktadır.

Türk Dil Kurumu (TDK) bilirkişiyi “*Belirli bir konudan iyi anlayan ve bir anlaşmazlığı çözümlmek için kendisine başvuru kimse, uzman, ehlibibre, ehliivukuf, eksper*” ve “*Çözümlemesi özel veya bilimsel bilgiye dayanan konularda oyuna veya düşüncesine başvuru kimse, ehlibibre, ehliivukuf*” olmak üzere iki şekilde tanımlamıştır. BK’nin 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde bilirkişi, “*Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuru gerçek veya özel hukuk tüzel kişisini*” şeklinde tanımlanmıştır. Bir başka tanımda bilirkişi, “*Bir davada, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bir bilgiye bağlı ise, hâkim gerekli olan özel veya teknik bilgiye sahip uzman kişi veya kişilerin görüşünü alabildiği üçüncü kişi*”^[2] şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide benzer

[1] Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukukunun Esasları II*, 7. Baskı, (İstanbul: Yazarın Kendi Yayını: 2000), 722.

[2] Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 14. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 510.

şekilde tanımlamalara rastlamak mümkündür. Bilirkişiler, kendi alanında uzman, mesleki tecrübesi olan, alanı ile ilgili gerekli teknik ve bilimsel bilgiye sahip kişilerdir. Bu sebeple bilirkişi tanımlaması yapılırken bu özelliklere vurgu yapmak gerekecektir. Genel olarak her durumda bilirkişiye başvurulabilmektir ancak bilirkişi dendiğinde akla gelen bir diğer unsur uyuşmazlık çözümüdür. Bu sebepten bilirkişi tanımlamalarında mahkemelere de yer vermek yerinde olacaktır.

Tüm bu özellikleri bir araya getiren genel bir tanımlama yapmak gerekirse,

“bilirkişi, alanında yeterli teknik ve bilimsel bilgilere sahip, mesleki tecrübesi olan ve bir yargılama sırasında uyuşmazlık çözümü için iddia edilen vakıyı açıklığa kavuşturan ya da kendisine sunulan deliller hakkında hukukî değerlendirmelerden uzak görüş bildiren veyahut yargı makamlarının, bilirkişinin kendi uzmanlık alanı ile ilgili özel durumlarla karşılaşmaları hâlinde sorabileceği sorulara cevap verebilen, bu anlamda hâkim/savcıya hukuki olarak en doğru kararı vermesinde yardımcı olan,[3] yargılamanın sonucundan maddi ya da manevi bir menfaat sağlamayacak hakiki veya hükmi şahıslardır.”

Böyle bir genel tanımla bilirkişinin ve bilirkişi görüşünün taşınması gereken birçok özelliğine de değinmiş bulunmaktayız.

Tanımlardan yola çıkarak üzerinde durulması gereken bir konu, yargılama sırasında delil tespiti ya da iddia edilen vakıanın açıklığa kavuşturulması için özel veya teknik bilgiye veyahut uzmanlık gerektiren bir bilgiye ihtiyaç duyulması hâlinde hâkimin bu bilgi ve bilgilere kendisinin vâkıf olması hâlinde bilirkişiye başvurmak gerekip gerekmediğidir.

Kanaatimizce hâkim tarafından yargılama sırasında ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilgi bilinse bile, hâkimlerin bu konuda bilirkişiye başvurması gerekmektedir. Çünkü bilirkişi raporlarının taraflarca tartışılabilir bir imkân sunulması önemlidir. Bu imkân da ancak tahkikatın devamı sırasında

[3] Gökhan Çayan, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi*, 1. Baskı (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 9, “Bilirkişinin hâkimin yardımcısı olduğunu söylemek son derece yanlıştır. Yargılama sürecinde hâkime bir yardımının olduğu söylenebilir. Ancak bu yardım, yargılamanın başından sonuna kadar devam eden bir durum arz etmez. Hüküm sırasında hâkim, bilirkişiden hukukî bir değerlendirme yapmasını da isteyemez. Bilirkişinin yardımı yargılama sürecinin küçük bir bölümünü oluşturan ve hâkim tarafından bilinmeyen özel veya teknik bir bilgiyi aydınlatmaktan ibarettir. Bu nedenle bilirkişiye hâkim yardımcısı demek son derece yanlıştır.”

bilirkişi raporunun mahkemeye sunulması ile mümkün olmaktadır. Rapor alınıp taraflarca tartışıldıktan sonra hâkim esas hakkında karar verir iken uyumsuzluk konusu ile alakalı kendi sahip olduğu özel ve teknik bilgisine dayanarak kanaatini ortaya koyacaktır. Kendi sahip olduğu özel ve teknik bilgi ile raporun örtüşmesi hâlinde rapor doğrultusunda karar verebilecek, aksi hâlde gerekçe sunarak, raporu kararına dayanak almayacaktır. Hâkimin kendi sahip olduğu özel ve teknik bilgiyi sadece karar aşamasında kullanacağından taraflar için bu bilginin tartışılabileceği bir ortam sağlanmamış olacaktır. Ayrıca hâkimin yargılama sırasında ihtiyaç duyulan özel veya teknik bilgiye ya da uzmanlık gerektiren bir bilgiye sahip olduğu nereden bilinecektir? Tarafların ve üst mahkemelerin böyle bir bilgiyi edinme yetisi yoktur kaldı ki hâkim bu bilgiye sahip olduğunu yargılama sırasında ilgililere sunmak zorunda da değildir. Sunduğumuz gerekçelerle, yargılama sırasında özel, teknik ya da uzmanlık gerektiren bir bilgiye hâkim vâkıf olsa da usul kurallarını yerine getirme ve taraflarca tartışılma imkânı sunma adına bilirkişiye başvurmalı ve karar aşamasında da bu sahip olduğu bilgiyi kullanmalıdır. Bilirkişi raporlarının kimi görüşlere göre takdiri delillerden kimi görüşlere göre de delil değerlendirme vasıtası olmasından ötürü hâkimin bu raporlara uyma zorunluluğunun bulunmaması, hâkimin, kendi ehil olsa da özel ve teknik bilgi ya da uzmanlık bilgisine ihtiyaç olduğunda usul gereği bilirkişiye başvurma zorunluluğu doğmaktadır.

Bununla birlikte hâkimin mutlaka bilirkişiye başvurması gerektiğine yönelik kanunlarda birtakım düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin; tıbbi konularda, sahtelik incelemelerinde, veteriner ve tarım bilgisi gerektiren durumlarda, matematiksel ve finansa yönelik hesaplama işlerinde, yazı ve imza aidiyeti incelemelerinde, hasar tespiti, kiralama ya da satış veyahut sözleşmeye aykırı hareket edilmesi hâlinde menkul ve gayrimenkullerin değerlemeye tâbi tutulma durumlarında bilirkişilere başvurmak kanunen zorunlu olmaktadır. Bu konularla ilgili uyumsuzluğu çözmekle görevli mahkemelerin alanında uzman bir bilirkişiye mutlaka ihtiyacı olacağı karine olarak kabul edilmektedir.

A) BİLİRKİŞİLİK SIFATI KAZANMA VE BİLİRKİŞİLİĞİN TÂBİ OLDUĞU TEMEL KURALLAR

BK'nin yürürlüğe girmesi ile artık kişilerin sadece alanı ile ilgili özel ve teknik bilgilere ve/veya mesleği gereği uzmanlık bilgisine sahip olması bilirkişi olması ve mahkemelerde görüş bildirmesi için yeterli olmayacaktır. Mezkûr Kanun ve bu Kanundan yaklaşık sekiz ay sonra yürürlüğe giren BY ile yargılamalarda bilirkişilik yapılabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın organize ettiği bilirkişilik temel eğitiminin de zorunlu olarak alınması gerekmektedir. Mevzuatın ilk hâli ve daha sonra yapılan değişikliklerle bazı meslek gruplarına temel eğitimden muafiyet getirilmiş olsa da hemen hemen tüm uzmanlık alanları için temel eğitim alınmasının zorunlu olduğu söylenebilir. Yine aynı hükümler kapsamında bir meslekte aktif olarak beş yıl çalışılmış olması da bilirkişilik için getirilen bir diğer zorunluluktur. Ayrıca temel eğitimini tamamlamış ve BK'nin 10. maddesinde belirtilmiş bulunan şartları sağlayan bilirkişi adayları, Adalet Bakanlığı Bilirkişi Daire Başkanlığına başvurarak, Bilirkişilik Bölge Kurullarınca düzenlenen listelerde yer alabilirler.

Bunun dışında BK'nin 3. maddesinde bilirkişilik kurumu ile ilgili bilirkişilerin; görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yerine getireceği,^[4] raporlarında çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapma yasağı ve hukukî nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamayacağına; yargı makamlarının ise bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağına yönelik birtakım ilkeler yer almaktadır.

Ayrıca bilirkişiler, yapmış olduğu bilirkişilik görevinden dolayı bazı sorumluluklara tâbi tutulmaktadır. BK'nin 14. maddesinde disiplin sorumluluğu, HMK'nin 285. maddesinde hukukî sorumluluk ve CMK'nin

[4] Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Bilirkişilik Rehberi*, 1. Baskı (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 1, "Bilirkişi, aldığı her görevde görevini icra ederken en başta vicdanî sorumluluğunu hissederek hukukî ve cezaî sorumluluklarının farkında olarak kamu hizmeti niteliğindeki bu işlevi hassasiyetle icra etmesi gerekir. Raporu tanzim eden bilirkişinin kendi kendini sorgulaması ve belirtilen şekilde raporunu tanzim etmesi hayatî önem taşımaktadır". Son dönemde bir hayli mahkeme kararlarının bilirkişi raporlarına dayalı olarak verildiği, yargılama yetkisinin "de facto" bilirkişiler tarafından kullanıldığı düşünülmektedir. Bu itibarla, bilirkişilerin görevlerini ifa eder iken yüksek hassasiyetle hareket etmesi gerekmektedir.

135., 136., 252., 276. ve 279. maddelerine göre ise cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Bilirkişilerin yerine getirdiği görevleri dikkate alındığında bu kişilerin birer kamu görevlisi niteliğinde olduğu unutulmamalıdır. Sorumlulukları ile ilgili düzenlemeler de zaten hâkimler için getirilen düzenlemelerle paralellik teşkil etmektedir.

Son olarak, yine hâkimler için de uygulanan görevlendirme aşamasında ya da görevin ifa edilmesi aşamasında ortaya çıkan gerekçelere uygun olarak bilirkişilerin yasaklı ya da ret hallerinde re'sen veya talep üzerine bilirkişilik görevinin iade edilmesi veyahut hiç görevlendirme yapılmaması gerekmektedir. HMK'nın 34. ve 36. maddelerinde, CMK'nin ise 22. ve 24. maddelerinde hâkimler için getirilmiş yasaklılık ve ret halleri, bilirkişiler için uygulanmaktadır.

Yasaklılık sebepleri kanunda sayılanlarla sınırlıdır. Yani kanunda belirtilenler dışında hâkim bilirkişiyi resen görevden alamaz. Buna karşılık HMK'nin 36. maddesinin ilk cümlesi gereği ret sebepleri ise kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Kanunda sayılan hallerin dışında da tarafsızlığını şüpheye düşürecek herhangi bir durum varlığı halinde bilirkişinin reddi istenebilir. Buradaki temel fark, ikinci durumda reddi isteyen tarafın bilirkişinin tarafsızlığını kaybettiğini ispat etme zorunluluğudur. Oysa kanunda sayılan haller sebebiyle bilirkişinin reddi istenmişse, reddi isteyen taraf yalnızca kanunda ret sebebi olarak belirtilen ilişkiyi kanıtlamakla yükümlüdür; bu ilişkinin bilirkişinin tarafsızlığını şüpheye düşürdüğünü ayrıca kanıtlaması gerekmez.^[5]

Vergi uyuşmazlıklarında görev alan bilirkişilerin aynı zamanda Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen vergi mahremiyetine uyma yükümlülüğü bulunmaktadır^[6]. Bu mahremiyetin ihlâli hâlinde ise bilirkişiler, VUK'nin 362. maddesindeki gönderme nedeniyle Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun 239. maddesinde belirtilen cezaî müeyyide ile (bir yıldan üç yıla kadar

[5] İbrahim Organ ve Cansu Sevinç, "Vergi Yargılamasında Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişilik Kanun Tasarısının Getireceği Yenilikler," *Maliye Dergisi*, no. 170, (Ocak-Haziran 2016): 116 – 126.

[6] VUK'un 5. maddesine göre, bilirkişiler görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine mütaallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazımgelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanamazlar".

hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası) karşılaşabilirler. Kuralın, sadece “görevleri dolayısıyla” mükellef ya da mükellefle ilgili kimselerin sınırlarını öğrenen bilirkişiler bakımından bağlayıcı olduğunu kabul etmek gerekir. Görevin yerine getirilmesi ya da görevin icabı dışında, başka vesilelerle öğrenilen sınırların açıklanmasının ise vergi mahremiyeti yasağına aykırılık teşkil ettiği söylenemez.^[7] Bu bakımdan bilirkişiler, yapacakları incelemeler için mahkeme tarafından kendilerine tevdi edilen ticari defter, bilgi ve belge içeriklerinde mükellef hakkında öğrendikleri ve sır kalması gereken bilgileri ifşa edemeyeceklerdir. Ancak görevleri dışında edindikleri mükellefler ile ilgili bilgileri ifşa etmelerinin başka bir suçun unsuru olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

B) BİLİRKİŞİLERİN GÖREVLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilirkişi olabilmek için gerekli olan şartlara sahip olan ve temel eğitimi alan kişiler, Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığına başvurarak, ikametgâhları veya çalışmış oldukları bölgeye göre Bölge Adliye Mahkemelerinin bulunduğu yerlerde olan Bilirkişilik Bölge Kurulunun Bilirkişilik listesinde yer alırlar. Yargılamada görevli mahkemeler tarafından uyuşmazlık çözümü sırasında ihtiyaç duyulan bilirkişiler, bu listedeki uzmanlık alanlarına göre görevlendirilirler. Kısaca günümüzde artık BK ve BY’de belirtilmiş bulunan istisnalar dışında, görevlendirmelerin ancak bu listede olan bilirkişiler arasından sahip oldukları niteliğe göre yapılması zorunlu bir hâl almıştır.

Hemen hemen tüm yargı rejimlerinde tarafların her türlü delil kullanarak iddiasını ispat edebileceği, mahkemelerin de re’sen her türlü delili tahkikat aşamasında göz önünde bulundurabileceği kabul edilmektedir. Delil serbestliği ilkesi, nelerin delil olacağı, delillerin sayısı ve nitelikleri ile ilgili iken; delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, delil olarak kabul edilen ispat araçlarının önceden konulmuş bir sınırlamaya bağlı kalmaksızın serbestçe değerlendirilmesine ve uyuşmazlık hakkında bir karara varılması aşamasına ilişkindir.^[8] Bu itibarla bilirkişilerin görüşlerinin delil niteliğinde mi olduğu yoksa delil değerlendirme vasıtası mı olduğu ortaya konulmalıdır.

[7] S. Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, 15. Baskı (İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2020), 383.

[8] Yusuf Karakoç, *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayınları: 1997), 86.

Hukukçuların bilirkişilik yapıp yapamayacağı sorunu uzun süredir tartışılmaktadır. Tartışma, hukuk kuralları için son bulmuş görünmektedir. Zira, tüm usul kurallarında ve ayrıca BK ve BY hükümlerinde hukukçuların sırf hukuk bilgisi dolayısıyla bilirkişilik yapamayacağı ilke olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Aksi durumun düşünülmesi hâlinde hukukçuların, hukukun hangi alanında uzman olduğunun tespit edilmesi gibi başka bir sorunun da doğması anlamına gelir. Ayrıca hukukta uzmanlık alanı belirtilmiş olsa da hâkimlerin zaten hukuk bildiği kabul edildiğinden,^[9] hukukçuların özel ya da teknik bilgi veyahut uzmanlık alanı gerektiren bir durum dışında görevlendirmeleri, elbette ki hukuk bilgileri dışında kalan diğer uzmanlık alanları için olacaktır.^[10] Uyuşmazlık konusu ile ilgili hukukî değerlendirme yapma ve iddia edilen vakıa ile hukuk kuralları arasında bir bağlantı kurup bir karar verme yetisi ve yetkisi olan hâkimlerin bu görevini hukukçu bilirkişilere devri, yargı yetkisinin devri niteliğinde olacağından ciddi bir yargılama ilkesi de zedelenmiş olacaktır. Günümüzde hukukçular ancak eğitimlerini almış olmaları hâlinde hesap bilirkişisi olarak görev yapmaktadırlar. Ayrıca sigorta işleri ya da değerlendirme yapmak için ilgili kurumların sınavla vermiş olduğu yetki belgelerini almış olmaları hâlinde bu konularda da bilirkişilik yapabilirler. Ancak bu görevlendirmelerde de görev sınırları, hukukî değerlendirme yapma, hukuka uygunluk ya da aykırılık tespit etme gibi konuları barındırmaması icap eder. Bunun yanında üniversiteler gibi tüzel kişilikler bilirkişi olarak görevlendirildiğinde hukuk fakültelerinde ya da diğer fakültelerde akademisyen olarak görev yapan uzmanlık alanları belli hukukçuların bilirkişi olarak görevlendirilebildiklerini de görmekteyiz. Bu durumda hukukçuların, hukuk dışında özel ya da teknik bir bilgiye sahip değilse, bilirkişilik için ilgili makamlara hiç başvurmaması ya da özel ve teknik bir bilgiye sahip olmaları hâlinde bu uzmanlığı dışında farklı

[9] İdarî ve vergisel uyuşmazlıkların çözümünde görevli olan mahkemelerde hukuk fakültesinden mezun olmadan hâkim olabilmek mümkündür. Bu hâkimlerin yeterli hukuk bilgisinin olup olmadığı, aslında bu mahkemelerde avukat ya da hukuk bilirkişisinin atanmasının önemli olduğu yönündeki fikirlerimize burada ayrıntılı olarak yer vermeyeceğiz.

[10] Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, 6. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 111, “Hukukçular, uzman görüşü şeklinde fikirlerini mahkemeye beyan edebildikleri halde bilirkişi olarak aynı edimde bulunamaz. Bilirkişi görüşünü serbestçe takdir eden hâkim uzman görüşünü de serbestçe değerlendirebilmektedir.”

görevlendirmeler geldiğinde de görev iadesinde bulunması ileride doğacak olası sorunların yaşanmasını başta engelleyebilecektir.

Ancak burada üzerinde durulması gereken bir diğer gerçeklik ise, hukuk alanlarının hemen hemen her birinin kendi içerisinde özel ve teknik bilgi veya uzmanlık bilgisi gerektirmesidir.^[11] Hukukun belli alanlarında uzman olan hukukçular ya da avukatlar o alanda karşılaşılabilecek vakıalar konusunda belli bir deneyime ve özel bilgiye vâkıf olmuşlardır. Dolayısıyla kimi zaman sorun hukukî nitelikte de olsa, uyuşmazlık konusunun düzenlendiği özel kuralların karmaşıklığı, uygulamaya ilişkin genelgeler, idari teamüller gibi ortaya çıkarılması hâkimin bilgisini aşan hususların varlığı durumunda bilirkişi görüşüne başvurulmasının önü açılabilir.^[12] Hukuk alanlarının bu denli uzmanlaşmış olmasını yargı düzeninde de görmek mümkündür. Farklı uzmanlık alanları konusunda farklı mahkemelerin kurulması ve bu mahkemelere o konuda daha tecrübeli hâkimlerin görevlendirilmesi aslında, bütün hâkimlerin tüm hukuk kurallarını bilmesinin mümkün olmadığını da itiraf eder niteliktedir.

Her ne gerekçe ileri sürülürse sürülsün yukarıda belirttiğimiz gibi mer'î hukuk açısından bu konudaki tartışma son bulmuştur. Hukukçuların/avukatların bilirkişi olarak görev yapamayacağını düzenleyen normların yorumlanmasında söz sahibi olan bir diğer mercii yargı organları da üst mahkeme kararları vasıtasıyla hukuk kurallarını yazanlar ile aynı düşünmektedir. Anayasa Mahkemesi' de 2018 yılında,^[13]

“Hâkimlik mesleğinde hukuki bilginin yanı sıra muhakeme gücü, karar vermek için bir konuyu kavrayıp karar şekline getirerek özetleme yeteneği, bilimsel ve teknolojik gelişmelere açık olmak önem taşımaktadır. Bu nedenle genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağının bir yansıması

[11] Aydın Çelik, “Hukukçu Bilirkişi Atanması Yasağı ve Bu Yasağın İptalinin Reddine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi,” *Legal Hukuk Dergisi* 20, no. 231, (2022): 840, “Her geçen gün hızla artış gösteren yeni uzmanlık alanlarında, binlerce araştırma ve uzmanlık tezleri üretilirken; davayı çözmekle görevli hâkimin bütün bu hukuki sorun ve konulara vakıf olmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır.”

[12] Deryal, *Bilirkişilik*, 111.

[13] AYM, E. 2017/20, K. 2018/75, Kt. 05.07.2018.

olan hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceğine dair kuralın mahkemelerin bağımsızlığını ihlal edici nitelikte olduğu söylenemez. Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olanlar dışında özel veya teknik bilgiyi içeren uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurulması adil yargılanma hakkının gereği olarak da değerlendirilmelidir. Çünkü bu suretle hâkim, bir delil değerlendirme vasıtası olan bilirkişi incelemesinden de yararlanarak önüne gelen sorunu çözerek adaletin gerçekleşmesini temin etmektedir. Bununla birlikte hukuk kurallarını resen araştırarak bulmak, yorumlamak ve olaya uygulamak zaten hâkimin asli görevi olduğundan hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasına izin verilmemesi adil yargılanma hakkına da aykırılık oluşturmaz”

ve daha sonra biraz önce zikredilen karara gönderme ile

“Sadece hukuk bilgisi olan kişilerin bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceği kuralının gerekçesinde; düzenlemenin amacının Anayasayla hâkime verilen mutlak yargı yetkisinin, bilirkişi vasıtasıyla dahi olsa, bir başkasına devrinin önlenmesi olduğu, hukuk kurallarını araştırmak, yorumlamak ve bizzat uygulamakla görevli hâkimin uyumsuzluk hakkında bir de bilirkişi atamasının gereksiz yere yargılama giderlerinin artmasına ve buna bağlı olarak yargılama sürecinin uzamasına sebebiyet vereceği, kuralla bilirkişilik kurumunun gerçek fonksiyonunun sağlanacağı ve yalnızca hukukî değerlendirmeden ibaret olan konularda bilirkişiye ihtiyaç bulunmadığı belirtilmiştir.”

şeklinde karar vererek,^[14] yalnız hukuk bilgisine sahip olan kişilerin bilirkişi olarak görevlendirilmeyeceğine yönelik kuralların Anayasanın ilgili amir hükümlerine aykırı olmadığını belirtmiş ve bu konuda yapılan tartışmalara yargı kanadı tarafından da son verilmiştir.

Bilirkişi incelemelerinin ve sonrasında mahkemeye sunulan bilirkişi raporlarının yargılama hukukunda hangi niteliği taşıdığı tartışması da hâlen devam etmektedir. Öğretide bilirkişi incelemesinin delil niteliğinde mi yoksa delillerin değerlendirilmesini sağlayan bir araç olarak mı kullanıldığına yönelik farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden ilkinde göre bilirkişi incelemesi delil olarak kabul edilmelidir. Bir diğer görüşe göre ise bilirkişi incelemesi delil niteliğinde değildir. Mevcut olan delillerin

[14] AYM, E. 2018/152, K. 2020/11, Kt. 19.02.2020.

değerlendirilmesinde kullanılan bir delil değerlendirme vasıtasıdır. Her iki görüşün karması şeklinde olan değerlendirmeye göre ise bilirkişi incelemesi, var olan delillerin değerlendirilmesi ile sınırlı kalıyorsa delil değerlendirme aracı; bununla sınırlı kalmayıp yeni deliller ortaya çıkarıyorsa delil olarak değerlendirilmelidir.^[15] Vergisel uyuşmazlıklarda bilirkişi raporları, mevcut iddiaların var olup olmadığını kanıtlayan bir belge niteliğindedir. Bu raporlara dayanılarak yeni bir iddia ortaya konulamaz. Vergisel işlemlerin ya da vergiyi doğuran olayların varlığının veyahut yokluğunun bilirkişi raporlarından gayri başka delillere dayandırılma zorunluluğu vardır. Raporlarda bu iddialara yer verilmiş olması, vergi uyuşmazlığına taraf olan vergi idaresi için yeni araştırmalar yapmaya, denetim yollarına başvurmaya itebilir ve bu inceleme ve araştırma sonuçları ayrıyeten delil niteliği kazanabilir. Sonuç olarak, bilirkişi raporlarında, bilirkişi görevlendirme yazısında belirtilen hususlardan başka vakialara rastlanılması ve raporlarda bunlara yer verilmesi hâlinde, bu vakiaların da doğru olup olmadığı başka delillerle ortaya konulmalıdır.^[16] Hülasa, biraz önce bahsettiğimiz bilirkişi raporlarının niteliğine yönelik tartışmada bizim kanaatimiz, bilirkişi raporlarının delilleri aydınlatmaya yarayan bir delil değerlendirme vasıtası niteliğinde olduğudur, en

[15] Burcu Dönmez “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no.9, (Özel Sayı, 2007): 1145–48, 49.

[16] Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı, E. 2013/3, K. 2019/1, 08.02.2019, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.08.2022, “Davacının defter ve belgeleri incelenmek üzere davalı idareye gönderilerek idarenin görüşü ve saptamaları alındıktan sonra yapılacak hukukî değerlendirmeye göre karar verilmesi gerektiğinden, davacı tarafından sunulan defter ve belgeler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen bilirkişi raporu esas alınarak verilen kararlar hukuka aykırıdır.”; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2022/258, K. 2022/487, 13.04.2022, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 17.07.2022 “Uyuşmazlıkta, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun bozma kararı üzerine Mahkemece, davacı tarafından ibraz edilen defter ve belgeler incelenmek üzere davalı idareye gönderilmemiş, defter ve belgeler üzerinde yeminli malî müşavire bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Davalıdan, bilirkişi raporuna istinaden davacının ihtilafı yılda mal veya hizmet alımında bulunduğu mükellefler hakkında sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlediklerine dair herhangi bir raporun bulunup bulunmadığı sorulmuş, varsa ibrazı istenilmiştir. Nihayetinde, bilirkişi raporundaki tespitler ile davalının, davacının ihtilafı yılda mal veya hizmet alımında bulunduğu mükellefler hakkındaki beyanları dikkate alınarak davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine şekilde karar verilmesi hukuka aykırıdır.”

azından bu şekilde olması gerektiğidir. Bu anlamda, “*Mahkeme kararlarının bilirkişi raporlarına dayanılarak verilmesi*” şeklindeki ifadenin de aslında bilirkişi raporlarını bir delil olarak görmelerinden değil, bilirkişi raporlarını temel alarak bilirkişiye sorulan “*delilin doğru ya da yanlış olup olmadığı*”, “*gerçekleştiği iddia edilen vakianın gerçekleşip gerçekleşmediği*” sorularına verilen cevaplara göre söz konusu delili değerlendirip karar vermeleridir. Daha açık bir ifade ile mahkeme kararları “*bilirkişi raporlarına dayalı*” değil, bilirkişiye sorulan soruların cevaplarına göre delillerin aydınlatılıp “*delillere dayalı*” olarak verildiğidir.

Mer’i hukuk açısından konuyu değerlendirdiğimizde ise, bilirkişi ve bilirkişi raporlarının hukukî niteliği konusunda Hukuk Muhakemesi Kanunu (HMK) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve BK’da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) ise bilirkişi müessesesine hiç değinmemekte, idarî yargılamalardaki uygulamasında HMK ve BK hükümlerine gönderme yapmaktadır. HMK’nin kendisinde, genel ve madde gerekçelerinde bu konuda herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak kesin ve takdiri delil ayırımında bilirkişi incelemelerini takdiri delil olarak saymaktadır.^[17] Dolayısıyla “*lafzi olarak*” hukuk yargılamasında bilirkişilerin görüş ve beyanları delil niteliğinde kabul edilmektedir. CMK hükümlerinde de bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemekte birlikte Kanun’un 64. madde gerekçesinde “*Bilirkişiliğin kendisi bir delil olmamakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen delil, iz, eser ve emare delildir. Başka bir deyişle bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araçtır.*” şeklinde ifadelerle yer verilmiştir. Bu anlamda ceza muhakemesinde bilirkişinin görüşleri delil niteliğinde değil, delilleri değerlendiren bir vasıta niteliğindedir. CMK’nın 62. maddesinde, “*Tanıklara ilişkin hükümlerden aşağıdaki maddelere aykırı olmayanlar bilirkişiler hakkında da uygulanır*” hükmü, bilirkişilerin tanıklar için düzenlenmiş kurallara tâbi olduğu için tanıklık kurumunun delil özelliği göstermesinden dolayı bilirkişi görüşlerinin de delil niteliğinde olduğu sonucunu çıkarmaya, tek başına, yetmez. Diğer yandan BK ve Bilirkişilik Yönetmeliği’nde de bilirkişinin ve sunmuş olduğu

[17] HMK’nin 196. madde gerekçesinde; tanık beyanı, bilirkişi görüşü, senet ve yeminin ayrı ayrı düzenlenmesindeki amacın, sadece düzenlenmiş olan bu unsurların delil olmadığı, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceğine vurgu yapılmıştır. Yani, CMK gerekçesinin aksine, HMK’de bilirkişiliğin hukukî niteliğine yönelik bir tespit, HMK’nin gerekçesinde de yapılmamıştır.

raporların hukukî niteliğine yönelik herhangi bir tespit yer almamaktadır. Hülasa, bilirkişiliğin ve/veya bilirkişi oy ve görüşlerinin delil mi yoksa delil değerlendirmesine yarayan bir vasıta mı olduğu sorunu karşısında BK bir tespit yapmamakta, değerlendirmeyi usul kanunlarına bırakmaktadır. Usul kanunlarında ise bilirkişiliğin hukukî niteliği konusunda HMK ayrı ve bağımsız bir delil, CMK delil değerlendirme vasıtası olarak kabul etmekte, İYUK ise HMK'yi mehzaz göstererek bu müesseseye hiç yer vermemektedir.

Örneğin, mükellefe ait mükellefiyetle ilgili defter, kayıt ve belgeler delil niteliğindedir. Bu defter, kayıt ve belgelerde yazanlar, rakamlar ve bilgiler ise delilin muhteviyatıdır. Bu muhteviyatın rakamsal olarak doğru olup olmadığı, muhasebe kayıtlarının düzgün tutulup tutulmadığı gibi durumların tespiti için bilirkişiye başvurulabilir. Bilirkişi ise defter, kayıt ve belgelerde yer alan bilgiler ışığında hâkimin sorduğu sorular çerçevesinde rapor sunar. Dolayısıyla raporlar yeni bir delil değil, delilin değerlendirilmesinde kullanılan bir vasıta niteliğindedir. Yine sahte belge düzenlenmesi veya kullanılması nedeniyle yaşanan uyuşmazlıklarda da durum benzerdir. VUK'nin 359. maddesinin (b) bendinde, “Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge” sahte belge olarak tanımlanmıştır. Bu durumda belge delil niteliğindedir. Belgenin sahte olup olmadığı, bir vergiyi doğuran olay nedeniyle düzenlenip düzenlenmediği gibi hususlar için bilirkişiye başvurulabilir. Bilirkişi, sunmuş olduğu rapor ile hâkime, belgenin sahte olup olmadığı yönünde bir kanaat uyandırır. Burada da bilirkişinin görüşü bir delil değil, delilin değerlendirilip doğru olup olmadığını ortaya koyan bir delil değerlendirme vasıtasıdır.

Bilirkişi görüşleri genel olarak yazılı rapor sunma şeklinde olmaktadır. Yani görevlendirmeler Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) sisteminden yapılmaktadır. İncelenmesi istenen ispat araçları da fiziki olarak imkân olduğu ölçüde, aynı sistem üzerinden yapılmaktadır. Dolayısıyla bilirkişiler görüşlerini de yazılı olarak sunmaktadır. Bununla birlikte, tarafların talep etmesi ya da hâkim re'sen karar vermesi durumunda bilirkişiler sözlü olarak da duruşmaya çağırılarak dinlenebilmektedirler. Adli müşavirlik mesleğinin konusu olarak uzman tanıklık yargı sistemimizde uygulaması pek olmayan bir sistemdir. Çünkü ülkemiz uygulamalarında tanıklık sadece olayı kendi gözleriyle gören kişiler için düzenlenmiştir. Esas olarak kabul edilen, bilirkişilerin görüşlerini yazılı olarak sunmalarındır. Ancak yazılı rapor verilmesi sırasında ifadelerin muğlak olması, çok fazla teknik kavram ve terimlerin kullanılması, Türkçe

dilbilgisi kurallarının tam olarak kullanılamaması, anlatılmak istenilen mesajın mahkemeler tarafından anlaşılabilmesine yol açabilmektedir. Bu tip durumlarda hâkim, bilirkişiden ek açıklama talep etmekte ancak gelen ek açıklamalarda da çoğu zaman benzer sıkıntılar olabilmektedir. Uzman tanıklıkta^[18] ise sözlü ifade esastır. Böylece hâkimler, savcılar ve avukatlar yazılı hususlar hakkında şüpheye düştükleri veya tam olarak algılayamadıkları kısımları sorarak adaletin sağlanması konusunda daha iyi bir durumda olurlar. Uzman tanıklık müessesinin Türk Yargı sisteminde uygulamaya konulmasının davaların görülmesini sürecini hızlandıracak açıktır. Bilirkişilik sisteminde yaşanan sorunların bir kısmının bu şekilde çözümlenebileceği düşünülebilir.^[19] Bilirkişi raporlarında yer alan usule ilişkin sakatlıklar ve özellikle hukukî değerlendirme yapımları durumunda esasa ilişkin sakatlıklar bu raporların, karar aşamasında dikkate alınmamasına, dikkate alınsa bile, kanun yolu açık olması hâlinde, üst mahkemelerde bu kararların bozulmasına ve yargılama sürecinin uzamasına, kanun yolunun açık olmadığı ve içerik ve/veya şekil itibarıyla sakatlıklar barındıran bilirkişi raporlarının esas hakkında alınan kararda dikkate alınması hâlinde de mahkemelerin hukuka aykırı karar vermesine sebebiyet vermektedir. Bu nedenle, uzman tanıklık müessesinin yargı sisteminde işlerliğini sağlamak, bu ve bunun gibi benzer sorunların yaşanmasını engelleyecektir. Ancak unutulmaması gereken, idarî yargı sisteminde ve dolayısıyla da vergi yargılamasında duruşmanın istisnai olduğu, incelemelerin evrak üzerinden yapıldığı yani yazılılık esasının geçerli olduğudur. Elbette ki bu yargılamalarda duruşma şartlarının oluşması hâlinde bilirkişilerin sözlü olarak görüşlerine müracaat edilmesi mümkün olacaktır.

[18] Uzman tanıklık kurumu, HMK'da yer almamaktadır. CMK'nin 67. maddesinin 6. Bendinde; "Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler" hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla uzman tanıklar; hem uyumsuzluk konusu hem de sunulan bilirkişi raporu üzerinde yargılamanın taraflarına görüşlerini hem yazılı hem de sözel olarak sunmaktadırlar. Uzman tanık, normal bir tanığa kıyasla gördüklerini ve duyduklarını değil, mahkemeye sunulan ispat araçları ve uyumsuzluk konusu hakkında, yargılamada tarafların da sorularına binaen kendi deneyim, eğitim ve bilimsel bilgisinden yola çıkarak görüşlerini ifade etmektedir.

[19] Selçuk Gülten, "Adli Muhasebe Kavramı ve Adli Müşavirlik Mesleği," *Ankara Barosu Dergisi* 68, no. 3 (Mayıs, 2010), 311-317.

II. VERGİ UYUŞMAZLIKLARI

Alınma gerekçesi ve düzenlendiği hukuk normu açısından adi bir alacaktan çok daha farklı ilke ve özelliklere sahip olan vergi ve vergi benzeri alacakların alacaklısı ile borçlusunun anlaşmazlığa düşmesi gayet doğaldır. Daha gerçekçi olmak gerekirse hükmi ve hakiki şahıslar, piyasa gereği oluşan borçlarına, vergi borçlarına göre daha bir ehemmiyet vermektedirler. Bu rasyonel davranışın altında yatan temel düşünceleri; verginin karşılıksız, gereğinden fazla, adliyetten uzak, doğru yerlere harcanmadığı şeklinde sıralayabiliriz. Ancak belirli bir toplumun bireyi olmak, kamu yararına yapılan hizmetlerin finansı olan vergilerin doğru ve zamanında ödenmesini zorunlu kılar.

Anayasa başta olmak üzere birçok vergi kanunlarında ve ikincil hukuk metinlerinde vergi yükümlülüklerine yönelik düzenlemeler mevcuttur. Yükümlüler, bu düzenlemeler ışığında sorumluluklarını yerine getirmeli, kurallara doğru ve zamanında uymalıdır. Bu durum hem kamu gelirlerindeki kaybı giderecek hem de hizmetlerin aksamadan yerine getirilmesini sağlayacaktır. Mükelleflerin bu şekilde vergi sistemine gönüllü uyum sağlaması konusunda da vergi alacaklısı, sistemin âdil işlemesi, kuralların hukukî ilkelere uygun yazılması, uygulamaların yeknesaklığı gibi konularda da üzerine düşeni yapmalıdır.

Vergi alacağı için her iki tarafı için mevcut sorunlar giderilmiş olsa da yine de mükellef, vergi sorumlusu ya da ceza muhatabı ile gelir idaresi (vergi dairesi) arasında vergi mevzuatının uygulanmasından kaynaklı uyuşmazlıkların yaşanması kaçınılmazdır. Hukukî uyuşmazlıkların olağan çözüm yolu yargı organlarıdır. Uyuşmazlıkların çözümünde en başka vergi mahkemelerinin görevli olduğu akla gelse de zamana zaman hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemelerinin görevli olduğu vergi kaynaklı uyuşmazlık konularına da rastlamak mümkündür. Bununla birlikte son dönemde hukuk ve ceza uyuşmazlıkları için uzlaşma kurumlarının etkinleştirilmeye çalışıldığı bilinmektedir. Usul ekonomisine ciddi katkıları olan bu müesseselerin benzerleri vergi uyuşmazlıklarında yıllardan beri kullanılmaktadır. Uzlaşma, hata düzeltme yolu, cezalarda indirim gibi daha birçok sayılabilecek bu idarî uyuşmazlık çözüm yolları ile vergi alacaklısı ve borçlusu yargı yoluna başvurmadan sorunlarına çözüm bulabilmektedirler.

Çoğu barışçıl idarî çözüm yollarına başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır.^[20] Vergi borçlusunun bu yollara başvurmaması ya da başvurmuş olmasına rağmen bir çözüm üretilmemesi nedeniyle artık kaçınılmaz olarak uyuşmazlık çözümü için yargı yoluna gidilecektir. Vergi dairesi tarafından mükellefe ikmalen, re'sen ya da hata düzeltme yoluyla tarhiyat gibi idarî işlemler yapılması, şekli yükümlülüklerini yerine getirmediğinden bahisle ceza ihbarnameleri göndermesi, mükellefin vadesinde vergi borcunu ödemesi nedeniyle mükellefin malvarlığı için cebri takip ve tahsil yollarına başvurması ya da vadeden önce hak ihlaline sebebiyet veren ihtiyati tedbirler alması, yine cebri takip ve tahsil sürecinde mülkiyet ve tasarruf hakkına doğrudan müdahale niteliğinde olan iş ve işlemler yapılırken öne sürülen istihkak iddialarının kabul edilmemesi, mükellefin tasarruflarının iptalinin istenmesi, mükellefin herhangi bir konuda idareye vermiş olduğu dilekçede talebinin olumlu karşılanmaması veyahut vergi kaçırıldığı şüphesi ile adli süreç başlatılması gibi birçok nedenlerle vergi yükümlüsü ve alacaklı idare arasında yaşanabilme ihtimali olan uyuşmazlıklar yargı organlarınca çözülecektir.

A) VERGİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE BİLİRKİŞİYE BAŞVURMA GEREKLİLİĞİ

Gelir üzerinden alınan vergiler için temel gelir unsurları ticari, zirai ve serbest meslek faaliyetleridir. Bunların dışından servetler üzerinden kira ya da menkul kıymet gelirleri elde edilebilir.^[21] Bu faaliyetlerde de vergi alacağının doğması bakımından hemen hemen sektörel hiçbir farklılık gözletilmemiştir. Konu itibariyle; gelir üzerinden, harcama ve hukukî tasarruflar üzerinden, servet üzerinden ve birtakım gider unsurları üzerinden farklı vergiler alınsa da tüm vergilerin temel kaynağının, kişisel ya da kurumsal yapıda elde edilen “*gelir*” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İlegal faaliyetler de dâhil olmak üzere, kişi ve kurumların kazancı ise her türlü gelir

[20] Ümit Süleyman Üstün, *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı?*, 1. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 113; “İdarî çözüm yollarına başvurunun zorunlu hale gelmesi, vergi yargısının iş yükünün azalıp yargılamanın hızlanması bakımından önemli fonksiyon görecektir.”

[21] GVK 2. madde, “Gelire giren kazanç ve iratlar şunlardır: 1. Ticarî kazançlar, 2. Zirai kazançlar, 3. Ücretler, 4. Serbest meslek kazançları, 5. Gayrimenkul sermaye iratları, 6. Menkul sermaye iratları, 7. Diğer kazanç ve iratlar. Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, yukarıda yazılı kazanç ve iratlar gelirin tespitinde gerçek ve safi miktarları ile nazara alınır.”

unsurundan temin edilebilir.^[22] Elde edilen gelir ile de tüm vergilerin maddi yükümlülükleri yerine getirilmektedir. Vergi alacağına doğmasından^[23] verginin ödenmesi veyahut cebren tahsil edilmesi safhasına kadar her türlü olay, olgu, vakia, durum, hukukî muamele kendi içerisinde birtakım teknik ve çözümü uzmanlık gerektiren faaliyetlere, iş ve işlemlere dayanmaktadır. Vergi cezaları için de aynı şeyleri söylemek mümkündür.

Bir yargılama sırasında uzmanlık bilgisi gerektiren bir durumda uzman görüşü alınması gerekiyorsa, bu usul mutlaka mahkemelerce tamamlanmalıdır. Yukarıda bilirkişiye başvurma zorunluğu olan somut olayların dışında, daha önce farklı mahkemelerce ya da aynı mahkemece farklı zamanlardaki yargılamaları sırasında alınmış bilirkişi raporlarına dayalı olarak hüküm vermesi doğru olmayacaktır. Somut olay aynı olsa da mevcut yargılamada bilirkişi tayin edilmesi yerinde olur. Hatta yargı rejimleri farklı olan mahkemelerde, bir mahkemenin almış olduğu bilirkişi raporunu diğer mahkemenin de esas hakkında vermiş olduğu kararda temel alması mahkeme kararının hukuka aykırılığını pekiştirecektir.^[24] Usul ekonomisi bakımından sakınca doğursa da somut olayın aynı ya da birbirine yakın olması hâlinde bile her bir mahkeme uyumsuzluk konusu için bilirkişiye başvurmalıdır. Dava dilekçesi ya da savunmalarda önceki bilirkişi raporunun delil olarak mahkeme sunulması hâlinde, alınan yeni bilirkişi raporu ile önceki bilirkişi raporunun aynı doğrultuda olması, mahkemenin rapora dayalı olarak vereceği kararın hukukîliği daha az tartışılabilecektir. Ancak farklı doğrultuda olmaları hâlinde ise önceki taraf ya da tarafların dilekçelerinde sunmuş olduğu raporla yeni alınan rapor arasındaki tezatlığı giderecek üçüncü bir bilirkişi raporu alınabilir. Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarda yapılacak incelemenin metodunu, hâkimin birinci veya ikinci raporlara göre karar veremeyeceği bu durumda üçüncü kez bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği bunun yanı

[22] VUK 9. madde, “Vergiye doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz”

[23] VUK 19. madde, “Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukukî durumun tekemmülü ile doğar.”

[24] Danıştay Vergi Dava Dairesi Kurulu, E. 2010/595, K. 2012/194, 16.05.2012, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 20.05.2022), “Adli yargıda yaptırılan tespit sonucu düzenlenen bilirkişi raporu, vergi mahkemesinde görülen davanın çözümü için yeterli görülmediğinden sadece sözü edilen rapora göre hüküm kurulması hukuka uygun düşmemiştir”.

sıra birden fazla bilirkişinin görevlendirildiği işlerde azınlıkta kalan bilirkişi raporunu esas alarak hüküm verilemeyeceğini ve çelişkili bilirkişi raporları varsa hangi yöntemle hareket edilmesi gerektiğini uygulamaya yön verecek şekilde açıklamıştır.^[25] Bu durum elbette ki mahkemenin takdirindedir. Fakat aynı mahkeme uyuşmazlığın çözümü amacıyla aynı yargılamada iki farklı bilirkişi raporu almış ise ve raporların sonuç kısmı farklı ise bu tezatlığın giderilmesi, kanuni olmasa da üst mahkeme kararları nedeniyle^[26] usul açısından zorunludur. Ayrıca yargılama sırasında alınan bilirkişinin raporunda sunmuş olduğu görüşlere taraflardan itiraz gelmesi hâlinde gerekçeli olarak yapılan itirazlar çürütülmeden itiraza konu bilirkişi raporuna dayalı olarak verilecek kararlar da hukuki açıdan tartışılır nitelikte olacaktır.^[27] Bu nedenle

[25] Gökhan Karaburun, “Karar Örnekleriyle Yargıtay’ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları,” *Adli Tıp Bülteni* 22, no. 3, (2017): 200-202.

[26] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19-27/50, 03.02.2010, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 22.07.2022, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 286. maddesine göre hâkim bilirkişi raporuyla bağlı olmayıp, verilen rapor hüküm kurmaya elverişli değil ise mahkemece yapılacak iş ya HUMK’nin 283. maddesi uyarına aynı bilirkişiden ek rapor almak ya da HUMK’nin. 284. maddesi uyarınca yeniden inceleme yaptırmaktan ibarettir... Mahkemece, davacının davalı banka lehine tesis edilen ipoteklerden dolayı sorumlu olduğu miktarın tespiti için çeşitli tarihlerde bilirkişi incelemeleri yaptırılıp son rapora göre hüküm kurulmuştur. Oysak, daha önce alınan raporlar ile son rapor arasında çelişki olduğu görülmüştür. Bu durumda mahkemece raporlar arasındaki çelişkiyi gidermek için konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulundan rapor alınarak tüm deliller birlikte değerlendirilmek sureti ile uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir”; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2017/492, K. 2017/2026, 11.05.2017, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.08.2022), “Mahkemece yapılması gereken iş, maddi gerçeğin ortaya çıkması için 6100 sayılı HMK’nin 266 ve devamı maddeleri ile 281/3. maddesi hükümlerine uygun olarak yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurulundan, dosya kapsamında mevcut delillere, iddia ve savunmaya göre tarafların ve özellikle davalının önceki bilirkişi raporuna ve uzman görüşüne dayalı teknik ve ayrıntılı itirazları değerlendirilip karşılanmak suretiyle gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınmasından, alınacak raporun önceki raporla çelişkili olması halinde oluşturulacak yeni bir bilirkişi kurulundan rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle oluşacak kanaate göre hüküm kurmaktan ibaret olmalıdır. Açıklanan hususlar dikkate alınmadan eksik inceleme ile davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

[27] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2019/5678, K. 2019/20807, 11.11.2019, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 12.08.2022), “Davacının bilirkişi raporuna itirazlarını

bilirkişi raporuna yapılacak itirazların başka bir bilirkişiden alınan rapor ile desteklenmesi ya da çürütülmesi yerine olacaktır.

Bir davada bilirkişi incelemesine başvurulabilmesi için, davanın çözümünün hâkimin mesleği gereği bilmek durumunda olmadığı, özel veya teknik bir bilgiyi gerektirmesine bağlı bulunmaktadır.^[28] Bununla birlikte bilirkişi görüşünün alınabilmesi için öncelikle dava dosyasının olgunlaşmış yani incelenebilir duruma gelmiş olması gerekmektedir. Bilirkişinin ne zaman görevlendirileceği konusu elbette ki Savcılık makamı ve mahkemelerin bildiği bir konudur fakat uyuşmazlığa sebep olan iş, işlem ya da vakıalar belirlenmeden sonrasında da uyuşmazlık konusunun çözüme kavuşturulabilmesi veyahut sunulan delillerin içeriğinin anlaşılabilmesi adına özel veya teknik bilgiye ihtiyaç olup olmadığı tespit edilmeden bilirkişiye başvurulması doğru olmayacaktır.^[29] Bu durum en başta, bilirkişinin hangi konuda görevlen-

karşılar mahiyette inceleme yapılmaksızın, itiraza uğramış bilirkişi raporuna değer verilerek sonuca gidilmesi isabetli değildir. Bu durumda, dosyada bulunan tüm bilgi ve belgeler ile birlikte davacının bilirkişi raporuna karşı yaptığı itirazları da gözetilmek suretiyle konusunda uzman olan bilirkişilerden oluşan bilirkişi kurulundan rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

[28] Danıştay 7. Dava Dairesi, E. 2019/829, K. 2022/1207, 24.03.2022, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 11.08.2022.

[29] Örneğin tanıkların dinlenilmesi, tanık ifadelerine başvurulması şeklinde tarafların sundukları talepler var iken tanık beyanları alınmadan doğrudan bilirkişiye başvurulması hâlinde bilirkişi raporlarının gerçeği yansıtmaktan uzak kalacağı ve usul ekonomi bakımından da doğru olmayacağını söylemek mümkündür. Yargıtay tarafından da bu konuda verilmiş kararlara ulaşmak mümkündür (Yargıtay. 1. Hukuk Dairesi, E. 2014/1925, K. 2015/74, 12.01.2015, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 16.06.2022); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2014/16728, K. 2015/10163, 03.06.2015, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 02.06.2022). Her ne kadar vergi yargılamasında duruşmanın bir istisna olduğu ve tanık ifadelerine başvurulmadığı kabul edilse de son dönemde, özellikle vergiyi doğuran olayların doğru bir şekilde tespit edilmesi gereken vergi yargılamalarında tanık ifadelerine başvurulması gerektiği tartışılmaktadır. Ayrıca VUK'nin 378. maddesinde yer alan “Danıştay ve Vergi Mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu malî müşaviri veya muhasebecisini de dinler.” hükmüne göre de vergi yargılamalarında aslında tanık beyanı usulüne sıcağı bakıldığı söylenebilir.

dirileceği ve görev sınırının ne olduğu sorunlarını ortaya çıkaracaktır. Bu sebepten, bu tespitler yapılmadan daha davanın başında “*dosyanın bilirkişiye tevdi*”, “*dosyadaki uyumsuzluk konusu hakkında bilirkişiden görüş alınması*” şeklindeki bilirkişi görevlendirmeleri yerinde olmayacaktır.

Vergi mahkemelerinde kimlerin bilirkişilik yapacağı konusunda herhangi bir kısıtlama yoktur. Zira hâkim davanın niteliğine ve konusuna göre istediği kişiyi bilirkişi olarak atayabilir. Kaldı ki hâkim, davanın konusuna göre alanında uzman ve doğru bilirkişiyi atamakla yükümlüdür.^[30] Bu kapsamda vergisel işlemler sırasında oluşabilecek uyumsuzlukların çözümü sırasında yargı organları birçok alanda uzman bilgisine ihtiyaç duyar. Vergiyi doğuran olayların her bir vergi konusu için ayrı ayrı düzenlenmiş olması, faaliyetlerin çeşitliliği, mükelleflerin kayıt ve defter nizamına uyma zorunluluğu, birtakım teknik hesaplamaların varlığı, üzerinden vergi tahsilatı yapılması gereken ya da icra takibine konu olan bir emtianın değeri, özellikle üretim ve lojistik sektöründe sadece teknik bilgilere sahip olunması hâlinde kavranabilecek durumlar, birçok sektörde muhasebe ve finans bilgisine ihtiyaç duyulması gibi sayıları artırılabilir iş, işlem ve olaylarla ilgili alanında uzman, deneyimli ve teknik bilgiye sahip bilirkişilerin görüş ve açıklamalarına vergisel uyumsuzluklarını çözümlenmede görevli yargı yerleri ihtiyaç duymaktadırlar.

Yukarıda vergisel uyumsuzlukların çözümlenmesinde görevli olan mahkemelerin hangi durumlarda bilirkişilerin görüşlerini almaları gerektiğinden genel olarak bahsetmekle birlikte aşağıda organik anlamda yargı yerlerine göre de başlıklar açarak somut hangi olaylarda bilirkişilerin görüşlerinin önemli olduğuna vurgu yapmaya çalışacağız. Burada şunu belirtmekte de fayda vardır. Vergi suçu niteliğindeki eylemlerde ceza davasının yanı sıra vergi ziyai cezası da düzenlendiğinden mükellefin kuvvetle muhtemel vergi mahkemelerinde işlemin iptaline yönelik dava açtığını da düşünebiliriz. Ayrıca ticari ilişkilere konu olan bir belgenin sahteliğinin araştırıldığı bir hukuk davasında yine somut olayın bir vergisel işleme konu olma ihtimalinden dolayı sahteliği iddia edilen bu belgenin doğrudan ya da dolaylı vergi doğurucu bir işlemde kullanılması durumunda vergi mahkemelerinde de bir davanın görülebileceğini söyleyebiliriz. Bu durumlarda bir mahkeme için verilen bilirkişi raporu, diğer mahkeme için de geçerli olabilecektir. Hatta

[30] Başar Soydan, *Türk Vergi Yargısında Bilirkişilik*, 1. Baskı, (İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2010), 157.

mahkemelerin “*bekletici sorun*” müessesine başvurması hâlinde ise tek bir bilirkişi raporu birden fazla mahkemenin kararını etkiler nitelikte olacaktır.

B) VERGİSEL İŞLEMLERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA BİLİRKİŞİLİĞİN ÖNEMİ

Gelir, harcama (ve hukukî muamele) ve servetler üzerinden olmak üzere Türkiye’de temelde üç vergi konusu üzerinden çok çeşitli vergiler alınmaktadır. Tüm vergilerin ise ortak özelliği vergisel işlemlerin; vergiyi doğuran bir olayla başlaması, sonra tarh edilip mükellefin haberdar edilmesi, haberdar edilen verginin ödenebilir aşamaya gelmesini müteakip vade döneminin sonuna kadar da verginin ödenmesi ile sona ermesidir. Gönüllü bir ödemenin olmaması hâlinde ise cebri takip yollarına başvurulması mümkündür. Hatta vadeden önce bile, şartların oluşması dâhilinde, verginin vadede ödenebilmesi amacıyla birtakım cebri nitelikli idarî yollara bile başvurulabilir. Tüm bu vergisel işlemlerin ve 6813 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında mükellef/vergi sorumlusu/ceza muhatabı ile idare arasında hukukî uyuşmazlıkların yaşanması da doğaldır. Bu uyuşmazlıkların, daha çok idarî işlemlerden kaynaklandığı göz önünde bulundurulduğunda, idarî yargılama hukukunun yazılı biçimde olması da son derece doğal ve hatta zorunludur. Çünkü zımni ret dışında idarî uyuşmazlıkların konusunu teşkil eden idarî işlemler kural olarak yazılı şekle tabidir.^[31] Bu itibarla yazılı olarak tesis edilen vergisel işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkemeler, duruşma istisnası dışında, tüm tahkiklerini dosya üzerinden yapacaklardır. Bu aşamada hususi, tasdikli ve resmi senetler, siciller, makbuzlar gibi yazılı deliller, keşif, bilirkişi gibi maddi hususların tespitine yarayan delillerden^[32] idarî yargılama usulünde davanın yapısına göre faydalanılabilecektir. Görüldüğü üzere yukarıda özetlenmeye çalışılan her türlü vergisel işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm aşamasında vergi mahkemeleri, özel, teknik ya da uzmanlık gerektiren bir görüşe ihtiyaç duyduklarında bilirkişilere başvurabilecek, bilirkişiler de idarî yargılamanın genel ilkesi gereği, görüşlerini rapor şeklinde yazılı olarak sunacaklardır.

[31] Gürsel Kaplan, “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme,” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 13, (2014): 34.

[32] Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları III*, 3. Baskı, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 1980.

Tüm vergi kurallarının usul düzenlemesini yapan VUK genel olarak değerlendirildiğinde bilirkişilerin vergi uygulamalarında ve uyuşmazlık çözümlerinde görevlendirilebileceğine yönelik bir çıkarımda bulunmak mümkündür. VUK'nin 3. maddesinin b bendinde, vergisel işlemlerin ispatına yönelik olarak, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esas olduğu, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin ise yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği ancak vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ise ispat külfetini bunu iddia eden tarafa ait olduğu düzenlenmiştir. Bu bakımdan vergisel iş ve işlemlerin gerçek mahiyetinin tespitinde talep üzerine^[33] ya da re'sen mahkemelerce bilirkişilerin görüşlerine başvurusu, somut olayın gerçek manada tespitinde önem arz etmektedir.

Elbette ki buradaki önem, idarî işlemlerin hukuk bilgisi dışında tespiti zor olan unsurları bakımından ortaya çıkmaktadır. İdarî işlemlerin iptali talebiyle açılan davalarda idarî işlemin unsurlarından herhangi birine ilişkin hukuka aykırılıkların sadece hukuk bilgisinin kullanılması ile tespit edilebilmesi hâlinde bilirkişi incelemesi yöntemine başvurulabilmesi mümkün değildir. İdarî işlemin yetki ve şekil unsurlarının hukuka uygun olup olmadığına ilişkin inceleme, maddî olayın gerçekleşme biçiminden bağımsız bir şekilde mevzuat ile tespit edilebilen hukukî bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu nedenle bir idarî işlemin yetki ve şekil unsurlarına ilişkin gerçekleştirilecek hukuka uygunluk denetiminde bilirkişi incelemesine başvurulabilmesi mümkün değildir. Fakat bir idarî işlemin maddî bir olaya dayanması hâlinde idarî işlemin sebep, konu ve maksat unsurlarına ilişkin yapılacak hukuka

[33] Kuru vd., *Medeni Usul*, 511, "Tarafların, hâkime bilirkişiye başvurusu için talepte bulunması hâkimi bağlamaz. Bu talebi hâkim serbestçe değerlendirecektir. Zira taraflardan birinin bilirkişiye başvurusu istemi sadece bir taleptir. Yargılama sırasında olan her talepte olduğu gibi bu talebin de olumlu ya da olumsuz karşılanmasında hâkimin iradesi geçerli olacaktır.". Ancak gerçekten özel veya teknik bir bilgiye ya da uzmanlık gerektiren bir bilgiye yargılama sırasında ihtiyaç hâsıl olduğunda hâkimin bu talebi geri çevirmemesi de gerekmektedir. Kabul edilebilir bir gerçekçe ile ya da gerekçesiz bu talebin olumlu karşılanmaması durumunda uygulamada usul kuralına riayet edilmemesi sebebiyle mahkeme kararlarının hukuka aykırı verildiği yolunda birçok üst mahkeme kararları ile karşılaşmaktayız.

uygunluk denetimlerinde sadece hukuk bilgisi yeterli olmayacaktır.^[34] Bu durumda ihtiyaç hâlinde bilirkişinin görüşüne başvurulduğunda bilirkişi raporunu değerlendiren hâkimin, raporu hazırlayan kişinin konu açısından yetkinliğini, sunulan özel veya teknik bilginin tutarlılığını ve varılan sonucu, denetlenebilir ölçütlerle birlikte taraflarla tartışması ve raporda varılan sonuç yönünde bir kanaat edinmişse, bunu da gerekçeleriyle birlikte ortaya koyması gerekir.^[35] Yani hâkimler bilirkişi raporlarını serbestçe değerlendirme yetkisine sahiptir. Ancak bu iradelerini kullanırken gerekçesiyle hareket etmek zorundadırlar.

Vergisel işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çeşitliliği bir hayli fazladır. Öncelikle bir malın bedel takdirinin yapılması gerektiği durumda idarenin bu değer takdirlerini bilirkişilere yaptırma zorunluluğu vardır. Çünkü takdir ya da satış komisyonlarında yer alan kişilerin değer takdirine konu olarak menkul ya da gayrimenkul bir malın parasal karşılığını tespit etme konusunda bir uzmanlığının olmadığını kabul etmek gerekecektir. VUK'nin muhtemel maddelerinde görevlendirilen takdir ve tahrir komisyonlarının da bedel takdiri yaparken (servetleri, sınai hakları ve telif haklarını, imtiyazları, madenleri, mücevheratı, eski eserleri ve sanat eserlerini) bilirkişilerden yararlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Her bir vergi konusu için kabul edilmiş olan vergi kanunlarında da eğer bir emtia, menkul ya da gayrimenkul bir mal için değerlendirme yapılması gerekiyor ise yine değerlendirme konusu olacak malın niteliğine göre bilirkişi görevlendirmeleri yapılması icap etmektedir. Bu anlamda bilirkişi raporları hukuki değer ifade etmektedir.^[36] Ayrıca 6183 sayılı Kanun'da mahcuz gayrimenkul malların satışı için görevlendirilen satış komisyonları, bu malların satışı için ihaleye çıkmadan evvel bilirkişilere söz konusu malların değerlemesini yaptırması gerekmektedir. Ayrıca gayrimenkul ile ilgili teferruğ kararı verildiğinde ise değerlemenin

[34] Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, 1. Baskı (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015), 110-111.

[35] Ersin Erdoğan ve S. Hilal Üçüncü, "Bilirkişi Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1, (2020): 354-87, 379.

[36] Ömer Gören, "Anonim Şirketlerin Kısmi Bölünmelerinde Değerleme Sorunu ve Azınlık Hakları," *Ankara Barosu Dergisi* 68, no. 3, (Mayıs 2010), 263-274, 273.

yeniden yapılması icap eder.^[37] Menkul malların haciz işlemlerinde ise haciz memuru haciz sırasında kendisi değerlendirilmiştir. Haciz işlemlerinden kaynaklı muhtemel uyuşmazlık konularından birisi de bu değerlendirilmiştir. Vergi mahkemeleri bu durumda değerlendirmelerin doğru yapıp yapılmadığı konusunda değerlendirmeye konu mal ile ilgili özel ve teknik bilgiye sahip, değerlendirme yol ve yöntemleri konusunda uzman bilirkişilerden görüş alabilir.

Bunun dışında vergisel işlemlere konu olan vergiyi doğuran olaylar çok çeşitli olabilmektedir. Sektörel bazda düşünüldüğünde teknik anlamda karşımıza birçok vakıya çıkabilir. Otomotiv, kimya, lojistik, madencilik, elektrik-elektronik gibi her türlü sektörde yürütülen ticari faaliyetler, tarımsal ve ayrıca orman ve hayvan ürünlerini de kapsayan zirai faaliyetler, her biri kendi alanında uzmanlık gerektiren serbest meslek faaliyetleri, menkul ve gayrimenkul mallar üzerine yatırım faaliyetleri gelir ve kurumlar vergisinin konusu olmakla birlikte; harcama ve servet üzerinden tahsil edilen vergiler için de vergi konularının çokluğu göze batmaktadır. Tüm bu vergiler ile ilgili idarenin işlem yapma konusunda yetki sahibi olması da vergiyi doğuran olayların cereyan etmesi ile başlamaktadır. Her bir vergi konusu için vergi kanunlarında farklı vakıalar, ticari ilişkiler ya da hukuki muameleler düzenlenmiştir. İdare, vergiyi doğuran olayları müteakip tarhiyat işlemleri yapmakla birlikte, vergi mevzuatında düzenlenmiş şekli ve maddî yükümlülüklerini mükelleflerin eksik yerine yetirmesi ya da hiç yerine getirmemesi nedeniyle de birtakım yaptırımlar da uygulamaktadır.

Görüldüğü üzere vergilendirme işlemlerine konu olabilecek iktisadî, ticarî ve hukukî olayları sınıflandırmak mümkün görünmemektedir. Vergisel işlemler ve içerisinde müeyyide barındıran idari işlemler de yargıya konu edilebileceğinden aşağıda bazı örnekler üzerinden değerlendirme yaparak vergi uyuşmazlıklarının çözümünde görevli olan mahkemelerin bilirkişi müessesesini kullanmasının önemi üzerinde durmaya çalışacağız.

[37] Danıştay 4. Dava Dairesi, 5773/2157, 18.06.1987, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 14.07.2022, “Taşınmaz malın rayiç bedelinin alanında uzman bilirkişilerce yapılması gerekirse heyet kurulması icap eder. Teferruğ bedelinin hakkaniyetli tespiti için, satış zamanları arasında zaman geçmesi hâlinde yeniden bilirkişiye başvurulması gereklidir”

Örneğin mükelleflerin anlaşılması uzmanlık gerektiren sektörlerde faaliyetlerini sürdürmeleri durumunda^[38] bu faaliyetlerinden dolayı idarece mükellefe vergisel işlemler tesis edildiğinde ve bu işlemler de yargıya intikal ettirildiğinde hem idare hem de mükellef tarafından sunulan bilgi ve belgelerin^[39] hem de iddia edilen diğer vakıaların hukuka uygun karar vermek adına doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

[38] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1148, K. 2021/930, 09.06.2021, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 14.08.2022, “Bu durumda, numune alma imkanı bulunmadığından, re’sen araştırma ilkesi uyarınca, üretimde kullanılan baz yağı ve katkı maddelerinin miktarları ile üretilen ürünün kimyasal özelliklerinin tespiti amacıyla, bu konuda uzman ve tarafsız olan üç kişiden oluşturulacak *bilirkişi* heyeti marifetiyle konunun incelenmesi sonucunda düzenlenecek rapordaki tespitlerin tarife yorum kuralları kapsamında izahname ve açıklama notları çerçevesinde Mahkemece değerlendirilmesi suretiyle ulaşılabilecek sonuca göre yeniden karar verilmek üzere ısrar kararının bozulması gerekmiştir.”; Danıştay 7. Dava Dairesi, E. 2019/829, K. 2022/1207, 24.03.2022, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim tarihi: 23.08.2022, “Mamülün esas maddesinin ve ağırlık itibarıyla içerdiği petrol yağının tespit edilebilmesi için üretim formülleri üzerinde, baz yağı ve katkı maddelerinin karışımı/ birleşimi sonucunda baz yağının niteliğinin değişip değişmediği, belirlenen oranlar itibarıyla tüm bileşimin yüzde kaçının petrol yağları ve bitümenli minerallerden elde edilen yağlardan oluştuğu ve mamüle esas niteliğini verip vermediği hususlarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu durumda, re’sen araştırma ilkesi uyarınca, numune alma imkanı bulunmadığından imal edilen ürünlerin üretim formülü temin edilerek, üretilen ürünün kimyasal özelliklerinin tespiti amacıyla, bu konuda uzman ve tarafsız olan üç kişiden oluşturulacak bilirkişi heyeti marifetiyle konunun incelenmesi sonucunda düzenlenecek rapordaki tespitlerin tarife yorum kuralları kapsamında izahname ve açıklama notları çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle ulaşılabilecek sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yukarıda yazılı gerekçeyle verilen kararda isabet görülmemiştir.”; Danıştay 7. Dava Dairesi, E. 2021/3844, K. 2022/2555, 31.05.2022, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 23.08.2022, “Taahhüdüne aykırı petrol yağı yağ üretiminde bulunan mükellef için petrol yağının bileşenleri konusunda bilirkişi incelemesi yapılmadan karar verilmesi hukuka aykırıdır.”

[39] Yıldırım Taylar, “Vergi İncelemesi Sırasında İbraz Edilmeyen Defter, Kayıt ve Belgelerin Yargılama Aşamasında Vergi Yargısı Organlarına İbrazı,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2, (2018): 375-408, 395, “Sonradan ibraz edilen defter ve belgelerin vergi dairesine iletilmesi ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle bilirkişiye teknik anlamda birtakım tespitlerin yaptırılması, mahkemenin idari bir yetki kullanması anlamına gelmemektedir.”; Danıştay 4. Dava Dairesi, E. 2004/772, K. 2004/2182, 04.11.2004, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 12.09.2022, “Gerçeğe ulaşılabilmesi ve defter kayıtlarının

Yargıya konu olmuş, mükellefin vergi kanunlarına aykırı olarak yaptığı ve sonrasında vergi ziyayı ve usulsüzlük cezası ile karşılaştığı bir diğer örnekte, üretimde kullanılmak üzere taahhüdü ile ÖTV indiriminden yararlanarak ham ve yarı mamul tedariki yapan mükellefin üretimde bulunmayarak bu ürünleri sahte belgeler düzenleyerek piyasada sattığı iddiası ile vergi incelemesi neticesinde mükellefe üç kat vergi ziyayı cezası kesilmiş ve iki kat usulsüzlük cezası uygulanmıştır. Kararda,^[40] üretim için satın alınan ürünlerin üretimde kullanılıp kullanılmadığının tespiti için sadece tüketilen elektrik sarfiyatı ile üretilen emtia miktarının kıyaslanması yeterli görülmemekte, inceleme elemanlarının vergi tekniği raporunda sayaçta kullanılan elektrik miktarlarının iddia edildiği gibi üretim yapıldığını desteklemediği belirtilse de raporda elektrik alanında uzmanlık gerektiren tespitlerin yapıldığı, elektrik tüketimine ilişkin elektrik mühendisleri veya uzman bilirkişilerin eşliğinde üretim sahasında keşif yapılarak hazırlanan bir bilirkişi raporuyla somut tespit ve değerlendirmelerin yapılması gerektiği, bilirkişi raporu olmadan sadece tüketilen elektrik miktarıyla üretilen emtia miktarının hesaplanmaya çalışılmasının doğru ve somut bir sonuç doğurmayacağı belirtilmektedir.

Vergide olağanüstü tarihyatlara neden olan hukuka aykırı fiillerin tespitinde, teknolojinin de gelişimi ile yazılım ve bilgisayar konusunda uzman bilirkişilere de sık sık başvurulabilmektedir. Günümüzde belge düzenleme ve bunların depo edilmesi artık elektronik ortamlarda yapılmaktadır. Muhasebe, hesaplamalar ve finans işleri elektronik ortamlara taşınmıştır. Birçok sözleşmeler elektronik ortamda düzenlenmekte ve imzalanmaktadır. Bu sebepten vergisel işlemlere dayanak oluşturan elektronik ortamların bir yargılama sırasında delil olarak sunulması hâlinde bu deliller üzerinde alanında uzman bilirkişiler tarafından gerekli incelemelerin yapılması lazım gelebilir.^[41]

beyana uygun olup olmadığından saptanması bakımından ispat külfeti kendisine düşen yükümlü şirket tarafından inceleme elamanına ibraz edilmemiş olsa bile mahkemeye geç ibraz edilen defter ve belgeler üzerinde mahkemece, kayıtların beyana uygunluğunun bilirkişi incelemesi yaptırılmak, bilirkişi raporu ile saptanan sonuçlar değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekirken söz konusu incelemeler ve araştırmalar yapılmadan karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”

[40] Danıştay 7. Dava Dairesi, E. 2018/1748, K. 2021/5212, 16.11.2021, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 03.09.2022.

[41] Danışta 4. Dava Dairesi, E. 2016/21165, K. 2020/4212, 05.11.2020, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 08.09.2022, “Üniversite öğretim

Vergisel işlemlerde özellikle bilanço esaslı tâbi kurumlar ve birinci sınıf tüccarlar için envanter çıkarılırken emtia ve demirbaşlar gibi bazı kalemler için amortisman uygulaması, değerlendirme yapılması gerekmektedir. VUK’ye göre yapılan değerlendirme ve amortisman uygulamalarında ise varlıkların ekonomik ömürlerini Hazine ve Maliye Bakanlığı belirlemektedir. Vergisel işlem ve olayların gerçek mahiyetinin esas alınması gereken durumlarda bazen kâğıt ortamında belirlenen ekonomik ömürler ile uygulamadaki süreler aynı olmayabilir. Bu durumda mahkemelerin söz konusu mallar konusunda alanında uzman ve teknik bilgiye sahip bilirkişilerden görüş alması gerekmektedir.^[42]

Bu örnekleri elbette ki çoğaltabiliriz. Yukarıda yargıya konu olmuş bazı örneklerde de değindiğimiz gibi vergisel işlemlerin ve cezaların dayanağı olan vergiyi doğuran olaylar çok çeşitlidir. Bu sebepten yargılama sırasında her konuda bilirkişilere ihtiyaç duyulabilir. En çok da muhasebe, finans ve hesap uzmanlarına sıklıkla başvurulduğu söylenebilir. Ancak bu bilirkişilere;

üyelerinden uzman görüşü alındığı, buna göre yazılım programında gerçek veriler üzerinde sonradan değişiklikler yapılabildiği, log kayıtları tutulmadığı içinde bu değişikliklerin sonradan yapılıp yapılmadığının anlaşılmadığı, tüm verilerin saklandığı veri tabanına dışarıdan ve uygulama ara yüzünden bağımsız erişilebileceği, veri tabanına ait şifreye ve temel veri tabanı bilgisine sahip bir kişinin uygulamaya ait verileri değiştirebileceği, verilerde değişiklik yapan kullanıcının kimliğinin net tespitinin ve bu değişikliği uygulama ara yüzü ile veya elle yapıp yapmadığının tespitinin yapılamayacağı, hakkında”

[42] Danıştay 4. Dava Dairesi, E. 2018/5021, K. 2019/11075, 31.12.2019, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 14.07.2022, “Faydalı ömrü 5 yıl olarak belirlenen “ahşap inşaat kalıplarının” ise 5 yıl boyunca kullanılması mümkün olmadığı, bunların daha önce birkaç defa yerinde kullanılan ve daha sonra atılan veya yakacak olarak kullanılan malzemeler olduğu, bazı durumlarda varlığın hizmet süresinin, ekonomik kullanım süresinden daha kısa olabileceği, bu nedenle, maddi duran varlıkların hizmet sürelerinin dönemsel olarak gözden geçirilmesi ve bu doğrultuda, ahşap inşaat kalıplarının ne kadar süre kullanılabilirliği ve kaç kere kullanıldıktan sonra kendisinden beklenen faydayı veremez hale geleceği hususunun, bilirkişi incelemesi ile ortaya konulması gerektiği, teknolojinin gelişmesi ve yapı denetimine ilişkin mevzuatın değişmesi sonucu, Tebliğin yayımlandığı 2006 yılına nazaran inşaat kalıp ve iskelelerinin yıllara sari şekilde kullanılabilir olmaktan çıktığı, yıl içinde hızlı inşaat yapımı nedeniyle bunlar yıprandığından, faydalı ömürlerinin 5 yıl olarak belirlenmesinin yersiz olduğu ve inşaat işlerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeye açık bir durum oluşturduğu hakkında”

matematiksel ve finansman hesaplarının doğru yapılıp yapılmadığı, uluslararası muhasebe standartlarına uyulup uyulmadığı,^[43] yapılan muhasebe kaydının geliri azaltıcı bir etki meydana getirip getirmeyeceği^[44] ve benzeri konularda başvurulması gerekmektedir. Yoksa hukuk bilgisi ile çözümü mümkün olan durumlarda bilirkişilerin görüşlerini almak hem yargılama yetkisinin devri anlamına gelir hem de usul ekonomisine uygun olmayacaktır.^[45] Yani sırf vergi mevzuatının uygulanmasından kaynaklı uyuşmazlıkla-

[43] Danıştay 4. Dava Dairesi, E. 204/101, K. 2005/503, 29.03.2005, <https://leganbank.net>, Erişim Tarihi: 19.06.2022, “Davacının alacak davasına konu ettiği miktar, ...’tan alınan döviz kredisi ile hazine bonosu ve repo gelirlerine ilişkin olup, bunların Vergi Usul Kanununun 323 üncü maddesinde yer alan şartlar doğrultusunda ilgili yıl hesaplarına gelir olarak kaydedilmesi halinde şüpheli alacak karşılığı ayrılması yasaya uygun olduğundan davacının defter ve belgeleri üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile bu açıdan bir değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.”

[44] Danıştay 4. Dava Dairesi, E. 2006/497, K. 2006/1801, 10.10.2006, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 04.08.2022, “İspat külfeti kendisine düşen yükümlü tarafından ibraz edilen defter ve belgelerde gösterilen katma değer vergisi indirim konusu yapılabileceğinden, yükümlünün ibraz edilen defter ve belgeleri üzerinden, tüm belgelerin defterlerde kayıtlı ve beyanın da kayıtlara uygun olup olmadığı yolunda, gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, kararda yazılı gerekçeyle tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”

[45] Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E. 2008/890, K. 2009/178, 17.04.2009, <https://sinerjimevzuat.com.tr>, Erişim Tarihi: 22.08.2022, “Bilirkişi incelemesinin konusunun, VUK hükümlerine göre çözümlenmesi gereken sorun alanları olamayacağı da açıktır. Belirtilen hukuki durum karşısında davacıdan, vergi incelemesine ibrazdan kaçındığı defter ve belgeleri vergi mahkemesine sunmasının istenmesinde hukuka aykırılık yoksa da; defter kayıtları ve alış ve hasılat belgeleri üzerinde hiçbir değerlendirme yapılmaksızın ve bilirkişiye hangi nedenlerle ve hangi soruların yöneltileceği dahi belirlenmeksizin, 2004 vergilendirme döneminde zarar beyan eden, aktifine dahil iş yerinde faaliyet gösteren ve muhtasar beyannamelerine göre istihdam ettiği işçisi de olmayan davacının defter ve belgelerine göre kurumlar vergisi beyan tablosu düzenlenip; ödenmesi gereken kurumlar vergisi bulunup bulunmadığını tespit görevi verilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması ve bu rapora göre hüküm kurulması hukuka uygun düşmemiştir. Çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren durumlar için öngördüğü bilirkişinin görüşüne başvurma ile ilgili kurala dayanarak hukuki çözüm gerektiren noktada bilirkişi incelemesi yaptırılarak ve bilirkişi raporlarının takdiri delillerden olması nedeniyle hâkimi bağlamayacağı yönündeki kural ihmal edilerek verilen ısrar kararının bozulması gerekmiştir.”

rın çözümünde vergi inceleme elemanlarının yapması gereken incelemeyi bilirkişilere yaptırmak^[46] ya da kanunda belirtilmiş had ve oranların doğru uygulanıp uygulanmadığını tahkik ettirmek veyahut ceza ihbarnamelerinin şekil ve usul kurallarına aykırı olup olmadığının tespiti istemek şeklinde yapılacak olan bilirkişi görevlendirmeleri, bu konuların çözümü için hukuk bilgisi dışında özel bilgi, teknik ya da uzmanlık bilgisi gerektirmediğinden, doğru olmayacaktır.

C) VERGİ SUÇLARI NEDENİYLE AÇILAN DAVALARDA BİLİRKİŞİLİĞİN ÖNEMİ

VUK'de vergi kaçakçılık suçları ve bu suçlara karşı verilecek cezalar 359. maddede düzenlenmiştir. Maddede dört fıkra hâlinde kaçakçılık fiillerine yer verilmiş olsa da ilk iki fıkra düzenlemesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan kaçakçılık fiilleridir.^[47] Kaçakçılık eyleminde bulunduğu şüphesi olan

[46] Danıştay 4. Dava Dairesi, E. 2006/2514, K. 2006/2620, 13.12.2006, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 02.09.2022, “İncelemeyi yapan baş hesap uzmanının memurluktan çekilmesi ve kendisine ulaşılamaması nedeniyle vergi tekniği raporunda belirtilen ekler ve hesaplama tablolarına ulaşılamamakta ise de, Vergi Mahkemesi tarafından re’sen takdir sebebi dikkate alınıp, maddi olay değerlendirilerek defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.”

[47] VUK 359. madde, “a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,

Hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri

mükellef hakkında VUK'nin 367. maddesi kapsamında vergi inceleme elemanları bir suç raporu hazırlar ve yetkili birimlerin mütalâası da alınarak Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Savcılığın soruşturma aşamasında iddia edilen eylemin suç olarak nitelenmesini sağlayacak unsurların oluşup oluşmadığının tespiti için ve sonrasında savcı için olumlu kanaat oluşması hâlinde yargılama sırasında kaçakçılık fiili ile bağıntılı olan vakia ve belgelerin değerlendirilmesi için bilirkişinin görüşlerine ihtiyaç duyulabilmektedir.

Örneğin, defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetme yani halk dilinde çift defter tutma eylemi bir vergi kaçakçılığı suçudur. Diğer vergi suçlarından farklı olarak bu suçun gerçekleşmiş olması, eylem sonucunda vergi matrahında bir azalmanın meydana gelmiş olması şartına bağlanmıştır.^[48] Dolayısıyla diğer kaçakçılık fiillerinden farklı olarak bu kaçakçılık suçu neticeli suçlardan sayılmaktadır. Diğer fiillerde failin cezalandırılması için suç eylemini gerçekleştirmesi yeterli iken, ilgili belge ve evrakları resmi kayıt ortamları dışında başka yerlere kaydeden failin cezalandırılması için bu eyleminin vergi matrahını azaltacak nitelikte olması gerekmektedir. İşte yargı makamlarının, şüpheliyi cezalandırmak için, bu eylemi gerçekleştirdiğini ve bu eylem neticesince vergi ziyanına sebebiyet verdiğini, şüphe götürmeyen deliller ile tespit etmelidir. Matrah azalması cezalandırma şartı olduğundan, bunun için vergi dairesince düzenlenen rapor ve tespitlerle, hatta sanığın soyut olarak eylemi kabullenerek suçunu ikrar etmesiyle yetinilmemeli, bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak rapor alınmalıdır.^[49] Bu konuda Yargıtay bir kararında,^[50]

kullanıcılar, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir”.

[48] Eylem neticesinin mutlaka vergi ziyanına yol açması gerekmez. Matrahta azalma meydana getirilmiş olması kâfidir. Her matrah azaltma eyleminin vergi ziyanı ile sonuçlandığını söylemek, en azından o vergilendirme dönemi için, doğru olmayacaktır.

[49] Hüsamettin Uğur ve Mert Elibol, *Vergi Suçları*, 2. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 340.

[50] Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2012/22736, K. 2014/18905, 11.11.2014, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 18.07.2022.

“213 sayılı Kanun’da 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 359. maddedeki suçlar yönünden genel olarak vergi ziyayı (kayıbı) suçun unsuru olmaktan çıkarılmış, ancak anılan Kanun maddesinde (359/a-1) düzenlenen ‘Defterlere Kaydı Gereken Hesap ve İşlemleri Vergi Matrahının Azalması Sonucunu Doğuracak Şekilde Tamamen veya Kısmen Başka Defter, Belge veya Diğer Kayıt Ortamlarına Kaydetmek’ suçu yönünden eylemin ‘vergi matrahının azalması sonucunu doğurması’ şartı muhafaza edilmiştir. Suçun oluşması için, tutulması gereken yasal defter ve belgelerin varlığının, noter tasdik kayıtları veya başka şekilde sabit olması ile birlikte, hesap ve işlemlerin vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka ortamlarda da tutulması gerekir. İdarece yapılan vergi incelemesi sonucu düzenlenen 09.04.2010 tarihli vergi suçu raporu ile ekli raporlarda, yasal defterlere kaydı gereken bazı hasılatların vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde başka ortamlarda tutulduğu, yasal defterlere kayıtlarının yapılmadığı, bu şekilde beyan dışı bırakılarak vergi ziyayına neden olduğu belirtilmiş ise de başkaca somut delillerle desteklenmeyen, sadece vergi suçlarına müdahil olan idarenin tespitleri veya sanığın soyut ikrarı ile mahkûmiyet kararı verilemeyeceği cihetle; Her yıldaki eylemler birbirinden ayrı ve bağımsız suçları oluşturduğundan, her bir yıla ilişkin olarak tutulan yasal defter ve kayıtlar ile adli emanete alınan suça konu defter ve kayıtların, konusunda uzman bilirkişi heyetine inceletirilerek her yıla ilişkin olarak vergi matrahının azaltılmasına sebebiyet verilip verilmediğinin tespitinden sonra sanığın hukukî durumunun takdiri gerekirken, eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi, yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına”

şeklinde hüküm vererek mükellefin soyut ikrarı, idarenin mütalâası ve vergi suçu raporu ile yetinilmemesi, karar verilebilmesi için mutlaka bilirkişiye de başvurulması gerektiğine vurgu yapmıştır.

Konu ile ilgili verilebilecek bir başka örnek ise, “sahte belge kullanmak veya düzenlemek” fiilidir. VUK’nin 359. maddesinin b fıkrasında yer alan bu düzenlemenin lafzından da anlaşılacağı üzere, belgenin düzenlenmesi kâfidir. Ayrıca kullanılmasına da gerek yoktur. Bununla birlikte belgenin hem düzenlenip hem de kullanılması hâlinde tek bir suç eyleminin oluştuğunu

kabul etmek gerekecektir. Yargıtay^[51], “*faturaların gerçek alım satım karşılığı olup olmadığının tespiti bakımından, mal akışını gösteren sevk ve taşıma irsaliyeleri, teslim tesellüm belgelerinin tespiti ile faturaları düzenleyen mükelleflerin yeterli üretimi, mal girişi ya da stoğu olup olmadığı dikkate alınarak, faturaları düzenleyenler ile sanığın ticari defter ve belgeleri üzerinde karşılaştırmalı bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre sanığın hukukî durumunun belirlenmesi gerektiği*” yönünde karar vererek, düzenlenen ve kaydı yapılan evrakların gerçeği yansıtıp yansıtmadığı, ticari işlemlerin karşılığının olup olmadığı, teslimat için yeterli üretim ya da stok miktarının olup olmadığı gibi yapılması gereken tespitlerin ancak bilirkişi yoluyla yapılabileceği, bu tespitler yapılmadan hukukî bir sonuca varılamayacağına hükmetmiştir. Dolayısıyla belgenin sahteliği yönünden bir incelemenin yapılması yani düzenlenen belgenin içeriğinin fiilen de bir karşılığının olup olmadığının belirlenmesi ancak bilirkişinin detaylı bir incelemesi ile mümkün olacaktır. Bunun yanında bilindiği üzere, 1998 yılında kabul edilen 4369 sayılı Kanun ile vergi ziyayı, vergi kaçakçılık suçunun bir unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Bu bakımdan sahte belge düzenleme ya da kullanma fiilinin vergi ziyasına da sebebiyet verip vermediği yönünde bir bilirkişi incelemesinin yapılmasına gerek bulunmamaktadır. CMK’nin 63. maddesinde de zikredildiği üzere, çözümü sadece teknik, özel ya da uzmanlık gerektiren bir bilgiye ihtiyaç duyulduğu vakitte bilirkişilere başvurulması gerekmektedir. Bu bakımdan sahte belge düzenleme ve/veya kullanma fiilleri ile vergi ziyayı arasında bir illiyet bağı ya da sebep sonuç ilişkisinin bilirkişilerce araştırılması zarurietini bulunmamaktadır. Ancak, yukarıdaki örnek dışında, bir belgenin kullanılması neticesinde belgeyi düzenleyen ile kullanan arasında bir uyuşmazlık yaşanması, belgeyi düzenleyen kişinin belirsizliği nedeniyle imza incelemesinin gerekmesi gibi durumlarda elbette ki bilirkişi görüşünün alınması doğru olacaktır.

Bir başka örnek ise “*muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak*”^[52] fiili için verilebilir. Bu kaçakçılık fiilinde

[51] Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2015/8723, K. 2015/6039, 22.10.2015, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 18.07.2022.

[52] Hakan Arslaner, *Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları*, 1. Baskı (Bursa: Ekin Yayınları: 2017), 90, “Vergiyi doğuran faaliyetin mahiyeti değiştirilerek veya miktarı gerçeğin altında ya da üzerinde gösterilerek bir kısım gelirlerin gizlenmesi veya giderlerin fazla gösterilmesi suretiyle matrahın düşürülmesi, dolayısıyla az vergi

düzenlenen belge sahte değildir ve bir iş ya da hizmet karşılığında düzenlenmiştir. Ancak vergiyi doğuran olay sonrası matraha dayanak teşkil edecek belgelerin içerik olarak eksik ya da fazla bir şekilde gerçeğe aykırı düzenlenmesi de bir vergi kaçakçılık suçudur. Vergi suçu raporu ve idarece verilen mütalâada suçun sabit olduğu yönünde görüşlerin bildirilmesi hâlinde bile eğer vergisel işlemlere konu olan ekonomik değerlerin, düzenlenen belgeler ile uyumlu olup olmadığının tespiti bir uzmanlık alanı gerektiriyor ise, bu tespitinin de mutlaka o emtia konusunda uzman bilirkişilerden alınan bir rapor doğrultusunda yapılması gerekmektedir. Yargıtay bu konuda, “*Defter, fatura kayıtları ve sanığın sunduğu nakliye tezkeresine konu emval ile suça konu emvalin uyumlu olup olmadığı konusunda herhangi bir araştırma yapılmadan eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi hukuka uygun değildir.*” şeklinde bir karar vermiştir.^[53] Bu bakımdan orman ürünleri, kimyevi maddeler, inşaat ürünleri gibi özel ve uzmanlık bilgisi gerektiren durumlarda bilirkişi raporu alınmadan vergiye konu ürün ile bu ürün için düzenlenen belge arasında bir uyumun olup olmadığı yönünde karar verilmesi doğru olmayacaktır.

Vergi kaçakçılığına son olarak “*defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak*”^[54] suçunu örnek olarak verebiliriz. Bu fiilde vergiyi doğuran olay ve düzenlenen belgeler ile ilgili sahtelik ya da içeriğinin yanıltıcı

vermeyi hedefleyen mükellefler tarafından sıkça işlenen fiillerden birisi muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek ve kullanmaktır.”

[53] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2013/ 17438, K. 2013 / 43499, 03.12.2013, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 05.05.2022.

[54] Salih Özel, “Muhasebe Hilesi Kavramı,” *Yaklaşım Dergisi*, no. 226, (2011): 1-18, 5, “Yabancı kaynakları (borçları) bilançoda hiç göstermemek ya da olduğundan daha az göstermek; dönen ya da duran değerleri olduğundan fazla göstermek; dönem gideri niteliğindeki gider kalemlerini aktifleştirerek, gelecek dönemlere aktarmak; dönem gelirlerini gelecek dönemlere aktarmak; tahsili mümkün olmayan ya da şüpheli alacakları saklamak (şüpheli alacaklara karşılık ayırmamak, değersiz alacakları zarar kaydetmemek); yabancı parası ile doğmuş borç ve alacakları kur farkı tahakkuk ettirmemek ya da olduğundan fazla ya da olduğundan az tahakkuk ettirmek, duran varlıklara amortisman ayırmamak ya da olduğundan fazla ayırmak gibi eylemler örnek olarak gösterilebilir”.

olduğu şeklinde bir hukuka aykırılık yoktur^[55]. Ancak düzenlenen belgelerin bilanço esasına tâbi mükelleflerce önce yevmiye kaydı yapılır ve daha sonra muhasebe hesap numaraları dikkate alınarak büyük deftere intikal ettirilir. Yıl sonunda ise çıkarılan envanterin özeti niteliğinde olan bilanço temel alınarak maddi vergi yükümlülüğü hesaplanmaktadır. Bilanço envanterin, envanterin de büyük defterin yansıması olarak düşünüldüğünde defter ve kayıtlarda yapılacak hesap ve muhasebe hileleri, mükelleflerin vergi yükümlülüğünü de ya artıracak ya da azaltacaktır. Bilanço esasına tâbi olmayan ancak defter tutma yükümlülüğü olan diğer mükellefler için de aynı şeyi düşünebiliriz. Rasyonel düşünüldüğünde, bu eylemlerin mükelleflerin malî yükümlülüğünde bir aşınma meydana getirmek için yaptıklarını söyleyebiliriz. Tâbi eylemin suç olarak kabul edilip cezalandırılması için böyle bir sonucunun olması gerekmemektedir. Yani eylem, matrah azalmasına ya da vergi ziyana sebebiyet vermese de eylem sabit görüldüğü ölçüde suç olarak kabul edilecek ve suçun diğer unsurları da olduğu vakit, fail cezalandırılacaktır. Defter kayıt ve belgelerde hesap hilesi ya da muhasebe hilesi yaptığı iddiası ile yargılanan şüphelinin eyleminin gerçekten kanunda suç olarak tanımlı eylem ile örtüşüp örtüşmediğinin tespiti genel hukuk bilgisi ile yapılamaz. Belgelerin olması gereken muhasebe hesaplarına değil de başka muhasebe hesaplarına kaydının yapıldığı, kayıtlarda hesaplamaların doğru yapılmadığı şeklindeki tespitler ancak alanında uzman hesap ve muhasebe bilirkişi tarafından tespit edilebilir.

[55] Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2016/4501, K. 2016/7977, 30.11.2016, <https://legalbank.net>, Erişim: 14.08.2022, “Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hilesi yapma suçunun maddi unsurunun daha önce doğru olarak gerçekleştirilen işlem ve hesapların defter ve kayıtlarda başka türlü gösterilmesi olduğu, sahte fatura düzenleme ve kullanma suçlarında işlemlerin temelini oluşturan alım satım veya hizmet ilişkilerinde sahtecilik unsuru bulunduğundan ayrıca defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hilesi yapma suçunun oluşmayacağı cihetle; sanığın sahte fatura kullanmaya ilişkin ödemelerini banka üzerinden yapılmış gibi göstermekten ibaret eyleminin sadece sahte fatura kullanma suçunu oluşturacağı, ayrıca defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hilesi yapma suçunun oluşmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırıdır.”

SONUÇ

İdari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile suç ve ceza hükümlerinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü sırasında görevli mahkemelerin tamamı, uyuşmazlık konusu ile hukuk kuralları arasında bir ilinti kurup hukuka en uygun ve hakkaniyetli karar verebilmesi için, iddiaları ispat edici niteliği olan delilleri doğru anlayıp değerlendirmesi gerekmektedir. İddia edilen vakıaların müspet ya da menfi olarak tespit edilmesi de isabetli mahkeme kararlarının alınması açısından önemlidir. İşte hem vakıaların açıklığa kavuşturulması hem de delillerin doğru değerlendirilebilmesi için bilirkişilik müessesesi hayati bir öneme sahiptir. Özel bilgi veya uzmanlık gerektiren veyahut ancak teknik bilgiye sahip kişilerce açıklanması mümkün olan durumlarda yargı organları bilirkişilerin görüşlerine başvurmaktadır. Bununla birlikte genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Dolayısıyla sadece hukuk bilgisi olan avukatlar bilirkişilik yapamazlar. Ayrıca bilirkişilerin seçiminde hâkimlerin, BK ve BY gereği, bilirkişilik listelerini esas almaları gerekmektedir.

Bilirkişilik, delillerin teknik anlamda içeriğini belirlemek ve yeterli uzmanlık bilgisi ile delillerin içeriğinin neyi açıkladığını ortaya koyabilmek adına mahkemelerce uygulanan bir araçtır. Yargı organlarında ve öğretilerde genel görüş, bilirkişi raporlarının mahkeme için bağlayıcı olmadığı, sadece açıklanması ve ortaya çıkarılması gereken hukuk bilgisi dışında kalan kimi hususlar için bilirkişiliğe başvurulabileceği, bu anlamda bilirkişi raporlarının da bir delil değerlendirme vasıtası olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle sadece bilirkişi görüşüne dayalı olarak mahkemelerin karar vermesi doğru olmayacaktır ki bu zaten mümkün de görünmemektedir. Görevlendirmelerde hâkim bilirkişiye nasıl karar vermesi gerektiğine yönelik bir soru soramaz. Dolayısıyla bilirkişilerin raporlarında bir vakıa ya da delil aydınlatılmakta, esasen de bu anlaşılabilir duruma dayalı olarak karar verilebilmektedir. Burada aslında esas hakkında verilen karara dayanak olan bilirkişi raporu değildir. Bu raporlar uyuşmazlık vakiasının anlaşılmasını sağlayan ya da delilin güvenilirliğine katkı sunan birer araçtır. Mahkeme kararına asıl dayanak, ispat araçlarının kendisi olmaktadır. Bu sebepten sırf bilirkişi raporunda belirtilen ifade ve fikirlerin dayanak gösterilerek bir karar verilmesi durumunda mahkeme kararının hukukiliği tartışılır bir hâl alır.

Bilirkişilik sisteminin etkin işleyebilmesi için her şeyden önce tarafların üzerlerine düşeni hukuk kuralları içerisinde ve layıkıyla yapması icap eder. Öncelikle uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkemelerin, uyuşmazlık konusu iş ve işlemlerin ya da vakıanın genel hukuk bilgisi dışında kalan bir bilgi ile çözülebileceği konusunda kani olması gerekmektedir. Daha sonra bilirkişi görevlendirirken gerçekten o alanda uzmanlığını eğitimi ve iş tecrübesi ile kanıtlamış bilirkişilerden seçmeli, üzerinde çok fazla dosya olan bilirkişileri görevlendirmemeli, görevlendirme yaparken genel ifadeler yerine tespit edici sorular sormalı, bilirkişinin incelemesi gereken delilleri eksiksiz ve mümkün olan en uygun yöntemle yani fiziki ya da elektronik ortamda teslimini sağlamalı, rapor teslimi için uygun bir süre öngörmeli ve somut olaya göre farklı uzmanlık bilgisi gerektirmesi ya da somut olayın çözümü bir hayli meşakkatli, dosyada yer alan bilgi ve belgelerin çokluğu gibi nedenlerin varlığı hâlinde de kurul hâlinde bir görevlendirme yapmalıdır^[56]. Bilirkişi ise, evvela dosya içeriğine bakarak görevden memnuiyeti durumu var ise dosyayı iade etmelidir. Böyle bir tespiti olmaz ise, görevini bizzat kendisi yaparak delilleri hassas bir şekilde değerlendirmeli, görev yazısında sorulan soruların cevapları dışına çıkmamalı, uzmanlık ya da teknik bilgisi dışında sorulan soruları veyahut hukukî değerlendirme istenen soruları cevaplandırmamalı, hukukî tespit ya da değerlendirmeler yapmamalıdır. Edinmiş olduğu bulguları açık ve net bir şekilde ve kendisine verilen süre dâhilinde raporunu sunmalıdır.

Hemen hemen her konuda vergi düzenlemelerinin yapılması ve tüm gerçek ve tüzel kişilerin bu vergi konularına muhatap olmalarından mütevellit, çok çeşitli denilebilecek vakılardan dolayı vergi uyuşmazlıkları yaşanabilmektedir. Bu vakıaların tespiti için ve ayrıca vergi uyuşmazlıklarında tarafların sunmuş oldukları delillerin içeriğinde tutulması ihtiyari ve zorunlu olan belge, defter ve diğer muhasebe kayıtlarının, hesaplamalar ve finans bilimine

[56] Kurul hâlinde görevlendirme, olayın çözümü farklı uzmanlık alanları gerektiriyor ise farklı konular için birden fazla bilirkişinin görevlendirilmesi şeklinde olabileceği gibi; aynı konuda yani aynı uzmanlık alanına sahip birden fazla bilirkişi de tek bir konu için görevlendirilebilir. Aynı konuda çok sayıda yapılan bilirkişi görevlendirmelerinde alınan kararın oy birliği ile mi oy çokluğu ile mi alındığı belirtilmeli, oy çokluğu ile alınmış ise azınlıkta kalan üyenin gerekçesine raporda mutlaka yer verilmelidir. Bu gerekçeyi mahkeme kanaat oluştururken kullanabileceği gibi taraflar da bilirkişi raporuna itiraz ederken ya da mahkeme sonucunda kanun yoluna başvururken temel alabilir.

yönelik iş ve işlemlerin olması ve bunların da birtakım ulusal ve uluslararası standartlara uyum zorunluluğu gibi durumlar göz önünde bulundurulduğunda mahkemelerin alanında uzman, teknik bilgiye sahip bilirkişilere olan ihtiyacı daha belirgin bir hâl almaktadır.

KAYNAKLAR

- Arslaner, Hakan. *Vergi Kabahat ve Suçlarının Unsurları*. 1. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları: 2017.
- Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *Bilirkişilik Rehberi*. 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Çayan, Gökhan. *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Çelik, Aydın. “Hukukçu Bilirkişi Atanması Yasağı ve Bu Yasağın İptalinin Reddine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi.” *Legal Hukuk Dergisi* 20, no. 231, (2022).
- Deryal, Yahya. *Türk Hukukunda Bilirkişilik*. 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Dönmez, Burcu. “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 9, (Özel Sayı, 2007), 1145-1177.
- Erdoğan, E. ve Hilal S. Üçüncü. “Bilirkişi Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar”. *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10. No. 1, (2020): 354-387.
- Gören, Ömer. “Anonim Şirketlerin Kısmi Bölünmelerinde Değerleme Sorunu ve Azınlık Hakları”. *Ankara Barosu Dergisi* 68, no. 3, (Mayıs 2010): 263-274.
- Gülten, Selçuk. “Adli Muhasebe Kavramı ve Adli Müşavirlik Mesleği.” *Ankara Barosu Dergisi* 68, no. 3, (Mayıs 2010): 311-320.
- Kaplan, Gürsel. “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme.” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-13, (2014), 33-46.
- Karaburun, Gökhan. “Karar Örnekleriyle Yargıtay’ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları.” *Adli Tıp Bülteni*, no. 22 (3), (2017): 200-207.

- Karakoç, Yusuf. *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Oktar, Ateş S. *Vergi Hukuku*. 15. Baskı, İstanbul: Türkmen Kitabevi, 2020.
- Onar, Sıddık S. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. 3. Baskı (III), İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Organ, İbrahim ve Cansu Sevinç. "Vergi Yargılamasında Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişilik Kanun Tasarısının Getireceği Yenilikler." *Maliye Dergisi*, no. 170, (Ocak-Haziran 2016): 116-130.
- Özel, Salih. "Muhasebe Hilesi Kavramı." *Yaklaşım Dergisi* 226, (2011).
- Soydan, Başar. *Türk Vergi Yargısında Bilirkişilik*. Yayın no. 41, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2010.
- Taylar, Yıldırım. "Vergi İncelemesi Sırasında İbraz Edilmeyen Defter, Kayıt ve Belgelerin Yargılama Aşamasında Vergi Yargısı Organlarına İbrazı." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20. No. 2, (2018): 375-408.
- Uğur, Hüsamettin ve Mert Elibol. *Vergi Suçları*. 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Üstün, Ümit S. *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı?*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukukunun Esasları II*. 7. Baskı. İstanbul: Yazarın Kendi Yayını: 2000, 722.
- Yasin, Melikşah. *İdari Yargılama Usulünde İspat*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015.

Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Kentsel Dönüşüm Uygulamalarından Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sorunları*

Erkan DUYMAZ**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK– ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Bu çalışma, 121K633 numaralı ve “Olası İstanbul Depreminin Çevresel Zorunlu Göç Senaryosu ve Yönetimi” başlıklı TÜBİTAK 1001 projesi kapsamında sürdürülen araştırmalara dayanmaktadır.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, erkan.duymaz@istanbul.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0002-4711-502X

Makale geliş tarihi: 28 Kasım 2022 **Makale kabul tarihi:** 17 Temmuz 2023

Atf önerisi: Duymaz, Erkan. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Kentsel Dönüşüm Uygulamalarından Kaynaklanan Mülkiyet Hakkı Sorunları.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, (Temmuz 2023): 229-262.
DOI: 10.30915/abd.1210876.

ÖZ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun başta mülkiyet hakkı olmak üzere Anayasa'da güvence altına alınmış birçok temel hak ve özgürlüğe ciddi sınırlamalar getirmektedir. Kanun, yürürlüğe girdiği 2012 yılından bu yana ciddi değişiklikler geçirmiştir. Bunda, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kapsamında verdiği kararlarla Kanun'da öngörülen çok sayıda tartışmalı düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş olmasının önemli bir etkisi bulunmaktadır. Geçirdiği değişikliklere rağmen 6306 sayılı Kanun hâlâ kentsel dönüşüm alanında kamu otoritelerine geniş yetkiler tanımaktadır. Bunun yanında kentsel dönüşüm uygulamalarının neden olduğu mülkiyet hakkı sınırlamalarının yargısal denetimi bazı durumlarda etkisiz kalmaktadır. Bu çalışmada, kentsel dönüşüm uygulamalarında karşılaşılan mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru kapsamında nasıl değerlendirildiği incelenecektir. Çalışma, Kanun'dan kaynaklanan sorunlu uygulamaları ortaya koymayı ve bu sayede temel hak ve özgürlüklere saygılı bir kentsel dönüşüm yürütülmesine katkı sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler:

6306 sayılı Kanun afet kentsel dönüşüm

mülkiyet hakkı Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru

PROBLEMS RELATED TO THE RIGHT TO PROPERTY ARISING FROM URBAN TRANSFORMATION IN THE CONSTITUTIONAL COURT'S INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS

ABSTRACT

Law No. 6306 on the Transformation of Areas Under Disaster Risk imposes serious limitations on many fundamental rights and freedoms guaranteed in the Constitution, especially to the right to property. The law has undergone numerous amendments since it entered into force in 2012. The fact that the Constitutional Court has annulled many controversial provisions stipulated in the Law within the scope of constitutionality review, has a significant impact on this. Despite the amendments it has undergone, Law No. 6306 still grants very broad powers to public authorities in the field of urban transformation. Besides, the judicial review of restrictions on the right to property caused by urban transformation practices becomes ineffective in some cases. This paper examines how the interferences with the right to property arose from urban transformation practices are reviewed within the scope of individual application to the Constitutional Court. The study aims to reveal the problematic practices arising from the Law and thus contribute to the conduct of an urban transformation that respects fundamental rights and freedoms.

Keywords:

law no. 6306

disaster

urban transformation

right to property

Constitutional Court

individual application

GİRİŞ

Kamuyunda “Kentsel Dönüşüm Kanunu” olarak bilinen 16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, kabulünden bu yana eleştirilerin hedefinde yer almıştır. Bu eleştirilerde, Kanun’un maddelerindeki düzenlemelerin ötesinde bizzat Kanun’un nihai amacı ve mantığı etkili olmuştur. Nitekim genel olarak bakıldığında, 6306 sayılı Kanun’un afet riski altında bulunan kimselerin temel haklarının güvence altına alınması ve ihtiyaçlarının karşılanmasından ziyade afet ertesinde devletin karşı karşıya kalacağı sorunları bertaraf etme amacı güttüğü görülmektedir. Bu, Kanun’un gerekçesinde de açıklıkla ifade edilmiştir. Gerekçe, Türkiye’nin çok önemli bir kısmının başta deprem olmak üzere doğal afet riski altında bulunmasına rağmen mevcut yapıların büyük bir kısmının olası afetlere karşı dayanıksız olduğu ve orta şiddette bir depremde dahi ağır hasar görüp yıkıldıkları gerçeğini dile getirdikten sonra afetlerin ardından sosyo-ekonomik sorunların baş gösterdiği ve “*devletin beklenmedik bir anda büyük mali külfetler ile karşı karşıya kaldığı*” tespitlerine yer vermektedir.^[1] Bununla birlikte Kanun’un yegane amacının afetlerin neden olduğu mali külfetin en aza indirilmesi olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Kanun’un gerekçesi, pek tabii, afetler sebebiyle meydana gelmesi muhtemel can ve mal kayıplarını önlemek amacıyla riskli alanların dönüşüme tabi tutularak sağlıklı ve çağdaş bir şekilde yeniden yapılandırılmasını temel hedef olarak ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Kanun’a yöneltilen eleştiriler Kanun’un amacından ziyade öngördüğü yöntem ve araçları hedef almaktadır. Bunlara yakından bakıldığında ise Kanun’un, hak ve ihtiyaç temelli uzun vadeli bir dönüşüm projesinden ziyade kısa vadede sonuç almayı hedefleyen,^[2] bu doğrultuda kamu makamlarına son derece geniş ve çoğu kez belirsiz yetkiler tanıyan,^[3] yerel yönetimleri devre dışı bırakan ve bunun yerine fazlasıyla merkezî bir yaklaşımın hakim

[1] Kanunun gerekçesine şu bağlantıdan ulaşılabilir: <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss180.pdf>

[2] Cenk Şahin, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler (Anayasa Mahkemesi Kararının Ardından Yeniden Değerlendirme),” içinde *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, ed. Melikşah Yasin ve Cenk Şahin, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 63.

[3] İlgin Özkaya Özlüer, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Alanlarda Riskli Olmayan Yapıların Durumu,” *Ankara Barosu Dergisi*, 2018/1, 252.

olduğu^[4] bir kentsel dönüşüm öngördüğü söylenebilecektir. Bunun yanında, 6306 sayılı Kanun'un hazırlanmasında, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan "birlikte mülkiyet" hükümleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu'nun hükümlerinin göz önüne alınmadığı, bunun sonucunda ise maliklere tanınan hak ve yetkilerin uygulamada kötüye kullanılmasının önüne geçilemediği eleştirileri dile getirilmektedir.^[5]

Yürürlüğe girmesinin ardından çok sayıda değişiklik geçirmesine rağmen 6306 sayılı Kanun bu eleştirilerden kurtulamamıştır. Kanun'un geneline nüfuz eden "aceleci" ve "ekonomik temelli" kentsel dönüşüm yaklaşımı kaçınılmaz olarak temel hak ve özgürlükler açısından oldukça tartışmalı düzenlemeleri beraberinde getirmiştir.^[6] Barınma ve konut hakkının göz ardı edilmesi, mülkiyet hakkına ağır müdahalelerde bulunulması, başta kırılgan kesimler olmak üzere afetten etkilenenlerin temel ihtiyaçlarının karşılanması için yeterli güvencelerin sağlanmaması, özel yaşam, aile ve konut yaşamına saygı hakkının gerektirdiği tedbirlerin öngörülmemesi, hak arama özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılması ve kentsel dönüşüm sürecinde devlet yardımından veya sağlanan avantajlardan yararlanma konusunda açık kriterler konulmaması ve bunun sonucunda keyfilik ve ayrımcılık teşkil edebilecek uygulamalara karşı gerekli güvencelerin oluşturulmaması, temel hak ve özgürlükler temelinde 6306 sayılı Kanun'a yöneltilen başlıca eleştirilerdir. Anayasa Mahkemesinin (AYM) 2014 ve 2017 yıllarında verdiği kararlarla^[7] Kanun'un çok sayıda hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal

-
- [4] Selami Demirkol ve Zuhâl Bereket Baş, "Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013 (108), 42; Filiz Daşkiran ve Duygu Ak, "6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm," *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 13, no. 3 (Eylül 2015): 279.
- [5] Ergun Özsunay, "6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler," *İstanbul Barosu Dergisi* 88, no. 6, (2014): 46.
- [6] Özellikle bkz., Demirkol ve Bereket Baş, 23-70; Seda Yurtcanlı Duymaz, "Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar," *Anayasa Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2013): 317-358; Hakan Karadabağ, *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm*, (İstanbul: Legal Yayınları 2020), 73 vd.
- [7] AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/02/2014; AYM, E.2016/133, K.2017/155, 15/11/2017.

ettiği ve bunun ardından Kanun'un önemli değişiklikler geçirdiği göz önüne alındığında, bu eleştirilerin hukuken temelsiz olmadığını ve Kanun'un hazırlanması aşamasında insan hakları hukukunun gereklerinin dikkate alınmadığını söylemek mümkündür.

Bu çalışma, 6306 sayılı Kanun'un mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamaları ve bununla bağlantılı olarak ortaya çıkan diğer sorunları münhasıran AYM'nin bireysel başvuru kararları ışığında incelemeyi amaçlamaktadır. Literatürde 6306 sayılı Kanun'u mülkiyet hakkı açısından değerlendiren çalışmalar bulunmakla birlikte konuyu AYM'nin bireysel başvuru kararları çerçevesinde ele alan bir inceleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, çalışmada mülkiyet hakkına ilişkin temel sorunlara sadece değinilmekle yetinilmiş, Kanun'da yer alan düzenlemelerin tamamı mülkiyet hakkı açısından tahlil edilmemiştir. AYM'nin 6306 sayılı Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan ihlal iddialarını incelediği bireysel başvuru kararları Mahkemenin resmi “kararlar bilgi bankasında” yapılan arama sonucu tespit edilmiştir.^[8] Bu kararlarda mülkiyet hakkının yanı sıra, mahkemeye erişim hakkının, etkili başvuru hakkının ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde iddialar gündeme gelmiştir.

Üç bölümden oluşan bu çalışmada, ilk olarak, 6306 sayılı Kanun'un mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamalar ve bu sınırlamaların bireysel başvuru kapsamında AYM tarafından ne şekilde incelendiği gösterilecek; ardından, mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin şikayetler ve Anayasa Mahkemesince tespit edilen hak ihlalleri irdelenecek ve nihayet mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalarla bağlantılı olarak gündeme gelen diğer sorunlara değinilecektir.

I. KENTSEL DÖNÜŞÜM VE MÜLKİYET HAKKI

6306 sayılı Kanun'un amacı “*afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek*

[8] Çalışmada ele alınan kararlara <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> adresinden “İlgili Hukuk” sekmesi altında “Mevzuat Tarihi/Numarası – İsmi” kısmından “6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun” ibaresi yazılarak yapılan arama yoluyla ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesinin “Komisyonlar” tarafından verilen başvuruların kabul edilebilirliğine ilişkin kararları yayımlanmadığı için arama sonuçları Genel Kurul ve Bölümler tarafından incelenen başvurularla sınırlıdır.

üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek” olarak belirlenmiştir. Doğal olarak, Kanun’un amaçladığı dönüşüm sürecinde doğrudan ve en kapsamlı sınırlamalara maruz kalan hak mülkiyet hakkıdır. Aşağıda, ilk önce, Kanun kapsamında mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar özetlenecek, ardından AYM’nin mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken kullandığı ölçütler aktarılacaktır.

A) 6306 SAYILI KANUN KAPSAMINDA MÜLKİYET HAKKINA GETİRİLEN SINIRLAMALAR

6306 sayılı Kanun’un mülkiyet hakkına getirdiği en ciddi sınırlamalar “tasarrufların kısıtlanması” başlıklı 4. maddesi ve “uygulama işlemleri” başlıklı 6. maddesinde düzenlenmiştir.^[9] Tasarrufların kısıtlanmasına ilişkin düzenleme, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına (Bakanlık) veya uygulamayı yürütmesi halinde Toplu Konut İdaresine (TOKİ) veya İdareye, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini iki yıl süreyle geçici olarak durdurma ve uygulamanın gerektirmesi halinde bu süreyi bir yıl daha uzatma yetkisi vermektedir. Düzenlemede öngörülen iki ve bir yıllık sürelerin 6306 sayılı Kanun’un ilk halinde bulunmadığı hatırlatılmalıdır. Kanun’un orijinal metni tasarrufların kısıtlanması halinin “*Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince*” devam edebileceğini öngörerek mülkiyet hakkına süre bakımından belirsiz bir sınırlama getirmekteydi. AYM 27.02.2014 tarihli kararıyla, söz konusu belirsizliğin bireyler üzerine aşırı bir yük yüklenmesine neden olabileceği ve böylece kamu yararı ile bireyin yararı arasında kurulması gereken dengeyi bozabileceği gerekçesiyle ilgili kuralı Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.^[10] Bunun üzerine kanun koyucu 2016 yılında yürürlüğe giren bir kanun değişikliğiyle tasarrufların

[9] Bkz. Adem Avcı, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması,” içinde *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, ed. Melikşah Yasin ve Cenk Şahin, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 311. Bu değerlendirme, Kanun’un başka maddelerinde yer alan düzenlemelerin de mülkiyet hakkını sınırladığı tespitini dışlamamaktadır. Örneğin Kanun’un “Tahliye ve yıktırma” başlıklı 5. maddesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bkz. Iğın Özkaya Özlüer, “Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, no. 3, (2018): 639-640.

[10] AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/02/2014.

sınırlanması için azami süreler öngörerek AYM'nin tespit ettiği Anayasa'ya aykırılığı gidermiş görünmektedir. Tasarrufların sınırlanması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine dair bir iddia bireysel başvuru kapsamında AYM'nin önüne gelmemiştir. Kanımızca, tasarrufların kısıtlanmasına ilişkin düzenleme, mevcut haliyle, mülkiyet hakkına tanınan güvencelere aykırılık taşımamaktadır. Kuşkusuz bu, soyut bir değerlendirme olup uygulamada mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğuracak durumların yaşanma olasılığını dışlamamaktadır.

Tasarrufların kısıtlanması ile ilgili bir diğer tartışmalı düzenleme aynı maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından talep edilmesi halinde riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmeyecek ve verilen hizmetler ilgili kurum ve kuruluşlarca durdurulacaktır. Kanun her ne kadar söz konusu tedbirlerin uygulanmasından önce hak sahiplerinin görüşünün alınacağını belirtse de bu görüşe herhangi bir sonuç bağlamamıştır. AYM 2014 yılında verdiği norm denetimi kararında bu düzenlemenin mülkiyet hakkına sınırlama getirdiğini kabul etmiş ancak sınırlamanın kamu yararı amacı güttüğüne ve ölçülü olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme, elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerinin kesilmesinin amacının riskli yapıların tahliye edilmesi konusunda bireylerin zorlanması olduğunu saptadıktan sonra, “*hizmetlerin verilmesinin durdurulmasından önce bireylerin yeni bir barınma yeri temin edebilmeleri ve kendi iradeleriyle yapıyı tahliye etmeleri için bilgilendirilmiş olmaları ve kendilerine bunları yapabilmeleri için yeterli imkânın tanınmış olması*” şartıyla bu müdahalenin ölçülü olacağını belirtmiştir. Kanun uyarınca, yapıların tahliyesi ve yıkımından önce bireylere iki defa uyarıda bulunulacağını ve hizmetlerin durdurulmasının ancak bu aşamada mümkün olacağını ifade eden Mahkeme, bu uyarıların ilgililere yeni bir barınma yeri bulmaları bakımından yeterli imkânı sağlayacağını savunmuştur. Kanaatimizce, bireylere yapılan uyarılar, bireylerin yaşam alanlarını kendi iradeleriyle terk etmeleri konusunda yeterli imkânı sunsa da yeni bir barınma yeri bulma bakımından herhangi bir etki doğurmamaktadır. Nitekim Kanun'da belirtilen süre sonunda yapılar malikler tarafından, bu yapılmaz ise ilgili kamu kuruluşları tarafından yıktırılacaktır. Kanun, konutları yıktırılan bireylerin yeni bir barınma yeri bulup bulmadıklarıyla ilgilenmemektedir. Bu düzenlemeden kaynaklanan mülkiyet hakkı sınırlamalarına ilişkin herhangi bir şikâyet bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin önüne gelmemiştir.

6306 sayılı Kanun'un "uygulama işlemleri" başlıklı 6. maddesi mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar bakımından en çok tartışılan maddelerden biri olmuştur. Bu madde, kentsel dönüşüm kapsamında yıkılan yapıların bulunduğu taşınmazların ne şekilde değerlendirileceği konusunda malikler arasında anlaşma sağlanamaması durumunda mülkiyet hakkına iki farklı sınırlama getirmektedir.

6. maddenin 1. fıkrasına göre "*riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir*". Görüldüğü üzere 6306 sayılı Kanun, uygulama işlemleri konusunda paydaşların oybirliği ile hareket etmesi ilkesine önemli bir istisna getirmiştir.^[11] Düzenlemenin devamında ise çoğunluğun kararına katılmayan paydaşların paylarının diğer paydaşlara satışının gerçekleştirilebileceği, bunun gerçekleşmemesi durumunda ise Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydıyla tapuda Hazine adına resen tescil edileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası, üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerinin yeniden değerlendirilmesi hususunda

[11] Paylı mülkiyet konusunda, Türk Medeni Kanunu'nun "Olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar" başlıklı 692. Maddesinin 1. fıkrası "*Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır*" kuralını öngörmektedir. Öte yandan Özsunay, sonuçları itibarıyla riskli yapı tespitinin de "olağanüstü tasarruf" olduğunu, dolayısıyla bu yönde bir tespit ancak paydaşların oybirliği ile alacağı bir kararla yapılabileceğini belirtmektedir. Özsunay, "6306 Sayılı Kanun," 42. Aksi yönde görüşler için bkz. Nijat Amıraslanlı, "Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Yapıların Tespiti ve Tespite İtiraz," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14, no. 53, (Ocak 2023): 90-91; Nurcan Arslan, "Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeler," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12, no. 47 (Temmuz 2021): 352-355.

en az üçte iki ile anlaşma sağlanamaması durumunda acele kamulaştırma yoluna da gidilebileceği hüküm altına alınmıştır.^[12]

Bu düzenlemelerin Kanun'un amacına ulaşması ve kentsel dönüşümün süratle gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir işlev gördüğü tartışmasızdır. Devlet, yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin bir gereği olarak afetlerin neden olduğu riskleri en aza indirmek ve bu amaçla depreme dirençli yaşam alanları inşa etmek zorundadır. Ne var ki devletin bu alandaki pozitif yükümlülükleri tek başına Kanun'un öngördüğü yöntem ve araçları meşru hale getirmemektedir. 6306 sayılı Kanun'un azınlıkta kalan paydaşların mülkiyet hakkına son derece ciddi bir sınırlama getirdiğini,^[13] hatta bu hakkın özüne müdahalede bulunduğunu savunmak mümkündür. Buna rağmen, üçte iki çoğunlukla karar alınabileceği kuralının bu yönüyle AYM'nin denetiminden geçmediği kaydedilmelidir.^[14] AYM, acele kamulaştırmaya ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasını ise incelemiş ve ne acele kamulaştırma yönteminin ne de kamulaştırma bedelinin taksitle ödenmesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir.

6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinde öngörülen sınırlamaların norm denetimi kapsamında Anayasa'ya uygun bulunmasına rağmen bilhassa azınlıkta kalan paydaşların paylarının satılması konusunda uygulamada ihtilaflar çıktığı ve bununla ilgili yargı kararlarında bir istikrar sağlanamadığı

[12] 6. maddenin 2. fıkrasına göre "Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir." Bkz. Özkaya Özlüer, "Riskli Alan Kararları," 641.

[13] Ayşe Denizhan, "6306 Sayılı Kanununun 6. Maddesinin Birinci Fıkrası Kapsamında Uzlaşmayan Azınlığın Arsa Payının Satışına İlişkin Talebin İdarece İncelenme Usulü Üzerine Bir Değerlendirme," *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 14 (Temmuz 2016): 52.

[14] Anayasa Mahkemesinin 27/02/2014 tarihli kararına konu olan iptal başvurusunda, yalnızca, paydaşlara satışın gerçekleştirilememesi durumunda azınlıkta kalan paydaşların paylarının "(...) Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye (devredileceği)" kuralında geçen "Bakanlıkça uygun görülenler" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür.

görülmektedir.^[15] Bir sonraki bölümde değinileceği gibi bireysel başvuru kapsamında öne sürülen şikayetlerin ve AYM'nin tespit ettiği mülkiyet hakkı ihlallerinin neredeyse tamamı bu hususa ilişkindir.

Bunlara ek olarak, AYM'nin iptal kararları sonucu yürürlükten kalkmış olmakla birlikte, mülkiyet hakkına ağır bir müdahale teşkil eden 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin mülga 7. paragrafını burada anmamak eksiklik olacaktır. Anılan düzenleme, riskli alanlarda bulunan risksiz yapılardan “uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler(in)” de Kanun hükümlerine tabi olacağını öngörmekteydi.^[16] AYM 27.02.2014 tarihli kararıyla, ekonomik ömrünü tamamlamamış, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşımayan yapıların, bir başka deyişle “riskli yapılar dışında kalan diğer yapıların” riskli yapılarla aynı kurallara tabi tutulmasını “*kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi*” bozduğuna kanaat getirmiştir.^[17] Nitekim Mahkemeye göre, Kanun tarafından mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar, yapıların “riskli” olması göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Bu nedenle, riskli olmayan yapılara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmeden bu yapıların riskli yapılar için belirlenen kurallara tabi tutulması mülkiyet hakkına getirilen sınırlamayı ölçsüz kılmıştır.^[18]

AYM'nin iptal kararının ardından kanun koyucu, 2016 yılında, riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar bakımından yeni bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeyle, risksiz yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler “*değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla*” 6306 sayılı Kanun hükümlerine tabi kılınmıştır. Böylece kanun koyucu riskli olmayan yapıları yine Kanun kapsamına dahil etmiş ancak bu yapılara biçilen değer riskli yapılarınkinden farklı olması

[15] Hüseyin Melih Çakır ve Barış Ülker, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no. 2, (Aralık 2021): 1103.

[16] 6306 sayılı Kanun m. 3/7 ilk haliyle şu şekildeydi: “*Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler de bu Kanun hükümlerine tabi olur.*”

[17] AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/02/2014.

[18] Bkz. Özkaya Özlüer, “6306 Sayılı Kanun,” 257.

gerektiğini belirtmekle yetinmiştir. AYM 15.11.2017 tarihli kararıyla bu düzenlemeyi de Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.^[19] Mahkeme, riskli yapılar ile risksiz yapılar arasındaki değer farkının dikkate alınması gerektiği yönündeki kaydın, riskli olmayan yapı sahiplerinin mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ölçülü hale getirmeyeceğine karar vermiştir.^[20] 6306 sayılı Kanun'un mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamaların kapsamının tam olarak anlaşılabilmesi bakımından risksiz yapıları da Kanun'un uygulama alanına dahil eden bu düzenlemelerin ve AYM'nin iptal gerekçelerinin dikkate alınması önem arz etmektedir.

B) MÜLKİYET HAKKINA GETİRİLEN SINIRLAMALARIN ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN DENETİMİ

Mülkiyet hakkı Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmıştır. Oldukça öznlü bir biçimde kaleme alınan bu maddeye göre, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olmaz”. Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken, Mahkeme, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddede belirtilen ölçütlere göre değerlendirme yapmaktadır. Bu maddeye göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, düzenlendikleri maddede belirtilen haklı sebeplere dayanılarak ve kanunla sınırlanabilmektedir. Ayrıca bu şekilde öngörülebilecek sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır. Anayasa'da yer alan güvenceler böyle olmakla birlikte, AYM bireysel başvuru kapsamında gerçekleştirdiği incelemede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden (AİHM) ödünç aldığı daha sade bir denetim modeli uygulamaktadır. Buna göre mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların hak ihlaline yol açmaması için kanuni bir dayanağının bulunması (kanunilik), kamu yararı amacı taşıması (meşru amaç) ve ölçülü (ölçülülük) olması gerekmektedir.^[21]

[19] AYM, E.2016/133, K.2017/155, 15/11/2017.

[20] Bkz. Özkaya Özlüer, “6306 Sayılı Kanun,” 262.

[21] Bkz. H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6 (Ankara: Avrupa Konseyi, 2018), 117; Şeref Ertaş, “Kentsel

Kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük koşullarının somut olarak ne ifade ettiğine değinmeden önce AİHM ve AYM tarafından uygulanan denetim yöntemi üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır. Mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönünde bir iddia incelenirken adı geçen Mahkemeler öncelikle mülkiyet hakkının konusunu teşkil eden bir mülkün mevcut olup olmadığını sorgulamaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki insan hakları hukuku çerçevesinde mülkiyet kavramı Medeni Kanun'da tanımlanan mülkiyet kavramıyla sınırlı olmayıp her türlü ekonomik değeri mülkiyet hakkının kapsamına dahil etmektedir.^[22] Başvurucu tarafından ileri sürülebilecek bir mülkiyet hakkının somut vakada mevcut olduğu tespit edildiği takdirde, ikinci aşamada, mülkiyet hakkına bir müdahalede bulunulup bulunulmadığı, bulunulduysa bu müdahalenin türü saptanmaktadır. AİHM, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin türünü belirlerken bu hakkın düzenlendiği Ek Protokol'ün 1. maddesinden türettiği üç farklı kuralı temel almaktadır.^[23] AYM tarafından da benimsenen ve Anayasa'nın 35. maddesine uyarlanan bu yaklaşıma göre mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme, mülkiyete saygı / mülkiyetten serbestçe yararlanma (1), mülkiyetten yoksun bırakma (2) ve mülkiyetin kullanımının kontrolü (3) şeklinde üç alt kural ihtiva etmektedir.^[24] Bu, salt teorik bir ayırım olmayıp mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların sınırlarının belirlenmesinde, bir başka ifadeyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin Anayasa'ya veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) uygunluğunun denetiminde önemli bir işlev görmektedir. Şöyle ki, birinci ve ikinci kural kapsamına giren müdahalelerde devletin hak sahibine tazminat ödemek yükümlülüğü bulunurken, üçüncü kural bakı-

Dönüşüm Kanunu, Mülkiyet Hakkının Sınırları," *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 157, (Eylül 2019): 1804.

[22] Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, 4.

[23] Ek Protokol'ün "mülkiyetin korunması" başlıklı 1. Maddesine göre "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

[24] Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı*, 100.

mından, prensip olarak, bu tür bir yükümlülük gündeme gelmemektedir. Devlet, mülkiyetin kullanımının kontrolü şeklindeki müdahalelerde kişiye tazminat dışında birtakım telafi edici veya dengeleyici güvenceler sunarak mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ölçülü kılabilir. Öte yandan kamu makamlarına bırakılan takdir payının üçüncü kural kapsamında kalan müdahalelerde diğer müdahalelere göre daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın söz konusu ayrımın her durumda kolaylıkla yapılamadığını, tereddüt halinde veya ikinci ve üçüncü kural çerçevesinde değerlendirilemeyecek bir müdahale söz konusu olduğunda genel nitelikteki birinci kuralın devreye girdiği belirtilmelidir.

Bu ayrım ışığında bakıldığında 6306 sayılı Kanun'un öngördüğü sınırlamaların mülkiyet hakkının içerdiği ikinci ve üçüncü kural kapsamında kaldığı görülmektedir. Kanun'un tasarrufların kısıtlanması başlıklı 4. maddesinde yer alan düzenlemeler, mülkiyetten yoksun bırakma sonucu doğurmamakta, yalnızca mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerin belirli bir süre için kullanımını engellemektedir. Bu nedenle, tasarrufların kısıtlanması halinde mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak adlandırılan üçüncü kural çerçevesinde bir inceleme yapılması gerekmektedir. Buna karşın m. 6/1'de öngörülen müdahale mülkiyetin devri gibi daha ağır bir sonuç doğurmaktadır. Üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelmiş taşınmazların yeniden değerlendirilmesi konusunda azınlıkta kalan maliklerin paylarının bu kişilerin rızası dışında satılması mülkiyet hakkından yoksun bırakma türünde bir müdahale olup ikinci kural ışığında incelenmektedir. Aynı şekilde, m. 6/2'de düzenlenen acele kamulaştırma yolu da mülkiyetin kamuya geçirilmesiyle sonuçlandığından mülkiyette yoksun bırakma türü müdahalenin tipik bir örneğini teşkil etmektedir.

Müdahale türü ne olursa olsun mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların hak ihlaline yol açmaması için kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük koşullarını sağlaması gerekmektedir. Kanunilik, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuni dayanağının bulunmasını ifade etmektedir. AYM, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların şekli anlamda bir kanuna dayanmasını ve bu kanunun öngörülebilirlik ve belirlilik ilkesi gereğince "*hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına*

karşı koruyucu önlem içermesini” şart koşmaktadır.^[25] Kanunilik ilkesi, doğal olarak, sınırlamaların kanunda öngörülen biçimde gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bir sonraki bölümde değinilecek olan bireysel başvuru kararları, 6306 sayılı Kanun’a dayanılarak yapılan işlemlerin bu koşulu her zaman sağlamadığını göstermektedir.

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların riayet etmesi gereken koşullardan ikincisi meşru amaç koşuludur. Anayasa m. 35 mülkiyet hakkının “*ancak kamu yararı amacıyla*” sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanımının “*toplum yararına*” aykırı olamayacağını; AİHS’ye Ek Protokol m. 1 ise yine “*kamu yararı sebebiyle*” mülkiyet hakkına müdahalede bulunulabileceğini öngörmektedir. Kamu yararı, doğası gereği, esnek ve sınırları bir hayli geniş bir kavramdır. Bu nedenle, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların kamu yararı amacına yönelik olduğunun gösterilmesi genellikle zor değildir. AYM, 6306 sayılı Kanun’un genel gerekçesine ve 1. maddesinde tanımlanan amacına atıfla Kanun’dan kaynaklanan müdahalelerin kamu yararına dönük meşru bir amaç taşıdığını kabul etmektedir.^[26]

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların denetiminde uygulanan son ölçüt ölçülülüktür. AİHM ve AYM tarafından tespit edilen mülkiyet hakkı ihlallerinin büyük bölümü ölçülülük çerçevesinde yapılan incelemede ortaya çıkmaktadır. AYM’ye göre ölçülülük ilkesi kendi içinde üç alt ilkedен oluşmaktadır: Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık. Elverişlilik, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik ise bu müdahalenin ulaşılmak istenen amaç bakımından “zorunlu” olmasını, başka bir deyişle aynı amaca daha hafif bir müdahaleyle ulaşılmamasının mümkün olmamasını ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesinin son alt ilkesi olan orantılılık, mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesini gerekli kılmaktadır.^[27] Orantılılık testinde esasında kamu yararı ile bireysel haklar arasında makul veya adil bir dengenin kurulup kurulmadığı incelenmektedir. AYM’nin bu yöntemi, bazı farklılıklara rağmen AİHM tarafından uygulanan denetim modeliyle örtüşmektedir. AİHM, ölçülülük ilkesini alt unsurlara ayırmamakta ve AYM’nin orantılılık ilkesi çerçevesinde yaptığı

[25] AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.

[26] AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/2/2014.

[27] AYM, *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38.

değerlendirmeleri genel olarak ölçülülük testi başlığı altında yapmaktadır.^[28] Her halükârda mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin ölçülü/orantılı olarak kabul edilebilmesi için kişiye olağan dışı ve aşırı veya katlanması gerekenden fazla bir yük yüklenmemiş olması gerekmektedir.^[29]

Kamu yararı ile kişisel yarar arasında makul bir dengeyi kurulum kurulumu, başka bir ifadeyle kişinin orantısız veya aşırı bir külfet altında bırakılıp bırakılmadığı belirlenirken mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın niteliği önem kazanmaktadır. 1. ve 2. kural kapsamında kalan müdahalelerde, mülkiyet hakkına müdahalede bulunulan kişiye yeterli bir bedel ödenmesi, kural olarak, söz konusu dengeyi kurulum kurulumu şeklinde değerlendirilebilmekte iken 3. kural kapsamına giren müdahalelerde kişiye yargılama süresince birtakım usul güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığı, müdahalenin süresi, kişinin maruz kaldığı zararın miktarı, kişinin ve idarenin gösterdiği özen gibi faktörler belirleyici olmaktadır.^[30] Bunlar arasında, bilhassa, mülkiyet hakkına müdahalede bulunulan kişiye usule ilişkin güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı birçok kararda belirleyici olmaktadır. Nitekim usul güvenceleri, mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak tanımlanan 3. kural kapsamına giren müdahalelerde daha ön plana çıksa da mülkiyet hakkına yönelik diğer müdahalelerin de ölçülü olup olmadığının tespitinde rol oynamaktadır.

II. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA 6306 SAYILI KANUN'DAN KAYNAKLANAN MÜLKİYET HAKKI İHLALLERİ

Kentsel dönüşüm uygulamalarının neden olduğu mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerden AYM'nin bireysel başvuru kararlarına konu olanlar, 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca çoğunluk kararına uymayan malikin hissesinin satılması yoluyla gerçekleşen müdahalelerdir. AYM'nin mülkiyet hakkının ihlali edildiğine karar verdiği başvuruların tamamı bu kategoridedir. AYM, iki bireysel başvuru kararında satış yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik koşulunu sağlamadığına; iki kararda ise müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir.

[28] AİHM, *Sporrong et Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75; 7152/75, 23/09/1982, § 69.

[29] AİHM, *Sporrong et Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75; 7152/75, 23/09/1982, § 73; AYM, *D.C.*, B. No: 2018/13863, 16/6/2021, § 49.

[30] Bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 530.

A) MÜDAHALENİN KANUNİLİĞİ BAKIMINDAN

Kanunilik ilkesinin ihlal edildiği tespiti ile sonuçlanan başvurulardan ilki *Atanur Ekin ve diğerleri* başvurusudur.^[31] Bu başvuruya konu olayda, riskli yapı olarak tespit edilen bir binanın yıkılmasına ve taşınmazın üzerine yeni bir yapı yapılmasına karar verilmiş, ardından yıkım işlemi gerçekleştirilmiştir. Daha sonra, maliklerin 2/3 oranındaki çoğunluğunun oyunu temsil eden bir özel şirket, ana taşınmazın yaklaşık 1/3'lük bir kısmının yola terk edilmesi istemiyle Belediyeye başvurmuştur. Belediyenin bu yönde karar vermesiyle birlikte anlaşma sağlanamayan maliklerin (AYM önündeki başvuruçular) payları yeni yüz ölçümü üzerinden satılmıştır. Başvurucular, Belediyenin kararına karşı idare mahkemesinde iptal davası açarak kendi hisselerinin satışının yola terk işleminden önce gerçekleştirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ancak önce idare mahkemesi, ardından Danıştay terk işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. AYM, mülkiyet hakkı kapsamında yaptığı incelemede olayda uygulanan 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin terk işlemi bakımından kanunilik ilkesinin unsurları olan belirlilik ve öngörülebilirlik koşullarını sağlayıp sağlamadığını sorgulamıştır. AYM, terk işleminin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan düzenlemeye göre 2/3 oranındaki çoğunluğun dışında kalan maliklerin paylarının kamuya terkine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, yasa koyucu, somut uyuşmazlığa ilişkin yargılama devam ederken, 14/04/2016 tarihinde 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında bir değişiklik yaparak 2/3 çoğunluğun kararıyla terk işleminin gerçekleştirilebileceğini düzenlemiştir. AYM, kararında bu değişikliğe de değinmiş ve her ne kadar terk işlemine yasal bir dayanak sağlanmış olsa da “2/3 çoğunluk dışındaki paydaşların paylarının kamuya terk işleminden önce mi yoksa sonra mı satılacağı hususunda bir belirlilik bulunmadığı (...) yapılacak terk işlemi yönünden herhangi bir üst sınır da getirilmediği” gerekçesiyle “terk işlemine ilişkin 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin kanunda bulunması gerekli belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütlerini sağlamadığı sonucuna” ulaşmıştır.^[32]

[31] AYM, *Atanur Ekin ve diğerleri*, B. No: 2018/1406, 30/6/2021.

[32] § 87-91.

Kanunilik ilkesinin ihlal edildiği tespiti ile sonuçlanan başvurulardan ikincisi *Selvi Karakoçoğlu ve diğerleri* başvurusudur.^[33] Bu başvuruya konu olayda, bir grup malikin taşınmazı riskli alan kapsamına alındıktan sonra aynı bölgede bulunan başka taşınmazlarla birleştirilmiştir. Bu şekilde oluşan yeni parselin üzerinde yeniden bina inşa edilmek üzere 204 malikin 188'inin rızasıyla özel bir şirket ile kat karşılığı sözleşme yapılmıştır. Ardından, sözleşmeye rıza göstermeyen maliklerden oluşan başvurucuların hisseleri Çevre Şehircilik Müdürlüğü tarafından açık artırma usulüyle yapılan ihale sonucunda bu şirkete satılmıştır. Bu arada başvurucular birleştirme işleminin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açmışlarsa da bu dava satış işleminin iptaline ilişkin davanın karara bağlandığı tarihten önce sonuçlanmamıştır. Başvurucuların, satış işleminin iptaline ilişkin davaya bakan mahkemedен, birleştirme işlemine karşı açılan iptal davasının sonucunu beklemesini talep etmiş olmalarına rağmen söz konusu mahkeme bu hususu bekletici bir sorun olarak değerlendirmeyip satış işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Bu kararın ardından ise birleştirme işlemi hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. AYM, hangi meselelerin bekletici sorun olarak kabul edileceğinin takdirinin davayı gören mahkemede olduğunu kabul etmekle birlikte, somut olayda birleştirme ve satış işlemlerinin birbirine sıkı sıkıya bağlı olduğunu, zira birleştirme işleminin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması halinde satış işleminin de kanuni dayanaktan yoksun kalacağını ifade etmiştir. Bu nedenle AYM, satış işleminin iptaline ilişkin davada birleştirme işlemine karşı açılan davanın bekletici sorun olarak kabul edilmemesinin “*kamu otoritesinin yükümlülüklerinin ihlali sonucunu*” doğurduğunu belirtmiş ve neticede satış işleminin hukuka aykırı hale gelmesiyle birlikte başvurucuların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik koşulunu sağlamadığını tespit etmiştir.^[34]

AYM'nin *Atanur Ekin ve diğerleri* kararında saptadığı ihlal doğrudan 6306 sayılı Kanun'un içerdiği belirsizlikten, *Selvi Karakoçoğlu ve diğerleri* başvurusunda ortaya çıkan mülkiyet hakkı ihlali ise derece mahkemelerinin tutumundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla benzer hak ihlallerinin tekrarlanmaması bakımından, ilk durumda, yasa koyucunun devreye girerek terk işlemi konusunda AYM'nin işaret ettiği eksiklikleri giderecek değişiklikler

[33] AYM, *Selvi Karakoçoğlu ve diğerleri*, B. No: 2018/14460, 15/9/2021.

[34] § 56-60.

yapması, ikinci durumda ise idari yargının mülkiyet hakkının etkili bir korumadan yararlanması için somut uyumsuzluğun niteliğini dikkate alarak daha özenli davranması gerekmektedir.

B) MÜDAHALENİN ÖLÇÜLÜLÜĞÜ BAKIMINDAN

6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca 2/3 çoğunluğun kararına katılmayan malikin hisselerinin satılması yukarıda belirtildiği üzere mülkiyet hakkının içerdiği 2. kural (mülkiyetten yoksun bırakma) çerçevesinde değerlendirilen bir müdahaledir. Bu durumda, sahibi olduğu taşınmazın rızası dışında elinden alınması nedeniyle kişinin katlanmak zorunda kaldığı külfet ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Bu dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde bir yandan satış bedeli diğer yandan kişinin yargılama boyunca yararlandığı usule ilişkin güvenceler belirleyici olmaktadır. AYM, iki bireysel başvuru kararında, derece mahkemelerinin söz konusu dengeyi gözetmediğine kanaat getirerek rızası dışında hisseleri satılan maliklerin mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bunlardan ilki *Fatma Elaldırsın* başvurusudur.^[35] Bu başvuruda, başvurunun paydaşı olduğu taşınmaz riskli yapı olarak belirlenmiş ve başvurucu dışındaki diğer paydaşların onayıyla taşınmaz üzerindeki binanın yıkılarak yeniden inşa edilmesine karar verilmiştir. Ardından, diğer paydaşların talebi üzerine başvurucunun hissesi 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne düzenlenen bir ihale ile, tespit edilen tahmini bedel üzerinden, açık artırmayla satılmıştır. Başvurucu, başka hususların yanı sıra, hissesinin rayiç bedelinin düşük belirlendiğini ileri sürerek satış işlemine karşı iptal davası açmış, dava dilekçesinde bölgedeki rayiç piyasa değerlerini gösteren bilgiler sunmuş ve nitelikleri itibarıyla daya iyi olmadığını düşündüğü emsal bir taşınmazın metrekaresine birim değerinin kendi taşınmazından daha yüksek belirlendiğini belirtmiştir. İptal davasında nihai kararı veren Bölge İdare Mahkemesi satış işleminin hukuka aykırı olmadığına karar vermiş ancak başvurucunun hissesinin değerinin düşük belirlendiği yönündeki iddialara herhangi bir yanıt vermemiştir. AYM, bu başvuruya ilişkin kararında, başvurucunun taşınmazının rızası dışında satılmasının mülkiyetten yoksun bırakma niteliğinde bir müdahale

[35] AYM, *Fatma Elaldırsın*, B. No: 2018/16483, 14/9/2021.

(2. kural) teşkil ettiğini ve bu müdahalenin yasal dayanağının ve meşru amacının bulunduğunu tespit ettikten sonra ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu kapsamda Mahkeme, müdahalenin orantılılığı sorununa odaklanarak başvurucuya yüklenen külfetin telafi edilip edilmediğini sorgulamıştır. AYM'ye göre, 6306 sayılı Kanun, rızası dışında hisseleri satılan maliklerin katlanmak zorunda kaldıkları “ağır külfetin” giderilmesini veya dengelenmesini sağlayacak yeterli mekanizmalar öngörmektedir. Zira bu durumdaki malikler bedelsiz olarak mülklerinden yoksun bırakılmamakta, satılan hisselerinin rayiç bedeli kendilerine ödenmektedir. Öte yandan, değerlendirme ve satış işleminin çoğunluğu oluşturan paydaşlar tarafından değil de Çevre ve Şehircilik Müdürlüğüne yapılması azınlıkta kalan paydaşlar açısından önemli bir güvence oluşturmaktadır. Ayrıca Çevre ve Şehircilik Müdürlüğüne yapılan işlemlere karşı yargı yolunun açık olması ve mülkünden yoksun bırakılan maliklerin, taşınmazlarının rayiç bedelinin düşük belirlendiği iddialarını yargı organları önünde ileri sürebilmeleri mümkündür.^[36] Yasal güvenceler bu şekilde olmakla birlikte bireysel başvuru açısından önemli olan husus başvurucunun söz konusu güvencelerden gerçekte yararlanıp yararlanmadığıdır. Oysa AYM'nin tespit ettiği gibi, başvurucunun, taşınmazına biçilen değer düşük olduğunu somut deliller aracılığıyla ileri sürmüş olmasına rağmen uyuşmazlığı karara bağlayan mahkeme bu konuda bir değerlendirme yapmamıştır. İradesi dışında mülkiyetinden yoksun kalan başvurucunun katlanmak zorunda kaldığı külfeti dengeleyecek en önemli unsur hissesinin gerçek değerinin tespit edilmesi ve kendisine ödenmesidir. Başvurucunun bunu sağlayacak usul güvencelerinden mahrum bırakılması ise, AYM'ye göre, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengeyi bozmuş, dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kılmıştır.^[37]

Ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği tespitiyle sonuçlanan diğer başvuru *Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven* başvurusudur.^[38] Bu başvuruda, tıpkı bir önceki başvuruda olduğu gibi, başvurucuların paydaş oldukları taşınmaz 6306 sayılı Kanun uyarınca riskli yapı olarak tespit edilmiş ve yıkılmıştır. Yeni yapılacak taşınmazın paylaşım yönteminin belirlendiği

[36] § 65.

[37] § 66-67.

[38] AYM, *Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven* [GK], B. No: 2018/1567, 10/2/2022.

malikler kurulu kararına rıza göstermeyen başvuruçuların hisseleri diğer paydaşların talebi üzerine idare tarafından açık artırmayla satılmıştır.

Başvuruçular öncelikle malikler kurulu kararının iptali ve çoğunluğu teşkil eden paydaşların kararıyla bir şirketle imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzeltilmesi istemiyle asliye hukuk mahkemesinde dava açmışlardır. Asliye hukuk mahkemesi, ilk aşamada, başvuruçuların talebi üzerine, malikler kurulu toplantısında alınan kararlar ile inşaat sözleşmesinin uygulanmasının teminat karşılığında durdurulmasına karar vermiş ise de daha sonra, davalıların talebi üzerine, yine teminat karşılığında ihtiyati tedbir kararını kaldırmıştır. Ardından idare, başvuruçuların hisselerinin satışına karar vermiş ve yapılan ihale neticesinde söz konusu hisseler paydaşlardan birine satılmıştır. Satışın gerçekleşmesini gerekçe gösteren asliye hukuk mahkemesi başvuruçuların arsa paylarının kalmaması sebebiyle davanın konusuz kaldığına karar vermiştir.

Başvuruçular öte yandan hisselerinin satılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle idare mahkemesinde dava açmışlardır. İdare mahkemesi, yeni paylaşım yönteminin adil olduğunu ve satış işleminde hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek davayı reddetmiştir. İstinaf başvurusu üzerine davayı ele alan bölge idare mahkemesi ise davanın konusunun satış kararının hukuka uygunluğunun denetlenmesiyle sınırlı olduğunu gerekçe göstererek yeni projedeki paylaşımın hukuka uygunluğu hususunda bir değerlendirme yapılmasına yer olmadığına karar vermiş ve sonuç olarak idare mahkemesi kararının gerekçesini düzelterek onamıştır.

Nihayet başvuruçular, satış işlemine dayanak oluşturan ihalenin ve hisseler için idarece yapılan değer takdirinin iptali için yine idare mahkemesinde dava açmışlardır. Değer takdiri konusunda başvuruçular, idarece takdir edilen metrekare birim değerinin düşük olduğunu ileri sürmüş ve mahkemeye bu görüşlerini destekleyen raporlar sunmuşlardır. İdare mahkemesi hisse değerinin tespitine ilişkin işlem bakımından davanın görev yönünden reddine, ihale işlemi yönünden ise davanın esastan reddine karar vermiştir. İdare mahkemesi, hisse değerinin tespitine ilişkin işlem yönünden görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu belirtmiş; ihale yönünden ise satış kararına karşı açılan davanın reddedildiğini, bu nedenle ihale işleminin hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. Başvuruçuların istinaf isteminin bölge idare mahkemesi tarafından esastan ve kesin olarak reddedilmesiyle birlikte bu karar kesinleşmiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki şikayetini incelerken, rızası dışında hisseleri satılan paydaşların haklarının korunması bakımından son derece önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, başvuru sahiplerinin hisselerinin satışı yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ve meşru amaç ölçütlerini karşıladığını tespit ettikten sonra ölçülülük ilkesi çerçevesinde yaptığı değerlendirmede iki farklı ihlal sebebi tespit etmiştir.

Bunlardan birincisi ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından olan “gereklilik” koşuluna ilişkindir. AYM, somut olayda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin gerekliliğini incelerken başvuru sahiplerinin hisselerinin rızaları dışında satılmasının olası müdahaleler arasında en hafifi olup olmadığını, bir başka ifadeyle “*son çare*” olarak kabul edilip edilmeyeceğini sorgulamıştır.^[39] Mahkemeye göre, malikler kurulunun 2/3 çoğunluğunun taşınmazın yeni paylaşım yöntemine ilişkin kararına katılmayan paydaşların hisselerinin idarece satılabilmesi yönündeki düzenleme kamu makamlarının takdir yetkisinde olmakla birlikte, bu durum “*İdarenin söz konusu yetkisini keyfî bir biçimde kullanabileceği anlamına gelmemektedir*”.^[40] Yine Mahkemeye göre, “*azınlıkta kalan hissedarların, kendi çıkarlarına açıkça aykırı olan, taşınmazın eski durumuna kıyasla açık dengesizlikler içeren bir projeyi kabul etmeye zorlayan karara iştirak etmemiş olmaları hisselerin satışı gibi ağır bir müdahaleyi haklılaştırmamaktadır*”.^[41] O halde müdahalenin gerekliliği bakımından önemli olan husus başvuru sahiplerinin yeni paylaşım yöntemine dair itirazlarının yargı organlarınınca yeterli ölçüde incelenip incelenmediğidir. Oysa AYM’nin de tespit ettiği gibi somut vakada başvuru sahiplerinin bu yönündeki iddia ve itirazları yargısal sürecin hiçbir aşamasında esaslı bir incelemeye konu olmamıştır. Nitekim asliye hukuk mahkemesi, davanın açılmasından sonra başvuru sahiplerinin hisselerinin idarece satılmasını gerekçe göstererek davanın konusuz kaldığı sonucuna varmış; satış kararının iptali istemiyle açılan davada nihai kararı veren bölge idare mahkemesi ise malikler kurulu kararının davaya konu olmadığını belirterek iptal istemini reddetmiştir. Kısacası malikler kurulunun 2/3 çoğunluğu tarafından kabul edilen taşınmazın yeni değerlendirme yönteminin hakkaniyete uygun ve dengeli olup

[39] § 101.

[40] § 103.

[41] § 103.

olmadığı yargı organlarıncı incelenmemiştir. AYM, bu yönde bir inceleme yapılmaksızın satış kararının hukukiliği yönünden yapılacak bir denetimin gerçek manada bir yargısal denetim olmadığına dikkat çekmiştir. AYM ayrıca olması gerekene de işaret etmiş ve Anayasa'nın 35. maddesinin bir gereği olarak yargı organlarının malikler kurulu kararı ile kabul edilen yeni paylaşım şeklinin adil ve dengeli olup olmadığı hususunda gerekirse bilirkişi görüşü alarak somut bir inceleme yapmaları gerektiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak AYM, yargısal süreçteki bu eksiklikler nedeniyle başvurucların hisselerinin rızaları dışında satılması şeklindeki müdahalenin son çare olduğunun yargı organlarıncı ortaya konulmadığını tespit etmiştir.^[42]

AYM, başvurucların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin “gerekli” olmadığını tespit etmekle yetinmemiş, incelemesini “orantılılık” koşulu çerçevesinde devam ettirmiştir. Başvurucların hisselerinin rızaları dışında satılması mülkiyet hakkının içerdiği ikinci kural (mülkiyetten yoksun bırakma) kapsamında bir müdahale oluşturduğundan, başvurucları yüklenen külfetin dengelenmesinde taşınmazın gerçek değerinin ödenip ödenmediği hususu belirleyici olmaktadır. Somut olayda başvurucları idare tarafından tespit edilen rayiç bedelin hisselerinin gerçek değerinin yaklaşık yarısına tekabül ettiğini iddia etmiş ve iddialarını desteklemek amacıyla mahkemeye iki farklı rapor sunmuşlardır. Bu konuda AYM idare mahkemelerince yürütülen yargılamalarda üç temel sorun tespit etmiştir.

İlk olarak, idare mahkemesi başvurucların rayiç bedelin düşük belirlendiği iddialarına ilişkin bir değerlendirme yapmamış ve davanın bu kısmını görev yönünden reddetmiştir. İdare mahkemesi bu konuda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu belirtmiştir. Oysa AYM, idare mahkemesinin, kural olarak idari işlemlere karşı açılan davaları düzenlemeyen bir kanuna dayanarak görevsizlik kararı vermesinin ve görevli mahkeme olarak asliye hukuk mahkemesini işaret etmesinin “*oldukça zorlama ve kabul edilebilir olmayan bir yorum*” olduğunu ifade etmiştir.^[43] AYM'ye göre, görülen bir davada görevli mahkemenin hangisi olduğunu tespit etmek kendi görevi olmamakla birlikte görevli mahkeme konusundaki yorumun bariz takdir hatası veya keyfilik içerip içermediğinin denetlenmesi

[42] § 104-110.

[43] § 114.

gerekmektedir. Somut olayda idare mahkemesinin görev konusundaki yorumu bariz şekilde hatalıdır.

İkinci olarak, idare mahkemesinin bedel tespitine ilişkin iddialar bakımından görevsizlik kararı vermesine rağmen ihale işlemini karara bağlaması başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkına dair şikayetlerinin incelenmemesi sonucunu doğurmuştur. AYM'ye göre, satılan hisselerin değerinin düşük takdir edildiği yönündeki iddiaların asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği kabul edilse dahi idare mahkemesinin adli yargıda açılacak davanın neticelenmesini beklemesi gerekirdi. Nitekim ihale işlemine karşı iptal davası açılmasının sebebi başvuru sahiplerinin hisselerinin değerinin düşük belirlendiği ve bunun sonucunda hisselerin gerçek değerinin altında satıldığı iddiasıdır. Hisselerin gerçek değerine ilişkin uyuşmazlık neticelenmeden ihalenin iptaline yönelik davanın karara bağlanması AYM'nin kendi ifadesiyle “*yargısal denetimin içinin boşalmasına*” yol açmıştır.^[44] Buna ek olarak, ihale işleminin sebep unsurunu teşkil eden bedel takdiri işleminin bağımsız olarak ayrı bir davaya konu edilmesi, Mahkemeye göre, mülkiyet hakkı müdahale uğrayan kişilere “*gereksiz ve aşırı bir külfet*” yüklenmesi sonucunu doğurabilecektir.^[45]

Üçüncü olarak, idare mahkemesi, ihalenin hukuka uygun olduğuna karar verirken satış işleminin iptali istemiyle açılan davanın reddedilmiş olmasını gerekçe göstermiştir. Böylelikle idare mahkemesi satış kararının hukuka uygun olmasının, tek başına ve otomatik olarak, ihale işlemini de hukuka uygun kılacağını kabul etmiştir. Ne var ki AYM'nin de belirttiği gibi satış kararının hukukiliği ihalenin hukuka uygunluğunun tek koşulu değildir. İhalenin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için, bunun yanında, satışa çıkarılan hisselerin değerinin idare tarafından usulüne uygun olarak tespit edilmiş olması gerekmektedir. İdare mahkemesinin somut davadaki tutumu ihale işleminin etkili bir yargısal denetime tabi tutulmamasına yol açmıştır.^[46]

Sonuç olarak AYM, üç başlıkta aktarılan sorunları göz önüne alarak başvuru sahiplerine yüklenen külfetin dengelenmesi amacıyla Kanun'da öngörülen güvencelerin somut olayda sağlanmadığı ve bu nedenle mülkiyet hakkına

[44] § 115.

[45] § 115.

[46] § 116.

yapılan müdahalenin orantılı olmadığına hükmetmiştir. Belirtmek gerekir ki, kural olarak, bir hak veya özgürlüğe yapılan müdahalenin gerekli olmadığı tespit edildiğinde ölçülülük ilkesinin bir diğer unsuru olan “orantılılık” ölçütü bakımından ayrı bir inceleme yapılmamaktadır. AYM bu kuralı hatırlatmış ancak somut olayın koşullarını dikkate alarak belirterek müdahalenin orantılılığı çerçevesinde de bir inceleme yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Gerçekten somut olayda, mülkiyet hakkına yapılan ağır müdahale karşısında başvurularda sağlanan yargısal koruma tamamen etkisiz kalmıştır. Bu etkisizlik 6306 sayılı Kanun’daki düzenlemelerin değil doğrudan yargı organlarının hatalı tutumlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Başvurular, malikler kurulu kararıyla yapılan yeni paylaşım yöntemine itiraz etmiş ancak bu itiraz incelenmeden başvuru sahiplerinin taşınmazları rızaları dışında satılmıştır. Başvurular bu kez satış bedelinin düşük olduğunu iddia etmiş ancak bu iddia yargısal sürecin hiçbir aşamasında tartışılmadan reddedilmiştir. Uygulamada 6306 sayılı Kanun’un 6. maddesinin gündeme getirdiği şikayetler esas itibarıyla bunlardan ibarettir. Bu şikayetlerin yargı organlarıncı incelenmemesi, rızası dışında mülkiyetinden yoksun bırakılan kimseleri malikler kurulunun ve idarenin hakkaniyete aykırı ve keyfi kararlarına karşı güvensiz bırakmaktadır. AYM’nin *Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven* kararı gerek idare gerek yargı organları tarafından dikkate alınması gereken son derece önemli ve yol gösterici tespit ve değerlendirmeler içermektedir.

III. MÜLKİYET HAKKI İLE BAĞLANTILI DİĞER SORUNLAR

6306 sayılı Kanun’un mülkiyet hakkına getirdiği sınırlamalar Anayasa ile güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlükleri de etkileyebilmektedir. Bireysel başvurulara konu olmuş ve AYM tarafından esasın incelenmiş şikayetler dikkate alındığında etkili başvuru hakkı ve mahkemeye erişim hakkı ile ilgili sorunlara bu başlıkta değinmek mümkündür.

A) ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

Etkili başvuru hakkı Anayasa’nın “temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*”. Bireysel başvuru kapsamında etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiası tek başına ileri

sürülememektedir. Başvurucular ancak Anayasa’da güvence altına alınan bir hak veya özgürlük ile bağlantılı olarak etkili bir başvuru imkanından mahrum bırakıldıklarını iddia edebilmektedirler. Bir başvuru yolunun etkili olarak kabul edilebilmesi için bu yolun, kişiye, anayasal bir hakkının ihlal edildiğini iddiasını iletebileceği “*makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlama) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı*” sağlanması gerekmektedir.^[47]

Etkili başvuru hakkının mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ileri sürülmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi, etkili başvuru hakkı ile ilgili iddiaları devletin mülkiyet hakkı alanındaki pozitif yükümlülüklerine gönderme yaparak incelemektedir. Nitekim AYM’ye göre, mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunabilmesi için devletin birtakım koruyucu ve düzeltici tedbirler alması gerekmektedir. Koruyucu tedbirler mülkiyete müdahalede bulunulmasını önleme amacı güderken, düzeltici tedbirler mülkiyete müdahale gerçekleştikten sonra müdahalenin etkilerini telafi etmek üzere gerekli yasal, idari ve fiili tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, mülkiyet hakkı müdahaleye uğrayan kimseler için “*zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari veya yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulması*” etkili başvuru hakkının olduğu kadar devletin pozitif yükümlülüklerinin de bir gereğidir.^[48]

AYM, yukarıda detaylı bir şekilde incelenen *Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven* kararında, başvuru sahiplerinin malikler kurulu kararının hukuka aykırılığının tespiti ve iptali istemiyle açtıkları davanın etkili bir başvuru yolu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmıştır. Mahkeme, öncelikle, asliye hukuk mahkemesinde açılan davanın malikler kurulu kararındaki yeni paylaşım modelinin hakkaniyete uygun olmadığına değerlendirilmesi yönünden, teorik olarak, etkili bir yol olduğunu, ayrıca bu dava kapsamında ihtiyati tedbir kararının da verilebileceğini belirtmiştir. Somut vakada asliye hukuk mahkemesi ilk aşamada başvuru sahiplerinin talebi üzerine ihtiyati tedbir kararı vererek başvuru sahiplerinin hisselerinin satışını nihai karar verilinceye kadar engellemiştir. Ne var ki ikinci aşamada davalıların

[47] AYM, *Murat Haliç*, B. No: 2017/24356, 8/7/2020, § 44.

[48] AYM, *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi*, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 42-46.

talebi üzerine tedbir kararını kaldırmış ve bu kararla birlikte başvuru sahiplerinin hisselerinin idarece satışı gerçekleşmiştir. Bu gelişmenin ardından mahkeme satış işlemini gerekçe göstererek davanın konusuz kaldığına hükmetmiş ve malikler kurulu kararının hukuka aykırılığı iddialarını incelememiştir.

AYM'ye göre, belirli bir davada ihtiyati tedbir kararı verilmesi veya kaldırılması davayı gören mahkemenin yetkisinde olmakla birlikte, somut vakada olduğu gibi ihtiyati tedbire ilişkin kararın davada verilecek nihai kararın sonuçsuz kalması sonucunu doğurması halinde ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasını haklı kılan olguların bulunduğu ilgili ve yeterli gerekçeyle gösterilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede asliye hukuk mahkemesinin ihtiyati tedbir kararını kaldırırken sunduğu gerekçeyi inceleyen AYM, gerekçede binanın yıkılmış olduğu olgusuna dayanıldığını tespit etmiştir. AYM, başvuru sahiplerinin hisselerinin bulunduğu taşınmazın ihtiyati tedbir kararı verildiği tarihte zaten yıkılmış olduğunu, dolayısıyla yeni bir olgudan söz edilemeyeceğini, her halükârda binanın yıkılmış olması ile malikler kurulunca kararlaştırılan yeni paylaşım yönteminin hakkaniyete uygun olup olmadığı arasında bir bağ bulunmadığını belirterek asliye hukuk mahkemesinin binanın yıkılmış olduğu olgusuna dayanarak tedbir kararını kaldırmasının makul bir yorum olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu yorum nedeniyle başvuru sahiplerinin esaslı iddiaları incelenmeksizin dava reddedilmiş ve teoride etkili olduğu kabul edilen bu başvuru yolu pratikte başvuru sahiplerine herhangi bir başarı şansı sunma kapasitesini yitirmiştir. Sonuç olarak AYM somut olayda mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.^[49]

B) MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

Mahkemeye erişim hakkı hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının içerdiği temel güvencelerden biridir. Anayasa'nın 36. maddesi, herkesin “*meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma (...) hakkına*” sahip olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye erişim hakkı AYM tarafından “*bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğu etkili bir şekilde*

[49] AYM, *Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven* [GK], B. No: 2018/1567, 10/2/2022, § 67-77.

karara bağlanmasını isteyebilmek” şeklinde tanımlanmaktadır.^[50] Bu hak, adil yargılanma hakkının kapsamına giren diğer hak ve güvenceler gibi sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bireysel başvuru yolunda, mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamalar kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük kriterleri ışığında denetlenmektedir.

AYM, kentsel dönüşüm uygulamaları ile ilgili olarak mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasını *Garip Özer* kararında incelemiştir.^[51] Bu başvurunun arka planında, başvuruçunun da taşınmazının bulunduğu bir alanın 6306 sayılı Kanun uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla “riskli alan” ilan edilmesi bulunmaktadır. Söz konusu alanın riskli olmadığını iddia eden başvuruçunun Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle Danıştay’da dava açmıştır. Danıştay’ın ilgili dairesi oyçokluğu ile Bakanlar Kurulu kararını iptal etmiştir. İptal kararının gerekçesinde, riskli alan ilanı kararının dayandığı bilirkişi raporunda, uyuşmazlığa konu alanın “*yapı stoğunun can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığını kanıtlayacak yeterli bilimsel veri*” bulunmadığı, dolayısıyla Kanun’da ve Uygulama Yönetmeliğinde öngörülen koşulların “*detaylı bir teknik rapor ile oluşturulmadığı*” sonucuna ulaşıldığı kaydedilmiştir. Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) daire kararını onamış ancak Bakanlar Kurulu kararının iptali kararının sadece davacıya ait taşınmaz yönünden hüküm ifade edeceğini belirtmiştir. İDDK böylece başvuruçunun riskli alan ilanı kararına karşı iptal davası açmakta sadece kendi taşınmazı yönünden menfaatinin bulunduğunu, riskli alan olarak ilan edilen bölge içinde yer alan diğer taşınmazlar yönünden ise dava açma ehliyetinin bulunmadığını kabul etmiştir. İDDK kararının riskli alan ilan edilen alandaki diğer taşınmazlar bakımından sonuç doğurmamasından yakınan başvuruçunun şikayetleri AYM tarafından mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde ele alınmıştır. AYM’nin de tespit ettiği üzere, somut olayda başvuruçunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahale teşkil eden husus İDDK’nin riskli alan kararlarına karşı açılan iptal davalarında uyguladığı menfaat ölçüdür. İDDK’ye göre, riskli alan ilan edilen bölgedeki “*taşınmaz sahiplerinin önemli bir kısmı veya ilgili belediye ya da ilgili meslek odaları*” riskli alan ilanına yönelik kararın tamamının iptalini isteyebilirken, diğer

[50] AYM, *Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52.

[51] AYM, *Garip Özer*, B. No: 2017/20694, 21/4/2021.

malikler bu kararın yalnızca kendi taşınmazlarına ilişkin kısmının iptalini talep edebilmektedir. Bu yorum doğrultusunda, riskli alan ilan kararının tamamının iptalinin istenebilmesi için belirli sayıda taşınmaz sahibinin bu yönde hareket etmesi gerekmektedir. AYM, söz konusu yorumun riskli alan ilan edilen bölgedeki tüm taşınmaz sahiplerinin şahsi menfaatlerinin gözetilmesi yönünde bir denge sağlanmasını amaçladığını, başvurucunun mahkemeye erişim hakkını ölçüsüz şekilde kısıtlamadığını ve başvurucuya orantısız bir külfet yüklediğini ifade etmiş ve somut olayda mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.^[52]

Belirtmek gerekir ki başvuru, haklı olarak, sadece kendi parseli yönünden verilen iptal kararı sonucu bölgedeki diğer yapıların yıkılarak yenileceğini, kendi taşınmazının bölgeden soyutlanacağını ve bu bakımdan sorunların ortaya çıkabileceğini ileri sürmüştür. Gerçekten, riskli alan ilan edilen bölgede bulunan 774 adet binadan yalnızca başvurucunun maliki olduğu taşınmazın riskli alan kararı dışında tutulmasının kentsel dönüşümün amacı ve mantığıyla bağdaştırılması güç görünmektedir. Ayrıca riskli olduğu bilimsel verilerle ortaya konulamayan bir bölgenin riskli alan ilan edilerek 6306 sayılı Kanun kapsamına dahil edilmesinin tutarlı bir uygulama olmadığı ifade edilmelidir. Ne var ki bireysel başvuru yolunun amaçları arasında bu tür sakıncaların giderilmesi bulunmamaktadır. Bu nedenle AYM, başvurucunun açtığı iptal davası sonucunda kendisine ait taşınmaz yönünden davasının kabul edildiğini de göz önünde bulundurarak şahsi olarak aşırı bir külfet altında bırakılmadığını tespit etmekle yetinmiştir.

[52] § 71-77.

SONUÇ

6306 sayılı Kanun'un öngördüğü kentsel dönüşüm modeli Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınan birçok hak ve özgürlük açısından ciddi sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu çalışmada mülkiyet hakkına dair sorunlar üzerinde durulmuş ve buna ek olarak mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak gündeme gelen diğer şikayetlere AYM'nin bireysel başvuru kararları ışığında değinilmiştir. Pek tabii, uygulamada, bireysel başvurulara konu olmamış ancak temel hak ve özgürlükler üzerinde tehdit oluşturan farklı durumlarla karşılaşmak mümkündür.

Yürürlüğe girdiği tarihten bugüne değin çok sayıda değişiklik geçirmiş olmasına rağmen 6306 sayılı Kanun'un insan haklarına saygılı bir kentsel dönüşüm hukuku oluşturduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Ancak bu çalışmada ele alınan AYM kararları, saptanan hak ihlallerinin büyük ölçüde yargı organlarının hatalı veya eksik değerlendirmelerinden kaynaklandığını göstermektedir. En azından AYM'nin genel değerlendirmesinin bu yönde olduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla bu tespit, Kanun'a yöneltilen eleştirilerin temelsiz olduğu veya Kanun'dan kaynaklanan başka sorun ve tereddütlerin bulunmadığı anlamına gelmemekte, yalnızca, eleştirilerin odağında Kanun kadar Kanun'un uygulamasını denetleyen yargı organlarının da bulunması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Bu çalışmada incelenen bireysel başvurularda öne çıkan sorun, rızaları dışında mülkünden yoksun bırakılan hak sahiplerine yeterli güvencelerin sağlanmamasıdır. Kentsel dönüşüm projeleriyle depreme dirençli yaşam alanları inşa edilmesinin deprem kuşağında yer alan Türkiye için hayati bir ihtiyaç olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Depreme dayanıksız yapıların en kısa sürede iyileştirilmesi veya yenilenmesi toplumun tamamının can güvenliğini doğrudan ilgilendirmektedir. Bu koşullarda kentsel dönüşümü güçleştirecek veya yavaşlatacak engellerin ortadan kaldırılması amacıyla mülkiyet hakkına ciddi müdahalelerde bulunulması kaçınılmaz görünmektedir. Devletin risk altında bulunan kimselerin yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri bu tür müdahaleleri gerekli ve meşru kılmaktadır. 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen Kahramanmaraş merkezli depremler, devletin afet riskinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin hayati önemde olduğunu bir kez daha hatırlatmış ve halkın kentsel dönüşüm taleplerini kuvvetlendirmiştir. O halde yapılması gereken, kentsel dönüşüm uygulamaları nedeniyle maddi zarara uğrayacağı, sahip oldukları

taşınmazların gerçek değerinin takdir edilmeyeceği, çoğunluğu oluşturan malikler, idare ve özel şirketler karşısında dezavantajlı konumda kalacağı, hakkaniyete aykırı veya keyfi uygulamalara maruz kalacakları endişesi taşıyan kimselerin kaygılarını ortadan kaldıracak yasal güvenceler ve etkili bir yargısal denetim mekanizması oluşturmaktır. Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesi aksi yönde olsa da 6306 sayılı Kanun'un gerekli güvenceleri sağladığını söylemek kanaatimizce bir hayli güçtür. Kanun koyucunun Kanun'a yöneltilen eleştirileri ve AYM'nin ihlal kararlarını dikkate alarak hak temelli bir yaklaşımla yeni bir kentsel dönüşüm kanunu hazırlaması bu açıdan önemli bir kazanım olacaktır. Kentsel dönüşüm uygulamalarının insan haklarına saygılı bir şekilde yürütülmesinde ve bu sayede toplumun güvenini kazanmasında ise asıl rol yargı organlarına düşmektedir. Bu yöndeki olumlu gelişmelerin, daha genel düzlemde, her türlü afet riski karşısında bireylerin ve bireysel hakların ihmal edilmediği, insan ve insan hakkı odaklı bir hukuk ve yönetim modelinin oluşmasına katkı sunacağı açıktır.

KAYNAKÇA

- Amıraslanlı, Nijat. “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Yapıların Tespiti ve Tespite İtiraz.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 14. No. 53 (Ocak 2023): 81-114.
- Arslan, Nurcan. “Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeler.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12. No. 47 (Temmuz 2021): 347-374.
- Avcı, Adem. “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması.” İçinde *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler Melikşah Yasin ve Cenk Şahin, 311-369. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Çakır, Hüseyin Melih ve Ülker, Barış. “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27. No.2, (Aralık 2021): 1066-1106.
- Daşkiran, Filiz ve Ak, Duygu. “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm.” *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 13. No.3 (Eylül 2015): 264-288.
- Demirkol, Selami ve Bereket Baş, Zuhâl. “Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 108. (2013): 23-70.
- Denizhan, Ayşe. “6306 Sayılı Kanununun 6. Maddesinin Birinci Fıkrası Kapsamında Uzlaşmayan Azınlığın Arsa Payının Satışına İlişkin Talebin İdarece İncelenme Usulü Üzerine Bir Değerlendirme”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 14, (Temmuz 2016): 31-56.
- Ertaş, Şeref. “Kentsel Dönüşüm Kanunu, Mülkiyet Hakkının Sınırları.” *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 157, (Eylül 2019): 1803-1813.
- Gemalmaz, H. Burak. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Gemalmaz, H. Burak. *Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6*. Ankara: Avrupa Konseyi, 2018.

- Karadabağ, Hakan. *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm*. İstanbul: Legal Yayınları 2020.
- Özkaya Özlüer, İlgin. “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Alanlarda Riskli Olmayan Yapıların Durumu.” *Ankara Barosu Dergisi* 76. No.1 (Ocak 2018): 247-269.
- Özkaya Özlüer, İlgin. “Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67. No. 3 (2018): 635-655.
- Özsunay, Ergun. “6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler.” *İstanbul Barosu Dergisi* 88. No. 6, (2014): 15-51.
- Şahin, Cenk. “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler (Anayasa Mahkemesi Kararının Ardından Yeniden Değerlendirme).” içinde *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler Melikşah Yasin ve Cenk Şahin, 63-118. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Yurtcanlı Duymaz, Seda. “Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar.” *Anayasa Hukuku Dergisi* 2. No. 4 (2013): 317-358.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.
- AYM, E.2012/87, K.2014/41, 27/02/2014.
- AYM, E.2016/133, K.2017/155, 15/11/2017.
- AYM, *Atanur Ekin ve diğerleri*, B. No: 2018/1406, 30/6/2021.
- AYM, *D. C.*, B. No: 2018/13863, 16/6/2021.
- AYM, *Fatma Elaldırsın*, B. No: 2018/16483, 14/9/2021.
- AYM, *Garip Özer*, B. No: 2017/20694, 21/4/2021.
- AYM, *Hanife Yıldız Torum ve Nimet Filiz Seven* [GK], B. No: 2018/1567, 10/2/2022.

AYM, *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013.

AYM, *Murat Haliç*, B. No: 2017/24356, 8/7/2020.

AYM, *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri
Sanayi Ticaret Limited Şirketi*, B. No: 2014/8649, 15/2/2017.

AYM, *Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013.

AYM, *Selvi Karakoçoğlu ve diğerleri*, B. No: 2018/14460, 15/9/2021.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM, *Sporrong et Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75; 7152/75, 23/09/1982.

Adli ve İdari Kolluk Sınırları Bakımından Fizik Kimliğin Tespiti İşleminde Kişisel Veriler

Süleyman ÖZAR*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku), Ankara Batı C. Başsavcı Vekili,
suleyman.ozar@adalet.gov.tr, **ORCID ID:** 0000-0003-0934-9594

Makale geliş tarihi: 28 Kasım 2022 **Makale kabul tarihi:** 17 Temmuz 2023

Atf önerisi: Özar, Süleyman. “Adli ve İdari Kolluk Sınırları Bakımından Fizik Kimliğin Tespiti İşleminde Kişisel Veriler.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 3 (Temmuz 2023): 263-288. **DOI:** 10.30915/abd.1219921.

ÖZ

Özel hayatın gizliliği, mahremiyet ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi gibi hakların korunmasına hizmet eden işlevleriyle kişisel verilerin korunması; insan hak ve özgürlüklerinin ve hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinin temel gereklerinden birini oluşturmaktadır. Kişisel verilerin korunması, bireylerin verilerinin başka kişi veya kurumlar tarafından yetkisiz kullanımına karşı sahip oldukları bir haktır. Bu itibarla kişisel verilerin korunması hakkı pek çok ülke mevzuatında yer bulmaya başlamıştır. Ne var ki ceza muhakemesinde bu hakkın korunması genellikle dikkatlerden kaçmaktadır. Kimlik bilgileri belirlenemeyen şüphelinin fizik kimliğinin tespiti işlemi bu konuda verilebilecek başlıca örneklerden biridir. Bu işlem genellikle parmak izi, avuç izi gibi biyometrik verilerin alınmasıyla yerine getirilmektedir. Bu verilerin kimler tarafından nasıl kullanacağı, nasıl imha edileceği ve arşiv sistemi kişilerin özel hayat hakkı temelinde titizlikle ele alınmalıdır. Aksi takdirde bireylerin öngörülebilir bir hukuk düzeni içinde yaşamasını temin eden hukuk güvenliği ilkesi aşınacaktır.

Anahtar Kelimeler:

kişisel veri

kişisel verilerin korunması

fizik kimlik tespiti

parmak izi

hukuk güvenliği

PERSONAL DATA IN DETERMINING PHYSICAL IDENTITY WITHIN THE CONTEXT OF THE LIMITS BETWEEN JUDICIAL AND ADMINISTRATIVE POLICE

ABSTRACT

The protection of personal data which serves to protect the right to privacy, and the right to free development of personality constitutes one of the basic requirements for the realization of human rights and freedoms and the principle of the rule of law. Personal data protection is a right that people have against possible unauthorized use of their personal information by other individuals or organizations. Hence, the right to protection of personal data has begun to be regulated under law in many countries. However, the protection of personal data in criminal proceedings is often overlooked. The process of determining the physical identity of the suspect whose identity information cannot be determined is one of the main examples that can be given in this regard. This process is usually performed by obtaining biometric data such as fingerprints and palm prints. The use and the destruction of the data, also archive system in itself should be handled studiously on the basis of individuals' right to private life. Otherwise, the principle of legal security, which ensures that individuals live in a predictable legal order, shall be eroded.

Keywords:

personal data

protection of personal data

determining the physical identity

fingerprints

legal security

GİRİŞ

“Kişiyeye ait her türlü bilgi” olarak tanımlanan kişisel veriler; ırk, etnik köken, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, kılık-kıyafet, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlık, cinsel hayat, sabıka kaydı, biyometrik ve genetik özellikler gibi çok geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Bu verilerin korunması için ulusal ve uluslararası düzeyde çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Bu bağlamda ülkemizde de Anayasa değişikliği^[1] yapılmış; bunu takip eden süreçte 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hayata geçmiştir. Kanun, kişisel verilerin korunması konusunun pek çok sektörü ve kamu ya da özel kurumu ilgilendirmesi nedeniyle bir “çerçeve kanun” olarak hazırlanmıştır. Kanun gerekçesinde, Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 135 ve devamı maddelerinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kaydedilmesi veya ifşa edilmesi fiillerinin suç olarak düzenlendiği ve yaptırımına bağlandığı, ancak kişisel verilerin işlenmesine yönelik özel bir kanun bulunmaması sebebiyle, bu fiillerin ne zaman hukuka aykırı olduğunun belirlenmesinde daha önce tereddütler yaşandığına dikkat çekilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, ceza muhakemesi evrelerinde kişisel verilerin korunması için yapılan ya da yapılması gereken düzenlemeler yeterince öne çıkmamaktadır. Bunun nedeni kişisel verilerin daha çok internet mecralarında ve iktisadi sektörlerde faaliyet gösteren şirketler bağlamında gündeme gelmesi ve tartışılmasıdır. Oysa gerek internetin suç delili sağlamadaki işlevi gerekse maddi gerçeğin ortaya çıkması için yapılan muhakeme işlemleri; kişisel verilerin ceza muhakemesi süreçlerinde de korunması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda öne çıkan muhakeme işlemlerinden biri de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 81. maddesinde düzenlenen “fizik kimliğin tespiti” işlemidir. Bu işlem, ceza muhakemesinde faili tespit etme amacına özgülenmiş durumdadır. Ancak, parmak izi tespiti gibi işlemler olay yeri incelemesinde bir delil aracına dönüşebilmekte, önleyici kolluk kapsamında ise yine bu işlem idari bir faaliyetin parçası olabilmektedir.

[1] Anayasa’nın 20. maddesine 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun’la eklenen 3. fıkraya şu şekildedir: “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Bu çerçevede çalışmamızda, önce kişisel verilerin tanımını ve hukuk sistemimiz içindeki koruma alanını, hukuki dayanağını incelemeyi planlıyoruz. İkinci bölümde ise fizik kimliğin tespiti işlemi, CMK ve Polis Vazife Salahiyet Kanunu (PVSK) bakımından benzerlik, tamamlayıcılık ve çelişme ilişkisi bakımından ele alınacaktır. Biri adli diğeri idari fonksiyona sahip olması gereken bu iki kanunun söz konusu işlemlere uygun çıktılar sağlayıp sağlamadığı, kişisel verilerin korunması ilkesinden hareketle sorgulanacaktır.

I. KİŞİSEL VERİ TANIMI VE ÇERÇEVESİ

A) KİŞİSEL VERİ

Kişisel veri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 3/d maddesinde, “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda bireyin şahsi, mesleki ve ailesine ilişkin özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayırmayı ve niteliklerini ortaya koymayı sağlayan her türlü bilgi kişisel veri olarak nitelendirilmektedir.^[2] Örneğin, kişinin adı, medeni durumu, nüfusa kayıtlı olduğu yer, kimlik numarası, doğduğu yer, telefon numarası, banka hesap numarası, kurum sicil numarası, okul numarası, sosyal medya hesap bilgileri ve şifreleri, fotoğrafı, dijital ya da fiziki yazışmaları birer kişisel veridir. Hatta kişi ile özdeşleşmiş olan araç plakası veya yüzük gibi herhangi bir aksesuar da kişisel veri sayılabilir.^[3] Bu bilgilerin güncel veya kanıtlanmış olması, kişisel veri olarak kabul edilmesi için zorunlu bir koşul değildir.^[4]

25.05.2018 tarihinde AB'ye üye tüm ülkelerde yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation-GDPR) m. 4/1'e göre de kişisel veri “belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır. Tüzüğe göre kişinin belirlenebilir olması;

[2] Sinan Sami Akkurt, “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış,” *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 2, no. 1, (2020): 21; Aydın Akgül, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı,” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 92, (2014): 72.

[3] Berat Duman, “Whatsapp Veri Paylaşım Politikasının Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi (AB Hukuku ile Mukayeseli),” *Adalet Dergisi*, no. 66, (2021): 551.

[4] Gamze Turan Başara, “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, no. 16, (Aralık 2020): 59.

doğrudan ya da dolaylı olarak özellikle bir isim, kimlik numarası, yer verisi, çevrim içi bir tanımlayıcı veri ya da kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel ve sosyal kimliğine ilişkin bilgilerle tanımlanabilmesi anlamına gelmektedir.

Yargıtay kararlarında kişisel veri;

“kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri (T.C kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi) adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA’sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilgi”

olarak tanımlanmaktadır.^[5]

Kişisel verilerin korunmasının bağımsız bir hak mı, özel hayatın gizliliği hakkının bir unsuru mu olduğu noktasında baskın görüş, bunun bağımsız temel bir hak olduğu yönündedir.^[6] Buna rağmen Anayasada bu hak müstakil bir temel hak başlığı altında değil, “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında düzenlenmektedir. Öte yandan kişisel verilerin korunması hakkı; ifade hürriyeti, haberleşme hürriyeti, şeref ve itibarın korunması hakkı ve bilgi edinme hakkıyla da ilişkilidir.^[7]

[5] Yargıtay 22. CD. 29.06.2022, 2022/1745 E. 2022/5271 K. (Kaynak: UYAP)

[6] Faruk Bilir, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na İlişkin Değerlendirme ve İnternet Çağında Kişisel Verilerin Korunması,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 37, no. 2, (2020): 315.

[7] Ömer Özkaya ve İbrahim Toprak, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bir İnsan Hakkı Olarak Kişisel Verilerin Korunması,” *Sayıştay Dergisi* 33, no. 124, (2022): 72.

B) ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİ

Uluslararası metinlerde “hassas veri”, “hassas bilgi”, “özel türde veri” gibi adlandırmalarla karşımıza çıkan bu kavram, 6698 sayılı KVKK’de “özel nitelikli kişisel veri” olarak isimlendirilmiştir. Bu veriler, açıklanması halinde kişinin toplum içinde ayrımcılığa uğramasına veya ötekileştirilmesine sebebiyet vereceği varsayılan yüksek duyarlıklı ve hassas niteliğe sahip kişisel verilerdir.^[8] Kişinin, yaşadığı toplum ve sosyal çevresine göre bu hassasiyet düzeyi değişebilecektir.

Özel nitelikli verilerin korumasız şekilde kamuya açık hale getirilmesi, kişinin özel yaşamını, toplumsal konumunu ve iş ilişkilerini olumsuz yönden etkileyecek ve kişi, kınanma, damgalanma, lekelenme gibi sonuçlarla karşı karşıya kalabilecektir. Dolayısıyla, ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde özel nitelikli verilere sağlanan korumanın amacı, temelde insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkını güvence altına almaktır.^[9]

KVKK m. 6/1’e göre özel nitelikli kişisel veriler “*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 mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*” olarak sayılmıştır. Bu sayım tahdidi olup, bunun kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.^[10] 6698 sayılı Kanun gerekçesinde, bu verilerin başkaları tarafından öğrenildiği takdirde, ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine yol açabilecek türden veriler olması nedeniyle diğer verilerden ayrı olarak düzenlendiği ifade edilmektedir. Benzer gerekçelerle özel nitelikli veriler, 95/46 sayılı Avrupa Konseyi Direktifinde, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde ve Birleşmiş Milletler Rehber İlkelerinde de ayrıca düzenlenmiştir. Görüldüğü

[8] Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 5. Baskı, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 281; Furkan Güven Taştan, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Baskı, (İstanbul: On İki Levha, 2017): 43.

[9] Metin Bulut, “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler,” *Ankara Barosu Dergisi*, (2020/3): 122.

[10] Murat Volkan Dülger, “İnsan Hakları ve Temel Haklar ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.1, (2018): 74.

üzere tüm dünyada kişilerin özel hayatını, mahremiyet hakkını ve kişilik haklarını korumak açısından yalnızca özel hayatlarının korunması değil, veri korunmasının da gerekliliği ve önemi konusunda farkındalık artmaktadır. KVKK'de sayılan özel veri listesi de 108 numaralı Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile paralellik arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, hassas kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir kararında, mesai takibi yapmak için hassas kişisel veri olarak kabul edilen parmak izinin işlenmesi ve kullanılmasını hak ihlali olarak değerlendirmiştir.^[11] Mahkeme kararında, ilgili Kanunlarda kişinin mesai takibi ve çalışanın denetiminde hassas verilerinin kaydedilebileceğine dair açık bir düzenleme olmadığını, aynı zamanda başvuruçunun hassas kişisel verilerinin işlenmesine dair açık rızası olmadığını ve bu nedenlerle mesaiye devam hususunun kontrolü açısından biyometrik verilerin işlenmesinin ve kullanılmasının kanunilik şartını sağlamadığına hükmetmiştir.^[12]

II. FİZİK KİMLİĞİN TESPİTİ

A) BİR SUÇ SORUŞTURMASINDA FİZİK KİMLİĞİN TESPİTİ

1- Hukuki Nitelik

Fizik kimliğin tespiti, suç failinin kim olduğunu tereddütsüz biçimde belirlemeye yönelik bir soruşturma işlemidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81/1. maddesinde bu işlem şu şekilde düzenlenmiştir: “Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.”

Kanunda fizik kimliğin tespiti için iki şart öngörülmektedir. Birincisi; üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır. İkincisi, şüphelinin kimliği belli olmamalıdır. Kimliği belli olan bir şüpheli hakkında ileride kullanılmak üzere bu uygulamanın yapılması mümkün

[11] AYM, *Ramazan Şahin* [GK], B. No: 2018/11988, 10.03.2022.

[12] Özkaya ve Toprak, “Kişisel Verilerin Korunması,” 83.

değildir.^[13] Şüphelinin kimliğinin teşhis yoluyla veya bir tanığın beyanıyla belirlenebildiği durumlarda da fizik kimliğinin tespiti gerekli olmayacaktır.^[14]

Bazı yazarlar, fizik kimliğin tespiti işlemi hukuki nitelik olarak “koruma tedbirleri” içinde mütalaa etmektedir.^[15] Öğretide bir diğer grup ise fizik kimliğin tespitini, keşif, yer gösterme, teşhis gibi “soruşturma işlemleri” arasında değerlendirmektedir.^[16] Bir başka yaklaşım ise bu işlemin bir ispat aracı olduğu yönündedir.^[17]

Kanaatimizce koruma tedbirleri ile benzer özellikleri göstermesi, CMK'nin 81. maddesini o tedbirlerden biri haline getirmez. Elbette, koruma tedbirlerinin ortak ilkeleri olarak yasallık, geçicilik, araç oluş, gecikmede tehlike, haklı görünüş, ölçülülük ve bir karara dayanma şeklinde ifade edilen^[18] şartlar fizik kimliğin tespitinde de geçerlidir. Örneğin, bu işlem haklı bir temele dayanmalıdır; suç isnadı yeterli olmamalı, ortada bir suç şüphesi bulunmalıdır. Kanunda belirtilmemiş olsa da bu şüphe en azından makul düzeyde olmalıdır.^[19] Bütün bunlarla birlikte, unutulmamalı ki suçluluğu henüz

[13] Hakan Hakeri ve Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, 13. Baskı, (Ankara: Adalet, 2016), 128.

[14] Ömer Ömeroğlu, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti,” *TBB Dergisi*, no. 115, (2014): 73.

[15] Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, (Ankara: Adalet, 2020), 357; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2017), 464; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2014), 526; Ömeroğlu, “Fizik Kimlik Tespiti,” 67.

[16] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, (İstanbul: Beta, 2008), 347; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2020), 673.

[17] Kavramı “deliller” üst başlığı altında inceleyen; Nevzat, Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, (Ankara: Savaş, 2020), 250 vd. Delil değerlendirme aracı olarak niteleyen; Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, (Ankara: Adalet, 2021), 690.

[18] Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 4. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2013), 220.

[19] Ömeroğlu, “Fizik Kimlik Tespiti,” 77.

sabit olmamış kişinin o suç nedeniyle hak ve özgürlüğünün sınırlandırılması koruma tedbidir.^[20] Fizik kimliğin tespitinde ise şüphelinin kim olduğunun kuşkuya yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi için -bir soruşturma işlemiyle- ilgilinin kişisel verisinin mahremiyetine dokunulmaktadır. Amaç, doğru kişi hakkında soruşturma ve iddia faaliyetinin yürütülmesidir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kimlik bilgilerinin tespit edilmesine ilişkin görevin ilk soruşturmayı yürüten yetkili makamlara ait olduğunu belirtmiştir.^[21] Aynı doğrultuda 5271 sayılı CMK'nin 170/3-a maddesine göre görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede; “*şüphelinin kimliği gösterilir*”. Hüküm de ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında verilir (CMK m. 225/1).

Şüphelinin kimliğinin duraksamaya neden olmayacak biçimde tespit edilmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Kimliği belirsiz kişi hakkında dava açılmaz. Kimliğin eksik, kapalı ya da çelişkili olarak belirlenmesi karışıklığa, hatta ilgisi bulunmayan bir başka kişinin mahkûmiyetine yol açabilir.

Öte yandan, kişinin kimlik bilgilerinin belli olması ile kim olduğunun bilinmesi farklı olgulardır. Bazen şüphelinin kimlik bilgileri tespit edilemese bile kim olduğu belirlenebilir. İşte bu durum fizik kimliğin tespiti ile mümkündür. Kimlik bilgileri bilinmeyen ve fakat fizik kimliğinin tespitiyle ferden ve fiziken muayyen hale gelen fail hakkında kamu davası açılabilir.^[22] Ancak uygulamada UYAP sistemi kimlik bilgileri girilmemiş kişi hakkında dava açılmasına izin vermeyeceğinden, fizik kimliği tespit edilmiş şüpheliye geçici bir kimlik belgesi çıkartılması ve bunun sadece o ceza yargılamasında kullanılmak üzere nüfus kayıt sistemine de aktarılması gerekecektir.^[23]

Yargıtay bir kararında, Suriye'deki durum nedeniyle diplomatik faaliyetlerinin durdurulması ve adli yardımlaşma taleplerine de ara verildiği gözetilerek, tutuklu bulunan ve bu sebeple parmak izi ve fotoğraf kaydı yapılan şüphelinin, tutuklu olması nedeniyle savunmasının alınabileceği ve

[20] Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 252.

[21] AİHM, *Halise Demirell/Türkiye*, B.No: 39324/98, 28.01.2003.

[22] Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 145; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, (Ankara: Adalet, 2020), 514.

[23] Ömeroğlu, “Fizik Kimlik Tespiti,” 88.

kovuşturma işlemlerine başlanabileceği gözetilmeksizin iade kararı verilmesinde isabet bulunmadığını belirtmiştir.^[24]

Şu halde, ortada takdiri bir tedbir değil, mecburi bir soruşturma işlemi bulunmaktadır. Şüphelinin kimliğinin belli olmaması durumunda soruşturma makamı fizik kimliği tespit yoluna gitmek zorundadır. Böylece, kimliği belirsiz ya da kimliğinde tereddüt olan şüpheli hakkında fizik kimlik verileri iddianamede belirtilerek kamu davası açılabilir. Esasen, CMK'nin 81. maddesi tam da bu durumlar için vardır.

2- Kapsam

Bir suç soruşturması kapsamında fizik kimliğin tespiti için hangi kişisel verilerin kayda alınıp soruşturma dosyasına konulabileceği CMK'nin 81 ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 15. maddesinde sayılmıştır.

Kanuna göre, şüphelinin fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınabilmektedir. Yönetmelikte bunların yanında iris görüntüsü, diş izi, kulak, dudak gibi organların bıraktığı kimlik tespitine yarayabilecek vücut izleri de sayılmıştır. Yönetmelikteki ilave tespit unsurlarının Kanuna aykırı olmadığı kanısındayız. Kanun "*bedeninde yer almış*

[24] Söz konusu dosyada; şüphelinin kimlik bilgilerinin dosyada hiçbir bilgi ve belgeye dayanmayan şüpheli beyanına göre belirlendiği, hazırlık soruşturmasında şüphelinin kimliği tereddüde neden olmaksızın tespit edilmeden dava açılmayacağı gerekçesiyle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de; şüphelinin iddianamede düzenlenen suçtan dolayı tutuklu bulunması ve bu sebeple parmak izi ve fotoğraf kaydının yapılmış olması, komşu ülke Suriye'deki mevcut durum nedeniyle Konsolosluk faaliyetlerinin durdurulması, Şam Büyükelçiliğimizin kapatılmasını takiben Ankara'daki Suriye Büyükelçiliğinin diplomatik statüdeki personelinin de geçtiğimiz günlerde ülkemizden ayrılmaları, bu nedenle gerek Dışişleri Bakanlığı gerek Halep Başkonsoloslüğümüz aracılığı ile Suriye topraklarında konsolosluk koruması ve hizmetleri sunulması imkânlarının oldukça kısıtlı hale gelmesi ve bu çerçevede, Suriye'ye yönelik adli yardımlaşma taleplerine Dışişleri Bakanlığınca yapılacak bildirim kadar ara verilmesi karşısında, şüphelinin tutuklu olması nedeniyle savunmasının alınabileceği ve kovuşturma işlemlerine başlanabileceği gözetilerek iddianamenin iadesine itirazın kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır. (6. CD., 17.03.2016 tarih, 2016/3261 E, 2016/1925 K)

olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri” diyerek, ikincil mevzuata bu imkânı tanımış durumdadır.^[25]

Görüldüğü üzere, fizik kimliğin tespiti ile elde edilen veriler, biyometrik kişisel verilerdir. “Biyometri” ile insana ait fiziksel veya davranışsal özellikler ifade edilmekte olup, biyometrik veriler kişiye özgü, benzersiz ve tektir.^[26] Dolayısıyla bunlar özel nitelikli kişisel veri sınıfına girer; daha titiz bir şekilde korunmalı, güvenceler artırılmalıdır. Biyometrik veriler işlenirken, veri işleme amacıyla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesi özellikle göz önünde bulundurulmalı, her somut olayda bu ilkenin varlığı detaylıca ortaya konulmalıdır.^[27] Ölçülülük ilkesinin bir diğer yansıması olarak, Kanun ve Yönetmelikte sayılan unsurlardan ne kadar azıyla kimlik tespit edilebiliyorsa bu kadarıyla yetinilmelidir.

3- Yetki ve Usul

İşlemi yaptırma karar ve emir yetkisi sadece savcıdadır. Fizik kimlik tespitinin hakim emriyle yapılmasını mümkün görmeyen düşünceye^[28] katılıyoruz. Aksi yöndeki görüşlerin^[29] kanundaki sanık ibaresinden ve yönetmelikte geçen “*kovuşturma dosyası*” ifadesinden dolayı ortaya çıktığı düşüncesindeyiz. Kabul etmek gerekir ki, Kanunda işlemin muhatabı olarak sanıktan bahsedilmesi, kovuşturma evresinde de ya da hakim tarafından da bu tespitini yaptırılabilceği izlenimini uyandırmaktadır. Ancak bu ibare

[25] Yönetmeliğin kanunda öngörülmeyen bir şekilde özgürlüğü sınırladığı ve bu yönüyle hukuka aykırı olduğu yönünde görüşler için bkz. Ömeroğlu, “Fizik Kimlik Tespiti,” 86; Seçkin Koçer, *Ceza Muhakemesinde Kişisel Verilerin Korunması*, (Ankara: Adalet, 2021), 397.

[26] KVKK Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber İlke Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7047/Biyometrik-Verilerin-Islenmesinde-Dikkat-Edilmesi-Gereken-Hususlara-Iliskin-Rehber> (Erişim tarihi: 17.11.2022)

[27] Yunus Emre Aytumur, “Parmak İzi ve Sair Biyometrik Verilerin İşlenmesi ve KVKK Engeli,” *Bursa Barosu Dergisi* 45, no. 113, (Eylül 2020): 123.

[28] Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 308.

[29] Öztürk, Tezcan ve Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 527; Gökçen ve Balcı, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 357.

maddenin ilk halinde hakime de izin verilmesinden dolayıdır. 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmeden 25.5.2005 tarihinde 5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte kural olarak hakimin yetkisi kalkmış, “*sanık*” ibaresi ise hatalı bir şekilde orada aynen kalmıştır. Bu durumda, yönetmelikte kovuşturma dosyasından bahsedilmesi kanuna aykırı hale gelmiştir. Dolayısıyla bu konu savcının yapabileceği bir işlemin hakim tarafından evleviyetle yapılabilmesi ile ilgili değildir. Bu konu, ancak kim olduğu açıklığa kavuşturulmuş bir gerçek kişi hakkında iddia faaliyetinde bulunulabilmesi ile ilgilidir.

Savcı, emri yazılı veya sözlü olarak verebilir; sözlü verdiği takdirde daha sonra yazılı şekle çevirir. Uygulamada bu durum, tutanağa bağlanmış sözlü talimatın tasdik edilmesi şeklinde görülmektedir.

Fizik kimlik tespitinin yapılacağı yer, savcılık değil adli kolluk birimidir.^[30] Yönetmeliğin 15/2. maddesi uyarınca; fizik kimliğin tespiti işlemlerini yerine getirecek kolluk görevlisinin bu konuda özel eğitim almış, uzmanlığı olan bir kişi olması gereklidir. Aynı maddenin üçüncü fıkrası gereğince kişinin ağızındaki dişlerin incelenmesi ve diş izlerinin alınması diş tabibi tarafından yapılır.

Savcının kararına karşı itiraz yolu düzenlenmemiştir. Kişisel verileri işlenen bir kimsenin buna karşı itiraz edebileceği bir merciin bulunmaması önemli bir eksikliklerdir.^[31]

İlgilinin bu işleme rıza göstermemesi durumunda nasıl bir yol izleneceği konusunda da Kanun ve Yönetmelik’te bir cevap yoktur. Alman CMK’de (StPO 163/b-c-d) fizik kimliğin tespiti işlemlerinin şüphelinin rızasına aykırı olarak da yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte işlemin hakim kararına dayanması, karara itiraz edilebilmesi, kayıtların üç aylık süreye tabi olması ve bu sürenin en fazla bir kez uzatılabilmesi, kimlik tespit edilince verilerin derhal silinmesi gibi güvenceler de ihdas edilmiştir.^[32]

Öğretide bir görüş, ilgili bu işleme rıza göstermezse zorla fizik kimlik verilerinin alınamayacağı, rızaya aykırı işlemin “kişinin kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı” (*nemo tenetur*) ilkesine aykırılık teşkil

[30] Öztürk ve Tezcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 528.

[31] Koçer, *Kişisel Verilerin Korunması*, 400.

[32] Feridun Yenisey, Salih Oktar ve Ayla Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu*, 3. Baskı, (İstanbul: Beta, 2020), 301-5.

edeceğini savunmaktadır.^[33] Diğer bir görüş ise bu işlemin bir nevi hüviyet tespiti niteliği taşıdığı ve bu anlamda tıpkı kişinin kimlik bilgileri hakkında doğru cevap vermek zorunda oluşu gibi bu bilgileri de adli makamlara gerektiğinde vermek zorunda olduğu ve bu durumun *nemo tenetur* ilkesine aykırılık teşkil etmediği yönündedir.^[34]

Kanaatimizce, kişinin fotoğrafının çekilmesi, parmak izinin alınması gibi salt tespit işlemleri şüphelinin katlanması gereken düzeydedir.^[35] Kaldı ki, PVSK'nin 5. maddesinde gönüllü kişilerin parmak izi alınabileceği ayrıca ifade edildiğine göre, şartları oluşmuşsa gönüllü olmayanların zorla parmak izi alınabileceği sonucu da çıkmaktadır. Yani polisin idari işlemde var olan yetkinin, savcı kararına dayanan adli bir işlemde evleviyetle bulunduğu düşünülebilir. Gerçekten, bir kasten öldürme veya cinsel saldırı soruşturmasında kimliği tespit edilememiş failin sırf rızası yok diye parmak izi alınmasından imtina edilmesi mağdurun ve toplumun adalet duygusunu zedeler. Bu düşüncelerimize rağmen, bu konuda açık bir yasal düzenlemenin tüm tartışmaları önleyeceği kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki, şüpheli veya sanık kimliğine ilişkin dahi olsa hiçbir soruya cevap vermek zorunda bırakılmamalıdır.^[36] Hukukumuzda şüphelinin kimliği hakkında doğru bilgi vermemesi suçtur; kimliği hakkında susması değil. Kimliği hakkında yanıltıcı bilgi veren kişi duruma göre TCK'nin 206. maddesi gereğince resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan veya TCK'nin 268. maddesinde düzenlenen başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçundan sorumlu olabilir. Bununla

[33] Z. Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2, (2017): 152.

[34] Ali Ersin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü,” *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 16, (Ağustos 2011): 203; Ömeroğlu, “Fizik Kimlik Tespiti,” 87.

[35] Kişilerin ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü ve boyun eğme mecburiyetine ilişkin değerlendirmeler için bkz. İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen,” 121-124.

[36] Asuman İnce Tunçer, “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2, (Kasım 2019): 366.

birlikte kimliği hakkında susan, kimliği de belirlenemeyen ve fakat fizik kimlik tespitine de yanaşmayan bir kişi hakkında bu müeyyidelerden hiç-biri uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Bu durumda sadece Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenen kimliği bildirmeme kabahati söz konusu olabilecektir.

4- Verilerin İmhası

CMK'nin 81/2. maddesi gereğince; kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde fizik kimlik kayıtları Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir. Verilerin kasten imha edilmemesi, TCK'nin 138. maddesinde^[37] düzenlenen “verileri yok etmeme” suçunu oluşturur.

Mahkûmiyet halinde ise bu veriler imha edilmez. Bu durumda Yönetmeliğin “verilerin korunması” başlıklı 17. maddesi gereğince dış izi dışındaki fizik kimlik verileri kolluk tarafından, dış izleri ise bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivlenir.^[38] Bu arşivlemenin süresine dair bir hüküm bulunmamaktadır.^[39] Parmak izi ve fotoğraf -aşağıda görüleceği üzere- polis sistemine de kaydedilmiş olacağı için orada durmaya devam edecek, artık PVSK'de belirtilen sürelerle tabi olacaktır. Diğer verilerin akıbeti konusunda ise mevzuatta bir boşluk bulunmaktadır.

Yargılamanın zamanaşımı, ölüm gibi nedenlerle sona ermesi halinde de bu kayıtların imha edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu hallerin kanunda öngörülmemiş olması bir diğer eksikliklerdir.

[37] “(1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) (Ek: 21/2/2014-6526/5 md.) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”

[38] Başlığı “verilerin korunması” olan bir düzenlemede sadece arşivlemeden bahsedilmiş olması tuhaftır. Aslında bu düzenleme verilerin korunmasını değil, arşivlenmesini içermektedir.

[39] Koçer, *Kişisel Verilerin Korunması*, 401.

Fizik kimliğin tespiti için aldırılan parmak izi ve fotoğraflar dosyasında muhafaza edildiği gibi polisin arşiv sistemine de kaydedilir (PVSK m. 5/4). Kişi mahkûmiyet almamışsa bu veriler dosyasından imha edildiği gibi sistemden de silinmelidir. Aksi takdirde CMK'nin izin vermediği bir arşivleme yapılmış olacaktır. Bu sonuca yol açmamak için PVSK'deki arşivleme sürelerini polisin kendi yetkisini kullanarak aldığı kayıtlar için geçerli kabul etmek gerekir. Dolayısıyla savcı emriyle alınmış ve sisteme girmiş parmak izi ve fotoğrafların sistemden silinmesi CMK m. 81'e göre olmalıdır. Ne var ki öğretide suçun önlenmesi için bu kayıtların polis sisteminde muhafaza edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.^[40] Benzer şekilde, CMK ile PVSK arasındaki çelişkinin sonraki kanun değişikliğine sahip olan PVSK lehine giderilmesi gerektiğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır.^[41] Kanımızca yasa koyucu CMK'deki imha hükümlerini geçersiz ve anlamsız kılacak bir sonucu öngörmemiştir. Sorun PVSK'deki düzenlemenin iki Kanun arasındaki ayrımı belirsizleştirecek şekilde özensiz kaleme alınmış olmasındadır.

CMK kapsamında alınmış parmak izi ve fotoğraf dışındaki (avuç izi, iris, beden ölçüleri gibi) fizik kimlik verileri polis sistemine kaydedilmez, soruşturma ve kovuşturma sürecinde sadece dosyasında muhafaza edilir. Ceza davasında mahkûmiyet kararı çıkması halinde bu veriler kolluk tarafından arşivlenir.

B) PVSK UYARINCA YAPILAN FİZİK KİMLİK TESPİTİ

1- Kapsam

Polisin önleyici kolluk faaliyeti kapsamında fizik kimlik tespiti için edinip kayda alabileceği kişisel veriler, parmak izi ve fotoğraftır. Bu yetkinin usul ve esası PVSK'nin 5/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince polis şu kişilerin parmak izini alarak özgü sisteme (AFİS)^[42] kaydeder:

[40] Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 674.

[41] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 306.

[42] Orijinal adı "*Automated Fingerprint Identification Systems*" olan sistemin baş harfleriyle kısaltılmış ismidir. Türkçesi "Otomatik Parmak İzi Teşhis Sistemi" olan bu sistem ülkemizde de uluslararası adlandırmaya uygun şekilde genellikle AFİS şeklinde ifade edilmektedir.

- Gönüllü,
- Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan,
- Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen,
- Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan,
- Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı,
- Gözaltına alınan.

Bu hallerden ilki (gönüllülük) hariç, diğer tüm durumlarda aynı zamanda kişinin fotoğrafı da çekilerek AFİS'e kaydedilir. (PVSK m. 5/5). Diğer deyişle Kanun, salt gönüllü diye kişiden fotoğraf tespitini ve kaydını yasaklamıştır. Gönüllü kişilerin aydınlatılmış rızaları alınarak^[43] parmak izleri sisteme alınır.^[44]

Suç soruşturması kapsamında CMK m. 81 uyarınca savcı emriyle şüpheliden alınan parmak izi ve fotoğraf ile 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun 21. maddesi gereğince hükümlüden alınan parmak izi ve fotoğraf da AFİS'e kaydedilir (PVSK m. 5/4). Yine, suç yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte sisteme geçer (PVSK m. 5/3). Aynı şekilde, PVSK'nin 4A/11. maddesi gereğince, polisin durdurduğu ve kimlik belgesini göstermeyen, açıklamada bulunmaktan kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişinin, nüfusa kayıtlı değilse parmak izi ve fotoğrafı alınarak AFİS'e kaydedilir.

[43] Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 675.

[44] Emniyet Genel Müdürlüğü internet sitesinde, gönüllülük esasına dayalı olarak verilen parmak izlerinin kişiye sağlayacağı faydalar şöyle ifade edilmektedir: “*Kimlik tespiti amacıyla veya geçmiş durumlarının belgelendirilmesi, doğal afet gibi durumlarda hayatını kaybeden vatandaşlarımızın kimliklendirilmesi, sağ kalan kişilerin adreslerine ulaştırılması ve ailelerine teslimi, sahte kimlik kullanımlarında vatandaşların mağduriyetlerinin giderilmesi, hafıza kaybı (alzheimer) nedeniyle sıkça kaybolma riski taşıyan kişilerin kayıtlı parmak izlerinden ailelerine ulaştırılmasının sağlanması.*” (<https://www.egm.gov.tr/kriminal/olayyeri-sorular> Erişim: 17.11.2020)

Polisin PVSK çerçevesinde parmak izi alabildiği hallerden gözaltı şartı üzerinde biraz daha durmanın yararlı olacağı kanısındayız. PVSK'de parmak izi alınabilecek haller listesi genel olarak polisin idari ve önleyici hizmetleri düşünülerek oluşturulmuştur. Ancak gözaltına alınanların parmak izi ve fotoğraflarını arşivlemek konusunda polise verilen yetki, bu yaklaşımla çelişmektedir. Üstelik, bu yetkinin kullanılmasında isnat edilen fiilin cezasının da bir önemi bulunmamaktadır.^[45] 2007 yılındaki PVSK değişikliğiyle ortaya çıkan bu durumun anlamı, CMK'nin 81. maddesinin kısmen ve örtülü biçimde değiştirilmesidir.^[46] Böylece, biri adli diğeri idari faaliyeti düzenleyen iki kanun, gözaltı işleminde kesişmekte ve aradaki önemli fark belirsizleşmektedir. Hatta kolluğa doğrudan gözaltı yetkisi veren CMK m. 91/4'teki suç kataloğunun genişliğini düşününce, polisin adli bir olayda kendi inisiyatifıyla parmak izi alıp arşivlemesinin önünde herhangi bir engel kalmadığı sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

2- Polis Kayıtlarındaki Fizik Kimlik Verilerinin Kullanılması ve İmhası

AFİS'e kaydedilen parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünün üzerinden on yıl geçmesiyle ve her durumda kayıt tarihinden itibaren seksen yıl dolmuşsa sistemden silinir (PVSK m. 5/10). Aslında sürenin bu kadar uzun tutulması, AFİS kayıtlarındaki verilerin neredeyse süresiz saklanması anlamına gelmektedir. 80 yıl boyunca bu sistemde kalan bilgiler; sadece kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hakim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir (PVSK m. 5/6). Elbette bu amaçların her biri kamu yararına yöneliktir, ancak kişilerin özel hayatının gizliliği ilkesini tamamen bertaraf edecek bir arşivleme uygulaması da ölçüsüz kabul edilmelidir. Nitekim AİHM, *Gaughran/Birleşik Krallık* kararında^[47] başvuranın parmak izi, DNA profili ve fotoğrafının işlenen suçun ciddiliğine bakılmaksızın tutulduğunu, bu verilerin tutulmasına devam edilip edilmeyeceğinin hiç gözden geçirilmediğini, kişiye verilerinin

[45] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 305.

[46] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 305 (315 no.lu dipnot).

[47] AİHM, *Gaughran v. Birleşik Krallık*, B. No: 45245/15, 13.02.2020.

silinmesini talep etme hakkının tanınmadığını belirterek Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.^[48]

PVSK'nin 5/7. maddesi gereğince kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir. Bu düzenleme, polisin sistemle bağlantı kurmasına dair istisnai ve daraltıcı bir şekilde kaleme alınmış gibi görünse de kimlik tespiti gerekçesiyle suçu önleme amaçlı kişisel veri sorgulaması her zaman yapılabileceğinden polisin elinde milyonlarca veri bir arada bulunmuş olacaktır.^[49] Bu durum adaletsiz sonuçlara da yol açabilecektir. Örneğin, daha önceden sürücü belgesi almak için verdiği parmak izi ile sisteme kaydedilen kişinin tesadüfen bir suç yerinde bulunması ve parmak izi bırakmış olması halinde bu kişi şüpheli sıfatını alabilecek, gerçek ortaya çıkıncaya kadar bu sürecin stresine maruz kalabilecektir.^[50]

Şu halde, parmak izi kayıtlarında PVSK ile CMK kurallarının birbiriyle çelişir bir hal alması hukuk güvenliği ilkesine aykırı olduğu kadar,^[51] kişilerin lekelenmeme hakkına da tezat teşkil eder. Bu nedenle olay yerinden edinilen ve bir başka kişiyle eşleşen parmak izi dosya kapsamı ve suçun işleniş biçimine göre titizlikle yoklanmalıdır, peşinen sübuta etkili kabul edilmemelidir.^[52] Olayın intikal ettirildiği C. Savcısı da parmak izi eşleşen kişinin hemen şüpheli olarak ifadesinin alınması talimatını vermek yerine

[48] Oğuzhan Sapan ve Tuğba Ünsal Sapan, "Moleküler Genetik İncelemeler ve Bu İncelemeler ile Elde Edilen Verilerin Başka Ceza Yargılamalarında Kullanılması Sorunu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 35, no. 160, (Mayıs 2022): 33.

[49] Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 678.

[50] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 304.

[51] Erdener Yurtcan, "PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not," *Güncel Hukuk Dergisi*, (Ağustos 2007): 21.

[52] "Katılanın evinin önüne kilitleyerek park ettiği aracının ertesi sabah sağ ön kelebek camı kırılarak araç içerisindeki teyp ve navigasyon cihazının çalındığı ve aracın sağ ön kapı dış yüzeyinden alınan parmak izinin sanığa ait olduğunun tespit edildiği olayda, sanığın aşamalarda değişmeyen inkâra yönelik evinde beslediği kedisinin arada bahçeye atladığını, olay yerinin bahçelerine komşu bahçe olduğunu, kedisini almak için karşı tarafa geçmiş olabileceği ve duvarı atlatırken arabaya temas etmiş olabileceğini savunması karşısında, suça konu aracın bagaj kapağı ve iç ön konsol kısmının da zarar gördüğü fakat sanığın bu bölgelerde parmak izine rastlanmadığı

hayatın olağan akışı ve olayın öyküsüne göre gerekirse o kişinin “bilgi sahibi” olarak beyanının alınmasını istemelidir.

Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir, kanunda yazılı amaçlar dışında kullanılamaz (PVSK m. 5/9). Kanun, sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurulmasını öngörmüştür. Bu sistemin tespit edeceği hukuka aykırılıklar aynı zamanda “kişisel verilerin kaydedilmesi” (TCK m. 135) veya “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” (TCK m. 136) gibi suçlardan yeni bir soruşturmayı da harekete geçirebilecektir. Ayrıca, Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun (KVKK) kararları da bu alandaki kolluk görevlileri tarafından dikkate alınmalıdır.^[53]

3- PVSK ile CMK Düzenlemeleri Arasındaki Farklar

Öncelikle, fizik kimlik verilerinin kayıt ve imhasına ilişkin mevzuatı şu şekilde tasnif edebiliriz: Suç soruşturması sırasında savcı emriyle alınan biyometrik verilerin mahkûmiyet çıkmaması nedeniyle imhası CMK’de düzenlenmiştir. Ceza davası mahkûmiyetle sonuçlanmış ve dosyada soruşturma sırasında alınmış fizik kimlik verileri varsa bunların arşivlenmesi Yönetmelik’te öngörülmüştür. Polisin önleyici ve idari yetkileri kapsamında kendi yetkisini kullanarak aldığı parmak izi ve fotoğrafların belli bir sürenin ardından silinmesi ise PVSK’de düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere karşımızda dağınık bir mevzuat vardır. Bu tablo içerisinde adli fizik kimlik tespiti ile idari fizik kimlik tespitini ayırt edebilmek için PVSK ile CMK arasındaki şu farkların altını çizmek isteriz:

dikkate alınarak, sanığın atılı suçlardan beraati yerine yeterli olmayan gerekçe ile mahkûmiyetine karar verilmesi...” (E. 2020/26809, K. 2022/6946, 07.04.2022)

[53] Örneğin; “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler” ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 tarihli ve 2018/10 sayılı kararı için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10> (Erişim: 18.11.2022)

- PVSK'nin verdiği yetkinin amacı, suçların önlenmesi ve bastırılmasıdır.^[54] CMK'nin amacı ise işlenmiş bir suçun failinin belirlenmesidir. Bundan ötürü, PVSK için başlangıç şüphesi şart değildir, CMK kapsamındaki işlem ise her şeyden önce bir suç şüphesine dayanır. Dolayısıyla polisin kendi yetkisiyle kişisel veri alması daha geniş ve esnek bir zemine sahip iken, savcı emriyle alacağı kişisel veri daha bir alanda, somut olaya özgü olacaktır.
- PVSK'deki düzenleme sadece parmak izi ve fotoğrafların kayıt altına alınmasına izin verirken, CMK kapsamında alınabilecek fizik kimlik verileri daha çeşitlidir.
- PVSK kapsamında parmak izi ve fotoğraf alınması için kişinin kimliğinin her durumda belirsiz olması şart değildir. CMK'deki fizik kimlik tespitinin temelinde ise şüpheli görülen kişinin gerçekte kim olduğunu bilmek ve tespit etmek amacı bulunmaktadır.
- PVSK kapsamında veri almaya karar verme yetkisi tamamen polistedir. İşlenmiş bir suçun soruşturulmasında CMK uyarınca fizik kimlik tespiti ise savcı karar ve emrine bağlıdır.
- PVSK kapsamındaki veriler ileriye dönük olarak arşivlenir. CMK kapsamında alınmış veriler ise mahkûmiyet hali dışında ileriye dönük olarak arşivlenmez.
- Suç yerinden alınan parmak izi, polisin adli görevleri doğrultusunda alınmış olup, esas itibarıyla CMK'nin 160 ve 161. maddeleri gereğince maddi gerçeğin araştırılması bağlamında değerlendirilmelidir. Hatırlatmak gerekir ki, fizik kimlik tespiti için alınan parmak izi delil değildir, kimlik verisidir; olay yerinden veya mukayese için belli bir şüpheliden alınan parmak izi ise delildir.

Bu bağlamda vurgulamak isteriz ki, fizik kimlik tespiti yapılan kimliği belirsiz kişinin, olay yerinden alınan parmak izlerinin, hükümlülerin ve hiç suça karışmamış kişilerin hepsinin verilerinin aynı sistemde yer alması bütün bu farkları anlamsız ve işlevsiz hale getirmektedir. Bu durum, kişisel verilerin korunmasına yönelik güvencelerin yeterince sağlanamadığı anlamına geleceği gibi, ceza muhakemesinin şekli şart ve ilkelerinde de erozyona yol açmaktadır. Nihayet bütün bu gelişmeler, hukuk devleti ilkesinde önemli

[54] Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 677.

kayıplar yaşanmasına neden olmaktadır.^[55] Oysa AİHM'in *S. v. Marper/Birleşik Krallık* kararında^[56] dikkat çektiği üzere, parmak izi gibi kişisel verilerin saklanması ve sonradan işlenen suçlar için karşılaştırılmasına imkân tanınması uygulamada ne kadar başarılı sonuçlar verirse versin, devletlerin masum kişileri ayırması ve bu kişilerin toplum önünde damgalanmalarının önüne geçecek tedbirleri alması gerekmektedir.^[57]

[55] Marc Engelhart, "Kolluk Hukuku ve Ceza Hukuku Arasında Önleyici Düzenlemeler ile Adli Düzenlemeler Arasındaki Sınırların Birbirine Karışması," içinde *Alman ve Türk Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, editörler: Ayşe Nuhoğlu, Ulrich Sieber ve Silvia Tellenbach, (Ankara: TAA Yayınları, 2016), 64.

[56] AİHM, *S. v. Marper/Birleşik Krallık*, B. No: 30562/04, 04.12.2008.

[57] Bu davada başvuru yargılama sonucunda beraat etmiş olmalarına rağmen sistemde kalan kişisel verilerinin yok edilmesi taleplerinin kabul edilmemesi nedeniyle başvuruda bulunmuşlardı. Bkz. Chrysoula Pechlivani, "AİHM m. 8 Işığında Kişisel Verilerin Saklanması," *Fasikül Hukuk Dergisi* 1, no.1, (Aralık 2009): 29-30.

SONUÇ

Kişinin fizik kimlik kayıtları bazen bir suç delili, bazen şüphelinin tespiti için yönelik bir soruşturma işlemi, bazen de önleyici kolluk işlemi olabilir; ama her durumda ve son tahlilde bu kayıtlar kişisel veridir. Bu verilerin korunması bireyin temel hakkı, devletin de yükümlülüğüdür.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesinde düzenlenen fizik kimlik tespiti, yalnızca nüfus kayıt bilgileri tespit edilememiş ya da kimliğinde tereddüt bulunan kişiler üzerinde yapılabilir. Kimliğin tespiti için elde edilen veriler biyometrik verilerdir, bu yönüyle de özel nitelikli kişisel veri sınıfına girmektedir.

PVSK'de düzenlenen parmak izi ve fotoğraf kayıt sistemi ise polisin idari ve önleyici hizmetleri düşünülerek oluşturulmuştur. Ancak Kanun'da bu düşünceyle çelişen hükümler bulunmaktadır. Gözaltındaki şüphelilerden alınan veya olay yerinden tespit edilen parmak izlerinin de sistemde 80 yıl boyunca kalması bu çelişkilerin başında gelmektedir. CMK'deki kişisel verilerin imhasına ilişkin düzenlemeleri etkisiz hale getiren bu durum özel nitelikli/hassas kişisel verilerin daha büyük bir özenle korunması gerekliliğine de gölge düşürmektedir.

Yapılması gereken, adli fizik kimlik tespiti ile idari fizik kimlik tespitinin birbirinden kesin olarak ayrılması, tüm parmak izlerinin aynı havuzda tutulmamasıdır. Bunun için, CMK ile PVSK arasında uyum sağlanmalı; PVSK, güncel sorunlara ve çağdaş gelişmelere uygun bir hale getirilmeli, yapılacak değişikliklerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun kararları da göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akkurt, Sinan Sami. “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış.” *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 2, no.1, (2020): 20-32.
- Akgül, Aydın. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı.” *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 92, (2014): 72-81.
- Aytemür, Yunus Emre. “Parmak İzi ve Sair Biyometrik Verilerin İşlenmesi ve KVKK Engeli.” *Bursa Barosu Dergisi* 45, no. 113, (2020): 121-123.
- Başara, Gamze Turan. “Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8, no. 16, (Aralık 2020): 57-90.
- Bilir, Faruk. “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na İlişkin Değerlendirme ve İnternet Çağında Kişisel Verilerin Korunması.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 37, no. 2, (2020): 305- 342.
- Bulut, Metin. “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler.” *Ankara Barosu Dergisi* 78, no. 3, (2020): 99-150.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 6. Bası, İstanbul: Beta, 2008.
- Duman, Berat. “Whatsapp Veri Paylaşım Politikasının Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi (AB Hukuku ile Mukayeseli).” *Adalet Dergisi*, no. 66, (2021): 543-567.
- Dülger, Murat Volkan. “İnsan Hakları ve Temel Haklar ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1, (2018): 71-144.
- Engelhart, Marc. “Kolluk Hukuku ve Ceza Hukuku Arasında Önleyici Düzenlemeler ile Adli Düzenlemeler Arasındaki Sınırların Birbirine Karışması.” içinde *Alman ve Türk Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Editörler: Ayşe Nuhoğlu, Ulrich Sieber, ve Silvia Tellenbach. Ankara: TAA Yayınları, 2016.
- Ersin, Ali. “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü.” *Ceza Hukuku Dergisi*, no. 16, (2011): 190-207.

- Gökçen Ahmet, Balcı Murat, Alşahin M. Emin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 4. Baskı, Ankara: Adalet, 2020.
- Hakeri, Hakan ve Yener Ünver. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 13. Baskı, Ankara: Adalet, 2016.
- İnce Tunçer, Asuman. “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2, (2019): 355-379.
- Koçer, Seçkin. *Ceza Muhakemesinde Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Adalet, 2021.
- Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*. 5. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Ömeroğlu, Ömer. “Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti.” *TBB Dergisi*, no. 115, (2014): 61-102.
- Özbek, Veli Özer, Doğan Koray ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 9. Baskı, Ankara: Seçkin, 2017.
- Özen, Mustafa. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 4. Baskı, Ankara: Adalet, 2021.
- Özen, Z. İnci. “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2, (2017): 119-168.
- Özkaya Ömer ve İbrahim Toprak. “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bir İnsan Hakkı Olarak Kişisel Verilerin Korunması.” *Sayıştay Dergisi* 33, no. 124, (2022): 71-86.
- Öztürk, Bahri, Tezcan Durmuş, M. Ruhan Erdem ve diğerleri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014.
- Pechlivani, Chrysoula. “AİHM m. 8 Işığında Kişisel Verilerin Saklanması.” *Fasikül Hukuk Dergisi* 1, no. 1, (2009): 29-30.
- Sapan, Oğuzhan ve Tuğba Ünsal Sapan. “Moleküler Genetik İncelemeler ve Bu İncelemeler ile Elde Edilen Verilerin Başka Ceza Yargılamalarında Kullanılması Sorunu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 35, no. 160, (2022): 1-46.

- Şahin, Cumhuri. *Ceza Muhakemesi Hukuku I.* 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013.
- Taştan, F. Güven. *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması.* 2. Baskı, On İki Levha, 2017.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku.* 20. Baskı, Ankara: Savaş, 2020.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku.* 17. Baskı, Ankara: Adalet, 2020.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhuğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku.* 8. Baskı, Ankara: Seçkin, 2020.
- Yenisey, Feridun, Oktar Salih ve Ayla Oktar. *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu.* 3. Baskı, İstanbul: Beta, 2020.
- Yurtcan, Erdener. “PYSK Değişikliğine Dair Birkaç Not.” *Güncel Hukuk Dergisi*, (Ağustos 2007): 8-44.
- <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7047/Biyometrik-Verilerin-Islenmesinde-Dikkat-Edilmesi-Gereken-Hususlara-Iliskin-Rehber>
- <https://www.egm.gov.tr/kriminal/olayyeri-sorular>
- <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10>
- www.uyap.gov.tr
- AİHM, Halise Demirel v. Türkiye, B.No: 39324/98, 28.01.2003.
- AİHM, S. v. Marper/Birleşik Krallık, B. No: 30562/04, 04.12.2008.
- AİHM, Gaughran v. Birleşik Krallık, B. No: 45245/15, 13.02.2020.
- AYM, Ramazan Şahin [GK], B. No: 2018/11988, 10.03.2022.

Sanığın veya Hükümlünün Ölümü

Ersin ŞARE*

“Ölüm Her Şeyi Eşit Kılar”

“Omnia Mors Aequat”

“Death Makes All Things Equal”

Seneca, *Epistulae Morales*, 91. Mektup

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Avukat, Mersin Barosu (15 Ekim 2011-15 Aralık 2022 tarihleri arası hakim olarak görev yapmıştır.) ersinshare@hotmail.com, **ORCID ID:** 0000-0003-1441-5146.

Makale geliş tarihi: 27 Aralık 2022 **Makale kabul tarihi:** 11 Temmuz 2023

Atf önerisi: Şare, Ersin. “Sanığın veya Hükümlünün Ölümü.” Ankara Barosu Dergisi 81, no. 3 (Temmuz 2023): 289-332. **DOI:** 10.30915/abd.1225017.

ÖZ

Suçun işlenmesi ile birlikte birey ile devlet arasında ceza ilişkisi kurulur ve devletin cezalandırma hakkı doğar. Suçun birey tarafından işlenip işlenmediği bağımsız ve tarafsız mahkemelerce tespit edilir. Birey ile devlet arasında kurulan ceza ilişkisi ancak mahkeme tarafından verilen cezanın infazı ile son bulur. Fakat bazı nedenlerle bu ceza ilişkisi, verilen ceza infaz edilmeden önce kesilebilir. Ceza ilişkisini kesen nedenlerden biri kişinin ölümüdür. Türk Ceza Kanunu'nda bir suçun failinin ölümü davayı ve cezayı düşüren neden olarak kabul edilmiştir. Ceza kanununda sanığın ölümü ile hükümlünün ölümü arasında ayırım yapılmıştır. Bu ayırım müsadere ve yargılama gideri yönünden önem taşır. Sanık öldüğünde yargılamaya devam olunarak hakkında beraat kararı verilip verilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sanık ölse de “*lekelenmeme hakkı*”nın gereği olarak yargılamaya devam olunmalıdır. Toplanan delillere göre ölen sanığın suçsuz olduğu anlaşılıyorsa beraat kararı verilmelidir.

Anahtar kelimeler:

ölüm düşme kararı müsadere

lekelenmeme hakkı cezalandırılabilme

DEATH OF ACCUSED OR CONVICT

ABSTRACT

When an individual commits a crime, a criminal relationship is engaged between the individual and the State, on such an occasion, right to punish of the State arises. The decision of whether the crime was committed by the individual is detected by independent and impartial courts. The criminal relationship engaged between the individual and the State cease only with the execution of the sentence given by the court. However, for some reasons, this criminal relationship may be terminated before the sentence is executed. One of the reasons that cuts off the criminal relationship is the death of the person. In the Turkish Penal Code, the death of the perpetrator of a crime has been accepted as a reason to remove the case and the sentence. In the Criminal Code, a distinction is made between the death of the accused and the death of the convict. This distinction is of importance in terms of confiscation and trial costs. It should be discussed whether a decision of acquittal can be given with the continuation of the trial of the accused in the event of a death. According to one view, even if the accused dies, the criminal proceedings must be continued as a requirement of his “right to good reputation “. If, according to the collected evidence, it is understood that the deceased accused is innocent, the decision of acquittal should be given.

Keywords:

death decision of dismissal confiscation

right to good reputation punishability

GİRİŞ

Devleti aralarında kuran insanlar; devletin, insanlar tarafından sınırları öncesinde çizilen kendi hak ve özgürlükleri ihlal etmemesini, kendilerinin de devletin koyacağı kurallara razı geleceklerini kabul etmişlerdir.^[1] Herkesin ceza kanununa uyma ve suç işlememe yükümlülüğü bulunmaktadır.^[2]

Kişilerin, yükümlüklerine aykırı davranarak suç işlemeleri halinde devletin suçluları cezalandırma hakkı ve hatta yükümlülüğü doğmaktadır.^[3] Suç işleyen kişiler de verilecek olan cezaya boyun eğmekle, katlanmakla yükümlüdürler;^[4] kişi işlediği suç karşılık verilen cezayı çekmekle esasen bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır.^[5] Cezanın çekilmesi ile beraber devletin cezalandırma hakkı tükenmiş olur.^[6]

[1] Yaygın olarak ifade edilen bu görüşün, devletin cezalandırma yetkisini “toplum sözleşmesi” kuramı ile temellendirdiği söylenebilir. Ceza ile amaçlanan toplumsal düzenin sağlanması ve kargaşa haline son verilmesidir. Ancak günümüzde aslında ceza yetkisinin, kurulu düzenin, bireyler üzerinde iktidarını sağlaması için araç işlevi gördüğünü, değişen ekonomik ve toplumsal düzene paralel olarak bedensel cezaların, hürriyeti kısıtlayıcı hapis cezalarına dönüşmesiyle birlikte devletin bedenler üzerinde değil, daha geniş kitlelerin ruhları üzerinde hakimiyet kurmaya çalıştığını, cezalandırma iktidarının yeni bir ekonomisini ve yeni bir teknolojisini oluşturmak için zamanla ceza ıslahatının gerçekleştiğini ve bedeni cezaların ortadan kalktığını ifade eden görüş de bulunmaktadır. Bkz. Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, (Ankara: İmge Kitabevi, 2019), 147-66.

[2] Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2017), 505.

[3] Zeki Hafizoğulları, “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukuki İlişkisi ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri,” *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, ed. Mehmet Murat İnceoğlu (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008), 388. Bir suçun işlendiği ancak yapılan yargılama sonucunda belirleneceğinden, suç işleyen fail ve ortakları hakkında esasen dava açma hakkı doğmakta ve sonrasında verilecek kesinleşmiş mahkumiyet hükmü ile birlikte infaz hakkı doğmaktadır. Bkz. Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997), 923.

[4] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 506.

[5] Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016), 584.

[6] Erem, Danışman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 923.

Suçun işlenmesi ile birlikte, suç işleyen kişi ile devlet arasında ceza ilişkisi kurulur.^[7] Cezanın infazının sonuna kadar süren bu zorunlu ilişki, devletin cezalandırma hakkının bir sonucudur.^[8] Ceza ilişkisinin kurulması, yargılama ilişkisinin kurulmasını da gerektirir; devlet, cezalandırma hakkını kişiyi bizzat cezalandırmak suretiyle kullanamaz, yargı organlarına başvurmak zorundadır.^[9]

Devlet ile kişi arasında tesis olan ceza ilişkisi hukukidir ve çerçevesi kanunlarla belirlenmiştir.^[10] Bu nedenle getirilen kurallar insan davranışlarının yanı sıra devletin ilgili organlarını da sınırlamaktadır; mesela devlet suç işleyen kişiyi kanunda öngörülen soyut cezadan daha ağır şekilde cezalandıramaz.^[11] Ayrıca önceden belirlenen usullere ve esaslara bağlı kalınarak yargılama yapılması gerekmektedir.^[12]

Suçun işlenmesi ile birlikte ceza ilişkisinin kurulması, kişinin mutlak olarak cezalandırılacağı sonucunu doğurmaz; başka bir ifade ile ceza ilişkisi, taraflar arasında mutlak değildir; kanunun öngördüğü fiili ve hukuki bazı nedenlerle ortadan kalkabilmektedir.^[13] Taraflar arasındaki bu ceza ilişkisinin mutlak olmayışı ve her durumda suç işleyen kişiye ceza verilmesinin ya da uygulanmasının mümkün olmaması nedenleriyle aradaki

-
- [7] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 505; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2020), 751.
- [8] Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 750.
- [9] Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III* (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 349.
- [10] Hafizoğulları, suçun işlenmesiyle birlikte kişi ile devlet arasında ortaya çıkan bu ilişkiyi “*cezalandırma hukuki ilişkisi*” olarak nitelemektedir. Bkz. Hafizoğulları, “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma,” 392.
- [11] Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 535.
- [12] Hafizoğulları, “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma,” 394.
- [13] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 510. Hafizoğulları, kişinin suç işlemesi ile tesis olan ceza ilişkisinin, kişisel ve kamusal çıkarlar gözetilerek kanunun öngördüğü nedenlerle sona erdirildiğini ifade etmektedir. Bkz. Hafizoğulları, “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma,” 387.

ilişkiyi “cezalandırılabilme”^[14] ya da “cezalandırılabilirlik”^[15] ifadeleri ile karşılamak mümkündür.^[16]

Ceza ilişkisi, bazen kanunda belirtilen yollardan geçilerek infazla son bulurken,^[17] bazen de suçu doğuran hareketin dışında kalan diğer nedenlerle kesilebilir ya da ortadan kalkabilir.^[18] Örneğin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil gerçekleştirmesine rağmen ceza siyaseti gereği bazı nedenlerin varlığı halinde kişilere ceza verilmez.^[19] Yine bazı nedenlerin varlığı halinde devletin cezalandırma hakkının son bulduğu kabul edilir. Bu bağlamda

[14] Kunter, “cezalandırılabilme” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949), 171-72.

[15] Toroslu, suçun işlenmesi ile birlikte birey ile devlet arasında ortaya çıkan hukuki durumu “cezalandırılabilirlik” kavramı ile karşılamakta, “cezalandırılabilirliğin” cezanın uygulanabilirliğini, yani ceza verme imkanını nitelediğini ifade etmektedir. Bkz. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2012), 444.

[16] “Cezalandırılabilme”nin suça dahil olmadığını, suçun onsuз meydana geldiğini, cezalandırılabilmenin suçun meydana gelmesi ile cezanın uygulanması arasında bir evre olduğunu savunan görüşler olduğu gibi (Bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 172-73; suç oluştuğundan sonra failin cezalandırılmaması şeklindeki kabul halinde “cezalandırılmayan suç” tabirinin ortaya çıkacağını ifade eden Kunter bu görüşe katılmamaktadır. Bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 178.) “cezalandırılabilme”nin esasen suçun bir unsuru olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. (Bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 182. “cezalandırılabilmenin unsur oluşunu biz, yalnız cezalandırılabilmeye tesir eden sebeplerin mevcudiyeti ve cezalandırılabilmenin şarta bağlanması ile izah etmekteyiz.”) Bu ayrım özellikle ceza ilişkisini sona erdiren nedenlerin hukuki niteliğini belirlemede önem taşır.

[17] Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1992), 735; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 705: “Devlet ve fail arasındaki ceza ilişkisinin normal şekilde sona ermesi cezanın infazı ile olur.”

[18] İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 750; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012), 689.

[19] Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1985), 185.

“cezalandırılmayı önleyen nedenler” ile “cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenler” şeklinde ayırım yapıldığını söylemek gerekir.^[20]

“Cezalandırılmayı önleyen nedenler”, fiil işlenirken mevcutturlar ve esasen devletin ceza verme hakkının doğumuna etki ederler. Şahsi cezasızlık nedenleri, cezayı tümüyle ortadan kaldıran etkin pişmanlık,^[21] yasama bağışıklığı ve isnat edilebilir olmama durumları cezalandırılmayı önleyen nedenler kapsamındadır.^[22] Yine ilgili suç tipinde, “objektif cezalandırılabilme şartı” belirlenmişse, bu şartın gerçekleşmemiş olması cezalandırılmayı önleyen olumsuz bir nedendir.^[23]

[20] Gian Domenico Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*, Çev. Atıf Akgüç (Padova: 1965), 181; Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 185; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 735.

[21] Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 186-87.

[22] Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 444. Bazı durumlarda kişiler, şahsi nedenlerden dolayı cezadan muaf olsalar da; psişik durumu ne olursa olsun, ceza kuralı herkese hitap etmektedir; herkes, istisnasız, ceza kanununun muhatabıdır. Bkz. Hafizoğulları, “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma,” 390.

[23] Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 444. Suç fiili dışında, suç fiilinden sonra, en fazla onunla aynı anda gerçekleşen, bu nedenle suçu oluşturan davranıştan ayrı ve failin veya üçüncü kişilerin iradi ve gayriiradi hareketinin neden olabileceği olgular, objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilmekte; objektif cezalandırılabilme şartının kast ve taksirin kapsamında olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 446-47. Kunter, cezalandırma şartlarını suçun unsuru olarak görmekte ve esas incelenmesi gerektiği yerin suç teorisi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 195-96. Kunter de, cezalandırılabilme şartının kast ve taksir kapsamında olmadığı görüşündedir. Bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 202. Öğretide objektif cezalandırılabilme şartı olarak gıyapta hakaret suçu örnek verilmektedir. Gıyapta hakaret suçunun oluşumu için üç kişi ile ihtilat edilmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkeme failin, hakaret ederken üç kişinin bu sözlerini duyduğunu bilmesi ve istemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda üç kişi ile ihtilat şartının bir objektif cezalandırılabilme şartı değil, suçun maddi unsuru olduğunu söylemek gerekir. Bu yönde karar için bkz. Yargıtay 18. Daire, E. 2016/8464, K. 2018/5346, 11.04.2018.

“Cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenler” ise ceza verme hakkının doğumundan sonra etki gösterirler.^[24] Türk Ceza Kanunu’nda “*Dava ve Cezanın Düşürülmesi*” başlığı altında düzenlenen; sanığın veya hükümlünün ölümü (TCK madde 64), af (TCK madde 65), zamanaşımı (TCK madde 66 ve 68), önödeme (TCK madde 75), şikayet yokluğu (TCK madde 73) cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenler olarak kabul edilmektedir.^[25] Soruşturma sürecinin başlangıcından, yapılan yargılama sonucu verilen kararın kesinleşmesine kadar ki süreçte cezalandırma ilişkisini ortadan kaldıran sebeplere “*dava ilişkisini düşüren nedenler*”; karar kesinleşip cezanın infazına başlanmasından, infaz sürecinin tamamlanmasına kadar ki süreçte cezalandırma ilişkisini ortadan kaldıran sebeplere “*infaz ilişkisini düşüren nedenler*” olarak nitelendirmek mümkündür.^[26] Dava görülmeden ceza verilemeyeceği için dava ilişkisini düşüren her neden infaz ilişkisini de düşürecektir.^[27]

Dava ilişkisini düşüren nedenler; sanığın ölümü, şikayetten vazgeçme, uzlaşma, dava zamanaşımı, önödeme ve af ilanıken, infaz ilişkisini düşüren

[24] Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 249; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 735. Ayrıca failin cezalandırılabilmesi ile fiilin cezalandırılabilmesine ilişkin bir ayırım yapıldığını söylemek gerekir. Bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 178, 239.

[25] Ceza ilişkisinin kesildiği bu hallerde, toplanan delillere göre suçun unsurlarının, objektif cezalandırılabilme koşullarının ve ceza muhakemesi şartlarının gerçekleştiği, fiil ile failin belli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013), 515.

[26] İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 750. Toroslu, soyut anlamda cezalandırılabilirlik, somut anlamda cezalandırılabilirlik ayırımı yapmaktadır. Maddi ceza hukukunun bütün unsurlarının gerçekleşmesi ile soyut anlamda cezalandırılabilirliğin, mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi ile somut anlamda cezalandırılabilirliğin doğduğunu belirtmekte; davayı düşüren nedenlerin soyut anlamda cezalandırılabilirliği, cezayı düşüren nedenlerin ise somut anlamda cezalandırılabilirliği ortadan kaldırdığını ifade etmektedir. Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 454-55.

[27] Yüce, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, 185.

nedenler; hükümlünün ölümü, ceza zamanaşımı ve yine cezanın infazına etki eden af ilanıdır.^[28]

Beccaria göre, suçları önleyen en önemli frenlerden biri, cezaların ağırlığı değil, cezaların kaçınılmaz olmasıdır.^[29] Birey ile devlet arasındaki ceza ilişkisini kesen ve ortadan kaldıran nedenlerin “*cezaların kaçınılmaz olması*”nın bir istisnası olduğunu söylemek mümkündür. İstisna niteliğindeki bu nedenlerin geniş yorumlanamayacağı düşünülebilir. Ancak öğretide, cezalandırma ilişkisini sonlandıran nedenlerin kişinin lehine olarak göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir.^[30]

Bu çalışmada cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenlerden biri olan “*sanığın veya hükümlünün ölümü*” konusu incelenecektir. Ama ilk olarak cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenlerin hukuki niteliği konusunda açıklama yapılacaktır. Zira bu açıklama sanığın veya hükümlünün ölümü halinde ortaya çıkacak hukuki durumun ve yapılması gerekenin tespitinde yol gösterici olacaktır. Kanun koyucu sanık ile hükümlünün ölümü arasında ayrıma gitmiştir. Bu ayırım yapılırken müsadere konusu öne çıkarılmıştır. Bu nedenle ayrı bir başlık altında müsadere konusu incelenmiştir. Sanığın ölümüyle beraber ortaya çıkan bir diğer sorun, beraat etmesi gerekirken ölen sanık hakkında düşme mi yoksa beraat kararı mı verileceği noktasındadır. Kişilerin sahip oldukları “*lekelenmeme hakkı*” dikkate alınarak bu konu ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

I. CEZALANDIRMA İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN NEDENLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

TCK’da “*Dava ve Cezanın Düşürülmesi*” başlığı altında yer verilen cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenlerin hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin yönlerinin olduğu ve dolayısıyla bu kurumun mutlaka birisinin içerisinde değerlendirilmesi zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilmektedir.^[31]

[28] Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 722-23.

[29] Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk (Ankara: İmge Kitabevi, 2020), 129.

[30] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 736.

[31] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 706.

Hafizoğulları/Özen'e göre; ceza ve davanın düşmesine neden olan sebepler maddi ceza hukukuna aittirler; çünkü öteki maddi ceza hukuku kurumlarına benzer olarak, kıyas yasağı, lehte kanun ilkesi eksiksiz bunlar için de geçerlidir.^[32]

Erem/Danışman/Artuk'a göre de; davayı düşüren sebepler esasen suça ilişkindirler ve bu nedenle usul hukukundan ziyade maddi hukuka aittirler.^[33] Suçun işlenmesiyle birlikte devlet yönünden cezalandırma hakkı doğar; suç işleyen kişi hakkında yürütülen dava esasen bu hakkın yerine getirilmesinde bir araçtır. Cezalandırma hakkının ortadan kalktığı bir durumda, esasen vasıta görevi gören dava değil, suç ortadan kalkar.^[34] Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nda, "suçu düşüren nedenler" ifadesinin kullanıldığı belirtilmektedir.^[35]

Kunter ve Önder'e göre, cezalandırma ilişkisini sona erdiren bir nedenin varlığı suçu ortadan kaldırmaz.^[36] Örneğin asli fail konumundaki sanığın ölümü halinde suçun ortadan kalktığı kabul edilirse iştirak halinde işlenen bir suç söz konusu olduğunda suça iştirak eden diğer kişileri cezalandırmak mümkün olmaz.^[37] Geçmişte meydana gelmiş bir olay olarak suç varlığını

[32] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 512.

[33] Erem, Danışman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 923.

[34] Giuseppe Bettiol, "Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi," çev. Faruk Erem, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (1955): 3-4.

[35] Erem, Danışman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 924. İtalyan Ceza Kanunu'nda "suçun düşmesi" ifadesinin kullanılması eleştirilmektedir. Bkz. Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*, 182: "Çünkü bu gibi hallerde ortadan kalkan şey, bütün varlığı veya tümlüğü ile suç değil, suçun bir neticesi olarak kabul edilen cezalandırmadır."

[36] Bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 255-56; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 739.

[37] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 738.

sürdürür.^[38] Suç işleyen kişinin ölümü halinde ortadan kalkan devletin cezalandırma sorumluluk ve yetkisidir.^[39]

Cezalandırma ilişkisini sona erdiren (TCK'da ki ifadesi ile dava veya cezayı düşüren) bir nedenin var olduğu hallerde, meydana gelen suçun, daha doğru bir ifade ile suç teşkil eden fiilin ortadan kalktığı söylenemez. Zira olmuş bir şey olmamış olarak kabul edilemez.^[40] Mahkumiyetin tüm sonuçlarını ortadan kaldıran bir af yasası bile işlenen fiili ortadan kaldıramaz.^[41] Nitekim TCK'nın 74. maddesinin 2. fıkrasında; “*kamu davasının düşmesi, malların geri alınması ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemez.*” ve aynı maddenin 3. fıkrasında; “*cezanın düşmesi şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez.*” hükümlerine yer verilmiştir. Sanık ya da hükümlü ölse bile uğranılan zararın ölen kişinin terekesinden ve mirasçılardan tazmini istenebilecektir. Cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenlerden biri olan ölüm halinde fiil ortadan kalksaydı, tazminat talebi de mümkün olmayacaktı.^[42]

Usul hukukuna ilişkin yönleri olsa da cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenler esasen maddi hukuka aittirler ve bu yüzden TCK'da yer verilmesi doğru bir tercihtir. Zira cezalandırma hakkı doğduktan sonra devletin dava açma hakkı doğar.^[43] Cezalandırma hakkı faili cezalandırmaya yönelmişken, dava hakkı hem cezalandırmaya hem de suçsuz bulunması halinde failin

[38] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 736.

[39] Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 938.

[40] Bettiol, “Suç,” 4.

[41] Selâhattin Keyman, “*Türk Hukukunda Af*” (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 1965), 57: “*fiil bir kere işlenmiştir ve bu husus her zaman için bir vakıa olarak mevcudiyetini muhafaza edecektir.*”

[42] Yüksek Mahkeme sanığın ölümünün suçu ortadan kaldırmayacağı, ancak suçtan sorumlu tutulacak kişi bulunmadığından, devletin suçla birlikte ortaya çıkan cezalandırma sorumluluk ve yetkisinin sona ereceği görüşündedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2016/5.MD-469, K. 2019/591, 10.10.2019; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2014/13-581, K. 2016/34, 26.01.2016.

[43] Devletin cezalandırma hakkı ile ceza davası hakkının birbirinden bağımsız haklar olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, 233.

beraat etmesine yönelebilir; dava hakkı bir araçtır ve cezalandırma hakkı sona erdikten sonra dava hakkının da bir anlamı kalmaz. Ancak cezalandırma hak ve yetkisi doğduktan sonra muhakeme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılır.^[44] Bu nedenle TCK'da düşme sebepleri^[45] olarak gösterilen, “*cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenler*”in asıl olarak etkilediği alan cezalandırma hakkıdır ve maddi ceza hukukunu ilgilendirirler.^[46]

5237 sayılı TCK'nın “*Dava ve Cezanın Düşürülmesi*” başlığı altında ve 64. maddede düzenlenen “*sanığın veya hükümlünün ölümü*” nün, diğer düşme sebeplerinden farklı olmadığı düşünülebilir. Ancak öğretilerde bu konuda farklı görüşlerin bulunduğunu söylemek gerekir. Zira ölüm halinde devletin ceza verme hakkından söz edilemeyeceği ve bulunmayan bir şeyin düşmüş olmasından bahsedilemeyeceği; zamanaşımı ile karşılaştırıldığında ölüm halinde devletin ceza verme hakkını gerçekleştirmesinin ve ceza uygulamasının imkansız olduğu ifade edilmektedir.^[47] Şüphesiz bu görüş özgürlüğü kısıtlayıcı hapis cezaları için geçelidir. Zira adli para cezasına mahkumiyet halinde, hükümlünün ölümünden sonra adli para cezasının infazı yönünden maddi bir imkansızlık bulunmamaktadır.^[48] Hükmedilen adli para cezası ölen hükümlünün terekesinden tahsil edilebilir. Ancak kanun koyucu bunu tercih etmemiştir. (Bkz. TCK 64/2. madde)

[44] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 741.

[45] Düşmenin suçun unsurları veya cezalandırılmasına ilişkin şartların dışında bir kurum olduğu savunulmaktadır. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 707. Böyle bir kabul düşme sebeplerinin daha ziyade usul hukukunu ilgilendirdiği görüşü ile bağdaşmaktadır.

[46] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 365.

[47] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 736-37.

[48] Erem, Danışman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 930.

II. CEZALANDIRMA İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN NEDEN: SANIĞIN VEYA HÜKÜMLÜNÜN ÖLÜMÜ

Modern ceza hukukunda, yaşayan insanların ceza sorumluluğu kabul edilir.^[49] Ölümlerin yargılandığı, cezalandırıldığı ve cesetlerine zarar verildiği dönemler geride kalmıştır.^[50] Artık ceza hukukunda “*Extinguitur crimen Mortalitate*” kuralı egemendir.^[51]

Ceza ilişkisinin kurulmasının amaçları arasında suçların önlenmesi ve toplumsal adaletin sağlanması başta gelir. Esas itibarıyla ceza ilişkisini sonlandıran düşme sebepleri, genel-özel önleme ve adaletin sağlanması yönünden cezalandırma ihtiyacının kalmadığı durumlarda söz konusu olur.^[52] Ölüm halinde cezanın genel önleme etkisi kaybolur; ölü üzerinde gerçekleştirilecek tasarrufların korkutucu etkisinden çok tiksindirici etkisi olur;^[53] ayrıca ölüm halinde cezanın kefaret esasını gerçekleştirmek mümkün değildir; çünkü

[49] Erem, Danişman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 928. Bir suçun faili olmak için hem insan hem de hayatta olmak gerekir. Bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 369.

[50] Geçmiş dönemlerde ölüye karşı cesedin gömülmemesi, mezarının tahrip edilmesi gibi cezaların uygulandığı ifade edilmektedir. Bkz. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 740.

[51] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 738. Failin ölümü için kullanılan diğer bir tabir “*mors omnia solvit*” (ölüm her şeyi çözümler) ifadesidir. Bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 370.

[52] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 705.

[53] Foucault, Avignon’da uygulanan, bir idam olayını nakletmektedir: İdam cezasına mahkum edilen kişiye azap çektirmek istenmiş ancak vahşet kişi öldükten sonra gerçekleştirilmiştir; cellat, idam ederek öldürdüğü kişinin sinirlerini iki topuğuna doğru yarmış, sonra karnını deşerek iç organlarını çıkarmış, bu iç organları demir kancalara takmış ve onları tıpkı hayvan sakatatına yapıldığı gibi parçalara böldükçe başka kancalara asmıştır. Bkz. Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, 96-7. Foucault, bedeni cezaların zamanla halk tarafından büyük tepki topladığı, iktidarın sürdürülebilmesi için bedeni cezaların ortadan kalktığı, yani ceza hukukunun insanileşmesinin yeni bir iktidar yaratmanın ve iktidarda kalmanın zorunluluğu olarak belirdiği görüşündedir. Bkz. Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, 109 vd.

ölü bir insana acı ve ızdırap çektirilemez.^[54] Ölüm halinde cezanın ıslah amacını gerçekleştirmek mümkün değildir.^[55]

Sanığın veya hükümlünün ölümünden sonra yakınlarının cezalandırılması ya da ölen kişi hakkında verilen cezanın yakınlarına çektirilmesi mümkün değildir.^[56] Aksi durum “*cezaların şahsiliği ilkesi*”ne aykırılık teşkil eder.^[57]

Cezalandırma ilişkisini sona erdiren nedenleri kendi arasında farklı bir ayrıma tabi tutmak mümkündür: Tüm suçlar için geçerli olmak üzere ceza ilişkisini sona erdirenler “*genel nedenler*”, belli suçlarda cezalandırma ilişkisini sona erdirenler ise “*özel nedenler*” denebilir. Ölüm, cezalandırma ilişkisini sona erdiren genel bir nedendir.^[58] Ölüm halinde her suçlu ve her türden suç için aynı sonuçlar doğar. İnsanlar eşit olarak doğmazlar ancak ceza hukuku bağlamında eşit olarak ölürlər.^[59]

Ölüm nedeniyle sanık veya hükümlü hakkında düşme kararı verilebilmesi için öncelikle sanık veya hükümlünün ölü olduğunun tespit edilmesi gereklidir.

[54] “*Nasıl bir heykelin kırbaçlatılması hiçbir iz bırakmazsa, cezanın cansız gövdeye uygulandığı bu son durumun da, yaşayan insanlar üzerinde hiçbir etkisi olmayacaktır.*” Bkz. Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 165.

[55] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 739.

[56] Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953), 660.

[57] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 707. Ceza sorumluluğunun şahsiliği, ceza sorumluluğunun başka kimselere geçmemesi, bizzat kişinin üstünde kalmasıdır. Bkz. Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 512; Yüksek Mahkemeye göre de; fiili gerçekleştiren sanığın ya da hükümlünün ölümüyle cezaların şahsiliği ilkesi gereğince fiilden başkasının sorumlu olması mümkün değildir ve bu nedenle ceza ilişkisi düşmektedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2016/5.MD-469, K. 2019/591, 10.10.2019; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2014/13-581, K. 2016/34, 26.01.2016.

[58] Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 752.

[59] “*Eşit doğmadık ama eşit ölürüz*” ifadesi Seneca’ya aittir. Bkz. Lucius Annaeus Seneca, *Ahlak Mektupları*, çev. Türkan Uzel (İstanbul: Jaguar Kitabevi, 2019), 362. Makalenin başında Seneca’ya ait olduğu belirtilen ifadenin aslı “*ölü külleri herkesi eşit kılar*” şeklindedir. O dönemde ölümler yakılmakta ve külleri muhafaza edilmektedir. Bkz. Seneca, *Ahlak Mektupları*, 362.

A) ÖLÜM VE KİŞİNİN ÖLÜ OLDUĞUNUN TESPİTİ

Kelime anlamıyla ölüm “*bir insanın yaşamının son bulması, sönmesi*” olarak tanımlanmıştır.^[60] Bir kişinin ölü olarak kabul edilebilmesi için öldüğü anın tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak kişinin öldüğü ana ilişkin ne özel hukukta ne de kamu hukukunda bir tanımlama yapılmamıştır; zira günümüzde ölüm anının tespiti konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır ve bu konudaki sorun ancak tıp bilimiyle çözülebilecek niteliktedir.^[61]

Ölüm anı bakımından kalp ve dolaşım faaliyetinin durmasının değil, beyin ölümünün esas alınması gerektiği belirtilmektedir.^[62] Beyin ölümünün esas alınması esasen organ nakli ameliyatlarının başarı ile gerçekleştirilmesi için son yıllarda zaruret olarak ortaya çıkmıştır; zira bir kalp nakli ameliyatı için kalbi alınacak kişinin kalp atışlarının tamamen durması beklenirse bu ameliyatlar başarı ile yapılamaz.^[63] Bununla birlikte organ nakli için kabul edilen bir ölçütün mutlak surette ceza hukuku alanında da kabul edilmesi şart değildir. Ölüm nedeniyle davanın ya da cezanın infazının düşürebilmesi için nefesin ve kalp atışlarının kesilmesine kadar beklemek en doğru yol gibi görünmektedir.^[64]

Bugünkü teknolojik gelişmişlikte yapay kan dolaşımı ve yapay solunum cihazı sayesinde bir kimsenin kalp atışı ve solunumu durmuş olsa da belli bir süre daha yaşatılabilmektedir. Makineye bağlı kaldığı süre içerisinde kişinin sağ olduğu kabul edilmelidir. Makineden ayrıldığı anda kan dolaşımı

[60] Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgatı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 882.

[61] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku –Gerçek ve Tüzel Kişiler–* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 20.

[62] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 707: “*İnsanı insan yapan, ona kişilik veren ya da hayatın merkezi kılan şey kalpte ya da diğer organlarda değil, beyinde bulunur. İnsan yaşamının sona erdiğini ortaya koyan şey beyin işlevinin tümüyle geri dönülemez bir şekilde yitirilmesidir.*”; ayrıca bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku -Gerçek ve Tüzel Kişiler-*, 21: “*Kişinin hayata dönemeyeceği an, ölüm gerçekleşmiştir denebilir*”

[63] Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 209.

[64] Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 209.

ve solunum durmuşsa ve kişi, hayata geri dönemeyeceği bir hale gelmişse ölüm gerçekleşmiştir.

Kişinin öldüğü anın zamansal olarak tespiti, özel hukuk ve özellikle de miras hukuku yönünden büyük önem taşır; ancak bu zamansal tespitin ceza hukuku bakımından önemsiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira kişinin, hükmün kesinleşmesinden önce mi yoksa sonra mı öldüğü müsadereenin infazı ve yargılama giderlerinin tahsili yönünden farklı sonuçlar doğurmaktadır.^[65]

TCK'nın 64. maddesinde geçen ölüm deyiminin, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen "ölüm karinesi"ni de kapsamına aldığı ifade edilmektedir.^[66]

Kural olarak bir kimsenin öldüğü sonucuna ancak cesedinin bulunması ve cesedin o kişiye ait olduğunun belirlenmesi ile varılır.^[67] Fakat kişi, ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektiren bir durumda kaybolmuş, cesedi bulunamamışsa bazı şartların varlığı halinde gerçekten ölmüş sayılabilmektedir.^[68] Türk Medeni Kanunu'un 31. maddesinde düzenlenen bu karineye "ölüm karinesi" denmektedir.^[69] Ölüm karinesi yoluyla kişi hakkında ölü kaydının düşülmesi için iki şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir: Kişi, ölümüne kesin gözüyle bakılacak bir durumda kaybolmalıdır^[70] ve kişinin

[65] Bkz. TCK 64. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesi.

[66] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 371; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 723.

[67] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku -Gerçek ve Tüzel Kişiler-*, 28.

[68] Medeni Kanun'da yer verilen ölüm karinesi ile geçmiş ceza hukuku uygulamasında suç işleyen hükümlünün yasal olarak ölü sayılmasının birbirinden farklı olduğunu söylemek gerekir. Bazı suçları işleyen hükümlüler yasal olarak ölü sayılırlardı ve medeni haklarını kullanmaktan yoksun bırakılırlardı. Bkz. Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 71.

[69] Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2018), 250.

[70] Örneğin yanarak düşmüş ve tamamen yanmış bir uçakta ya da açık denizde yanarak batmış bir gemide yolculuk etmekte olan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakmak mümkündür. Bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 251; Tekinay, *Medeni*

cesedi bulunamamalıdır.^[71] Kişinin ölü olarak kabul edilebilmesi için ayrıca bir mahkeme kararına gerek yoktur.^[72] Medeni Kanunu'nun 44. maddesinin 1. fıkrasına göre; *ölüm karinesinin şartlarının gerçekleştiği durumlarda, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşülür.*^[73] Ölüm kaydı düşülmesine ilişkin istemin, en büyük mülki amir tarafından kabul ya da reddi yönündeki kararlara karşı mahkemeye başvuruda bulunmak mümkündür. (TMK madde 44/2)

Cezalandırma ilişkisini sonlandıran nedenlerin kişinin lehine olarak göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilirse, sanık veya hükümlü lehine yorum yapılarak ölüm karinesi hallerinde TCK 64. madde kapsamında düşme kararı verilebileceği düşünülebilir. Ancak böyle bir yaklaşım kıyas yapma yasağına aykırılık teşkil edecektir. Ölüm karinesi nedeniyle kişinin nüfus kaydına “ölü” şerhi düşülse de aşağıda bahsedileceği üzere tek başına nüfus kaydı esas alınarak kişinin ölü olduğunun kabulü mümkün değildir. Yürütme erkinin bir parçası olan mülki idari amir tarafından verilen bir kararın, kesin olarak kabul edilip davanın ve cezanın düşürülmesine esas alınması doğru değildir. Hukuk mahkemelerinin “ölüm karinesi” ne dayanarak kişinin öldüğüne ilişkin kayıt düşülmesi yönündeki kararının da ceza mahkemesini bağlamaması gerekir. Kişinin öldüğüne kesin gözüyle bakılan ölüm karinesi hallerinde, kişinin hayatta olmasına ilişkin zayıfta olsa bir ihtimal bulunmaktadır. Bu nedenle ölüm karinesi uyarınca ölü kaydı düşülen sanık veya hükümlülerin haklarında yürütülen soruşturmanın, kovuşturmanın ya da verilen cezanın infazının, zamanaşımı süresi sonuna kadar durdurulması en doğru çözümdür. Ancak mahkemelerin uygulamasında farklı bir çözüm üretilmesi büyük bir olasılıktır. Zira ülkemizi vuran

Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 212-13; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku -Gerçek ve Tüzel Kişiler-*, 28.

[71] Örneğin kazadan sonra kişinin cesedi bulunamamış ya da mevcut cesetler içerisinde teşhis ve tespit edilememiştir. Bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 251.

[72] Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 251.

[73] Bu madde uyarınca işlem yapılabilmesi için ölüm karinesi bulunan kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelendirmeleri ya da yetkili makamların durumu resmi bir yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri gereklidir. Bkz. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 32/2.

6 Şubat 2023 tarihli depremde çok sayıda kişi enkaz altında kalıp hayatını kaybetmiş ve çıkan yangın ya da diğer sebeplerle, önemli sayıda kişinin cesedine ulaşılamamıştır. En büyük mülki amir tarafından ölüm karinesi kapsamında naaşı bulunamayan, sanık ya da hükümlü konumundaki kişi yönünden ölü kaydı düşüldükten ve mahkemece basit bir kolluk araştırması yapıldıktan sonra TCK 64. madde kapsamında düşme kararı verilebilir.

Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca hakkında gaiplik kararı verilen kişi yönünden TCK 64. maddesi uygulanır mı uygulanmaz mı sorusu akıllara gelmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 32 ve devamı maddelerinde hangi şartlar altında gaiplik kararı verileceği hüküm altına alınmıştır. Ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaiplik kararı verilebilecektir. Bu durumda kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmaz ancak ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmaktadır ve bu yönüyle ölüm karinesinden ayrılır.^[74] Ancak gaiplik kararı alınması ile birlikte belli bir sürenin sonunda kişinin artık ölmüş olarak kabul edileceği ifade edilmektedir.^[75] Türk Medeni Kanunu'nun 35.^[76] ve 45. maddeleri, hakkında gaiplik kararı verilen kişinin özel hukuk bağlamında ölü olarak kabul edileceğini işaret etmektedir.

5271 sayılı CMK'nın 244 ve devamı maddelerinde gaiplerin yargılanması usulü düzenlenmiştir. CMK'nın 244. maddesinin 1. fıkrasında; "*bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanık gaip sayılır*" hükmü yer almaktadır. İlgili hükümden anlaşılacağı üzere Türk Medeni Kanunu anlamında gaip olarak kabul edilen kişi ile Ceza Muhakemesi Hukuku bağlamında gaip olarak kabul edilen kişi arasında farklılık bulunmaktadır. Her ne kadar gaiplik kararının verilmesiyle birlikte ilgili kişinin kütüğüne ölüm kaydı yapılacaksa^[77] da ölümü kesin olmadığından TCK 64 maddesi

[74] Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 213.

[75] Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 213.

[76] Türk Medeni Kanunu'nun 35/1. maddesine göre; ilandan sonuç alınamazsa, mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır.

[77] Türk Medeni Kanunu'nun 45. maddesine göre; gaiplik kararı, hakim tarafından bildirilmesi üzerine, ölüm kütüğüne kaydolunur.

uyarınca düşme kararı verilmemelidir.^[78] Zamanaşımı süresinin sonuna kadar gaip kişinin dosyasının bekletilmesi;^[79] kovuşturma aşamasına geçilmiş ise dava zamanaşımı süresinin sonuna kadar durma kararı verilmesi, hüküm kesinleşmiş ise ceza zamanaşımı süresinin bitimine kadar beklenilmesi gerekmektedir.^[80]

Ölümlere ilişkin bildirimler 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'na göre yapılmaktadır.^[81] İlgili kanunun 31. maddesinde, kişinin ölümünü bildirmekle yükümlü olanlar ile bildirim süreleri düzenlenmiştir. Defin ruhsatı vermeye yetkili olan kişiler, ölüm olayını bildirmekle yükümlü olanlar arasındadır. (Bkz. Madde 31/1-a) Defin ruhsatının verilebilmesi için ölüm belgesinin ibrazı gerekmektedir. Ölüm belgesi de istisnai durumlar hariç olmak üzere doktorlar tarafından düzenlenmektedir. Hem ölüm belgesinin doktorlar tarafından düzenlenmesi hem de teknolojinin gelişmesiyle birlikte ilgili kurumlar arasında bağlantının daha kolay ve güvenli sağlanması ölüm olaylarının tespitine ilişkin hataları en aza indirmektedir.^[82] Ancak ölmeyen kişi hakkında ölü kaydının düşülmesi, ölen kişinin yerine başka bir kişi

[78] Erem, Danişman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 928; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 740.

[79] Soruşturma aşamasında kişinin gaip olduğunun anlaşılması dava açmaya engel değildir. Nitekim Yüksek Mahkeme “*dava açmaya yeterli şüphe oluşturacak diğer delillerin mevcudiyeti koşuluyla*” gaipler hakkında kamu davasının açılabileceği ancak 5271 sayılı CMK'nın 244. maddesinin 2. fıkrası gereği duruşma açılmayacağı görüşündedir. Bkz. Yargıtay 4. Ceza Daire, E. 2007/2990, K. 2007/6309, 03.07.2007.

[80] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 371.

[81] Nüfus Hizmetleri Kanununun 33. maddesine göre; ölüm tutanağı, ölüm olayını gösterir belge ile başvurulması halinde düzenlenir. Herhangi bir belge ibraz edilmez ise beyanların doğruluğu ilgili makamlar vasıtasıyla araştırılır ve sonrasında ölüm tutanağı düzenlenir.

[82] Tıbbın günümüzdeki gelişmişlik seviyesine henüz ulaşamadığı tarihlerde doktorların dahi kişinin ölümüne ilişkin hatalı tespitler yapabildikleri bildirilmektedir. Hatalı tespitlere örnekler için Bkz. Adnan Öztürel, “Ölüm Teşhisi Hataları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (1956): 343-47. Öztürel'e göre, geç ölüm belirtileri olan ölü katılığı, ölü lekeleri oluşmuşsa yapılan tıbbi kontrolde hataya düşülemez; hataların önüne geçilebilmesi için 24 saat cenazenin bekletilmesi şartı konabilir. Bkz. Öztürel, “Ölüm,” 348.

yönünden ölü kaydının düşülmesi olasılığı bu gelişmişlik seviyesine rağmen hala varlığını sürdürmektedir.

Türk Medeni Kanunu'na göre, bir kişinin ölümü kural olarak nüfus kayıtları ile yani kişisel durum sicili ile ispat edilir.^[83] Kişisel durum sicili kişisel durumların, ölüm ve doğum olgularının kaydedildiği, Medeni Kanun 7. maddesi kapsamında, resmi sicil niteliğindedir ve içeriğinin doğruluğu hakkındaki karineden yararlanır. Ancak bu karine “*adi karine*” niteliğindedir ve bu kayıtların aksi her türlü delille ispatlanabilir.^[84] Nitekim nüfus sicilinde kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa Medeni Kanunu'nun 30/2. maddesi uyarınca ölüm, herhangi bir kanıtla, mesela tanık ifadesiyle ispatlanabilir.^[85] Özel hukuk bağlamında nüfus kayıtlarının, kesin bir değer taşımadığı, sadece ilgili kişilere ispat kolaylığı sağladığı ve ispat yükünü değiştirdiği söylenebilir.

Öğretide TCK 64. maddesi hükmü uyarınca düşme kararı verilebilmesi için sanık veya hükümlünün ölüm ölmediğinin nüfus kayıtları ile ispat edilebileceği;^[86] ancak nüfus kayıtlarının bulunmadığı ya da sahteliği söz konusu olduğunda ölümün her türlü delille ispatlanabileceği ifade edilmektedir.^[87]

Yüksek Mahkeme, sanık ya da hükümlü hakkında nüfus kayıtlarına ölü kaydı girişi yapılmadan verilen düşme kararlarının doğru olmadığına hükmetmektedir.^[88] Diğer bir ifade ile başka delillerle sanığın ölü olduğu duruşma sırasında anlaşılırsa da, nüfus kaydında yaşıyor görünmesi duru-

[83] Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 248.

[84] Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Kişiler Hukuku*, 248.

[85] Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku -Gerçek ve Tüzel Kişiler-*, 40.

[86] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 708; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 938: “Ölüm halinde şüpheli ve sanığın nüfus kayıtlarına ölü kaydı düşülecek ve sonrasında soruşturma ve kovuşturma organları bu konuda karar vereceklerdir.”

[87] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 690; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 708.

[88] Yargıtay 4. Ceza Daire, K. 2438/2438, 11.03.1952; Ceza Genel Kurul, K. 98/8816.06.1952; Yargıtay 4. Ceza Daire K. 3450/6726; kararlar için bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 371.

munda sanık hakkında öldüğü gerekçesiyle düşme kararının verilemeyeceği ifade edilmektedir. Ancak Yüksek Mahkemenin, sanığın veya hükümlünün ölümüne ilişkin olarak nüfus kayıtlarının da tek başına esas alınamayacağı ve bağlayıcı olmadığı görüşünde olduğunu söylemek mümkündür. Ceza-landırma ilişkisini sona erdiren dava zamanasını gerçekleştğinde doğrudan düşme kararı verilirken,^[89] sanığın ölümü halinde karar bozulmakta ve ölüm nedeniyle düşme kararının ilk derece mahkemesince verilmesi gerektiğine hükmedilmektedir.^[90] Nüfus kaydından sanığın öldüğünün anlaşılması, tebliğnamenin tebliğ edilmesi için çıkarılan evrakın sanığın öldüğünden bahisle iade edilmesi hallerinde dahi ilk derece mahkemesinin, mahallinde araştırma yaparak sanığın öldüğünü kesin olarak belirledikten sonra düşme kararı vermesi gerektiği yönünde kararlar verilmektedir.^[91]

Sonuç olarak bir suçun failinin öldüğü, nüfus kayıtları ile ispatlanabileceği gibi başka delillerle de ispatlanabilir. Nüfus kayıtları mahkemeyi bağlamaz. Nüfus kayıtlarına göre ölmüş görünen bir kişinin ölmediği her türlü delil ile ispatlanabilir. Hatta nüfus kaydına göre ölü görünen kişinin öldüğüne ilişkin bir şüphe varsa mahkeme bu konuda muhakkak araştırma yapmalıdır. Yine nüfus kaydına göre yaşıyor olarak görünen kişinin öldüğü her türlü delille ispatlanabilir. Ancak bu durumda öncelikle nüfus kaydının düzeltimi yoluna gidilip kişinin nüfus kaydının ölü olarak düzeltilmesi, sonrasında ölüm nedeniyle düşme kararı verilmesi en doğru yoldur.^[92] Ceza

[89] Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2013/11-625, K. 2014/517, 25.11.2014; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2013/12-74, K. 2014/140, 25.03.2014; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2012/7-1425, K. 2013/343, 05.07.2013.

[90] Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2016/5.MD-469, K. 2019/591, 10.10.2019; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2012/1-1560, K. 2013/81, 05.03.2013; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2013/8-131, K. 2013/75, 05.03.2013.

[91] Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2016/5.MD-469, K. 2019/591, 10.10.2019; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2019/15-3, K. 2019/94, 12.02.2019; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2014/13-581, K. 2016/34, 26.01.2016: “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılarak alınan güncel nüfus aile kayıt örneğinden, sanığın direnme kararı verilmeden önce 27.03.2014 tarihinde öldüğü bilgisinin yer aldığı anlaşıldığından, yerel mahkemece, bu konuda gerekli araştırmanın yapılarak sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nın 64 ile 5271 sayılı CMK'nın 223. maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerekirken sanığın beraatine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”

[92] Bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 371.

mahkemelerinin, yaş düzeltimi dışında,^[93] nüfus kayıtlarını düzeltme yetkisi bulunmamaktadır. Nüfus kaydındaki kişinin ölü ya da yaşıyor şeklindeki kayıtlar ancak Asliye Hukuk mahkemesi tarafından düzeltilmektedir.^[94]

Saniğin veya hükümlünün yanlışlıkla ölü kabul edilmesi halinde, yanlışlığın anlaşılması ile birlikte dava ve infaz ilişkisi yeniden kurulacaktır.^[95]

B) SANIĞIN ÖLÜMÜ

TCK'nın 64/1. maddesine göre; *saniğin ölümü halinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir.*^[96] *Ancak, niteliği itibariyle müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükmolunabilir.*

5271 sayılı CMK'nın 2/1-a maddesine göre, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi “*şüpheli*”; 2/1-b maddesine göre, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar ki süreçte, suç şüphesi altında bulunan kişi “*sanık*” olarak adlandırılmaktadır. Henüz dava açılmadan ölen şüpheli hakkında ne karar verileceği TCK'nın 64. maddesinde düzenlenmemiştir. Zira ilgili madde de “*saniğin*” ölümünden bahsedilmektedir. Bunun gibi bir durumda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygulanması söz konusu olacaktır. 5271 sayılı CMK'nın 172/1. maddesine göre; *Cumhuriyet Savcısı kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.* Soruşturma aşamasında ölen şüpheli hakkında kovuşturma olanağı bulunmadığından CMK'nın 172/1.

[93] 5271 sayılı CMK'nın 218. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*kovuşturma evresinde mağdur veya saniğin yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir.*”

[94] 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-a maddesine göre; nüfus davalarında asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

[95] Erem, Danışman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 928.

[96] Kanunda “*kamu davasının düşmesine karar verilir*” ifadesinin kullanılması eleştirilmektedir. Bkz. Hafizoğulları, “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma,” 397: “*Soruşturma evresinde henüz açılmış bir dava bulunmamaktadır; bir kamu davası yoktur ki, kamu davasının düşmesine karar verilsin. Bunun doğrusu, 765 sayılı TCK'da yer verildiği gibi 'saniğin ölümü kamu davasını ortadan kaldırır' olmalıdır.*”

maddesi uyarınca takipsizlik kararı verilecektir. Yeni delil ortaya çıkmadığı sürece bu takipsizlik kararı kesin hüküm niteliğindedir. Şüphelinin ölmediğinin anlaşılması halinde bu durum yeni delil olarak nitelendirilip sulh ceza hakimliğinden takipsizlik kararının kaldırılması talep edilebilir. (Bkz. CMK 172/2. madde)

Şüpheli veya sanığın ölmesi durumunda, soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makamlar, talep aranmaksızın kendiliğinden takipsizlik ya da düşme kararı verebileceklerdir.^[97]

TCK 64. maddenin 1. ve 2. fıkralarında ölen kişinin sanık ya da hükümlü olmasına farklı sonuçlar bağlanmıştır.^[98] Bu nedenle bir suçun faili olan kişi öldüğünde, hakkında verilen kararın ölümünden önce mi yoksa sonra mı kesinleştiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira kesinleşmemiş bir karar söz konusu ise ölen kişi hala sanık statüsündedir ve hakkında TCK 64. maddenin 2. fıkrası değil, 1. fıkrası uygulanacaktır.^[99]

Şüpheli ya da sanığın ölümü, tehlike yaratan durum ortadan kalktığından, fail tehlikeliliğini bertaraf etmek için getirilen güvenlik tedbirlerine hükmedilmesini engeller.^[100] Zira ortada tehlike yaratan bir kimse kalmadığına göre, herhangi bir tedbirin uygulanmasına gerek yoktur.^[101] Ancak eşya tehlikeliliğini esas alan müsadere yönünden aynı durum geçerli değildir. Hükümlünün ölümünden sonra suç teşkil eden eşya yönünden TCK 54/4. maddesi uyarınca bir güvenlik tedbiri türü olan müsadere kararı verilebilir.^[102]

[97] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 690; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 723.

[98] Temyiz incelemesinden önce sanığın öldüğü fark edilmemiş ve Yüksek Mahkemece karar onanmıştır. Kararın onanması ile birlikte suç işleyen kişi sanık konumundan hükümlü konumuna geçmiştir. Sonrasında bu hata fark edilmiş ve ilgili daire onama kararını kaldırmıştır. İlgili kararda müsadere ve yargılama giderine ilişkin olarak sanık ile hükümlünün ölümüne farklı sonuçlar yüklendiği belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 10. Ceza Daire, E. 2016/3513, K. 2017/548, 14.02.2017.

[99] Bkz. Pisapia, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*, 183.

[100] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 742; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 691.

[101] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 376.

[102] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 516.

Birlikte ya da iştirak biçiminde suç işlendiği durumlarda diğer suç ortaklarının sorumluluklarının ve suçtaki rollerinin tespiti için ölen şüpheli ya da sanığın suça katkısı araştırılabilir.^[103] Şeriklerden biri ölünce dava fail ve diğer şerikler yönünden devam eder.^[104] Fail öldüğünde, (hatta özgü suçlarda, kanunun aradığı niteliğe sahip bulunan fail ölmüş olması durumları dahil olmak üzere^[105]) soruşturma ve kovuşturma diğer şeriklerin sorumluluğunun tespiti için devam etmelidir.^[106] Zira TCK'nın 40. maddesinde düzenlenen bağlılık kuralı gereğince şeriklerin sorumluluğuna gidilebilmesi için fail tarafından gerçekleştirilen kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin bulunduğu sabit olması gerekir. Bu nedenle ölen failin hukuka aykırı ve kasıtlı bir fiil gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin araştırılmasına devam edilir.^[107] Ölen kişinin suçu işleyip işlemediğinin araştırılması, o kişi hakkında yürütülen soruşturmanın ya da kovuşturmanın devam ettiği anlamına gelmez. Yine özgü suçlarda, kanunun aradığı niteliğe sahip bulunan failin ölmüş olması diğer şerikler yönünden suçun niteliğini değiştirmez; mesela zimmet suçu, kamu görevlisi olan failin ölümü ile birlikte güveni kötüye kullanma suçuna dönüşmez.^[108]

Sanıklardan birinin kişisel sıfatı nedeniyle belirli bir mahkeme görevli kılınmışsa, bu sıfatı taşıyan sanığın ölmesi ile birlikte suça iştirak eden diğer sanıkların davası artık o mahkemede görülemez.^[109] İştirak halinde suç işleyen bir çocuk ile yetişkin kişinin davası ağır ceza mahkemesinde görülebilecekse

[103] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 690; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 753.

[104] İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 751. Sanığın ölümü ile dava ortadan kalkar ancak aynı dava, varsa diğer sanıklar hakkında düşmez ve bu sanıklar yönünden yargılama devam eder. Bkz. Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 723.

[105] Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 456.

[106] Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 939.

[107] Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 536.

[108] Erem, Danışman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 929; Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 372.

[109] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 372.

de, yetişkin kişinin ölmesi ile beraber suç işleyen çocuğun yargılaması ancak çocuk ağır ceza mahkemesinde yapılmalıdır.^[110]

1- Sanığın Ölümü ve Müsadere

Müsadere, bir suçla ilgili ya da suç teşkil eden eşyanın mülkiyetinin devlete geçirilmesidir.^[111] CMK'nın 123 vd. maddelerinde düzenlenen, koruma tedbiri niteliğindeki el koymadan farklı olarak müsadere, niteliği gereği sürekli bir tedbirdir.^[112] Eşya müsadere ile amaçlanan, failin tehlikeliğini bertaraf etmekten çok geleceğe yönelik suçla ilgili ya da suç teşkil eden eşyanın tehlikeliğini ortadan kaldırmaktır.^[113]

[110] 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, *çocukların yetişkinler ile birlikte suç işlemesi halinde hem soruşturma hem de kovuşturma ayrı yürütülür.* Ancak 3. fıkrada bunun istisnası öngörülmüştür. İlgili fıkra göre, *davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi halinde, genel mahkemelerde, yargılamanın her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir.* Bu fıkranın istisnai hüküm olması ve esas olarak suça sürüklenen çocukların yargılamasında çocuk ve çocuk ağır ceza mahkemelerinin yetkili olması nedeniyle suça sürüklenen çocuk ile birlikte yargılanan yetişkin kişinin ölmesi ile beraber, genel mahkemede birleştirilen dosyanın yeniden çocuk ya da çocuk ağır ceza mahkemesine gönderilmesi gerekir.

[111] Tahir Hami Topaç, "Eşya Müsadere (TCK. 54)," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 2, no. 2 (2013): 51.

[112] Öykü D. Aydın, "Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 43, no. 1 (1993): 145; Topaç, "Eşya," 52.

[113] Güneş Okuyucu Ergün, "Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsadere," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 33, no. 153 (Mart-Nisan 2021): 170.

Öğretideki çoğunluk^[114] ve Yüksek Mahkeme, müsadere bir güvenlik tedbiri olduğu görüşündedir.^[115] Nitekim ceza verilmeden de müsadere kararına hükmetmek mümkündür.^[116]

5237 sayılı TCK'da “suçla ilgili eşya”-“suç teşkil eden eşya” ayrımının korunduğunu ve bu ayırım esas alınarak kanuni düzenlemeler yapıldığını söylemek mümkündür.^[117] TCK'nın 54. maddesinin 1. fıkrasında; “iyini-yetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hükmolünür” ifadesine yer verilmiştir. Eski yasadaki farklı olarak^[118] getirilen bu yeni düzenleme ile suçla ilgili eşya yönünden müsadere kararının verilebilmesi için mahkumiyet hükmü verilmesi şart

[114] Bkz. Adem Tafran, “Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsadere,” Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, no. 13 (2016): 17; Topaç, “Eşya,” 51. Öğretideki farklı görüş için bkz. Okuyucu Ergün, “Suçta,” 173.

[115] Güvenlik tedbirlerine esasen bir failin yeni suçlar işlemesini önlemek için hükmedilir; ancak kişinin ölümü halinde böyle bir tehlike durumu ortadan kalkar. Ölüm halinde müsadere kararı verilmesindeki amaç eşyanın tehlikeliliği nedeniyle yeni suçların işlenmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle bu tedbir türünü “polis tedbiri” olarak adlandırmak daha doğrudur. Bkz. Aydın, “Malvarlığına,” 147.

[116] Topaç, “Eşya,” 52; bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2013/10-56, K. 2013/364, 05.07.2011: “Niteliği itibarıyla zoralıma tabi bulunmayan bir eşyanın müsadere edilebilmesi için, kasten işlenen suçun varlığı zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı failin cezalandırılması şart değildir.”; ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2016/10-543, K. 2019/668, 26.11.2019.

[117] Aynı ayırım için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2015/10-325, K. 2018/662, 20.12.2018.

[118] 765 sayılı TCK döneminde suçla ilgili eşya yönünden müsadere kararı verilebilmesi için mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği savunulmaktaydı. Bkz. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 741: “mahkumiyet olmadıkça suçta kullanılan, kullanmak üzere hazırlanan suçtan husule gelen eşyanın müsadere imkansızdır. Bu nitelikleri nedeniyle müsadere, ceza mahkumiyetinin bir neticesidir. Sanık hakkında kesinleşmiş hüküm bahis konusu olmayacağına göre, bu tür müsadere sanığın ölümü halinde uygulanmaz.” Eski yasa döneminde ceza davasını düşüren nedenlerin varlığı halinde müsadere kararı verilemeyeceği savunulmaktaydı. Bkz. Aydın, “Malvarlığına,” 150.

koşulmamıştır;^[119] ancak her halükarda kasıtlı bir suçun işlendiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.^[120]

İşlenen suçtan dolayı çeşitli nedenlerle faile ceza verilmese bile suçla ilgili eşyanın müsadere için kasıtlı bir suçun işlendiğinin ve ilgili eşyanın suçta kullanıldığına, suçun işlenmesine tahsis edildiğinin ya da suçtan meydana geldiğinin sabit olması gerekir.^[121] Sanığın ölümü halinde muhakeme duracağından kasıtlı bir suçun işlendiğinin ve eşyanın da bu suçla ilgili olduğunun tespiti her zaman mümkün olamayacaktır.^[122] Bu husus göz önünde bulundurulduğunda TCK'nın 64/1. maddesinde yer verilen “niteliği itibariyle müsadereye tabi eşya” ifadesinin başlı başına “suç teşkil eden” eşyanın müsadere için kullanılmış olduğunun kabulü gerekir. Zira aşağıda değinileceği üzere 64. maddenin 2. fıkrasında yer verilen “hükümlünün ölümü halinde ancak kesinleşmiş müsadere kararının infaz edileceği” şeklindeki hüküm ancak böyle bir kabul ile açıklanabilir.^[123] Fakat böyle bir kabul maddi menfaatlerin müsadere yönünden çelişkili bir durumu ortaya çıkarmaktadır.

“Niteliği gereği müsadereye tabi eşya”dan, TCK'nın 54/4. maddesinde belirtildiği üzere; “üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan” eşyanın anlaşılması gerekir. Mesela uyuşturucu maddeler ve 6136 sayılı yasa kapsamındaki ruhsatsız silahlar bu nitelikte

[119] Topaç, “Eşya,” 56; Okuyucu Ergün, “Suçta,” 178.

[120] Nitekim madde gerekçesinde “müsadereye hükmedilebilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin mahkum edilmesi gerekmemektedir” ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 753: “Fail çocuk ya da akıl hastası ise cezalandırılmaz ancak suçta kullandıkları silah yönünden müsadere kararı verilebilecektir.”

[121] Aydın, “Malvarlığına,” 148; Okuyucu Ergün, “Suçta,” 178-179.

[122] Farklı görüş için bkz. Hüsamettin Uğur, “5237 Sayılı TCK'ya Göre Kazanç ve Kaim Değer Müsadere,” *Terazi Hukuk Dergisi* 3, no. 28 (Aralık 2008): 44.

[123] Eroin tartıldığı anlaşılan bir terazi, failin ölümü nedeniyle müsadere edilemeyecektir. Yine uyuşturucu madde niteliğindeki yetiştirilen hint kenevirlerinin suçtan meydana gelen eşya olarak kabulü ile failin ölümü halinde müsadere edilemeyeceği düşünülebilir. Ancak TCK 54/1'e göre müsadere edilemeyecekse de, söz konusu bitkiler başlı başına suç teşkil eden eşya niteliğinde olduğundan TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsadere karar verilebilecektir.

eşyadandır. Nitekim Yüksek Mahkeme, yargılama devam ederken sanığın ölmesi durumunda düşme kararı verileceği ve ele geçirilen uyuşturucu maddelerin de müsadere edileceği yönünde kararlar vermektedir.^[124]

TCK'nın 54. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde özellikleri sayılan eşya da “*niteliği gereği müsadereye tabi eşya*” kavramına dahil edilebilir.^[125] Bu durumda suçun işlenmesinde kullanmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda fail ölmüşse bile müsadere karar verilebilir. Bir kimseyi öldürmek için hazırlanan zehrin veya internette yayınlanmak üzere hazırlanan pornografik görüntülerin bu müsadere türüne örnek olduğu ifade edilmektedir.^[126] Henüz işlenmemiş bir suç yönünden müsadere kararı verilebilmesine olanak sağlaması nedeniyle bu hükmün kişi hürriyetine yönelik keyfi sınırlamalara yol açabileceği ifade edilmektedir.^[127]

Müsadere kararı verilirken üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunacağı hüküm altına alınmıştır.^[128] Suç teşkil eden eşya yönünden üçüncü kişilerin

[124] Bkz. Yargıtay 10. Ceza Daire, E. 2012/19374, K. 2012/16519, 06.11.2012; Yargıtay 10. Ceza Daire, E. 2011/21803, K. 2013/1822, 26.02.2013; Yargıtay 10. Ceza Daire, E. 2012/1366, K. 2013/1419, 14.02.2013; Yargıtay 10. Ceza Daire, E. 2011/24180, K. 2013/875, 25.01.2013. Suç teşkil eden eşya söz konusu olduğunda, yargılama sonucunda sanık beraat etse dahi yine müsadere kararı verilebilecektir. Uyuşturucu maddenin sanığa ait olmadığı tespit edilerek beraat kararı verilse bile ele geçirilen uyuşturucu maddelerin TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsadere karar verilecektir. Bkz. Okuyucu Ergün, “Suçta,” 179.

[125] Topaç, “Eşya,” 64.

[126] Bkz. Topaç, “Eşya,” 61. Bu hüküm uyarınca ortada bir suç yokken ve hazırlık hareketleri aşamasında müsadere kararı verilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Okuyucu Ergün, “Suçta,” 177.

[127] Topaç; bu hükmün, TCK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen “*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz*” hükmüyle çeliştiğini ifade etmektedir. Bkz. Topaç, “Eşya,” 62. Okuyucu Ergün'e göre; ortada henüz icrasına başlanmamış bir suç olmadığı halde ceza kanunlarını devreye sokan ve kişi hak ve özgürlükleri açısından ciddi sınırlamalar getiren bu hüküm ceza hukukunun son çare olması ilkesine aykırıdır. Bkz. Okuyucu Ergün, “Suçta,” 182.

[128] Bkz. TCK madde 54/1: “*iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla*” ve TCK madde 55/3: “*bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni*

iyi niyetinin korunması söz konusu değildir. Örneğin 6136 sayılı yasa kapsamında yasak nitelikteki bir bıçak üçüncü bir kişiye ait olsa bile müsadere edilecektir. Burada müsadere kararı verilirken eşyanın objektif tehlikeliliği dikkate alınmaktadır.^[129]

Uyuşturucu madde taşıyan araç sürücüsünün intihar ederek öldüğü olayda Yüksek Mahkeme, uyuşturucu naklinde kullanılan araç malikinin suça iştirak ettiğine ilişkin herhangi bir delilin bulunmaması ve araç malikinin iyi niyetli üçüncü kişi konumunda olması nedeniyle suçla ilgili eşya niteliğinde olan araç yönünden müsadere kararı verilemeyeceğine hükmetmiştir.^[130] Uyuşturucu ya da başka bir yasal olmayan maddeyi taşımada kullanılan araca, gizli bölme ya da zula yapılmış ise aracın suç teşkil eden eşya vasfını kazandığı değerlendirilebilir ve bu durumda üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmayabilir.

Ceza mahkemelerince verilen müsadere kararlarına karşı üçüncü kişilerin iyi niyetli olduklarını iddia ederek malın iadesi için hukuk mahkemesinde dava açmaları durumunda hukuk mahkemelerinin dava şartı yokluğundan davayı usulden reddetmeleri gerekmektedir.^[131]

Bazı suçlar esasen kazanç saiki ile işlenir ve işlenen suçlardan büyük gelirler elde etmek mümkündür. Bu gibi hallerde suçtan elde edilen gelirin, bu suçu işleyen ve sonra ölen kişinin terekesinden tahsil edilmesi doğru olacaktır.^[132] Nitekim sanığın ölümünün düzenlendiği 64. maddenin 1. fıkrasında, sanık ölse bile davaya devam olunarak suçtan elde edilen maddi menfaatlerin müsaderesine hükmolunabileceği belirtilmiştir.

Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanmıyor olması gerekir.”

[129] Aydın, “Malvarlığına,” 155.

[130] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2015/10-325, K. 2018/662, 20.12.2018. Uyuşturucu madde naklinde kullanılan bir aracın trafik sicilinde bir başkasına ait olduğunun anlaşılması durumunda malikin iyi niyetli olup olmadığına bakılacaktır. Esasında suçta kullanılan otomobil üçüncü kişi tarafından faile satılmış ancak trafik siciline kaydı yapılmamışsa müsadereye engel bir durum bulunmamaktadır. Bkz. Aydın, “Malvarlığına,” 153.

[131] Bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 114 ile 115.

[132] Bkz. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 744.

İlgili hükümde sözü edilen “*maddi menfaatler*” deyiminden, “*kazanç müsaderesi*” nin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.^[133] Kazanç müsaderesindeki amaç suç işlenmesi yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçmek ve böylece suçun maddi geliri yönünden çekiciliğini ortadan kaldırmaktır.^[134]

Eşya müsaderesine göre kazanç müsaderesinin kapsamı daha geniştir ve her türlü ekonomik gelir kazanç müsaderesinin konusunu oluşturabilir. Ayrıca suç ile elde edilen ekonomik değer, başka bir ekonomik değere dönüştürülmesi kazanç müsaderesine engel değildir.^[135] Yine suç ile sağlanan maddi menfaatin değerlendirilerek başka gelirlerin elde edilmesi durumunda, elde edilen bu ilave ekonomik değerlerin de müsaderesine karar verilebileceği ifade edilmektedir.^[136] Suçtan sağlanan maddi menfaat üçüncü bir kişiye devredilmiş ise üçüncü kişinin iyi niyeti korunacaktır.^[137]

Yukarıda belirtildiği üzere kazanç müsaderesinin kapsamı oldukça geniştir ve sanık ölse de, suçtan elde ettiği ya da elde edip değerlendirdiği veya dönüştürdüğü tüm ekonomik değerler müsadere konusunu oluşturabilecektir. Ölen sanığın doğrudan malvarlığına ve dolayısıyla mirasçılara etki edecek olması ve üçüncü kişileri etkileme olasılığının bulunması nedeniyle aşağıda değinileceği üzere kazanç müsadere kararı verilirken duruşma açılması ve mirasçılardan ya da karardan etkilenen üçüncü kişilerin duruşmaya davet edilmesi gerekir.

[133] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 515.

[134] Uğur, “Kazanç ve Kaim,” 34; Tafran, “Türk Ceza,” 17. Eşya müsaderesinden farklı olarak kazanç müsaderesinde orantılılık ilkesi geçerli değildir. Bkz. Uğur, “Kazanç ve Kaim,” 34. Ayrıca kazanç müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi gerekir. (bkz. TCK’nın 55. maddesi, 1. fıkrası, son cümle)

[135] Tafran, “Türk Ceza,” 18; Tafran, uyuşturucu madde paraya dönüşürse para, para arabaya dönüşürse araba, araba kiralanıp kira elde edilirse kira parasının kazanç müsaderesine konu olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Tafran, “Türk Ceza,” 18, 20.

[136] Tafran, “Türk Ceza,” 21.

[137] Bkz. Tafran, “Türk Ceza,” 27-29. Ancak TCK’nın 55. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükmün lafzı kafa karıştırıcı niteliktedir. Zira bu fıkra “*maddi menfaat*” ifadesi kullanılmamış sadece “*eşyayı iktisap eden kişi*” ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda eşya niteliği taşımayan maddi menfaatlerin üçüncü kişilere devredilmesi durumunda üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunamayacağı sonucu ortaya çıkabilecektir.

Maddi menfaatlerin müsadereesine karar verilebilmesi için bir suçun işlendiğinin ve söz konusu maddi menfaatin bu suçtan sağlandığının sabit olması gerekir.^[138] Sanık öldüğünde muhakeme duracaktır. Ancak bazı durumlarda maddi menfaatlerin müsadereesine karar verilebilmesi için muhakemenin devamıyla suçun işlendiğinin ve maddi menfaatlerin suçtan sağlandığının tespit edilmesi gerekecektir. Bu nedenle suçtan gelir elde edildiği şüphesinin bulunduğu durumlarda, ilgili suçun sanığı ölse de hemen düşme kararı verilmeyecek, davaya devam olunarak maddi menfaatler konusunda karar verilecektir.^[139] Ölüm halinde muhakemeye devam olunmayarak suçla ilgili eşyanın müsadereesine karar verilemezken, kazanç müsadereesi söz konusu olduğunda muhakemeye devam olunması çelişkili bir duruma yol açmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 256 ila 259 maddelerinde müsadereye ilişkin usul hükümlerine yer verilmiştir. Sanığın ölümü durumunda, sadece müsadere için muhakemenin devam edeceği dikkate alındığında, mahkemenin 256 ila 259 maddelerinde yer alan usul hükümleri uyarınca yargılama yapacağı sonucu çıkmaktadır.^[140]

Soruşturma aşamasında şüphelinin ölümü halinde, suç konusu olmayan ve müsadereye tabi olan eşyanın müsadereesine sulh ceza hakimliğince dosya üzerinden karar verilecektir. (Bkz CMK madde 259/1). Burada “*müsadereye tabi eşya*” ifadesinden başlı başına suç teşkil eden eşyanın anlaşılması gerekir. Suçla ilgili eşyanın ya da suçtan elde edilen menfaatin müsadereesine karar verilebilmesi için muhakemeye dava açılması ve duruşma yapılması gerekmektedir. Zira kanunda açıkça belirtilen haller dışında evrak üzerinden inceleme yapılarak müsadere kararı verilmesi mümkündür.^[141]

[138] Ancak suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi ile sağlanan maddi menfaatler yönünden müsadere kararı verilebilecektir. Bkz. Hafızoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 512.

[139] Uğur, “Kazanç ve Kaim,” 44.

[140] Düşme kararı verilmesini gerektirir bir durum söz konusu olduğunda dar anlamda ceza muhakemesinin sona ereceği; ancak müsadere kararı verilmesi yönünden gerekli olan fiilin hukuka aykırılığının tespiti için geniş anlamda ceza muhakemesinin devam edeceği ifade edilmektedir. Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 753.

[141] Zekeriya Yılmaz, “Müsadere Muhakemesi,” *Terazi Hukuk Dergisi* 4, no. 40 (Aralık 2009): 57.

Sanığın duruşma evresinde ölmesi durumunda müsadereye konu eşya^[142] ya da maddi menfaat üzerinde hak sahibi olanlar usulüne uygun tebligat ile duruşmaya çağrılır. (Bkz. CMK madde 257/2) Çağrılan kişilerin duruşmaya gelmemeleri, duruşmanın ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez. (CMK madde 257/3). Müsadere kararı verilebilmesi için olaya ilişkin deliller toplanır; gerektiğinde tanık dinlenebilir, keşif yapılabilir ya da bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Yapılan muhakeme sonucunda ya müsadere ya da müsadereye yer olmadığı kararı verilecektir.^[143]

Sanık dava devam ederken ölmüş ve müsadereye konu eşya, suç teşkil eden eşya niteliğinde ise duruşma yapılmadan doğrudan müsadere kararı verilebilecektir. Örneğin uyuşturucu madde ticareti suçunun sanığı olan kişi dava devam ederken ölmüş ise ele geçirilen uyuşturucu maddelerin müsadereyesine duruşma açılmadan ve ilave araştırma yapılmadan evrak üzerinden karar vermek mümkündür.^[144]

2- Sanığın Ölümü ve Lekelenme Hakkı

Masumiyet karinesi, mahkumiyet kesinleşinceye kadar şüpheli ya da sanığın suçlu olarak kabul edilmemesini ifade eder.^[145] Masumiyet karinesi, şüpheli veya sanığa karşı suçlu gibi davranılmasına engel olur.^[146]

Masumiyet karinesi aynı zamanda lekelenme hakkını beraberinde getirir. Sanığın, hakkındaki hüküm kesinleşinceye kadar suçlu muamelesi

[142] Sanığın ölümü halinde suçla ilgili eşyanın müsadereyesine karar verilebileceğinin savunulması halinde böyle bir usul izlenecektir. Suç teşkil eden eşyanın müsadere söz konusu ise müsadere etkilenecek kişilerin duruşmaya çağrılmasına gerek yoktur.

[143] Yılmaz, "Müsadere," 57.

[144] Bkz. Yılmaz, "Müsadere," 58.

[145] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012), 147.

[146] Ayrıca masumiyet karinesinin diğer bir sonucu sanığın masum olduğunu kanıtlamak zorunda olmamasıdır. Bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 147.

görmemesi ve kamuoyuna suçlu olarak tanıtılmaması aynı zamanda lekelenmeme hakkının bir gereğidir.^[147]

Sanık öldüğünde düşme kararı verilmesi, ölen sanığın isnat edilen suçtan aklanması anlamına gelmez. Hakkında davanın açılması ile beraber çevreye karşı suçlu olarak tanıtıldığı bir gerçektir. Sanık ölse de isnat edilen suç nedeniyle geride kalan mirasçıları bu olumsuz durumdan etkilenebilecektir. Bu nedenle kovuşturma devam ederken sanığın öldüğü durumlarda lekelenmeme hakkı kapsamında davaya devam edilerek sanık hakkında beraat kararı verilip verilemeyeceği tartışması ortaya çıkmaktadır.

Erem/Danışman/Artuk'a göre, sanığın ölümü nedeniyle davanın düştüğüne ilişkin verilecek karar “*beyanı*” bir karardır. Bu nedenle ölümden sonra yapılmış usul işlemlerinin hükümsüz sayılması gerekir. Ölüm meydana geldikten sonra her ne sebeple olursa olsun davaya devam olunamaz.^[148]

Önder'e göre; davayı düşüren sebep gerçekleşince kovuşturmaya devam olunamaz. Dava ister ilk derece mahkemesinde ister kanun yolu incelemesinde bulunsun ölüm davayı düşürecek; ölen kişi hakkında verilecek hükmün nihayetinde beraat olacağı şeklindeki düşünceyle yargılamaya devam olunamaz. Ölüm halinde sanığa yönelik verilecek bir cezanın gerçekleştirilmesi imkansız olduğu dikkate alındığında davaya devam bir tespit davası olacaktır; tespit davası şekli de ceza davalarının niteliği ile bağdaşmaz.^[149]

Dönmezer/Erman'a göre; davayı düşüren bir sebep gerçekleştiğinde, hakim fiilin suç teşkil edip etmediğini araştırması, fiil suç teşkil etmediği takdirde beraate, aksi halde, düşme sebeplerini uygulayarak, davanın ortadan kaldırılmasına karar vermesi gerektiği görüşü üstün tutulamaz. Ancak bu görüş esas alındığında da masum olan bir kimsenin, lekelenmesi ve sürekli şüphe altında olması gibi bir sonuç doğabilir.^[150]

[147] Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 148.

[148] Erem, Danışman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 929.

[149] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 741.

[150] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 366. Dönmezer ve Erman'a ait bu kitap, ilgili yazarlar öldükten sonra bir yazar grubu tarafından güncellenerek yeniden basılmıştır. Bu yeni basıda kitabı güncelleyen yazar grubuna göre CMK'nın 223/9 maddesi uyarınca da düşme sebeplerinin varlığı halinde beraat kararı verilemez.

Sanığın ölümü halinde davaya devam olunarak beraat kararı verilip verilemeyeceğine ilişkin Yüksek Mahkemenin görüşünü yansıtan bir karara rastlanılmamaktadır. Ancak cezalandırma ilişkisinin sona erdiren bir başka neden olan dava zamanaşımına ilişkin olarak Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu kararlar niteliği uygun düşükçe bu konuda yol gösterici olabilir.

Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesi tarafından sanık hakkında beraat kararı verilmiş olsa da; yargılamaya konu suçun niteliği itibariyle zamanaşımı gerçekleşmişse esasa ilişkin denetim yapmadan davanın düşmesine karar vermektedir.^[151] Örneğin sanık hakkında hırsızlık suçundan kurulan beraat hükmü temyiz edilmiş, ilk derece mahkemesinin kararından sonra ancak dosya ceza genel kurulunun önüne gelmeden önce zamanaşımına uğramıştır. Yüksek Mahkeme bu durumda öncelikle dava zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.^[152] Ancak bu duruma istisna getirilmektedir: 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin 9. fıkrasında belirtildiği üzere “*derhal beraat*” kararı verilmesini gerektiren bir durum söz konusu ise ve zamanaşımı gerçekleşmişse sanık hakkında düşme değil, beraat kararı verilmesi gerekmektedir.^[153] Derhal beraat kararı; sanığın eyleminin suç

Düşme sebebi ortaya çıktıktan sonra suçun oluşup oluşmadığı konusunda yargılama yapılamaz. Bkz. Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 367.

[151] Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2009/7-76, K. 2009/104, 28.04.2009; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2013/11-625, K. 2014/517, 25.11.2014: “*Ceza Genel Kurulu'nun 31.10.2012 gün ve 655-1823 sayılı kararı başta olmak üzere bir çok kararında açıkça vurgulandığı gibi, yargılama yapılmasına engel olup, davayı düşüren hallerden biri olan dava zamanaşımının yargılama sırasında gerçekleşmesi durumunda, yerel mahkeme ya da Yargıtay, resen zamanaşımı kuralını uygulayarak kamu davasının düşmesine karar verecektir.*”

[152] Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2012/2-127, K. 2012/257, 03.07.2012.

[153] Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2010/2-136, K. 2010/229, 23.11.2010: “*Ceza Genel Kurulunun duraksamasız içtihatlarına göre, 'zamanaşımının gerçekleşmesi halinde', derhal beraat kararı verilmesini gerektiren haller hariç, öncelikle 'beraat değil, 'zamanaşımı nedeniyle düşme' kararı verilmelidir.*”; ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2013/12-74, K. 2014/140, 25.03.2014; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2011/7-400, K. 2012/65, 28.02.2012; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2012/7-1194, K. 2013/105, 26.03.2012; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2012/7-1425, K. 2013/343, 05.07.2013.

oluşturmaması veya yeni bir yasal düzenleme ile suç olmaktan çıkarılması gibi, herhangi bir araştırmayı gerektirmeyen hallerde verilebilir.^[154]

Yüksek Mahkemenin dava zamanlaşımına ilişkin bu görüşünün, cezalandırma ilişkisini sona erdiren bir diğer neden olan sanığın ölümü hallerinde de geçerli olabileceği düşünülebilir. Ancak Yüksek Mahkeme bir kararında, elektrik hırsızlığından beraat eden sanığın ölmesi durumunda, beraat değil, düşme kararı verilebileceği yönünde görüş bildirmiş ve derhal beraat konusuna değinmemiştir.^[155] Yine dolandırıcılık suçundan beraat eden ve nüfus kayıtlarına göre yargılama sırasında öldüğü anlaşılan sanık hakkında, kesin olarak öldüğü mahallinde yapılacak araştırma ile tespit edildikten sonra düşme kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.^[156]

Yargıtay Özel Dairesinin güncel kararlarında, bu konuya ilişkin, sanığın “*lekelenmeme hakkını*” da gözeterek daha adil bir çözüm getirildiğini söylemek mümkündür.^[157] Ancak bu kararlarında Özel Daire, “*derhal beraat*” kavramına farklı bir anlam yüklemekte ve Ceza Genel Kurulunun istikrar kazanan görüşünden ayrılmaktadır. Özel Daire’ye göre, yargılamanın geldiği aşama itibarıyla, ilave bir araştırma yapılmasına ya da delil toplanmasına gerek kalmayan bir durum söz konusu ise derhal beraat kararı verilebilecektir; 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesinin 9. fıkrasındaki hükmün uygulanabilmesi için, beraat kararının hangi nedenden dolayı verileceği önemli değildir.^[158] Ayrıca ilk derece mahkemesince verilen beraat kararından sonra fakat temyiz denetiminden önce sanığın öldüğü durumlarda Özel Daireye göre, ilk

[154] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2013/12-74, K. 2014/140, 25.03.2014; Yargıtay Ceza Genel Kurul, E 2011/7-400, K. 2012/65, 28.02.2012.

[155] Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2014/13-581, K. 2016/34, 26.01.2016.

[156] Yargıtay Ceza Genel Kurul, E. 2019/15-3, K. 2019/94, 12.02.2019.

[157] Bkz. Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2020/10549, K. 2021/9732, 25.05.2021; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2019/1468, K. 2021/9871, 26.05.2021; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2021/14913, K. 2022/149, 18.01.2022; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2021/6745, K. 2022/1914, 17.02.2022.

[158] Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2020/10549, K. 2021/9732, 25.05.2021; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2019/1468, K. 2021/9871, 26.05.2021; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2021/14913, K. 2022/149, 18.01.2022; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2021/6745, K. 2022/1914, 17.02.2022.

derece mahkemesinin beraat kararının esası doğruysa onanması gereklidir; sırf sanık yargılama aşamasında öldü diye dava düşürülemez; yani şüpheli ya da sanık lekelenmiş durumda bırakılamaz.^[159]

Kovuşturma evresinde düşme sebeplerinin varlığı halinde sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilecek hale gelmiş olsa dahi mahkumiyet kararı verilemez; zira düşme sebebinin kabul edilmesindeki amaç, neticede sanık hakkında mahkumiyet kararının verilmemesinin istenmesidir.^[160] Bununla birlikte düşme sebeplerinin kabulü, sanığın beraat kararı ile temize çıkmasının istenmemesi anlamına gelmez. Bu nedenle kovuşturma evresinde, tam beraat kararı verileceği sırada, düşme sebeplerin bulunduğu anlaşılması, beraat kararı verilmesine engel teşkil etmemelidir.^[161]

5271 sayılı CMK'nın 313. maddesinin 1. fıkrası, hükümlü öldükten sonra da yargılamanın lehe olarak yenilenmesini kabul etmektedir. Zira ceza mahkumiyetinin yarattığı olumsuz algı ve utanma duygusu, hükümlü öldükten sonra en azından ailesi yönünden devam eder ve bu gerekçelerle yasada sınırlı olarak sayılan kişilerin, hükümlü öldükten sonra da yargılamanın yenilenmesini talep edebileceği kabul edilmiştir.^[162] Hükümlünün ölümünden sonra dahi yargılamanın yenilenmesi talep edilebildiğine göre, henüz dava devam ettiği sırada ölen sanığın temize çıkmasına olanak sağlamak evleviyetle kabul edilmelidir. Mevcut yasal düzenlemeler ölen sanık hakkında beraat kararı verilmesine engel teşkil edecek nitelikte olmasa da, "lekelenmeme hakkı" nı gözeten kesin bir uygulama için bütün düşme sebeplerini kapsayan kanuni bir düzenleme yapılabilir.

[159] Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2020/10549, K. 2021/9732, 25.05.2021; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2019/1468, K. 2021/9871, 26.05.2021; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2021/14913, K. 2022/149, 18.01.2022; Yargıtay 6. Ceza Daire, E. 2021/6745, K. 2022/1914, 17.02.2022.

[160] Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2010), 660-661.

[161] Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 661.

[162] Güçlü Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 151. Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunduktan ve yargılamanın yenilenmesi kararı alındıktan sonra hükümlünün ölümünün, yenilenme isteminin reddi sonucunu doğurmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, 151.

C) HÜKÜMLÜNÜN ÖLÜMÜ

Hükümlünün ölümü 64. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Sanığın ölümü halinde hem dava hem de infaz ilişkisi ortadan kalkarken, hükümlünün ölümünde sadece infaz ilişkisi ortadan kalkmaktadır.^[163]

Hükümlü öldükten sonra hapis cezasının infazı yönünden imkansızlık doğar. Fakat adli para cezaları için aynı ifadeyi kullanmak mümkün değildir; zira adli para cezaları ölen hükümlünün terekesinden tahsil edilebilir. Ancak ekonomik nitelikte de olsa adli para cezaları sonuçta bir cezadır; ölen hükümlü hakkında verilen adli para cezasının terekeden ve tereke üzerinde hak sahibi olan mirasçılardan tahsili “*cezaların şahsiliği ilkesi*” ne aykırı olacaktır.^[164] Nitekim TCK’nın 64. maddesinin 2. fıkrasında açıkça; “*hükümlünün ölümü, hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezasını ortadan kaldırır*” hükmüne yer verilmiştir. Adli para cezası takside bağlanmış ve hükümlü tüm taksitleri ödemediği ise yine bakiye kısım mirasçılardan istenemez; adli para cezasının ödenen kısmı, hükümlünün öldüğü gerekçesiyle mirasçıları tarafından devletten talep edilemez. (Bkz. TCK madde 74/1)

Hükümlünün ölümünün düzenlendiği 2. fıkranın son cümlesinde; “*ancak, müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin olup ölümden önce kesinleşmiş bulunan hüküm, infaz olunur*” hükmüne yer verilmiştir.^[165] Yukarıda açıklandığı üzere burada geçen müsadere kavramı hem suçla ilgili eşyayı hem de suç teşkil eden eşyayı kapsamaktadır. Dava devam ederken sanığın ölümü halinde suçla ilgili eşyanın müsaderesine karar vermek mümkün değilken; dava sonucunda suçla ilgili eşyanın müsaderesine karar verilmiş ve bu karar

[163] Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 724. Cezanın infazı ceza ilişkisini düşüren bir sebep olarak nitelendirilemez. Bkz. Erem, Danişman ve Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 923; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 705.

[164] Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, 744.

[165] Hükümlünün ölümüne rağmen kesinleşmiş olan müsadere kararlarının infaz edileceğinin hükme bağlanmasının, müsaderenin esasında ceza değil, bir güvenlik tedbiri olduğu düşüncesini desteklediği belirtilmektedir. Bkz. Aydın, “Malvarlığına,” 143. Müsadere kararının infazı için ölümden önce kesinleşmesini aramanın, müsadereye ilişkin TCK’nın 54 hükmü ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 753.

kesinleşmişse, ilgili kararın hükümlüsü ölse dahi müsadere kararını infaz etmek mümkündür.^[166]

Yargılama giderleri, ne cezadır, ne de ceza mahkumiyetinin kanuni sonucudur.^[167] Dava devam ederken saniğin ölmesi durumunda yargılama giderleri devlet üzerinde kalır. Karar kesinleşmiş ise kesinleşme ile birlikte hükümlü sıfatına geçiş yapan kişinin, ödemesine hükmedilen yargılama giderleri terekesinden tahsil edilecektir.

TCK 51 maddesi uyarınca hapis cezasının ertelenmesi kararı verilmiş ise hükümlü, belirlenen denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı bir suç işlemezse ve erteleme yükümlülüklerini yerine getirirse cezasını infaz etmiş sayılır; yine koşullu salıverme hükümleri uyarınca serbest bırakılmışsa ve denetim süresi içerisinde yeniden suç işlemeyip öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmişse cezasını infaz etmiş kabul edilir.^[168] Hem erteleme hem de koşullu salıverme için belirlenen denetim süresi içerisinde hükümlü ile devlet arasındaki ceza ilişkisinin sürdüğünü kabul etmek gerekir. Ancak belirlenen şartlara uyulduğunda ve denetim süresi sonunda ceza infaz edilmiş olacak ve dolayısıyla ceza ilişkisi sona erecektir.^[169] Hem hapis cezasının ertelenmesi hem de koşullu salıverme yönünden, denetim süresi içerisinde bir yükümlülük getirilmiş ise ölüm halinde hükümlü için belirlenen bu yükümlülükler de son bulacaktır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 372. maddesi uyarınca kişi hakkında verilen vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ölüm halinde düşecektir.^[170] Ölümün vergi cezalarını düşürücü etkisi açısından cezanın kesinleşip kesinleşmediğinin değil, tahsil edilip edilmediğinin esas alınması

[166] TCK'nın 70. maddesi uyarınca "müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilemez."

[167] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 512; Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 661.

[168] Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 659-60.

[169] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, 351.

[170] Kişinin ölümü vergi borçlarının silinmesine neden olmaz.

gerektiği ifade edilmektedir.^[171] Hakkında ceza verilen kişinin ölmesi durumunda, vergi cezası kesinleşmiş olsa da, tahsil edilemeyecektir. 213 sayılı VUK'un 359 vd. maddelerinde düzenlenen vergi suçları yönünden ise TCK'nın 64. maddesi uygulanacaktır.

Hükümlü öldükten sonra da yargılamanın yenilenmesinin talep edilebileceği yukarıda ifade edildi.(CMK madde 313/1)^[172]

D) MAĞDURUN ÖLÜMÜ

Mağdurun ölümünün, sanık ile devlet arasındaki ceza ilişkisine esas olarak etkisi yoktur.^[173] Bununla birlikte soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suçun mağduru şikayet süresi dolmadan önce ölmüş ise mirasçıları mağdurun yerine geçip şikayette bulunamazlar.^[174] Ancak TCK'nın 131/2 maddesinde bunun istisnası öngörülmüştür.^[175]

[171] Muallâ Öncel, Nami Çağan ve Ahmet Kumrulu, *Vergi Hukuku I Genel Kısım*. (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1985), 262.

[172] Hükümlü bizzat, beraat etmek amacıyla istemde bulunduktan sonra ölürse, yasa özel olarak belirtilen kişilerden birinin süreci kaldığı yerden devam ettirmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır. Bkz. Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, 151.

[173] Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*, no. 377; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 709.

[174] Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 724.

[175] TCK'nın 131/2. maddesine göre; “*mağdur şikayet etmeden önce ölürse, veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoyu ve altsoyu, eş ve kardeşleri tarafından şikayette bulunulabilir.*”

SONUÇ

Devletin cezalandırma hakkı günümüzde hala “toplum sözleşmesi” kuramı ile açıklanmaktadır. Kişiler ve devlet arasında bir anlaşma yapılmıştır. Düzeni sağlamak devletin görevidir ve gerektiğinde toplum düzenini sağlamak için bireyleri cezalandırabilir. Ancak devletin dokunamayacağı, bireye ait temel haklar bulunmaktadır. Devlet bu temel hakları ihlal edemez. Birey de toplum düzenini sarsacak eylemlerde bulunmamakla ve suç işlediğinde tarafsız ve bağımsız mahkemelerce verilen cezaya katlanmakla yükümlüdür.

Suçun işlenmesi ile birlikte devletin, birey üzerinde cezalandırma hakkının doğduğu ifade edilmektedir. Esasında suçun işlenmesi ile birlikte birey ile devlet arasında ceza ilişkisi doğar. Bu ilişki kural olarak infaz ile son bulur. Ancak bazı nedenlerle bu ilişkinin kesilebileceği kabul edilmektedir. Esasında ölüm, birey ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sonlandıran doğal bir nedendir ve ceza ilişkisini sonlandıran diğer nedenlerden bu yönüyle farklıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 64 ve devamı maddelerinde “*Davayı ve Cezayı Düşüren*” nedenler sıralanmıştır. Davayı ve Cezayı düşüren nedenleri aynı zamanda muhakeme engeli olarak görmek mümkündür. Bu nedenle düşme sebebi olarak gösterilen bu nedenlerin Türk Ceza Kanununda yer alması doğru bulunmayabilir. Ancak ceza davasının, devletin cezalandırma hakkını kullanmasında bir araç olduğu ve esasında davayı ve cezayı düşüren nedenlerin devletin cezalandırma hakkına etki ettiği ve bu nedenle usul kurallarından öncelikli olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu kurumların maddi ceza hukuku alanında düzenlenmesi hatalı değildir.

Davayı ve cezayı düşüren neden olarak kabul edilen TCK'nın 64. maddesindeki düzenlemede, sanığın ölümü ile hükümlünün ölümüne farklı sonuçlar bağlanmıştır. Daha doğrusu müsadere ve yargılama gideri konusunda kişinin sanık ya da hükümlü olmasına ilişkin farklı hükümler getirilmiştir.

TCK'nın 64. maddesinde yer alan düzenleme bu haliyle, müsadere konusunda, suç ile ilgili eşya ve suç teşkil eden eşya ayrımını yapmayı zorunlu kılmaktadır. Dava devam ederken sanığın ölmesi durumunda sadece suç teşkil eden eşyanın müsaderesi için yargılamaya devam olunabilecektir. Yine sanığın ölümü halinde suçtan sağlanan maddi menfaatlerin müsaderesine karar verilebilecektir. Ancak 64. maddenin her iki fıkrası birlikte düşünüldüğünde sanığın ölümü halinde suçla ilgili eşyanın müsaderesine karar verilmesi mümkün görünmemektedir. Zira hükümlünün ölümü halinde

ancak kesinleşmiş müsadere kararlarının infaz edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu ayırım yapılmazsa, sanığın ölümü halinde her şekilde müsadere kararı verilebileceği ancak hiçbir müsadere kararının infaz edilemeyeceği sonucu ortaya çıkacaktır.

Ölüm halinde muhakemenin duracağı ve mutlak surette düşme kararı verileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Ancak dava devam ederken sanığın öldüğü durumlarda, lekelenmeme hakkı kapsamında davaya devam olunması tercih edilmelidir. Toplanan deliller bağlamında ölen sanığın beraat etmesi gerektiği tespit edildiğinde düşme kararı değil, beraat kararı verilmesi gerekir. Basit suçlar yönünden bu farklılaştırmanın bir öneminin olmadığı düşünülse de; cinayet ve tecavüz gibi suçlar yönünden sanığın lekelenmemesi büyük önem taşır. Zira isnat edilen suçun sanığın hatırasına etki etmesinden de öte, geride kalan aile bireylerini etkileyen boyutu bulunmaktadır. Mahkum olarak ölen bir kişi için yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebildiğine göre, hakkında kovuşturma devam ederken ölen sanığın aklanması için bu yolların açık tutulması bir gerekliliktir.

KAYNAKLAR

Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2018.

Akyürek, Güçlü. *Yargılamanın Yenilenmesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Aydın, Öykü D. “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 43, no. 1 (1993): 143-156. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000742.

Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. Çeviren: Sami Selçuk, Ankara: İmge Kitabevi, 2020.

Bettioli, Giuseppe. “Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi.” Çeviren: Faruk Erem. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1, (1955): 1-15. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001248.

Centel, Nur, Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2020.

Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku III*. İstanbul: Der Yayınları, 2020.

Erem, Faruk, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.

Foucault, Michel. *Hapishanenin Doğuşu*. Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay. Ankara: İmge Kitabevi, 2019.

Hafizoğulları, Zeki. “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukuki İlişkisi ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri.” *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, editör Mehmet Murat İnceoğlu, 387-415. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 10. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2017.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- Keyman, Selâhattin. “*Türk Hukukunda Af*.” Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi, 1965.
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.
- Kunter, Nurullah. *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku -Gerçek ve Tüzel Kişiler-*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Okuyucu Ergün, Güneş. “Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 33, no. 153 (Mart-Nisan 2021): 169-185.
- Öncel, Muallâ, Nami Çağan ve Ahmet Kumrulu. *Vergi Hukuku I Genel Kısım*. Ankara: Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1985.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1992.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Öztürel, Adnan. “Ölüm Teşhisi Hataları.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 1 (1956): 343-349. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001281.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Pisapia, Gian Domenico. *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım*. Çeviren Atıf Akgüç. Padova: 1965.

- Seneca, Lucius Annaeus. *Ahlak Mektupları*. Çeviren: Türkan Uzel. İstanbul: Jaguar Kitabevi, 2019.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.
- Tafran, Adem. “Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsaderesi.” *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 13 (2016): 11-31.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi. *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Topaç, Tahir Hami. “Eşya Müsaderesi (TCK. 54).” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 2, no. 2, (2013): 47-70.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2012.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lûgatı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Uğur, Hüsamettin. “5237 Sayılı TCK’ya Göre Kazanç ve Kaim Değer Müsaderesi.” *Terazi Hukuk Dergisi* 3, no. 28 (Aralık 2008): 31-44.
- Yılmaz, Zekeriya. “Müsadere Muhakemesi.” *Terazi Hukuk Dergisi* 4, no. 40 (Aralık 2009): 49-70.
- Yüce, Turhan Tufan. *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1985.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.

Makaleler

Articles

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

Coşkun ÖZBUDAK*

* Avukat, Aydın Barosu. coskunozbudak@gmail.com

GİRİŞ

Bilindiği üzere, bir kişinin işlediği bir suçtan dolayı sorumlu olabilmesi için gereken koşullardan birisi de isnat (kusur) yeteneğidir.

Kısaca “anlama ve isteme” yeteneği^[1] olarak tanımlanabilecek olan isnat yeteneğinin yokluğu, TCK’nın 31, 32 ve 34. maddelerinde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler arasında sayılmıştır.

Bu çalışmada, TCK’nın 31/2. fıkrası kapsamında, *fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş fakat onbeş yaşını doldurmamış olan çocukların, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı* hakkında kanaat bildiren ATK raporlarının ve bu raporlara dayalı olarak kurulan hükümlerin, (somut bir olay bağlamında) değerlendirmesi ve eleştirisi yapılacaktır.

I. YASAL VE TEORİK ÇERÇEVE

A) ONİKİ – ONBEŞ YAŞ ARASINDAKİ ÇOCUKLARIN İSNAT YETENEĞİNİN KAYNAĞI KAPSAMI VE TESPİTİ

1- 5237 Sayılı TCK’nın 31/2. Fıkrasının İlgili Kısmı

Anılan fıkra, “*Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. ... İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, ... hapis cezasına hükmolunur.*” denilmektedir.

Buna göre, anılan yaş grubundaki çocukların eylemlerinden sorumlu tutulabilmeleri için “*işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı*”nın tespiti zorunludur. Bir başka ifadeyle, bu çocukların ceza sorumluluğunun doğabilmesi için (*işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama*) anlama ve (*bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme*) isteme yeteneklerinin

[1] Yasin Kocar, “İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler,” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007), 9.

birlikte bulunması gerekir. Bunlardan birinin eksik olması halinde isnat yeteneğinin varlığından söz edilemez.

Dolayısıyla bu dönemdeki çocukların ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, anlama yeteneği bağlamında; *işledikleri fiilin suç olduğunu bilmelerinin yanı sıra, bu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını, yani yaptıklarının haksızlık olduğunu ve hukuk düzeni tarafından bu fiile bazı sonuçlar bağlandığını algılayabilme, bunun ayırdına varabilme olgunluğuna sahip bulduklarının da tespiti* gerekir.

Buna ilave olarak, isteme yeteneği bağlamında da *davranışlarını bilinçli bir şekilde yönlendirebilme, gerektiğinde yanlış yönde olduğunu fark ettiğinde bundan geri dönebilme yeteneğine sahip olunduğunun anlaşılması* da zorunludur.

2- Isnat Yeteneğinin Kapsamı

Çocuğun isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığının genel olarak mı, yoksa işlenen somut fiil için mi tespit edileceği öğretide tartışmalı ise de Yargıtay *çocuğa hangi suç isnat edilmiş ise o suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yönünden* bedeni, akli ve ruhi durumunun uzman kimselere tespit ettirilmesi gerektiğini kabul etmektedir.^[2]

Eminağaoğlu'na göre de: Verilen raporda failin açıkça hangi suçun farik ve mümeyyizi olduğu belirtilmelidir, sadece işlediği suçun farik ve mümeyyizidir demek yeterli değildir. Failin uzman kişi veya kişilere farik ve mümeyyizliği sorulurken, işlediği suç açıkça belirtilerek, bu suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığı sorulmalıdır, keza uzman bilirkişi de verdiği raporda kişinin hangi suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığını açıkça belirtmelidir.^[3]

Kişinin, fiziksel gelişimine paralel olarak, toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği ve toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir.

[2] Kocar, "İsnat Yeteneği," 89.

[3] Ömer Faruk Eminağaoğlu, "Ceza Hukukunda Isnat Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3, no. 2, (Nisan 1991): 238- 39.

Bu kapsamda, çocukluktan gençliğe geçiş sürecinde bulunan oniki yaşını doldurmuş ve fakat onbeş yaşını tamamlamamış kişiler, genellikle işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmakla beraber, bazı durumlarda fiili işlemekten kendini alıkoyamamakta ve bazı davranışlar açısından iradesine yeterince hâkim olamamaktadır. Bu nedenle, suç oluşturan bir fiili işlediği sırada bu yaş grubunda olan çocukların, işlediği suç açısından davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine sahip olduğunun belirlenmesi bunların ceza sorumluluğunun ön koşuludur.^[4]

Erdener'in ifadesiyle; ülkemizde, *çocukların ceza sorumluluğu değerlendirilirken, sadece akıl hastalığının ya da akıl zayıflığının olup olmadığı araştırılmakta, bu iki durumun yokluğu halinde ceza sorumluluğu "tam" kabul edilmektedir.* Uygulamada, çocukların % 90'ına "ceza sorumluluğu vardır" raporu verilmesi, kimi zaman bu oranın % 100'e yaklaşması bu değerlendirmelerin yeterliliği hakkında şüphe uyandırmaktadır. *Oysa suçun hukuki değerini anlama ve davranışlarını buna göre yönlendirme, sadece tıbbi muayene ile ortaya çıkabilecek olandan fazlası olup, o fiilin suç olduğunu bilmek ve suçun sosyal değerini idrak etmek, dolayısıyla kanunu bilmek anlamına gelmektedir.* TCK'nın 31. maddesinin gerekçesinde, 13-14 yaş grubu çocuklar için ceza sorumluluğunun olup olmadığının çocuk hâkimi tarafından tespit edilmesinden önce, çocuğun içinde bulunduğu aile koşulları, sosyo-ekonomik şartları ile eğitimsel ve psikolojik durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması, çocuk hâkiminin de, bu raporları ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili yapacağı değerlendirmelerde dikkate alması gerektiği belirtilir. Çocuk hâkimi de hazırlanan bu raporları ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili yapacağı değerlendirmelerde dikkate almalıdır. Buna karşın, değerlendirmelerde *çocuğun hukuki muhakeme düzeyinin dikkate alınmadığı, kanunun öngördüğü ile uygulamada yapılanın paralellik göstermediği, çocuklara bu denli fazla sayıda %100'e yakın "ceza sorumluluğu tamdır" raporu verilmesinden anlaşılmaktadır.*^[5]

[4] Selami Turabi, "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 25, no. 101, (Temmuz-Ağustos 2012): 279.

[5] Eda Erdener, "Çocuklarda 'Suçun Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılayabilme' İle Algılamalarına Etki Eden Sosyalkültürel Faktörlerin Ceza Sorumluluğu Bakımından İncelenmesi," (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2011), 16-17.

Öte yandan, “Çocuklarda Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi” başlıklı bir araştırmanın sonuç kısmında, oniki–onbeş yaş grubundaki çocukların isnat yeteneğinin değerlendirilmesi bağlamında ülkemizdeki güncel yargı (ve Adli Tıp Kurumu) uygulamasına yönelik (Erdener’in tezlerini de destekleyen) önemli tespitler ve öneriler yapılmıştır. Bahse konu tespitleri şöyle sıralamak mümkündür:^[6]

- *Suçta sürüklenen çocuk bireysel olarak değil toplumsal ve çevresel etmenlerle beraber değerlendirilmelidir. Çünkü özellikle toplumsallaşması yeni olan çocuklarda sıklıkla dahil olduğu ya da olmak istediği gruba uyum göstermek adına belli fiilleri işlediklemektedir. Bu nedenle (çocuğun) sosyal çevresini de dikkate alarak yapılacak değerlendirme oldukça önemlidir.*
- *Küçük hırsızlık suçlarında ve mağduru ve faili aynı yaş grubunda erkekler olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, çocukların genellikle basit bir iç güdü ile uyma davranışı gösterdikleri fakat işlediği fiilin sonuçlarını kavrayamadıkları gözlenmiştir.*
- *Bu nedenle çocuk suçluluğuna salt çocuk temelli yaklaşmak ve çözüm bulmak imkansızdır. Çocuğu merkeze koyan ama sosyal çevresi, ekonomik durumu gibi tüm etmenleri içine alan programlar geliştirilmelidir. Çocuk merkezli suç önleme çalışmaları için kamu desteği sağlanmalı ve sivil toplum örgütleri ile ortak projeler yürütülmelidir. Kitle iletişim araçlarında şiddeti özendirici içerikler önlenmelidir.*
- *Ayrıca birçok çalışmada çocuk suçluluğu ile göçün yakından ilgili olduğu gösterilmiştir. Bu nedenle iç ve dış göçe neden olan sebepler üzerine politikalar üretilmeli, mümkün olduğunca göçe sebep olan etmenler ortadan kaldırılmalı aile ve çocuk göç etmek zorunda kalıyorsa destek programları ile takip edilmelidir.*
- *Suçta sürüklenen çocuklarla ilgili rapor istemlerinde ve rapor düzenlenmesinde adli, idari ya da hekim kaynaklı birçok sorunlarla karşılaşılacaktır. Gereksiz kanaat belirtilmesi, yetersiz belge ile gerekli zaman ayırmadan rapor düzenlenmesi hekim kaynaklı sorunlardır.*

[6] Halil İlhan Aydoğdu vd, “Çocuklarda Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi,” *Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi* 9, no. 4, (Temmuz–Ağustos 2017): 18.

- *Çocuğun adli dosyasında eksikliklerin olması, yaş doğrulamasının yapılmamış olması ya da çocuğun olaydan çok uzun süre sonra muayene gönderilmesi de adli veya idari kaynaklı sorunlardır.*
- *Bu sorunların yaşanmaması için hukuki sürecin başladığı andan itibaren; çocuğun yaşının doğrulanmış olması (doğrulanamıyorsa yaş tayini yapılması), çocuğun ifadesinin tam ve eksiksiz alınmış olması, olayın oluş şeklini daha doğru irdelemek için varsa diğer ifadelerin eksiksiz olarak dosyaya konulmuş olması, sosyal inceleme raporunun ve adli sabıka kaydı ile ilgili evrakların tamamlanmış ve dosya içerisine konulmuş olması, işlendiği iddia edilen suçun türü, zamanı, niteliğinin açık bir dille dosyada yer alması, çocuğu muayene eden hekimin rapor düzenlemeden önce muhakkak bu hususları kontrol etmesi eksiklik varsa tamamlanmasını istemesi uygun işleyiş şeklidir.*
- *Hekimler de; muayene esnasında çocuğun ruhsal durumunu ayrıntılı olarak not etmeli, gerekli gördüğü vakalarda zeka testi istemeli, çocuğun okul yaşantısı ile ilgili detaylı bilgi edinmek için öğretmen bilgi formu talep etmeli, birinci derece yakınları ile görüşmeler yapmalı, raporlandırma aşamasında elde edilen tüm bilgi ve bulguların yanında olayın oluş şekli ve çocuğun gelişim dönemi de göz önünde bulundurulmalıdır.*

3- İsnat Yeteneğinin Tespiti

Madde gerekçesine göre: “Bu grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığı, çocuk hâkimi tarafından tespit edilir. Ancak, bu belirlemeden önce, yaş küçüğünün içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hâkimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır.”

Kanunda “uzman kişiler”in kim olduğu, sayısı ve niteliği belirtilmemiştir. Ancak tespiti gereken yeteneğin niteliği dikkate alındığında, *çocuk ve ergen psikiyatrisi alanında adli psikiyatristler* başta olmak üzere alanında uzman tıp doktorlarının ve/veya bunlardan oluşan kurulların başlıca “uzman kişiler” olduğu mutlaktır.

Bununla birlikte 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) 35. maddesinde, “Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel

özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur.” denilerek, (ÇKK'nın 33. maddesinde nitelikleri belirtilen) sosyal çalışma görevlilerinin “uzman kişiler”den olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu grup çocukların ceza sorumluluğunun olup olmadığının hâkim tarafından tespiti öncesinde, yaş küçüğünün içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce rapor hazırlanması istenir. Çocuk hâkimi, hazırlanan bu raporları, ceza sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili olarak yapacağı değerlendirmede dikkate alır.

Buna karşılık, ülkemizde çocuğun “fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği” hususundaki değerlendirmede Adli Tıp uzmanları ile Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı uzmanları tarafından hazırlanan raporlar esas alınmakta ve/veya (sosyal inceleme raporlarına nazaran) hekim raporlarına üstünlük tanınmaktadır.^[7]

B) CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BİLİRKİŞİ RAPORU, UZMAN MÜTALAASI VE ATK'NİN KONUMU

Bilindiği üzere, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren hal-lerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen veya tarafların istemi üzerine karar verilebilir.

Yine taraflar yargılama konusu *olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında*, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler.

Ceza muhakemesi hukukunda serbest ve vicdani delil sistemi kabul edilmiş olduğundan bilirkişi görüşlerinin bağlayıcılık bakımından diğer delillerden bir farkı yoktur, hâkim bilirkişi görüşlerini de serbestçe takdir eder.

Kanunun resmi bilirkişi tayin etmesi de hâkimin kural olarak bu bilirkişinin oy ve görüşü ile bağlı olması sonucunu doğurmaz. Örneğin, Adli tıp

[7] Osman Yaşar, H. Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, (Ankara: 2014), 929.

ihstias kurullarının, Adli tıp ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin ve Adli tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının heyet hâlinde verdikleri rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkilerin, Adli Tıp Genel Kurulu, tarafından kesin olarak çözüme bağlanacağına dair Kanun hükmü (Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 15), raporun, isteyen mahkeme açısından da kesin ve bağlayıcı olduğu anlamına gelmez.^[8] Yine Aynı Kanununun 23/C-III fıkrası uyarınca da; “*Adli Tıp Genel Kurul kararları nihai (kesin) olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz.*”

Keza ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ve muhakemenin kolektifliği uyarınca uzman kişilerin bilimsel mütalaaları da delillerin değerlendirilmesinde bir araç durumundadır. Bu nedenle *bilirkişi raporu ile uzmanın mütalaasının birbirlerine üstünlüğü söz konusu değildir* ve aralarında çelişki bulunması halinde çelişkinin giderilmesi gerekecektir.

Daha da önemlisi, hüküm kurmak için yeterli olmayan, hukuki denetime elverişli, uygun ve yeterli gerekçe içermeyen veya önceki raporlar arasındaki çelişkiyi gidermeyen bir rapor, sırf ATK Üst Kuruluna ait olduğu için önceki raporlara üstün tutulma veya hükme esas alınma bakımından hiçbir ayrıcalığa sahip değildir.

Hele hele (somut olayda) TCK'nın 31. ve ÇKK'nın 35. maddeleri kapsamında birçok parametre, değerlendirme ve gerekçe içermesi gerekirken, hâkimin vicdani kanaat edineceği dosya kapsamına hiçbir katkı sunmayan bir raporun, sırf ATK Üst Kuruluna ait olduğu için hükme esas alınması hukuken kabul edilemez bir durumdur.

Kaldı ki, Dünya Sağlık Örgütü'nün, çocuk istismarını: “*Çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini olumsuz etkileyen, bir yetişkin, toplum ya da devlet tarafından bilerek ya da bilmeyerek uygulanan tüm davranışlar*”.^[9] olarak tanımlamış ve bir çocuğun diğer bir çocuğa yönelik fiilini istismar olarak kabul etmemiş olması karşısında, mahkemeye sunulacak raporda bulunması gereken nitelikler kanuni bir zorunluluğu yerine getirmenin çok ötesine geçmektedir.

[8] Handan Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik,” *İÜHFEM*, C. LXIV, no. 1, (2006): 96.

[9] Utku Beyazıt ve Aynur Bütün Ayhan, “Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarın Önlenmesi,” *Eleştirel Pedagoji* 8, no. 45, (Mayıs–Haziran 2016): 5.

Gerçekten de ve özellikle konu cinsel istismar olduğunda, somut olayda olduğu gibi, erken ergenlik çağında bir çocuğun cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket ettiğinin kabulü mümkün görülmektedir.

Pedagojik açıdan daha doğru olan bilimsel yaklaşım, bu çağdaki bir çocuğun eylemini, cinsel arzularını tatmin amacından çok, merak, deneme, öğrendiğini ya da gördüğünü uygulama amacına yönelik kabul etmektir.

Bu kabule, isnat (anlama ve isteme) yeteneğinin atılı suç bakımından söz konusu olmasına ve çocuğun içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumunun da dikkate alınmasına dair yasal gerekler eklendiğinde, bu gibi olgularda nasıl bir bilimsel hassasiyetle hareket edilmesi gerektiği, buna karşılık (somut olayda) hükme esas alınan raporun bu hassasiyeti pek de taşımadığı kolaylıkla görülmektedir.

Çalışmaya konu edilen uygulama tekil ya da istisnai olsa kuşkusuz münferit bir adli hata olarak değerlendirilebilirdi. Ancak bilimsel verilerle desteklendiği üzere, uygulamada çocukların % 90'ına "ceza sorumluluğu vardır" raporu verilmesi ve çoğunlukla da bu raporlar yönünde hüküm kurulması, cinsel suçlar başta olmak üzere çocukların faili olduğu suçlara ilişkin yargulamalarda ceza sorumluluğu bağlamında adli rapor düzenleme süreçlerinin yeniden ele alınmasının acil bir gereksinim olduğunu göstermektedir.

C) MAHKEMELERİN ATK VE DİĞER BİLİRKİŞİ RAPORLARINA YAKLAŞIMI

Kanun; bilirkişi raporunun gerekçeli ve hukuki denetime elverişli olmasından, hâkimin (bilirkişi raporunu) serbestçe takdirinden, vicdani kanaatten vb ilkelerden bahsetse de, yerleşik yargı kültürü yerine tek tek mahkemelerin ön plana çıktığı bir sistemde, denetime elverişli uzman mütalaasına dayanılması halinde kararın kanun yolunda (bu nedenle) bozulacağı endişesiyle, mahkemelerin ATK'dan rapor istedikleri veya (somut olayda olduğu gibi), son sözü ATK'ya verip, gerekçesiz ve hüküm kurmaya elverişsiz de olsa ATK raporu doğrultusunda karar verdikleri görülmektedir.

Aşçıoğlu da "*Yargıçlar, yalnız kendilerinin değil yargılananların da yetki ve özgürlüklerini kısıtlayarak; hukuk ve olgu sorunlarının önemli bir bölümünü denetimsiz olarak bilirkişilere bırakmaktadır. Bu nedenle de*

bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkı gizil bir tehlike ile karşı karşıya kalmaktadır.”[10] diyerek aynı soruna işaret etmektedir.

Öğretide hâkimin birden fazla bilirkişiyi görevlendirdiği işlerde azınlıkta kalan bilirkişi raporunu esas alarak karar vermesinin de mümkün olduğu, aksi kabulün dava hakkındaki kararın hâkimler tarafından değil bilirkişiler tarafından verildiği anlamına geleceği, bu durumun da yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını düzenleyen Anayasa hükmüne aykırılık teşkil edeceği^[11] savunulmakta ise de, Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay’a göre, *bilirkişilerin beyanları arasında değer bakımından uyumsuzluk çıkması halinde hâkim, çoğunluğun görüşüne katılabilir. Fakat azınlıkta kalanın görüşünü esas alarak hüküm veremez.*

Kanaatimce, hâkimin kendisini bilirkişi yerine koyması engellenmeye çalışılırken, *(azınlıkta kalan bilirkişi raporunu esas alarak karar vermesinin kabul edilmemesi, bilirkişi raporunu yetersiz bulursa ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci defa bilirkişi incelemesi yaptırmak ve kararını mutlaka bilirkişi raporuna göre vermek zorunda bırakılması suretiyle) bilirkişinin kendisini hâkim yerine koyması^[12] sonucu yaratılmıştır.*

II. İNCELEME KONUSU OLAYA DAİR YARGILAMA SÜRECİ

Olay tarihinde (2016) Suça Sürüklenen Çocuk (SSÇ) oniki buçuk, mağdur ise sekiz buçuk yaşlarında erkek çocuklardır.

SSÇ hakkında TCK’nın 103/2. fıkrasında yazılı “Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı” suçundan dava açılmış, yargılama yapılmış ve mahkûmiyet hükmü verilmiştir.

SSÇ hakkındaki soruşturma, başka iki SSÇ’nin, mağdurun da aralarında bulunduğu üç çocuğa cinsel tacizde buldukları iddiasıyla başlatılan soruşturmada, mağdurun, ilk ifadesinden bir gün sonra (babasının başvurusu

[10] Çetin Aşçıoğlu, “Bilirkişi Sorununa Çözüm Önerileri,” https://www.maden.org.tr/resimler/ekler/8f7d96ea21ccae8_ek.pdf, (Erişim T.: 14.11.2022).

[11] Cenk Akil, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 sayılı kararının tahlili,” *AÜHFD* 60, no. 3 (Eylül 2011): 707-8.

[12] Akil, “Yargıtay,” 717.

üzerine) polis tarafından alınan ikinci ifadesinde SSÇ'yi ve atılı eylemi de beyan etmesi üzerine başlatılmıştır.

Yargılamanın başında SSÇ müdafii tarafından, (maddi olaya ilişkin savunmaların yanı sıra), soruşturma aşamasında düzenlenen sosyal inceleme raporu (SİR) ve “Psikiyatrik Muayene/Konsültasyon Raporu” nun TCK'nın 31/2. fıkrası bağlamında (çocuğun) *“filin hukuki anlam ve sonuçlarını algulama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin”* yeterince gelişip gelişmediğini açıklayabilme ve Mahkemenin kararına yardımcı olabilme açısından yetersizliği savunulmuştur.

Bu kapsamda, Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 20/3. fıkrasında SİR'in, *“çocuğun içinde bulunduğu aile ortamı, sosyal çevre koşulları, gördüğü eğitim, fiziksel ve ruhsal gelişimi hakkında”* bilgiler içereceği düzenlemesinden hareketle, çocuğun (SSÇ'nin); *doğumundan başlayarak geçirdiği gelişim aşamalarına dair bilgileri, ailesinin toplumsal, ekonomik ve kültürel durumunu, aile bireyleri arasındaki ilişkileri, okul ve iş ortamı ile boş zamanlarını değerlendirdiği çevre ile bu çevrelerin yaşanan olay sonrasında çocuğa gösterdiği yaklaşıma ilişkin bilgileri, içinde bulunduğu hukukî durum ve adli mercilerin müdahalelerini gerektiren olayları, inceleme sırasında tespit edilen davranışları, suç davranışı ve toplumsal uyum sorunları sergilemelerine veya korunmaya muhtaç olmalarına neden olan etkenler hakkında bilgileri, çocuğun fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden incelenmesi sırasında elde edilen ve olayın açıklanması bakımından önemli görülen bilgileri, ÇKK'nın 5. maddesinde gösterilen tedbirlerden hangisinin yararlı olacağına, tedbirin yanında denetim altına alınmasına gerek olup olmadığına dair önerileri, çocuk hakkındaki tedbir veya denetim kararlarının ne kadar süre ile uygulanması gerektiğine ilişkin önerileri, çocuklar ve ailelerine uygulanabilecek özel uygulama veya psikiyatrik tedavi için yönlendirmeye dair önerileri, doğru ve yeterli bir biçimde Mahkemeye bildiren yeni bir (SİR) istenilmesi talep edilmiştir.*

Daha da önemlisi, Mahkemeye uzman mütalaası olarak da, ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan bir Kurul Raporu sunulmuştur (*Rapor, Adli Tıp ve Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalları tarafından yapılan muayenelerin yanı sıra, dava dosyası, SSÇ'nin öğretmenlerinden*

alınan anket verileri, olay öncesindeki sağlık safahatı ve hastane kayıtları incelenerek, SSC ve annesiyle görüşülerek hazırlanmıştır).

Anılan Raporun “Sonuç” kısmında;

- *Ergenlik döneminde beyin gelişiminin halen devam ettiği, bu nedenle ergenlerin olaylar arası nedensellik bağı kurma, olayların uzun vadeli olumsuz sonuçlarını düşünme yetisinin yeterince gelişmediği; cinsellik ve öfke kontrolü gibi alanlarda dürtü kontrolünde zorlandıklarının, akran etkisine açık olduklarının ve riskli davranışlarda bulunabileceklerinin bilindiği,*
- *Dikkat Eksikliği Hiperaktivite Bozukluğu (DEHB) bulunan çocuk ve gençlerin planlama yapma, neden-sonuç ilişkisi kurma, dürtü kontrolü gibi alanlarda zorlandıklarının belirtildiği,*
- *Okul, aile ve ergenle yapılan görüşmelere ilave olarak, SSC'nin, dava dosyasından edinilen bilgilerle birlikte yapılan ruhsal değerlendirmesinde; normal zeka düzeyinde olduğu, erken çocukluk döneminden itibaren taşıdığı bildirilen, ilk ve ortaokul öğretmenleri tarafından dile getirilen ruhsal belirtilerin (DEHB) tanısı ile uyumlu olduğu,*
- *Ebeveynlerinin boşanması sonrası ayrı bir “şehirde yaşamaya başlamaları ile ortaya çıkan ruhsal sorunların Davranım Bozukluğu ile Giden Uyum Bozukluğu tanısı ile uyumlu olduğu;*
- *Olay tarihinde oniki buçuk yaşında olan SSC'nin, ebeveynlerin boşanması, yer değişikliği ve aile destek sistemlerinin değişimi ile birlikte yaşadığı uyum güçlüğüünün de etkisi ile olumsuz davranış örüntüleri sergileyen akranları ile bir arada ve aile denetiminden uzakta zaman geçirdiği, cinsellik, sınırlar, doğru-yanlış kavramları, değerlerle ilgili bilgilerinin akran çevresinde yapılan paylaşımlardan etkilendiği ve cinsel içerikli olumsuz davranışların akran grubu içerisinde normal karşılandığı izlenimi edindiği; olayın gerçekleşme şekli, ergenin olayla ilgili değerlendirmeleri, akran grubunun etkisi, dürtü kontrolünde zorlanması, olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde ergenin karıştığı eylemin ahlaken olumsuz olduğunu değerlendirme, hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama ve bu eylemle ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği tıbbi kanaatine varıldığı,*
- *Olayın niteliği ve ergen ile ilgili tanımlanan ruhsal özellikler dikkate alındığında yaşadığı yere en yakın Çocuk Ruh sağlığı kliniğinde takip ve tedavisinin planlanması açısından “sağlık tedbiri” alınması gerektiği,*

bildirilmiştir.

Mahkeme tarafından hazırlattırılan (SİR)'de de; SSC'nin "aile bilgileri", "eğitim durumu", "sosyo-ekonomik durumu", "yerleşim yeri durumu", "sosyal çevre bilgileri", "fiziki ve sağlık durumu bilgileri", "psikolojik durum bilgileri", "alkol ve madde kullanımı", "zihinsel özellikleri", "kişisel özellikleri", "tutum ve davranışları" incelendikten sonra, "SSC'nin riskli akran gruplarına girdiği, davranışlarını yönlendirmesinde akran etkisinin baskın olduğu, bu nedenle anılan riskler hakkında bilgilendirilmesini ve yönlendirilmesini teminen 'Danışmanlık tedbirinin' uygun olacağı" kanaati belirtilmiştir.

Bu aşamadan sonra Mahkeme, *soruşturma sırasına alınmış olan uzman hekim raporu ile ... Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığından alınan uzman mütalaası arasında çelişki bulunduğu ve mütalaayı düzenleyen heyetin Adli Tıp Kurumu Kanununa uygun şekilde oluşmuş olduğu gerekçesiyle*, raporlar arasındaki çelişkinin giderilerek fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği konusunda Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınmasına karar vermiştir.

Adli Tıp Kurumu Adli Tıp ... İhtisas Kurulunun;

Kişi ile yapılan görüşmede; ...'dan geldiği, lokantada ve elektrik işinde çalıştığı, sınıfa geçtiği, olayı "... " şeklinde anlattığı, suçu kabul etmediği, önceden psikiyatrik tedavi gördüğünü, 2015 yılında ... adli ilacı kullandığını söylediği, bu olaydan başka adli dosyasının olmadığı, 10-2,5=7,5 ve 7,5x2=15 işlemlerini yapabildiği, çalıştığı işte günlük 50 TL karşılığında 6 gün çalışırsa toplamda 300 TL alacağını söylediği, 300-180=120 işlemini yapabildiği, bugün 15 yaşında olduğunu, 7 yıl sonra 22 yaşında olacağını söylediği, 'ak akçe kara gün içindir' atasözünü açıklayabildiği, normal zeka kapasitesinde olduğu"

şeklindeki muayene kaydına dayalı olarak,

(SSC'nin) ceza sorumluluğunu müessir ... mahiyet ve derecede herhangi bir zeka geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmadığı, ... suçun işlenişi esnasında davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek herhangi bir akli arıza içinde bulunduğunu gösteren psikopatolojik unsura rastlanmadığı, dolayısıyla ...'un 2016 yılı Mayıs ayında işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu

kanaati belirtilmiştir.

Bu rapora SSÇ müdafii tarafından;

TCK'nın 31. maddesi uyarınca (SSÇ'nin), "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği" sorulmuş olmasına rağmen, ATK raporunda sanki (TCK'nın 32. maddesi kapsamında) zekâ geriliği bulunup bulunmadığı sorulmuş gibi, basit mantık ve matematik sorularına dayalı olarak, herhangi bir zekâ geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmadığına dair kanaat belirtildiği, Mahkemenin ise (TCK'nın 31. maddesi kapsamında) küçüğün yetkin olup olmadığının cevabını istediği, bu yetkinliğin de raporda yer verilen ve sadece akıl hastalığının ya da akıl zayıflığının olup olmadığını anlamaya yarayan testle anlaşılmasının mümkün olmadığı

gerekçeleriyle itiraz edilmiştir.

Mahkeme de,

özellikle ... Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından alınan raporun Adli Tıp Kanununa göre ihtisas dairesiyle eşdeğer olduğu belirtilip bu nedenle Adli Tıp Genel Kurulu (1. Üst Kurul) tarafından rapor düzenlenmesi istendiği halde İhtisas Kurulunca rapor düzenlendiğinden, Adli Tıp Kurumu Üst Kuruluna müzekkere yazılarak (soruşturma aşamasında) çocuk psikiyatristi tarafından düzenlenen adli psikiyatrik rapor ile ... Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı raporlarının ayrı ayrı incelenmesi, ayrıca dosyada bulunan iki ayrı (SİR)'den özellikle yargılama sırasında alınan (SİR)'in de tetkik edilip (ÇKK'nın 35 maddesi uyarınca) gözönünde bulundurulması, Adli Tıp Kurumu ... İhtisas Kurulunca düzenlenen rapora karşı SSÇ müdafii tarafından yapılan itirazların da gözönüne alınması ve raporlar arasındaki çelişki giderilirken gerekçeleri de tam olarak yazılması suretiyle, suça sürüklenen çocuğun suç tarihi itibarıyla fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği konusunda rapor düzenlenmesini istemiştir.

Adli Tıp Kurumu Üst Kurulu tarafından hazırlanan raporda da, dosyadaki belgeler ve önceki raporlar kronolojik olarak özetlendikten sonra, hiçbir (farklı) gerekçe belirtilmeden, Kurulda yapılan görüşme ve dava dosyasının tetkiki sonucunda;

“...ceza sorumluluğunu müessir ve işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılamasını veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek mahiyet ve derecede herhangi bir zeka geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmadığı, dava dosyasının tetkikinde suçun işlenişi esnasında davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek herhangi bir akli arıza içinde bulunduğunu gösteren psikopatolojik unsura rastlanmadığı; bu duruma göre SSÇ'nin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu,”

kanaati bildirilmiştir.

Bu rapor sonrasında Mahkemece, (isnat konusu eylemin sabit olduğu kabulüne bağlı olarak), *SSÇ hakkındaki (SİR) ile ATK Üst Kurulunca verilen adli psikiyatrik rapora göre SSÇ'nin, üzerine atılı suçla ilgili fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin geliştiği kanaatine varılarak SSÇ'nin mahkûmiyetine hükmedilmiştir.* Hükme yönelik istinaf istemi de reddedilmiştir.

III. YARGILAMA SÜRECİNİN VE CEZA HÜKMÜNÜN ANALİZİ

İnceleme konusu dava dosyasında bulunan ve ÇKK'nın 35. maddesi gereğince aldırılmış olan SİR ile TCK'nın 31. maddesi uyarınca düzenlenmiş olan raporlar bağlamında çok ciddi bir tartışma söz konusudur.

Nitekim öncelikle soruşturma aşamasında SSÇ hakkında düzenlenen uzman hekim raporu ve SİR kabul görmemiştir.

Buna karşılık, müdafî tarafından dosyaya sunulan, (“SSÇ'nin fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama ve bu eylemle ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği” kararlı), uzman mütalaası ile yargılama sırasında alınan ve (“SSÇ'nin riskli akran gruplarına girdiğini, davranışlarını yönlendirmesinde akran etkisinin baskın olduğunu, bu nedenle anılan riskler hakkında bilgilendirilmesini ve yönlendirilmesini teminen”) ‘Danışmanlık tedbiri’ öneren SİR Mahkemece yeterli bulunmuştur.

Gerçekten de Mahkemenin ATK Üst Kuruluna yazdığı müzakerede, özellikle ... *Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığından alınan raporun Adli Tıp Kanununa göre ihtisas dairesiyle eşdeğer olduğuna vurgu yapması ve dosyada bulunan iki ayrı (SİR)'den özellikle yargılama sırasında*

alınan (SİR)'in de tetkik edilip (ÇKK'nın 35 maddesi uyarınca) göz önünde bulundurulmasını istemiş olması başka bir ihtimali geçersiz kılmaktadır.

Buna ilave olarak, aynı müzekkerede, Adli Tıp Kurumu ... İhtisas Kurulunca düzenlenen rapora karşı SSC müdafî tarafından yapılan itirazların göz önüne alınmasının istenmesi de, müdafinin, *basit mantık ve matematik soruları içeren ve akıl hastalığının ya da akıl zayıflığının olup olmadığını anlamaya yarayan bir teste dayalı olarak, herhangi bir zekâ geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmadığına dair kanaat belirtilmesinin mümkün olmadığı gibi, TCK'nın 31/2. fıkrasında varlığı aranan (anlama ve isteme) yetkinliğinin bu yöntemle saptanamayacağına dair* itirazlarının (en azından) Mahkemece de ciddi bulunduğunu düşündürmektedir.

Son olarak, anılan müzekkerede, *raporlar arasındaki çelişki giderilirken gerekçelerinin tam olarak yazılmasının istenilmesi de kanaatimce, Mahkemenin önceki deneyimlerinden hareketle (ATK'ya) yaptığı zımni bir uyarı olmuştur. Mahkeme bu taleple, hukuki denetime elverişlilik açısından tatmin edici olan uzman mütalaası ve yargılama SİR'i ile aksi görüşte olabilecek bir raporun, aynı düzeyde tatmin edici ve hukuki denetime elverişli olması gerektiğine vurgu yapmıştır.*

Bütün bunlara karşılık, Adli Tıp Kurumu ... Üst Kurulu tarafından dosya kapsamının kronolojik özetine müteakip hiçbir (farklı) gerekçe belirtilmeden bildirilen, *“atılı suçla ilgili fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin geliştiği”* kanaatinin Mahkemece de benimsenerek mahkûmiyet kararı verilmesi üzücü olsa da, bu durum, yanlış işleyen bir yargı sisteminde hiç de şaşırtıcı değildir.

ATK Üst Kuruluna yazılan müzekkerede, uzman mütalaasının Adli Tıp ihtisas dairesiyle eşdeğer olduğuna vurgu yapılmasına, yargılama sırasında alınan (SİR)'in de tetkik edilip (ÇKK'nın 35 maddesi uyarınca) gözönünde bulundurulması ve müdafî tarafından yapılan itirazların dikkate alınması ile raporlar arasındaki çelişki giderilirken gerekçelerinin tam olarak belirtilmesinin istenilmesine rağmen, ATK Üst Kurulunun *“ne diyorsam o!”* üslubuyla verdiği rapora göre hüküm kurulması, bilirkişinin kendisini hâkim yerine koymasının, bağımsız (!) hâkimin de buna çaresizce boyun eğmesinin tipik bir örneği olmuştur.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, somut olayda olduğu gibi, yasal zorunluluğa rağmen esaslı hiçbir parametre, değerlendirme ve gerekçe içermeyen

ve dosya kapsamına katkı sunmayan (hatta çelişen) bir raporun, sırf ATK Raporu olduğu için hükme esas alınması Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul görmemektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bu konudaki bireysel başvurulara ilişkin, (aşağıda örnek kabilinden sunulan) kararlarında;

- *ATK raporunda dosyaya daha önce girmiş olan raporlardaki tespitler ve başvurunun iddialarını destekleyen görüşler ile bu görüşleri doğruladığı iddia edilen tıbbi belgeler gözetilerek değerlendirme yapılmadığı ve bu haliyle eksik olduğu halde raporun hükme esas alınmasını (AYM, 10.02.2021, Bireysel Başvuru No: 2017/17753),*
- *Adli Tıp Kurumu raporunun sonuç kısmına kadar sadece hastane kayıtlarına yer verildiği ve bu kısma kadar, uygulanan tedavilerin tıp kurallarına uygun olup olmadığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmadığı, sonuç kısmında ise başvuruçuların iddialarına makul ölçüde cevap teşkil edecek bir açıklama yapılmadan hastanede uygulanan tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğunun belirtildiği, ölenin hastanedeki solunum cihazlarından faydalanamamasından ve bu durumun sonucu olarak yapılan sevk işleminde etkilenip etkilenmediği, söz konusu olayda bir ihmalin bulunup bulunmadığı ve bu süreçte herhangi bir gecikmenin yaşanıp yaşanmadığı hususlarında tatmin edici bir açıklama yapılmadığı halde raporun hükme esas alınmasını. (AYM, 20.04.2016, Bireysel Başvuru No: 2013/4086),*
- *Davanın, icra edilen tıbbi müdahale ve sonrası ile ilgili olmayıp kardeşine geç müdahale edilmesi ile ilgili olduğuna, davanın temelinde saat 22.05'te Hastaneye ulaşan kardeşine uzun bir süre müdahale edilmemesinin bulunduğu dair başvuruçucu iddiasına rağmen, ATK raporunda, başvuruçunun kardeşinin tıbbi kayıtlara göre Devlet Hastanesine saat 22.35'te ulaştığı ifade edilerek, bu saat esas alınıp başvuruçunun kardeşine yapılan ilk müdahale yönünden herhangi bir sorun görülmezsizin, hastaneye saat 22.05'te ulaştığı ancak hastaya 35-40 dakika hiçbir tıbbi müdahalede bulunulmadığı yönündeki iddialar hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamasına rağmen raporun hükme esas alınmasını (AYM, 30.10.2018, Bireysel Başvuru No: 2015/3640),*
- *Anneye suni sancı verilmesi sonrasında çekilen ikinci NST ile bebeğin kalp atışlarının zayıflaması, dolayısıyla fetal distrese girmesi nedeniyle annenin sezaryen ameliyatına alınması için anestezi doktorunun beklenmesinin ve*

bebeğin doğmasına kadar geçen sürenin müdahalede bir gecikme oluşturup oluşturmadığının, bir gecikme varsa bunun zaten boynuna kordon dolandığı için oksijensiz kalan bebeğin ölümünde bir etken olup olmadığının, aynı şekilde İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yaptırılan idari soruşturma neticesinde “hastanın ilk NST değerlendirmesinde var olan spontan uterus hiperstimülasyonunun [rahmin oksitosine beklenenden daha fazla yanıt vermesi, rahim kasılmalarının hem şiddetinin hem de sıklığının fazla olması] gözden kaçtığı” şeklindeki tespit karşısında normal doğum sancısı olan anneye suni sancı verilmesinin bebeğin kalp atışlarının düşmesine, dolayısıyla fetal distres sonucunun ağırlaşarak bebeğin ölümüne etkisi olup olmadığının yargılama sırasında yapılan inceleme ve değerlendirmelerle açığa kavuşturulması gerekmesine rağmen, ceza ve hukuk yargulamalarında temin edilen ATK raporlarında yukarıda değinilen hususların ölümün meydana gelmesinde etkisi olup olmadığını açık biçimde irdelemeden, “olayda tıp kurallarına aykırılık bulunmadığı” yönünde görüş bildiren ATK raporunun hükme esas alınmasını (AYM, 18.05.2021, Bireysel Başvuru No: 2018/1156),

Hak ihlali saymış ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.

Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesi (6216 sayılı Kanun’un 50. maddesi uyarınca), ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin eden yollardan biri olarak pilot karar usulünü işletilebildiği bu gibi durumlarda öncelikle “ihlalin yapısal bir sorundan kaynaklandığını” tespit etmektedir. Örneğin son olarak 05.07.2022 tarih ve 2021/58970 numaralı bireysel başvuru kararında, bu tip bir tespit “makul sürede yargılanma hakkı bağlamında” yapılmış ve bu yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine karar verilmiştir.

Kanaatimce günümüz mahkemelerinin genelde bilirkişi, özelde de ATK raporlarıyla imtihanı bir tür yapısal sorun haline gelmiştir.

SONUÇ

Tolstoy'un “İvan İlyiç'in Ölümü” adlı romanından, belki de mesleki bir algıda seçicilik sonucu benim aldığım mesaj, Emekli Yargıç İvan İlyiç'in, ölüm döşeginde kendisini muayene eden doktorun sadece hastalıkla ilgilenip hastayı (kendisini) umursamadığını düşünürken, kendisi mahkemede yıllarca herkese nasıl davranmış ise ünlü hekimin de ona öyle davrandığını dehşetle fark etmesidir.^[13]

Kayhan da mevzuat düzeyinde yapılan bazı sözde iyileştirmelerin, tahkik ideolojisiyle yetiştirilmiş hâkim ve savcılarının *yargılama dolanları ve saptırmalarıyla* kısa sürede etkisiz hale getirildiğine ve duruşmaların muhakeme hileleriyle karşılıklı durmaya dönüştürüldüğüne, heyet halinde çalışan mahkemelerin yaptığı müzakerelerin tamamen hukuka aykırı ve toptan mutlak butlanla batıl olduğuna dair saptamayı, Emekli Yargıtay Başkanı ve Ceza Hukuku Profesörü Sami Selçuk'tan naklen aktarmaktadır.^[14]

Ben Sayın Selçuk'un bu beyanını tartışacak yetkinlikte olmadığını düşünüyorum. Fakat anılan sözlerdeki özün, Emekli Yargıç İvan İlyiç'i kendi geçmiş uygulamalarından dehşete düşüren duyguya çok da uzak olmadığını söyleyebilecek deneyime sahibim.

Zira her davanın bir dosyadan ibaret olmadığını, arkasında en az bir insan olduğunu biliyorum ve bir an olsun unutulduğunda da artık çekilmek gerektiğinin düşünülmesini erdem sayıyorum.

Çalışmanın bir yerinde (somut olaydakine benzer kararların) üzücü olsa da yanlış işleyen bir yargı sisteminde hiç şaşırtıcı olmadığını söyledim. Böyle inanıyorum ve bunu söylerken de ironik biçimde hâkimlerden esinleniyorum.

Nasıl mı? “...*yargı işlevi öncelikle devletin içinden değil toplumun içinden doğar. Yargı devletin toplumu sınırlandırma aracı değil, toplumun devleti sınırlandırma aracıdır. Eğer yargı ve yargı faaliyeti esas işlevini devletin dışından, toplumsal talep ve beklentiler üzerinden geliştirmez ise 'o şeyin adı*

[13] L.N. Tolstoy, *İvan İlyiç'in Ölümü*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2019), 34-5.

[14] Fahrettin Kayhan, “Çapraz Sorguda Muhakeme Hileleri”, https://www.hukukihaber.net/makale/capraz-sorguda-muhakeme-hileleri-h450088.html#_cdnref, (Erişim T.: 19.11.2022).

‘adliye’olur. Yani ‘devlet dairesi’dir karşımızda olan.” sözlerini, “Türkiye’de Yargı Yoktur” adlı bir kitapta söyleyenler halen görevde olan hâkimlerdir.^[15]

Hepsi de hukukçu olan bu otoritelerden aktardıklarım sonrasında daha fazla söz söylemenin okuyucuya saygısızlık olduğunu düşünüyorum.

Son söz, muhakeme yetisine ve yetkisine sahip olan hâkimler, her davayı bir dosyadan ibaret görmeye başladıkları an, kürsülerini diğer yargılama sükelerine terk etmektedirler.

Çalışmaya ilham veren olayda olan da budur.

[15] Orhan Gazi Ertekin vd, *Türkiye’de Yargı Yoktur*, (İstanbul: Tekin, 2013), 23.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 sayılı kararının tahlili.” *AÜHFD* 60, no. 3, (Eylül 2011). https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001641
- Aşçıoğlu, Çetin. “Bilirkişi Sorununa Çözüm Önerileri.” https://www.maden.org.tr/resimler/ekler/8f7d96ea21ccea8_ek.pdf.
- Aydoğdu, Halil İlhan, Mehmet Askay, Güven Seçkin Kırıl ve Erdal Özer. “Çocuklarda Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi.” *Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi* 9, no. 4, (Temmuz-Ağustos 2017): 18.
- Beyazıt, Utku ve Aynur Bütün Ayhan. “Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarın Önlenmesi.” *Eleştirel Pedagoji* 8, no. 45, (Mayıs-Haziran 2016).
- Eminağaoğlu, Ömer Faruk. “Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3, no. 2, (Nisan 1991): 238-39.
- Erdener, Eda. “Çocuklarda ‘Suçun Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılayabilme’ İle Algılamalarına Etki Eden Sosyalkültürel Faktörlerin Ceza Sorumluluğu Bakımından İncelenmesi.” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2011.
- Ertekin, Orhan Gazi, Faruk Özsu, Kemal Şahin, Muzaffer Şakar ve Uğur Yiğit. *Türkiye’de Yargı Yoktur*. İstanbul: Tekin, 2013.
- Kayhan, Fahrettin. “Çapraz Sorguda Muhakeme Hileleri.” https://www.hukukihaber.net/makale/capraz-sorguda-muhakeme-hileleri-h450088.html#_ednref, (*Erişim T.:* 19.11.2022).
- Kocar, Yasin. “İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007.
- Sevük, Handan Yokuş. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik.” *İÜHFH* LXIV, no. 1, (2006): 96.
- Tolstoy, L.N. *İvan İlyiç’in Ölümü*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2019.
- Turabi, Selami. “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 25, no. 101, (Temmuz-Ağustos 2012): 279.

Oniki – Onbeş Yaş Arasındaki Çocukların İsnat Yeteneğinin
Değerlendirilmesine Dair ATK ve Mahkeme Uygulamasına Eleştiri

Yaşar, Osman, H. Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. *Yorumlu-Uygulamalı
Türk Ceza Kanunu*. (Ankara: Adalet, 2014).

Doğal Hukuk ve Hukuki Pozitivizm Anlayışlarının Hukuka Aykırılık Kavramı erevesinde Ceza Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi

Ömer DEMİRTAŞOĞLU*
Gölce Ecem UÇAR**

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Anayasa Hukuku Burslu Yüksek Lisans Öğrencisi demirtasogluomer@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0003-1739-5144.

** İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Burslu Yüksek Lisans Öğrencisi, ucargulceecem@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0002-7585-3302.

ÖZ

Hukuk felsefecileri adalet kavramı üzerine uzun tartışmalar yürütmüş ve bu tartışmaların neticesinde iki temel hukuk ekolü olan doğđal hukuk anlayışı ve hukuki pozitivizm anlayışı ortaya çıkmıştır. Bu iki ekolün sahip olduğu farklı bakış açısı birçok alana olduğu gibi ceza hukukuna da yansımış ve iki farklı hukuka aykırılık anlayışının ortaya çıkmasına sebep olmuştur: Maddi hukuka aykırılık anlayışı ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışı. Bu makalede öncelikle doğđal hukuk anlayışı ile hukuki pozitivizm anlayışı genel olarak ele alınmakta sonrasında ise bu iki temel hukuk ekolünün maddi hukuka aykırılık ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışlarıyla ilişkileri bazı örnekler ışığında incelenmektedir.

Anahtar kelimeler:

hukuka aykırılık

ceza hukuku

hukuk felsefesi

Doğal Hukuk Anlayışı

Hukuki Pozitivizm Anlayışı

ASSESSING THE EFFECTS OF NATURAL LAW THEORY AND LEGAL POSITIVISM ON CRIMINAL LAW IN REGARDS OF UNLAWFULNESS

ABSTRACT

Legal philosophers have had long debates on the notion of justice and as a result of these debates, natural law theory and legal positivism, which are two main legal schools, have emerged. These two schools' different perspectives have affected criminal law, like many other areas, and caused the emergence of two different perceptions of unlawfulness: The perception of material unlawfulness and the perception of formal unlawfulness. In this article, firstly, natural law theory and legal positivism are inspected. Afterwards, the relationship of these two main legal schools with the perceptions of material unlawfulness and formal unlawfulness is examined by providing some examples.

Keywords:

unlawfulness

criminal law

legal philosophy

Natural Law Theory

Legal Positivism

GİRİŞ

İlkçağlardan beri adalet kavramı üzerine çokça düşünülmüş ve tartışmalar yürütülmüştür. Hukuk felsefecileri de bu kavramı ele almışlar ve kavramın mevcut hukuk kurallarıyla ilişkisini açıklamaya çalışmışlardır. Bu uğraşlar sonucunda adalet kavramı ve mevcut hukuk kurallarının ilişkisini farklı şekillerde açıklayan iki temel hukuk ekolü ortaya çıkmıştır: Doğal hukuk anlayışı ve hukuki pozitivizm anlayışı. Günümüze kadar devam eden ve hala geçerliliğini sürdürmekte olan bu iki karşıt ekol, sadece devletlerin hukuk sistemlerini etkilemekle kalmamış, aynı zamanda hukukun yorumlanmasında da farklı fikirlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Ceza hukukunun en önemli kavramlarından olan hukuka aykırılık kavramı, doğal hukuk anlayışı ve hukuki pozitivizm anlayışının hukukun yorumlanması üzerindeki etkilerine çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir. Hukuka aykırılık kavramının maddi hukuka aykırılık ve biçimsel hukuka aykırılık olarak iki şekilde ele alınmasının temelinde iki farklı hukuk ekolünün yorum farkları bulunmaktadır. Bu makalede öncelikle doğal hukuk ve hukuki pozitivizm anlayışları genel olarak ele alınacaktır. Sonrasında ise bu iki temel hukuk ekolünün maddi hukuka aykırılık ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışlarıyla ilişkileri örneklerle incelenip hangi anlayışın benimsenmesinin daha isabetli olacağı sorusuna cevap verilmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK DOĞAL HUKUK VE HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A) DOĞAL HUKUK ANLAYIŞI

Hukuk felsefesinin iki temel ekolünden biri olan doğal hukuk anlayışı, tarih boyunca Aristoteles, Thomas Aquinas, Locke, Finnes gibi birçok önemli düşünür tarafından savunulmuştur. Doğal hukuk anlayışı hukuk kurallarının kaynağının doğa olduğunu ileri sürer. Bu anlayışa göre hukukun varlığından söz edebilmek için bir yetkili otorite tarafından konulmuş kuralların varlığı şart değildir. Herhangi bir yetkili otoritenin mevcut olmadığı durumlarda da insanın veya toplumun varoluşundan ortaya çıkmış olan bazı hukuk kuralları mevcuttur ve bu kurallar doğal hukuku oluşturmaktadır.^[1] Bu doğal hukuk kurallarının temelinde de adalet kavramı yatmaktadır.

[1] Hayrettin Yıldız, "Doğal Hukuk Bahçesinde Stoacılık," *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 6, no. 15 (2014): 56-58.

Doğal hukuk kurallarının dayandığı temel kavram adalet olduğu için bu kuralların ne olduğunun belirlenebilmesi adalet nedir sorusunun cevaplanabilmesine bağlıdır. Farklı dönemlerde yaşamış doğal hukuk teorisyenleri bu soruya farklı cevaplar vermişlerdir. İlkçağ doğal hukuk teorisyenleri adalet kavramını tabiata uygunluk ölçütüyle açıklamaya çalışmışlardır. Aristoteles ve Ulpianus'un da içinde bulunduğu bu düşünürlere göre fiziki ve biyolojik tabiatın işleyişine uygun olan kurallar adildir.^[2] Ortaçağ'da yaşamış olan doğal hukuk teorisyenleri ise adaleti tanrının emirlerine uygunluk olarak tanımlamışlardır. Aziz Augustinus ve Thomas Aquinas'ın başını çektiği bu düşünürlere göre doğal hukuk tanrısal iradeden kaynaklanan hukuktur ve "tanrının emirlerine uygun olan şey adil, uymayan şey gayri adildir".^[3] Yeniçağ hukuk teorisyenleri ise akla uygunluğu adaletin ölçüsü olarak kullanmışlardır. Bu teorisyenlere göre beşeri akla uygun olan şey adildir ve doğal hukuk beşeri akıldan kaynaklanmaktadır. Bu grupta yer alan teorisyenlerin en önemlisi de Grotius'tur.^[4]

Doğal hukuk anlayışı, bir devlette yürürlükte bulunan pozitif hukukun geçerliliğini doğal hukuka yani adalete uygunluğuna göre değerlendirmektedir. Doğal hukukçulara göre yürürlükte olan hukuk kuralları adalete uygun olduğu ölçüde geçerlidir. Adalete aykırı olan kurallar geçerli değildir, dolayısıyla hukuk değildir.

Günümüz doğal hukuk anlayışında, bir hukuk kuralının adil olup olmadığı ve dolayısıyla hukuk olup olmadığını tespit edilirken kuralın hukukun genel ilkelerine uygunluğuna bakılmaktadır. "Felsefi, ahlaki, sosyolojik ve ekonomik alanda ortaklaşa biçimde benimsenen kavramların hukuk dilindeki anlatımı"^[5] şeklinde tanımlanabilecek olan hukukun genel ilkelerinin içeriğini net olarak belirlemek mümkün değildir. Ahde vefa, dürüstlük, eşitlik gibi ilkelerin hukukun genel ilkelerinin içinde yer aldığı kabul edilmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası insan hakları anlayışının önem kazanmasıyla

[2] Kemal Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı," *Muhafazakâr Düşünce*, no. 15 (2008): 79-80.

[3] Gözler, "Tabii Hukuk," 80-81.

[4] Gözler, "Tabii Hukuk," 81-82.

[5] İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı," erişim 28 Nisan 2023 <https://anayasa.gov.tr/media/4800/kaboglu.pdf>: 291.

birlikte temel insan hakları da günümüzde hukukun genel ilkeleri içinde görülmeye başlanmıştır. Sonuç olarak doğal hukuk görüşüne savunan kişilere göre eşitlik, dürüstlük, ahde vefa gibi ilkelere aykırı olan veya temel insan haklarını ortadan kaldıran yahut orantısız bir biçimde sınırlayan kurallar geçersizdir ve hukuk olarak kabul edilmemektedir.

İlkçağdan beri mevcut olan doğal hukuk anlayışı, hukuk felsefesi alanında hala çok etkili olan bir anlayıştır ve günümüzde dahi etkisini göstermeye devam etmektedir. Örneğin evrensel insan hakları anlayışı ve bu hakları korumayı amaçlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi belgeler esasen doğal hukukçu bir anlayışı yansıtmaktadır. Çünkü evrensel insan hakları anlayışı, bütün insanların sadece insan olarak doğdukları için bazı haklara sahip olduğu fikrini savunur. Doğal hukuk anlayışına uygun olarak bu hakların yetkili otoriteler tarafından insanlara bahşedilmiş olmasını beklemez, insanlar doğal olarak bu haklara sahiptir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası, Nazilerin işlediği savaş suçlarının ortaya çıkarılması ve suçluların cezalandırılması amacıyla Almanya'nın Nürnberg şehrinde yapılan yargılamalar da doğal hukuk anlayışından temel almıştır. Yargılanan sanıklar, temelde yaptıkları eylemlerin kendi devletlerinin kanunlarına uygun olduğu, bu sebeple suçlu sayılmayacakları savunmasını yapmışlardır. Ancak mahkeme, doğal hukuk anlayışına uygun bir şekilde Nazi Almanyası'nda yürürlükte bulunan kanunların bariz bir şekilde adalete aykırı olduğu, bu sebeple hukuk sayılmayacağı görüşünü benimsemiştir. Dolayısıyla sanıkların bu kurallara uyma yükümlülüğünün bulunmadığı, aksine bu kurallar adalete aykırı olduğu için bu kurallara uymamaları gerektiği şeklinde hüküm kurulmuş ve birçok sanık cezalandırılmıştır. Böylece Nürnberg Yargılamaları doğal hukuk anlayışının uygulamaya yansımaya güzel bir örnek teşkil etmiştir.

B) HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞI

Doğal hukuk anlayışının karşıtı olarak 19. yüzyılda ortaya çıkan hukuki pozitivizm anlayışı, adaletin tanımlanamaz bir kavram olduğunu, bu sebeple hukuk biliminin dışında bırakılması gerektiğini savunur.^[6] Dolayısıyla adalete uygunluk bir hukuk kuralının geçerliliğinin belirlenmesinde kullanılacak bir ölçüt değildir. Hukuki pozitivistlere göre hukukun varlığı bir şeydir,

[6] Gözler, "Tabii Hukuk," 82.

bu hukukun erdemi ya da erdemsizliği başka bir şeydir.^[7] Bu sebeple adil olmayan hukuk kuralları da geçerlidir ve hukuk olarak kabul edilir.

Hukuki pozitivizm anlayışının kurucusu olarak değerlendirilen John Austin, egemenin buyruklarının hukuk olduğu fikrini savunmuştur.^[8] Austin'e göre egemenin yani o toplum düzeni içinde kural koymakla yetkilendirilmiş olan otoritenin koyduğu her kural hukuktur. Bu kuralların geçerliliği içeriğinden ve adalete uygunluğundan bağımsızdır. Yani hukuki pozitivistler bir kuralın geçerliliğini belirlerken, doğal hukuk anlayışının aksine; adalete uygunluk değil, yetkili otorite tarafından konulmuş olma ölçütünü kullanmaktadır.

Hukuki pozitivizm düşüncesinin bir başka temsilcisi olan Hans Kelsen de hukuk kurallarının geçerliliğini normlar hiyerarşisi fikrine dayandırarak açıklar. Kelsen'e göre hukuk sisteminde yer alan kurallar geçerliliklerini bir üst normdan alır. En üst norm olan anayasa ise geçerliliğini hukuk sisteminin temelini oluşturan temel normdan alır.^[9] Her hukuk kuralı normlar hiyerarşisinde üstünde yer alan normlarda belirtilmiş olan usule uygun olarak çıkarılmak ve içerik olarak da bu normlara uygun olmak zorundadır.^[10] Örneğin bütün kanunlar, kanunların üst normu olan anayasada belirtilen usule uygun olarak yapılmalıdır ve içerik olarak da anayasaya aykırı olmamalıdır. Bu iki şartı sağlayan kurallar içerikleri adalete bariz bir şekilde aykırı olsa da geçerli olacaktır. Görüldüğü gibi Hans Kelsen de kuralların geçerliliğini belirlerken kuralların içeriğini ve adalete uygunluğunu dikkate almamaktadır. Bu durum Kelsen'i de hukuki pozitivistler sınıfına sokmaktadır.

Hukuki pozitivizm fikrinin önde gelen bir başka ismi Herbert Lionel Adolphus Hart ise hukuk kurallarını sınıflandırma yoluyla hukuki pozitivizm düşüncesini açıklamaktadır. Hart'a göre, bir hukuk sisteminde iki çeşit kural vardır: Birincil kurallar ve tamamlayıcı (ikincil) kurallar. Birincil kurallar

[7] Brian H. Bix, "Hukuki Pozitivizm," içinde *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*, ed. Martin P. Golding ve William A. Edmundson, çev. Yusuf Umur Çil (İzmir: İslık Yayınları, 2021), 68.

[8] Bix, "Hukuki Pozitivizm," 68.

[9] Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'in Normatif Alternatifler Kuramının Gözden Geçirilmesi," *Anayasa Yargısı* 37, no. 1 (2020): 7.

[10] Gözler, "Tabii Hukuk," 88.

doğrudan bütün vatandaşlara hitap eden ve onları bir davranışta bulunmak yahut bir davranıştan kaçınmak yükümlülüğü altına sokan kurallardır.^[11] Tamamlayıcı kurallar ise sistemin bütünü düzenler ve yetkili organlara hitap eder. Hart tamamlayıcı kuralları da kendi içinde üçe ayırmaktadır. Kişilerin yasal sistem içerisinde hangi kurallara bağlı olması gerektiğini, hangi kuralların bağlayıcı olduğunu belirleyen kural tanıma kuralıdır. Yetkili organlara yeni birincil kurallar koyma veya mevcut birincil kuralları değiştirme yetkisi veren kurallar değiştirme kurallarıdır. Kuralların ihlali halinde bu ihlali tespit etmeye yetkili olan makamları ve bu makamların karar alma usulünü gösteren kurallar ise muhakeme kurallarıdır.^[12] Hart'ın hukuki pozitivizm anlayışında tanıma kuralı öne çıkmaktadır. Hart'a göre bir hukuk sisteminin varlığından bahsedilebilmesi ve konulan kuralların geçerli sayılabilmesi için bir tanıma kuralının varlığı şarttır.^[13] Dolayısıyla Hart da diğer hukuki pozitivistler gibi kuralların geçerliliğini belirlerken kuralların içeriğiyle ve adalete uygunluğuyla ilgilenmemektedir.

Özet olarak doğal hukuk anlayışından çok daha sonra ortaya çıkmış bir anlayış olan hukuki pozitivizme göre adalet kavramının objektif bir tanımı yapılamaz, bu sebeple adalet kavramı bir kuralın geçerliliğinin belirlenebilmesi için kullanılamaz. Bir kuralı hukuk olarak geçerli kılan şey, kural çıkarmaya yetkili olan otorite tarafından ortaya konulmasıdır. Yetkili otorite tarafından çıkarılmış bir kural adil olmayabilir ancak bu durum söz konusu kuralı hukuk kuralı olmaktan çıkarmaz veya geçersiz hale getirmez.

II. DOĞAL HUKUK VE HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞLARININ HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI ÜZERİNDEN CEZA HUKUKUNA YANSIMALARI

A) HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI İLE MADDİ HUKUKA AYKIRILIK VE BİÇİMSSEL HUKUKA AYKIRILIK ANLAYIŞLARI

Suç, ceza kanunun yasakladığı fiilin, dış dünyada gerçekleşmesiyle oluşur. Yani fiili oluşturan davranışın dış dünyada varsa sonuçlarıyla birlikte vuku bulması, ceza kanununun ihlaline yol açar. Suç, ceza kanununun bir normunun

[11] Şule Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı," *HFS*, no. 2379 (2012): 84.

[12] Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart'ın," 84-85.

[13] Bix, "Hukuki Pozitivizm," 77.

ihlali olarak tanımlandığında suçun temel özelliği, hukuk düzeniyle çatışması veya hukuk düzenine aykırılığı olarak ortaya çıkar.^[14] Söz konusu bu çatışma, hukuka aykırılık kavramıyla ifade edilir.

Kanun koyucu kimi hallerde bir fiili cezai müeyyideye bağlarken kimi hallerde de aynı fiilin gerçekleştirilmesine izin vermektedir.^[15] Nitekim, insan öldürmeyi yasaklayan TCK 81 hükmü karşısında meşru savunma şartları gerçekleştiğinde kişinin bir başkasını öldürebileceği sonucunu öngören TCK 25 hükmü arasında da görünüşte böyle bir çelişki olduğu iddia edilebilir. Ancak yasaklanan fiilin, şartları gerçekleşen bir hukuka uygunluk nedeninin sınırları içinde ortaya çıkmış olması ile fiil artık hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyecektir. Aksini kabul, kanun koyucunun hem bir davranışa cevaz verdiği hem de aynı davranış ceza müeyyidesine bağlamak suretiyle yasakladığı anlamına gelecektir ki bu durumun hukuki çelişmezlik prensibine aykırı olacağı kuşkusuzdur.^[16] Yani hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı, hukuka aykırılığı dışlamaktadır.

Hukuka aykırılık kavramı genel hatlarıyla açıklandıktan sonra, doktrinde tartışmaya neden olan kavramın niteliği konusuna değinmekte fayda vardır. Doktrinde hukuka aykırılığı, suça özelliğini veren, ona içkin bir nitelik olarak değerlendiren yazarların yanında; hukuka aykırılık kavramını suçun kurucu unsurlarından biri olarak sınıflandıranlar da bulunmaktadır.^[17] Yazarlar, hukuka aykırılığın niteliğine ilişkin görüşleri doğrultusunda suçun unsurlarına ilişkin farklı ayrımlar benimsemişlerdir. Hukuka aykırılığın suçun unsuru olmadığını savunan anlayışlar içinde kendisine en çok taraftar toplayanlardan biri suçun ikili ayrımı görüşüdür.^[18] Suçu; davranış, sonuç, nedensellik bağı ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğundan oluşan maddi unsur ile kast ve taksir şeklinde somutlaşan manevi unsurdan oluşan

[14] Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2021), 193.

[15] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 195.

[16] Rona Serozan, "Hukukta Yöntem," *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, Özel Sayı (2013): 2433.

[17] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 196.

[18] Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003), 133.

bir bütün olarak gören klasik ikili ayırımın savunucuları, hukuka aykırılık kavramının ayrı bir unsura vücut vermediğini belirtmişlerdir. Onlara göre hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu bağlamında maddi unsur altında değerlendirilmelidir. Yani, esasında, suçun ikili ayırımını savunan yazarlar, hukuka aykırılığın suçun özünü oluşturduğu düşüncesindedirler.^[19] Hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak değerlendirenler içinde de en öne çıkan görüş suçun üçlü ayırımı olmuştur.^[20] Bu gruptaki yazarlar, suçun; fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç unsurdan oluştuğu görüşündedirler.^[21] Ancak bu yazıda; hukuka aykırılığın suçun özünü oluşturan bir nitelik, hukuk düzeninin fiili ihlal edici bulmasına yol açan bir değerlendirme olması ve dolayısıyla normatif karakterde olan suçun unsurlarından ayrışması nedeniyle suçun ikili ayırımı görüşü benimsenecek ve hukuka aykırılık ayrı bir unsur olarak ele alınmayacaktır.

Hukuka aykırılık kavramıyla ilgili doktrinde; maddi-biçimsel hukuka aykırılık, objektif-sübjektif hukuka aykırılık ve hukuka genel-özel aykırılık ayrımları oluşturulmuştur. Hukuka aykırılık kavramının doğal hukuk ve hukuki pozitivizm görüşleri çerçevesinde nasıl değerlendirildiğinin daha iyi açıklanabilmesi adına, bu başlıkta, hukukun kaynakları tartışması ile suçun maddi ve biçimsel anlayışları arasındaki farka dayanan maddi-biçimsel hukuka aykırılık ayırımı^[22] ele alınacaktır. Hukuka aykırılığın konusunun davranış mı kusurluluk mu olduğu ile ilgilenen objektif-sübjektif hukuka aykırılık ayırımı ve suç tanımında yer alan özel hukuka uygunluk nedenleri ile mahiyetine uygun düştüğü her suça uygulanabilecek genel hukuka uygunluk nedenleri arasındaki farka dikkat çeken hukuka genel-özel aykırılık ayırımına,^[23] doğal hukuk ve hukuki pozitivizm açısından ek bir değerlendirmeyi gerektirmediği için yer verilmeyecektir.

[19] Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara, Savaş Yayınevi, 2018), 117.

[20] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 134.

[21] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 134.

[22] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 17.

[23] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 18.

1- Maddi Hukuka Aykırılık Anlayışı

Maddi ya da öze ilişkin hukuka aykırılıkta; hukuka aykırılık, suç fiilinin hüküm tarafından korunan değeri ihlal etmesi ile ortaya çıkar.^[24] Yani bu hukuka aykırılık anlayışında davranışın sosyal tehlikeliliği esas alınır. Sosyal açıdan tehlikeli sayılabilecek davranışlar, hukuka aykırı olarak kabul edilir.^[25]

Maddi-biçimsel hukuka aykırılık ayrımı, ceza hukukunun kaynakları ve bu doğrultuda benimsenen kanunilik anlayışı ile yakından ilgilidir. Bu nedenle maddi hukuka aykırılık kavramının daha iyi anlaşılabilmesi adına, ilk olarak maddi/öze ilişkin kanunilik anlayışına değinmekte fayda vardır. Öze ilişkin kanunilikte işlenen fiilin suç sayılması antisosyal oluşuyla açıklanır. Yani suç fiilinin, ceza kanununda cezai müeyyideye bağlanmış olması gerekliliğini aramaz. Bu anlayışın birbirini tamamlayan iki temel kabulü vardır. Bunlardan ilki, antisosyal bir fiilin ceza normunda açıkça suç sayılmasa bile cezalandırılmasıdır.^[26] Yani öze ilişkin kanunilik anlayışı; kişinin fiilinin, bir ceza normunda suç olarak öngörülmemiş olsa bile sosyal açıdan tehlikeliyse suç sayılması gerektiğini vurgular. Söz konusu anlayışın ikinci kabulü ise sosyal yönden tehlikeli olmayan bir fiilin kanun tarafından suç olarak değerlendirildiğinde dahi cezalandırılmaması gerekliliğidir.^[27] Bu ilkelerin birbirlerini, adeta bir madalyonun iki yüzü gibi tamamladıkları kolaylıkla anlaşılacaktır.

Maddi hukuka aykırılık anlayışı ile öze ilişkin kanunilik ilkesi arasındaki bağlantı kolaylıkla fark edilebilecek niteliktedir. İlk olarak, maddi hukuka aykırılık anlayışında hukuka aykırılık,^[28] öze ilişkin kanunilik ilkesinde ise fiilin suç sayılması kanundan değil, davranışın antisosyallüğinden kaynaklanır. Yani fiil, ceza kanunu tarafından suç olarak öngörülüp cezai müeyyideye bağlanmadan önce de suç teşkil eder. Kanun koyucunun yaptığı, antisosyal davranışı tespit edip onun vücut verdiği suç fiilini müeyyidelendirmektir.^[29]

[24] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 197.

[25] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 50.

[26] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 44.

[27] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 44.

[28] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 51.

[29] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 53.

Bu nedenle fiilin hukuka aykırılık niteliği de kanunla çatışmasından değil, davranışın sosyal tehlikeliliğindedir.

Maddi hukuka aykırılık anlayışı ile öze ilişkin kanunilik ilkesi çeşitli açılardan eleştirilmiştir. İlk olarak öze ilişkin kanunilik ilkesine yöneltilen eleştirilere değinilecektir. Öze ilişkin kanunilik ilkesine yöneltilen ilk ve en temel eleştiri, ilkenin kanunda yer almamasına rağmen antisosyal fiilleri suç sayıp cezalandırarak ve kanunda yer almasına rağmen antisosyal bulunmayan fiilleri cezalandırmayarak hukuki kesinlik ve belirliliği ortadan kaldırmasıdır.^[30] Bu ilkenin söz konusu antisosyallik değerlendirmelerini de “halkın sağlıklı duygusu”, “sosyal bilinç” gibi muğlak ve bu nedenle yargıcın keyfi biçimde yorumlayabileceği temellere dayandırması da bu ilkenin ayrımcılığa ve keyfilığe yol açabilecek şekilde uygulanmaya açık olduğunu gözler önüne sermektedir.^[31]

Öze ilişkin kanunilik ilkesine yöneltilen eleştiriler bu şekilde değerlendirildikten sonra maddi hukuka aykırılık anlayışına ilişkin eleştiriler ele alınacaktır. Bu bağlamda üzerinde durulacak ilk eleştiri, maddi hukuka aykırılık anlayışının antisosyallik kavramını kanun koyucunun iradesinden bağımsız değerlendirmesinin isabetsiz olduğuna ilişkindir.^[32] Bu eleştiriye yönelten yazarlar, suçların hepsinin etik-ahlak normlarını ihlal eden fiillerden meydana gelmediğini, ayrıca özellikle olağanüstü durumlarda kanun koyucunun çeşitli menfaatleri ceza kanunları tarafından koruma ihtiyacına da cevap vermediğini belirtmektedirler.^[33] Maddi hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen ikinci eleştiri ise, öze ilişkin kanunilik ilkesine yöneltilenle paralel olarak, bu anlayışın yargıcın keyfilğine yol açabilmesidir. Maddi hukuka aykırılık anlayışı, tıpkı öze ilişkin kanunilik ilkesinde olduğu gibi, kanun ötesi kaynakları da benimsemektedir.^[34] Bu anlayışın “halkın sağlıklı duygusu” gibi muğlak ölçütleri antisosyallik değerlendirmesinde kabul ettiği de göz önünde bulundurulunca hem kanun ötesi kaynaklara hem de bu muğlak ölçütlere dayanma yetkisine sahip yargıcın keyfi davranması çok

[30] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 47.

[31] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 47.

[32] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 69.

[33] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 69.

[34] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 198.

olası görünmektedir. Maddi hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen üçüncü ve son eleştiri ise bu anlayışın yukarıda ana hatlarıyla ele alınan doğal hukuk görüşüyle ilişkisi bağlamındadır. Doğal hukukçu geleneğin, ceza kanunlarının toplumdaki minimum ahlak standartlarının adeta kristalize edilmesiyle oluşturulduğu görüşüne paralel gelişen maddi hukuka aykırılık, doğal hukukun bu kabulüne yöneltilen eleştirilere de maruz kalmıştır.^[35] Bu son eleştiri, aşağıda doğal hukuk ile maddi hukuka aykırılık görüşlerinin birlikte incelenmesi yapılırken daha detaylı ele alınacaktır.

2- Biçimsel Hukuka Aykırılık Anlayışı

Hukuka şekli aykırılık olarak da adlandırılan biçimsel hukuka aykırılık anlayışında, hukuka aykırılık; beşeri fiil ile ceza kanunu arasındaki çelişmeden yani fiilin ceza kanununu ihlal etmesinden kaynaklanır.^[36]

Yukarıda maddi hukuka aykırılık anlayışında olduğu gibi, burada da öncelikle biçimsel kanunilik ilkesine değinilmelidir. Biçimsel kanunilik ilkesi de iki temel prensipten hareket eder. Bu prensiplerin ilki, antisosyal olsa bile kanunun açıkça suç olarak düzenlemediği fiilleri cezalandırma yasağıdır.^[37] İkinci prensip ise, kanunun suç saydığı fiillerin, antisosyal olmasalar bile cezalandırılması zorunluluğudur.^[38] Bu iki ilke birlikte düşünüldüğünde, biçimsel kanunilik ilkesinin temel savının “Kanunsuz suç ve ceza olmaz.” düsturuna dayandığı rahatça fark edilebilecektir.

Biçimsel kanunilik ilkesi; kanunun tekelciliği, kanunun açık ve kesin olması ile kanunun geçmişe uygulanmazlığı şeklinde üç alt başlıktan oluşur.^[39] Kanunun tekelciliği ile kast edilen ceza hukukunun kaynağının kanun olduğudur.^[40] Kanunun tekelciliği ilkesi, örf ve adet gibi yazılı olmayan kaynakları reddetmekle kalmaz; idarenin düzenleyici işlemleri gibi kanun

[35] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 73.

[36] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 197.

[37] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 43.

[38] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 43.

[39] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 48.

[40] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 49.

dışında kalan diğer yazılı kaynakları da dışlar.^[41] Yazılı olmayan kaynakların reddi, yargıcın kanuna tabi kılınmasıyla yargılama gücünün keyfiliğini; yasama organının kanun olarak çıkardıkları haricindeki yazılı kaynakların reddi ise yürütmenin cezai düzenleme yapmasının önüne geçtiği için yürütme organının keyfiliğini engeller.^[42] İkinci alt başlık olan kanunun açıklığı ve kesinliği, kanun koyucunun ceza normlarını oluştururken meşru olan ile olmayan arasındaki ayrımı ve dolayısıyla kanuni tipi açık şekilde oluşturmasıdır.^[43] Bu ilke sayesinde kişiler, davranışlarını bilinçli olarak belirlerler. Kanunda öngörülen durumlara ilişkin düzenlemelerin, kanunda öngörülmeyen benzer durumlara da uygulanması şeklinde tanımlanabilecek kıyas da kanunun açıklığı ve kesinliği ilkesiyle ilişkilidir.^[44] TCK 2/3 hükmünde öngörülen kıyas yasağı ile yargıcın kanunda açıkça suç olarak öngörülüp cezai müeyyideye bağlanan haller haricinde cezaya hükmetmesi engellenir.^[45] Biçimsel kanunilik ilkesinin üçüncü ve son alt başlığı ise kanunların geçmişe uygulanmazlığıdır. Bu ilke, ceza normlarının sadece geçerli şekilde yürürlüğe girmelerinden sonra gerçekleşen fiillere uygulanmasını korur.^[46] Bu ilkenin tamamlayıcısı olan yürürlük ötesi uygulanmazlık ise ceza normlarının yürürlükten kalktıktan sonra gerçekleşen fiillere uygulanmamasını öngörür.^[47] Böylelikle, kişiler, eylemde bulunurken bunun meşru olup olmadığını bilebilirler ve öngöremeyecekleri bir cezai yaptırımla karşılaşmazlar.

Biçimsel hukuka aykırılık anlayışı ile biçimsel kanunilik ilkesi arasında rahatlıkla fark edilebilecek bağlantılar bulunmaktadır. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışı ile biçimsel kanunilik ilkesi arasındaki en temel benzerlik; ikisinin de suç fiilini, ceza kanununda suç olarak öngörülüp cezai müeyyideye bağlanmış olmasıyla tanımlamasıdır. Biçimsel kanunilik ilkesinde; suç, kanunun ceza tehdidiyle yasakladığı fiiller olarak anlaşılırken buna paralel

[41] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 49.

[42] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 49.

[43] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 58.

[44] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 67.

[45] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 67.

[46] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 69.

[47] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 69.

olarak biçimsel hukuka aykırılık anlayışında da hukuka aykırılık, beşeri fiil ile ceza kanunu arasındaki çatışmadan kaynaklanmaktadır. Yani biçimsel kanunilik ilkesinde fiilin suç olup olmaması, biçimsel hukuka aykırılık anlayışında da suça içkin hukuka aykırılığın ortaya çıkıp çıkmaması kanun koyucunun ceza normunda yaptığı suç fiili tanımıyla yakından ilişkilidir.

Biçimsel hukuka aykırılık anlayışı ile biçimsel kanunilik ilkesine çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. İlk olarak biçimsel kanunilik ilkesine yönelik eleştiriler ele alınacaktır. Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen eleştiriler, bu ilkenin hangi fiillerin suç olduğunu belirlerken davranışın sosyal tehlikeliliğini temel ölçüt saymamasından kaynaklanmaktadır. Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen en temel eleştiri, suçluluğa karşı sosyal savunmada zayıf kalmasıdır.^[48] Bu eleştiri; öze ilişkin kanunilik anlayışının, suç fiilini tespit etmede antisosyallik ölçütünü kullanırken biçimsel kanuniliğin, fiilin ceza kanununda suç olarak düzenlenip düzenlenmediğine odaklanmasından doğmuştur. Bu eleştiriye ek olarak biçimsel kanunilik ilkesinin benimsenmesiyle, suçluluk açısından yasal suçluluk ve gerçek suçluluk olmak üzere bir ikilik oluşacağı ileri sürülmüştür.^[49] Biçimsel kanunilik ilkesinde davranışın sosyal tehlikeliliğinin ölçüt olarak kullanılmaması bu eleştiriye yol açmıştır. Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen son eleştiri de bu ilkenin kanun koyucunun keyfilğine karşı herhangi bir güvence sağlamaktan yoksun olmasıdır.^[50] Bu eleştiriye yöneltilenler, antisosyallik dikkate alınmadığından kanun koyucunun, hangi fiilin suç teşkil edeceğini keyfi biçimde belirleyebileceği riskine dikkat çekmektedirler.

Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen eleştiriler bu şekilde açıklandıktan sonra biçimsel hukuka aykırılık anlayışına ilişkin eleştirilere değinilecektir. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen eleştiriler de tıpkı biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilenler gibi, bu anlayışın hukuka aykırılığı tespit etmek için davranışın sosyal tehlikeliliğini ölçüt olarak kullanılmaması, salt yürürlükteki ceza normları ile fiil arasındaki çatışmaya odaklanması etrafında toplanır. Bu bağlamda biçimsel hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen ilk eleştiri, biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilenle paralel olarak, bu anlayışın suçla

[48] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 46.

[49] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 46.

[50] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 46.

toplumsal mücadeleyi sağlama açısından yetersiz kalmasıdır.^[51] Bu eleştiri, antisosyalizm ölçütünün ve dolayısıyla kanun ötesi kaynakların da devreye sokularak suça karşı etkili bir sosyal savunma yapılabileceğini belirtir. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen ikinci eleştiri ise bu anlayışın hukuka aykırılığın içeriğini göz ardı etmiş olmasına ilişkindir. Bununla kastedilen, biçimsel hukuka aykırılık anlayışının salt şekli bir değerlendirme yaparak hükmün koruduğu değer ihlal edilip edilmediği^[52] üzerinde durmamasıdır. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışına yapılan üçüncü ve son eleştiri ise bu anlayışın yasamanın keyfiliklerine yol açabileceğidir. Biçimsel kanunilik ilkesine de yöneltilen bu eleştiriye göre, biçimsel hukuka aykırılık anlayışı, hukuka aykırılığın tespitinde yürürlükteki ceza normları ile fiil arasındaki çatışmayı esas aldığından bu anlayış, yasama organının ceza kanunlarını ve dolayısıyla meşru fiilin sınırlarını keyfi bir biçimde belirlemesi riskini taşımaktadır.

B) DOĞAL HUKUK ANLAYIŞI AÇISINDAN HUKUKA AYKIRILIK

Yukarıda ana hatlarıyla ele alınan doğal hukuk, adalet kavramını temel alır.^[53] Bu görüşe göre, yürürlükteki hukuk kuralları ancak adalete uygun düştüğü ölçüde geçerli ve bağlayıcı olacaktır. Doğal hukuk taraftarları, adil olmayan bir kuralın hukuk olarak değerlendirilemeyeceğini savunurlar. Yani esasında, doğal hukuk görüşüne göre adalete uygunluk, hukuk kuralı olmanın ön şartıdır.

Doğal hukukun adalet kavramına dayanıp yasal düzenlemeleri de bu kavrama uygunluğu açısından ele aldığı ve maddi hukuka aykırılık anlayışının suç fiilinin hüküm tarafından korunan değeri ihlaline odaklandığı dikkate alındığında bu iki görüşün de değer kavramı üzerinden temellendiği anlaşılacaktır. Doğal hukuk görüşünde adalet değeri kanunların geçerliliği açısından bir ölçütken maddi hukuka aykırılık anlayışında hukuka aykırılık, suç fiilinin harcadığı değerle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla doğal hukukun kabul gördüğü bir hukuk sisteminde, ceza hukukunda da maddi hukuka aykırılık anlayışının kabul görmesi beklenir.

[51] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 47.

[52] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 197.

[53] Gözler, "Tabii Hukuk," 82.

C) HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞI AÇISINDAN HUKUKA AYKIRILIK

Yukarıda genel olarak incelenen hukuki pozitivism, dayanak noktasını “adil olan” veya “adil olmayan” kavramlarından almaz.^[54] Hukuki pozitivismi belli açılardan farklı yorumlayan düşünürler olmasına rağmen bu anlayışın temeli, hukukun ne olması gerektiği ile yürürlükte olan hukuk kurallarının neler olduğu soruları arasındaki ayrıma dayanır.^[55] Yani özetle hukuki pozitivismde bir normun yasa olarak değerlendirilmesi onun adalete uygunluğuna değil, yürürlükteki kurallara uygun biçimde, yetkili merci tarafından çıkarılmasına bağlıdır.

Hukuki pozitivismin mevzu hukuka dayandığı ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışının da hukuka aykırılığı yürürlükteki ceza normları ile failin iradesinin çatışması ile açıkladığı göz önünde tutulduğunda hukuki pozitivism anlayışının benimsendiği bir düzende, ceza hukuku geleneğinin biçimsel hukuka aykırılık anlayışının etkisinde olması beklenmektedir.

D) DOĞAL HUKUK VE HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞLARININ SAVUNDUĞU HUKUKA AYKIRILIK GÖRÜŞÜNÜ BENİMSEYEN CEZA HUKUKU SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında çeşitli devletlerin hukuk düzenlerine hâkim kıldığı hukuki pozitivism ve doğal hukuk görüşleriyle hukuka aykırılık anlayışlarını nasıl oluşturdukları incelenecektir. Bu bağlamda faşizmin etkisindeki İtalya ve Almanya örnekleri, antidemokratik bir rejimde devletlerin hukuk düzenleri açısından benimsedikleri görüş ve bu doğrultuda geliştirdikleri hukuka aykırılık anlayışlarının gözler önüne serilmesi açısından tercih edilmiştir.

1922-1945 yılları arasında, İtalyan Faşizmi etkisinde yapılan kanunlaştırma çalışmaları ceza hukuku alanına da yansımıştır. 1889 tarihli liberal-muhafazakâr yapılı^[56] Zanardelli Kanunu yerini 1930 tarihli Rocco Kanunu'na bırakmıştır. Bu kanunun suç tiplerini ele alan özel hükümler kısmı dönemin faşist ideolojisinden etkilenmiştir. Özellikle devlet aleyhine

[54] Gözler, “Tabii Hukuk,” 83.

[55] Brian Leiter, “Hukuki Pozitivismin Radikallığı,” çev. Engin Arıkan *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2020): 311.

[56] Çetin Özek, “İtalyan Ceza Kanunu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 34, no. 1-4 (1968): 72.

işlenen suçlar için ağır cezai yaptırımlar öngörülürken “Birey devlet içindir.” düsturundan hareketle hürriyet aleyhine işlenen suçlara yer verilmemiş^[57] ve böylelikle Zanardelli Kanunu’nun bireyci liberal anlayışından kopulmuştur.^[58] Rocco Kanunu’nun suç tasnifinde benimsediği bu antidemokratik tavırla hukukun geçerlilik ölçütü olarak adalet değerini ön plana çıkaran doğal hukuk anlayışından giderek uzaklaşmış ve hukuki pozitivizm ceza kanunu özelinde Faşist İtalyan hukuk düzenine hâkim kılınmıştır. Rocco Kanunu her ne kadar suç tasnifini faşizmin etkisinde yapmış olsa da biçimsel kanunilik ilkesinden vazgeçmemiş^[59] ve bu doğrultuda biçimsel hukuka aykırılık anlayışını benimseyerek suça niteliğini veren hukuka aykırılığın tespitinde antisosyalliği değil, yürürlükteki ceza normlarıyla failin iradesi arasındaki çatışmayı ölçüt saymıştır. Dolayısıyla 1922-1945 yılları arasında İtalya’da hukuk düzenine hâkim olan hukuki pozitivizmin etkisinde ceza hukukunda da biçimsel hukuka aykırılık anlayışının kabul gördüğü söylenebilmektedir. 2. Dünya Savaşı sonrasında faşizmin hukuk düzenindeki etkisinin yok edilmesi adına yapılan kanun değişiklikleri Rocco Kanunu’nu da etkilemiş ve yapılan değişikliklerle liberalleştirilmeye çalışılmıştır.^[60] Ancak özellikle devlet aleyhine işlenen suçların cezasının hafifletilmesi^[61] ve ceza hukukunun ıslah edici işlevinin öne çıkarılması^[62] şeklindeki değişikliklerle adalet değeri daha çok gözetilse bile bu durum hukuki pozitivizmden ve onun etkisiyle ceza hukuku geleneğine yerleşen biçimsel kanunilik ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışlarından vazgeçilmesine yol açmamıştır.

Bu başlık altında değerlendirilecek son ve belki de en çarpıcı örnek 1933-1945 yılları arasında, Nasyonal Sosyalist rejim etkisi altındaki Almanya’dır. Söz konusu örnek hem tarihsel boyutu hem de maddi hukuka aykırılık anlayışı ile hukuki pozitivizmi bağdaştırdığı, yani bu yazıda öne sürülen maddi hukuka aykırılık anlayışı ve doğal hukuk görüşü ile biçimsel hukuka aykırılık

[57] Zeki Hafizoğulları ve Devrim Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 69 (2007): 28.

[58] Leiter, “Hukuki Pozitivizmin Radikalliği,” 73.

[59] Hafizoğulları ve Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi,” 43.

[60] Özek “İtalyan Ceza Kanunu,” 76.

[61] Özek “İtalyan Ceza Kanunu,” 106.

[62] Özek “İtalyan Ceza Kanunu,” 102.

anlayışı ve hukuki pozitivism görüşü gruplamasından ayrılması nedeniyle önemlidir. Almanya’da maddi hukuka aykırılık anlayışının benimsenmesi, Hitler döneminden daha eskilere dayanmaktadır.^[63] Bu anlayış, esasında ilk olarak kanunda düzenlenmeyen hukuka uygunluk nedenlerine başvurulabilmesi için kabul görmüştür.^[64] Nasyonal Sosyalist rejim döneminde ceza normlarında yapılan değişiklikler incelendiğinde, eğilimin genel önleme düşüncesinin etkisiyle cezaları ağırlaştırmak ve özellikle ölüm cezasının uygulanma sınırını genişletmek olduğu görülür.^[65] Ayrıca bu dönemde ceza kanununda yapılan değişiklikle kıyas yolu ile cezalandırmanın önü açılmış^[66] ve böylelikle biçimsel kanunilik ilkesinin en önemli güvencelerinden olan ceza kanunlarının açıklığı ve belirginliği ilkesi terk edilerek antisosyal davranışı ölçüt kabul eden öze ilişkin kanunilik ilkesine ve bu doğrultuda da maddi hukuka aykırılık anlayışına yaklaşılmıştır. Yine aynı dönemde, genel ahlaka karşı suç işleyen faillerin hadım edileceği öngörülerek^[67] doğal hukuk anlayışının gerektirdiği adalet kavramına tamamen zıt ancak kanun koyucu tarafından usulüne uygun yasalaştırılıp yürürlüğe girdiği için hukuki pozitivism görüşüne aykırı düşmeyen ceza normları kabul edilmiştir. Nazi döneminde maddi hukuka aykırılık anlayışıyla birleşen hukuki pozitivism, ceza normlarını adeta iktidarın bir baskı aracı haline getirmesi, savaş sonrasında Almanya’nın yasama faaliyetleri sürecinde göz önünde tutulmuş ve tekrar aynı olumsuzlukların yaşanması önlenmek istenmiştir. Bu doğrultuda 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası’nda yapılan 1968 tarihli değişiklikle, “direnme hakkı” 20. maddenin 4. fıkrasında^[68] anayasal dayanak kazanmış^[69] ve böylelikle doğal hukukun üzerinde durduğu adalet kavramına aykırı

[63] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 54.

[64] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 55.

[65] Albin Eser, “Son Yüzyıl İçinde Almanya’daki Ceza Düzenlemeleri Geçmişe Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler,” *Yargıtay Dergisi*, no. 15 (1989): 16.

[66] Eser, “Son Yüzyıl İçinde,” 16.

[67] Eser, “Son Yüzyıl İçinde,” 16.

[68] Federal Alman Anayasası 20/4: “Bu düzeni ortadan kaldırmaya girişen herkese karşı, başka bir yardım bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.”

[69] Cengiz Otacı, “Hukuka Rağmen Kanun, Hâkimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak,” *TBB Dergisi*, no. 120 (2015): 579.

yasal düzenlemelerin hukuki pozitivist bir bakış açısıyla kabullenilmesinin önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bu hüküm karşısında, hukuki pozitivizmi maddi hukuka aykırılık anlayışı ile birlikte benimsendiği Nazi dönemine tepki olarak doğal hukukun öne çıkarılmaya çalışıldığı söylenebilir. Ayrıca Anayasa'nın 103. maddesinin 2. fıkrasında^[70] da biçimsel hukuka aykırılık anlayışının bir nevi dayanağı olan ve ancak kanun koyucunun ceza normunda suç olarak öngörüp cezai müeyyideye bağladığı fiillerin suça vücut vereceğini öngören biçimsel kanunilik ilkesi hüküm altına alınmıştır. Bu açıdan düşünüldüğünde, 2. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'daki yasama faaliyetlerinin sadece hukuki pozitivistten doğal hukuka doğru değil, aynı zamanda maddi hukuka aykırılık anlayışından biçimsel hukuka aykırılık anlayışına doğru kayan bir eğilim gösterdiği söylenebilecektir. Yani Alman geleneği doğal hukuk görüşüyle biçimsel hukuka aykırılık anlayışını birlikte uygulamaya başlayarak, yine, bu yazıda öne sürülen doğal hukuk görüşü ve maddi hukuka aykırılık anlayışı ile hukuki pozitivizm görüşü ve biçimsel hukuka aykırılık gruplamalarından ayrık bir tavır benimsemiştir.

[70] Federal Alman Anayasası 103/2: "Bir eylem, ancak işlenmesinden önce cezası yasayla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir."

SONUÇ VE ÖNERİLER

Ceza hukuku, suç olarak belirlenmiş olan hukuka aykırı fiilleri işleyen kişilere karşı devlet tarafından uygulanacak olan yaptırımların hukukudur. Ceza hukukundaki yaptırımlar; idari yaptırımlar, medeni yaptırımlar gibi hukukun diğer yaptırımlarından çok daha sert bir nitelik taşımaktadır. Bu cezai yaptırımlar, kişinin özgürlüğünden yoksun kalması, hatta bazı hukuk sistemlerinde kişinin hayatına son verilmesi gibi ağır sonuçlara yol açabilmektedir. Bu sebeple ceza kanunlarının yazımında belki de en önemli nokta suç olan fiil ile suç olmayan fiilin birbirinden net bir şekilde ayırt edilebilmesidir. Ek olarak, bu ayırımın da sadece hukukçular tarafından değil, ceza kanunlarına muhatap olan herkes tarafından kolayca yapılabilmesi gerekir. Devletin cezalandırma yetkisinin; devletin egemenliği altında bulunan kişileri terbiye etmek, hizaya sokmak amacıyla kullanılan bir sopaya dönüşmemesinin tek yolu, açıklık ilkesini sağlamak ve böylelikle bireylere meşru olanla olmayana kolayca ayırt edebilme imkânı vermektir.

Maddi hukuka aykırılık anlayışı yukarıda da anlatıldığı üzere hukuka aykırılığı belirlerken davranışların sosyal tehlikeliliğini ölçüt olarak kullanır. Sosyal tehlikelilik kavramının belirsizliği ve yoruma açıklığı sebebiyle, maddi hukuka aykırılık anlayışının bir devletin ceza hukuku sisteminde mutlaka sağlanması gereken açıklık ilkesini yeterince hayata geçirememesi muhtemeldir. Makalede de anlatıldığı üzere Nazi Almanyası bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. Maddi hukuka aykırılık anlayışına temel teşkil eden doğal hukuk anlayışı ise hukuk kurallarının geçerliliğini belirlerken adalet kavramını öne çıkarması sebebiyle ulaşılmak istenen bir amaca hizmet ediyor görünmektedir. Ancak bu anlayışın pratik olarak uygulanabilmesi oldukça güçtür. Zira günümüzde de tamamen doğal hukuk anlayışına bağlı kalan bir hukuk sistemi yoktur. Her hukuk sistemi kendi içinde çıkardığı kurullarla hukuki pozitivism anlayışına ister istemez yakın bir duruş sergilemektedir. Dolayısıyla; bu iki anlayışın karşıtları olan biçimsel hukuka aykırılık ve hukuki pozitivism anlayışlarının birlikte benimsenmesinin, hem açıklık ilkesini daha etkili bir şekilde hayata geçirerek bireyler için bir güvence oluşturması hem de pratikte uygulanmasının daha kolay olması sebepleriyle bir devletin ceza hukuku sistemi için daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Bix, Brian H. “Hukuki Pozitivizm.” içinde *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*, Editörler Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Çeviren Yusuf Umur Çil, İzmir: Isık Yayınları, 2021.
- Eser, Albin. “Son Yüzyıl İçinde Almanya’daki Ceza Düzenlemeleri Geçmişe Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler.” *Yargıtay Dergisi*, no. 15 (1989): 12-36.
- Gözler, Kemal. “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı.” *Muhafazakâr Düşünce*, no. 15 (2008): 77-90.
- Hafızoğulları, Zeki ve Devrim Güngör. “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 69 (2007): 21-50.
- Hafızoğulları, Zeki, ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2021.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı.” Erişim 28 Nisan 2023 <https://anayasa.gov.tr/media/4800/kaboglu.pdf>.
- Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Leiter, Brian. “Hukuki Pozitivizmin Radikalliği.” Çeviren Engin Arıkan, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2*, no. 2 (2020): 309-320.
- Otacı, Cengiz. “Hukuka Rağmen Kanun, Hâkimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak.” *TBB Dergisi*, no. 120 (2015): 571-616.
- Özek, Çetin. “İtalyan Ceza Kanunu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 34*, no. 1-4 (1968): 72-107.
- Serozan Rona. “Hukukta Yöntem.” *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 8*, Özel Sayı (2013): 2423-2440.
- Şahin Ceylan, Şule. “H.L.A. Hart’ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı.” *HFSA*, no. 2379 (2012): 79-86.
- Toroslu Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. 24. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.

Turhan, Mehmet. "Hans Kelsen'in Normatif Alternatifler Kuramının Gözden Geçirilmesi." *Anayasa Yargısı* 37, no. 1 (2020): 1-32.

Yıldız, Hayrettin. "Doğal Hukuk Bahçesinde Stoacılık." *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 6, no. 15 (2014): 55-79.

İş Sözleşmesinde Eğitim Karşılığı Belirlenen Cezai Şart

Barış KARAKURT*

* Avukat, Ankara Barosu. av.karakurt@gmail.com

GİRİŞ

İş sözleşmesi, “*Taraflardan birinin bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın ise ücret ödemeyi taahhüt ettiği, iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir*”. Ayrıca tarafların iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan başka borçları da vardır. Bunlar; işçinin rekabet etmeme borcu, işverenin talimatlarına uyma borcu, sadakat borcu; işverenin ise “ücret ödeme borcu, eşit işlem uygulama borcu” gibi borçları vardır. Taraflar bu yükümlülüklerini güvence altına almak için yaptıkları sözleşmeye cezai şart hükmü koyabilirler.

İşverenler işçilerinin alanlarında daha nitelikli hale gelmeleri için çeşitli masraflar yaparak onlara eğitim imkânı sunabilirler. İşveren tarafından sunulan eğitim ile nitelikli hale gelen işçinin başka işveren bünyesinde çalışmasını engellemek için iş sözleşmesinde belirli süre çalışma şartı düzenlenebilir. Bu çalışmayı da güvence altına almak için iş sözleşmesinde işçi aleyhine cezai şart belirlenebilir.

İş Hukuku’nda cezai şart yalnızca işçi aleyhine düzenlendiği takdirde karşılıklılık ilkesine uyulmadığından geçerli olmayacaktır. Bunun istinasını ise eğitim karşılığı belirlenen cezai şart oluşturmaktadır. İş sözleşmesinde eğitim karşılığı belirlenen cezai şart yalnızca işçi aleyhine belirlenmesine rağmen geçerliliğini koruyacaktır. İşçinin belirli süre iş yerinde çalışmasını garantiye almaya yönelik taraflarca belirlenen eğitim karşılığı cezai şart diğer koşulları da sağlıyorsa geçerli olacaktır.

Çalışmamızda, Türk Borçlar Kanunu’nda cezai şart, iş sözleşmesinde cezai şart, iş sözleşmesinde eğitim karşılığı belirlenen cezai şart konuları incelenmiştir. Ardından iş sözleşmesinde eğitim karşılığı belirlenen cezai şart başlığı altında, hangi durumlarda eğitim gideri karşılığı cezai şart belirlendiği, eğitim gideri karşılığı belirlenen cezai şartın geçerliliği, eğitim karşılığı belirlenen cezai şartta karşılıklılık ilkesi, orantılılık ilkesi, eğitim karşılığı belirlenen cezai şartın yargıç tarafından indirilmesi, iş sözleşmesinin feshinde eğitim karşılığı cezai şartta bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar doktrin ve Yargıtay kararları ışığında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

I. CEZAI ŞART

Türk Borçlar Kanunu'na göre cezai şart, “*Borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçluya ödeyeceğini taahhüt ettiği hukuki işlem ile belirlenmiş, sözleşmenin karşı tarafına baskı kurmak amacıyla taraflarca belirlenen ekonomik anlamda değeri olan bir edimdir*”.^[1]

Cezai şartın iki başlıca amacından ilki; borçluyu baskı^[2] altına alarak borca uygun davranmaya sevk etmek ve böylece borçluyu ifaya teşvik ederek^[3] garanti altına almaktır. Diğeri ise borçlunun borcu yerine getirmedeği ya da usulüne uygun biçimde ifa etmediği takdirde alacaklıyı doğacak zararı saptama sorumluluğundan kurtararak önceden tazminatın belirlenmesini sağlamaktır.^[4]

-
- [1] Fehmi Gündüz, “Hizmet Akitlerinde Cezai Şart,” *İstanbul Barosu Dergisi* 88, no. 3 (Mayıs, 2014): 34; Hande Bahar Aykaç, “Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 13, no. 50, (Ağustos, 2016): 700; Kenan Tunçomağ, “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 1, no. 4, (Haziran, 1962): 6; Veli Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), 23; Hüseyin Can Aksoy, “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 2, (Aralık, 2018): 1000; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*, 16. Baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 534; Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı (Ankara: Turhan Kitapevi, Eylül, 2018), 988; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014), 564
- [2] Gülsevil Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, (Ankara: TÜHİS, 1998), 195
- [3] İsmail Kayar, *Borçlar Hukuku*, 9. Baskı, (Ankara: Seçkin, 2014), 218
- [4] Talat Canbolat ve Ebru Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” *İş ve Hayat Dergisi* 3, no. 5, (Haziran, 2017): 230; Gaye Baycık, “İş Hukukunda Cezai Şart,” *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 2; Erol Cansel ve Çağlar Özel, “Türk Borçlar Hukukunda Cezai Koşulu,” *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8, Özel Sayı, (Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013): 714; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 534; İnan ve Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 565.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART

Genel anlamda cezai şartın meydana gelmesi için; asıl borcun meydana gelmiş olması, asıl borcun tamamının yerine getirilmemesi veya eksik ifası ve borçlunun kusurlu olmasına bağlıdır. Doktrindeki çoğunluktaki görüşe göre ise cezai şartın muacceliyeti için belirtilen koşulların gerçekleşmesi yeterli olup ayrıca borçlunun temerrüde düşürülmesine gerek yoktur.^[5]

4857 Sayılı İş Kanunu'nda işçi-işveren arasındaki sözleşmelerde belirlenecek cezai şartlara ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık Hizmet Sözleşmelerinde Ceza Koşulu ve İbra'yı düzenleyen TBK'nin 420. maddesinde cezai şartın kararlaştırılmasında karşılıklılık koşulu getirilmiştir. TBK m.420/1'de "*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*" denilmekte iş sözleşmeleri ile getirilen bir cezai şartın yalnızca işçinin aleyhine düzenlenmesinin önüne geçilmiştir. Taraflar arasında düzenlenmiş cezai şartın hem işçi hem de işveren için düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bunlara ek olarak iş sözleşmesinde cezai şartın geçerli olabilmesi için; işçinin iş güvencesi kapsamında olmaması, cezai şartın sadece işçi aleyhine belirlenmemesi, sözleşmenin belirli ya da asgari süreli olması gerekmektedir.

İş Hukukunda cezai şart hem fesih hakkına getirilen sınırlamaların yaptırımını olarak hem de fesih hakkının sınırlanmasında bir sınırlama yöntemi olarak kullanılmaktadır.^[6] Bu yönde karşılıklı ve sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmelerinde borçlunun ifaya zorlanması amacıyla sözleşmenin iki tarafı aleyhine cezai şart belirlenebilmektedir.^[7]

III. İŞ SÖZLEŞMESİNDE EĞİTİM KARŞILIĞI CEZAI ŞART

Teknolojik gelişmelerin her geçen gün artması, nitelikli işçiye olan ihtiyacın artması, işverenin nitelikli işçi istihdam etmektense mevcut işçilerinin eğitilmesini tercih etmesi gibi nedenlerle işverenler, mesleki donanımlarının

[5] Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, 39; Tunçoğlu, "Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti," 95.

[6] Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2014), 883.

[7] Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda Cezai Şart, İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, (İstanbul: 2012), 21; Aykaç, "Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart," 700.

arttırılması için işçinin yurtiçinde ya da yurtdışında eğitim almasını sağlayabilirler. Bunun sonucunda işçisine büyük masraflar yapan işveren, yaptığı masraf neticesinde işçiden daha fazla faydalanmak, onun eğitim sonrası başka işyerine gitmesini engellemek isteyebilmektedir. İşveren işçinin eğitim sonrası başka bir işyerinde işe girmesini engellemek için iş sözleşmesine cezai şart içeren hüküm ekleyip iş sözleşmesini belli süre ile sınırlandırılabilir.^[8] İşverenler bu yolu izleyerek alanında uzman işçi gereksinimini sağlamanın yanında, alanında kendisini geliştirmiş işçiyi işyerinde tutabilmek, tutamadığı takdirde işçiyi sunduğu eğitimlerin maddi değerini işçiden isteyebilmek için iş sözleşmesinde eğitim giderinin miktarına denk gelecek biçimde cezai şart düzenleyebilirler. İşçiyi, işveren tarafından eğitim verilmesi sonucunda mal ve hizmet üretimine destek olması işveren yararına; bu eğitimi alması sonucunda daha nitelikli hale gelerek ileride daha rahat iş bulabilme şansına sahip olması ve iş gücü piyasasında pazarlık gücü artması ise işçi yararındır.^[9]

Bu sebeple işçiyi niteliğinin artması amacıyla eğitim verdirilerek bunun karşılığında da işçinin o iş yerinde belirlenen süre kadar çalıştırılması uygulamada sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. İşçinin de kendisine verilen eğitim sonucunda işverene bağlı olarak belli bir süre o iş yerinde çalışması, işverene hizmet etmesi işverene olan sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir.^[10]

[8] Zeynep Yorulmazer, “İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” *Bursa Barosu Dergisi* 37, no. 93, (Nisan, 2013): 113; Sarper Süzek, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması,” *Kamu-İş* 6, no.4, (*Yargıç Dr. Aydın Özkul’ a Armağan* 2002): 92; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 40; Canbolat ve Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart,” 235; Uğur Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları 1. Kitap*, 6. Baskı, (Gaziantep: Kalkan Matbaacılık, 2018), 1357; Hakan Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 35, (2016): 32; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 768.

[9] Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 33; Fevzi Demir ve Gönenç Demir, “İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 17, (Mart 2010): 116.

[10] Y.9.HD., 2013/5494 E. 2014/37973 K. 10.12.2014 T., Y.9.HD., 2009/17762 E., 2011/19801 K. 30.06.2011 T., Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 33; Mustafa Alp, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi,” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 19, (Eylül 2010): 30.

Taraflarca sözleşmede eğitim gideri karşılığı cezai şart belirlenmediği durumlarda ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak eğitim giderleri işçiden talep edilebilir.^[11] Sözleşmede cezai şart olmadığı durumlarda sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak eğitim giderinin talep edilmesi, hukuken “adalet, nısfet ve hakkaniyet” ilkelerine ve taraflar arasındaki menfaat dengesine de ters düşmez.^[12]

A) İŞ SÖZLEŞMELERİNDE EĞİTİM KARŞILIĞI BELİRLENEN CEZAI ŞARTIN GEÇERLİLİĞİ

İşçi için eğitim harcaması yapmış olan, ekonomik üstünlüğü elinde bulunduran işveren, eğitim gideri yapmış olması nedeniyle işçinin fesih hakkını her koşulda sınırlandıramayacak fesih hakkını sınırlamak için belli şartlar aranacaktır. Eğitim giderlerinin geri ödenmesine ilişkin İş Kanunu’umuzda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İş Kanunu’umuzda bununla ilgili bir hüküm olmadığı için sorunu İş Hukuku Genel İlkeleri ve Sözleşmeler Hukuku Genel İlkeleri doğrultusunda çözüme kavuşturmak gerekir. Sözleşmede belirlenen cezai şart ile işçinin fesih hakkı dolaylı olarak da olsa sınırlandırılmış olur. Bu durumda cezai şart, işçinin iş yerini seçme hakkına müdahale ederek onu sınırlandırıyor ise de fesih hakkını bütünüyle ortadan kaldırmamaktadır. Cezai şart değerlendirilirken işçiyi koruma ilkesi, işçi ve işverenin çıkarları, eğitimle ödenecek miktarın orantısı gibi ilkeler göz önüne alınmalıdır. Sözleşmeler Hukuku’nun genel ilkelerine göre değerlendirilirken genel sınırlama sebeplerine tabi olacak ve cezai şart “*hukuka, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına*” aykırı olmayacak ve cezai şartın konusu imkânsız olmayacaktır.^[13] Eğer sözleşmeye konulan cezai şart Borçlar Kanunu’na aykırı ise bu durumda cezai şart geçersiz olacaktır.

İşçinin fesih hakkının bu yol ile sınırlandırılması, uzun süreli bir iş sözleşmesi hazırlayarak ya da bildirim sürelerinin uzatılması yoluyla sağlanabilir. Bu nedenle uygulamada genellikle, işverenin belirli bir eğitimi maddi anlamda karşılmasına karşılık işçi, iş sözleşmesini öngörülen tarihten önce

[11] Demir ve Demir, İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim,” 116.

[12] Demir ve Demir, “İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim,” 116; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 891

[13] Filiz Kozak, “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Gideri Karşılığı, Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği,” (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009), 90

feshetmesi halinde, eğitim giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödeyeceğini taahhüdünü vermekte; böylece işveren işçiyi işyerine bağlayarak iş görme ediminin ifasını sağlamaktadır.^[14]

İş Hukukumuzda genellikle, Yargıtay işçi lehine yorum gereği cezai şart ile ilgili kararlarında cezai şartın karşılıklı olması gerektiğini, karşılıklı olmaması durumunda işçi lehine olmayacak biçimde tek taraf için düzenlenen cezai şartın geçerli olmayacağına hükmetmiştir.^[15] Fakat, iş sözleşmelerinde eğitim karşılığı cezai şartta ise bu durumun sadece işçi bakımından belirlenebileceğinden eğitim gideri karşılığı cezai şartın işçi aleyhine tek taraflı olabileceği öğretide ve yargı kararlarında belirtilmiştir.^[16]

İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçinin eğitimine ödenen bedel kadar cezai şart bulunmakla eğitim gideri karşılığı cezai şart hükmü belirli ölçüler içinde geçerlidir. YHGK' da konuyla ilgili vermiş olduğu kararında^[17] "Verilen eğitim ve yapılan masrafların karşılığı talep edilen bedelin Borçlar Kanunu'nda hüküm altına alınmış olan cezai şart niteliğinde olmayıp, kendine özgü bir alacak niteliğinde olduğunu ifade etmiştir". Eğitim gideri karşılığı belirlenen cezai şart, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan cezai şarttan bazı nitelikleri bakımından farklılıklar göstermektedir. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen cezai şartta, alacaklının uğradığı zarar ve kusurun kanıtlanması gerekmezken, uygulamada eğitim giderinin işçiden talep edilebilmesi için yapılan bütün masrafların ayrı ayrı kanıtlanması

[14] Kozak, "Yargıtay Kararları Işığında," 91; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 891.

[15] Y.9. HD., 2015/16800 E., 2017/5838 K., 04.04.2017 T., Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları*, 1334

[16] Y.9. HD., 2009/49506 E., 2012/10500 K., 28.03.2012 T., Yorulmazer, "İş Sözleşmelerinde Cezai Şart," 113; Y.7.HD. 19815/4012, 17.02.2014 T., Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart," *Çalışma ve Toplum*, no. 4 (2005): 148-149; Y.9.HD., 2012/23475 E. 2012/31856 K., 26.09.2012 T., Y.9.HD., 2010/38723 E. 2013/1806 K., 17.01.2013 T., Y.22.HD., 2013/5323 E. 2014/4148 K., 27.02.2014., Y.9.HD., 2009/43346 E. 2012/6509 K., 29.02.2012 T., Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları*, 1367-1370.

[17] YHGK. 2008/9-430 E., 2008/438 K., 18.06.2008 T., Keser, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan," 33; Süzek, *İş Hukuku*, 768.

ya da işçi tarafından kabul edilerek ispatı gerekmektedir.^[18] Bu durum dik-kate alındığında eğitim giderleri karşılığında belirlenen cezai şartın geçerli olabilmesi için işçiye yapılan masraflar tespit edilmeli ve işçinin aldığı eğitim karşılığında işveren tarafından yapılan masrafların sadece davaya konu olan işçiye ait olduğu ve yazılı delille kanıtlanabilir olması gerekir.^[19] Taraflar arasında eğitim giderlerine ve tazminine ilişkin sözleşme ya da eğitim giderleri ile ilgili olarak davalının ayrıca imzalamış olduğu bir taahhütnamenin dosyaya sunulması gerekmekte, buna ilişkin yazılı sözleşmenin sunulmadığı durumda ise işçiden eğitim gideri istenemez.^[20]

Uygulamada geri ödeme kayıtları ve cezai şart genellikle belirli süreli iş sözleşmelerinde, ardından asgari süreli iş sözleşmelerinde^[21] karşımıza çıkmaktadır. Karagöz'e göre, belirli süreli iş sözleşmelerinde geri ödeme kayıtları veya eğitim giderlerinin sözleşmeye cezai şart konularak güvence altına alınmasının yanı sıra buna ek olarak cezai şart kararlaştırmak suretiyle yapılan sözleşmenin bakiye süresine ilişkin talep haklarının da güvence altına alınması mümkün kılınmıştır.^[22]

Geri ödeme kaydı, işverenin yapmış olduğu eğitim masraflarını kapsamaktayken; cezai şart ise çok geniş kapsamlı kavramdır.^[23] Taraflar isterlerse eğitim giderlerinden çok daha fazla cezai şart belirleyebilirler. İş sözleşmesinde tarafların düzenlediği geri ödemeye ilişkin kayıtlar, sözleşmede açıkça belirtilmemekle birlikte cezai şart olarak nitelendirilebilir. Eğitim gideri ve cezai şart ayrı ayrı da talep edilebilir. Eğitim giderinde karşılıklılık söz konusu olmaz.

[18] Keser, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan," 33.

[19] Y.9.HD. 2013/5494 E., 2014/37973 K., 10.12.2014 T., Keser, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan," 33.

[20] Y.22.HD., 2017/4684 E. 2017/13996 K., 13.06.2017 T., Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları*, 1359; Özdemir, "Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart," 148.

[21] Y.9.HD., 2017/19244 E., 2017/5337 K., 13.06.2017 T., Fevzi Şahlanan, "İş Sözleşmesine Konulan Cezai Şart Karar İncelemesi," *Türk Tekstil Sanayi İşverenler Sendikası Aylık Dergisi*, no. 437, (Temmuz- Ağustos 2018); Aykaç, "Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart," 10; Y.9.HD. 9696/16122, 16.10.2001 T.

[22] Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, 220-221

[23] Kozak, "Yargıtay Kararları Işığında," 83.

Cezai şartın geçerli olabilmesi için işçinin aldığı eğitim sayesinde bilgi birikimi artmış, mesleki anlamda yeni tecrübeler elde etmiş, maddi anlamda mesleki fayda kazanmış olmalıdır.^[24] Buradaki önemli husus, işçi çalıştığı iş yerinin haricindeki iş yerlerinde de kullanabileceği bir eğitim almış olması, işçinin o işyerinden ayrıldıktan sonra daha kolay iş bulmasına olanak sağlayan bir eğitim almış olmasıdır. Diğer yandan işçiye verilen eğitim işçinin çalıştığı iş yerinde veya iş yerinin kendi imkanları ve personeli ile veriliyorsa bu verilen eğitim karşılığı için işverenin cezai şarta ilişkin talebi kabul edilemez.^[25] Yargıtay da konuyla ilgili verdiği kararda, işçiye verilen eğitimin iş yerinde yürütülen proje kapsamında satın alınan programların iş yerinde kullanılması amaçlanarak verildiğini, verilen eğitimin işçinin değil işverenin menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik olduğunu, bu nedenden ötürü de eğitim gideri talebinin reddine karar vermiştir.^[26]

İşçinin fesih hakkını sınırı aşacak biçimde sınırlandırması cezai şartın geçerliliğini etkilemektedir. Buradaki önemli husus, mahkeme tarafından cezai şartın geçerli olup olmadığının tespiti yapılırken işçinin aldığı eğitime denk gelecek biçimde çalışması gereken sürenin uzunluğu hesaba katılmıdır.^[27] İşçinin yükümlü olduğu süre, fesih hakkını amacı aşar biçimde sınırlamaması gerekir. İş Hukuku'nda işçinin yükümlü olduğu süre ile ilgili net bir ölçü vermek mümkün değildir.

Eğitim karşılığı cezai şartın diğer bir koşulu, işçinin söz konusu eğitime gerçekten katılmış olması ve bu konuda işveren tarafından yapılan harcamaların yazılı delillerle ispatlanmasıdır.^[28] Eğitim masrafı ne kadar çok yapılmış

[24] Polat Soyer, "Cezai Şart (Karar İnceleme)," *Çimento İşveren Dergisi* 14, no. 5, (2000): 373; Süzek, "Fesih Hakkının Sınırlandırılması," 92; Süzek, *İş Hukuku*, 768; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 891; Süzek, *İş Hukuku*, 769

[25] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 892; Soyer, "Cezai Şart," 374; Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, 226.

[26] Y.9.HD., 2011/50107 E., 2012/50232 K., 29.12.2011 T., Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 892.

[27] Özdemir, "Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart," 152.

[28] Alpagut, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 118; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 43; Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, 224; Y.22.HD. 2017/4684 E. 2017/13996

ise yapılıns işveren tarafından belgelerler ispatlanmadığı takdirde işçiden geri alınmaz.^[29] Eğitim gideri masrafları belge olarak sunulduğu takdirde masraflar o işçiye özgü olmalı, eğitim bir gruba yönelik verilmiş ise işverenin yapmış olduğu eğitimle ilgili masraflar işçi başına düşen tutarı ile aynı dönem içinde eğitime tabi tutulan işçinin oranlaması yapılarak belirlenmelidir^[30]. Oranlaması yapılarak bulunan tutardan hakkaniyet indirimi yapılamaz.^[31]

İşçinin, verilen eğitimi yarıda bırakması, devam etmemesi veya eğitim sonunda yapılan geçilmesi zorunlu sınavı geçememesi gibi durumlarda işçiye yapılan eğitim giderleri boşa gitmiş olacaktır.^[32] Somutlaştırmak gerekirse; eğitim sonundaki sınavı elinden geleni yapmasına rağmen geçemeyen işçiden eğitim giderleri talep edilmemelidir.^[33] Başka bir görüşe göre ise işçi başarısız olduğunda eğitim giderlerini geri ödemeyi sözleşmede kabul etmiş ise taraflar arasında düzenlenen sözleşme geçerlidir.^[34] Eğitim bitmeden iş sözleşmesi sona eren işçinin durumu ile eğitimi tamamlamış fakat sözleşmede kararlaştırılan süre tamamlanmadan istifa eden işçinin durumu ise menfaat dengesi açısından aynıdır.^[35] Böyle bir durumda işçi iş sözleşmesinin sona

K., 13.06.2017 T., Y.9.HD.,, 2006/6036 E. 2006/27005 K., 12.10.2006 T., Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları*,1359; Y.9.HD.,, 17330/19554 E.K., 30.06.2011 T., Durmuş Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, (Ankara: Adalet Kitapevi, 2016), 878.

[29] Y.9.HD. 17330/19554 E.K., 30.06.2011 T., Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, 878.

[30] Mustafa Kılıçoğlu, *İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2018), 666, Y.22HD. 2013/37154 E. 2014/1142 K. 30.01.2014 T, <http://ismahkemesi.com/2015/09/iscinin-egitim-giderleri-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>, Y. 9.HD. 42496/5521 E.K., 22.02.2012 T., Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, 889; Alpagut, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, 116; Soyer, "Cezai Şart," 375; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 891; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 43

[31] Y.9.HD.13186/37048 E.K., 25.12.2009 T., Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, 889.

[32] Alp, "Eğitim Karşılığı Cezai Şart," 37.

[33] Alp, "Eğitim Karşılığı Cezai Şart," 38.

[34] Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, 237.

[35] Alp, "Eğitim Karşılığı Cezai Şart," 38.

ermesinde kusurunun olup olmadığına göre ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Eğitim giderleri karşılığında işçiye belirli bir süre çalışma zorunluluğunun getirildiği ve bunun ihlali söz konusu olduğunda eğitim bedelinin cezai şart olarak belirlendiği durumlarda eğitim masraflarının objektif biçimde tespit edilebilmesi çıkan ihtilaflarda bilirkişi incelemesinin yaptırılması gerekmektedir.^[36]

Eğitim giderlerinin içine dahil edilecek giderlere; eğitimin gerçekleştiği yere yapılan ödemeler, eğitim için gerekli materyaller için yapılan masraflar, eğitim kurumuna ödenen para, ulaşıma ilişkin masraflar, sağlanan ek maddi destek, konaklama masrafları, ikramiye gibi giderler örnek olarak gösterilebilir.^[37] Buna karşın, işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olan eğitim süresince işçiye ödenen ücret^[38], kanuni yükümlülükleri nedeniyle işverenin zorunlu olarak sağladığı iş sağlığı ve güvenlik önemleri kapsamında verilen eğitim nedeniyle yapılan giderler ve reklam giderleri ile planlanmayan giderler işveren tarafından geri istenemez.^[39]

[36] Özdemir, “Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart,” 156; Y.10.HD. 27.02.2007 T., 2007/1352 E. 2007/2668 K., Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 35.

[37] Y. 9.HD., E.1998/7401, K.1998/8798, 13.05.1998 T., Kozak, “Yargıtay Kararları Işığında,” 100; Doğan Yenisey, *İş Hukukunda Cezai Şart*, 43; Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, 223; Soyer, “Cezai Şart,” 376; Y.9.HD., 14.03.2012 T., 2010/307 E. 2012/8436 K., Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları*, 1365; Özdemir, “Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart,” 149; Demir ve Demir, *İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim*, 115.

[38] Y.9.HD., 2010/39427 E. 2013/10118 K., 26.03.2013 T., Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Hakları*, 1371; Y.9.HD. 01.02.2011 T., 2010/16335 E., 2011/1775 K., Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 36; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 892.

[39] Y.9.HD., 307/8436 E.K., 14.03.2012 T., Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, 889; Kozak, “Yargıtay Kararları Işığında,” 129, Y.9.HD. 14.03.2012 T., 307/8436 E.K., Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, 887; Y.9.HD., 25.02.2010 T., 2008/18992 E. 2010/4977 K., Y.9.HD. 05.03.2013 T., 2010/46829 E. 2013/7668 K., Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları*, 1365; Özdemir, “Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart,” 49; Y.9.HD. 30.06.2011 T., 2009/17762 E., 2011/19801; Y.9.HD. 10.12.2014 T., 2013/5494 E., 2014/37973 K., Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 36; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 892.

B) EĞİTİM KARŞILIĞI BELİRLENEN CEZAI ŞARTIN YARGIÇ TARAFINDAN İNDİRİLMESİ

Uygulamada ve öğretide kabul edildiği gibi, eğitim giderleri karşılığı olarak işçi için belli bir süre çalışma koşulu belirlenmesine rağmen işçi belirlenen süreden önce iş sözleşmesini herhangi bir haklı neden olmadan feshederse, işverenin eğitim masraflarını işçiden talep edebileceğine ilişkin sözleşmeye hüküm konulabilir. 6098 Sayılı Yasa'nın 182.maddesinin son fıkrasına göre; verilen eğitim gideri ile karşılaştırılan cezai şart arasında orantısızlık var ise cezai şartın fahiş olması durumunda yargıç tarafından tenkisi gerektiği hükme alınmıştır.^[40] İş sözleşmesinde yer alan hükümler, toplu iş sözleşmesi hükümleri gibi anasayal özerklik kapsamında, normatif hüküm niteliğinde olmadıklarından, yargıç, işçinin ödeyeceği cezai şartı fahiş bulduğu takdirde indirebilir.^[41]

Cezai şart niteliğinde olmayan eğitim gideri alacağından ise takdiri indirim yapılamaz.^[42] Geri ödenmesi karşılaştırılan miktar hakkaniyete uygun, işçinin mahvına sebebiyet vermeyecek miktarda olmalı, İş Hukuku'nun işçiyi koruyucu özelliği ve emredici hükümleri dikkate alınmalıdır. Belirlenen sürede çalışılan ve çalışılmayan sürenin mahkeme tarafından hesaplaması yapılarak orantılı biçimde cezai şarttan indirim yapılması gerekmektedir.^[43] Bu oranlama yapılırken işçi aleyhine belirlenen eğitim gideri karşılığı cezai şartın, işçiye verilen eğitimin kalitesi, işçinin mesleğine sağladığı ve

[40] Sebla Demirtaş Cezai Şart, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı:2, Mart 2010, 865; <http://iskanunu.com/genel/533-is-sozlesmelerinde-egitim-karsiligi-cezai-sart-uygulamalari-ve-calisma-mevzuatindaki-yeri/>, Kozak, Kozak, "Yargıtay Kararları Işığında," 119.

[41] Süzek, *İş Hukuku*, 769; Özdemir, "Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart," 151.

[42] Y.9.HD. 42496/5521 E.K., 25.12.2009 T., Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, 887, Yorulmazer, "İş Sözleşmelerinde Eğitim Karşılığı Cezai Şart," 113.

[43] Soyer, "Cezai Şart," 375; Y.9.HD., 2014/4189 E. 2015/17512 K., 12.05.2015 T., Y.7.HD., 2015/3736 E. 2015/6632 K., 08.04.2015 T., Y.22.HD., 2013/2551 E. 2014/1177 K., 31.01.2014 T Y.22.HD.,, 2014/27312 E., 2015/6860 K., 23.02.2015 T., 1371-1374; Özdemir, "Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart," 150; Y.9.HD. 30.06.2011 T., 2009/17762 E. 2011/19801 K., Keser, "İş Sözleşmelerinde Karşılaştırılan," 34; Y.9.HD. 2009/42496 E., 2012/5521 K., 22.02.2012 T., Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 894; Süzek, *İş Hukuku*, 769; Y.9.HD., 2009/17762 E., 2011/19801 K., 30.06.2011 T., YHGK., 06.12.2006 T., 2006/9-768 E., 2006/775 K., Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, 876.

sağlayacağı katkı, eğitim masrafları, eğitimin ne kadar sürdüğü, eğitimin yurtiçinde mi yoksa yurtdışında mı sağlandığı gibi durumların dikkate alınması gerekmektedir.^[44] Oranlama yapılarak çalışılan sürenin bulunması cezai şartın tenkisinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu şekilde yapılan indirim, işverenin yaptığı masraf karşılığında işçiden çalıştığı süre oranında faydalanmış olması esasına dayanmaktadır.^[45] İşveren karşısında güçsüz durumda bulunan işçi olması nedeniyle cezai şartın tenkis edilmesinin mümkün olmadığına ilişkin hüküm konular ise o hüküm geçersiz olur.^[46] Cezai şartın fahiş olması, tenkis edilebilmesinin ön şartı değildir.^[47]

C) İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE EĞİTİM KARŞILIĞI CEZAI ŞARTA BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR

İşçi, İş Kanunu'nda belirtilen haklı nedenlerden biri olmadan sözleşmede belirlenen süreden önce bildirimde bulunarak sözleşmesini feshederse, sözleşmede düzenlenen cezai şartın geçerli olması durumunda cezai şart miktarını ödemekle sorumlu olacaktır.^[48] Her ne olursa olsun işçinin işverene kendisi için yapılan eğitim masraflarını ödemesi gerektiği düşünülemez. İşçi iş sözleşmesini kanunda belirtilen haklı nedenlerden birine dayanarak feshederse, eğitim giderleri alacağı açısından işçi sorumlu olmayacaktır.^[49]

[44] Demirtaş, “Cezai Şart,” 865; Başak Ozan, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şart,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 7, no. 25, (2010): 7; Demir ve Demir, İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim,” 118; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 894.

[45] Özdemir, “Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart,” 151.

[46] Yorulmazer, “İş Sözleşmelerinde Eğitim Karşılığı Cezai Şart,” 115.

[47] Süzek, *İş Hukuku*, 769.

[48] Y.9.HD.,2007/20016 E., 2007/28104 K., 25.09.2007 T., Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 36.

[49] Y.9.HD. 2005/9434 E., 2005/9434 K., 24.11.2005 T., Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 36; Süzek, “Fesih Hakkının Sınırlandırılması,” 92; Y.9.HD.2011/16944 E. 2013/19015 K., 19.06.2013 T., Y.7.HD. 2015/20408 E. 2015/13283K., 30.06.2015 T., Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları*, 1363-1364; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 892.

İşveren, iş güvencesine sahip olmayan işçisinin iş sözleşmesini keyfi biçimde sona erdirirse, iş sözleşmesinde belirlenen eğitim giderinden dolayı oluşan cezai şartı talep edemez. Ayrıca, işveren iş güvencesine sahip işçisinin iş sözleşmesini işçiden kaynaklanmayan durumlar haricinde işletmeden, işyerinden veya işin işleyişinden kaynaklanan geçerli nedenlerle sona erdirmesi halinde işçiden cezai şart talep edemeyecektir.^[50] Ancak aynı durum geçerli nedenler içinde yer alan işçinin yeterli olup olmamasından veya davranışlarından kaynaklanıyorsa burada her durum için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir. İşçinin kusurunun bulunup bulunmaması ve kusuru varsa ne kadar kusuru olduğu önemlidir. İşçinin hasta olması, sakatlanması, performans düşüklüğü gibi işçinin istem dışı olarak yetersiz kaldığı durumlarda işçiden eğitim giderinin ifası hakkaniyetli olmayacaktır.^[51] Uzun süren hastalığı nedeniyle işini kaybeden işçi bir de eğitim gideri ödemek zorunda bırakılmamalıdır.^[52] Bunun aksine yetersizlik işçinin kusurundan kaynaklanıyor da olabilir. İşçinin kendi hatasından dolayı ehliyetine el konulması, lisansının alınmasının yanında hastalık ve sakatlıktan kaynaklı yapılan devamsızlık da işçinin kusuruna dayanmaktadır.^[53] İşçinin kusurundan kaynaklanan bir yetersizlik durumu meydana geldiğinde işçinin davranışından dolayı gerçekleşen fesihlerdeki gibi işverenin eğitim giderlerini işçiden isteyemeyeceği savunulmaktadır.^[54]

İş sözleşmesinde, “İşverenin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan halleri nedeniyle feshi haricinde kalan fesih sebeplerinde kural olarak işçinin eğitim giderlerini ödeyeceği” kabul edilmelidir (İş.K.m.24/2).^[55] İşçinin, iş sözleşmesini, “Bildirimli bir şekilde feshetmesi ya da istifa etmesi durumunda sözleşmede düzenlenmiş olan cezai şartı ödemesi gerekir” (İş.K.m.17). Yine aynı şekilde işçinin, iş sözleşmesini sebepsiz bir şekilde bildirimsiz

[50] Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 36.

[51] Alp, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart,” 37; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 892.

[52] Soyer, “Cezai Şart,” 379.

[53] Alp, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart,” 37.

[54] Özdemir, “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart,” 156; Soyer, “Cezai Şart,” 378; Alp, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart,” 37.

[55] Alp, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart,” 34.

olarak feshetmesi durumunda da sözleşmede belirlenen cezai şartı ödemesi gerekmektedir.^[56]

İş sözleşmesinin, işveren tarafından, İş Kanunu'na göre, “*Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” nedenlerinden birine dayanılarak feshedilmesi durumunda işçinin cezai şartı ifa etmesi gerekmektedir.^[57] İş sözleşmesinin, işveren tarafından, bildirimli ve normal biçimde sona erdirilmesi durumunda ise işçi cezai şart ödemez (İş.K.m.17). Yine aynı şekilde, iş sözleşmesinin işveren tarafından sağlık nedenlerinden dolayı gerçekleşen feshi düzenleyen İş Kanunu'nun 25.maddenin 1.fıkrasına göre ve zorlayıcı nedenlere ilişkin feshi düzenleyen 25.maddenin 3.fıkrasını düzenleyen hükümlere göre fesih gerçekleştiğinde işçi cezai şart ödemez.^[58]

Eğitim gideri alacağı, ücret niteliğinde olmadığından TBK.146 gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Bu alacak türüne uygulanacak faiz ise, temerrüt tarihinden itibaren işleyecek yasal faizdir.^[59]

[56] Yorulmazer, “İş Sözleşmelerinde Eğitim Karşılığı Cezai Şart,” 114.

[57] Alp, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart,” 1; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 892.

[58] Yorulmazer, “İş Sözleşmelerinde Eğitim Karşılığı Cezai Şart,” 115; Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan,” 37; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 892.

[59] Özcan, *Uygulamaları İş Davaları*, 887

SONUÇ

Çalışmamızda belirlediğimiz esaslı noktalar ve ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz.

Cezai şart, hukuken geçerli borcun hiç ya da usulüne uygun biçimde yerine getirilmemesi halinde, ödenmesi taraflarca kararlaştırılan parasal değer içeren edimdir. Cezai şart, asıl borcun ihlal edildiği, kusurlu davranışın olduğu, işçinin iş güvencesi kapsamında olmadığı, cezai şartın karşılıklı olarak belirlendiği, kural olarak belirli süreli ve asgari süreli iş sözleşmelerine eklendiği takdirde geçerli olur.

Kural olarak sadece işçi aleyhine iş sözleşmesine cezai şart konulamazken bunun istisnasını ise eğitim gideri karşılığında sözleşmeye konulan cezai şart oluşturur. İşçi aleyhine eğitim gideri karşılığı cezai şartın geçerli olabilmesi için işçinin aldığı eğitimin mesleki bilgisine katkısı olmalı, eğitimden maddi anlamda bir fayda da elde etmiş olmalıdır. Buradaki önemli husus, işçinin çalışmaya devam ettiği işyerinin haricindeki işyerlerinde de kullanabileceği bir eğitim almış olması, işçinin o işyerinden ayrıldıktan sonra daha kolay iş bulmasına olanak sağlayan bir eğitim almış olmasıdır. Diğer yandan işçiye verilen eğitim işçinin çalıştığı iş yerinde veya işyerinin kendi imkanları ve personeli ile veriliyorsa bu verilen eğitim karşılığı için cezai şarta ilişkin talebi kabul edilmeyecektir. Ayrıca işveren işçi için yaptığı masrafları yazılı biçimde kanıtlamalıdır. Aksi takdirde yargılama aşamasında eğitim giderini ispatlayamaz. Tüm bu kurallara uyulması durumunda iş sözleşmesine sadece işçi aleyhine cezai şart konulsa da geçerli olacaktır.

6098 Sayılı Yasa'nın 182. maddesinin son fıkrasına göre; verilen eğitim gideri ile kararlaştırılan cezai şart arasında orantısızlık var ise cezai şartın fahiş olması durumunda yargıç tarafından tenkisi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Belirlenen sürede çalışılan ve çalışılmayan sürenin mahkeme tarafından hesaplaması yapılarak orantılı biçimde cezai şarttan indirim yapılması gerekmektedir. Oranlama yapılarak çalışılan sürenin bulunması cezai şartın tenkisinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu şekilde yapılan indirim, işverenin yaptığı masraf karşılığında işçiden çalıştığı süre oranında faydalanmış olması esasına dayanmaktadır.

Son olarak çalışmamızda iş sözleşmesinin feshinde eğitim karşılığı cezai şarta ilişkin olarak ortaya çıkan sonuçlar başlığı altında işverenin işçiden hangi durumlarda eğitim giderinden dolayı oluşan cezai şartı talep edebileceği incelenmiştir.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Hüseyin Can. “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusura İle İlişkisi Nedir?” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 2, (Aralık 2018).
- Alp, Mustafa. “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi.” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 19, (Eylül, 2010).
- Alpagut, Gülsevil. *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*. TÜHİS, Yayın No:24, Ankara, 1998.
- Aykaç, Hande Bahar. “Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart.” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 13, no. 50, (2016).
- Baycık, Gaye. “İş Hukukunda Cezai Şart.” *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Canbolat, Talat ve Erener Ebru. “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart.” *İş ve Hayat Dergisi* 3, no. 5, (Haziran 2017).
- Cansel, Erol ve Özel, Çağlar. “Türk Borçlar Hukukunda Cezai Koşulu.” *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi* 8, (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan 2013).
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Demir, Ömer Faruk. “İşe İade Davasında Yargılama.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 37, (2017).
- Demir, Fevzi ve Gönenç Demir. “İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı.” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 17, (Mart 2010).
- Demirtaş, Sebla. “Cezai Şart.” *İstanbul Barosu Dergisi* 84, no. 2, (Mart 2010).
- Doğan Yenisey, Kübra. *İş Hukukunda Cezai Şart*. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri, İstanbul, 2012.
- Gündüz, Fehmi, “Hizmet Akitlerinde Cezai Şart.”, *İstanbul Barosu Dergisi*, no. 3, (Mayıs 2014).

- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014.
- Karagöz, Veli. *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.
- Kayar, İsmail. *Borçlar Hukuku*. 9. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.
- Keser, Hakan. “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme.” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 35, (2016).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 22. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, 2018.
- Kılıçoğlu, Mustafa, *İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2018.
- Kozak, Filiz, “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Gideri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği.” Yüksel Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2014.
- Ocak, Uğur. *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları 1. Kitap*. 6. Baskı. Gaziantep: Kalkan Matbaacılık, 2018.
- Oğuzman, M.Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I*. 16. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Ozan, Başak. “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şart.” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 7, no. 25, (2010).
- Özcan, Durmuş. *Uygulamalı İş Davaları*. Ankara: Adalet Kitapevi, 2016.
- Özdemir, Erdem. “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart.” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, no. 4, (2005).
- Soyer, Polat. “Cezai Şart (Karar İnceleme).” *Çimento İşveren Dergisi* 14, no. 5, (2000).
- Süzek, Sarper. “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması.” *Kamu-İş* 6, no. 4 (*Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan* 2002).
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.

Şahlanan, Fevzi. “İş Sözleşmelerine Konulan Cezai Şart Karar İncelemesi.” *Türk Tekstil Sanayi İşverenler Sendikası Aylık Dergisi*, no. 437, (Temmuz- Ağustos 2018).

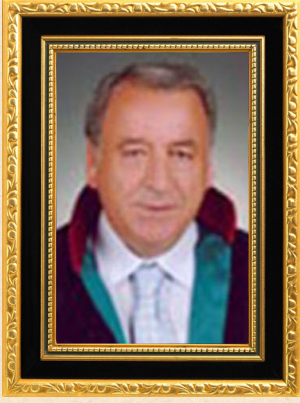
Tunçomağ, Kenan. “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 1, no. 4 (Haziran 1962).

Yorulmazer, Zeynep. “İş Sözleşmelerinde Eğitim Karşılığı Cezai Şart.” *Bursa Barosu Dergisi* 37. No. 93 (Nisan 2013).

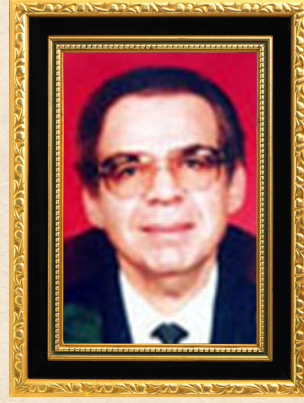
Yitirdiklerimiz

In loving memory of our late colleagues

Yitirdiklerimiz



Av. Ahmet KÖKSAL (17124)
1939-2023



Av. Bahaddin GÜNEY (5067)
1936-2023



Av. Gülten Semra AĞÖREN (4521)
1945-2023



Av. Sıtkı YARAŞ (45155)
1945-2023



Av. Memiş Orhan TOSUN (4900)
1939-2023



Av. Osman DAĞ (4610)
1932-2023

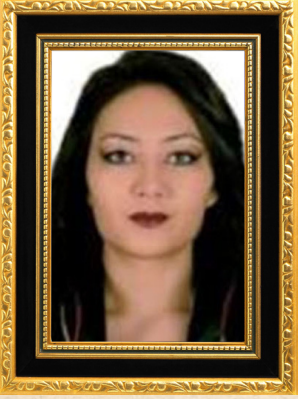
Yitirdiklerimiz



Av. Uğur USLU (18523)
1975-2023



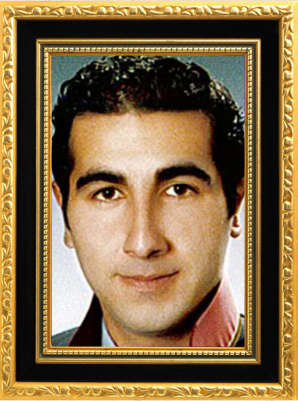
Av. Nur Çiğdem KILINÇ (10433)
1963-2023



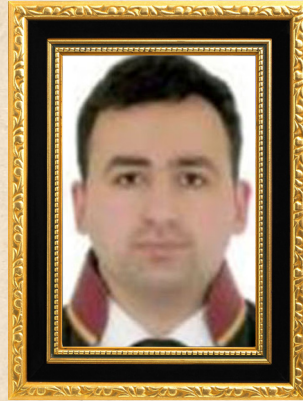
Av. Belen Nesil COŞĞUN (44549)
1999-2023



Av. Yenal TUNÇALP (3473)
1940-2023



Av. Erdoğın SAPANOĞLU (16680)
1980-2023



Av. Celal CENK (45072)
1999-2023

Yitirdiklerimiz



Av. Gülseren TÜZÜN (3080)
1939-2023



Stj. Av. Havva DOĞAN
1977-2023



Av. Murat GÜNGÖR (14834)
1976-2023



Av. Ali ALTINOK (6320)
1946-2023

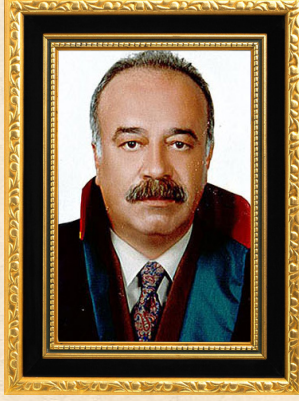


Av. Sakip İMİRZALIOĞLU (2712)
1932-2023



Av. Mehmet Ercan ARIKAN (6667)
1955-2023

Yitirdiklerimiz



Av. Basri BİLECEN (5727)

1951-2023